

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL  
FACULDADE DE DIREITO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**MAREN GUIMARÃES TABORDA**

**O PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE E A PARTICIPAÇÃO  
NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

Porto Alegre  
Verão de 2006

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL  
FACULDADE DE DIREITO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**MAREN GUIMARÃES TABORDA**

**O PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE E A PARTICIPAÇÃO  
NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, como requisito parcial à obtenção do título de Doutor.

**Orientador: Prof. Dr. Almiro do Couto e Silva**

Porto Alegre  
Verão de 2006

*Ao Júlio,  
porque, para mim, ele é a prova definitiva da  
existência de Deus.*

*Ao Guilherme,  
filho do meu coração.*

## AGRADECIMENTOS

È lugar comum que um trabalho como este é análogo a um parto: depois do evento, esquecemos a dor e o sofrimento e só lembramos de agradecer a todas as pessoas que, de uma forma ou de outra, ajudaram “a criança” a nascer.

Assim, ao mestre, Professor Doutor Almiro do Couto e Silva, devo muito: não fosse a sua lucidez, a sua alegria, o seu rigor intelectual e o seu estímulo, eu jamais me teria aventurado a tratar de temas tão tortuosos e difíceis como os desta tese. A ele, que é como um pai rigoroso e doce para os seus discípulos, um verdadeiro “Almirante” de marinheiros ansiosos e atrapalhados, vou sempre agradecer por aceitar as minhas idas e vindas à “casa” que é o direito público e por compreender o meu “gosto.”

Aos professores, Prof. Dr. Itiberê de Oliveira Rodrigues e Prof. Dr. Álvaro Oxeley da Rocha, agradeço as observações e as críticas formuladas por ocasião da qualificação desta tese, porque tenho certeza de que eles só o fizeram porque são, há muito tempo, meus verdadeiros amigos.

Aos demais professores do Curso de Pós-Graduação, muitos dos quais são meus amigos pessoais, também agradeço, especialmente, à Profa. Dra. Judith Martins Costa, ao Prof. Dr. Luís Afonso Heck e ao Prof. Dr. Cezar Saldanha de Souza Jr.

No que diz respeito ao Prof. Dr. Luis Fernando Barzotto e ao Prof. Dr. Cláudio Michelin Jr., que, para mim, junto com o Prof. Dr. Paulo Francisco Estrella Faria, são perfeitos – não têm defeitos -, agradeço especialmente a interlocução proporcionada pelos nossos estudos em Filosofia do Direito. Agradeço, principalmente ao Barzotto, amigo, colega e companheiro de muitas batalhas, pelos “folguedos” das manhãs de quinta-feira na UFRGS, e das tardes, no grupo de pesquisa “Ètica e Direito”, na PUCRS, em que temos nos aventurado por anos a fio, a estudar textos clássicos de filosofia moral. Não fossem tais encontros bastante frutíferos, muitas das reflexões que estão nesta tese jamais teriam sido por mim feitas, particularmente aquelas que dizem respeito ao pensamento de Kant (daí, sou obrigada a agradecer ao Prof. Ms. Elias Grossmann, o nosso “dicionário vivo” da língua alemã). Assim, em nome de todas as vezes que o Barzotto e o Cláudio mandaram que eu saísse da sala para me acalmar, ou ficar quieta para deixar os outros falarem, não posso deixar de registrar que todos eles me ensinaram o valor do amor que reside na *philia* e do maior bem humano que é o conhecimento.

Às amigas e colegas da Procuradoria Geral do Município de Porto Alegre, Esp. Vanêsa Buzelato Prestes e Profa. Dra. Cristiane Catarina Oliveira também devo muito. À primeira, por me ter dado a sugestão de fazer deste tema a minha tese de doutorado e à

segunda, por me ter alcançado a sua tese de doutorado, que ainda não estava publicada em livro. Aos demais colegas da Equipe de Defesa Tributária da PGM (Dona Rosa Godoy, Bel. Gamaliel Valdovino Borges, Bel. Maria Angélica Freitas da Silva, Bel. César Emilio Sulzbach, Bel. Fernando Vicenzi, Bel. Eduardo Gomes Tedesco, Bel. Alexandra Pezzi, Bel. Giovanni Jardim, Ac. Luciano Tirelli, Ac. Daiane Santos, e, ultimamente, Ac. Cândida Castro e Bel. Cristiano Silvestrin) agradeço por terem “segurado a barra” nas minhas ausências. Da mesma forma, sou devedora da minha chefia, o Procurador Adjunto para Assuntos Institucionais, Bel. João Batista Linck Figueira, e da amiga, procuradora Leila Reschke (a “Leiloca”), por terem batalhado a minha licença para que eu pudesse terminar de escrever este trabalho.

Aos meus queridos alunos da graduação da UFRGS, Lucas Bortolozzo e Luis Gustavo Moser, agradeço a ajuda na pesquisa de jurisprudência. Aos bacharéis e alunos do Pós-Graduação da UFRGS, Eduardo Costa e Luis Felipe Spinelli, devo igualmente a ajuda na pesquisa de jurisprudência, na indicação e empréstimo de material. Pela mesma razão, agradeço à amiga de infância, Ms. Christiane Russomano Freire.

À Naila Lomando, bibliotecária-chefe da Biblioteca da UFRGS e a todo o pessoal da secretaria do Curso de Pós-Graduação, agradeço o apoio.

Aos meus pais, Prof. Ms. Wilmar Corrêa Taborda e Profa. Esp. Sonia Guimarães Taborda, todo o agradecimento é pouco: não bastasse eles terem tido o amor e a dedicação para educar para a vida uma criança obstinada e curiosa a não mais poder, tiveram, ainda, que discutir comigo cada resultado desta tese. Ao meu pai, amigo e colega, devo o gosto pela política, pela filosofia e pelo direito romano. À minha mãe, devo a virtude (ou o vício) de me esforçar ao máximo em qualquer empreendimento intelectual, além da revisão de linguagem, é claro. Aos amigos e familiares, devo agradecer por não me terem esquecido neste período em que eu não lhes dei a menor bola. À Lara, agradeço as traduções do inglês e por ter dado à luz ao Guilherme e ao Juliano, crianças encantadoras.

Ao meu amor, Júlio Valiatti, devo a paciência, a resignação por ter ficado abandonado e o apoio. Não fosse ele ter cuidado de mim, eu não teria sobrevivido inteira a este trabalho.

Rio das Ostras, verão de 2006.

## A REPARTIÇÃO

“ Korf recebe da delegacia local  
um superminucioso formulário  
sobre quem e como, onde e qual.

Em que distrito viveu e outro vários  
inquisitório: qual a profissão,  
onde nasceu, ano e dia, o salário.

E se está autorizado ou não  
a residir aqui, com que objetivo,  
e se tem posses, crença ou religião.

No caso de não atender ao requisito  
vai direto à cadeia. E por endosso:  
Borowsky, Heck. Chefe do Distrito.

Korf responde logo curto e grosso:  
“Apresenta-se, à seção competente,  
averiguado por seu próprio esforço

como alguém que é não-existente  
pelo capricho social,  
o subscrito remetente

que se firma, convencional,  
ainda que lastime o fato,  
Korf. (À Chefatura Distrital)”.

O Chefe leu estupefato.”

## **RESUMO**

O presente trabalho investiga a possibilidade de aumentar o espectro de participação política na Administração, pela consideração de que o Estado brasileiro tem fins, objetivos a realizar e é uma democracia do tipo “procedimental-deliberativa”, em que o povo deve participar das decisões que afetem sua vida. Além disso, a realização do interesse geral só tem a ganhar em eficácia se as decisões estatais escaparem, o mais possível, da lógica tecnocrática do “segredo administrativo”, porque, graças à participação dos interessados, pelo conhecimento dos dados concretos e dos fatores humanos e técnicos que condicionam uma decisão, estes podem trazer algum elemento que a modifique, obrigando a Administração a explicar os motivos de sua ação, facilitando, assim, a execução. Por isso, estuda-se, tanto o significado do princípio democrático quanto do princípio da publicidade, as formas possíveis de participação dos cidadãos na Administração e as concretizações da publicidade administrativa em direito de saber, direito de controle e direito de participar do processo administrativo.

Palavras-chave: DEMOCRACIA – PARTICIPAÇÃO POLÍTICA – PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE – DIREITO DE ACESSO – PROCESSO ADMINISTRATIVO

## **RÉSUMÉ**

Ce travail étudie la possibilité de l'élargissement de l'éventail de participation politique à l'Administration, étant donné que l'État brésilien a des fins, des buts à réaliser et qu'il s'agit d'une démocratie "procédurale-délibérative", où le peuple doit participer aux décisions touchant sa vie. En plus, la réalisation de l'intérêt général n'a qu'à gagner en efficacité si les décisions de l'État échappent le plus possible à la logique technocratique du "secret administratif" ; en effet, la participation des intéressés possédant la connaissance des données concrètes et des facteurs humains et techniques qui conditionnent une décision peut apporter un élément susceptible de la modifier, en obligeant l'Administration à expliquer les raisons de son action, ce qui en faciliterait l'exécution. C'est pourquoi nous étudions aussi bien le principe démocratique que le principe de la publicité, les formes possibles de participation des citoyens à l'Administration et les concrétisations de la publicité administrative en droit de savoir, droit de contrôle et droit de participation au processus administratif.

**Mots-clé : DÉMOCRATIE – PARTICIPATION POLITIQUE – PRINCIPE DE LA PUBLICITÉ – DROIT D'ACCÈS – PROCÉDURE ADMINISTRATIVE**

## **ABSTRACT**

The present paper investigates the possibilities of enlargement of the spectrum of political participation in Administration, considering that the Brazilian State has purposes to accomplish and it is a “procedure-deliberative” kind of democracy, one in which the people must participate in the decision processes, specially those concerning their lives. Besides, the accomplishment of general benefits has only to improve the efficacy of the State decisions escape, as much as it is possible, from the technocratic logics of “administrative secret”, thanks to the participation of the parts involved, and by the knowledge of concrete data and the technical and human factors that make contingent on a decision. These parts may bring some elements that could change the decisions, forcing the Administration to explain the reasons behind its actions, thus making it easier their execution. Because of this, the significance of the democratic principle is studied so extensively, as well as the publicity principle and the possible means of participation of citizens in Administration and the realizations of administrative publicity in the rights of knowledge, rights of control and rights of participation in the administrative procedure.

**Key – words: DEMOCRACY – POLITICAL PARTICIPATION – PUBLICITY PRINCIPLE – RIGHT TO ACCESS – ADMINISTRATIVE PROCEDURE**

## LISTA DE ABREVIATURAS

ADIN – Ação Direta de Inconstitucionalidade  
Ap. Cível – Apelação Cível  
Cap. - Capítulo  
CC – Câmara Cível  
CF – Constituição Federal  
CNRS - Centre National de la Recherche Scientifique (França)  
CTN – Código Tributário Nacional  
DF – Distrito Federal  
DJU – Diário de Justiça da União  
ed. – edição  
EJ – Estudos Jurídicos – Revista do Centro de Ciências Jurídicas da UNISINOS  
Enc. Dir – Enciclopedia del Diritto (Milão)  
esp. – espanhola  
*et alii* – e outros  
franc. – francesa  
HC – *Habeas Corpus*  
*infra* – abaixo  
it. – Italiana  
LGDJ – Librairie Générale du Droit et de Jurisprudence  
MI – Medida Cautelar Inominada  
MS – Mandado de Segurança  
op. cit. – obra citada (*opus citatum*)  
org. – organizador  
p. – página  
*passim* – aqui e ali, em vários lugares  
pp. – páginas  
PUF – Presse Universitaire de France  
RDA – Revista de Direito Administrativo (Rio de Janeiro)  
RDP – Revista de Direito Público  
RDPSP – Revue du droit public et de la science politique en France et a L'Étranger  
RE – Recurso Extraordinário  
RIDC – Revue Internationale de droit comparée  
RIL – Revista de Informação Legislativa  
Riv. Trim. Dir. Pub. – Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico (Milão)  
RJTJRS – Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul  
RT – Revista dos Tribunais  
RTDP – Revista Trimestral de Direito Público (São Paulo)  
RevUFRGS – Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul

s.n – sem nome, sem editor

séc. – século

ss – seguintes

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

*supra* – acima

T. – tomo

TJBA – Tribunal de Justiça da Bahia

TJRJ – Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro

TJRS – Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

UFRGS – Universidade Federal do Rio Grande do Sul

UnB – Universidade de Brasília

UNISINOS – Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Rio Grande do Sul)

v. – volume

v.g. – por exemplo (*verbi gratia*)

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>14</b>
<b>1 O tema</b> .....	<b>14</b>
<b>2 A organização</b> .....	<b>22</b>
<b>PRIMEIRA PARTE - DEMOCRACIA E PUBLICIDADE ADMINISTRATIVA NA CONSTITUIÇÃO</b> .....	<b>26</b>
<b>1 O PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO</b> .....	<b>28</b>
1.1 Considerações gerais sobre o conceito de democracia .....	30
1.2 O fundamento e a legitimidade da ordem democrática .....	35
1.3 O aprofundamento do ideal democrático pela participação .....	40
1.4 Eficácia e legitimidade da Administração democrática .....	56
<b>2 OS VÁRIOS SIGNIFICADOS DO PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE ADMINISTRATIVA</b> .....	<b>63</b>
2.1 Publicidade como princípio de mediação entre política e moral (dever de transparência) .....	65
2.2 “Propaganda” .....	78
2.3 Publicidade como condição de validade e eficácia dos atos administrativos .....	87
2.4 Publicidade <i>stricto sensu</i> : “direito de acesso” à atividade administrativa .....	96
2.4.1 Natureza e função do “direito de acesso” .....	96
2.4.2 Limites (restrições) ao direito de acesso.....	100
2.4.3 Requisitos objetivos e subjetivos.....	105
<b>SEGUNDA PARTE - A PARTICIPAÇÃO NAS ATIVIDADES ADMINISTRATIVA</b>	<b>108</b>
<b>3 AS NOVAS ORIENTAÇÕES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA</b> .....	<b>111</b>
3.1 Administração “consensual” .....	111
3.2 A processualização da Administração .....	121
<b>4 AS FORMAS DE PARTICIPAÇÃO NA ATIVIDADE ADMINISTRATIVA</b> .....	<b>135</b>
4.1 A Participação Orgânica.....	137

<b>4.2 A participação no processo administrativo .....</b>	<b>141</b>
<b>4.3 A Participação dos particulares nas atividades econômicas da Administração .....</b>	<b>148</b>
4.3.1 A delegação da execução de serviços públicos .....	149
4.3.2 A participação do usuário no serviço público .....	153
<b>4.4 A participação no planejamento urbano .....</b>	<b>158</b>
<b>5 CONCRETIZAÇÕES DO PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE <i>STRICTO SENSU</i> .....</b>	<b>164</b>
<b>5.1 Direito de acesso .....</b>	<b>164</b>
5.1.1 O acesso às informações públicas .....	165
5.1.2 Obtenção de certidões e direito de petição .....	169
5.1.3 O <i>Habeas data</i> .....	172
<b>5.2 O Dever de Motivação .....</b>	<b>177</b>
<b>CONCLUSÕES .....</b>	<b>184</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>202</b>

## INTRODUÇÃO

### 1 O tema

‘Publicidade’ é um conceito jurídico-político dos mais relevantes e, por isso mesmo, tem muitos significados. No sentido originário do vocábulo já está conotada a sua íntima conexão com a esfera política - a esfera da condução dos negócios humanos: *público* origina-se do latim *publicus*, adjetivo do que é relativo ao povo. Tal palavra, advinda, provavelmente, do cruzamento de *pubes* (pêlo que caracteriza a puberdade), com *eris* (substantivo que indica *luta, guerra*) usado coletivamente para designar pessoas do sexo masculino, adultas, em idade de empunhar armas - formar exército - e tomar parte nas deliberações,<sup>1</sup> sempre foi utilizada para referir-se à política, entendida esta como um fenômeno público e coercitivo, estando relacionada, conseqüentemente, com o que é urbano (*urbe*), civil, público, bem como sociável e social, segundo a tradição do pensamento político, que remonta a Aristóteles.<sup>2</sup> No mundo greco-romano, a publicidade era a condição da democracia (ou da *res publica*): todas as decisões importantes para a vida social deveriam ser tomadas às claras, à luz do dia. A política, por sua vez, fundada na convivência pública entre diferentes – na pluralidade de homens – distinguia-se de todas as demais formas de convívio humano pela liberdade. O

<sup>1</sup> Cf. ERNOUT, A.; MEILLET, A. *Dictionnaire Étymologique de la Langue Latine: Histoire des Mots*. 4. ed. Paris: Klincksieck, 1985, p. 502. Assim, *pubes (publicus)* mais uma forma hipotética *poplicus* é igual a do *populus*, sendo *populus*, o povo. Tito Lívio usa o termo *populus* em vários momentos, para designar as 12 cidades conferadas da Etrúria. A palavra é, provavelmente, de origem etrusca.

<sup>2</sup> Política, derivada do adjetivo de *polis (politikós)*, significa tudo o que se refere à cidade. Assim, ARISTÓTELES, *verbis*: “Observamos que toda cidade é uma certa forma de comunidade e que toda a comunidade é constituída em vista algum bem. È que em todas as suas ações, todos os homens visam o que pensam ser o bem. É, então, manifesto que, na medida em que todas as comunidades visam algum bem, a comunidade mais elevada de todas e que engloba todas as outras visará o maior de todos os bens. Esta comunidade é chamada ‘cidade’, aquela que toma a forma de uma comunidade de cidadãos”. (ARISTÓTELES. *Política*: Livro I, 1252 a. Tradução António Campelo Amaral e Carlos de Carvalho Gomes. Lisboa: Vega, 1998, p. 49. Edição Bilíngue. 1ª. Edição em português feita a partir do grego).

próprio viver era “estar entre homens”, e subjaz a esta tradição uma idéia de poder baseada no consentimento e não só na violência.

O poder, ação concertada que funda uma comunidade, só pode existir em um espaço que é público, por meio de um “encontro” público que faz surgir o consentimento. Daí que o poder (a esfera pública), é, simultaneamente o espaço das “aparências” e o lugar da “isonomia”, isto é, um espaço em que a interação entre indivíduos iguais se dá por meio da livre troca de opiniões plurais e da ação. Como assevera Hannah Arendt, “o poder corresponde à habilidade humana não apenas para agir, mas para agir em concerto. O poder nunca é propriedade de um indivíduo; pertence a um grupo e permanece em existência apenas na medida em que o grupo conserva-se unido. Quando dizemos que alguém está 'no poder', na realidade nos referimos ao fato de que ele foi empossado por um certo número de pessoas para agir em seu nome.”<sup>3</sup> Assim, a esfera pública, constituída pelo poder, não prescinde da participação política.

Esta compreensão não passou despercebida pelos “pais fundadores” da modernidade, e, por isso, eles a resgataram parcialmente. No mundo construído na Europa e nos EUA, a partir das ruínas do Antigo Regime, o fundamento e a legitimidade da ordem democrática repousam na participação política do cidadão na formação da vontade estatal, e esta é, primeiramente, mediada pela representação: o “povo” participa da formação da vontade do Estado através do voto em eleições livres e gerais para o Parlamento. Isto não quer dizer, entretanto, que o povo, fora de eleições e votações esteja excluído de toda influência sobre a determinação geral política do Estado, uma vez que, pelo direito fundamental da liberdade de opinião, forma-se uma “opinião pública” que frequentemente se faz valer ante o Parlamento, o governo e a Administração. Além disso, o povo também participa na formação preliminar da vontade política, ocasião em que as decisões são preparadas por uma discussão pública de diferentes correntes de opinião, através dos interesses dos grupos organizados. Daí a afirmação de que a democracia vive da publicidade do processo político: as eleições e votações somente cumprem sua função quando o cidadão está em condições de formar um

---

<sup>3</sup> ARENDT, Hannah. *Poder e Violência*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2001, p. 36. Aqui, Hannah Arendt tem uma posição diferente da de Weber, pois, para Weber o poder é uma ação estratégica em que o ator visa utilizar, da forma mais eficiente possível, os meios à sua disposição para atingir um fim previamente definido (isto é, submeter a vontade do outro à sua). Para ela, no entanto, o poder (e a ação política) é um fim em si mesmo e, dessa forma, não pode ser instrumentalizado em nome de qualquer outro fim; sendo uma ação política, cujo sentido último é sempre a interação entre os homens, o poder não pode ser avaliado pelo seu resultado final, mas valorizado por si mesmo.

juízo sobre as questões a serem decididas, na medida em que a opinião pública pressupõe o conhecimento das questões públicas. Assim, a democracia depende, na formação da vontade política, na legitimação e controle dos governantes, de cidadãos ativos, responsáveis e informados.

Se o ideal democrático é a adequação máxima entre governantes e governados, é ambição de toda democracia a participação direta do cidadão no exercício do poder, porquanto, nos termos da fórmula kantiana, aos cidadãos cabe definir as regras às quais eles vão aceitar submeter-se.<sup>4</sup> Na sociedade de massas, não sendo possível essa participação direta, ganha relevância o conceito de representação, que contorna a utopia da democracia direta, sem romper totalmente o ideal do qual ela procede. A totalidade do poder pertence aos cidadãos, que decidem confiar em pessoas por eles escolhidas, intérpretes de suas vontades. O ideal fica assim salvaguardado: os representantes não possuem nenhum poder próprio porque, através deles, são os cidadãos que decidem.<sup>5</sup>

Com o advento do Estado Social de Direito e do Estado Democrático de Direito, houve uma alteração global das relações entre sociedade e Estado, convertendo-se o Estado em Estado econômico, que provê as condições essenciais de vida ao cidadão, através de dirigismo e planificação, com a prestação de bens, serviços e infra-estrutura materiais, sem os quais, aliás, o exercício dos direitos fundamentais não passa de uma possibilidade teórica, e a liberdade, de uma ficção. Surgiram, então, os direitos fundamentais sociais, diluíram-se as fronteiras entre a lei e a administração, incrementaram-se as funções não jurídicas da Administração, o Poder Executivo passou a ter uma certa prevalência sobre o Legislativo, culminando com o reconhecimento dos mecanismos de democracia política como o último

---

<sup>4</sup> KANT, Immanuel. *La Metafísica de las Costumbres*. Tradução espanhola de *Metaphysik des Sitten*, por Adela Cortina Orts e Jesus Conill Sancho. 3. ed. Madrid: Tecnos, 1999, p. 143, *verbis*: “Un Estado (*civitas*) es la unión de un conjunto de hombres bajo leyes jurídicas.”[...] Los miembros de una sociedad semejante (*societas civilis*) [...], se llaman ciudadanos (*cives*) y sus atributos jurídicos, inseparables de su esencia (como tal) son los siguientes: la libertad legal de no obedecer a ninguna otra ley más que aquella a la que ha dado su consentimiento; la igualdad civil, es decir, no renocer ningún superior en el pueblo, sólo a aquel al que tiene la capacidad moral de obligar jurídicamente del mismo modo que éste pode obligar-se a él [...].”(Ibidem, p. 179). a *Paz Perpétua*, Kant retoma esses conceitos, para voltar a afirmar que a *res publica* está fundada segundo os princípios da liberdade, da dependência de todos em relação a uma legislação comum e da igualdade e para fazer a distinção entre *res publica* e democracia: democracia é uma das formas que pode assumir a soberania, e república é forma de regime, referindo-se ao modo como o Estado faz uso da plenitude de seu poder. Ver KANT, Immanuel. *A Paz Perpétua e outros opúsculos*. Tradução portuguesa de *Zum Ewigen Frieden, ein Philosophischer Entwurf, etc.* por Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 2004, p. 130.

<sup>5</sup> Cf. RIVERO, Jean. Introduction. In: 12. *La participation directe du citoyen à la vie politique et administrative*. Bruxelles: Bruylant Bruxelles, 1986, p. 9.

quadro capaz de permitir o desenvolvimento de um processo de efetiva socialização do Estado.<sup>6</sup>

Contudo, havendo, muitas vezes, uma distância entre a vontade do representante e a do representado, pode ser necessária a intervenção direta do cidadão nas decisões públicas, principalmente no que diz respeito ao governo e à Administração: o cidadão comum, na experiência cotidiana, quando se refere às decisões dos representantes, diz “eles decidiram” e não “nós decidimos”, e, neste momento, a virtude democrática se esvanece, porque o poder administrativo passa a ser percebido como um poder autônomo sem relação alguma, mesmo indireta, com a vontade a que ele está submetido através da lei. Esse poder administrativo não

---

<sup>6</sup> Não é o caso de fazer aqui todo o apanhado da problemática do Estado Social. Apenas para a compreensão do que se está a tratar, cabe fazer referência ao Estado Social (Estado de bem-estar ou Estado-providência; Estado-de-partidos ou Estado-de-associações), modelo surgido da crítica reformista ao direito formal burguês em um quadro de profundas transformações da sociedade e do Estado, na Europa do séc. XIX, palco de intensas lutas sociais, decorrentes, basicamente, do extremo estado de penúria das classes trabalhadoras e de sua conseqüente organização política. A feição do Estado, antes “liberal”, no qual os direitos fundamentais de liberdade pessoal, política e econômica constituíam um limite à intervenção estatal, mudou para sempre: surgem os direitos sociais como conseqüência direta das lutas dos trabalhadores, representando direitos de participação no poder político e na distribuição da riqueza social. A gradual integração do Estado com a sociedade civil acabou por alterar a sua forma jurídica, os processos de legitimação e a estrutura da Administração. O pluralismo democrático, a redefinição do papel dos parlamentos e a adoção da fidelidade partidária, bem como a adoção de novos direitos fundamentais que, ao lado das liberdades públicas, asseguram um quadro de valores mínimos a serem perseguidos (bem-estar social e distribuição mais eqüitativa da riqueza), são as principais características desta nova forma estatal. A tutela fundamental não é mais a propriedade privada e sim a dignidade da pessoa humana como centro invariável da esfera da autonomia individual que se procura garantir através da limitação jurídica do Estado. Exige-se agora do Estado uma intervenção positiva, para criar as condições de uma real vivência e desenvolvimento da liberdade e personalidade individuais. O que é problemático, no caso brasileiro, é que este modelo sequer chegou a se implementar totalmente, de modo que fica difícil falar de uma “crise” de algo que não chegou a existir como realidade substancial: o Estado de Direito existe como uma estrutura formal e não real. Contudo, na medida em que “somos, ao mesmo tempo, pós-modernos e pré-modernos, sem nunca termos sido modernos,” como acentua Judith Martins-Costa, a crise do modelo do Estado Social tem que ser, ao menos, referida por causa de suas conseqüências, que, no Brasil, foi (e está sendo) a implementação de uma reforma do aparelho do Estado, em direção ao seu “enxugamento”, o que será destacado mais adiante, na parte em que a configuração da Administração Pública será tratada mais em pormenor. Ver MARTINS-COSTA, Judith. ‘Almiro do Couto e Silva e a Re-significação do Princípio da Segurança Jurídica na relação entre o Estado e os cidadãos’, *in: Fundamentos do Estado de Direito. Estudos em Homenagem ao Professor Almiro do Couto e Silva*. ÁVILA, Humberto (org.) et alii. São Paulo: Malheiros, 2005. É bastante extensa a bibliografia sobre o assunto, mas boas sínteses podem ser encontradas em: SOUZA JÚNIOR, César Saldanha. *Consensus e Tipos de Estado no Ocidente*. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 2002 HABERMAS, J. *Mudança Estrutural da Esfera Pública*. Tradução brasileira de *Strukturwandel des Öffentlichkeit* Flávio Kothe, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984. e HABERMAS, J. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Tradução brasileira *Faztizitat um Geltung. Beitrage zur Diskustheorie des Rechts und des demokratischen Reschtsstaats*. 4a. ed. Flávio Beno Siebenneichler Rio de Janeiro, 1997, v. 2.; MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Coimbra: Coimbra, 1996, v. 4; CANOTILHO, J. J. *Direito Constitucional*. 6. ed. rev. Coimbra: Almedina, 1993.; NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma Teoria do Estado de Direito*. Coimbra: Coimbra, 1987; FLEINER, F., *Les Principes Généraux du Droit Administratif Allemand*. Paris: Delagrave, 1933; FORSTHOFF, Ernst. *Tratado de Derecho Administrativo*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1958; JELLINECK, Georg. *Teoria General del Estado*. Buenos Aires: Albatros, 1970 e HELLER, Hermann. *Teoria del Estado*. México: Fondo de Cultura Económica, 1955.

cessa de alargar seu campo de intervenção e, mesmo que não existam dúvidas de que a fonte desse poder é a soberania popular, o fato é que, nas decisões concretas, esta vinculação deixa de ser percebida, de modo que fica, na psicologia do cidadão, obnubilada a consciência de viver em uma democracia livre. Por isto, ganha relevância o tema da participação política como aprofundamento e efetiva realização do ideal democrático.

Conceito relativamente recente, a participação pode ser entendida como “tomar parte nas decisões políticas” e não como o exercício direto do poder (tese da democracia direta). Utilizado pela Sociologia para designar o papel do indivíduo na atividade do grupo, na Ciência Política, como o concurso dos particulares no exercício do poder, o conceito de participação tal como vem sendo utilizado pela ciência jurídica, refere-se à posição do cidadão na gestão da coisa pública. Como núcleo comum, está a idéia de direito reconhecido aos homens, na condição de membros de uma comunidade política organizada, de tomar parte nos processos de decisão que lhes concernem.<sup>7</sup>

Em matéria administrativa, a participação apresenta uma série de problemas novos porque a autoridade da Administração, na vida de cada dia, é percebida como totalmente autônoma, principalmente nas grandes coletividades. Em comunidades pequenas, a relação entre a Administração e os cidadãos resta suficientemente aproximada pela representação, de modo que a decisão administrativa conserva o seu valor democrático. A participação organizada é, então, menos necessária e, de toda a maneira, mais fácil. Já nas grandes comunidades, a participação encontra o seu primeiro obstáculo, qual seja, o segredo de que a Administração se reveste e que funda, em parte, a consciência que ela tem de sua própria importância. Para que os interessados possam participar da decisão administrativa (ou de seus atos preparatórios), é essencial que os processos internos - os arquivos - sejam abertos. Esta publicidade é a primeira etapa para a participação. A segunda, é o chamamento dos administrados para que intervenham na decisão, é a participação nos procedimentos de tomada de decisões. A mais tradicional dessas intervenções é a participação através de um órgão consultivo em que os interessados estão presentes (direta, ou indiretamente por seus representantes). No entanto, é com o diálogo entre a Administração e as pessoas interessadas, o qual implica não somente a possibilidade de elas se defenderem, caso a decisão venha a ameaçar seus interesses, mas principalmente, a de apresentarem sugestões baseadas em sua

---

<sup>7</sup> Cf. PARTICIPAZIONE. In: SAVIGNANO, Aristide. *Enciclopedia del Diritto*. Milano: Giuffrè, 19, v. 32. p. 1-13.

experiência e no seu conhecimento, mais adaptadas à realidade, que se expressa cabalmente a idéia de participação na Administração. Exemplos desse diálogo são as audiências públicas preliminares em matéria de desapropriação ou urbanística, bem como todos os procedimentos que transpõem o princípio *audiatur et altera pars* do procedimento judicial para o domínio do procedimento administrativo.

A principal razão para aumentar o espectro de participação política na Administração está em que, por definição, a decisão do legislador, de caráter geral, só é percebida através da decisão administrativa. E esta, na medida em que afeta a vida de todos os dias,<sup>8</sup> é a que corre o risco de mobilizar ao máximo as resistências individuais: os cidadãos muito dificilmente estão dispostos a considerar o interesse geral. Assim, a realização do interesse geral (fim mediato da Administração) só tem a ganhar em eficácia se a decisão escapar, o mais possível, da lógica tecnocrática do “segredo administrativo”, porque, graças à participação dos interessados, pelo conhecimento dos dados concretos e dos fatores humanos e técnicos que condicionam uma decisão, estes podem trazer algum elemento que modifique o projeto inicial, justificando sua opinião e obrigando a Administração a explicar os motivos de sua ação, facilitando, assim, sua execução.<sup>9</sup>

Afora a realização de fins mediatos, há se que considerar ainda a finalidade última da Administração, qual seja, a realização da idéia material de direito que caracteriza as funções legislativa e judicial e que está consubstanciada na Constituição, isto é, a realização do bem da pessoa (a dignidade da pessoa humana) e do bem comum (bem de todos). Daí ser a “democratização” da Administração necessária porque o Estado desenhado na Constituição da República Brasileira estrutura-se teleologicamente (tem fins, objetivos, bens a realizar) e é uma democracia do tipo “procedimental-deliberativa”<sup>10</sup>, em que o povo, isto é, a “comunidade de pessoas humanas” deve participar, com sua dignidade de ser racional, das decisões que afetem sua vida.

---

<sup>8</sup> Materialmente a Administração consiste na ordenação social pelo poder de polícia (administração ordenadora), isto é, caracteriza-se pelo conjunto de atividades de controle, restrições ou até benefícios aos direitos fundamentais em nome do interesse público; a Administração presta serviços públicos; intervém (regulamenta e fiscaliza) na atividade econômica privada; além disso, fomenta (incentivos à iniciativa privada, tais como isenções, bancos de desenvolvimento, empréstimos subsidiados etc) e participa na atividade econômica privada.

<sup>9</sup> Ver RIVERO, Introduction, p. 17 et seq.

<sup>10</sup> Barzotto interpreta a democracia na Constituição brasileira como sendo “deliberativa”. Para os fins deste trabalho, entretanto, aceitar-se-á parcialmente esta tese, na medida em que se considera a tese da política deliberativa compatível com a tese procedimental, como se demonstrará. Ver: BARZOTTO, Luís Fernando. *A Democracia na Constituição*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2003, *passim*.

Os limites a essa participação dizem respeito às exigências da vida coletiva, das quais a Administração é titular: não se pode correr o risco de que a participação venha a servir de instrumento de pressão de grupos ou de quaisquer interesses, ou seja, os interesses privados não podem bloquear as decisões necessárias. Por esta razão, a inserção da aspiração democrática na Administração só poderá ser “concertação”, isto é, um diálogo que permite considerar, na decisão administrativa, o real e o ideal: ela deve conviver com os imperativos do segredo, inevitável em certos domínios sensíveis à atuação do poder.

Nestas condições, pensando-se a Administração do ponto de vista da sua relação com os administrados, isto é, do “comportamento geral da Administração em relação a indivíduos ou grupos da sociedade,”<sup>11</sup> pode ser colocada a questão da “participação direta” do cidadão na vida administrativa e da sua condição institucional: a publicidade entendida como direito de saber. Que o direito de acesso (direito à informação sobre a atividade dos poderes públicos) esteja estreitamente vinculado aos princípios constitucionais da soberania popular e da democracia é tão evidente que, na última metade do séc. XX, quando se começou a falar em participação, iniciou-se concomitantemente uma ampla reflexão a respeito da necessidade de “transparência” (publicidade) nos Estados ocidentais. Este movimento, aliás, é considerado uma espécie de “revolução copernicana”, que pôs em primeiro plano os direitos do cidadão e passou a repensar e reorganizar a Administração como estando a seu serviço, no sentido de que esta opera para tornar efetivo os direitos reconhecidos nas Constituições e nas leis de modo geral. No particular, o princípio do “segredo de Estado” foi substituído por aquele que lhe é diametralmente oposto, qual seja o da mais ampla publicidade.

No entanto, a transformação do poder de comunicação dos cidadãos em poder administrativo deve ser organizada pelo Direito e, para isso é essencial o processo administrativo: a abertura da sociedade ao modelo procedimental se deve à capacidade daquele de gerar consensos. Há, por conseguinte, uma estreita conexão funcional entre publicidade, participação e processo administrativo, que não pode ser menosprezada. Isso é exatamente o que esta tese afirma e o que se quer estudar.

Com a presente tese, então, pretende-se contribuir para o estado atual da discussão teórica sobre a democracia, a participação política, o papel da Administração e o princípio da publicidade. Na medida em que as relações entre estes temas não foram exploradas nesses

---

<sup>11</sup> MEDAUAR, Odete. *O Direito Administrativo em evolução*. São Paulo: RT, 1992, p. 205.

termos pelos juristas nacionais e que tais interconexões são fundamentais para a compreensão do “que é direito” no País, o trabalho é original (ao menos na abordagem).

A relação entre democracia, participação política, publicidade e processo administrativo pode ser problematizada de muitas maneiras. Um equacionamento possível é: qual a relação entre democracia e publicidade? Relativamente à Administração, o quanto de participação é possível? O quanto de publicidade é necessário para que a participação na Administração seja efetiva? Na discussão, podem ser consideradas algumas variáveis, tais como: se há democracia sem participação política direta, por que é necessário o aprofundamento da democracia pela participação? A participação direta aumenta, ou não, a eficiência e a legitimidade da Administração? Quais são os instrumentos disponíveis para a participação na Administração?

Dada a hipótese de trabalho – demonstrar a conexão funcional entre participação política, publicidade e processo administrativo - e as suas variáveis, é preciso esclarecer a terminologia. Há alguns anos, escrevi sobre as virtualidades do princípio da transparência,<sup>12</sup> entendendo que esta noção era mais exigente do que a de publicidade contida na Constituição Federal. Na época, passou despercebida para mim a circunstância de que, tendo sido o texto constitucional promulgado em 1988, já acolhera a reflexão sobre a “transparência” e de que talvez os constituintes tenham feito conscientemente a opção pela expressão “publicidade” no *caput* do art. 37. De fato, os juristas europeus têm que deduzir a transparência de suas Constituições porque não há, na maior parte dos casos, a positivação expressa do princípio. Em suma, meditando sobre o tema e estudando-o mais (o que é sempre desejável), compreendi que o que a literatura jurídica europeia e comunitária chama de transparência é o que a nossa tradição constitucional chama de publicidade. Mais: não é a publicidade um subprincípio da transparência, é esta que é um dever decorrente da publicidade entendida no sentido que lhe atribuiu Kant, na *Paz Perpétua*. A este princípio moral que tende a assegurar a *res publica* porque torna o poder visível – todas as ações secretas são injustas – pode, sim, ser dado o nome de transparência, mas este é o primeiro significado de publicidade, não o único.

---

<sup>12</sup> TABORDA, Maren Guimarães. O Princípio da Transparência e o aprofundamento dos caracteres fundamentais do direito administrativo. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, Renovar, n. 230, p. 251-279, out/dez 2002.

Esta tese é, portanto, uma espécie de “correção de rota,” uma reconexão com tradição porque, “sem testamento, ou resolvendo a metáfora, sem tradição – que selecione e nomeie, que transmita e preserve, que indique onde se encontram os tesouros e qual o seu valor – parece não haver nenhuma continuidade consciente no tempo, e, portanto, humanamente falando, nem passado nem futuro, mas tão-somente a sempiterna mudança do mundo e o ciclo biológico das criaturas que nele vivem”.<sup>13</sup>

## 2 A organização

Feitas estas considerações, formuladas as hipóteses de trabalho e fixadas as premissas, é preciso esclarecer o método de abordagem e a organização das matérias. Primeiramente, cabe referir que esta tese se situa na temática do Direito Constitucional e da Teoria da Constituição porque trata da conexão entre democracia, participação política e princípio da publicidade. O problema da participação política está referido à Administração Pública e, nesta medida, o foco principal é colocado no direito administrativo. No horizonte, estão a Teoria Política (Ciência Política) e a Sociologia do Direito, porque estas disciplinas fazem aportes fundamentais ao tema que se está a tratar. Sendo assim, a reflexão não se dá sobre a política entendida como “fato bruto”, é uma tese sobre o Direito, considerando que este faz a conexão entre a política e a ética: desde a sua invenção em Roma, o *ius* estabelece um espaço na sociedade, no qual a luta política fica racionalizada, e a violência, relativamente neutralizada, por meio de princípios racionais para a ação comum, que são por todos aceitos. Daí a razão de ser o Direito um caso do discurso prático geral, e obras de Filosofia Política e de Sociologia do Direito serem utilizadas.

A perspectiva é a da dogmática jurídica nas suas três dimensões, a saber: a) a analítica, que é a abordagem sistemático-conceitual do direito válido (de seus conceitos fundamentais), das construções jurídicas, a investigação da estrutura de um sistema jurídico e da fundamentação sobre a base dos direitos; b) a empírica, que é o estudo do direito positivamente válido (direito judicial) e da utilização das premissas empíricas na argumentação e, c) a normativa, que orienta e critica a *praxis* jurídica, sobretudo a *praxis* da

---

<sup>13</sup> ARENDT, Hannah. *Entre o passado e o futuro*. Tradução brasileira Mauro Barbosa Machado. São Paulo: Perspectiva, 1997, p. 31

jurisprudência judicial. A vinculação destas dimensões é, no entendimento desta tese, a condição de racionalidade do direito (clareza, não contradição e coerência).<sup>14</sup> Por isso, os temas foram expostos quase sempre na mesma ordem: primeiro uma abordagem teórica de conceitos e seus fundamentos, de modo geral; depois, uma verificação do direito positivo válido no Brasil, incluindo as posições doutrinárias (crítica da *praxis*) e, quando possível, a orientação jurisprudencial.

Foram estudadas obras de juristas nacionais e estrangeiros, e, quanto a estes últimos, recorreu-se aos resultados que foram acolhidos, em maior ou menor medida, pela doutrina nacional, especialmente em decorrência da relativa escassez de trabalhos análogos no País. Na medida em que a doutrina européia vem desenvolvendo uma reflexão significativa sobre os temas abordados (sobretudo a italiana, após a edição da lei sobre direito de acesso, em 2005), muito de seus aportes teóricos foi considerado.

Relativamente à organização propriamente dita, foi adotado um caminho dedutivo – do geral para o particular – na estrutura do texto. Em cada capítulo, porém, o caminho foi indutivo, porque considerando inicialmente o texto constitucional, partiu-se dele para a problematização teórica e jurisprudencial de cada tema. Assim, o trabalho foi dividido em duas partes: da primeira constam os elementos teóricos da discussão sobre democracia e publicidade administrativa e são fixados os conceitos operacionais utilizados; da segunda, o equacionamento concreto da participação nas atividades administrativas.

A primeira parte, com dois capítulos, é bem abrangente: consideram-se inicialmente o conteúdo e o valor do princípio democrático na Constituição, isto é, explicitam-se o conceito de democracia adotado, o fundamento e a legitimidade da ordem democrática, a perspectiva de aprofundar o ideal democrático pela participação e a eficácia e legitimidade da Administração Pública na constituição democrática (Capítulo 1); a seguir, vem o tratamento teórico do Princípio da Publicidade, isto é, a explicitação de seus possíveis conteúdos. Neste passo, verificam-se os vários conceitos de publicidade, tais como o primeiro, herdado da tradição que remonta a Kant, que afirma ser a publicidade um princípio de mediação entre a política e a moral e que se constitui no primeiro dever dele dedutível: o dever de transparência. No particular, para facilitar a compreensão de sua natureza, o dever de

---

<sup>14</sup> Cf. ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Tradução castelhana da 1ª. Edição de *Theorie der Grundrechte* Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 29-33.

transparência é confrontado com o dever de imparcialidade e com o princípio de proteção à confiança, todos eles dedutíveis do princípio do Estado Democrático de Direito. Após, é feita a abordagem do princípio no significado de propaganda e como fator de validade e eficácia dos atos administrativos. Finalmente o princípio da publicidade é considerado em seu sentido estrito de “direito de saber”, ou “direito de acesso” (o que é a sua direção mais notável). Justamente pela sua importância, o direito de acesso é tratado do ponto de vista de sua natureza e função, de suas restrições (já que é um direito fundamental) e dos seus pressupostos (Capítulo 2).

Na segunda parte, composta por três capítulos, faz-se a discussão propriamente dita do entrelaçamento entre participação, publicidade e processo administrativo. Preliminarmente é realizada uma abordagem mais geral sobre as novas direções da Administração Pública, problematizando-se as conseqüências do princípio participativo no que diz respeito à sua “consensualização” e “processualização” (Capítulo 3). Esse capítulo, na verdade, faz a ligação entre a discussão teórica havida na primeira parte e a sua aplicação prática, porque pretende explicitar o *modus operandi* da Administração contemporânea. Feito isso, passa-se a verificar as possibilidades de participação na Administração, dadas no nosso ordenamento jurídico, tais como a participação orgânica através de conselhos, a participação no processo administrativo, nas atividades econômicas da Administração (dando-se ênfase, neste caso, aos serviços públicos) e no planejamento urbano. A abordagem é feita tanto a partir da Constituição quanto da legislação infraconstitucional, que a concretiza em vários níveis (Capítulo 4). Finalmente, o último capítulo trata das concretizações do princípio da publicidade, entendido como direito de saber e direito de controle, a partir da Constituição. Assim, abordam-se primeiro o acesso às informações públicas, o direito à obtenção de certidões e o direito de petição, bem como o direito de acesso e de retificação de dados pessoais, possibilitado pelo *habeas data*. Porque o direito de saber é também o direito a decisões motivadas e fundamentadas e possibilita o controle efetivo da atuação administrativa, fez-se a abordagem do dever de motivação que é dele decorrente (Capítulo 5).

Como se percebe, a estrutura do texto é análoga à de uma pirâmide invertida (um funil). Nada impedia, porém, que a tese fosse construída ao contrário, isto é, com uma estrutura indutiva, porque o equacionamento e a problematização dos temas poderiam iniciar com o princípio da publicidade, entendido como direito de saber, até chegar ao princípio democrático, que é o seu fundamento. Esta escolha, porém, é pessoal (como não poderia

deixar de ser) e, por isso mesmo, não está isenta de riscos. Mas aí reside a graça de construir um objeto científico: de que vale um caminho sem riscos, obstáculos, e muita polêmica? O tempo e as críticas dirão se esta tese é correta, mas isso, pelo menos nesta etapa, já não depende mais de mim. Que fale o texto, então.

## PRIMEIRA PARTE - DEMOCRACIA E PUBLICIDADE ADMINISTRATIVA NA CONSTITUIÇÃO

As transformações dos Estados contemporâneos refletem a relativização da dicotomia ‘público’/’privado’, que acabou por redesenhar as relações dos privados entre si e destes com os entes públicos, configurando-as como “relações de cooperação, polarizadas pela função social que lhes é ínsita”.<sup>15</sup> O próprio conceito contemporâneo de sistema<sup>16</sup> implica uma migração de conceitos e valores entre o direito privado e o direito público, em uma integração intersistemática, de modo que a eficácia da Constituição, no direito privado, depende da decisão do legislador,<sup>17</sup> fazendo com que o sistema se estruture em graus escalonados de publicismo e privatismo.<sup>18</sup> Daí, hoje, as esferas do direito público e do direito privado não estarem mais seccionadas e sim coexistirem, em uma relação de recíproca complementaridade e dependência, correspondendo à mudança de funções, tarefas e qualidades de cada um desses

---

<sup>15</sup> MARTINS-COSTA, Judith. O Regime das Concessões e Permissões Municipais. In: ENCONTRO DE PROCURADORES MUNICIPAIS, 24. *Anais...* [s.n.t.], p. 129. A dicotomia ‘público/privado’ não é intrínseca ao Direito (um sistema de princípios gerais que se concretizam em diversos níveis, cuja unidade é a regra de justiça - princípio da igualdade) e sim, sistemática, isto é, ordenadora, classificatória. Direito Público e Direito Privado são, nesta visão, os dois grandes subsistemas do Direito. A distinção entre o que é público e o que é privado é essencial à atividade política, e só porque o Direito é a instrumentalização do político, uma criação do gênio político romano, destinada a reforçar os laços de associação, a sufocar tendências desagregadoras e a procurar o bem comum na lei comum (regulador da atividade social) é que pode ser ordenado, estudado e classificado segundo esse critério. Tanto é assim, que a distinção entre Direito Público/Direito Privado é tardia na história do Direito Romano, só havendo surgido na época áurea da Jurisprudência (sécs. II e III d.c.), e não possuía o mesmo sentido que veio a ter na época moderna, com o constitucionalismo e as revoluções liberais. A distinção, ainda que não seja intrínseca ao Direito, é, no entanto, fruto de sua evolução e se assenta na idéia de que as relações entre governantes e governados demandam problemas específicos, necessitando de normas diversas das que regulam as relações entre pessoas privadas, corrente nos países que adotam o sistema de Direito romano-germânico. Parece evidente aos juristas desta “família” que “o interesse geral e os interesses particulares não podem ser pesados na mesma balança”, pois se acostumaram a pensar questões políticas e práticas em termos gerais e abstratos (sistematicamente), construindo uma ciência (do séc. XII às codificações oitocentistas européias), ao contrário dos juristas anglo-saxões, que, preferindo resolver problemas imediatos e concretos (raciocinando problemáticamente) e só conhecendo um direito público - o constitucional - a garantir os direitos do cidadão contra o Estado, não admitem a existência de regras diferentes das que se aplicam às relações entre particulares para reger as relações entre estes e o Estado. Sobre a relativização da dicotomia público/privado, também COUTO E SILVA, Almiro do. Os indivíduos e o Estado na realização das tarefas públicas. In: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio (Org). *Estudos em Homenagem a Geraldo Ataliba*. São Paulo: Malheiros, 1997, passim e BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo e Sociedade: para uma teoria geral da política*. Tradução brasileira de *Stato, Governo, Società. Per una teoria generale della politica* Marco Aurélio Nogueira. 4. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1992, p. 14.

<sup>16</sup> Cf. MARTINS-COSTA, Judith H. *A Boa-fé no Direito Privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: RT, 1999, passim.

<sup>17</sup> Cf. HESSE, Konrad. *Derecho Constitucional y Derecho Privado*. Tradução espanhola de *Verfassungsrecht und Privatrecht*, 1988 Ignácio Gutierrez Gutierrez. Madrid: Civitas, 1995, p. 53 et seq.

<sup>18</sup> Vide RAISER, Ludwig. *Il Futuro del Diritto Privato e La Costituzione e il Diritto Privato*. Tradução italiana por Cosimo Marco Mazoni e Vincenzo Varano. In: *IL COMPITO del Diritto Privato*. Milano: Giuffrè, 1990, p.215-239 e p. 171-191.

setores jurídicos.

A mudança estrutural da esfera pública,<sup>19</sup> da qual decorreu a relativização da dicotomia acima referida, trouxe consigo uma nova reflexão sobre o sentido e o alcance da dita “Constituição democrática” e, por conseguinte, uma nova configuração da Administração. Conquanto o conceito de democracia tenha migrado da filosofia política para o Direito (porque está presente nos textos constitucionais contemporâneos), é necessário, em um primeiro momento, interpretar o conceito de democracia que a Constituição brasileira adota e descrever como o princípio democrático foi por ela configurado (Capítulo I). Considerando, ademais, que a Administração pública, na Constituição democrática, opera sob o signo da publicidade, é essencial explorar os contornos que esse princípio assume na efetiva ação administrativa (Capítulo II).

---

<sup>19</sup> Princípio organizacional dos ordenamentos políticos do Ocidente, o conceito de “esfera pública” que está sendo utilizado é aquele sociológico-político, tal como formulado por Hannah Arendt e Habermas. O uso de “público” e “esfera pública” denuncia uma grande quantidade de significados diferentes e concorrentes. No modelo greco-romano, tal qual nos foi transmitido, a “esfera pública”, contrapondo-se à “esfera privada”, é o mundo da “ação”, da liberdade e da igualdade, da “política”. A esfera privada é o mundo da atividade econômica (governo da casa e reprodução das condições materiais de existência), da domesticidade, da necessidade e do labor: “Na conversação dos cidadãos entre si é que as coisas se verbalizam e se configuram; na disputa dos pares entre si, os melhores se destacam e conquistam a sua essência: a imortalidade da fama”. No mesmo sentido, Arendt: “A *polis* diferenciava-se da família pelo fato de somente conhecer “iguais”, ao passo que a família será o centro da mais severa desigualdade. Ser livre significava ao mesmo tempo não estar sujeito às necessidades da vida nem ao comando de outro e também comandar.” Mantido este modelo ideológico por séculos, com o surgimento do Estado Moderno, tais noções passaram a ter uma efetiva aplicação processual jurídica, principalmente com a constituição da “sociedade civil burguesa”, aquela esfera de atuação pública que está separada do Estado e que é considerada “privada” da mesma forma que a “esfera do poder público” se objetiva numa administração e num exército permanentes, correspondendo a uma atividade estatal continuada. Com a era moderna - que encontrou sua forma política no estado nacional - surge uma esfera “social”, que não é totalmente privada nem pública no sentido estrito do termo, uma vez que a atividade econômica precisa orientar-se por um intercâmbio de bens “induzido e controlado publicamente”, de modo que a atividade econômica se desloca para a “esfera privada da sociedade que se tornou publicamente relevante”. Assim, na primeira acepção moderna, a esfera pública burguesa é “a esfera das pessoas privadas reunidas em um público; elas reivindicam esta esfera pública regulamentada pela autoridade, mas diretamente contra a própria autoridade, a fim de discutir com ela as leis gerais da troca na esfera fundamentalmente privada, mas publicamente relevante, as leis do intercâmbio de mercadorias e do trabalho social”. Daí as codificações oitocentistas desenvolverem um sistema de normas que assegura um intercâmbio às pessoas privadas, livre das amarras estamentais, garantindo “a instituição da propriedade privada e, como seu ponto de ligação, as liberdades básicas de contrato, empreendimento e herança,” como assevera Habermas. A partir das políticas intervencionistas do fim do séc. XIX e início do séc. XX, a base da esfera pública burguesa - separação entre Estado e Sociedade - começa a ser destruída, através da constitucionalização de uma esfera pública politicamente ativa, como será tratada mais adiante, no capítulo II. Cf. HABERMAS, *Direito e...*, v. 2, p. 92. e HABERMAS, *Mudança...*, p. 16, p. 42 e p. 95. ARENDT, Hannah. *A Condição Humana*. Tradução brasileira de *The Human Condition* Roberto Raposo 10. ed. Rio de Janeiro, 2000, p. 41.

## 1 O PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO

A pluralidade de conteúdos da Constituição material determina a existência de conceitos diferentes de Constituição.<sup>20</sup> Na perspectiva material, o que está em questão é o objeto, conteúdo e função da Constituição, e, também aqui, há diversidade de conceitos. Konrad Hesse, por exemplo, assegura que a Constituição é a “ordem fundamental jurídica da coletividade”. Já para Schmitt, a Constituição é “a estrutura global concreta de unidade política e de ordem social de um Estado determinado.” Jorge Miranda conceitua a Constituição material como o “estatuto jurídico do político” ou de um modo mais exato, “estatuto do poder político e da sociedade”. Para Canotilho, porém, o que é “estatuto jurídico do político” é o direito constitucional e não a Constituição propriamente dita.

Para as finalidades desta tese, tomar-se-á por Constituição, em sentido material, “a organização fundamental do poder e dos direitos fundamentais das pessoas em uma coletividade ou comunidade.”<sup>21</sup> Na perspectiva empírica do direito legislado (descritiva), a

<sup>20</sup> De acordo com a tradição jurídica do Ocidente, a Constituição é um fenômeno complexo, com várias dimensões. Considerada do ponto de vista do conceito de direito que a ela está subjacente, a Constituição pode ser: a) “a lei fundamental reguladora” de uma comunidade, a “norma das normas”, ou, como assevera Kelsen, “a norma positiva ou as normas positivas através das quais é regulada a produção de normas jurídicas gerais” (tese normativista); b) a decisão política fundamental, que abrange todas as decisões políticas concretas que o sujeito do poder constituinte toma “sobre o gênero e a forma da existência da política” (tese decisionista) e, por último, c) a Constituição é a estrutura concreta da unidade política e da ordem social do Estado (tese institucionalista). Em uma perspectiva sociológica (da efetividade), a Constituição escrita “é um pedaço de papel” e a efetiva - real - a soma dos “fatores reais de poder” que regem um país, como assevera Lassale. Já Karl Loewestein distingue no plano fático, a “Constituição normativa”, a “Constituição nominal” e a “Constituição semântica”, de modo que, no primeiro caso, o poder se adapta às normas da Constituição e se submete a elas; no segundo, inexistem fatores econômicos e sociais que tornam a Constituição efetiva (“seu objetivo é, em um futuro mais ou menos distante, converter-se em uma constituição normativa”); finalmente, no caso da Constituição semântica, esta não passa “da formalização da atual situação do poder político,” havendo, nesta hipótese, a total concordância entre a Constituição e a realidade. Isso pode, entretanto, significar a frustração do objetivo da Constituição, que é “limitar o poder”. Para estas considerações e as seguintes, ver KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Coimbra: Armenio Amado, 1979, p. 240. Tradução portuguesa de *Reine Rechtslehre*, 2<sup>a</sup>. ed., por João Batista Machado; SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Tradução espanhola da 1<sup>a</sup> edição alemã de *Verfassungslehre*, por Francisco Ayala Madrid: Revista de Direito Privado, [s.d.], p.23-28 e p. 41 et seq; LASSALE, Ferdinand. *O que é uma constituição política*. São Paulo: Global, 1987, p. 34-35; LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Barcelona: Ariel, 1976, p. 217-218; HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução da 20<sup>a</sup>. ed. alemã de *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, por Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1998., p. 37, MIRANDA, *Manual...*, v. 2, p. 10, p. 20-21; CANOTILHO, *Direito...*, p.35.

<sup>21</sup> Segue-se, aqui, a tese de que há um conceito histórico-universal de Constituição: aquele que indica as formas de ordenação da sociedade política. De fato, já nos textos da Antiguidade Clássica, por exemplo, aparecem noções materiais de constituição, como a de Aristóteles, segundo a qual “a cidade é uma forma de comunidade (e uma comunidade de cidadãos num regime)” e o regime político, “um certo modo de ordenar os habitantes da cidade” ou, ainda, a de Cícero, que entende por Constituição a organização jurídica do povo - o agregado de homens associados pelo consentimento jurídico e a utilidade comum - “É, pois, a República coisa do povo,

Constituição do Brasil, ao organizar o poder do Estado brasileiro, dispõe que este é “Federal”, porque há descentralização territorial<sup>22</sup>; que a forma de governo (modo pelo qual se designa o chefe do Estado) é a “República”<sup>23</sup> ; que o sistema de governo - a repartição, organização e relacionamento funcional dos poderes do Estado - é o “Presidencialismo”<sup>24</sup>. Finalmente, o Regime de governo, - o modo como se define, de forma integrada, o fundamento do poder, seu funcionamento e finalidade - vem definido como “democrático.”<sup>25</sup>

Afora a consideração *da eficácia* do Direito (condição da validade do direito legislado e judicial) para a compreensão do conceito de democracia que subjaz a esta formulação legal, é necessário também abordá-lo *analítica e normativamente*, isto é, fazer-se tanto a análise de seus fundamentos quanto de seu valor. É o que se passa a fazer.

O “Princípio Democrático”, de modo geral, é o elemento determinante e fundamental dos Estados Ocidentais. Ele não vem, entretanto, formulado em um modelo completo e perfeito nas diversas Constituições, senão somente delineado em certos traços fundamentais, isto, é, na Constituição estão, via de regra, fixadas as regras indispensáveis para o funcionamento da ordem democrática, como igualmente estão asseguradas as bases e estruturas fundamentais dessa ordem. Daí o “conteúdo” do Princípio estar em aberto, permitindo muitas interpretações diferentes e a discussão política livre. Por isso, a análise de seu valor passa por definir-se o que se entende por democracia (1.1.1), verificar qual o fundamento e a legitimidade da ordem democrática (1.1.2) e, finalmente, como esta pode ser aprofundada (1.1.3).

---

considerado tal, não todos os homens de qualquer modo congregados, mas a reunião que tem seu fundamento no consentimento jurídico e na utilidade comum.” Da mesma forma, pode-se falar das leis fundamentais da Europa Medieval, que eram “fundamentais” porque determinavam a posição do rei e de cada um na “ordem” (leis de natureza contratual) e porque eram de natureza “superior” às outras, submetendo e vinculando inclusive o rei, que não tinha o poder de alterá-las ou mesmo revogá-las. Essas leis, vindas de muito longe, assentavam-se em usos, tradições e costumes, e poucas estavam documentadas por escrito. É com o Constitucionalismo do séc. XVIII que inicia a consideração da Constituição em sentido material não só como a pura regulação jurídica do Estado, mas como aquela que assegura a liberdade, segurança e propriedade dos indivíduos e a distribuição do poder em diversos órgãos, nos termos do art. 16 da Declaração de 1789. No séc. XX, contudo, adota-se um conceito aberto de constituição material, para abranger uma pluralidade de conteúdos: constituição é “o estatuto do Estado, seja este qual for, seja qual for o tipo constitucional de Estado” como assevera Jorge Miranda. Ver: ARISTÓTELES, *Política*: Livro III, 35 e 1276b. Lisboa: Vega, 1998, p.185 e p. 195 e CÍCERO. República; I, XXV. In: OS PENSADORES. São Paulo: Abril, 1980; MIRANDA, *Manual...*, p. 20.

<sup>22</sup> Título III: arts. 18 a 43

<sup>23</sup> Título IV, capítulo II: arts 76 a 86

<sup>24</sup> Título IV: arts. 44 a 135

<sup>25</sup> Título I, arts. 1 a 4; Título II, capítulos IV e V: arts. 14 a 17; e Preâmbulo e art. 3º.

## 1.1 Considerações gerais sobre o conceito de democracia

“Democracia” é um conceito difuso e multifacetado.<sup>26</sup> Não significa, contudo, “qualquer coisa”: ainda que não exista uma noção unívoca do que seja democracia e se discuta se a democracia representativa é a única viável nos Estados contemporâneos, o conceito de democracia foi aprimorado, de sorte que não se pode designar como democrático um regime em que não existam eleições regulares, pluralismo partidário, confronto de opiniões, crítica, liberdade de crença e de manifestação do pensamento ou o exercício das liberdades públicas em geral.

Isso ainda não faz com que o conceito jurídico-constitucional deixe de ter concepções muito variadas e, até mesmo, opostas,<sup>27</sup> e na discussão sobre o conteúdo e valor da democracia, aparecem concepções bastante diferentes. Contudo, em todas as concepções, certos valores são considerados característicos do ideal democrático, tais como a solução pacífica dos conflitos, a eliminação da violência institucional e o freqüente revezamento da classe política.

---

<sup>26</sup> Para Sartori, os motivos para a polissemia se devem principalmente a que “democracia em geral é, em nosso tempo, o nome de uma civilização, ou melhor, o produto final político (até esta data) da civilização ocidental.” Consiste em uma corrente principal de discurso que remonta a Platão e Aristóteles (corrente teórica dominante que Sartori procura reconstituir. (SARTORI, Giovanni. *A Teoria da Democracia Revisitada 1: o debate contemporâneo*. São Paulo: Ática, 1994, passim). Considerando a posição de Bobbio, para quem, na teoria da democracia confluem três grandes tradições do pensamento político (a teoria clássica, divulgada como aristotélica, segundo a qual a democracia é o governo do povo; a teoria medieval, com base romana, em que há uma contraposição entre a concepção ascendente e concepção descendente da soberania popular - ou bem esta deriva do povo e se torna representativa, ou deriva do príncipe e se transmite por delegação do superior ao inferior-; e a teoria moderna, conhecida desde Maquiavel, nascida com o Estado Moderno e segundo a qual a democracia é uma forma de república), pode-se afirmar que, a partir do liberalismo, no plano formal, a democracia tem sido entendida como “um método, ou um conjunto de regras de procedimento para a constituição do Governo e para a formação das decisões políticas (ou seja das decisões que abrangem toda a comunidade) mais do que determinada ideologia”. (BOBBIO, N.; MATTEUCCI, N.; PASQUINO, G. *Dicionário de Política*. Tradução brasileira de *Dizionario di Politica*, por Luís Guerreiro Pinto Cacais, João Ferreira, Gaetano Lo Mônca, Renzo Dini e Carmen C. Vialle. Brasília: UNB, 1986, p. 326).

<sup>27</sup> HESSE, *cit.*, p. 115.

Sem desconhecer as teses da “democracia deliberativa”,<sup>28</sup> e da “democracia plebiscitária” ou “democracia de referendo”<sup>29</sup> há que se considerar que a concepção “procedimental”, é, de longe, a corrente mais significativa. Por “democracia procedimental” se pode entender, preliminarmente, tanto um método de tomada de decisões políticas<sup>30</sup> quanto um “método de criação da ordem social”.<sup>31</sup> Nessa concepção, o método é constituído por procedimentos e regras para estabelecer quem está autorizado a tomar decisões políticas e de que forma, e a regra de ouro é o *princípio da maioria*.

<sup>28</sup> Provisoriamente, porque esta tese será tratada mais adiante, pode-se afirmar que a democracia deliberativa é o governo de muitos, que tem o caráter deliberativo, racional, porque há a discussão pública entre as várias concepções acerca do que é o bem comum. Barzotto desenvolve essa tese a partir dos pressupostos da filosofia política aristotélica, para afirmar que “à democracia cabe canalizar os vários pontos de vista a argumentos para a atividade de deliberação coletiva. O direito é produto da razão prática, que determina o bem objetivo que se coloca como fim para a ação” (BARZOTTO, *A Democracia...*, p. 17). Habermas, partindo da distinção entre razão instrumental e razão “comunicativa”, em que a primeira orienta a ação para o êxito, visando a reprodução material da sociedade e a segunda, orienta a ação para o entendimento que permite a reprodução simbólica da sociedade, utiliza um conceito procedimental de democracia, fundado no que ele chama de “política deliberativa” (âmago do processo democrático). Segundo isso, e acompanhando Cohen, a noção de democracia deliberativa “está enraizada no ideal intuitivo de uma associação democrática na qual a justificação dos termos e das condições de associação efetua-se através da argumentação pública e do intercâmbio racional entre cidadãos iguais.” (HABERMAS, *Direito e...*, p. 28).

<sup>29</sup> A tese mais conhecida de “democracia plebiscitária” ou de “referendo” é a de Rousseau: segundo ele, “a soberania não pode ser representada pela mesma razão por que não pode ser alienada, consiste essencialmente na vontade geral e a vontade absolutamente não se representa”. Daí, o governo só existe por causa do soberano - o povo - e este é uma totalidade orgânica que está dotado de uma “vontade”. Subjaz a esta concepção a idéia de uma posição de absoluta igualdade social entre todos os cidadãos, titulares, cada um, de uma fração da soberania. Para Rousseau, através do pacto social, “cada um põe em comum sua pessoa e todo o seu poder sob a direção suprema da vontade geral”, e o ato de associação produz um corpo moral e coletivo composto “de tantos membros quanto são os votos da assembléia”.<sup>29</sup> A soberania é, por conseguinte, o exercício dessa vontade geral : “o pacto social dá ao corpo político um poder absoluto sobre todos os seus, e é esse mesmo poder que, dirigido pela vontade geral, ganha, como já disse, o nome de soberania”. É na lei que essa vontade geral (soberania) se expressa: a lei, então, há que ser geral por ser a vontade do povo e pela impessoalidade do seu enunciado. No entanto, ante as dificuldades de implementar a lei nos casos concretos, Rousseau consente que o governo possa ser objeto de eleição. O que caracteriza a democracia plebiscitária ou de referendo é o seu caráter de democracia direta no que diz respeito à legislação e à inexistência de dissenso, de discussão, pois o povo tem uma vontade só. Em suma, como interpreta Barzotto, para Rousseau, “todo processo político tem como ideal a unanimidade” e, na medida em que ele mesmo reconhece a impossibilidade da democracia direta nos grandes Estados, as suas teses só podem ser mantidas parcialmente e na perspectiva do decisionismo. Ver ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do Contrato Social*. Tradução brasileira de *L'Contrat Social*, por Lourdes Santos Machado. São Paulo: Abril Cultural, 1979, Livro III, Cap. XV, p. 108. e BARZOTTO, *A Democracia...*, p.111.

<sup>30</sup> Ver, basicamente, KELSEN, Hans. *Essência e Valor da Democracia e Fundamentos da Democracia*. In: A DEMOCRACIA. São Paulo: Martins Fontes, 1993, passim e BOBBIO, Noberto. *O Futuro da Democracia: uma defesa das regras do jogo*. Tradução brasileira de *Il futuro della democrazia. Una difesa delle regole del gioco*, por Marco Aurélio Nogueira. 2. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986, p. 18.

<sup>31</sup> KELSEN, op. cit., p. 191

Esta definição minimalista, ou “deflacionária”<sup>32</sup>, é sustentada por Bobbio, ao afirmar, que a democracia se caracteriza “por um conjunto de regras (primárias e fundamentais) que estabelecem *quem* está autorizado a tomar as decisões coletivas e com quais *procedimentos*”,<sup>33</sup> e esta é a primeira condição para que ela exista. A segunda condição diz respeito às modalidades de decisão, que se devem dar segundo *a regra da maioria*: são consideradas decisões coletivas, vinculatórias para todo o grupo social, aquelas aprovadas “ao menos pela maioria daqueles a quem compete tomar a decisão.”<sup>34</sup> Finalmente é indispensável uma terceira condição: aqueles que são chamados a decidir ou a eleger os que vão decidir têm que estar em condição de escolher entre várias alternativas e daí, ser indispensável a liberdade de opinião, de expressão das próprias idéias, de associação, etc.

A tradição do constitucionalismo aponta que o princípio democrático, apesar de sua imprecisão descritiva – nominalmente significa “o poder do povo”- , na discussão sempre se tem em vista o que ele “deve ser” – o que ele representa e, por isso, o termo não só tem uma função descritiva ou conotativa, mas também uma prescritiva (função normativa e persuasiva). Daí, “democracia”, primeiramente é conceito político – democracia política, e só secundariamente se fala em democracia social, democracia econômica, democracia industrial, etc.

---

<sup>32</sup> Expressão é de HABERMAS, *Direito e...*, p. 26 a respeito da tese de Bobbio. De acordo com Bobbio, democracia é, em última instância, governo do povo – governo direto, governo controlado pelo povo, governo representativo do povo -, o “regime do poder visível”, isto é, “o governo do poder público em público”, ao contrário dos estados autocráticos, em que o grau mais alto do poder político – o poder de tomar decisões obrigatórias para todos os cidadãos – coincide com “a concentração máxima da esfera do príncipe”. (BOBBIO, *Estado...*)

<sup>33</sup> BOBBIO, *O Futuro...*, p. 18.

<sup>34</sup> BOBBIO, *O Futuro...*, p. 19 Relativamente à regra da maioria, a primeira consideração pertinente a fazer é aquela segundo a qual esta é considerada “regra de jogo”, “princípio” ou “critério” que define substantivamente a democracia, porque a interação entre governantes e governados é um processo de múltiplas facetas, no qual as maiorias e minorias concretas se materializam de várias formas e em vários níveis. O princípio da maioria estabelece como vão ser resolvidos os conflitos, e no contexto constitucional, tem sentido falar em “tirania da maioria” porque esta pode esmagar a “minorias”. A solução para isso é garantir que a minoria possa ter o direito de oposição. No contexto eleitoral, a expressão é inaplicável e sem sentido, porque o princípio da maioria é “regra do jogo”: a minoria só indica “quem perdeu”, e esta se constitui, muitas vezes, na “maior minoria”. Daí, como assevera Sartori, “*da regra(método) da maioria* para se tomar decisões, não se pode derivar a existência de qualquer grupo que constitua *a maioria* e tome as decisões. O método de maioria indica apenas uma maioria matemática; não indica uma parte maior duradoura de uma coletividade”. Aristóteles, por exemplo, quando se referiu ao “governo de muitos”, descreveu um estado de coisas e não um critério padronizado de solução de controvérsias e tomada de decisões. É com Locke que emerge o uso moderno do critério da maioria como um critério quantitativo divorciado de atributos qualitativos, assevera Sartori, e , a partir daí, a teoria política passa a considerar a regra da maioria um critério ( não porque seja bom ou ótimo, mas porque é o melhor que se tem): “Toda sociedade precisa de regras de procedimento de solução de conflitos e tomada de decisões; e o princípio da maioria é o procedimento ou método que melhor satisfaz os

Considerando as circunstâncias de fato em que o ideal democrático atua, pode-se afirmar que, fora de um regime democrático, esse ideal é um antagonista; no interior de uma democracia, o princípio democrático tende a estabelecer medidas ideais para avaliar e controlar as conquistas democráticas do mundo real. A regra de conversão para a transformação dos ideais em realidade descoberta pelo constitucionalismo é a representação e a estrutura garantidora do Estado constitucional.

A representação tende a reduzir o poder a um menor poder, e o povo acaba realmente exercendo poder “pela capacidade de controlar e mudar os detentores do poder.”<sup>35</sup> Assim, a primeira formulação – todo poder ao povo – se converte gradualmente em outra: todo o poder a ninguém. Consoante a posição de Sartori, a democracia é flexível porque “é, sobretudo, um procedimento para processar quaisquer demandas da sociedade, tudo quanto chegue a ter ‘voz’, e o ideal democrático, embora não completamente realizável, pode ser otimizado.”<sup>36</sup>

Se a democracia é, desde que o mundo é mundo, governo de todos, da maioria, ou do povo, é essencial saber-se o que significa “o povo” em cada Constituição em concreto, isto é, segundo os modos lingüísticos de utilização da expressão, como o faz Müller.<sup>37</sup> A teoria do Direito fala de “povo” ao se referir aos “titulares dos direitos eleitorais ativos e passivos”, isto é, de “povo ativo”, aquele que é, graças à representação, a fonte da legislação. No discurso jurídico, “povo” aparece também como “instância de atribuição de legitimidade”, e, neste caso, a referência abrange todos os titulares da nacionalidade - a fonte do poder: o conceito assim inclui os não-eleitores, os não-votantes, bem como os vencidos pelo voto. Por fim, “o povo” pode ser abordado como o destinatário das normas enquanto população efetiva: “desse povo-destinatário, ao qual se endereçam todas as prestações civilizatórias do Estado Democrático de Direito, fazem parte simplesmente todos, independentemente de sua idade, seu estado mental e do *status* dos “direitos políticos” [“bürgerliche Ehrenrechte”].”<sup>38</sup>

---

requisitos da democracia,” porque ele evita a paralisia e permite que grandes coletividades opinem. Cf. SARTORI, *A Teoria...*, p. 183, p. 189 e p. 192.

<sup>35</sup> Cf. SARTORI, *A Teoria...*, p. 105-106.

<sup>36</sup> *Ibidem*, p. 111.

<sup>37</sup> MÜLLER, Friedrich. Que grau de exclusão social ainda pode ser tolerado por um sistema democrático? *Revista da Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre*, Porto Alegre, edição especial, 2000. Tradução da Conferência proferida no evento “Desafios Contemporâneos da Democracia”, de 25 a 26 de agosto de 1999. Tradução de Peter Naumann.

<sup>38</sup> Cf. *Ibidem*, p. 25.

Para Barzotto, que assume a tese de que a democracia brasileira é do tipo “deliberativa”, o povo, na Constituição Brasileira está referido no terceiro sentido: sujeito da democracia, “povo” é a comunidade das pessoas humanas que vivem no território brasileiro, porque é razoável interpretar as expressões contidas no Prêambulo, no art. 3º e no inciso III do art. 1º, no sentido de que a sociedade brasileira se enxerga como “fraterna, pluralista e sem preconceitos”, tem como fundamento a dignidade da pessoa humana e por finalidade, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Não é difícil, assim, sustentar que “o povo” é uma comunidade que se estrutura teleologicamente, pois “é a comunhão na busca de objetivos e finalidades constitucionais que tornam o povo brasileiro uma comunidade, isto é, uma associação humana fundada na busca de um bem que é comum a todos os seus membros”.<sup>39</sup> No entanto, verifica-se que, quando a Carta Política enuncia “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição” (Parágrafo único, art. 1º), ela assume, pelo menos parcialmente, a concepção procedimentalista, ou formal, de democracia, segundo a qual a democracia consiste em um conjunto de “procedimentos universais” ou de “regras do jogo político.”

Isto posto, a concepção procedimental de democracia como conjunto de regras que tendem a preservar a liberdade dos indivíduos na tomada de decisões, pressupõe que o governo do “povo” é o governo da maioria, e, por “povo” - sujeito da democracia, - entende os destinatários da ordem jurídica (“a totalidade dos indivíduos submetidos à ordem jurídica”) que participam da criação do governo, diretamente pela assembléia desses indivíduos ou indiretamente por seus representantes.<sup>40</sup> É justamente nesta função de participação na criação da ordem estatal que reside a idéia de democracia. Como nem todo o “povo” possui direitos políticos, só aqueles que são cidadãos conseguem atuar no processo político, ocorrendo a inevitável diferenciação entre o “povo ativo” e o conjunto de indivíduos submetidos à ordem jurídica.<sup>41</sup>

Nos termos da tradição da teoria política do Ocidente, isso quer dizer, em primeiro lugar, que os órgãos políticos, principalmente o órgão político máximo (a quem é assinalada a função legislativa), deve ser composto de membros direta ou indiretamente escolhidos pelo povo, de forma que é na participação – direta ou indireta (pela via da representação) – do

---

<sup>39</sup> C. BARZOTTO, *A Democracia...*, p. 177.

<sup>40</sup> Cf. *Ibidem*, p. 144.

<sup>41</sup> KELSEN, *Essência e...*, p. 37..

povo ativo no poder que residem o fundamento e a legitimidade da ordem democrática.<sup>42</sup> É o que se verá a seguir.

## 1.2 O fundamento e a legitimidade da ordem democrática

Pelo princípio da representação,<sup>43</sup> resolve-se a equação “governante-governado” através de uma mediação: não sendo possível, na sociedade de massas, uma identidade total entre governantes e governados - o povo não tem como decidir sobre todos os assuntos da vida estatal - , “o domínio de homens sobre outros homens” é feito por meio de “órgãos especiais” de direção e formação da vontade política.<sup>44</sup> Distinguem-se, assim, entre aqueles que “se deixam guiar pela influência dos outros, sem opinião própria” daqueles que intervêm efetiva e pessoalmente na determinação da direção da vontade comum. Os órgãos especiais que intervêm diretamente na formação da vontade do Estado são os partidos políticos: um dos elementos mais importantes da “democracia real”, os partidos agrupam correntes de opinião e disputam, através das eleições, a influência efetiva sobre a gestão dos negócios públicos. Por esta razão, não há democracia sem partidos.

<sup>42</sup> Desde a concepção clássica, cidadão é “aquele que participa nas funções deliberativa e judicial na comunidade política,” (ARISTÓTELES, *Política*: Livro III, 1, 1275b) e tanto na democracia - governo de muitos que tem por finalidade o bem dos pobres - quanto na *politeia* - o regime perfeito - esta participação se restringe aos livres, com a diferença que, na *politeia*, os que participam são aqueles livres com “um mínimo de propriedade” (classe média). Dado que, no plano concreto, existem democracias ou oligarquias, e que “os abusos dos ricos são um fator mais dissolvente da constituição do que os abusos do povo,” (ARISTÓTELES, *Política*: Livro IV, 1297a), a *politeia* de classe média acaba por ser o regime mais seguro porque está mais perto da democracia, que da oligarquia. (ARISTÓTELES, *Política*: Livro V, 1, 1302a). Os regimes em que há diferenças excessivas quanto à propriedade constituem “uma cidade de escravos e de amos, mas não de homens livres, e uma cidade onde uns invejam e os outros desprezam, está muito distante da amizade e da comunidade política. Porque a comunidade implica a amizade: os inimigos não querem compartilhar nem o mesmo caminho. A cidade deve estar constituída de elementos iguais e semelhantes no maior grau possível, e esta condição se dá especialmente na classe média [...]” (ARISTÓTELES, *Política*: Livro IV, 11, 1295b).

<sup>43</sup> Montesquieu já afirmara que, nos Estados livres, é o povo que possui o Poder Legislativo, mas, como nos grandes estados é impossível que o povo faça leis diretamente, é conveniente que o faça através de seus representantes, *verbis*: “Comme, dans un État libre, tout homme qui est censé avoir une âme libre doit être gouverné par lui-même, il faudrait que le peuple en corps eût la puissance législative. Mais comme cela est impossible dans les grands États et est sujet à beaucoup d’inconvénients dans les petits, il faut que le peuple fasse par ses représentants tout ce qu’il ne put faire par lui-même.” O corpo de representantes, escolhido, não para tomar resoluções, “mas, sim, para fazer leis ou para ver se as que fez são bem executadas”, pode estar organizado em duas câmaras: a alta, como um senado, confiada à nobreza, e a baixa, confiada ao corpo escolhido para representar o povo, cada qual com suas deliberações à parte, seus objetivos e interesses separados: “Le corps représentant ne doit être choisi non plus pour prendre quelque résolution active, chose qu’il ne ferait pas bien; mais pour faire des lois, ou pour voir si l’on a bien exécuté celles qu’il a faites, chose qu’il peut très bien faire, et qu’il n’y a même que lui qui puisse bien faire.” (MONTESQUIEU. *Espírito das Leis*. Paris: Presse Universitaires de France, 1993. Original do Capítulo VI do Livro XI, como editado por KRIEGEL, BLANDINE. *Textes de Philosophie Politique Classique*. Coleção *Que sais-je?* p. 94-95).

Conquanto a Constituição não tenha feito uma opção pela democracia como doutrina abstrata de fundamentação do poder, o conceito que ela veicula abrange tanto o caráter normativo (o regime deve ser democrático) quanto as condições reais e procedimentos para a formação da ordem concreta da realidade estatal. Essa ordem concreta não parte de uma “vontade do povo” uniforme e unívoca, mas de uma vontade que é “real” porque nasce da divergência e diferenças de opinião, de interesse, de aspirações, isto é, de conflitos dentro do povo, em última instância, do “dissenso”.<sup>45</sup> Essa “vontade real” vem referida na teoria política como um “consenso” que foi produzido nas eleições, já que, na democracia, o povo governa através de representantes, de modo que o que sintetiza o processo democrático são as eleições. O poder de eleger é a garantia mecânica da democracia: a garantia substancial é “constituída pelas condições em que o cidadão obtém as informações e é exposto à pressão dos formadores de opinião.”<sup>46</sup>

Assim como as eleições devem ser livres, a opinião também deve sê-lo, de modo que um governo de opinião se deixa descrever como um governo de consentimento. Dizer que a democracia é um governo por consenso significa afirmar que este repousa sobre as opiniões expressadas nas eleições e a elas reage. Ainda que exista, no espaço entre uma eleição e outra, a formação de opinião pelos chamados grupos especiais (mídias, grupos de interesses, etc.),<sup>47</sup>

<sup>44</sup> Cf. HESSE, *cit.*, p. 118.

<sup>45</sup> No Constitucionalismo antigo, Aristóteles já afirmava a importância do que chamou “concordia”: “Em uma cidade há concordia (*homonoia*) quando os cidadãos pensam do mesmo modo sobre o que lhes convém, elegem as mesmas coisas e fazem juntos o que concordaram em comum. Portanto, a concordia se refere ao prático e dentro deste, aquilo que é importante [...]” (Ética à Nicômacos, IX, 1167b).

<sup>46</sup> Opinião pública é um conceito político porque é uma opinião sobre o estado da coisa pública – da *res publica* – indicando não só o sujeito da opinião mas também “a natureza e o domínio das opiniões em questão.” Para serem politicamente relevantes, as opiniões devem ser “expostas às informações sobre as coisas públicas”. Como “opinião”, expressa mais juízos de valor do que juízos de fato ou de verdade. Enquanto “pública” pertence ao universo político: é uma *doxa* que forma e fortalece no debate, expressando uma atitude racional e crítica. Fenômeno da época moderna, a opinião pública surge para combater a guarda dos *arcana imperii* e a censura, de modo a obter a máxima publicidade dos atos do Governo. Hoje se fala em “crise da opinião pública” e dos seus vários sentidos e, na medida em que um dos temas centrais desta tese é a “publicidade” em suas várias acepções, deixa-se, por ora, de consignar o estado atual da discussão, porque isso será feito ao longo do texto e mais especificamente no capítulo II. Para essas considerações preliminares, ver SARTORI, *Teoria da...*, p. 124-125 e OPINIÃO PÚBLICA. In: BOBBIO, N.; MATTEUCCI, N.; PASQUINO, G. *Dicionário de Política*. Tradução brasileira de *Dizionario di Politica*, por Luís Guerreiro Pinto Cacaís, João Ferreira, Gaetano Lo Mônca, Renzo Dini e Carmen C. Varialle. Brasília: UNB, 1986, p. 843.

<sup>47</sup> A teoria política indica várias teorias a respeito da formação da opinião pública, tais como a disseminação de opiniões a partir das elites (formação em cascata), o “borbulhar” de opiniões a partir da base e a identificação com grupos de referência. Na primeira tese, as opiniões fluem de cima para baixo “através de muitos degraus, como numa cascata interrompida por uma série de piscinas.” Nos termos da “teoria das elites”, em cada sociedade, “o poder político pertence sempre a um restrito círculo de pessoas: o poder de tomar e impor as decisões válidas para todos os membros do grupo, mesmo que tenha que recorrer à força, em última instância.” É a tese (lei) de Mosca. Já Dahl fala de “elite dominante”, como sendo aquele grupo de pessoas que tem capacidade de controle, liderança e poder substantivo de governo. Se este grupo, identificável e duradouro, prevalece regularmente, inclusive com o poder de suprimir as controvérsias ou tirá-las de pauta, se pode falar

só as eleições expressam um consenso geral ou uma discordância generalizada em relação ao governo.

Em relação à teoria da democracia, “consenso”, pode significar: a) valores superiores que estruturam um sistema de crenças, e esta é uma condição que facilita a democracia; b) um consenso procedimental, no sentido de estabelecer as regras do jogo, isto é, como os conflitos devem ser resolvidos. Na democracia, essa regra é o princípio da maioria, e, neste caso, é condição *sine qua non*. Na democracia, “concordamos em discordar”, e isso deve ser entendido como concordância em relação às regras da discordância e ao tratamento delas e igualmente que a democracia protege e favorece a discordância dentro das regras estabelecidas.<sup>48</sup> Por fim, há o consenso sobre políticas e governos (“consenso como dissenso”), de forma que a essência da democracia é ser o “governo pela discussão.”<sup>49</sup> No

---

em “classe dirigente”. Segundo Sartori, as democracias são caracterizadas por uma difusão do poder que invalida, em parte, o modelo de Dahl, mas salvando-se algo desse modelo, pode-se adotar aquele de “liderança de minorias”, que se caracteriza pela “multiplicidade de grupos de poder entrecruzados e envolvidos em manobras de coalizão.” A opinião pública formada pelo “modelo cascata” parte das elites econômicas e sociais, atinge a seguir as elites políticas e governamentais, passa pelos meios de comunicação e formadores de opinião até atingir a massa. Mas, às vezes, as opiniões formam bolhas nas “piscinas” e assumem a forma de uma maré de opinião de cima para baixo e alcançam os níveis superiores (os políticos, o complexo militar-industrial e os meios de comunicação de massa). No entanto, nenhum destes modelos esgota o que é a “opinião pública”, porque “as opiniões dos indivíduos que compõem um público quando reunidos também derivam em grande parte de identificações com uma série de grupos concretos e/ou de referência: a família, os grupos de seus iguais, os grupos de trabalho[...]” Ver, SARTORI, op cit., p. 132-136 e p. 201-203 e BOBBIO, ELITES, Teoria das. In: BOBBIO, N.; MATTEUCCI, N.; PASQUINO, G. *Dicionário de Política*. Tradução brasileira de *Dizionario di Política*, por Luís Guerreiro Pinto Cacais, João Ferreira, Gaetano Lo Mônca, Renzo Dini e Carmen C. Varialle. Brasília: UNB, 1986, p. 384.

<sup>48</sup> Para Saldanha, o *consensus* é uma das condições de legitimidade de uma ordem política, porque sendo a legitimidade uma relação entre a ordem institucionalizada e a concepção de justiça e de direito que prevalecem em uma comunidade, requer uma “ampla concordância das forças válidas da sociedade política em torno de alguns valores básicos, capazes de se tornarem predominantes”. Este acordo fundamental é o que a teoria política chama de *consensus*, de modo que, preliminarmente, esse é um acordo quanto às bases de uma ordem política justa. Utilizado nas teorias sociológicas para significar “(a)ajustamento da dissensão social; (b)acordo entre o papel de um comportamento e o papel dele esperado; (c) crenças comuns, que ultrapassam as fronteiras dos grupos; e (d) uma visão comum concernente à identidade ou congruência de interesses”, é preciso reconhecer que, no nível da comunidade, coexistem dois âmbitos de interesses. O primeiro é o domínio dos interesses seccionais mais diversos, que dividem a comunidade: “é o terreno do dissenso, sobre o qual - nas democracias de tipo ocidental - atuam os partidos políticos, buscando organizar os interesses mais próximos e mais compatíveis, e, a partir desse material bruto, formular objetivos governamentais a serem perseguidos, uma vez conquistado o poder”. O segundo âmbito é aquele que diz respeito aos fins básicos e indispensáveis à manutenção mesma da sociedade, e este é o “terreno próprio para a construção de um *consensus*, vale dizer, um acordo em torno de alguns valores tidos como básicos à fundação de uma ordem política e que, embora não corresponda exatamente aos interesses e ideais de cada indivíduo ou grupo social, possa ser acolhido por todos, ou pelo menos, por quase todos.” Na medida em que, nas sociedades humanas esse *consensus social* que, ao menos em tese, seria a base de um *consensus* como fato político não existe, o *consensus* que torna legítima a ordem política tem que ser permanentemente construído. Assim, esse *consensus*, no dizer de Saldanha, é *consensus* de juristas, que pressupõe que a sociedade “necessita de uma organização, organização essa que é, antes de tudo, política, pois requer a utilização e, até, o monopólio da força e da coerção. (SOUZA JÚNIOR, César Saldanha de. *Consenso e Democracia Constitucional*. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 2002, p. 58-67, p. 86 et seq).

<sup>49</sup> Saldanha distingue entre um *consensus* formal, que diz respeito à estrutura básica do poder e das regras do jogo político, e um substancial mínimo, que é aquele referido a um acordo quanto aos limites da ação do governo e a um quadro de metas programáticas. Assim, à finalidade e à matéria do Poder, correspondem a

entanto, somente no contexto de uma sociedade pluralista (que acredita no valor da diversidade, com partidos, dissenso, oposição, contestação) é possível construir esses consensos sobre políticas e governos, porque o dissenso traz mudanças no consenso, isto é, um “novo consenso ou novos sujeitos de consenso sobre coisas diferentes”, afirma Sartori.<sup>50</sup>

Na eleição, o eleitor não decide políticas concretas, e sim “quem vai decidir sobre elas”;<sup>51</sup> não resolve problemas, mas tão somente quem vai resolvê-los. Advém daí que é através da atividade eleitoral dos cidadãos e dos partidos políticos que o sistema político se mantém-sensível a influências da opinião pública e conectado com a “esfera pública” e a “sociedade civil”.<sup>52</sup>

Na tese eleitoral da democracia, esta é um sistema que define, pela representação, o processo de tomada de decisões políticas, que, por sua própria natureza, são decisões coletivizadas porque se aplicam e se impõem a uma coletividade, independentemente de serem tomadas por uma pessoa, algumas ou pela maioria. Tais decisões são soberanas, inescapáveis, sancionáveis e envolvem riscos externos (para os destinatários) e custos internos (decisórios). A democracia é o melhor regime porque, se a coletividade recebe decisões que não foram tomadas por ela (mesmo que de forma fictícia), está exposta ao risco político da opressão e aos riscos decorrentes da incompetência, estupidez ou interesses sinistros. Advém daí que, nas democracias, para reduzir os custos internos, adota-se o procedimento eleitoral para formar o órgão que decide (comitê); para diminuir os riscos externos (relacionados aos prejuízos para os destinatários), adota-se a regra da maioria (simples ou qualificada) para a tomada de decisões. Desta forma, a questão de minimizar os riscos externos sem obstruir o processo de decisão é resolvida pelo modo de constituir o órgão decisório, pela representação.

---

substância do *consensus*; à forma do Poder, corresponde o *consensus* formal. No que diz respeito à finalidade e matéria do Poder, encontram-se, no *consensus*, quatro pressupostos: um de ordem axiológica - “a crença democrática de que os valores da ordem política devem espelhar os valores dominantes da Comunidade”; outro de ordem sociológica, segundo o qual a comunidade, sendo essencialmente conflituosa, precisa construir politicamente uma convergência básica. O terceiro pressuposto é de ordem antropológica: a confiança no senso prático dos membros da comunidade que os convença a negociar um acordo fundamental aceitável por todos, independentemente de suas diferentes convicções e, por fim, há o pressuposto ontológico, que implica o reconhecimento da autonomia do político, para tornar possível a construção de um acordo fundamental “acima das diversidades das posições éticas, ideológicas, filosóficas ou religiosas dos membros e grupos da Comunidade [...]” (Ibidem, p. 109 e p. 88-89).

<sup>50</sup> SARTORI, *Teoria da...*, p. 130.

<sup>51</sup> Cf. Ibidem, p. 152.

<sup>52</sup> Cf. HABERMAS, *Direito e...*, p. 101

Nesse sentido, pode-se afirmar primeiramente, que a ordem democrática brasileira encontra seu fundamento na teoria eleitoral da democracia porque admite implicitamente a existência de uma opinião pública autônoma, que sustenta, através das eleições, governos consentidos. Estes, por sua vez, são receptivos às opiniões do público. Por isso, sempre se pode dizer que a democracia, em termos procedimentais, produz uma continuidade suprapessoal da ordem política e tende a racionalizar o processo político quando cria um procedimento público de formação da vontade política (as eleições).<sup>53</sup> Na perspectiva sociológica, a vontade política assim formada tanto é fruto de processos regulados quanto de processos informais de formação de opinião na esfera pública, que lhes são precedentes.<sup>54</sup>

Observados, no entanto, os termos do Preâmbulo e do art. 3. da Carta de 1988, bem como as várias referências à “Justiça”, pode-se argumentar, com propriedade, que a democracia brasileira não é do tipo “procedimental puro”, na medida em que as suas finalidades estão preestabelecidas no texto constitucional, não havendo neutralidade em relação a valores e ao que se considera “a vida boa” para o ser humano. Excluídos estão os modelos procedimental puro e plebiscitário, porque o primeiro não admite a noção de bem

---

<sup>53</sup> Art. 1º. Parágrafo único. da CF: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.” Art. 14: “A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos [...]: § 3º: São condições de elegibilidade, na forma da lei: [...] V - a filiação partidária [...]”; Art. 17: “É livre a criação, fusão, incorporação e extinção dos partidos políticos, resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana [...].”

<sup>54</sup> Conforme a interpretação que faz Habermas, ao se analisarem as condições sociais de gênese e legitimação do direito, sempre se deve ter em conta que a própria política legislativa envolve processos de negociação e formas de argumentação, de modo que a criação legítima do direito depende de “condições exigentes, derivadas de processos e pressupostos de comunicação, onde a razão, que instaura e examina, assume uma figura procedimental.” Segundo o autor, no modelo de “política deliberativa”, há deliberações que são reguladas através de processos democráticos e outras que são informais. As votações são, via de regra, precedidas por uma formação informal da opinião, mas uma vez que são instaurados os processos parlamentares, as competências de decisão (e responsabilidades políticas) passam a constituir o ponto de referência para a constituição de esferas públicas, “social e temporalmente limitadas, e para a organização argumentativa de questões específicas.” Os processos democráticos organizados nestas esferas têm em vista a solução de questões práticas, inclusive a negociação de compromissos. “O sentido operacional dessas regulações não consiste tanto na descoberta e identificação de problemas, como na sua elaboração, ou seja, consiste [...] na justificação da escolha dos problemas e na discussão entre propostas de solução concorrentes. As esferas públicas das corporações parlamentares estruturam-se quase sempre como um *conjunto de justificação*. Elas dependem não somente do trabalho de reelaboração administrativa, como também do *contexto de descoberta* de uma esfera pública não regulada através de processos, da qual é titular o público de cidadãos em geral.” Esta esfera pública pluralista forma-se de modo mais ou menos espontâneo, “num quadro garantido pelos direitos humanos” e, devido à sua estrutura “anárquica” essa esfera pública geral “está muito mais exposta aos efeitos de repressão e de exclusão do poder social - distribuído desigualmente - da violência estrutural e da comunicação sistematicamente distorcida, do que as esferas públicas organizadas do complexo parlamentar, que são reguladas por processos.” (HABERMAS, *Direito e...*, p. 9, p. 26-27.

comum pré-constituído em relação às decisões políticas, e o segundo que antepõe ao “bem do todo” o “bem de todos”.<sup>55</sup>

Daí, poder-se afirmar que a democracia brasileira é do tipo “procedimental-deliberativa” porque “o processo de tomada de decisões está orientado antecipadamente.” Além disso, há a deliberação pública sobre o que é o bem comum, e essa deliberação, para ser democrática, deve conter a mais ampla participação possível do povo.<sup>56</sup> Todavia, dado que, nas sociedades reais, bastantes complexas, o “sistema administrativo”, ao assumir cada vez mais tarefas de regulação, sobrecarrega o modo deliberativo de decisão, na perspectiva dos cidadãos começa a ser percebida a diferença entre norma e realidade, de modo que o poder administrativo se torna um poder autônomo, sem relação alguma, mesmo indireta, com a vontade a que ele está submetido através da mediação da representação.<sup>57</sup>

Mesmo não existindo dúvidas de que a fonte do poder administrativo é a soberania popular, concretamente, nas decisões cotidianas, esta vinculação se esvanece, ficando obnubilada, na psicologia do cidadão, a consciência de viver em uma democracia livre. Associada a isso está a atual “crise” do paradigma do Estado de Direito e, por conseguinte, torna-se relevante a tese da participação política direta, como aprofundamento e efetiva realização do ideal democrático. È o que se passa a discutir.

### 1.3 O aprofundamento do ideal democrático pela participação

No modelo liberal de democracia, sendo o poder político e administrativo formas diferentes de manifestação do poder social, o poder administrativo acaba por ser empregado

---

<sup>55</sup> BARZOTTO, *A Democracia...*, p. 101.

<sup>56</sup> Em termos ideais e em uma perspectiva sociológica diversa da tradição aristotélica, o processo deliberativo deve proporcionar a inclusão de todas as pessoas envolvidas, chances reais de participação no processo político, igual direito de voto nas decisões, o mesmo direito para a escolha dos temas da discussão e “uma situação na qual todos os participantes, tendo à mão informações suficientes e bons argumentos, possam formar uma compreensão articulada acerca das matérias regulamentadas e dos interesses controversos”. Cf. HABERMAS, *Direito...*, p. 42-43.

<sup>57</sup> No sistema de ação administrativa (ou aparelho de Estado), a esfera pública política e o complexo parlamentar formam o lado *input*, a partir do qual os interesses organizados fluem para o processo de legislação; no lado *output*, a administração acaba por encontrar resistência de outros sistemas funcionais que se fazem valer, de modo que “essa emancipação do poder social em relação ao processo democrático favorece as tendências endógenas que levam à autonomia do poder administrativo”, como HABERMAS, *Direito...*, p. 58.

também para influenciar a formação da vontade parlamentar e o “jogo de forças que regula os interesses organizados”,<sup>58</sup> de sorte que “o lugar dos cidadãos e de seus interesses individuais é ocupado por organizações e interesses organizados” e o processo democrático fica reduzido à escolha de dirigentes - uma seleção de condutores.

Formado um sistema administrativo relativamente independente da sociedade, surge o problema de saber como o Estado - não só dirigido pelos interesses sociais - pode ao menos ser sensível a esses interesses. Daí, se o sistema político deve assumir a articulação das necessidades públicas relevantes, o sistema administrativo acaba por operar num espaço relativamente estreito: “parece que ele age mais no nível reativo de uma política que tenta contornar crises do que uma política que planeja”.<sup>59</sup> Assim descrito, o sistema político definido pelo Estado de Direito (um subsistema parcial), ao perseguir fins coletivos especiais e ao regular determinados conflitos, gera problemas de integração social e fica limitado por outros sistemas, fechando-se a intervenções diretas. Ele esbarra na eficiência do poder administrativo (“inclusive na forma de organização do direito e dos meios fiscais”) e no fato de que muitas das condições que tornam o direito legítimo não se encontram à disposição da política, colocando em xeque a efetividade de suas realizações e a legitimidade de suas decisões.

Por essa razão, Habermas<sup>60</sup> aponta para o fracasso do sistema político no modelo liberal, nos seguintes termos:

O fluxo do poder regulado pelo Estado de Direito é anulado quando o sistema administrativo se torna independente em relação ao poder produzido comunicativamente, quando o poder social de sistemas de funções de grandes organizações, inclusive os meios de comunicação de massa, se transforma em poder ilegítimo ou quando as fontes do mundo da vida, que alimentam comunicações públicas espontâneas, não são mais suficientes para garantir uma articulação livre de interesses sociais.

Com o desenvolvimento do Estado Social, há uma mudança social do Direito e o esboço de uma nova compreensão instrumental do Direito. O Estado acaba por assumir novas

---

<sup>58</sup> HABERMAS, *Direito...*, p. 59 e BOBBIO, *O Futuro...*, p. 23, *verbis*: [...] sujeitos politicamente relevantes tornaram-se sempre mais os grupos, as grandes organizações, associações de mais diversa natureza, sindicatos das mais diversas profissões, partidos das mais diversas ideologias, e sempre menos os indivíduos. Os grupos e não os indivíduos são os protagonistas da vida política numa sociedade democrática [...]. A sociedade real, sotoposta aos governos democráticos é pluralista.”

<sup>59</sup> HABERMAS, *Direito...*, p. 61

<sup>60</sup> *Ibidem*, p. 120-121.

tarefas e se ampliam as funções da administração. Este modelo acabou por se impor porque os “direitos subjetivos podem ser lesados, não somente através de intervenções ilegais, mas também através da omissão da Administração.” Com a mudança das tarefas do Estado, mais necessária é a legitimação pela gênese democrática do Direito, porque, neste Estado sobrecarregado, a lei perde cada vez mais seu caráter impositivo<sup>61</sup> e se altera o sentido da divisão funcional dos poderes.<sup>62</sup> Com isso, ressaltam, no Estado de Direito, o direito de elaboração legislativa politicamente autônoma, que se concretiza nos direitos políticos fundamentais que embasam pretensões igualitárias de participação no processo legislativo, e os direitos participativos, que fundamentam pretensões que se dirigem à satisfação dos fins sociais da igualdade de gozo das liberdades privadas e dos direitos de organização política.

A constatação mais evidente do processo de transformação das estruturas do Estado é que este se deixa cada vez mais descrever como “Estado Administrativo”, isto é, um complexo que presta um número ilimitado de serviços à coletividade, que dirige, supervisiona e estimula todo o campo da ação social que se destina a condicionar a existência humana. Administração de proteção social e de direção da economia não existia no modelo liberal de Estado e, na medida em que ela é o resultado da concorrência das várias classes sociais ao governo, cada uma introduzindo instituições para tutelar seus próprios interesses, pode ser adequadamente descrita como “Administração de um Estado Pluriclasse”, como faz Giannini.<sup>63</sup> O Estado, organizado em segmentos de interesses os mais diversos, exige novas instituições tais como a revisão dos instrumentos de tutela de situações subjetivas dos particulares, no confronto com os poderes públicos e a democratização das decisões, através da substituição de órgãos individuais por órgãos colegiais representativos, com membros eleitos (se possível) e a adoção de procedimentos constitucionais, jurisdicionais e

---

<sup>61</sup> Conquanto a Administração no Estado Social assuma tarefas de estruturação e de regulação política, a lei, na sua forma clássica, torna-se insuficiente para programar sua prática. A Administração prestadora de serviços assume tarefas de provisão, de elaboração de infra-estrutura, de planejamento e previsão de riscos, agindo para o futuro e cobertura de grandes espaços, de modo que as formas do Direito foram ampliadas para abranger leis experimentais de caráter temporário, cláusulas gerais, referências em branco e conceitos jurídicos indeterminados, desencadeando a discussão sobre a “indeterminação do direito”.

<sup>62</sup> A Administração, no Estado Social, está insuficientemente regulada do ponto de vista constitucional, porque ela, “ao preencher suas tarefas de regulação, nem sempre depende de intervenções no sentido técnico-jurídico”, afirma Habermas, e, em tais domínios, programa-se a si mesma e passa a proceder consoante a máxima da proporcionalidade e outras, que “não admitem mais um tratamento normativamente neutro dos textos legais.” (Cf. HABERMAS, *Direito...*, p. 175-176).

<sup>63</sup> GIANNINI, Massimo Severo. I Pubblici poteri negli stati pluriclasse. *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*. Milano, v. 2-3, p. 389-404, 1979.

administrativos mais elaborados e abertos à participação dos interessados, com a diminuição da discricionariedade pela exigência cada vez maior de decisões motivadas .<sup>64</sup>

Com isso, entram em questão o problema da “participação política” e os argumentos a favor e contra a chamada “democracia participativa”, “participação democrática” ou “democracia representativa com caráter participativo”, segundo a posição que se adote.<sup>65</sup> Conceito relativamente recente e fenômeno social de grande complexidade que apresentam dimensões e aspectos diversos, por participação política se pode entender, no plano sociológico, o papel que pertence a um indivíduo no desenvolvimento da atividade de um grupo ou de uma associação; na perspectiva adotada pela ciência política, participação é o concurso dos particulares no exercício do poder e, finalmente, do ponto de vista da ciência jurídica, participação assinala a posição concedida ao cidadão na gestão da coisa pública .<sup>66</sup>

Na perspectiva filosófica, desde o Iluminismo, adota-se um conceito amplo de república como sendo aquele Estado que se contrapõe a qualquer forma de despotismo e que pode ser realizado também em uma monarquia ou aristocracia, mas que, para sua total realização precisa da democracia, porque esta foi definida como “um Estado de cidadãos que se fundamenta sobre leis de liberdade”.<sup>67</sup> A república se aperfeiçoa, segundo a concepção kantiana, no momento em que se realiza esta autonomia por uma participação e co-decisão, o mais amplas possível, de todos os cidadãos por igual. Daí que a razão de Estado de uma democracia cidadã exija a autodeterminação e o autogoverno por e para os homens e cidadãos, isto é, uma organização do Estado que tenha como objetivo a maior participação e co-decisão possíveis de todos os cidadãos nos assuntos públicos de sua comunidade.<sup>68</sup> Com isto, ganha relevância a “ótima participação” do soberano - o povo - em uma república, como

---

<sup>64</sup> Cf. *Ibidem*, p. 393.

<sup>65</sup> Em sua crítica aos argumentos participativistas, Sartori reconhece três posições: a) moderada – que propõe uma ênfase renovada na participação; b) elitista, que atribui um papel importante a grupos pequenos e intensos; c) radical (puros), democracia de referendo ou plebiscitária. (SARTORI, *A Teoria...*, passim).

<sup>66</sup> Cf. SAVIGNANO, *cit.*, p. 1.

<sup>67</sup> De acordo com Kant, os tres poderes do Estado compreendem a relação de um soberano universal (que, do ponto de vista das leis da liberdade, só pode ser o povo unido) com um conjunto de indivíduos do povo enquanto súdito. O ato pelo qual o povo mesmo constitui o Estado é o “contrato originario, según el cual todos (*omnes et singuli*) en el pueblo renuncian a sua libertad exterior, para recobrarla en seguida como miembros del pueblo considerado como Estado (*universi*); y no puede decirse que el Estado, el hombre en el Estado, haya sacrificado a un fin una parte de su libertad exterior innata, sino que ha abandonado por completo la libertad salvaje y sin ley, para encontrar de nuevo su libertad en general integra, en la dependencia legal, es decir, en un estado juridico; porque esta dependencia brota de su propia voluntad legislatora”. (KANT, *La Metafísica...*, p. 146).

condição essencial “para a *legitimação igualmente ótima* das decisões políticas” e se cunha a fórmula: tanta participação quanto seja possível, tanta representação quanto seja necessário.<sup>69</sup>

A esta consideração, pode ser acrescentada a tese do “jovem Hegel” como aprofundada por Honneth, segundo a qual as relações jurídicas constituem um dos lugares em que se trava a “a luta por reconhecimento”, porque no reconhecimento jurídico, um homem é respeitado em virtude da propriedade que faz dele uma pessoa de direito, capaz de participar do processo democrático da formação da vontade. A ampliação sucessiva de direitos fundamentais pode ser compreendida de acordo com a “concepção moral segundo a qual todos os membros da sociedade podem ter assentido por discernimento racional à ordem jurídica estabelecida” e, por isso mesmo, deve-se esperar dos cidadãos a disposição à obediência.<sup>70</sup> Esta ampliação dos direitos individuais fundamentais, obtida pela luta social por igualdade, ampliou o *status* objetivo de uma pessoa, dotando-a de novas atribuições e estendendo tais atribuições a um número sempre crescente de membros da sociedade. Com isso, o Direito ganhou determinados conteúdos, nos quais “as diferenças nas chances individuais de realização das liberdades socialmente garantidas encontram uma crescente consideração jurídica”, e as relações jurídicas foram universalizadas, sendo paulatinamente adjudicadas àqueles grupos que até então estavam excluídos ou desfavorecidos. Decorre daí que há, no interior da esfera jurídica, uma progressiva “luta por reconhecimento”, de modo que os confrontos práticos surgidos “por conta da experiência do reconhecimento denegado ou do desrespeito, representam conflitos em torno da ampliação tanto do conteúdo material quanto do alcance social do *status* de uma pessoa de direito.”<sup>71</sup> Assim, na experiência do reconhecimento jurídico, uma pessoa será capaz de se considerar digna de respeito e de auto-respeito, se, e tão somente ela partilhar com todos os outros membros da comunidade as propriedades que a capacitam a participar na formação da vontade política (ainda que no plano discursivo).<sup>72</sup>

Postas estas premissas, pode-se afirmar que, em seu significado mais elementar, a participação indica e realiza “um tomar parte” nos processos de decisão: este é o núcleo

<sup>68</sup> Cf. MAIHOFFER, Werner. *Princípios de una democracia en libertad*. In: HEYDE, Wolfgang (Org.) *Manual de Derecho Constitucional*. Tradução espanhola de *Handbuch des Verfassungsrechts des Bundesrepublik Deutschland*, Madrid: Marcial Pons, 1996, p. 266 et seq.

<sup>69</sup> Cf. *Ibidem*, p. 268-269.

<sup>70</sup> Cf. HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. Tradução brasileira de *Kampf um Anerkennung* Luiz Repa. São Paulo: Editora 34, 2003, p.192.

<sup>71</sup> *Ibidem*

comum do conceito adotado nas várias disciplinas do pensamento. Os juristas falam de participação política em um sentido prescritivo, ou valorativo, e em um sentido descritivo, porém não estão de acordo a respeito dos vários institutos que correspondem à idéia abstrata de participação. Nigro, por exemplo, compreende por participação um tomar parte nas decisões, por aqueles sujeitos que são diversos daqueles aos quais um ordenamento atribui institucionalmente a competência de decidir, de modo que, no campo da organização pública, esse sujeito “estranho” pode ser o cidadão, se a referência é ao indivíduo, ou o povo, se a referência é ao titular institucional de um serviço ou à organização “constituída” pelos mecanismos eleitorais.<sup>73</sup> De acordo com o autor, o “progredir” da noção de participação está relacionado ao que é “fechado” e ao que é “aberto” relativamente ao “aparelho do Estado” ou ao “poder administrativo”.<sup>74</sup>

Mais do que isso, considerados o valor negativo do princípio democrático - a democracia é um regime que protege a esfera inviolável da pessoa humana contra o poder do Estado e seus excessos -, o valor positivo - a democracia é o regime da participação do maior número de cidadãos no governo - e a noção de autonomia (representação da liberdade como poder inalienável, como domínio exercido pela ação livre sobre ela mesma), exige-se a realização das condições aptas a garantir o *exercício* desse poder: condição da democracia, “a participação é a modalidade segundo a qual a ação da vontade livre pode exercer-se de modo efetivo, em contribuição às obras coletivas que são a substância da vida social.”<sup>75</sup>

O desenvolvimento do tema “participação política”, na última metade do séc. XX, está relacionado à tentativa de fazer coincidir, o mais possível, a realidade social e o centro das decisões políticas e administrativas, em um processo de “expansão progressiva e <quotidiana> do princípio da soberania popular.”<sup>76</sup> Daí a dificuldade ou relatividade da

---

<sup>72</sup> Cf. *Ibidem*, p. 197.

<sup>73</sup> NIGRO, Mario. Problemi dei nostri tempi: il nodo della partecipazione. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, mar. 1980, p. 227.

<sup>74</sup> Na formação da vontade política, distingue-se um território “aberto”, que é aquele não regulado normativamente, não canalizado nas relações e nas conexões entre interesses e opinião, e um “fechado”, fixado e articulado procedimentalmente, conforme terminologia weberiana. Ver WEBER, *Economia y Sociedad: Esbozo de sociología comprensiva*. México: Fondo de Cultura Económica, 1992. pp. 1047 e ss. Tradução espanhola de *Wirtschaft und Gesellschaft, Grundriss der Verstehender Soziologie*, por José Medina Echavarría e outros.

<sup>75</sup> LADRIÈRE, Jean. Le Citoyen, Le Pouvoir Politique et l'Administration. Réflexions sur la Démocratie. In: *La participation directe du citoyen.....*, cit., p. 47.

<sup>76</sup> Cf. NIGRO, cit., p. 228.

distinção entre “participação política” e “participação administrativa” e o tratamento unitário que está sendo dado ao tema neste trabalho.

Da mesma forma, não há concordância, sobre o valor da participação: para uns, a participação facilita a integração, no aparelho do Estado, das forças sociais que dele estão excluídas, relacionando-se “à manutenção do *status quo* e à consolidação do sistema de domínio existente”.<sup>77</sup> Outros argumentam que a participação favorece a socialização do Estado e a inclusão, em seu seio, das massas populares, contribuindo, assim, para a progressiva realização do princípio democrático.<sup>78</sup> A crítica mais severa parte da premissa de que só tem sentido falar em democracia no plano político, e, na raiz, participação política só pode consistir na “faculdade concedida ao cidadão de escolher o governo e controlar a administração”<sup>79</sup>, então, quem acaba por realizar isso são os partidos: o “Estado dos partidos não é outro que uma forma racionalizada de democracia plebiscitária e um subrogado da democracia direta”.<sup>80</sup>

Considerando que os partidos políticos monopolizam o núcleo do sistema político sem submeter-se à divisão funcional, eles acabam por exercer funções paraestatais através do recrutamento de pessoal nos setores da Administração, da Justiça, dos meios de comunicação de massa e outros; do deslocamento de decisões políticas, que passam para a antecâmara das combinações informais e dos arranjos partidários e da “instrumentalização da esfera pública com a finalidade de intervir no poder administrativo.”<sup>81</sup> Diante desta constatação, o problema da participação se desloca da possibilidade de o cidadão fazer-se valer individualmente ante o poder político, para a possibilidade de fazê-lo em cooperação com seus semelhantes, organizado não só em partidos, como em associações e grupos espontâneos, que acabam por também ser os protagonistas da vida política.

<sup>77</sup> Cf. SAVIGNANO, *cit.*, p. 2, referindo-se à tese de Chiti, *in*: *Partecipazione popolare e pubblica amministrazione*, Pisa, 1977, p. 20 e ss. Para Chiti, a participação não é tanto um valor em si quanto representa uma abertura em sentido democrático do ordenamento. Conceito sobretudo funcional, na perspectiva histórica, a participação se evidencia nos momentos de crise do sistema político, ou mais precisamente, crise de hegemonia: o contraste entre representantes e representados se alarga a todo o organismo estatal, gerando tensões e contrastes que manifestam a ineficácia e a incapacidade de expansão e de persuasão dos grupos dominantes. Para essa tese, ver também, LEVI, Franco. *Partecipazione e organizzazione*. *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*. Milano: Giuffrè, 1977, n. 4, p. 1632.

<sup>78</sup> Cf. SAVIGNANO, *cit.*, p. 2. Com posição semelhante, Canotilho, argumentando que teoria da “democracia participativa” levanta, “no fundo, os problemas da *teoria da democratização*: a realização do princípio democrático em todos os domínios da sociedade.” *Op. cit.*, p. 410.

<sup>79</sup> SAVIGNANO, *cit.*, p.4. Nesse passo, o autor reproduz parcialmente texto de Hayek (...)

<sup>80</sup> SAVIGNANO, *cit.* p. 10.

<sup>81</sup> HABERMAS, *Direito e Democracia...*, *cit.*, p. 178. Ver também SAVIGNANO, *cit.*, p. 11, com igual posição.

Nessas condições, não havendo alternativas ao sistema de partidos, fica, no entanto, salvaguardada a participação do cidadão no exercício do poder político, se os partidos e as associações garantirem internamente o método democrático, permitindo que os indivíduos realmente concorram para as suas atividades. Com isso, podem-se conferir sentido e eficácia prática ao princípio da participação, que aparece como preceito em várias Constituições modernas, tais como a italiana (art 3º) e a brasileira (art. 1º).<sup>82</sup>

Assumindo que a participação contribui para a progressiva realização do princípio democrático, Habermas, da perspectiva deliberativo-procedimentalista, afirma que, se o substrato social (necessário para a realização de um sistema de direitos) é formado também pelo “fluxos comunicacionais e pelas influências públicas que procedem da sociedade civil e da esfera pública política” através de processos democráticos, é “fundamental o cultivo de esferas públicas autônomas, a participação maior das pessoas, a domesticação do poder da mídia e função mediadora dos partidos políticos não estatizados.”<sup>83</sup> Daí as sugestões de acrescentar elementos plebiscitários nas Constituições (instrumentos que viabilizem a participação), as propostas de introdução de mecanismos democráticos básicos nos partidos e associações e as tentativas de controlar constitucionalmente o poder da mídia.<sup>84</sup>

<sup>82</sup> Constituição da República Italiana, art. 3º: “Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge personali e sociali. È, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto da libertà e l’eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l’effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all’organizzazione politica, economica e sociale del Paese.” Texto in: MARIANI, Marco. *Il diritto di accesso dopo la riforma dell’azione amministrativa. Legge 11 febbraio 2005, n. 15*. Torino: Giappichelli Editore, 2005.

<sup>83</sup> HABERMAS, *Direito e Democracia*, cit., p. 186.

<sup>84</sup> Cf. NIGRO, cit., p. 230. Nos termos de uma política deliberativa, os meios de comunicação de massa devem ser mandatários de um público esclarecido, capaz de aprender e criticar. Além disso, devem aceitar imparcialmente as sugestões do público e preservar sua independência frente aos atores políticos e sociais. Considerada a importância dos meios de comunicação para o desenvolvimento integral da pessoa (educação) e para a formação da opinião pública, foi inserido na Constituição brasileira o art. 221 que prevê um conjunto de princípios norteadores da produção e programação de programas de rádio e televisão, tais como preferência às finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas; promoção da cultura nacional e regional e respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família. Em face dessa relevância, a exploração dos meios de comunicação pelos particulares se dá através de concessão, permissão ou autorização e se submete a um regime jurídico que implica a exclusividade da competência pública, a participação dos usuários, adequação dos serviços aos fins e aos interesses da sociedade, proibidos o monopólio e o oligopólio. Alvo de severas críticas quanto ao conteúdo ético da programação, os sistemas de comunicação no Brasil têm sido parcialmente controlados pelo Poder Judiciário, com a interdição de programações que degradem os valores e princípios insculpidos na Constituição. Mas este controle é mínimo e, por isso, tramita na Casa Legislativa, o Projeto de Lei n. 6077, de 2002, que busca introduzir um Código de Ética na programação de rádios e televisões, na esteira do *Broadcasting Act* inglês, de 1996. No texto do projeto está a proposta de constituição de uma Comissão Nacional pela ética na Televisão, composta por membros dos grupos organizados da sociedade civil (art. 6º), que terá a competência para receber denúncias por abuso de poder, desrespeito à privacidade e aos direitos humanos e para impor multas pecuniárias e sanções tais como a suspensão da programação. Segundo a justificativa do projeto, pretende-se construir um regramento básico orientador da programação (principalmente a televisiva, de maior alcance) e mecanismos capazes de assegurar um controle

Tudo isso faz com que a noção de participação apareça como uma noção eminentemente prática, fortemente influenciada por pressupostos ideológicos ligados às mais diversas situações históricas, de modo que as tentativas de assinalar o seu conteúdo sempre passam por representações, historicamente datadas, daquilo que a constitui, de como ela pode ser organizada, de qual e quanta participação se quer realizar e como se pode realizá-la. Todavia pode ser destacado um núcleo comum das teses jurídicas no sentido de que a participação é um instrumento de coordenação entre sociedade e Estado, ou “a expressão e efeito da moderna concepção da relação de estado e sociedade”, ou, ainda, a conjugação, a coordenação de Estado e sociedade, que salientam e pressupõem a diversidade.

Por conseguinte, Estado e Sociedade não devem avizinhar-se muito para não se confundirem um com outro, mas também não podem estranhar-se tanto, a ponto de distanciar-se excessivamente e reduzir a coordenação a uma operação puramente formal.<sup>85</sup> É justamente neste ponto que reside toda a dificuldade: se, mediante a participação, o Estado tende a introduzir em seu seio “mais sociedade possível”, atraindo para o aparato administrativo o maior número de interesses sociais e garantindo a defesa e a gestão mesma pelos titulares desses interesses, há o perigo de se esvanecer a dialética tensão entre sociedade e Estado, o que acaba por negar a participação mesma. Com isso, fica evidente a responsabilidade do jurista em tentar conciliar “a exigência de acolher no estado quanto mais sociedade possível e não alterar irremediavelmente as características fundamentais do modelo que nós chamamos estado.”<sup>86</sup> Sendo assim, o problema político se manifesta como problema técnico (jurídico), e emergem questões de possibilidades e limites da organização da participação, da identificação dos sujeitos de participação, do lugar de imersão da realidade social, da natureza dos interesses em confronto, etc.

Considerando os esquemas teóricos e as formas organizativas de atuação da participação, pode-se reconhecer, de um lado, que o procedimento (não só o administrativo) é a forma e a técnica organizativa ideal para a emergência dos interesses participativos de

---

social a posteriori dessa programação. A idéia é responsabilizar as emissoras, administrativamente, pelos abusos praticados. Para essas considerações, ver: HABERMAS, *Direito e Democracia....*, cit., pp 111/112; OLIVEIRA, Cristiane Catarina. *Liberdade de Comunicação - perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Nova Prova, 2000, p. 97 et seq; Texto inglês in: <http://www.bbc.co.uk/info/policies/charter/pdf/agreement.pdf>. Acesso em 12 dez. 2005 e Projeto 6077, de 2002 in: <http://rolim.com.br/2002/modules>.

<sup>85</sup> Cf. NIGRO, *cit.*, idem.

<sup>86</sup> Cf. NIGRO, *cit.*, p. 231.

diferentes qualidades, que vão desde a cooperação (nas suas formas de audiência obrigatória, elaboração de propostas, possibilidade de discussão, etc) até a co-decisão e a prevalência da vontade dos “participantes”. Toda a dificuldade reside na exata delimitação entre interesses individuais e egoísticos dos grupos e os interesses públicos, ou “de todos”, e, por isso, cada ordenamento deve escolher *in concreto*, segundo seus próprios critérios, quais interesses podem ou não ser objeto de participação procedimental.

No reverso da medalha - aquele segundo o qual, pela participação, a sociedade se torna Estado - a participação introduz no Estado sujeitos sociais e interesses sociais que são institucionalmente estranhos à estrutura constituída. Neste caso, sem as adequadas cautelas, sem a manutenção dos canais abertos entre Sociedade e Estado, a substância social pode reduzir-se às formas jurídicas. Este ponto crítico é representado principalmente pelos direitos fundamentais: se se quiser pôr os direitos fundamentais no pressuposto da participação, mesmo que se reconheça o nexo de recíproca integração entre os dois, é forçoso considerar que os direitos fundamentais pertencem ao território “aberto”, não articulado e fixado procedimentalmente, e a participação, ao território “fechado”: ainda que os direitos fundamentais sejam a fonte e a garantia da participação, eles constituem os seus limites, pois a intimidade, o segredo e a vida privada dos cidadãos devem ficar salvaguardados de imissões externas das quais a participação é veículo. Como afirma Nigro, “ a degeneração do controle social acha assim na existência e na garantia constitucional dos direitos fundamentais o seu obstáculo mais forte”.<sup>87</sup>

No que tange aos institutos jurídicos de participação, também não há acordo, pois nesta categoria são incluídos mecanismos de democracia direta (o *referendum* em particular), institutos da democracia representativa (comitês de quarteirão) e órgãos eletivos para a gestão de escolas, por exemplo; formas de representação de interesses, com a presença de categorias e grupos em órgãos de gestão, presença de usuários na gestão de serviços públicos e, finalmente, a presença de representantes de interesses em órgãos consultivos. Incluem-se igualmente entre os institutos participativos, as várias regras legislativas sobre iniciativa popular e consultas, normas sobre procedimento administrativo. Em suma, tudo o que torna “abertos” e “públicos” os procedimentos políticos e que preveja a intervenção de todos os

---

<sup>87</sup> NIGRO, cit., p. 236.

interessados e de todas as formas sociais, até mesmo a utilização de ações judiciais para tutelar interesses coletivos pode ser subsumida na categoria “participação”, até a burocracia.<sup>88</sup>

Quais são, todavia, os elementos comuns entre institutos profundamente diversos? Entre as várias respostas possíveis a esta questão, dois aspectos sempre são postos em relevo, seja em uma consideração normativa, seja em uma consideração histórica: a participação serve para “socializar” a política e a Administração, em conexão com a passagem do Estado Liberal para o Social - da Administração autoritária e unilateral para a Administração prestadora de serviços e conformadora do social - e, paralelamente, a participação, nas suas várias formas (presença dos cidadãos, das formações sociais e dos interesses coletivos no interior da Administração), representa o remédio principal para a carência de eficiência e disfunção da Administração, e, por isso mesmo, constitui um dos princípios fundamentais das Constituições dos Estados contemporâneos.<sup>89</sup>

Feitas essas considerações, pode-se equacionar o problema da participação política em dois planos: a) há participação indireta no exercício do poder, feita através de organismos coletivos, associações e sindicatos que agrupam cidadãos individuais; a participação é direta quando o cidadão toma parte, ele mesmo, no exercício do poder. No plano legislativo, poderá haver uma repartição de competências entre representantes e representados, nos seguintes termos: em certos casos, os representantes têm a iniciativa das leis e os representados, a decisão - é o referendo, por exemplo; em outros casos, há uma partilha horizontal, de modo que, em algumas matérias, admite-se a participação dos cidadãos, enquanto outras são da competência exclusiva dos representantes; b) no plano da Administração propriamente dita, a participação pode ser considerada como a presença - institucional ou funcional - de não-profissionais na administração da “coisa pública”. No plano funcional, participação na Administração significa a faculdade de intervir nos procedimentos preparatórios de planos e de atos administrativos. Neste caso, a participação tem a função de fornecer informações às autoridades e de servir como instrumento de pressão, ademais de pressupor a publicidade do procedimento. Já a participação institucional (orgânica) é mais complexa porque pressupõe a integração dos não-profissionais nas estruturas decisórias da Administração, em vários níveis.<sup>90</sup>

---

<sup>88</sup> LEVI, cit., p. 1626-1627

<sup>89</sup> Cf. LEVI, cit., p. 1628.

<sup>90</sup> Segundo a opinião comum, a presença de não-profissionais nos órgãos públicos tende a difundir na coletividade um consenso a respeito das instituições e tende a valer como um canal de comunicação entre as

Em síntese, o princípio político da participação, que inclui as modalidades legislativas e judiciais, está diretamente referido à legitimidade das instituições democráticas, significando participação nas decisões estatais, controle de execução e acesso às informações. No caso, a participação por via do Poder Judiciário, se dá com o reconhecimento dos direitos coletivos que passam a figurar no rol de direitos fundamentais e com a conseqüente legitimidade processual de grupos sociais organizados para a defesa dos interesses de seus associados.<sup>91</sup>

No Brasil, o entendimento da doutrina não é discrepante, pois, em que pese o sistema representativo ser o elemento nuclear do conceito de democracia – expressão do princípio da maioria –, a Constituição Federal do Brasil, através de seu artigo 1º, acabou por estabelecer a compatibilidade entre democracia representativa e o princípio político da participação, de forma que a democracia representativa e a chamada “democracia participativa” ou

---

insituições públicas e as demandas coletivas que não encontram adequada expressão nos partidos, nos grupos organizados, nas instituições mesmas. Cf. LEVI, cit., p. 1646. Com posição um pouco distinta, Canotilho, destaca três graus de participação: a) a participação não-vinculante, assim considerada aquela participação nos processos de decisão, que é apenas consultiva; b) a participação vinculante, que é aquela na própria tomada de decisões e, por conseguinte, limita o poder (p. ex., em conselhos de gestão) e c) participação vinculante e autônoma, que trata da substituição do poder de direção tradicional para outros poderes dentro do sistema. *In: Direito Constitucional...*, cit., p. 426. Acolhendo parcialmente a sua tese, MENEZES SOARES, Fabiana. *Direito Administrativo de Participação. Cidadania. Direito. Estado. Município*. Belo Horizonte, Del Rey, 1997, p. 153.

<sup>91</sup> A participação através do Poder Judiciário é um tema bastante complexo e extrapola o âmbito desta tese (que trata da participação na Administração Pública *stricto sensu*). Cabe ressaltar, todavia, que, de acordo com Almiro do Couto e Silva, a Constituição de 1946 inaugurou um caminho de iniciar um processo de *democratização do interesse público* porque permite aos cidadãos agirem *pro populo*, isto é, postularem, em juízo, “a invalidação de atos lesivos ao interesse público, com a responsabilização de seus autores”. Com o amplo repertório de meios de controle do Poder Público instituídos na Constituição e na legislação infraconstitucional - ações diretas de inconstitucionalidade por ação ou omissão, Lei da Ação Civil Pública e todas as outras formas de controle especificamente administrativo, “a lesão ao interesse, individual, difuso ou coletivo, dá legitimação para provocar a manifestação do Poder Judiciário, num amplo leque de matérias de utilidade pública,” de forma que, além de direitos subjetivos - direitos constitucionalmente garantidos - também restam protegidos os interesses legítimos. Assim, no Brasil, chegou-se a uma concepção de pleito civil, *lato sensu*, “em que se tratam pretensões de direito público, como se tratam pretensões de direito privado, só se reconhecendo a hierarquia das regras jurídicas(...), mas estabelecida a justiça igual sob lei processual igual”, salvo exceções como a Lei das Execuções Fiscais (Lei 6839/80) e, mais modernamente, a Lei de Processo Administrativo. Isso, aliado ao processo de alargamentos da bases constitucionais do direito administrativo, aumenta “a participação dos indivíduos na realização dos fins de interesse público”. Fabiana de Menezes Soares chama esse processo de “participação popular através do Poder Judiciário”, reforçando a tese aqui adotada de que o princípio participativo comporta modalidades legislativas, judiciais e administrativas. Para isso, ver: COUTO E SILVA, Almiro. Os indivíduos e o Estado na realização das tarefas públicas. *Estudos em Homenagem a Geraldo Ataliba 2 - Direito Administrativo e Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1997, pp. 96/97; MENEZES SOARES, op. cit., pp. 98 e ss.; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Participação Popular na Administração Pública. *Revista Trimestral de Direito Público*. Nº 1/1993. São Paulo: Malheiros, pp. 133/138. Aprofundamento sobre o tema pode ser feito com a obra coletiva: GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel e WATANABE, Kazuo (orgs.) *Participação e Processo*. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 1988.

“semidireta” não se excluem ou concorrem, mas se complementam. Através da participação, constitui-se uma esfera pública não estatal para cujo espaço se podem remeter os interesses particulares para a cena política, “onde eles serão necessariamente confrontados com outros interesses particulares e também com interesses de sentido universal”, de modo que é a tensão permanente entre o privado e o estatal em direção ao público que permitirá o exame e a confrontação permanente das decisões e “a relegitimação das instituições democráticas”.<sup>92</sup>

De fato, não há democracia sem participação, sem “povo”- sujeito ativo e passivo do processo político -: o regime será tanto mais democrático quanto estejam desobstruídos os canais à livre manifestação da vontade dos cidadãos, quanto mais existam instrumentos de participação popular que impliquem intervenção dos governados na “governança” e o controle sobre os governantes. No conceito de democracia que se vem delineando no Brasil, ressaltam o consenso, a consulta popular, o compromisso dos diversos atores sociais, a “descentralização das iniciativas e da gestão, a desconcentração administrativa e funcional, a desconcentração do poder”, de modo que este compreende a emergência, no cenário político, de instituições populares e sociais de mais diversas índoles com poder decisório.<sup>93</sup> Isto se dá porque a intensificação dos índices de informação e educação, na sociedade de massas, despertou a consciência dos cidadãos sobre os seus interesses, “sobre seu poder e sobre a natureza de sua relação com o Estado”,<sup>94</sup> levando-o a reclamar maior participação em suas atividades.

Odete Medauar,<sup>95</sup> seguindo as concepções de García Pelayo, assevera que conciliando-se os três elementos da fórmula “Estado Democrático de Direito”, tem-se que o objetivo do Estado é social (garantia de satisfação de necessidades vitais); a concepção que lhe serve de base é a democrática (pluralismo político, igual acesso aos cargos públicos, representatividade, participação dos cidadãos - individual ou coletivamente - na tomada de

<sup>92</sup> Cf. TONOLIER, Odir Alberto Pinheiro. A Gestão e o Controle Compartilhado. Texto da comunicação apresentada no *Seminário Internacional sobre Democracia Participativa*. Porto Alegre, 1999. Colhido em <http://www.portoalegre.rs.gov.br/>. É inegável que o sistema de representação, nas democracias contemporâneas, vive um processo de crise de legitimidade (abstenção eleitoral, apatia e não-participação político-social, baixos índices de filiação partidária), cujas causas são, segundo Raul Pont: “o processo de burocratização e caráter autoritário das administrações e parlamentares; a falta de controle dos eleitores e/ou do partido sobre os eleitos; [...] a falta de coerência entre projeto e programa eleitoral e a prática dos eleitos; as trocas partidárias sem perda de mandato; [...] a incapacidade de esses sistemas garantirem a reprodução do capitalismo com legitimidade frente à evidência de ser reprodutor da desigualdade e explorações sociais. *In*: Democracia Representativa e Democracia Participativa. *Seminário...*, p. 5.

<sup>93</sup> Cf. AMARAL, Roberto. A democracia Representativa está morta; Viva a Democracia Participativa! *In*: *Direito Constitucional. Estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. GRAU, Eros Roberto, GUERRA FILHO, Willis Santiago (orgs.) São Paulo: Malheiros, 2001, p. 49.

<sup>94</sup> MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. *Mutações.....*, p. 12.

decisões, iniciativa popular para as leis, etc.), e ambos os termos submetem-se à disciplina do Direito. Assim, a partir da discussão sobre a legitimidade do poder, desenham-se novos parâmetros para a atuação do Estado, qual sejam a eficiência e a legitimidade.

Para Caio Tácito, o Estado de Direito, através do Princípio da Legalidade, por ser concretizado através da participação do cidadão na esfera administrativa, principalmente porque este - o direito à participação - garante a possibilidade de controle dos atos administrativos, *verbis*: “o controle popular da Administração Pública constitui veículo de direta proteção dos princípios fundamentais da legalidade”.<sup>96</sup>

O princípio da subsidiariedade<sup>97</sup> e o da participação política são as derivações políticas mais relevantes dos novos parâmetros, e estão previstas na Constituição Federal Brasileira várias possibilidades de participação, como por exemplo, as inscritas no art. 10º (é assegurada a participação dos trabalhadores e empregadores nos colegiados dos órgãos públicos em que seus interesses previdenciários sejam objeto de discussão e deliberação); no art. 14º, I a III (previsão de plebiscito, referendo e iniciativa popular); no art. 29º, XII e XIII (cooperação das associações representativas no planejamento municipal e iniciativa popular de projetos de lei de interesse específico do município, da cidade ou de bairros, através da manifestação de, pelo menos, cinco por cento do eleitorado); no art. 61 § 2º (a iniciativa popular pode ser exercida pela apresentação à Câmara dos Deputados de projeto de lei subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído, pelo menos, por

---

<sup>95</sup> MEDAUAR, *O Direito Administrativo em evolução, cit.*, p. 105.

<sup>96</sup> TÁCITO, Caio. *Direito Administrativo Participativo. Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, nº 209, p. 1-6, jul.-set., 1997, p. 6.

<sup>97</sup> O princípio da subsidiariedade é uma relação entre níveis de concentração de poder e níveis de interesses a serem satisfeitos, de modo que cabe aos indivíduos, primariamente, decidir e atuar para satisfazer, com seus próprios meios, tudo o que se refira aos respectivos interesses individuais; aos grupos sociais menores, à satisfação dos respectivos interesses coletivos; aos grupos sociais maiores, à satisfação dos interesses coletivos de maior abrangência; à sociedade civil como um todo, à realização de seus interesses gerais. Da mesma forma, nas organizações políticas, as demandas que puderem ser atendidas pela organização política local (Municípios, Condado, Comunas, etc.) determinarão suas respectivas competências político-administrativas e assim sucessivamente: as que não puderem ser satisfeitas por meio de decisões locais devem passar para a organização política regional (Estados, Províncias, etc.) e, finalmente, as demandas que ultrapassem as possibilidades regionais são cometidas às organizações políticas nacionais (União, Estados Federados, etc.), por sua generalidade ou peculiaridade. O princípio da subsidiariedade se concretiza, por um lado, com a repartição de competências constitucionais entre os entes estatais e, por outro, com a descentralização, que envolve tanto a atividade imperativa quanto a atividade consensual do Estado. Fala-se, assim, em cooperação, no âmbito interno, e em colaboração, no âmbito externo. Sobre princípio da subsidiariedade, ver Diogo Figueiredo Moreira Neto, *Mutações...*, cit, pp. 20/21 e in: *Administração Pública não-estatal e descentralização social. Estudos em Homenagem ao Prof. Caio Tácito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, pp. 183 e ss.

cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles), entre outros não menos importantes.<sup>98</sup>

O ‘princípio participativo’, anota José Afonso da Silva,<sup>99</sup> aponta para a “participação direta e pessoal da cidadania na formação dos atos de governo”, e suas manifestações no Brasil combinam instituições de participação direta com instituições de participação indireta, como as acima apontadas, além da tradicional ação popular, que teve seu espectro alargado pela Constituição Federal de 1988.

Feitas essas considerações, pode-se assumir que a forma constitucional chamada de democracia pressupõe:<sup>100</sup> a) em sentido literal, governo do povo (*kratos*-poder: *demos*-povo), com variantes segundo o objeto da democracia a que se faça referência: ao titular do governo do Estado (o povo), ao bem ou finalidades desse governo para a sociedade (governo para o povo); b) um procedimento para determinação da vontade do povo: a maioria, e c) um parâmetro a aplicar na configuração do bem do povo: a igualdade (democracia como governo da igualdade). Por conseguinte, democracia se qualifica como “Estado de cidadãos”, fundado em leis de liberdade e organizado segundo os princípios, participativo e representativo.<sup>101</sup>

Forma de racionalização do processo político, a democracia também foi entendida por Pontes de Miranda,<sup>102</sup> em meados do século XX, como “a participação do povo na ordem estatal: na escolha dos chefes, na escolha dos legisladores, na escolha direta ou indireta dos outros encarregados do poder público”, sendo que diz respeito tanto a uma forma de atuação

<sup>98</sup> Art. 31, § 3º (as contas dos Municípios ficarão, durante sessenta dias, anualmente, à disposição de qualquer contribuinte, para exame e apreciação, o qual poderá questionar-lhes a legitimidade, nos termos da lei), o art. 49, XV (autorizar referendo e convocar plebiscito), o art. 198, III (participação da comunidade nos serviços de saúde), art. 204, II (participação da população, por meio de organizações representativas, na formação das políticas e no controle das ações em todos os níveis na área de assistência social).

<sup>99</sup> SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, pp. 141/142.

<sup>100</sup> Segue-se, aqui, parcialmente, a posição de MAIHOFER, *cit.*, pp. 219 e 220.

<sup>101</sup> Esta posição é próxima à de HESSE, *cit.*, p. 116, segundo a qual a ordem democrática é aquela “que, sob a exclusão de qualquer tirania e despotismo, representa uma ordem de domínio estatal-jurídica sobre as bases da autodeterminação do povo, segundo a vontade da respectiva maioria, da liberdade e igualdade. Nos princípios fundamentais dessa ordem devem ser incluídos, pelo menos: o respeito diante dos direitos do homem, concretizados na Lei Fundamental, sobretudo, diante do direito da personalidade à vida e ao livre desenvolvimento, a soberania popular, a divisão de poderes, a responsabilidade do governo, o submetimento da Administração à lei, a independência dos tribunais, o princípio do pluripartidarismo e a igualdade de oportunidades para todos os partidos políticos com direito à formação e exercício constitucional de uma oposição”.

<sup>102</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Democracia, Liberdade, Igualdade (Os Três Caminhos)*. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 136.

do povo na criação da ordem estatal “quanto ao aparelho para a realização dessa ordem criada”.

De qualquer forma, seja qual for o conceito de democracia que esteja em questão, o certo é que, nas últimas décadas do séc. XX, o perfil dos Estados contemporâneos mudou radicalmente e, com ele, as tarefas e a forma da Administração Pública. Dado que a Administração, no Estado Social foi, tomada por novas tarefas, a relação autoritária que ela mantinha com seus “clientes” foi substituída por uma relação de direito administrativo controlada por tribunais. Mas a ampliação da reserva de lei, embora tenha alargado a competência da jurisdição administrativa, não compensou “satisfatoriamente a fraqueza normativa do direito regulativo”, uma vez que a Administração em suas tarefas, nem sempre depende de intervenções no sentido técnico-jurídico.

Na medida em que essa Administração se programa a si mesma, acaba tendo que abandonar a neutralidade no trato com as normas e assumir algumas das tarefas do legislador, devendo decidir, por conta própria, problemas de fundamentação e aplicação de normas.<sup>103</sup> Tais questões já não podem mais ser decididas sob o ponto de vista da eficácia e exigem uma abordagem racional: na moderna administração de prestações, a solução dos problemas exige o “escalonamento dos bens coletivos, a escolha entre fins concorrentes e a avaliação normativa de casos particulares”,<sup>104</sup> e discursos envolvendo a fundamentação e a aplicação de normas. Assim, nos casos em que a Administração decide guiada apenas por pontos de vista de eficiência, é necessário buscar a legitimação, desenvolvendo-se através de formas de comunicação e de procedimento. Com isso, torna-se importante saber se essa “democratização” da Administração, para além do simples dever de informação e do controle parlamentar e judicial a partir de dentro, implica apenas a participação nas decisões e processos análogos aos judiciais, ou se também não prescinde de outros arranjos, a fim de que as práticas de participação na administração não sirvam somente para aumentar a proteção jurídica, “e sim como processos destinados à legitimação de decisões, eficazes *ex ante*, os quais, julgados de acordo com seu conteúdo normativo, substituem atos da legislação ou da jurisdição.”

---

<sup>103</sup> HABERMAS, *Direito e Democracia...*, cit., p. 180

<sup>104</sup> HABERMAS, *Direito e Democracia...*, cit., p. 184.

#### 1.4 Eficácia e legitimidade da Administração democrática

O postulado de organização democrática da Administração esbarra na relativa incompatibilidade entre o princípio da legalidade e o princípio democrático. De fato, considerando a estrutura peculiar da formação da vontade do Estado em diferentes estágios, em que a vontade formada pela legislação (edição de normas gerais) é relativamente livre e a que se forma pela execução (administração e jurisdição) é vinculada,<sup>105</sup> a democratização da administração (descentralização) pode pôr em perigo a democracia da legislação. A “vontade

<sup>105</sup> Para Kelsen e Merkl, só é possível distinguir duas funções estatais, (ainda que tal distinção não seja absoluta, por força do “princípio dinâmico”): toda criação é execução, toda execução é criação, com as duas exceções-limite: a norma fundamental e a execução de sentença. Assim, legislação é a atividade de criação de normas gerais, praticada preponderantemente pelo Legislativo, e Execução (*latu sensu*), a aplicação das normas gerais a um caso concreto (criação ou constituição da “norma concreta”), praticada preponderantemente ou pelo Executivo, via atos administrativos, ou pelo Judiciário, via atos judiciais. De um ponto de vista material, todos os atos que aparecem nessa estrutura escalonada como ‘formuladores de direito’ são condicionantes; os que aparecem como ‘execução do direito’ são condicionados. No ápice da pirâmide hierárquica, têm-se atos de pura competência (só se manifesta o aspecto formulador); na base, atos de pura execução, ou obrigação. Vista a estrutura de cima para baixo, os atos intermediários apresentam caráter de formuladores (leis, decretos, sentenças judiciais); ao contrário, de baixo para cima, tais atos intermediários apresentam duplo caráter - formulação e execução. No entanto, não é tão simples a distinção material entre Administração e Jurisdição, na medida em que qualquer tentativa de defini-lo esbarra em questões de fundo que não podem ser desconhecidas. A primeira controvérsia concerne à consideração de jurisdição como função estatal, reduzindo a primeira e mais fundamental experiência jurídica a uma abstração que termina por estreitar uma visão unitária do ordenamento jurídico. Conforme Satta, mesmo que seja correto do ponto de vista histórico conceber a jurisdição como poder do Estado (emanação de sua soberania frente a todas as jurisdições particulares), afirmar que a mesma, juntamente com a administração e a legislação, são exaustivas de toda a complexidade e poder do Estado é um grave erro ou, no mínimo, uma visão parcial, pois parte de uma premissa moderna, qual seja, de que o Estado é uma ‘pessoa’ ou um ‘ente’. Por isso, Satta assevera ser jurisdição a concreção da ordem jurídica ou afirmação da ordem jurídica no caso concreto, de modo que este resta subjetivado no mecanismo da jurisdição: um sujeito que postula a eficácia do ordenamento em relação a outro sujeito. A postulação pelo ordenamento comporta uma fundamental conseqüência, que gera o que se chama ‘processo’: postular o ordenamento significa postular o juízo e o juízo é essencialmente processo (*processus iudicii*), *actus trium personarum*, em cujo desenvolvimento estão vinculadas as partes e o juiz. Ação, jurisdição e processo são três faces de uma única realidade. Walter Baethgen (...) tem uma posição parecida: “A justiça, ou defesa privada – como considerada nos tempos primitivos – constituindo o modo normal de execução dos direitos, é sem dúvida o ponto de partida de uma lenta evolução que culmina na atual idéia de justiça monopólio do Estado político e juridicamente organizado”. Para ele, a resolução de conflitos intersubjetivos – supondo-se seja esta a finalidade da jurisdição – envolve a necessidade de visualizar-se o problema sob dois aspectos: a) o plano abstrato, que é o plano da norma jurídica (atividade legislativa ou de outras fontes), propondo uma solução de comportamento futuro, e b) o plano da concreção da norma abstrata, em que a sentença realiza a “norma do caso”, da mesma forma que também o fazem o “negócio jurídico privado” e o “ato administrativo”. A segunda observação a ser feita diz respeito a uma concepção geral das funções estatais através dos processos pelos quais elas se desenvolvem no tempo - processo legislativo, processo jurisdicional e processo administrativo – de modo que este desempenha em relação à função, “o papel de forma externa, no sentido de sua manifestação sensível”. Ver: MERKL, Adolf. *Teoria General del Derecho Administrativo*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1935, p. 228; KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1992, pp. 267 a 374. Tradução brasileira do original inglês *General Theory of Law and State*, por Luís Carlos Borges; SATTA, Salvatore. *Enc. Dir.*. Vol. XIX. Milão: Giuffrè, 1964, verbete “*Giurisdizione (nozione generali)*”; BAETHGEN, Walter. *Teoria Geral do Processo: a Função Jurisdicional*. Porto Alegre: Editora da UFRGS, 1982, pp. 34/36 e XAVIER, Alberto. *Do*

do povo”, manifestada na legislação, fica mais garantida, nos graus médios e inferiores, se existirem “agentes especiais nomeados pelo poder central e responsáveis perante este, ou seja, por uma organização autocrática desta parte da formação da vontade do Estado.”<sup>106</sup>

Por essa razão, depois do princípio da legalidade, introduziu-se o sistema burocrático na organização dos Estados democráticos, de modo que democracia e burocracia parecem opor-se só no plano ideológico, pois, na realidade, sob certas condições, a burocracia significa a manutenção da democracia.<sup>107</sup> Existindo a oposição funcional entre democracia da legislação e democracia da execução, essa democratização da execução, “especialmente da Administração só pode ocorrer às expensas da intensidade intrínseca da função legislativa”,

---

*Procedimento Administrativo*. São Paulo: Bushatsky, 1976, p.27. Tratei dessa discussão in: *A delimitação da Função Administrativa na ordem estatal*. Dissertação de Mestrado. Porto Alegre: UFRGS, 2000.

<sup>106</sup> KELSEN, *Essência e Valor...*, cit., p. 82.

<sup>107</sup> Burocratização e democracia conheceram, até o final do séc. XX, um progresso paralelo, uma vez que a democracia necessitava de uma Administração confiada a funcionários nomeados, de carreira. Nos termos da descrição oferecida por Weber, o modelo burocrático de administração é a racionalização da autoridade, porque o Estado moderno é uma “empresa” com o mesmo sentido de uma fábrica, que descansa em uma organização racional do trabalho e que, no caso específico do Estado, requer uma preparação na luta pelo poder. Organizado o Estado de Direito moderno, foi essencial separar os funcionários profissionais dos “funcionários políticos”, de modo que os primeiros, por profissão, “não fazem política” e só administram, sobretudo de modo “imparcial”: o funcionário há que exercer seu cargo sem partidatismo, luta ou paixão - *sine ira et studio* - . A organização burocrática profissional, racional e especializada foi estendida a todas as associações humanas de domínio (da fábrica ao exército) pelo sistema prussiano do IIº Reich. Com isso, a burocracia moderna se distingue de todos os modelos anteriores (de Roma à China), “por una cualidad que refuerza su carácter de inevitable de modo considerablemente más definitivo que el de aquellas otras, a saber: por la especialización y preparación profesionales racionales”: o orgulho do funcionário está em preservar a imparcialidade, passando por cima de suas próprias opiniões e convicções, e em executar “escrupulosa e inteligentemente” o que a prescrição geral ou a instrução particular exigem. A posição dominante dos funcionários repousa em saber técnico e em *saber relativo ao serviço*, além da técnica da Administração como tal. A dificuldade de controlar a Administração se deve à circunstância funcionarismo converter o saber relativo ao serviço em um “saber secreto”, e esta tarefa de controle pertence aos parlamentos (mesmo em sistemas presidencialistas), porque estes, além de fixarem os parâmetros de atuação da Administração (pela reserva legal) e o orçamento, podem, por meio da obrigatoriedade de publicidade, eliminar funcionários superiores incompetentes, e, por meio de acordos, podem fazer com que os partidos assumam compromissos de diversas ordens. Assim, considerando que a burocracia moderna funciona de acordo com o princípio de áreas de jurisdição fixa e oficiais, ordenadas segundo leis e normas administrativas (as atividades são distribuídas de forma fixa como deveres oficiais, a autoridade de dar as ordens necessárias se distribui de forma estável e tomam-se medidas para a realização regular e contínua desses deveres, como empregar pessoas que tenham as qualificações previstas em um regulamento geral), a razão exige que “a igualdade perante a lei” e as garantias legais contra a arbitrariedade (âmago do princípio democrático) fiquem asseguradas pela objetividade de uma Administração formal e racional, em oposição à discricionariedade pessoal vigente na sociedade estamental. Em síntese, o princípio característico da burocracia moderna é a “regularidade abstrata da execução da autoridade, que por sua vez resulta da procura de “igualdade perante a lei” no sentido pessoal e funcional - e, daí, o horror ao “privilégio”, e a rejeição ao tratamento dos casos “individualmente” [...]. A democracia em massa acaba com os privilégios feudais, patrimoniais e - pelo menos intencionalmente - plutocráticos na Administração. Inevitavelmente, coloca o trabalho profissional no lugar da administração subsidiária historicamente herdada pelos notáveis.” Para estas considerações, ver; WEBER, Max. *Economia y Sociedad...*cit., pp. 1060 a 1102 e *Ensaio de Sociologia*. 5. ed. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1982, p. 227 a 282. Tradução brasileira de *From Max Weber: Essays in Sociology*, por Waltensir Dutra.

assevera Kelsen.<sup>108</sup> Com isso, a democratização da Administração só se poderá dar no campo do poder discricionário abandonado pela lei e se, a tutela dos limites desse poder que possuem os órgãos médios e inferiores for confiada a órgãos superiores e responsáveis perante o Parlamento, então, estar-se-á diante de um sistema que, de fato, combina elementos democráticos com elementos autocráticos: uma Administração será democrática ou não, na mesma medida em que o seja o governo, de modo que a característica democrática da Administração se dá por via reflexa.<sup>109</sup>

A dificuldade de ampliar o espectro de participação no plano da Administração reside no fato de que a burocracia e sua estrutura hierárquica garantem o respeito e a vinculação à vontade do povo manifestada na legislação. Mais do que isso, da burocracia depende a imparcialidade da Administração, já que ela é titular de interesses coletivos que não podem ser bloqueados por pressão de grupos ou de quaisquer outros interesses. De fato, a Administração deve tratar todos de forma impessoal (corolário do princípio da igualdade) e não se pode valer do aparato administrativo para obter proveito pessoal ou de outrem. Para além disso, deve “proceder com objetividade na escolha dos meios necessários para a satisfação do bem comum”,<sup>110</sup> ser imparcial quando pratica atos que afetam interesses privados e ser neutra, no sentido de impedir que seus agentes sobreponham as suas convicções aos interesses que são de todos.

<sup>108</sup> KELSEN, *Essência e Valor*, cit., *idem*.

<sup>109</sup> Cf. CASSESE, Sabino. Le conditions de participation du citoyen à la vie administrative. In: *La participation directe du citoyen.....*, cit., p. 276.

<sup>110</sup> ÁVILA, Ana Paula de Oliveira. *O Princípio da Impessoalidade na Administração Pública. Por uma Administração Imparcial*. Rio de Janeiro/São Paulo/Recife: Editora Renovar, 2004, p. 26. Considerando a profundidade no tratamento da matéria e bibliografia referida pela autora, muito dos resultados por ela alcançados serão referidos nesse trabalho. Quanto à noção de bem comum, originado no âmbito do pensamento católico, o “bem comum” é o que edifica a sociedade humana e o que lhe orienta no plano temporal e natural: é a busca da felicidade. Considerada a pessoa humana como centro da ordem política, o bem comum passa a significar as condições de vida social relativas ao seu desenvolvimento integral, isto é, a finalidade do Estado e o fundamento último do Direito. Distinto do bem individual e do bem público (bem de todos por estarem unidos), o bem comum “é um valor que os indivíduos podem perseguir somente em conjunto, na concórdia”. Assim, o bem comum representa a tentativa de realizar a integração social pelo consenso e não se deixa descrever como o somatório dos bens individuais: se é o bem da pessoa na comunidade, depende de vários outros bens que são partilhados. Na prática, isso significa que, sendo impossível definir empiricamente quem seria o “intérprete do bem comum”, os cidadãos entram em conflito e disputam diferentes interpretações do que venha a ser o bem comum (ou de qual seja a finalidade da sociedade humana. Com isso, há necessidade de um debate racional (deliberativo) no âmbito das comunidades políticas, a fim de determinar o seu conteúdo e a sua partilha. Para as correntes neocontratualistas, se deve deduzir do contrato social um bem comum que consiste na “maximização das condições mínimas dos indivíduos, ou como se devem reformular as regras do jogo para obter uma ação não competitiva, mas cooperativa, que maximize, além do interesse individual, o bem coletivo, que é coisa bem diferente da simples soma dos interesses individuais”, afirma Matteucci. Para isso, ver, entre outros: MATTEUCCI, Nicola. In: *Dicionário de Política...*, cit., pp. 206/207, verbete: “Bem Comum”; BARZOTTO, cit., pp. 34/35.

Contudo a crítica ao modelo burocrático de administração trouxe a possibilidade de se romper com o sistema de impermeabilidade ao meio social que a caracterizava, introduzindo-se no processo de execução das leis e das instruções, interesses e necessidades sociais ali não completamente subsumidos. Aliada a isso está a constatação de que burocracia, em seu “tipo ideal”, tem disfunções severas, tais como a corrupção da autoridade que ela implica necessariamente, e que, em determinadas ocasiões, obscurecem a sua racionalidade técnica. Advém daí que a participação (direta) do cidadão na via administrativa não se apresenta nos mesmos termos que a participação na via política:<sup>111</sup> ante a emergência de um poder administrativo autônomo e discricionário, surge a necessidade não só de controlá-lo, mas também de aproximá-lo dos cidadãos, garantindo a sua obediência pela persuasão, a eficácia da gestão e os rendimentos sociais efetivos que passaram para o primeiro plano no Estado de prestações.<sup>112</sup>

Posta a questão nestes termos, é de se perguntar se o cidadão tem um título imprescritível a participar - diretamente ou por seus representantes - na vida política, a que título pode apelar para participar na vida administrativa? A resposta não é simples e requer várias considerações. A primeira delas é aquela que situa o cidadão na condição de “colaborador” e, não, um súdito: a realização do bem comum requer uma atuação do Estado e a atuação concorrente do cidadão e, por isso mesmo, este deve ser informado, ouvido, obter explicações e não ser tratado como um “terceiro”, sobretudo um “suspeito”.<sup>113</sup> A imagem de um cidadão passivo, exterior ao universo da Administração se rompe: “o poder de comando se civiliza, se humaniza e se individualiza”, como diz Jacqueline Morand Deviller.<sup>114</sup> É a moderna concepção de cidadania, então, que está na base das diversas formas de participação do cidadão na esfera política e, mesmo, na administração pública, o que foi chamado por Caio Tácito, de “Direito Administrativo Participativo”.<sup>115</sup>

<sup>111</sup> A princípio, há uma diferença simbólica: na participação política, se trata de tomar parte na formulação da vontade geral; na administrativa, de tomar parte no que é por lei definido como interesse geral. Além disso, o circuito político é ascendente e o administrativo, descendente - do interesse geral determinado por lei aos interesses particulares. Cf. BOULOUIS, Jean. *Représentation et Participation dans la vie politique et administrative*. In: *La Participation directe du citoyen.....*, cit., p. 61

<sup>112</sup> Cf. ENTERRÍA, Eduardo García. *Principes et modalités de la participation à la vie administrative*. In: *La Participation directe du citoyen.....*, cit., p. 255.

<sup>113</sup> Cf. BOULOUIS, cit., p. 61.

<sup>114</sup> MORAND DEVILLER, Jacqueline. *Le droit administratif français et ses révolutions tranquilles*. In: *Fundamentos do Estado de Direito. Estudos em homenagem.....*, cit., p. 52.

<sup>115</sup> TÁCITO, Caio. *Direito Administrativo Participativo*, cit., e *Transformações do Direito Administrativo*. *Revista de Direito Administrativo*, nº 214, out.-dez. 1998, p. 34.

Além disso, a participação na Administração, por ser a forma do poder democrático, multiplica, canaliza, os centros de “consenso” e os centros de “dissenso”, melhorando o funcionamento do aparato de Estado pela consideração das motivações e das aspirações dos administrados, e desmobilizando as resistências individuais à realização do interesse geral. A participação, com isso, restabelece o contato direto entre a Administração e o administrado, com o fim de remediar a despersonalização e evitar o desvio burocrático.<sup>116</sup> O resultado é que a Administração, ao se “comunicar” melhor com os cidadãos, renova as suas estruturas tradicionais (muitas vezes paralisada pela insuficiência de informações, fechada em si mesma, trabalhando em compartimentos separados e estanques, agarrada em rotinas) e se torna mais *eficiente*.<sup>117</sup> Assim, a Administração prestadora encontra sua eficácia não só nos comandos autoritários, mas, principalmente, no convencimento persuasivo dos cidadãos: é o caminho percorrido da eficácia - aptidão para produzir o resultado concreto da ação - à eficiência - apreciação valorativa desse resultado, ou inserção do “resultado como parte essencial da finalidade pública”. A eficiência é, por conseguinte, realização eficaz de fins pré-dados, modo de realização ótima dos fins (noção formal que se traduz em uma relação meios-fins) e

<sup>116</sup> ALPA, Guido. *Aspetti e problemi della partecipazione nel diritto urbanistico: appunti per una discussione. Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*. Nº 1, 1979. Milano: Giuffrè, p. 259.

<sup>117</sup> Em 1948 a Constituição Italiana, de forma pioneira, introduziu em seu texto a garantia do bom andamento da Administração, “com vistas à efetiva realização do conceito de buona amministrazione”, que, aperfeiçoado pela Constituição Espanhola e inscrito na Constituição Brasileira em 1998, ganhou o nome de eficiência. Quando a Constituição da República fala em “Princípio da Eficiência”, segundo o STJ, refere-se ao fato de que “a atividade administrativa deva orientar-se para alcançar resultado de interesse público” (STJ – 6ª. T – RMS nº 5.590/95). A doutrina brasileira, ao discutir o conteúdo do referido princípio, consubstanciou duas posições. A primeira é a de que a eficiência é nada mais do que manter, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quando à eficácia e eficiência da gestão orçamentária, financeira e patrimonial dos órgãos da administração em geral (aí incluídos os do Poder Judiciário, Legislativo e entidades públicas). Isso significa dizer que nem precisaria estar explícito na Constituição, porque a eficiência não é um princípio, mas uma finalidade da Administração. Neste sentido, todos os princípios que regem a atividade da Administração devem ser conjugados com o da boa administração (eficiência) que exige o exercício da função administrativa de forma eficiente e congruente. Daí, segundo esta corrente, o princípio da eficiência só veio a explicitar o que sempre foi finalidade da Administração: garantir qualidade na atividade pública e na prestação dos serviços. A segunda corrente reconhece a eficiência como “princípio” autônomo, cujo conteúdo é o de que o administrador precisa ser eficiente, isto é, deve ser aquele que produz o efeito desejado, que dá bom resultado, exercendo sua atividade sob o manto da igualdade, velando pela objetividade e imparcialidade. Se é assim, o referido princípio impõe à Administração a persecução do bem comum, por meio do exercício de suas competências de forma imparcial, neutra, transparente, participativa, eficaz, sem burocracia e sempre em busca da qualidade, primando pela adoção de critérios legais e morais necessários para a melhor utilização possível dos recursos públicos, de maneira a evitar desperdícios e garantir a maior rentabilidade social. Daí, o princípio da eficiência dirige-se para a razão maior e fim do Estado, a prestação dos serviços sociais essenciais à população, visando a adoção de todos os meios legais e morais possíveis para a satisfação do bem comum. A consequência disso é que a eficiência “se soma aos demais princípios impostos à Administração, não podendo sobrepor-se a nenhum deles, especialmente o da legalidade, sob pena de sérios riscos à segurança e ao próprio Estado de Direito.” Para isso, ver: MOREIRA NETO, Diogo F. , *In: Fundamentos do Direito do Estado. Estudos em homenagem....., cit.*, pp. 101/102 e DI PIETRO, Maria Sylvania. *Direito Administrativo*. 10ª. ed. São Paulo: Atlas, 1998, p. 73/74.

exigência de celeridade.<sup>118</sup> Acrescido a isso, está o controle da efetividade, que se destina “a verificar se a ordem dos fatos reproduz, enfim, a contento, o disposto na ordem jurídica”, assevera Diogo Figueiredo Moreira Neto.<sup>119</sup>

A legitimidade da Administração democrática, por conseguinte, repousa também no fato de que, se o cidadão concorre para a realização do bem comum, a Administração deve “aceitar” a colaboração dos particulares ou de “corpos intermediários” e, por vezes, a sua ingerência, já que o cidadão, mesmo quando outorga mandato ao Executivo ou ao Legislativo, “não abdica de seu direito à proba e eficaz administração dos negócios públicos.”<sup>120</sup> Há aí também uma razão tecnológica: a Administração Pública está em condição de administrar (cuidar do que é de todos) melhor, se receber os pontos de vista dos portadores de interesses coletivos, na medida em que estes, por conhecerem os dados concretos e os fatores humanos e técnicos que condicionam uma decisão, sempre podem trazer algum elemento que modifique o projeto inicial, justificando sua opinião e obrigando a Administração a explicar os motivos de sua ação, facilitando, assim, sua execução.

Em uma sociedade pluralista, a participação na Administração tem a função de legitimar a atuação administrativa, substituindo, em parte, a legitimação pela “realização do interesse geral”, uma vez que esta introduz o conceito de democracia no interior da ação administrativa e vale para dirimir os conflitos entre os administrados. Assumindo a forma de decisão pluralista, que associa vários entes e serviços, e permitindo a solução de conflitos e de contradições políticas no meio das classes ou categorias dirigentes, a participação abre um processo de compromisso entre os grupos sociais que a decisão administrativa vai atingir.

<sup>118</sup> Cf. GONÇALVES LOUREIRO, João Carlos. *O Procedimento Administrativo entre a eficiência e a garantia dos particulares*. Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra. Coimbra: Coimbra, 1995, p. 131-132.

<sup>119</sup> MOREIRA NETO, *Fundamentos do Direito do Estado...., cit., idem*.

<sup>120</sup> MANCUSO, Rodolfo Camargo. Ação Civil Pública: instrumento de participação na tutela do bem comum. *In: Participação e Processo, cit.*, p. 194. A noção de que o cidadão é um “colaborador” da Administração na realização do bem comum já se encontra no trabalho de Maurice Hauriou de 1926. Quando discorre sobre os princípios gerais de organização do poder público, Hauriou afirma que a tarefa da Administração é complexa demais para que ela a realize sozinha: a solidariedade que existe no interior da instituição administrativa entre Administração e administrados, faz com que esses últimos possam, efetivamente, ajudar a Administração a realizar a idéia diretriz de que eles serão os beneficiários. Daí resulta um tipo de colaboração dos administrados e da Administração para o funcionamento dos serviços públicos que pode ter, segundo o caso, modalidades diferentes. Subjaz a esta consideração a teoria institucionalista do direito, segundo a qual a Administração é uma instituição, isto é, uma idéia de obra ou de empreendimento que se realiza e dura juridicamente no meio social; para a realização desta idéia, um poder se organiza, e, de outra parte, entre os membros do grupo social interessados na realização da idéia, se produzem manifestações de comunhão dirigidas aos órgãos do poder e às regras de procedimento. *In: Précis de droit Administratif et de droit public*. 12e Édition. Revue et mise à jour par André Hauriou. Réédition présentée par Pierre Devolvé et Frank Moderne. Paris: Dalloz, 2002, p. VI.

Com isso, a tarefa de identificar o “interesse geral” é compartilhada com a população, diminuindo a discricionariedade e fazendo com que se atenuem a unilateralidade na formação dos atos administrativos.”<sup>121</sup> Em síntese, a legitimidade da Administração como poder resulta da Constituição - ela dispõe da competência para a prossecução das tarefas que lhe são atribuídas; a perseguição desses fins pressupõe complexos organizatórios e procedimentos, e não é indiferente o modo de atuação do poder. Assim, “a mera legalidade material já não assegura a legitimidade administrativa de exercício: esta exige a penetração dos cidadãos e dos grupos na organização e no procedimento. Daí e apenas com este sentido, poder-se-á falar de uma função legitimatória (no plano normativo) dos procedimentos, desde que estes estejam estruturados de forma devida ou justa.”<sup>122</sup>

Os limites a esta participação dizem respeito às exigências da vida coletiva, de que a Administração é titular: não se pode correr o risco de que a participação venha a servir de instrumento de pressão de grupos ou de quaisquer interesses, ou seja, os interesses privados não podem bloquear as decisões necessárias. Estas se dão, muitas vezes, sob o imperativo do segredo, e aí ressalta a importância da extensão e dos limites do princípio da publicidade da Administração Pública.

Se a inserção da aspiração democrática na Administração é um diálogo que permite considerar, na decisão administrativa, o real e o ideal, ela deve, necessariamente, conviver com os imperativos do segredo, inevitável em certos domínios sensíveis à atuação do poder. Contudo, para que os interesses sejam mediados através deste diálogo (que se dá sob a forma processual, como se verá), os cidadãos têm que ter acesso à atividade administrativa e, com isso, cresce a exigência de publicidade, que, em uma democracia, é a regra básica a que se submete o poder. Sendo assim, é necessário verificar a natureza, a função e o valor do princípio da publicidade nos quadros da Administração democrática.

---

<sup>121</sup> MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em...., cit.*, p.214.

<sup>122</sup> GONÇALVES LOUREIRO, *cit.*, p. 119.

## 2 OS VÁRIOS SIGNIFICADOS DO PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE ADMINISTRATIVA

Grande é a tarefa do princípio da publicidade administrativa no Brasil, principalmente tendo-se em vista o peso da burocracia e da tradição do segredo na formação da ordem nacional. É sabido que o Estado brasileiro se constituiu como ordem jurídica antes de constituir-se como nação, seguindo a uma longa tradição histórica que remonta à própria formação do Estado português, cujas bases foram o patrimonialismo, o centralismo monárquico, o estamento de feição burocrática e a idéia romana de que o príncipe é *legibus solutus*.<sup>123</sup> Assim, a colonização brasileira foi obra do Estado: “as vilas se criavam antes da povoação, a organização administrativa precedia ao fluxo das populações. Prática que é modelo da ação do estamento, repetida no Império e na República: a criação da realidade pela lei, pelo regulamento”.<sup>124</sup> O Estado, por conseguinte, não foi sentido como o protetor dos interesses da população, o defensor das atividades dos particulares, mas como “um monstro sem alma, o titular da violência, o impiedoso cobrador de impostos” e foi imposto à colônia antes que ela tivesse povo, permanecendo íntegro, “reforçado pela espada ultramarina”, quando a sociedade americana ousou “romper a casca do ovo” que a aprisionava.<sup>125</sup>

Nas várias fases políticas brasileiras, o traço comum foi o autoritarismo e a centralização burocrática, de modo que os governantes sempre se comportaram como “donos do poder”. Estas práticas foram reforçadas com a tradição do segredo administrativo - permanentemente presente - e a perseguição política, principalmente nos regimes ditatoriais, de que são exemplos a ditadura de Vargas e a ditadura militar que se estabeleceu no País após 1964.

Durante os governos militares, “informações aleatoriamente colhidas, em fontes de discutível idoneidade e por meios escusos, não raro manipuladas sem escrúpulos, ou mesmo fabricadas pela paranóia de órgãos repressivos, viram-se incorporadas a registros oficiais ou paraoficiais e passaram a fornecer critérios de avaliação para a imposição de medidas punitivas ou discriminatórias” e, por óbvio, os interessados jamais tiveram acesso aos dados

---

<sup>123</sup> FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: a formação do patronato político brasileiro*. 1º. Vol. Porto Alegre: Editora Globo, 1975, pp. 1 a 15.

<sup>124</sup> FAORO, cit., p. 120.

<sup>125</sup> FAORO, cit., p. 165.

constantes dos registros.<sup>126</sup> O retorno à ordem democrática teve tendência a assegurar os direitos fundamentais, com a instituição de vários remédios processuais utilizáveis contra sua respectiva violação. Um desses direitos é a preservação da intimidade, de modo que a coleta e “o armazenamento de dados atinentes a uma pessoa, à revelia dela e sem controle de sua parte”,<sup>127</sup> constituiu uma invasão de privacidade. Desta forma, a ninguém deve ser negado o conhecimento do que os outros sabem ou supõem saber a seu respeito, nem a possibilidade de contestar a veracidade de tais informações ou, se for o caso, o direito de retificar o respectivo teor. Como assevera Manoel Gonçalves Ferreira Filho,<sup>128</sup> todos têm “direito à verdade a respeito de si próprio”.

Isto posto, na Constituição Federal de 1988, foi inscrita uma série de princípios e regras tendentes a assegurar os direitos fundamentais dos cidadãos e os deveres de publicidade do Estado, que, em última instância, decorrem da própria noção do que seja “Estado Democrático de Direito”. O texto constitucional faz referência a vários sentidos da expressão publicidade, todos eles conectados com a tradição do pensamento político-jurídico do Ocidente.

Na discussão em torno dos vários sentidos do princípio da publicidade, o mais imediato sentido é o de que este é, primeiramente, um preceito que tende a preservar a *res publica*, isto é, a comunidade política no sentido que Kant lhe dá,<sup>129</sup> porque esta, sendo regida por leis, unida aos conceitos de “democracia” e de “governo não despótico” é o fundamento do Estado de Direito.(2.1). Além disso, publicidade também tem o sentido de ‘propaganda’ (2.2), de condição de eficácia dos atos administrativos (2.3) e de ‘direito de acesso’. Nesta

<sup>126</sup> CF. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O Habeas data brasileiro e a sua lei regulamentadora. In: *Habeas Data*. WAMBIER, Tereza Arruda Alvim et alii.(org.)São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p. 127.

<sup>127</sup> BARBOSA MOREIRA, cit., p.128.

<sup>128</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*, São Paulo, 1990, p. 81.

<sup>129</sup> Kant, tanto na *Metafísica dos Costumes*, quanto na *Paz Perpétua*, defende que a constituição civil, em cada Estado “deve ser republicana” e enfatiza a diferença entre *res publica* e democracia. A democracia é uma das formas da soberania (modo de governar o povo) e a república, a forma do regime que se refere ao modo como o Estado faz uso de seu poder. Neste contexto, “o republicanismo é o princípio político da separação do poder executivo (governo) do legislativo [...] democracia é, no sentido próprio da palavra, necessariamente um despotismo, porque funda um poder executivo em que todos decidem sobre e, em todo o caso, também contra um (que, por conseguinte, não dá o seu consentimento), portanto, todos, sem no entanto serem todos, decidem - o que é uma contradição da vontade geral consigo mesmo e com a liberdade”. O que ele tem em vista é a democracia direta, porque acusa esse tipo de governo de não representativo, *verbis*: “Toda a forma de governo que não seja representativa é, em termos estritos, uma não forma, porque o legislador não pode ser ao mesmo tempo executor da sua vontade numa e mesma pessoa. [...] Ao modo de governo que deve ser conforme à idéia de direito pertence o sistema representativo, o único em que é possível um modo de governo republicano

última acepção, publicidade é um “princípio constitucional impositivo” ou preceito definidor dos fins do Estado (impõe ao Estado, e sobretudo ao legislador, a realização de fins e a execução de tarefas) e um “princípio garantia”, porque institui, direta e indiretamente, uma garantia aos cidadãos, e tem força determinante, positiva ou negativa. Na condição de direito fundamental, vincula diretamente os poderes públicos e assegura, direta e indiretamente um *status jurídico-material* aos cidadãos e, por isso mesmo, tem um conteúdo mais exigente(2.4).

## **2.1 Publicidade como princípio de mediação entre política e moral (dever de transparência)**

“O problema do estabelecimento do Estado [...] formula-se assim: Ordenar uma multidão de seres racionais que, para a sua conservação, exigem conjuntamente leis universais, das quais, porém, cada um é inclinado no seu interior a eximir-se, bem como estabelecer uma constituição de um modo tal que estes, embora opondo-se uns aos outros nas suas disposições privadas, contêm-se, no entanto, reciprocamente, de maneira que o resultado da sua conduta pública é o mesmo que se não tivessem essas disposições más”. Com estas palavras, Kant, na modernidade, sustentou a harmonia entre política e moral e a necessidade de visibilidade do poder ou de seu “exercício público”.<sup>130</sup> Mais do que isso, se todo ato

---

e sem o qual todo governo é despótico e violento (seja qual for a sua constituição.). *In: A Paz Perpétua....., cit.*, pp. 130 a 132.

<sup>130</sup> KANT, *A Paz Perpétua....., cit.*, p. 147. De acordo com Hannah Arendt, o que Kant disse é que o homem mau é aquele que abre exceção para si, de modo que, em política, diferentemente da moral, tudo depende da conduta pública. “Por que nenhum soberano jamais ousou declarar que não reconhece absolutamente nenhum direito do povo que a ele se opõe? A razão é que tal declaração pública levantaria todos os súditos contra ele(....)” Mesmo que Kant nunca tenha escrito uma “filosofia política”, é possível reconstruir o seu pensamento político, como o faz Arendt, nos seguintes termos: para Kant, a História é parte da Natureza, que, pela sua “astúcia secreta”, engendra o progresso da espécie: o desenvolvimento de suas potencialidades através de gerações. O produto deste processo é a cultura e a liberdade, de modo que o mais alto fim do homem é a sociabilidade, porque nenhum homem pode viver sozinho. Os homens são interdependentes não só nas suas necessidades básicas, mas também na sua mais alta faculdade, o pensar. Por isso, na Crítica do Juízo, ele trabalha sobre três tópicos, a saber, o particular, que é o fato da natureza ou da história; a faculdade do juízo, que é a faculdade do espírito humano para lidar com os particulares e a sociabilidade, que é condição de funcionamento daquela faculdade. O “juízo” difere da “razão prática” porque esta raciocina e diz o que se deve ou não fazer e está identificada à vontade, e aquela, provém de um prazer meramente contemplativo ou satisfação interna, o gosto. Assim, no centro da Crítica do Juízo, está o problema da lei constitucional e, na Paz Perpétua, a questão de como fundar uma comunidade política. Daí advêm três tópicos básicos de sua filosofia política: a natureza quer a preservação da espécie, não é necessária nenhuma revolução na mentalidade a fim de produzir uma mudança política para melhor e há a ênfase nas Constituições e na publicidade, de modo que esta última se converte em um “dos conceitos-chave do pensamento político kantiano; nesse contexto, ele aponta a sua convicção de que os maus pensamentos são secretos por definição”, sustenta Arendt. Ver, para isso, ARENDT, Hannah. *Lições sobre a Filosofia Política de Kant*. 2ª. Ed. , revista e ampliada. Rio de Janeiro:

político tem que tolerar um controle por parte do público, por cuja aprovação pode alcançar a legitimidade moral e a legalidade jurídica, então a publicidade do atos políticos se converte em condição indispensável para a legitimação moral da política e para a democracia, a partir da unidade de interesse entre governantes e governados.<sup>131</sup>

De fato, na tradição política do Ocidente, desde o princípio, estão articulados os conceitos de democracia, publicidade, igualdade e racionalidade, de modo que não se pode dizer democrático um regime no qual não existam a visibilidade e o controle do poder, em outras palavras, publicidade.<sup>132</sup> Este é o primeiro significado que a expressão ‘publicidade’ assume nos ordenamentos jurídicos do Ocidente, qual seja, o de ser uma mediação entre política e a moral que impõe um dever aos poderes públicos, o de agir de forma transparente. Nesta acepção, o princípio da publicidade decorre imediatamente do princípio democrático e do princípio republicano.

Se o o aprofundamento do princípio democrático se estende à Administração, isso só pode significar a substituição das estruturas hierárquico-autoritárias por formas de deliberação

---

Relume Dumará, 1993, p. 22. Tradução brasileira de *Lectures on Kant's Political Philosophy*, por André Duarte.

<sup>131</sup> Cf. HABERMAS, *Mudança Estrutural...*, cit., p. 128, *verbis*: (...) a “publicidade” em Kant deve ser considerada como aquele princípio único a garantir o acordo da política com a moral.” De acordo com Howard Caygill, Kant abstrai o “atributo formal da publicidade” dos aspectos materiais do direito público (interno e internacional), fazendo a associação entre razão, comunicação e esclarecimento. Essa associação, segundo ele, “foi um considerável estímulo ao desenvolvimento da teoria política no séc. XX. Arendt explorou minuciosamente as implicações da noção de Kant de publicidade (...), enquanto as relações ente publicidade e razão comunicativa foram extensamente estudadas por Habermas(...)”. In: *Dicionário Kant*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2000, verbete: “Publicidade”, p. 268. Tradução brasileira de *A Kant Dictionary*, por Álvaro Cabral, revista por Valério Rohden. Também BOBBIO, *O Futuro da Democracia...*, cit. p. 90 e MAIHOFER, cit., p. 274.

<sup>132</sup> De acordo com Jean-Pierre Vernant, com o advento da *polis* democrática (acontecimento decisivo na história do pensamento grego), a vida social e as relações entre os homens tomaram uma forma nova e original, pois, o sistema da *polis* implicou, “uma extraordinária preeminência da palavra sobre todos os instrumentos de poder”, a plena publicidade dada “às manifestações mais importantes da vida social” e a isonomia (“apesar de tudo o que os opõe no concreto da vida social, os cidadãos se concebem, no plano político, como unidades permutáveis no interior de um sistema cuja lei é o equilíbrio, cuja norma é a igualdade.”). A *pólis* só existe porque distingue um domínio público, isto é, um setor de interesse comum, que se opõe aos assuntos privados e que contém práticas abertas. O movimento de democratização e de divulgação acabaram transformando profundamente “o universo espiritual da *polis*”, porque os elementos de uma cultura comum foram levados à praça pública, sujeitando-se a um debate que se dá à luz do dia. “Doravante, a discussão, a argumentação, a polêmica tornaram-se as regras do jogo intelectual, assim como do jogo político. O controle constante da comunidade se exerce sobre as criações do espírito, assim, como sobre as magistraturas do Estado.” Com isso, se pode compreender a reinvidicação - presente desde o surgimento da cidade - de redação e fixação das leis: pela publicidade conferida pela escrita, a Justiça - *dikê* - ainda que permaneça um valor ideal, acaba por encarnar-se no plano humano e se realiza na lei (nomos): “regra comum a todos mas superior a todos, norma racional, sujeita à discussão e motidicável por decreto, mas que bem por isso deixa de exprimir uma ordem concebida como sagrada.” In: *As Origens do Pensamento Grego*. Rio de Janeiro: DIFEL, 1977, pp. 34 e ss. Tradução brasileira de *Les origines de la pensée grecque*, por Ísis Borges B. da Fonseca.

colegiada, a introdução de voto na seleção das pessoas a quem foram confiados os cargos de direção individual, a participação paritária de todos os sujeitos que exercem determinadas atividades em setores específicos e a transparência ou publicidade do processo administrativo - direito de informação dos cidadãos sobre os processos em que estejam diretamente interessados. “A gestão participada juntamente com a exigência de transparência, são elementos de democratização contra a <opacidade técnico-burocrática>”,<sup>133</sup> e por isso, a publicidade da ação administrativa constitui uma mutação fundamental no direito da Administração, cujo princípio se impõe como um dos princípios gerais do direito, ao inverso da tradição do segredo administrativo, quer seja fundada na herança napoleônica ou sobre o princípio da responsabilidade ministerial.

A publicidade como transparência é elemento essencial do Estado de Direito no sentido de que indica um dever para a Administração e os poderes públicos em geral, qual seja, o de agir sempre de forma visível, favorecendo o controle dos cidadãos seja para garantir os seus direitos fundamentais, seja para exigir a tutela impessoal dos interesses públicos. É um lugar comum nos discursos sobre a democracia que ela é “governo do poder visível”, ou “o governo do poder público em público”,<sup>134</sup> mas, como já se disse, foi com o Iluminismo, mais precisamente, com Kant, que se tornou inquestionável que a visibilidade do poder não é só uma questão política, mas também uma questão moral, decorrente do conceito transcendental do direito público: “Todas as ações relativas aos direitos dos outros homens, cuja máxima não é suscetível de se tornar pública, são injustas”.<sup>135</sup>

A articulação da moral com a política se dá porque, se no ‘direito público’ se pode prescindir de toda a matéria (as diferentes relações empíricas dos homens no Estado ou do Estados entre si), resta ainda *a forma da publicidade* “cuja possibilidade está contida em toda a pretensão jurídica, porque sem ela não haveria justiça alguma (que só pode pensar-se como publicamente manifesta), por conseguinte, também não haveria nenhum direito, que só se outorga a partir da justiça”.<sup>136</sup> Decorre daí que, para Kant, o princípio da publicidade não é apenas ético (pertence à doutrina da virtude) como também jurídico (concerne ao direito dos homens). Assim, o que não se pode manifestar em voz alta sem, ao mesmo tempo, frustrar a própria intenção, deve permanecer inteiramente em segredo. Se não se pode confessar

<sup>133</sup> CF.CANOTILHO, *cit.*, p. 429.

<sup>134</sup> BOBBIO, *O Futuro...., cit.* p. 83.

<sup>135</sup> KANT, *A Paz Perpétua...., cit.*, p. 165.

<sup>136</sup> KANT, *A Paz Perpétua...., cit.*, p. 164,

publicamente uma intenção sem provocar a oposição de todos contra o propósito da ação, “pela injustiça que a todos ameaça”, esta máxima tem um valor negativo: “serve apenas para conhecer por meio da mesma o que não é justo em relação aos outros”.<sup>137</sup> A consequência da aplicação dessa máxima ao direito interno é a de que será injusta a rebelião, pois se a máxima da mesma se confessasse publicamente, tornaria inviável o seu propósito. O mesmo não ocorre com a autoridade suprema, que tem um poder irresistível, qual seja o de proteger, no seio de um povo, uns perante os outros: esta pode “dizer livremente que castigará toda a revolução com a morte dos cabecilhas” sem se preocupar que a publicação de suas máximas “frustrem os seus propósitos”. Após demonstrar a aplicação do axioma ao direito internacional, Kant propõe um outro princípio para o direito público: “Todas as máximas que necessitam da publicidade (para não fracassarem no seu fim) concordam simultaneamente com o direito e a política”,<sup>138</sup> para explicar que, se um propósito da autoridade apenas mediante a publicidade pode alcançar seu fim, deve adequar-se ao fim universal do público - a felicidade -, porque esta é a tarefa própria da política; no entanto, se este fim só se pode alcançar mediante a publicidade (eliminação da desconfiança quanto aos propósitos), então estes devem estar “em concordância com o direito do público, pois só no direito é possível a união dos fins de todos.”<sup>139</sup>

Nos termos da interpretação de Habermas, Kant faz uma conexão deveras importante entre o uso público da razão e a liberdade, para asseverar que esse ‘público’ pensante de homens se constitui num público de ‘cidadãos’, que ficam entendendo-se sobre as questões da *res publica*, de modo que, “essa esfera pública politicamente em funcionamento torna-se, sob a “constituição republicana”, um princípio de organização do Estado liberal de direito”, na medida em que são os cidadãos que se dão autonomamente as leis, e isso só pode ser realizado mediante uma discussão racional e pública: o princípio da soberania popular só se realiza sob o pressuposto de um “uso público da razão”.<sup>140</sup> A concordância dos juízos, independentemente da diversidade dos sujeitos, além de seu significado prático, torna-se um valor constitutivo: “as ações políticas, ou seja, as ações voltadas para o direito dos outros, só devem poder, elas mesmas, estar em concordância com a Moral e o Direito à medida em que

<sup>137</sup> KANT, *A Paz Perpétua...*, cit., p. 165.

<sup>138</sup> KANT, *A Paz Perpétua...*, cit., p. 170.

<sup>139</sup> KANT, *A Paz Perpétua...*, cit., p. 171.

<sup>140</sup> HABERMAS, *Mudança Estrutural...*, cit., p. 131. Na concepção kantiana, para que ocorra a ilustração, exige-se a liberdade de “fazer um *uso público* da sua razão em todos os elementos”. In: Resposta à pergunta: O que é o Iluminismo?. *A Paz Perpétua...*, cit., p. 13.

suas máximas podem ter publicidade ou mesmo a exigirem.”<sup>141</sup> Com isso, a lei natural da dominação é substituída por leis jurídicas, e a política pode passar a ser moral.

Afora as inumeráveis críticas e contradições dessa tese (que não cabe, no âmbito deste trabalho, esmiuçar), ela tem méritos indiscutíveis, e o mais significativo deles é a consideração da existência de uma esfera pública e de uma opinião pública (embora Kant não a denomine assim), que delibera e decide publicamente sobre a condução e administração dos processos sociais.<sup>142</sup> Mesmo com a crise da esfera pública burguesa (que não intermedia mais uma sociedade de proprietários privados e o Estado) e com a decadência da dimensão pública, não se pode deixar de reconhecer que, penetrando esferas cada vez mais extensas da sociedade e perdendo sua função política - submeter os fatos públicos ao controle de um público crítico - a esfera pública, espoliada de suas funções originais, ainda está mobilizada no processo de integração entre sociedade e Estado, porque ela, embora alivie o público de tomar decisões, acaba por exercer influência no sistema político.

<sup>141</sup> Cf. HABERMAS, *Mudança Estrutural.....cit.*, p. 132..

<sup>142</sup> Hegel inicialmente pensou a função da esfera pública nos mesmos termos kantianos, como racionalização da dominação. Mas, na medida em que as ciências não se encontram no domínio da opinião, a chamada ‘opinião pública’ não conserva nenhuma base de unidade e verdade, retornando ao nível de uma opinião subjetiva de muitos. Com isso, ela fica reduzida a um meio de formação, não sendo mais uma esfera em que a razão se realiza. A publicidade serve aí “apenas para a integração da opinião subjetiva na objetividade que o espírito se deu na figura do Estado”. Remetida a opinião pública de volta para a esfera da mera opinião, sequer se pode considerar uma consonância entre política e moral. Esta é, aliás, para Hegel, uma falsa questão e se baseia em uma concepção superficial do que seja a moralidade, a natureza do Estado e a relação deste com pontos de vista morais, *verbis*: “[...] o bem do Estado tem uma legitimidade muito diferente do bem dos indivíduos e da substância moral, que o Estado adquire imediatamente à sua existência, quer dizer, o seu direito em algo concreto e não de abstracto. É esta existência de concreto, e não as numerosas idéias gerais consideradas como mandamentos morais subjetivos, que o Estado pode erigir em princípio da sua conduta. A crença na chamada injustiça inerente à política, na chamada oposição ente política e moral, está fundada em falsas concepções da moralidade subjectiva, da natureza do Estado e da sua situação do ponto de vista moral subjectivo”. Mesmo na sociedade civil há dominação, pois para Hegel, a moralidade objetiva é o Estado. Marx também desqualifica a esfera pública politicamente ativa, para afirmar que esta é tão-somente “a independência ideal de uma opinião pública de proprietários privados pensantes e que se consideram simplesmente como seres humanos autônomos” e, por isso, é uma “falsa consciência”, escondendo o seu caráter de máscara do interesse de classe da burguesia. Dos liberais também partiram críticas à concepção da esfera pública politicamente ativa: se o público se ampliou pela inclusão dos não - proprietários, os conflitos, até então contidos na esfera privada, passam para a esfera pública, e estes não podem ser resolvidos por um mercado auto-regulativo: têm que ser, doravante, resolvidos pelo Estado. Com isso, para Mill e Tocqueville, o “império da opinião pública aparece como o império dos muitos e dos medíocres. A esfera pública passa a ser considerada mais uma coerção à conformidade do que uma força da crítica e, assim, as questões políticas não devem ser decididas através de um apelo direto ou indireto à vontade de uma multidão inculta, e sim mediante a representação: “para ainda afirmar o princípio da publicidade até mesmo contra o poderio de uma opinião pública obscurantista, é preciso enriquecê-la com momentos da esfera pública representativa a ponto de poder formar-se um público esotérico de representantes”. Para isso, ver HABERMAS, *Mudança Estrutural, ...*, pp. 142/168 e HEGEL, Friedrich. *Princípios da Filosofia do Direito*. 4ª. Ed. Lisboa: Guimarães Editores, 1990, p. 310, § 337 e pp. 159/160, § 137. Tradução portuguesa de *Rechtsphilosophie*, por Orlando Vitorino.

Essa influência, apoiada em convicções públicas, pode transformar-se em poder político através de processos institucionalizados.<sup>143</sup> Aí entra a questão da importância da opinião pública na democracia moderna: ela tem um papel decisivo, porque apenas cidadãos bem informados podem atuar com responsabilidade. As tendências e atitudes que nela se expressam em direção às questões políticas constituem a pré-formação da vontade política, e aí a sua grande significação e a conexão com a liberdade de sua formação, feita através da “liberdade de informação.”

Pressuposto da publicidade democrática, a liberdade de informação faz nascer uma opinião pública e torna possíveis o desenvolvimento de iniciativas pluralistas e a formação preliminar da vontade política. Não havendo publicidade, a oportunidade igual das minorias não fica assegurada com eficácia, e a vida política num processo livre e aberto não se pode desenvolver.<sup>144</sup> Há outro significado, que não se restringe à vida política: ao garantir a liberdade espiritual, a Constituição se refere àquele âmbito no qual se devem formar as concepções decisivas de valores, livres da influência estatal e, por isso, a publicidade como dever de transparência é elemento essencial do Estado de Direito.

Uma norma pode assumir a feição de uma regra, de um princípio ou de um postulado, e será o caráter preponderante que determinará a sua natureza. A publicidade, pela sua múltipla significação, é entendida ora como um postulado normativo, ora como uma regra, ora como um princípio, tanto no sentido de ser um fim, quanto no de ser uma diretiva (*police*).<sup>145</sup>

<sup>143</sup> Esta esfera social repolitizada, constituída de relações semiprivadas ou semipúblicas e intermediária entre o Estado e a Sociedade, pode ser entendida, no plano sociológico, como fenômeno social elementar, do mesmo modo que “a ação”, o “grupo” ou “a coletividade”. Não constituindo um sistema, ou uma instituição, a esfera pública pode ser descrita como uma rede adequada para a comunicação de conteúdos, tomadas de posição e opiniões, de modo que os fluxos comunicacionais são filtrados e sintetizados até se condensarem em opiniões públicas sobre temas específicos. Embora o “mundo da vida” seja um reservatório de interações, em que os sistemas de ação e de saber especializados a ele estão vinculados porque se ligam às funções gerais de reprodução deste mundo (religião, escola, família) ou à “validade do saber comunicado através da linguagem comum (como é o caso das ciências, da moral e da arte)”, a esfera pública não se especializa: mesmo quando se relaciona a questões politicamente relevantes, é o sistema político quem acaba por fazer a elaboração especializada. Daí que a esfera pública constitua “principalmente uma *estrutura comunicacional* do agir orientado pelo entendimento, a qual tem a ver com o *espaço social gerado* no agir comunicativo, não com as *funções*, nem com os *conteúdos* da comunicação cotidiana”, afirma Habermas in: *Direito e Democracia*, cit.

<sup>144</sup> Cf. HESSE, *cit*, p. 303.

<sup>145</sup> Não há uma definição unitária do que sejam ‘princípios jurídicos’ e, assim, eles podem ser: a) fundamentos, critérios para a justificação de uma ordem (Esser); b) pensamento diretor de uma regulação jurídica existente ou possível (Larenz); c) prescrições indiretamente ligadas a valores, fins, idéias e *topoi* (lugares argumentativos) a serem institucionalmente determinados (Canaris); d) modos abertos de argumentação (*standards*) que não determinam vinculativamente uma decisão, mas somente contêm fundamentos que devem ser conjugados com outros fundamentos provenientes de outros princípios (Dworkin) e e) espécie de normas

Nos termos da construção de Humberto Ávila,<sup>146</sup> um postulado normativo aplicativo apenas estabelece uma estrutura formal de aplicação dos princípios envolvidos, consistindo em uma regra geral que assegura a realização dos fins estabelecidos pelos princípios. Com isso, pode-se falar em dever de transparência, para indicar a exigência de desnudamento da Administração, que não resulta de um texto específico, mas da finalidade de proteger os direitos e garantias fundamentais e tutelar impessoalmente os interesses públicos. O que a transparência determina é que todos os atos políticos sejam praticados à luz do dia, para facilitar o seu controle.

Se a razão de ser da Administração é toda externa - tudo o que ela faz tem uma direção exterior – falta-lhe uma razão de ser independente das normas. Como ela jamais é portadora de interesses, poderes ou direitos pessoais seus, surge o dever de absoluta transparência, e a consequência disso é que o povo - titular do poder - “tem direito de conhecer tudo o que concerne à Administração, de controlar passo a passo o exercício do poder”, afirma Sunfeld.<sup>147</sup>

---

jurídicas, por meio das quais são estabelecidos deveres de otimização, aplicáveis em vários graus, segundo as possibilidades normativas e fáticas (Alexy). Na tese de Dworkin, os *standards* podem ser princípios *stricto sensu* (argumentos em favor de proteção de direitos) e *policies*, argumentos em favor de objetivos a serem atingidos, conforme interpretação de Ricardo Waldman. Quando se afirma que a transparência é também uma diretiva, uma *policie*, está adotando-se aquela interpretação. É relativamente extensa a a literatura jurídica sobre os princípios e suas relações com as regras, mas a pré-compreensão do tema que está sendo expressada neste trabalho foi construída, a partir principalmente de: CANOTILHO, cit., pp. 166 e ss; GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988: Interpretação e Crítica*. São Paulo:RT,1991, *passim*; DWORKIN, Ronald *Los Derechos en Serio*. Barcelona:Ariel, 1989, capítulos 1, 2 e 3 e *?Es el derecho un sistema de reglas?* Cuadernos de Crítica 5, Instituto de Investigaciones Filosóficas. Universidad Autonoma de Mexico, 1977; ALEXY, Robert *Derecho Y Razon Practica*. Mexico:Distribuciones Fontamara,1993 e *Teoria de los Derechos Fundamentales*, cit., *passim*; MARTINS-COSTA, Judith Martins. *A Boa – fé no Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, *passim*; CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989; LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, Capítulo V; DIÉZ-PICAZO, Luis. *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*. Barcelona: Ariel, 1993, Capítulo VIII; ESSER, Josef *Principio y Norma en la Elaboración Jurisprudencial del Derecho Privado*. Barcelona: Bosch, 1961, *passim*;GROSSMANN, Elias *Os Princípios Jurídicos em Robert Alexy*. UNISINOS. Dissertação de Mestrado, 2000, inédita, *passim*; ÁVILA, Humberto Bergmann, “A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade”. *Revista de Direito Administrativo* n° 215, jan.mar/1999, pp.157-179 e *Teoria dos Princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2003, *passim*; WALDMAN, Ricardo Libel. Teoria dos Princípios de Ronald Dworkin. *Direito & Justiça. Revista da Faculdade de Direito da PUCRS*. Vol. 25. Ano XXIV. 2002/1. Porto Alegre: Edipucrs, pp. 119 a 145.

<sup>146</sup> ÁVILA, H. *Teoria dos Princípios....*, cit. *passim*.

<sup>147</sup> SUNFELD, Carlos Ari. Princípio da Publicidade Administrativa (Direito de Certidão, Vista e Intimação). *Revista de Direito Administrativo*. N°199. Rio de Janeiro, jan./mar. 1995, p. 98.

Com isso, pode-se afirmar que a publicidade como transparência é um dever, qual seja, aquele de “franquear-se ao conhecimento público, de desnudar-se, mesmo que não esteja em pauta o problema da notificação de seus atos”. Assim, a publicidade assume a feição de um postulado normativo - condição de possibilidade do conhecimento do fenômeno jurídico -, de uma exigência para a aferição do respeito que a Administração deve ter pelas normas jurídicas. Daí afirmar-se o seu aspecto instrumental: ela é meio para que se atinjam os fins previstos em outras normas (regras ou princípios), quais sejam a proteção dos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos e a tutela impessoal dos interesses públicos.

A publicidade, pois, entendida como “dever de transparência” qualifica o movimento de abertura da Administração para o exterior, superando, progressivamente, a tradição do segredo administrativo – *arcana imperii*.<sup>148</sup> A idéia de publicidade como “transparência”, por corresponder a uma pressão aumentada em relação à Administração, é larga e exigente: os cidadãos modernos não obedecem sem conhecer e obedecem com a única condição de consentirem. A partir do momento em que a Administração interfere nos detalhes da vida cotidiana, multiplicam-se as interdições e as regulamentações minuciosas, de modo que os administradores começam a sentir falta de outra coisa mais do que a crença na infalibilidade da sanção ou o respeito pela autoridade suprema, para que as regras sejam obedecidas: a Administração passa, então, a ter que obter a adesão à regra, e isto se faz com um apelo à inteligência e à razão dos cidadãos.<sup>149</sup> A esta idéia de consentimento se junta o princípio do conhecimento, não se aceitando um governo sem conhecê-lo, e por isso mesmo, o conhecimento pressupõe a publicidade. Por esta razão, a publicidade recebe o tratamento de “transparência” na doutrina estrangeira.<sup>150</sup>

<sup>148</sup> Cf. DEBBASCH, Charles. Introduction *In: La Transparence Administrative en Europe. Actes du colloque tenu à Aix en octobre 1989*. Paris: Centre National de la Recherche Scientifique, 1990, p. 11.

<sup>149</sup> Cf. RIVERO, Jean. Rapport de Synthèse. *In: La Transparence Administrative...*, *cit.*, pp. 308 e 311.

<sup>150</sup> Afirma Debbasch que o princípio da transparência (publicidade) se irradia no conjunto da vida social contemporânea sendo, por exemplo, um dos direitos essenciais dos trabalhadores nas empresas o de serem informados a respeito da situação econômica da empresa e sobre o conjunto das decisões dos dirigentes. Da mesma forma, a reivindicação de transparência se difunde no conjunto da vida política *stricto sensu*, basta ver as regulações de eleições e do funcionamento dos partidos políticos. “A passagem de uma administração de comando a uma administração de concertação se faz pela intermediação obrigatória da transparência.” E mais: a ultrapassagem do segredo – regra de ouro do Poder Executivo até um período recente – para a transparência só pode ser explicada pela transformação da atividade da Administração, que se estende e penetra a vida cotidiana, dessacralizando o Poder Executivo, de modo que é em domínios novos – urbanismo, proteção do desenvolvimento – que reside o centro dos esforços de transparência. Direito Comunitário Europeu Cf. DEBBASCH, *cit.*, p. 12. e RIVERO, *cit.*, pp. 308 e 311.

A compreensão do Conselho Europeu para a proteção dos Direitos Humanos é no mesmo sentido: a finalidade do princípio da transparência é melhorar o funcionamento das instituições, desenvolver principalmente o direito de acesso às informações e, de modo particular, proteger com mais eficácia os direitos fundamentais. Daí decorrem os direitos de acesso aos arquivos administrativos e a necessidade de publicação e motivação dos atos. A Corte de Justiça comunitária não considera, entretanto, o direito de acesso um direito fundamental e afirma que o direito subjetivo à informação deve ser encontrado no princípio democrático que impõe a inexistência de limite ao acesso, pelos destinatários, aos documentos de uma medida da autoridade pública. Ainda que o direito de acesso esteja na base de vários contenciosos, o direito à transparência está circunscrito aos limites estreitos que são definidos pelas instituições, que ainda são reduzidas na esfera europeia. Ele depende de outros princípios consagrados pelo direito comunitário que podem ser invocados “a fim de reduzir os efeitos nefastos de um reconhecimento limitado do princípio de transparência, em particular os direitos de defesa, o direito à segurança jurídica, ou ainda o direito a um recurso jurisdicional efetivo”.<sup>151</sup> De qualquer modo, o Tratado de Amsterdã, de 2 de outubro de 1997, dispôs que todo cidadão da União Europeia tem direito de acesso aos documentos das instituições europeias, nos limites da proteção ao interesse público e privado fixados pelo Conselho Europeu.

Conseqüência também do princípio republicano, o dever de transparência assume conexões importantes com os princípios da proteção à confiança<sup>152</sup> e da imparcialidade.

<sup>151</sup> Cf. RENUCCI, Jean-François. *Droit Européen des Droits de L'Homme*. Paris: L.G.D.J., 1999, p. 347, *verbis*: “[...] d’autres principes consacrés par le droit communautaire peuvent être invoqués afin de réduire les effets néfastes d’une reconnaissance limitée du principe de transparence, en particulier les droits de défense, le droit à la sécurité juridique ou encore le droit à un recours juridictionnel effectif.” Tratado CEEE de 25 de março de 1957, com as modificações do Tratado de Amsterdã e do Tratado de Nice, de 26 de fevereiro de 2001: “ Art. 255 - 1. Qualsiasi cittadino dell’Unione e qualsiasi persona fisica o giuridica che risieda o abbia sede sociale in uno Stato membro ha il diritto di accedere ai documenti del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione, secondo i principi e alle condizioni da definire a norma dei paragrafi 2 e 3. 2. I principi generali e le limitazione a tutela di interessi pubblici o privati applicabili al diritto de accesso ai documenti sono stabiliti dal Consiglio, che delibera secondo la procedura di cui all’articolo 251 entro due anni dall’entrata in vigore del Tratatto di Amsterdam. 3 Ciascuna delle suddette istituzioni definisce del proprio regolamento interno disposizioni specifiche riguardanti l’accesso ai propri documenti.”. Texto *in*: MARIANI, *Il Diritto di acesso...., cit.*, p. 257.

<sup>152</sup> Coube a Almiro do Couto e Silva discutir, pela primeira vez no âmbito doutrinário brasileiro, a conexão entre a segurança jurídica como proteção à confiança e a legalidade, a partir do entendimento de que a noção de Estado de Direito, no seu aspecto material, tem como elementos estruturantes as idéias de ‘Justiça’ e ‘segurança jurídica’, e, no seu aspecto formal, “a) a existência de um sistema de direitos e garantias fundamentais; b) a divisão ds funções do Estado (...); c) a legalidade da Administração Pública e, d) a proteção da boa-fé e da confiança (**Vertrauensschutz**) que os administrados têm na ação do Estado, quanto à sua correção e conformidade às leis”. Consoante Judith Martins Costa, no momento em que o STF, na decisão da MC 2.900 - RS, propôs a ressignificação do princípio da segurança jurídica, conectando-o com a proteção à confiança, marcou um “giro hermenêutico no Direito brasileiro”, que é, em tudo, tributário ao texto do

Relaciona-se com a segurança jurídica<sup>153</sup> na sua modalidade “proteção à confiança”, no sentido de que as instituições republicanas criam “um sistema absolutamente incompatível com a surpresa”, quer dizer, o que a república postula é previsibilidade da ação estatal: esta é necessariamente pública e desenvolvida em um “clima de amplo debate”. Nas palavras de Geraldo Ataliba,

os negócios do Estado são públicos (se fazem abertamente, à luz do público), salvo raras exceções previstas em lei. A imprensa livre - condição necessária ao funcionamento do sistema (como viabilizadora do direito à informação) - serve de veículo aos mecanismos de fiscalização do governo pelo povo. O Judiciário aplicará a lei, em processos contenciosos, sem discricção e na conformidade com padrões técnicos perfeitamente previsíveis.<sup>154</sup>

Pelo princípio da proteção à confiança, que compõe a moralidade administrativa,<sup>155</sup> não pode a Administração Pública modificar, em casos concretos, orientações firmadas para fins de sancionar, agravar a situação dos administrados ou denegar-lhes pretensões. Isto é assim porque os valores da lealdade, da honestidade e da moralidade aplicam-se necessariamente às relações entre a Administração e os administrados.

Se a Administração não pode exercer seu poder, de forma a atender a confiança daquele com quem se relaciona, tampouco o administrado pode atuar em observância às exigências éticas. A aplicação do princípio da proteção à confiança, sua absorção por

---

professor gaúcho. Segundo a autora, “nessa nova conjuntura, o princípio da segurança jurídica vem conotado a um outro tipo de confiança, a uma *outra lógica* da confiança: não apenas confia-se na inação estatal, em vista a não perturbar o espaço da livre iniciativa econômica; confia-se *também* na racionalização do poder do Estado e na sua ação tendo em vista o interesse (que é social, coletivo, e não meramente individual) ao *livre desenvolvimento da personalidade dos indivíduos*.” In: ‘Almiro do Couto e Silva e a Re-significação do Princípio da Segurança Jurídica na relação entre o Estado e os cidadãos’. *Fundamentos do Estado de Direito...*, *cit.*, p. 135. Ver, COUTO E SILVA, Almiro. Princípios da Legalidade da Administração Pública e da Segurança Jurídica no Estado de Direito Contemporâneo. *Revista de Direito Público*. Nº 84. Ano XX. Out. - Dez 1987, pp. 46 a 63.

<sup>153</sup> No Direito espanhol, o princípio da publicidade como transparência também está referido ao do Estado de Direito e ao da segurança jurídica, nos termos do artigo 9º, 3, da Constituição, pois, na dicção de Francisco Rubio Llorente, “sólo podrán asegurarse las posiciones jurídicas de los ciudadanos, la posibilidad de éstos de ejercer y defender sus derechos, y la efectiva sujeción de los ciudadanos y los poderes públicos al ordenamiento jurídico si los destinatarios de las normas tienen una efectiva oportunidad de conocerlas en cuanto tales normas, mediante un instrumento de difusión general que dé fe de su existencia y contenido, por lo que resultarán evidentemente contrarias al principio de publicidad aquellas normas que fueran de imposible o muy difícil conocimiento.” In: *Derechos Fundamentales y Principios Constitucionales (Doctrina Juisprudencial)*. Barcelona: Editorial Ariel, 1995, p. 65.

<sup>154</sup> ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. 2ª. Ed. atualizada por Rosolea Folgosi. São Paulo: Malheiros Editores, 1998, p. 171.

<sup>155</sup> De acordo com José Guilherme Giacomuzzi, o princípio da moralidade abrange três dimensões, a saber: a) a “boa-fé”, que no direito público se traduz pela tutela da confiança; b) a probidade administrativa (deveres de honestidade e lealdade) e c) a razoabilidade (expectativa de conduta civilizada, do homem comum, da parte do

determinada realidade jurídica, permite ao administrado recobrar a certeza (confiança de que não lhe será imposta uma prestação que só superando dificuldades extraordinárias poderá ser cumprida) de que a Administração não adotará uma conduta confusa e equívoca que mais tarde lhe permita tergiversar sobre suas obrigações nem exigir do administrado mais do que seja estritamente necessário para a realização dos fins públicos perseguidos.<sup>156</sup> Daí o referido princípio visar à conservação de estados obtidos e se dirigir contra modificações jurídicas posteriores.

Assim, pode-se afirmar, em relação à aplicação do princípio, que a Administração Pública e o administrado hão de adotar um comportamento leal em todas as fases de constituição das relações até o aperfeiçoamento do ato e das possíveis conformações ao que haja nascido defeituoso. A lealdade no comportamento das partes na fase prévia de constituição das relações obriga a uma conduta clara, inequívoca, veraz, pelo que se rechaça qualquer pretensão que se baseie em uma conduta confusa, equívoca e maliciosa. Através do princípio da proteção à confiança, presume-se *iuris tantum* que os órgãos administrativos exercerão suas potestades de acordo com o Direito, presunção que não pode ser destruída por simples conjecturas.

Resulta disso que a moralidade - na modalidade proteção à confiança - abrange deveres e formula a exigência de comportamentos justificados por parte da Administração, com várias conseqüências que vão, desde a proibição ao *venire contra factum proprium* e a proibição à inação inexplicável e desarrazoada, vinculada ao exercício de direito que gera legítima confiança da outra parte envolvida, até o dever de sinceridade objetiva e dever de informação, isto é de não omitir qualquer dado que seja relevante na descrição da questão controversa e/ou que possa auxiliar na sua resolução.<sup>157</sup> Por demais evidente, assim, a conexão do dever de transparência com a proteção à confiança.

Quanto à conexão do dever de transparência com “dever de imparcialidade” (primeiro dever dedutível do princípio da impessoalidade), ela está igualmente presente em nosso

---

agente público). In: *A Moralidade Administrativa e a Boa-fé da Administração Pública*. São Paulo: Malheiros, 2002, *passim*

<sup>156</sup> Cf. GONZALES PEREZ, Jesus. *El principio general de la buena fe en el derecho administrativo*. Civitas, Madrid, 1983, *passim*.

<sup>157</sup> Cf. GIACOMUZZI, *A Moralidade Administrativa...*, *cit.*, p. 275, aceitando a tese de Egon Bockman Moreira a respeito do princípio da moralidade no art. 37 da CF, *in* *Processo Administrativo. Princípios Constitucionais e a Lei 9.784/1999*. 2ª Edição, revista e aumentada. São Paulo: Malheiros, 2003, PP. 108/109.

sistema constitucional. Se o princípio da impessoalidade que vincula a Administração Pública se deixa compreender, segundo Ana Paula Ávila,<sup>158</sup> como objetividade ( ou impessoalidade *stricto sensu*) - proibição de tratamento pessoal, de discriminação (favorecimento), com vistas à preservação da igualdade -; como neutralidade - proibição de que os seus agentes sobreponham as suas convicções aos interesses que são de todos - e como imparcialidade - postulado normativo que decorre de duas regras essenciais: *nemo iudex in causa propria* e *audiatur et altera pars*<sup>159</sup> - fica claro que, tanto na dimensão de impermeabilidade aos interesses exteriores quanto na da necessidade de ponderação de todos os interesses relevantes no contexto decisório, o dever de transparência exterioriza a impessoalidade na atividade administrativa, sendo, pois, o seu pressuposto. “Transparência é também pressuposto para a imparcialidade, pois é o fator que possibilita a participação dos administrados: principal meio pelo qual o administrador toma conhecimento da quantidade e do conteúdo de interesses que devem ser ponderados na sua atuação concreta”, assevera, com toda a razão, a autora.<sup>160</sup>

Feitas essas considerações, pode-se afirmar que o princípio de publicidade como dever de transparência, inscrito na Constituição no caput do art. 37, é decorrência direta do princípio democrático, convertido em “fator de legitimação material das decisões e atos governamentais,” como afirmou o Ministro Celso de Mello, em voto vencido na ADIn 2.461.<sup>161</sup> Segundo o julgador, quando a Assembléia Nacional Constituinte “repudiou o

<sup>158</sup> ÁVILA, Ana Paula. *O Princípio da Impessoalidade....cit, passim.*

<sup>159</sup> Proíbe-se, pela primeira regra, o exercício de poderes funcionais por quem tenha interesse pessoal - direto ou indireto - nas questões controvertidas; pelo segundo, exige-se o contraditório e a participação de todos os interessados na decisão

<sup>160</sup> ÁVILA, Ana Paula. *O Princípio da Impessoalidade...., cit.,p. 76*

<sup>161</sup> Na referida ação, discutiu-se a constitucionalidade de lei estadual que determinou o procedimento de votação aberta para cassação de mandato de parlamentar. O Plano do STF julgou procedente a ação em face da consideração de que o art. 27, § 1º c/c art. 55, §2º da CF constitui uma regra que não poderia ser ultrapassada e de que, mesmo que o princípio da publicidade, em primeiro lugar, assegure e fundamente a própria ordem constitucional ( *a res publica*), ele comporta as exceções previstas na própria Constituição. Um dos aspectos da discussão foi o de que se estava diante de um conflito entre um princípio - o da ampla publicidade (transparência) e de duas regras (a da simetria e a que determina o voto secreto nos processos de cassação de mandato). O Ministro Eros Roberto Grau sustentou o seu voto, privilegiando a regra “que não é princípio” e, embora ele não tenha feito uma preleção sobre a questão, ficou subjacente a seu voto o entendimento de que as conseqüências estabelecidas por uma regra só podem ser afastadas em face de razões substanciais consideradas pelo aplicador segundo uma condizente fundamentação, como superiores àquelas que justificam a própria regra. Ou se examina a razão que fundamenta a regra, restringindo ou ampliando o conteúdo da hipótese normativa, ou se recorre a outras razões, baseadas em outras normas, para justificar o descumprimento daquela regra. O voto vencido em discussão foi baseado em decisão anterior, que pode ser resumida nos seguintes termos: “*Alguns dos muitos abusos cometidos pelo regime de exceção instituído no Brasil em 1964 traduziram-se, dentre os vários atos de arbítrio puro que o caracterizaram, na concepção e formulação teórica de um sistema claramente inconveniente com a prática das liberdades públicas. Esse sistema, fortemente estimulado pelo “perigoso fascínio do absoluto” [...], ao privilegiar e cultivar o sigilo, transformando-o em “praxis” governamental institucionalizada, frontalmente ofendeu o princípio democrático, pois, consoante adverte Norberto Bobbio, em lição magistral sobre o tema [...] não há, nos*

compromisso do Estado com o mistério e o sigilo” dessacralizou o segredo e banuiu a possibilidade de exercício de um poder não consentido. No dever de transparência, o princípio democrático encontrou, assim, um “de seus mais expressivos valores éticos-jurídicos”. Com isso, chega-se à seguinte conclusão: a “regra”, na democracia, é a publicidade, e o segredo, a exceção.

Na discussão sobre as exceções ao postulado da publicidade, ressaltam aquelas decisões do poder que, se publicizadas, podem ameaçar a segurança e a existência mesma da *res publica*: é o caso dos chamados *arcana imperii*, que têm o objetivo de conservar o Estado e a forma de governo existente. Assim, no Brasil, por exemplo, é a própria Constituição que estabelece o dever de segredo em muitas circunstâncias, tais como aquelas que servem para proteger a intimidade das pessoas (âmbito da *privacy*), resguardar o sigilo da fonte quando este é necessário ao exercício profissional, ou aqueles que servem para proteger detentores de cargo político, como é o caso do discutido art. 55, § 2º.<sup>162</sup> Os parâmetros básicos estão dados pelo inciso LX do art. 5º: mesmo a lei só pode restringir a publicidade dos atos processuais, por exemplo, quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem. Assim é que, na defesa do Estado e das instituições democráticas, isto é, se o sigilo for indispensável ao exercício da atividade pública (como nos casos de investigações policiais, das propostas em licitações antes de sua abertura e das plantas de presídios), ou para proteger a privacidade individual do cidadão, será permitido. Por vezes, a legislação ordinária estabelece a necessidade de sigilo, como se vê na legislação tributária, que obriga os servidores da

---

*modelos políticos que consagram a democracia, espaço possível reservado ao mistério. O novo estatuto político brasileiro - que rejeita o poder que oculta e não tolera o poder que se oculta - consagrou a publicidade dos atos e das atividades estatais como valor constitucionalmente assegurado, disciplinando-o com expressa ressalva para as situações de interesse público, entre os direitos e garantias fundamentais. A Carta Federal [...] enunciou preceitos básicos, cuja compreensão é essencial à caracterização da ordem democrática como um regime do poder visível, ou, na lição expressiva de Bobbio, como “um modelo ideal do governo público em público”.* Decisão do plenário do MI 284 - DF, encontra-se, na íntegra, na RTJ 128/712/732; a da ADIN 2.461-2 - RJ, de 12/05/3005, no ementário eletrônico do STF, disponível em [www.stf.gov.br/juriprudencia](http://www.stf.gov.br/juriprudencia). Acesso em 24 de novembro de 2005.

<sup>162</sup> Na decisão da ADIN 2461-2 RJ, a discussão do plenário do STF também girou em torno da justificativa da previsão do §2º do art. 55. O ministro Marco Aurélio entendeu que a exceção à publicidade quanto aos escrutínios não se justificava, pois ela não é de mesma natureza daquela do art. 66, § 4º, porque lá se trata de proteger os deputados de eventual retaliação quando decidem sobre um veto “do todo-poderoso Executivo” e na do art. 55, “a independência fica comprometida quanto à de perda de mandato de um colega”? Segundo o ministro, “a votação fechada (...) quando em jogo mandato de um parlamentar, somente atende ao espírito de corpo, a suma solidariedade que acaba mitigando o interesse maior, que é o interesse dos eleitores em geral.”. Nesta questão, foi acompanhado pelo Ministro Celso de Mello..

Administração Fazendária a não divulgar dados a que tenham acesso em razão de suas funções (art. 198 do CTN).<sup>163</sup>

Em síntese, relativamente a este primeiro sentido da publicidade da ação administrativa, sempre se pode concordar com Debbasch: “a transparência administrativa se impõe progressivamente. Sem ela, não há mais legitimidade administrativa”.<sup>164</sup> A Constituição, no entanto, atribui outros tantos significados para a expressão publicidade, como aquele que o identifica como divulgação (propaganda), nos termos do § 1º do art. 37. Por isso, há que se verificar o seu conteúdo.

## 2.2 “Propaganda”

O mundo criado pelos meios de comunicação de massa, no séc.XX, deixou de ser uma “esfera pública”: foi “rebentado o campo de ressonância de uma camada culta criada para usar publicamente a razão”, na medida em que ficou fragmentado entre uma minoria de especialistas que não pensam publicamente e uma massa de consumidores. Nesta passagem de um público que pensa a cultura para um que consome a cultura, esta, difundida através dos meios de comunicação de massa, passou a ser uma “cultura de integração”, de modo a integrar desde a informação e o raciocínio até elementos da propaganda. Com isso, a esfera pública assumiu, em grande medida, funções da propaganda: “quanto mais ela pode ser utilizada como meio de influir na política e economicamente, tanto mais apolítica ela se torna no todo e tanto aparenta estar privatizada”.<sup>165</sup> Neste setor intermediário que é a esfera social repolitizada, interpenetram-se os “setores estatizados da sociedade” e os “setores socializados do Estado”, “sem a intermediação das pessoas privadas que pensam politicamente”. O processo político transcorre diretamente entre as associações privadas, os partidos e a Administração Pública, e o público só esporadicamente é inserido neste circuito de poder, para referendá-lo. No entanto, assim como muito da reprodução social depende das decisões do “consumidor”, o exercício do poder político ainda depende da decisão eleitoral das pessoas

<sup>163</sup> CTN, art. 198: “Sem prejuízo do disposto na legislação criminal, é vedada a divulgação, para qualquer fim, por parte da Fazenda Pública ou de seus funcionários, de qualquer informação, obtida em razão do ofício, sobre a situação econômica ou financeira dos sujeitos passivos ou de terceiros e sobre a natureza e o estado dos seus negócios ou atividades. Parágrafo único. Excetuam-se do disposto neste artigo, unicamente, os casos previstos no artigo seguinte e os de requisição regular da autoridade judiciária no interesse da justiça.”

<sup>164</sup> DEBBASCH, *cit.*, p. 14.

<sup>165</sup> HABERMAS, *Mudança Estrutural...*, *cit.*, pp. 207/208

privadas, de modo que há um interesse em ter uma influência sobre tais decisões para elevar a venda, no primeiro caso, e para aumentar a participação eleitoral deste ou daquele partido ou, então, “dar informalmente um maior peso à pressão de determinadas organizações”.<sup>166</sup>

A função mediadora do “público” passa para as associações e partidos que se preocupam em obter aquele consentimento ou tolerância. A publicidade, que garantia a relação do pensamento público com a legitimidade da dominação, ao mesmo tempo em que supervisionava o seu exercício, passa a servir à “manipulação *do* público na mesma medida que à legitimação *ante* ele. O jornalismo crítico é superado pelo manipulativo.” Diante disto, a publicidade não possui mais a virtualidade de racionalizar a dominação política: o público mediatizado continua sendo citado para fins de aclamação, mas “ao mesmo tempo, ele está tão distante dos processos de exercício do poder e da distribuição do poder que a racionalização deles mal pode ainda ser estimulada através do princípio da publicidade, do tornar público. Muito menos se pode então esperar que ele possa ser garantido”.<sup>167</sup>

Com essas palavras, Habermas procura dar conta da transformação do princípio da publicidade em propaganda - publicidade comercial - que só alcança relevância com o processo de concentração do capitalismo industrial. A imprensa, inicialmente motivada politicamente, passou a ser organizada em bases puramente comerciais, concentrando-se em aspectos econômicos, técnicos e organizatórios, e as suas empresas tornaram-se complexos de enorme poder social. Com a explosão dos meios de comunicação de massa, houve uma expansão da esfera pública, porque estas novas *midia* têm uma extensão e uma eficácia superiores às da imprensa escrita. Mas não se chegou a formar uma esfera pública jornalístico-publicitária específica: “a representação jornalístico-publicitária de privilegiados interesses privados esteve desde o começo plenamente amalgamada com interesses políticos”, de modo que a representação pública dos interesses privados acaba por também ter um caráter político.

A “publicidade” interfere no processo da “opinião pública” ao produzir novidades através dos chamados “relações públicas”, que inserem materiais diretamente nos canais de comunicações, criando notícias e fabricando consensos. Estes nada têm em comum com a opinião pública, constituída após um processo de esclarecimento, de concordância racional de

---

<sup>166</sup> HABERMAS, *Mudança Estrutural...*, cit., p. 209.

<sup>167</sup> HABERMAS, *Mudança Estrutural...*, cit., p. 212.

opiniões concorrentes. Se publicidade originariamente significou a desmistificação da dominação política “perante o tribunal da utilização pública da razão”, publicidade-propaganda “subsume as reações de um assentimento descompromissado”. Esta integração de “diversão de massa” e publicidade que é a propaganda acabou por submeter o Estado: “já que as empresas privadas sugerem a seus clientes, nas decisões de consumo, a consciência de cidadãos do Estado, o Estado precisa “voltar-se” a seus cidadãos como consumidores. Deste modo, também o poder público apela para a *publicity*,” assevera, com inteira razão, Habermas.

168

É também conseqüência do processo de subversão da publicidade originária (tornada propaganda) o fato de os partidos e associações políticas se verem obrigados a utilizar os meios de comunicação de massa para influenciar seus eleitores de modo publicitário, análogo à pressão dos comerciais, sobre os consumidores. Assim, os velhos propagandistas e agitadores partidários dão lugar a especialistas em publicidade que são contratados para “vender” política, e assume especial relevância o *marketing* político. O que se consegue com isso é o estabelecimento de uma esfera pública política temporária (dura o tempo que duram as eleições), formada por um público de cidadãos desintegrados enquanto público pensante, que é chamada para legitimar acordos políticos, sem que seja capaz de participar de decisões efetivas e que foi formada de modo demonstrativo e manipulativo.

Fábio Konder Comparato, tratando da questão da “democratização” dos meios de comunicação de massa, considera que a “organização do espaço público de comunicação - não só em matéria política, como também econômica, cultural ou religiosa - faz-se, hoje, com o alheamento do povo, ou a sua transformação em massa de manobra dos setores dominantes”.<sup>169</sup> A conseqüência é que o espaço público de deliberação política passa a ser o oferecido pelos meios de comunicação de massa, que decidem até sobre as “pautas políticas” - o que entra e o que não entra na discussão - , de forma que o debate público sobre as questões da vida econômica e política do País acaba por ser “estruturalmente falseado”, porque um debate verdadeiro “pressupõe a liberdade e a capacidade de propostas das questões a serem discutidas.”<sup>170</sup>

<sup>168</sup> HABERMAS, *Mudança Estrutural ...*, cit., p. 229.

<sup>169</sup> COMPARATO, Fábio Konder. ‘A Democratização dos meios de comunicação de massa’. In: *Direito Constitucional. Estudos em homenagem a Paulo Bonavides...*, cit., p. 155.

<sup>170</sup> COMPARATO, F. A Democratização..., cit., p. 156. No texto, o autor aponta para o problema da monopolização dos meios de comunicação de massa pela classe empresarial (o que também foi referido por

É indubitável que foi a consideração da relevância da função da “propaganda” e da mídia no plano político que levou o Constituinte brasileiro a regular as possibilidades de propaganda do Estado e, por isso, publicidade, na Constituição Federal Brasileira, em que ela também aparece como sinônimo de propaganda ou de divulgação não obrigatória dos atos da autoridade pública. A condição para esse tipo de divulgação é a de que tais atos *tenham caráter educativo, informativo ou de orientação social*, ficando expressamente vedada a *utilização de imagens que caracterizem promoção social de autoridades ou servidores públicos*. Como assevera Almiro do Couto e Silva, a publicidade dos atos dos órgãos públicos, bem como de programas, serviços, obras e campanhas, é expressamente

admitida quando sirva a (a) aprimorar os conhecimentos, hábitos e costumes dos indivíduos, pois educar não é outra coisa; (b) dar notícia aos particulares das realizações do Poder Público, pois informar consiste nisso, ou (c) induzir determinadas condutas e comportamentos que venham em proveito da população, pois orientação social haverá de consistir em tais tarefas.<sup>171</sup>

Na mesma linha, Judith Martins Costa argumenta que a vedação constitucional diz respeito à publicidade “caracterizadora de promoção pessoal de autoridade ou de servidores públicos”<sup>172</sup> e está relacionada à coibição de “práticas tradicionalmente arraigadas na esfera pública”, tais como aquelas em que os agentes públicos, por meio da imprensa, fazem promoção pessoal, isto é, atingem os seus interesses privados. Isso quer dizer que aquilo que a Constituição proíbe é a propaganda - paga com dinheiro público - com a intenção de simplesmente divulgar a imagem dos administradores ou sua promoção pessoal, isto é, a propaganda (publicidade) que se faz com desvio de finalidade e em violação ao princípio da impessoalidade.<sup>173</sup>

---

Cristiane Catarina Oliveira, *in*: *Liberdade de Comunicação...*, *cit.*, pp. 97 e ss ). Ele entende indispensável o controle e a fiscalização social por um órgão administrativo autônomo, uma vez que, no seu entendimento, o Conselho de Comunicação Social previsto no art. 224 da CF e instituído pela Lei 8.389/91 “não tem poder algum”. Ver, também, sobre o tema: AMARAL, Roberto. ‘O Ordenamento Constitucional - Administrativo Brasileiro e a disciplina dos meios de comunicação de massa (O caso da Televisão): Análise e Prospectiva.’ *In*: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes et alii (org.) *Perspectivas do Direito Público (Estudos em Homenagem a Miguel Seabra Fagundes)*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995, pp. 467 a 486.

<sup>171</sup> *In*: Consulta formulada pelo Prefeito Tarso Genro: ‘Veiculação de Publicidade com Infrigência eventual do art. 37, §1º das CF e Estatuto das Licitações. Possibilidade do slogan “Administração Popular”.’ *Revista da Procuradoria Geral do Município de Porto Alegre*, v.8, nº 9, agosto/1996, p. 73.

<sup>172</sup> *In*: Publicidade e Ação Administrativa (Interpretação do art. 37, § 1º, da Constituição Federal). *Revista de Direito Público*. Nº 97. São Paulo. Jan.-Mar. 1991, p. 166.

<sup>173</sup> Cf. SHIRMER, Mário Sérgio de Albuquerque e GEBRAN NETO, João Pedro. Publicidade Estatal na Constituição Federal de 1988. *Revista de Direito Público*. Nº 97. São Paulo. Jan.-Mar. 1991, p. 201.

Com isso, a regra<sup>174</sup> inscrita na Constituição aponta o limite da licitude da publicidade-propaganda: observância dos fins do Estado, que são sempre superiores aos fins pessoais dos agentes públicos. Nesta perspectiva, a rigor, tal dispositivo é desnecessário porque entre os princípios que regem a atuação da Administração Pública, estão o da impessoalidade e da moralidade, e as agressões a estes são, invariavelmente, expressões do desvio de finalidade: “Nessas hipóteses, os fins aparentes da ação administrativa não coincidem com os fins verdadeiramente buscados pelo agente. Este não quer atingir fins de utilidade pública, que são os únicos legalmente admitidos pelo ato praticado, mas sim favorecer a si próprio ou beneficiar ou prejudicar terceiros”.<sup>175</sup> Aliás, como asseverou Ruy Cirne Lima, é próprio da atividade administrativa estar vinculada a “um fim alheio à pessoa e aos interesses particulares do agente ou órgão que a exercita.”<sup>176</sup>

Por isso, Schirmer e Gebran Neto<sup>177</sup> afirmam que a *ratio* da norma constitucional não é vedar a publicidade dos atos administrativos, mas “mas reprimir o **culto ao personalismo**, isto é, a promoção pessoal de governantes vaidosos e interesseiros”, e Ana Paula Ávila, que a promoção pessoal é um vício da impessoalidade, *verbis*: “A promoção pessoal é vício expressamente vedado pelo §1º do art. 37 da Constituição Federal de 1988 [...] Observa-se aí nitidamente uma manifestação do princípio da impessoalidade, porquanto a publicidade deve incidir sobre os atos, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos e nunca sobre a pessoa dos órgãos públicos.”<sup>178</sup> Neste particular, Hely Lopes Meirelles já advertia que a publicidade (propaganda) não pode caracterizar promoção pessoal, sob pena de se violarem “os princípios

---

<sup>174</sup> Dado que um ou vários dispositivos podem ser, simultaneamente, regra (dimensão imediatamente comportamental), princípio (dimensão finalística) e, ainda, postulado (dimensão metódica), deve ficar ressaltado que as regras podem ou não ser realizadas. Quando uma regra vale, então é determinado fazer exatamente o que ela exige: nem mais, nem menos. Este é o caso da vedação constitucional de que se está a tratar, uma vez que ela determina imediatamente as condutas do Administrador. De acordo com Humberto Ávila, as regras que só podem ser afastadas mediante uma fundamentação racional, necessária e suficiente, porque têm como dever *imediato* a adoção da conduta descrita e, como dever *mediato*, a manutenção de fidelidade à finalidade subjacente e aos princípios superiores. No plano da justificação, regras são justificadas pela correspondência entre o conceito de norma e o conceito do fato e no que diz respeito à pretensão de decidibilidade, elas decidem exclusivamente e de forma abarcante. Normas imediatamente descritivas - estabelecem obrigações, permissões e proibições, mediante a descrição da conduta a ser cumprida - as regras só podem ser afastadas em face de razões substanciais consideradas pelo aplicador segundo uma condizente fundamentação, como superiores àquelas que justificam a própria regra. Assim, as regras funcionam como razão para adoção de determinados comportamentos e estes são adotados, independentemente dos seus efeitos, porque foram definidos previamente - em lei - como corretos. Desta forma, as regras geram, para a argumentação, tanto razões de correção quanto razões autoritativas. Ver: ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios...*, cit., pp. 19 e ss/ 41 e ss.

<sup>175</sup> Cf. COUTO E SILVA, Consulta formulada..., cit., p. 71.

<sup>176</sup> CIRNE LIMA, Ruy. *Princípios de Direito Administrativo*. 6ª. Ed. São Paulo: RT, 1987, p. 21.

<sup>177</sup> *In*: Publicidade Estatal..., cit., p. 201.

<sup>178</sup> ÁVILA, Ana Paula. *O Princípio da Impessoalidade...*, cit., p. 100.

da impessoalidade, finalidade e moralidade”.<sup>179</sup> Da mesma forma, Wallace Martins Júnior assegura ser a promoção pessoal de agentes públicos, nas propagandas, desvio de finalidade, e o dispositivo constitucional, “o entrosamento conformador dos princípios da moralidade e da impessoalidade referidos no *caput* do mesmo art. 37.”<sup>180</sup>

Nestas condições, se a propaganda estatal for considerada um fato administrativo - atividade material - ela é necessariamente originária de um ato administrativo da autoridade que ordenou a veiculação, e então, há que se verificar a sua conformidade às leis. Assim, só haverá propaganda lícita se: a) o seu *motivo* for a educação, a informação ou orientação social; b) o seu *objeto* for lícito - além dos motivos serem os educativos, formativos e orientadores, não poderão nela constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal e c) o seu fim for efetivamente a educação, a informação e a orientação social. O que o constituinte fez, pois, foi condicionar a propaganda a uma finalidade específica, não dando espaço para que o administrador aja de forma diversa. Mesmo que o agente vise fim socialmente legítimo (um interesse público), se a finalidade específica não for observada, haverá vício substancial que importa na nulidade do ato.

O vício do desvio de finalidade que caracteriza a propaganda com promoção pessoal é objetivo, não importando a intenção do agente, e sempre pode ser verificado objetivamente: se a propaganda não servir para educar a comunidade, por exemplo, esclarecendo-a sobre o perigo de determinadas doenças, a importância do aleitamento materno, formas de exercer o sufrágio, será ilícita. Da mesma forma, se não contiver informações úteis à população, tais como sobre um serviço que é posto à disposição da comunidade, divulgação de produtos de um município ou Estado, também o será. Observe-se que muitas divulgações têm um caráter misto, são informativas e educativas ao mesmo tempo, como aquelas que transmitem sessões legislativas pelo rádio ou pela TV. Finalmente, quando o objetivo da divulgação não for orientar, conscientizar a comunidade acerca de determinados fatos ou valores relevantes para a ação social (cidadania, liberdades públicas, etc.), também será viciada. Com isso, práticas como “prestar contas” de obras e serviços inaugurados - que constituem o dever de qualquer administrador - em final de mandato, com grande estardalhaço, e de “compras de espaço” na mídia para dar cobertura a lançamentos de convênios, lançamento de projetos de obras que

---

<sup>179</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 22ª. Ed. Atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 86.

<sup>180</sup> MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Transparência Administrativa. Publicidade, motivação e participação popular*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 122.

estão somente no papel, viagens de governantes e parlamentares, constituem, sem dúvida, desvio de finalidade que pode ser objetivamente aferido.

No País, a jurisprudência quanto a essas vedações é bastante extensa<sup>181</sup> e não hesita em conectar a ilegalidade com a lesividade aos cofres públicos, fazendo com que o desvio de finalidade na propaganda estatal caracterize também ato de improbidade (publicidade oficial autopromocional - art. 9º da Lei 8.429/92 -; presente publicitário - art. 9º, I e publicidade autopromocional com conteúdo oficial custeada com recursos do próprio agente - art. 11º ), sindicável através da Ação Popular e da Ação Civil Pública, como a seguir se transcreve:

TJRS (RJTRS 160/325). A inclusão de slogan na publicidade dos atos da administração pública, com o conteúdo subliminar que o identifica com o partido político dos governantes constitui propaganda pessoal ilícita, vedada no art. 37, § 1º, da CF.

TJRS (RJTRS 162/325) Publicidade ofensiva à norma do § 1º do art. 37 da CF, com inserção de fotografia do Prefeito Municipal e de slogan a caracterizar promoção pessoal do condutor político, paga pelos cofres do Município. Presente o binômio ilegalidade-lesividade.”

No voto do relator: “a inclusão do slogan e a fotografia do Prefeito agridem o princípio constitucional da impessoalidade da Administração Pública, pois a fotografia identifica o governo e o slogan o método de governo do agente político e sua ideologia, quando a Administração Pública não pertence a este ou àquele partido ou agente políticos.

TJRS (RJTRS 175/427) atos de improbidade administrativa praticados pelo Prefeito Municipal de Sapucaia do Sul e de reparação dos danos causados ao patrimônio público, com a prática dos mesmos consistentes basicamente em publicidade pessoal do alcaide, em atos que, à primeira vista, parecem divulgar o respectivo Município; e instrumentalizados mediante o uso de dísticos: “Administração do Povo”, “Justiça da Colher”, “Gestão 1993-1996”, nos papéis de expediente, na divulgação de editais, etc; e ainda publicados em diversos jornais, de matéria que interessa à promoção pessoal do senhor Prefeito, e não à Administração, e às expensas dos cofres públicos.

**TJBA (STJ HC Nº 36.253 - BA (20040086726-1) AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA. PREFEITO MUNICIPAL. PUBLICIDADE DE ATOS, PROGRAMAS, OBRAS, SERVIÇOS E CAMPANHAS DOS ÓRGÃOS PÚBLICOS. NECESSIDADE DE QUE CONTENHA CARÁTER EDUCATIVO, INFORMATIVO OU DE ORIENTAÇÃO SOCIAL, SEM REFERÊNCIA A NOMES, SÍMBOLOS, OU IMAGENS QUE CARACTERIZEM PROMOÇÃO PESSOAL DE AUTORIDADES OU SERVIDORES PÚBLICOS. INTELIGÊNCIA DO ART. 37, PARÁGRAFO 1º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. DESVIO DE BENS OU RENDAS PÚBLICAS EM PROVEITO PRÓPRIO OU ALHEIO. UTILIZAÇÃO INDEVIDA, EM PROVEITO PRÓPRIO OU ALHEIO, DE BENS,**

<sup>181</sup> Só no ementário eletrônico do STF encontram-se registradas mais de 50 decisões relativas ao tema. Disponível em [www.stf.gov.br/jurisprudência](http://www.stf.gov.br/jurisprudência). Acesso em 24 de novembro de 2005.

RENDAS OU SERVIÇOS PÚBLICOS. CRIMES FUNCIONAIS PREVISTOS NOS INCISOS I E II, DO ART. 1º DO DECRETO-LEI Nº 201/67.

[...] Quem, no exercício do cargo de Prefeito Municipal autoriza, contrata ou determina pagamentos de despesas para inserções e fixações de símbolos, logomarcas, imagens e slogans referentes a sua pessoa, em jornais, veículos automotores da Prefeitura, beneficia-se com a utilização desses bens e serviços, demonstrando prática de delitos previstos no art. 1º, incisos I e II, do Decreto – Lei 201/67, art. 37 parágrafo 1º, da Constituição Federal, condutas típicas combinadas com o artigo 69 do Código Penal, assume o risco de responder a ação penal movida pelo Ministério Público.

STJ (CC 36.533/MG, DJ 10.05.2004, p. 159) AÇÃO CIVIL PÚBLICA. USO DE SÍMBOLOS PESSOAIS POR PREFEITO EM PUBLICIDADE DE OBRAS E SERVIÇOS REALIZADOS NO EXERCÍCIO DO MANDATO.

1. Tratando-se de ação civil pública que tem por objeto ato praticado no decorrer do mandato eletivo (utilização de símbolos pessoais na publicidade de serviços e obras realizados), manifesta a incompetência da Justiça Eleitoral para apreciar a lide.[...]

STF (ADI 2267/AM) EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. RESOLUÇÃO. TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DO AMAZONAS. SIMULADORES DE URNA ELETRÔNICA. PROPAGANDA ELEITORAL. UTILIZAÇÃO VEDADA. LEGITIMIDADE 1. Não incide em ofensa à Constituição Federal o ato normativo do Tribunal Regional Eleitoral que veda a utilização de simuladores de urna eletrônica como veículo de propaganda eleitoral. 2. Possibilidade de indução fraudulenta de eleitores, com favorecimento indevido aos candidatos com maior poder econômico. Legitimidade da atuação da Justiça especializada, como forma de garantir a efetividade da legislação e do processo eleitoral, assegurando observância aos princípios da isonomia e da liberdade do voto. Ação improcedente.

STF (ADI 2472 MC / RS) EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA CAUTELAR. LEI 11.601, DE 11 DE ABRIL DE 2001, DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. PUBLICIDADE DOS ATOS E OBRAS REALIZADOS PELO PODER EXECUTIVO. INICIATIVA PARLAMENTAR. CAUTELAR DEFERIDA EM PARTE. 1. Lei disciplinadora de atos de publicidade do Estado, que independem de reserva de iniciativa do Chefe do Poder Executivo estadual, visto que não versam sobre criação, estruturação e atribuições dos órgãos da Administração Pública. Não-incidência de vedação constitucional (CF, artigo 61, § 1º, II, e). 2. Norma de reprodução de dispositivo constitucional, que se aplica genericamente à Administração Pública, podendo obrigar apenas um dos Poderes do Estado sem implicação de dispensa dos demais. 3. Preceito que veda "toda e qualquer publicação, por qualquer meio de divulgação, de matéria que possa constituir propaganda direta ou subliminar de atividades ou propósito de governo, bem como de matéria que esteja tramitando no Poder Legislativo" (§ 2º do artigo 1º), capaz de gerar perplexidade na sua aplicação prática. Relevância da suspensão de sua vigência. 4. Cláusula que determina que conste nos comunicados oficiais o custo da publicidade veiculada. Exigência desproporcional e desarrazoada, tendo-se em vista o exagero dos objetivos visados. Ofensa ao princípio da economicidade (CF, artigo 37, caput). 5. Prestação trimestral de contas à Assembléia Legislativa. Desconformidade com o parâmetro federal (CF,

artigo 84 inciso XXIV), que prevê prestação anual de contas do Presidente da República ao Congresso Nacional. Cautelar deferida em parte. Suspensão da vigência do § 2º do artigo 1º; do artigo 2º e seus parágrafos; e do artigo 3º e incisos, da Lei 11.601, de 11 de abril de 2001, do Estado do Rio Grande do Sul.

A compreensão de que a promoção pessoal de agentes públicos, por meio de propaganda, é perniciososa e tão extensa e arraigada que se exige procedimento de licitação para contratação de serviços de publicidade,<sup>182</sup> proíbe-se a realização, no ano de pleito eleitoral e antes dos três meses a ele antecedentes, de despesas com publicidade oficial excedentes à média dos gastos nos últimos três anos anteriores ou do último imediatamente anterior<sup>183</sup> e se presume, neste caso, que esta importou despesa pública irregular e lesiva.<sup>184</sup> Finalmente, proíbe-se qualquer publicidade oficial antes das eleições, a não ser nas hipóteses de propaganda de produtos e serviços que tenham concorrência no mercado, ou em caso de grave e urgente necessidade pública.

Além do sentido de “propaganda”, publicidade pode ser compreendida como “publicação” de atos administrativos, isto é, como condição de validade e eficácia dos atos

<sup>182</sup> Lei 8.666/93, art. 2º: “As obras e serviços, inclusive os de publicidade, [...] quando contratados com terceiros, serão necessariamente precedidas de licitação, salvo nas hipóteses previstas nesta lei.”

<sup>183</sup> Lei 9.504/97, verbis: “Art. 73. São proibidas aos agentes públicos, servidores ou não, as seguintes condutas tendentes a afetar a igualdade de oportunidades entre candidatos nos pleitos eleitorais: [...] IV - fazer ou permitir uso promocional em favor de candidato, partido político ou coligação, de distribuição gratuita de bens e serviços de caráter social custeados ou subvencionados pelo Poder Público; [...] VI - nos três meses que antecedem o pleito [...] b) com exceção da propaganda de produtos e serviços que tenham concorrência no mercado, autorizar publicidade institucional dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos federais, estaduais ou municipais, ou das respectivas entidades da administração indireta, salvo em caso de grave e urgente necessidade pública, assim reconhecida pela Justiça Eleitoral; c) fazer pronunciamento em cadeia de rádio e televisão, fora do horário eleitoral gratuito, salvo quando, a critério da Justiça Eleitoral, tratar-se de matéria urgente, relevante e característica das funções de governo; [...] VII - realizar, em ano de eleição, antes do prazo fixado no inciso anterior, despesas com publicidade dos órgãos públicos federais, estaduais ou municipais, ou das respectivas entidades da administração indireta, que excedam a média dos gastos nos três últimos anos que antecedem o pleito ou do último ano imediatamente anterior à eleição. (...) § 7º As condutas enumeradas no caput caracterizam, ainda, atos de improbidade administrativa, a que se refere o art. 11, inciso I, da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, e sujeitam-se às disposições daquele diploma legal, em especial às cominações do art. 12, inciso III. [...] Art. 75. Nos três meses que antecederem as eleições, na realização de inaugurações é vedada a contratação de shows artísticos pagos com recursos públicos.(...) Art. 77. É proibido aos candidatos a cargos do Poder Executivo participar, nos três meses que precedem o pleito, de inaugurações de obras públicas. Parágrafo único. A inobservância do disposto neste artigo sujeita o infrator à cassação do registro.[...] Art. 78. A aplicação das sanções cominadas no art. 73, §§ 4º e 5º, dar-se-á sem prejuízo de outras de caráter constitucional, administrativo ou disciplinar fixadas pelas demais leis vigentes.”

<sup>184</sup> Lei Complementar 101/2000, art. 15, verbis: “Serão consideradas não autorizadas, irregulares e lesivas ao patrimônio público a geração de despesa ou assunção de obrigação que não atendam ao disposto nos arts. 16 e 17 desta lei.” O que a lei preconiza é que o aumento de despesa sempre deve vir acompanhado de estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva entrar em vigor e nos dois subseqüentes e de declaração do ordenador de despesa de que o aumento é adequado à lei orçamentária anual e compatível com o

administrativos. Nesta acepção, publicidade significa “abertura dos procedimentos” ou “procedimento aberto”, como a seguir se verá.

### 2.3 Publicidade como condição de validade e eficácia dos atos administrativos

Como já se disse, é condição necessária da democracia que todos os atos políticos devam ser públicos, isto é, abertos ao cidadão. Por esta razão, é assente na doutrina, que a publicidade é requisito de forma, ligado à validade ou à eficácia do ato administrativo, principalmente quando ele tenha que valer contra terceiros ou *erga omnes*.

O tratamento desta questão, contudo, requer o esclarecimento preliminar do que se entende por ‘ato administrativo’ no ordenamento jurídico brasileiro, pois este conceito não consta da lei, não foi suficientemente delimitado pelos Tribunais, e a doutrina não é unívoca quanto ao seu conceito.<sup>185</sup> A formulação de conceitos gerais por via de jurisprudência é difícil, em razão do sistema de controle jurisdicional da Administração adotado no Brasil desde a primeira Constituição republicana, pelo qual, as autoridades judiciárias conhecem de quaisquer ações, independentemente de estas se terem originado, ou não, em atos da Administração Pública. Pela via jurisdicional, o indivíduo pode controlar os atos

---

plano plurianual. Além disso, deve ser comprovado que a despesa criada ou aumentada não afeta a meta de resultados fiscais.

<sup>185</sup> Criação da doutrina publicista do séc. XIX, a noção de ato administrativo surgiu para individualizar um tipo de ação estatal com características contrapostas às dos atos civis (tidos como privados) e às dos atos típicos dos Poderes Legislativo e Judiciário - lei e sentença -. Não sendo unívoca esta noção nos ordenamentos jurídicos em geral e estando relacionada com a própria definição do que seja Função Administrativa, exige que se faça referência a determinados pontos de vista, distinguindo mesmo os diversos sistemas de Direito da Administração Pública. Neste particular, como assevera Forsthoff,<sup>185</sup> o ato administrativo é um conceito empírico, construído pela ciência e fundado na experiência, não podendo ser inferido de considerações abstratas. Por conseguinte, este conceito não apriorístico é determinado pelos seus fins e, sendo a expressão concreta do cumprimento da função jurídico-pública da Administração, não é nem pode ser uma categoria geral de todos os ordenamentos jurídicos de matriz romano-germânica que possa ser generalizada no espaço e no tempo (ao contrário do negócio jurídico privado, da sentença e da lei). Assim, a busca de seu conceito deve levar em conta as particularidades históricas de cada ordenamento positivo e reconhecer a existência de uma lógica própria do ato administrativo em cada um desses ordenamentos, uma vez que a simples existência de um aparato administrativo não comporta necessariamente que a ação deste se expresse juridicamente em atos administrativos, como, por exemplo, nos tipos de Estados historicamente precedentes ao Estado de Direito (Estado patrimonial e Estado de polícia). Cf. FORSTHOFF, Ernst. *Tratado de Derecho Administrativo*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1958, pp. 299/280 e GIANNINI, Massimo Severo. *Enciclopedia del Diritto*. Vol. IV. Milão: Giuffrè, 1988, verbete “Atto Amministrativo”, pp. 157 a 159. Tratei deste tema in: Os elementos do conceito de ato administrativo: comparação entre distintos modelos. *Estudos Jurídicos. Revista do Centro de Ciências Jurídicas da UNISINOS*. v. 34. nº 90. São Leopoldo: Editora da Unisinos, jan/abr. 2001, e, por isso, transcrevo aqui parte daqueles resultados.

administrativos preventivamente, quando procura sustar ato lesivo, em vias de execução e, a *posteriori*, quando intenta ação para ressarcir prejuízo decorrente da execução administrativa. Assim, não havendo no País justiça administrativa especializada, integrante do Poder Judiciário Geral, como na Alemanha, ou independente, como na França, e existindo também formas de controle interno (art. 74 da Constituição da República Federativa do Brasil), a jurisprudência em matéria administrativa é difusa e, não raro, ambígua.<sup>186</sup>

Segundo Hely Lopes Meirelles, ato administrativo é toda manifestação de vontade unilateral da Administração Pública que, agindo nesta qualidade, tenha por fim imediato resguardar, adquirir, transferir, modificar, extinguir e declarar direitos ou impor obrigações aos administrados e a si própria.<sup>187</sup> Outros autores também conceituam o ato administrativo a partir do conceito de ato jurídico civil, como Ruy Cirne Lima, assegurando ser ato administrativo: “[...] todo o ato de administração pública que seja lícito e tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos se denomina ato jurídico (art. 81, Cód. Civ.)”<sup>188</sup> e Maria Sylvia Zanella Di Pietro, afirmando que, “no direito brasileiro, alguns autores definem o ato administrativo a partir do conceito de ato jurídico. Consideram que este é o gênero de que aquele é uma das espécies.”<sup>189</sup> Com efeito, o conceito de ato jurídico pertence à teoria geral do direito, não sendo específico do direito civil. Relacionando o conceito de ato com a noção de função administrativa, Alcino Salazar,<sup>190</sup> a partir da tese de Seabra Fagundes - atos administrativos são aqueles “através dos quais o Estado determina situações jurídicas individuais e concorre para sua formação” -, asseverou que ato administrativo é aquele que “determina situações jurídicas para os casos individuais, compreendendo, tanto os atos subjetivos como os atos-condição, mas excluindo atos materiais.”<sup>191</sup> No final de sua famosa monografia, o autor acaba por conceituar ato administrativo como “uma declaração de vontade produzindo um efeito de direito.” Caio Tácito, a seu turno, localiza o conceito de ato administrativo e suas conseqüências jurídicas no núcleo do direito administrativo, “o centro por assim dizer do seu sistema planetário”,

<sup>186</sup>Cf. BANDEIRA DE MELLO, Celso, Antonio. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 228.

<sup>187</sup>MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo... cit.*, pp. 132/133.

<sup>188</sup>CIRNE LIMA, *Princípios...cit.*, p. 86.

<sup>189</sup>DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito Administrativo...cit.*, pp. 146/147.

<sup>190</sup>SALAZAR, Alcino. *O Conceito de Ato Administrativo*. Rio de Janeiro: [s.ed.], 1945, p. 66.

<sup>191</sup>SEABRA FAGUNDES, Miguel. *O Contrôlo dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*. 4ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 35.

caracterizando a própria função administrativa em face das demais funções estatais (legislativa e jurisdicional), segundo critérios orgânico-formais e/ou materiais.<sup>192</sup>

Estas últimas definições seguem um método, qual seja: define-se primeiro o que é função administrativa, segundo critérios orgânicos, formais e materiais (positivos e residuais) e se excluem da definição os fatos administrativos, pela consideração material de que ato administrativo é, antes de tudo, ato jurídico – declaração de vontade.<sup>193</sup> O resultado pode ser a definição estrita de Fernando Mendes de Almeida,<sup>194</sup> segundo a qual é ato administrativo a declaração de vontade destinada a produzir efeitos jurídicos, ou a de José Cretella Júnior, bastante larga: “ato administrativo é a manifestação da vontade do Estado, por seus representantes, no exercício regular de suas funções, ou por qualquer pessoa que detenha, nas mãos, fração de poder reconhecido pelo Estado, que tem por finalidade imediata criar, reconhecer, modificar, resguardar ou extinguir situações jurídicas subjetivas, em matéria administrativa.”<sup>195</sup> Oswaldo<sup>196</sup> e Celso Antonio Bandeira de Mello,<sup>197</sup> em suas formulações, consideram ser ato administrativo aquele praticado pelas autoridades públicas, sob o regime de direito público, de modo que, em sentido amplo, são atos administrativos os atos gerais abstratos, como os regulamentos e as instruções, e os atos negociais, como os contratos administrativos.<sup>198</sup> Já os atos administrativos em sentido estrito são atos jurídicos unilaterais expedidos pelo Estado no exercício de função administrativa e manifestados no uso das prerrogativas de autoridades típicas de sua posição pública de supremacia. Já os atos administrativos em sentido estrito são atos jurídicos unilaterais expedidos pelo Estado no exercício de função administrativa e manifestados no uso das prerrogativas de autoridades típicas de sua posição pública de supremacia.

O conceito *stricto sensu* de ato administrativo como manifestação unilateral do Estado não contempla os atos administrativos que dependem, para sua eficácia, da manifestação unilateral de vontade do particular, como a aceitação de nomeação para cargo público, que é o

<sup>192</sup> CAIO TÁCITO, *Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1975, p. 55.

<sup>193</sup> OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Ato Administrativo*. São Paulo: RT, 1980, p. 44.

<sup>194</sup> MENDES DE ALMEIDA, Fernando. *Os Atos administrativos na teoria dos atos jurídicos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1969, p. 16

<sup>195</sup> CRETELLA JÚNIOR, José. *Do Ato Administrativo*. 2ª. Ed. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1977, p. 19.

<sup>196</sup> BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios Gerais de Direito Administrativo*. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 464

<sup>197</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso. *Curso de Direito Administrativo*. 9ª. Ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 90

<sup>198</sup> Cf. BANDEIRA DE MELLO, Celso, *Curso...., cit.*, p. 232.

típico “ato formativo gerador”.<sup>199</sup> Por isso, autores como Pontes de Miranda<sup>200</sup> e Almiro do Couto e Silva,<sup>201</sup> sustentam ser necessário precisar qual conceito de ato jurídico se está a referir: ato jurídico *stricto sensu*, cujo conteúdo, forma e efeito são determinados por lei; negócio jurídico, cujo conteúdo, forma e efeitos podem ser determinados pelas partes, para além das previsões legais; atos-fatos ou simplesmente fatos jurídicos. Pontes de Miranda, aliás, chegou a afirmar que “poucos assuntos reclamam mais precisão da doutrina do que esse.” Themístocles Brandão Cavalcanti, em posição divergente, entende que a distinção deve ser evitada, pois o que interessa aos atos administrativos é que estes são manifestações de vontade do Estado, por seus representantes, e sua execução é capaz de produzir conseqüências jurídicas diretas ou indiretas: os “negócios administrativos” ou “negócios de direito público” produzem efeitos diretos, e os atos administrativos, conseqüências indiretas e eventuais.<sup>202</sup>

Conceituado, então, pela generalidade da doutrina, em termos sumários, como ato jurídico, isto é, declaração de vontade do Estado, de seus representantes ou de quem quer que exerça função administrativa em sentido material<sup>203</sup> ou formal,<sup>204</sup> produzindo efeitos de direitos (aquisição, resguardo, modificação ou extinção de direitos), o ato administrativo típico é sempre manifestação volitiva da Administração, no desempenho de suas funções de poder público, visando produzir algum efeito jurídico, o que o distingue do fato administrativo (realização material da Administração). Assim, é ato jurídico que apresenta traços particulares, submete-se a princípios e regras próprios concernentes à sua produção, validade e eficácia. Ao direito não é irrelevante o meio utilizado para chegar-se a um resultado valioso e, por isso, o ato administrativo tem um caráter formal, isto é, não prescinde de certos modelos e exigências de exteriorização e da necessidade de expor razões. Por isso, a

<sup>199</sup> Cf. Almiro do Couto e Silva, a existência, no direito administrativo, de atos que colocam os particulares “em posição jurídica de poder criar, modificar ou extinguir relação jurídica de direito administrativo através de manifestação ou declaração unilateral de vontade”, faz com que a categoria ‘direitos formativos’ possa ser utilizada para explicar a natureza jurídica destes atos. Por isso, o direito administrativo conhece os direitos formativos geradores (o direito de inscrever-se em concurso público, o de aceitar nomeação, de apresentar propostas em licitações, de requerer licenças, autorizações ou permissões); direitos formativos modificativos (direito de pedir licença para tratamento de saúde, licença-maternidade, direito de prorrogação do prazo de posse) e direitos formativos extintivos (direito de pedir exoneração ou de opção por cargo, em caso de acumulação vedada). In: Atos jurídicos de Direito Administrativo praticados por particulares e direitos formativos. *Revista de Direito Administrativo*, nº95, jan./mar. 1969, pp. 20, 23/28.

<sup>200</sup> PONTES DE MIRANDA, *Comentários à Constituição de 1967. Com a Emenda nº 1, de 1969*. Tomo I. São Paulo: Editora RT, 1970, pp. 270/271.

<sup>201</sup> COUTO E SILVA, *Atos jurídicos ....*, cit., *passim*.

<sup>202</sup> CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Tratado de Direito Administrativo*. 3ª ed. Vol. I, 1955, p. 204.

<sup>203</sup> Cf. MENDES DE ALMEIDA, cit., pp. 14/15.

<sup>204</sup> CF. ANDRADE DE OLIVEIRA, Fernando. *Administração Pública e Ato Administrativo*. *Revista Trimestral de Direito Público*, nº1, 1993, p. 108.

doutrina brasileira e a estrangeira, de modo geral, entendem ser a publicidade, no sentido de “publicação”, uma condição ligada tanto à eficácia quanto à validade do ato administrativo.

Para a doutrina brasileira, no que diz respeito à validade dos atos administrativos *stricto sensu*, é preciso que nele estejam integrados os elementos de competência, forma, objeto e motivo (fim). O elemento ‘forma’ tem uma grande influência no plano da formação do ato e se refere a condições de solenidade, de processo, de publicidade, que variam bastante, conforme a sua natureza: a forma é a exteriorização do ato.<sup>205</sup> Quando estas formalidades são preteridas ou mal observadas, constituir-se-á um vício, extrínseco ao ato. Se a lei exigiu (declarando indispensável) a forma que foi preterida ou mal observada, ter-se-á um ato inválido. Do mesmo modo, o ato será inválido se a forma “fôr instituída com finalidade que só possa ser atendida pela sua obediência” .<sup>206</sup> Assim, a forma do ato administrativo tem caráter material, e a regra é de que seja escrita: a forma oral é exceção. A publicação, nestas circunstâncias, é uma das medidas de validade dos atos estatais. Quando há um defeito substancial de forma (na sua publicação), o ato gera nulidade. Cretella Júnior entende que, sob certas condições, deve haver um temperamento a esta conseqüência: se o ato exige, por exemplo, a publicação no Diário Oficial, esta é essencial, mas a sua falta não anula o ato, apenas o torna incompleto. Contudo, se passar a oportunidade de tal publicação e esta não for feita, o ato será nulo.<sup>207</sup> .

Publicação não é, todavia, a única forma de divulgação dos atos administrativos: além desta e da notificação, existem outras formas de divulgação, como a disponibilização de atos, documentos e processos administrativos por meio da afixação em “quadro de avisos”, exposição em locais de consulta, boletins ou informativos oficiais, inserção em meio eletrônico ou outros que possibilitem igual acesso. Porém se a lei determinar que qualquer uma dessas formas de divulgação deva ser a ‘forma’ de determinado ato, sua inobservância acarretará nulidade.

A ‘forma’, portanto, situa-se no plano da formação da vontade do agente, é o seu revestimento - a sua exteriorização – e, em muitos casos, a publicidade sob a forma de

---

<sup>205</sup> TÁCITO, Caio. *Temas de Direito Público (Estudos e Pareceres)*. 1º Vol. ‘Ato e Fato Administrativo’. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 299.

<sup>206</sup> CF. SEABRA FAGUNDES, *cit.*, p. 93.

<sup>207</sup> CRETELLA JÚNIOR, *Do Ato Administrativo...*, *cit.*, p. 39.

publicação é a sua condição.<sup>208</sup> O exemplo paradigmático é a publicação do edital nas licitações, porque está exigido por lei que ele deva ser exteriorizado sob a forma escrita de publicação, sob pena de nulidade absoluta, ainda que o procedimento de sua formação e aperfeiçoamento tenha sido observado.<sup>209</sup> Assim, adotando-se o conceito amplo ou o conceito restrito de forma,<sup>210</sup> há sempre que se fazer um juízo de essencialidade e indispensabilidade da publicidade, para a validade do ato.

Tal juízo requer o exame do objeto e da finalidade do ato, de modo que, se o ato afetar direitos individuais, é forma essencial, pois foi estabelecida para a garantia dos administrados; do contrário, se a forma for imposta para o andamento interno do serviço, reputa-se não essencial e, por isso, nem sempre acarretará a nulidade do ato *a priori*, podendo ser apenas verificada a “irregularidade”.<sup>211</sup> Com isso, entra em discussão a questão de saber se a publicidade também é fator de eficácia dos atos administrativo, isto é, se influi na sua qualidade de produzir efeitos próprios e típicos. Neste caso, considerando a eficácia interna e externa dos atos administrativos, a publicidade (publicação) é fator determinante quando o ato

<sup>208</sup> Ver BRANDÃO CAVALCANTI, T. *cit.*, p. 227, *verbis*: “A publicação é inerente a todo ato administrativo e constitui, por isso mesmo, salvo determinação legal expressa, condição para sua validade.”

<sup>209</sup> Cf. MENDES DE ALMEIDA, *cit.*, p. 51.

<sup>210</sup> Pelo conceito amplo de forma, esta é o conjunto de solenidades previstas em lei para a exteriorização do ato, de modo que inclui aspectos relativos ao ato em si (data, assinatura, modo escrito), as fases preparatórias e os modos de divulgação) - formas internas e formas externas. Pelo conceito restrito, a forma é o modo legalmente estabelecido para a exteriorização do ato administrativo. Ver, para isso, MEDAUAR, Odete. *In: Direito administrativo moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, pp. 149/150.

<sup>211</sup> Conforme Seabra Fagundes, quando a forma foi estabelecida com o objetivo de estabelecer os moldes gerais a fim de “metodizar o serviço público”, a sua inobservância constituirá uma “simples irregularidade”. Isto põe a questão da teoria das nulidades dos atos da Administração, matéria bastante complexa que não cabe, no âmbito desta tese, explorar. A posição de Seabra Fagundes é a de que os atos administrativos viciados podem ser inválidos (nulos), e são aqueles que “violam as regras fundamentais atinentes à manifestação de vontade, ao motivo, ao objeto, à finalidade ou à forma, havidos como de obediência indispensável pela sua natureza, pelo interesse público que as inspira ou por menção expressa da lei”; relativamente inválidos (anuláveis), que são aqueles que, se invalidados, importam em consequências “mais nocivas que as decorrentes de sua validade”, devendo-se se fazer aí um juízo de ponderação entre o interesse público abstratamente considerado e o interesse público específico que se apresenta, muitas vezes, por razões de equidade e justiça, em condições de superar aquele. O exemplo clássico é o caso dos atos praticados por “funcionários de fato.” Tais atos, reputados anuláveis, deixam de produzir efeito tão logo se constate o vício, “mas os efeitos pretéritos, ou alguns deles, subsistem.” Irregulares, por fim, são aqueles que apresentam defeitos “irrelevantes” de forma, não afetando “ponderavelmente o interesse público, dada a natureza leve da infringência às normas legais. Os seus efeitos perduram e continuam, pôsto que constatado o vício.” *In: O Controle...*, *cit.*, pp. 70 e ss. Cretella faz outra distinção: os atos administrativos nulos são aqueles em que falta um dos requisitos para a sua existência e que foram perpetrados em violação aos princípios básicos da ordem jurídica; anuláveis, quando o ato, os elementos, ou parte deles, estão afetados por vícios sanáveis, e inexistentes, aqueles que não produzem os seus efeitos essenciais e que nunca tiveram existência real. *In: Do Ato Administrativo, cit.*, pp. 237 e ss. Celso Antonio Bandeira de Mello, resumindo as teorias, subsume na categoria “atos inválidos” os atos nulos e os anuláveis e considera os atos inexistentes como categoria à parte, porque são imprescritíveis, jamais podem ser convalidados, é cabível contra eles a resistência e, uma vez “proclamado o vício em que incorreram, em nenhuma hipótese são ressalvados os efeitos pretéritos que hajam produzido”. *In: Curso...*, *cit.*, pp. 290 e ss, especialmente p. 305.

tenha que valer contra terceiros ou *erga omnes* e daí a importância de se distinguir em atos regulamentares e individuais, publicação e notificação.

Considerando que há uma diferença lógica entre externalização e comunicação (não se pode confundir a forma do ato que, apesar de externa é um momento intrínseco a ele - é a expressão, no mundo físico, da declaração de vontade - com a sua comunicação, medida que lhe é extrínseca e, normalmente, posterior, com a função de produzir o conhecimento do respectivo conteúdo), as comunicações, de modo geral, têm como efeito imediato promover o conhecimento e a certeza jurídica e, por isso, são denominadas de publicação, notificação ou intimação. Publicação é a divulgação oficial dos atos por meio de jornal oficial ou qualquer outro meio legal de valor equivalente, para conhecimento geral, isto é, tem por destinatário um número indeterminado de pessoas. Normalmente é o meio escolhido para veicular medidas de alcance geral (atos normativos ou regulamentares). Já a notificação é a comunicação direta do ato ao(s) seu(s) destinatário(s) e, via de regra, é o meio escolhido para externar atos de alcance individual, mas não necessariamente, porque há casos em que se admite a publicação como substitutiva da notificação (com os mesmos efeitos) de atos individuais, em razão do grande número de interessados ou destinatários.<sup>212</sup> A distinção importa no plano da eficácia porque, se a publicação é impessoal, e a notificação, pessoal, em todos os atos de alcance particular e que sejam restritivos de direitos, exige-se a notificação.

Nestas condições, quando um ato é geral com eficácia externa, só produz efeitos oponíveis a terceiros com a publicação; se o ato tem eficácia interna e, além disso, não é oponível a terceiros ou à Administração (caso dos contratos administrativos),<sup>213</sup> a falta de publicação pode ser suprida para a sua eficácia e, em caso de ato benéfico aos administrados, de anulação, reintegração, reforma, de atos de controle (homologação, visto) e de atos simplesmente declaratórios, esta poderá ser retroativa.<sup>214</sup> Sendo assim, no plano da eficácia, a publicidade opera para a efetiva atribuição de efeitos *erga omnes* em face do interessado e, em várias situações, a publicação é condição de eficácia expressamente prevista em lei. Isto não significa que o administrado não possa invocar o benefício de uma medida individual,

<sup>212</sup> Cf. DI PIETRO, *Direito Administrativo...*, cit., pp. 193/194; SEABRA FAGUNDES, *cit.*, p. 64 e CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de Direito Administrativo*. 11<sup>a</sup>. Ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 208.

<sup>213</sup> Existem casos em que o ato geral ou individual de efeito interno acaba repercutindo na posição jurídica dos administrados e, então, impõe-se a sua publicação.

<sup>214</sup> Cf. MEDAUAR, Odete. *Da retroatividade do ato administrativo*. São Paulo: Max Limonad, 1986, pp. 12/21 e 108/115.

antes de ser notificado; contudo, se o ato for geral, só pode ser invocado após a notificação.

<sup>215</sup> Finalmente, deve ser ressaltado que, além da falta de publicação determinar, muitas vezes, a invalidade do ato administrativo ou a sua ineficácia, poderá constituir ato de improbidade administrativa<sup>216</sup>

Neste particular, transcrevem-se algumas decisões dos tribunais brasileiros:

TJRS (RJTRS 164/364) “O direito de opção estabelecido pela Lei Estadual nº 9.077, no seu art. 6º, § 1º, de 04-7-90, para que os servidores públicos do extinto DMA optem pela FEPAM no prazo de noventa dias a contar da publicação do Plano de Carreiras e Salários do novo órgão não se iniciou com a simples publicação do despacho que o homologou, porque com tal forma infringiu os princípios de publicidade e legalidade que vinculam toda a administração.

TJRS (AP. CIVEL) APELAÇÃO CÍVEL. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. MUNICÍPIO DE ALVORADA. SERVIDORA PÚBLICA. REGIME ESPECIAL DE TRABALHO COM ADICIONAL DE 100%. ALEGAÇÃO DE DIREITO ADQUIRIDO. INOCORRÊNCIA. ATENDIMENTO DA CONVENIÊNCIA E NECESSIDADE DE SERVIÇO. COVOCAÇÃO FEITA ATRAVÉS DE PORTARIA. REVOGAÇÃO REALIZADA ATRAVÉS DE LIGAÇÃO TELEFÔNICA. IMPOSSIBILIDADE. PRINCÍPIOS DA PUBLICIDADE E MORALIDADE “ADMINISTRATIVA. IMPROVIMENTO DO APELO. SENTENÇA

<sup>215</sup> A doutrina administrativista brasileira, como é sabido, é largamente tributária do direito administrativo francês e, naquele ordenamento, o tratamento dado à questão da publicidade como condição de validade e de eficácia dos atos administrativos é semelhante. No Direito francês, tanto o ato administrativo *stricto sensu* quanto os regulamentos só são oponíveis aos administrados, a partir do dia de sua publicação, ainda que entrem em vigor pela sua emissão por autoridade competente. As medidas de alcance geral ou regulamentos são, via de regra, publicados, e as decisões individuais, notificadas. As leis e os decretos são necessariamente publicados no *Journal Officiel*, mas os demais atos da Administração podem ser publicados por outras formas, até mesmo na imprensa. A notificação é publicidade de atos individuais, mas esta regra não tem valor absoluto: quando os interessados são muito numerosos, por exemplo, notadamente nos casos de atos coletivos, a exteriorização desses atos poderá dar-se por publicação. Relativamente aos atos não publicados, eles não são inválidos, mas não podem ser opostos aos dos administrados, de modo que a questão da publicidade está situada no plano da validade e não da eficácia. A jurisprudência tem entendido que a Administração pode aplicar um ato não publicado porque a sua força jurídica resulta de sua emissão mesma, mas essa aplicação não poderá produzir efeitos sobre os administrados até que o ato seja publicado. Quanto à questão de saber se a Administração fica vinculada aos atos não publicados, a resposta, em princípio é positiva, mas leva-se em conta se o ato é individual ou regulamentar: se é individual e benéfico, estes podem ser invocados mesmo antes da notificação; se são atos regulamentares, não podem fazer nascer direitos contra terceiros antes de sua publicação. Ver: LAUBADERE, André, VENEZA, Jean-Claude, GAUDEMET, Yves. *Droit Administratif*. 14e. Édition. Tome I. Paris: LGDJ, 1996, pp. 684 e ss; STASSINOPOULOS, Michel. *Traité des Actes Administratifs*. Atenas: [ s.ed.], 1954, pp. 122 e ss. CHAPUS, René. *Droit Administratif Générale*. 7e. Édition. Tome 1. Paris: Montchrestien, 1993, pp. 914 e ss; HAURION, cit., p. 379; RIVERO, Jean. *Direito Administrativo*. Coimbra: Almedina, 1981, pp. 121/122. Tradução portuguesa de *Droit Administratif*, por Rogério Erhardt Soares e DEBBASCH, Charles e RICCI, Jean-Claude. *Contentieux Administratif*. 5e. Édition. Paris: Dalloz, pp. 388 e ss.

<sup>216</sup> Cf. Lei 8429/92, art. 11, IV, *verbis*: “ Constitui ato de improbidade administrativa(...) notadamente: (...) IV - negar publicidade aos atos oficiais.”

CONFIRMADA.1. A Administração Pública, por gerenciar toda uma coletividade, possui prerrogativas especiais como a de poder de praticar atos que atendam à sua conveniência e oportunidade, podendo revê-los para modificar, revogar ou anular quando cessadas as condições que os geraram. [...] 3. Todavia, tendo sido a convocação e a renovação para o Regime Especial de Trabalho efetivadas por meio de Portarias, deveria a desconvoação de dar pela mesma forma, e não, através de uma simples ligação telefônica.4 APELO IMPROVIDO. SENTENÇA CONFIRMADA.

TJRS (AP. CIVEL) APELAÇÃO CÍVEL. CONCURSO PÚBLICO PARA INGRESSO NO CARGO DE MOTORISTA DA CEEE. CANDIDATO DECLARADO INAPTO EM EXAME PSICOTÉCNICO. VALIDADE DO EXAME, QUE NÃO ENCONTRA QUALQUER ÓBICE LEGAL, ESTANDO APARADO CONSTITUCIONALMENTE. AUSÊNCIA DE PUBLICIDADE NA DIVULGAÇÃO DOS RESULTADOS. IMPOSSIBILIDADE. PEDIDO DE REALIZAÇÃO DE PERÍCIA JUNTO AO DEPARTAMENTO MÉDICO JUDICIÁRIO FORMULADO PELO AUTOR NA INICIAL E NÃO REITERADO QUANDO QUESTIONADO ACERCA DAS PROVAS QUE PRETENDIA PRODUZIR. PRECLUSÃO. À UNANIMIDADE, DESPROVERAM A APELAÇÃO DO AUTOR E PROVERAM A DA CEEE.

Enfim, publicidade como “direito a procedimento aberto” é a dimensão positiva do princípio (informar materialmente os atos dos poderes públicos), exigindo que os destinatários de um ato final (com eficácia externa) sejam notificados. Subjacente está a exigência de segurança do direito, proibição do segredo e defesa dos cidadãos perante os atos do poder público. Assim, cabe tratar, agora de forma mais completa, daquele significado de publicidade na sua dimensão negativa, isto é, como um princípio que assegura o mais amplo acesso à atividade administrativa, ou seja, a dimensão da publicidade como direito de saber: direito de conhecer *dossiers* (arquivos) administrativos e de ter acesso à marcha intelectual da Administração. É o direito ao acesso à motivação dos atos administrativos, já que os cidadãos têm direito de conhecer não só os arquivos mas o porquê das decisões administrativas e, muitas vezes, o processo dos atos administrativos.

## 2.4 Publicidade *stricto sensu*: “direito de acesso” à atividade administrativa

Na modalidade de “direito de acesso”, a publicidade é um princípio jurídico fundamental,<sup>217</sup> - fundamento de interpretação, integração, aplicação e conhecimento do direito positivo - com função negativa, isto é, particularmente relevante nos casos limites em que se contrapõem publicidade *vs.* segredos de Estado, publicidade *vs.* privacidade, democracia *vs.* autocracia. Nesta dimensão, o direito de acesso é um direito fundamental dos cidadãos, relacionado à liberdade de informação. Há que se considerar, então, a natureza e a função do direito de acesso (2.4.1), os seus limites (restrições) (2.4.2) e os seus requisitos subjetivos e objetivos (2.4.3).

### 2.4.1 Natureza e função do “direito de acesso”

Os direitos fundamentais constituem direitos subjetivos, entendidos como posições ou situações jurídicas fundamentais.<sup>218</sup> Nos termos da construção de Alexy, os direitos subjetivos podem ser direitos a algo, liberdades ou competências. Segundo os seus objetos, os direitos a

<sup>217</sup> Princípios jurídicos fundamentais, na visão de Canotilho, são aqueles “historicamente objectivados e progressivamente induzidos na consciência jurídica e que encontram uma recepção expressa ou implícita no texto constitucional”

<sup>218</sup> Segundo Jellineck, as pretensões jurídicas que resultam do reconhecimento dos súditos como sujeitos de direito capazes de reclamar uma tutela efetiva, são o que se designa por “direitos subjetivos públicos” e, sob esta expressão compreendem-se quatro relações possíveis entre o Estado e os administrados: *status subjectionis* (*status* passivo, de subordinação ou ausência de personalidade); *status libertatis* (*status* negativo, em que o indivíduo é titular de uma margem de liberdade individual, à margem da intervenção estatal); *status civitatis* (*status* positivo, em que o indivíduo tem direito a prestações) e *status activae civitatis* (situação em que o indivíduo é sujeito do poder político, tendo o direito de participar do poder. Alexy, ao discutir as críticas à teoria de Jellineck, refere que se formulam objeções quanto ao seu caráter demasiadamente formalista: Hesse, por exemplo, objeta que essa teoria não considera a pessoa em sua realidade vital concreta, e, se as normas de direito fundamental contêm uma outorga e um fundamento concretos, a tese de Jellineck deveria ser substituída por um *status jurídico-constitucional do particular*, “fundamentado e garantido pelos direitos fundamentais da Lei Fundamental”, isto é, um “*status* jurídico material”, cujo conteúdo não está ilimitadamente disponível nem para o particular nem para os poderes estatais. Haberle, por sua vez, considera que a teoria de Jellineck nega aos direitos fundamentais um aspecto “ativo-civil”, porque os diferentes *status* estariam compartimentados no espaço, isolados e rígidos um ao lado do outro. Alexy, contudo, argumenta ser a teoria de Jellineck um paradigma que não pode ser desprezado, não só porque esta teoria tem uma enorme importância histórica e é um exemplo de uma excelente conceituação e teorização jurídicas, mas principalmente porque contém partes essenciais que se contam entre os conhecimentos seguros no âmbito dos direitos fundamentais, “algo que ya significa mucho en un campo tan controvertido”. Considera, então, válida a teoria de Jellineck no que diz respeito à classificação dos direitos fundamentais. JELLINECK, Georg. *Diritti Pubblici Subbiettivi*. Milano: Società Editrice Libreria. 1912. Tradução italiana da 2ª. Edição alemã, por

algo são direitos de defesa (negativos) ou direitos a prestações (positivos). Esta tese é esclarecedora, na medida em que, aprofundando-se o conteúdo dos direitos de defesa, verifica-se que eles são direitos a não impedimentos de ações, pelos quais não se afetem determinadas propriedades ou situações e pelas quais não se eliminem posições. Assim considerado, o direito fundamental à informação, na modalidade ‘direito de acesso’, é, tanto direito a não impedimento quanto direito a que não se eliminem posições. Neste caso, tanto é uma ‘norma-regra’ quanto uma ‘norma-princípio’, pois tanto é espécie de norma jurídica que prescreve conteúdos direta ou indiretamente relacionados à conduta humana quanto, muitas vezes, entra em conflito com outras normas - princípios, sendo concretizado em vários graus, ou aplicado mediante regras de prevalência.<sup>219</sup>

Relativamente ao âmbito de proteção e suposto de fato do direito fundamental à informação (aquilo que é protegido sem qualquer consideração a restrições), estão a liberdade de o cidadão informar-se e todas as formas de ação que atingem a este fim. Protege-se a liberdade de informação porque esta é o pressuposto da publicidade democrática: “somente o cidadão informado está em condições de formar-se um juízo próprio e de cooperar, na forma intentada pela Lei Fundamental, no processo democrático”, diz Hesse.<sup>220</sup> Com isto, o direito à informação tem um alcance duplo, pois, tanto é direito subjetivo no sentido de direito de defesa e de cooperação política (participação) como também é prescrição de competência negativa e elemento constitutivo da ordem democrática, na medida em que, sem liberdade de manifestação e de informação, não pode existir uma “opinião pública livre e bem informada ao máximo” e, por conseguinte, não pode existir “Estado Democrático de Direito”.<sup>221</sup>

Que o direito de acesso (direito à informação sobre a atividade dos poderes públicos) esteja estreitamente vinculado aos princípios constitucionais da soberania popular e da democracia é tão evidente que, na última metade do séc. XX, quando se começou a falar em

---

Gaetano Vitagliano, todo o tempo e especialmente, pp. 96 e ss; HESSE, *cit.*, p. 230; ALEXY, *Teoría de los derechos...*, *cit.*, pp. 247 e ss.

<sup>219</sup> Seguindo a concepção de Humberto Ávila, os princípios são normas imediatamente finalísticas, estabelecem um fim a ser atingido, um conteúdo desejado, e sua aplicação demanda uma avaliação do estado de coisas a ser promovido, bem como os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção. Assim, os princípios têm como dever imediato, a promoção de um estado ideal de coisas; como dever mediato, a adoção da conduta necessária e, no plano da justificação, os princípios são justificados como correlação entre efeitos da conduta e o estado ideal de coisas. No que diz respeito à pretensão de decidibilidade, os princípios decidem concorrente e parcialmente. Cf. ÁVILA, H. *Teoria dos Princípios...*, *cit.*, *passim*.

<sup>220</sup> HESSE, *cit.*, p. 305.

<sup>221</sup> Cf. HECK, Luís Afonso. *O Tribunal Constitucional Federal e o Desenvolvimento dos Princípios Constitucionais. Contributo para uma compreensão da Jurisdição Constitucional Alemã*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1995, p. 250 e HESSE, *cit.*, p. 305.

participação, iniciou-se concomitantemente uma ampla reflexão a respeito da necessidade de “transparência” (publicidade) no Estados ocidentais. Este movimento, aliás, é considerado uma espécie de “revolução copernicana”, que pôs em primeiro plano os direitos do cidadão e passou a repensar e reorganizar a Administração como estando a seu serviço, no sentido de que esta opera para tornar efetivo os direitos reconhecidos nas Constituições e nas leis de modo geral. No particular, o princípio do “segredo de Estado” foi substituído por aquele que lhe é diametralmente oposto, qual seja o da mais ampla publicidade.<sup>222</sup>

A consequência deste processo foi a elaboração de leis regulamentadoras do direito de acesso aos documentos administrativos em vários países, a começar pelos EUA, a partir de 1967, com a *Freedom of Information Act (FOIA)* e suas alterações.<sup>223</sup> No âmbito europeu continental, as várias leis de processo administrativo editadas consagraram a necessidade de “abertura” dos documentos administrativos, sempre que o conhecimento destes fosse imprescindível para o exercício ou defesa de interesses jurídicos.<sup>224</sup> Nesta esteira, leis sobre

<sup>222</sup> Cf. MARINANI, *cit.*, p. 1-2. No texto, o autor faz referência à “transparência”, porque considera “publicidade” um *rectius*.

<sup>223</sup> Pela lei norte-americana, o direito de acesso foi considerado de valor geral no âmbito do direito de informação, em função do controle sobre o correto funcionamento dos poderes públicos. Pelo § 552, que regula as informações públicas, regras das Agências reguladoras, “opiniões, pedidos, documentos, relatórios e procedimentos”, cada agência deve tornar disponível ao público informações que vão desde um “guia” para ser utilizado pelos cidadãos - *A citizen’s guide on using the Freedom of Information Act and the Privacy act of 1974 to request government records* - , que deve ser publicado separada e correntemente no Registro Federal, até regras substanciais de aplicabilidade geral adotadas, ademais de declarações de políticas gerais ou interpretações de aplicabilidade geral formuladas e adotadas pela agência. Além disso, as agências também deverão descrever o campo e organizações centrais e os lugares estabelecidos nos quais o público pode obter informações, apresentar pedidos ou obter decisões, bem como os métodos a serem utilizados para tais fins, e, por último, disponibilizar estatutos sobre o andamento normal dos pedidos, incluindo a natureza e os pré-requisitos de todos os procedimentos à disposição, formais ou informais. As regras de procedimento, descrições dos documentos à disposição, ou os locais onde tais documentos possam ser obtidos, e ainda instruções quanto ao escopo e conteúdo de todos os relatórios e documentos, bem como cada emenda, revisão ou recurso a tais regras também deverão ser publicados. Para assegurar a publicidade, cada agência, também, de acordo com as regras publicadas, deve disponibilizar inspeção pública e cópia de opiniões finais, incluindo opiniões concorrentes, coincidentes e discordantes, assim como de ordens e requerimentos (pedidos) feitos no julgamento de casos; daquelas declarações de política e interpretações que tenham sido adotadas pela agência e que não estão publicadas no Registro Federal; de manuais de administração de pessoal e instruções para pessoal que afetem qualquer membro do público, bem como de todos os registros, ata, autos de um processo (*records*), independentemente de forma ou formato, que tenham sido emitidos a qualquer pessoa e que, pela natureza de objeto, a agência determine que se tenha tornado ou possa tornar-se objeto de pedidos subsequentes. Texto, na íntegra, *in*: <http://www.usdoj.gov/04/foia>, acessado em 15 de dezembro de 2005. Tradução de Lara Guimarães Taborda.

<sup>224</sup> A Lei alemã de procedimento administrativo, *Verwaltungsverfahren - VwVfG*, de 25.5.1976, § 29, segundo a qual a autoridade deve consentir à parte que tenha vistas dos atos; Lei espanhola de 17 de julho de 1978 que, dispondo sobre o procedimento administrativo não contencioso garantiu aos administrados um direito a informações que lhes concernem (art. 62, 89 e 91) e o Código de Procedimento Administrativo de Portugal, de 15 de novembro de 1991, que pelos seus arts. 55, 61 e 62, determina a comunicação dos interessados em um processo, o amplo acesso aos autos, bem como o direito de extrair certidões, são alguns exemplos. Para isso, além do que será citado ao longo do trabalho, ver: FROMONT, Michel ‘La transparence Administrative en République Fédérale d’Allemagne’; MODERNE, Franck. ‘La Transparence Administrative en Espagne’,

proteção de dados relativos às pessoas ou que regulamentam expressamente o direito de acesso também foram promulgadas,<sup>225</sup> e o exemplo mais recente disso é a *Legge 11 febbraio 2005, n. 15*, que reformou a lei de processo administrativo italiana (*Legge 7 agosto 1990, n. 241*). Esta lei assegura particularmente ser o direito de acesso um direito constitucionalmente garantido no confronto dos particulares entre si e em relação à Administração e, neste último aspecto, ele é “expressão da democraticidade mesma da Administração, garantia de sua transparência e imparcialidade, bem como de seu bom andamento.”<sup>226</sup>

Em todas estas leis, o direito à autodeterminação informativa e ao arquivo aberto configuram um meio não jurisdicional de proteção dos direitos fundamentais, além de serem concretização de diretivas comunitárias contidas no Tratado de Amsterdã, de 2 de outubro de 1997, modificado pelo Tratado de Nice, de 26 de fevereiro de 2001. As Constituições que foram promulgadas na década de 70 também seguiram esta orientação, tal como a Constituição Portuguesa, de 1976,<sup>227</sup> e a Constituição Espanhola, de 1978.<sup>228</sup>

---

ambos *In*: DEBBASCH, Charles et alii. *La Transparence administrative en Europe*. Paris: Centre National de la Recherche Scientifique, 1990 e *Código de Procedimento Administrativo* - 3ª. Ed. Coimbra: Livraria da Universidade - Edições Jurídicas, 1998.

<sup>225</sup> Tais como a Lei Federal de 27 de janeiro de 1977 - *Bundesdatenschutzgesetz* - (Alemanha) e *Loi 6 janvier 1978 (informatique et libertés)* e *Loi 17 juillet 1978 (accès aux documents administratifs)*, (França). Texto da lei francesa in: ;

<sup>226</sup> Cf. BELLOMIA, Salvatore. *Il Diritto di accesso ai documenti Amministrativi e suoi limiti*. Milano: Giuffré, 2000, p. XI. Para a lei italiana: CAVALLO, Bruno (a cura di). *Procedimento Amministrativo i Diritto di Accesso. Legge 7 agosto 1990, N. 241*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1993; LAPERUTTA, Lilla (a cura di). *Procedimento Amministrativo e Diritto di accesso. Commento organico alla L. 241/1990 come modificata dalle leggi 11 febbraio 2005, n. 15 e 14 maggio 2005, n. 80*. Napoli: Edizioni Simone, 2005; MARIANI, Marco, *cit, passim*. .

<sup>227</sup> A Constituição Portuguesa, em seu art. 35 consagra o direito à autodeterminação informativa e no art. 268, aditado pela Lei 1/89, o direito ao arquivo aberto, isto é, o direito de acesso aos arquivos e registos administrativos. Assevera Canotilho, neste particular, que a Constituição “não faz depender a liberdade de acesso aos documentos administrativos da existência de um interesse pessoal”. *In*: *Direito Constitucional, cit.*, p. 665. Constituição Portuguesa, *verbis*: “Artigo 35.º (Utilização da informática)1. Todos os cidadãos têm o direito de acesso aos dados informatizados que lhes digam respeito, podendo exigir a sua rectificação e actualização, e o direito de conhecer a finalidade a que se destinam, nos termos da lei.2. A lei define o conceito de dados pessoais, bem como as condições aplicáveis ao seu tratamento automatizado, conexão, transmissão e utilização, e garante a sua protecção, designadamente através de entidade administrativa independente. [...] Artigo 268.º (Direitos e garantias dos administrados). 1. Os cidadãos têm o direito de ser informados pela Administração, sempre que o requeiram, sobre o andamento dos processos em que sejam directamente interessados, bem como o de conhecer as resoluções definitivas que sobre eles forem tomadas. 2. Os cidadãos têm também o direito de acesso aos arquivos e registos administrativos, sem prejuízo do disposto na lei em matérias relativas à segurança interna e externa, à investigação criminal e à intimidade das pessoas.3. Os actos administrativos estão sujeitos a notificação aos interessados, na forma prevista na lei, e carecem de fundamentação expressa e acessível quando afectem direitos ou interesses legalmente protegidos.4. É garantido aos administrados tutela jurisdicional efectiva dos seus direitos ou interesses legalmente protegidos, incluindo, nomeadamente, o reconhecimento desses direitos ou interesses, a impugnação de quaisquer actos administrativos que os lesem, independentemente da sua forma, a determinação da prática de actos administrativos legalmente devidos e a adopção de medidas cautelares adequadas. 5. Os cidadãos têm igualmente direito de impugnar as normas administrativas com eficácia externa lesivas dos seus direitos ou interesses legalmente protegidos.6. Para efeitos dos n.os 1 e 2, a lei fixará um prazo máximo de resposta por

Isto posto, tem-se que o direito de acesso é direito subjetivo público de dupla face, pois, além de ter uma função participativa (constitui a exteriorização do princípio democrático), representa uma concreta modalidade de exercício do direito à informação. Através dele, a “democratização” da Administração pode passar da genérica afirmação de princípio para uma concreta *praxis* aplicativa, porque, enquanto direito à informação sobre o desenvolvimento da atividade administrativa é exercitável, seja na via instrumental (acesso ao procedimento administrativo), seja na via autônoma (extraprocedimental). Daí ser o direito subjetivo público de acesso, de um lado, direito do cidadão a ser informado e, de outro, dever da Administração ante a exigência de eficiência, moralidade e imparcialidade.

#### 2.4.2 Limites (restrições) ao direito de acesso

Os direitos fundamentais submetem-se a um regime geral, aplicável a todos os direitos fundamentais, quer sejam direitos, liberdades ou garantias, e a um regime específico dos direitos, liberdades e garantias. No primeiro caso, o regime está constituído pelo princípio da universalidade - os direitos fundamentais são “de todos”, são direitos humanos, embora se possa estabelecer reserva de direitos para os “cidadãos” - e pelo princípio da igualdade na aplicação e na criação do direito - igualdade formal e material - e pelo princípio do amplo acesso à Justiça. Já no que diz respeito ao regime específico, os direitos fundamentais vinculam entes públicos e privados, têm um âmbito de proteção delimitado e podem sofrer restrições. Exige-se reserva de lei e autorização constitucional expressa para a restrição. As leis restritivas devem observar o preceito da proporcionalidade e ter os atributos da generalidade e da abstração, além de não poderem ser retroativas. Salvaguarda-se o seu

---

parte da Administração.” In: <http://www.portolegal.com/CRP2004/htm>. Na medida em que o *Habeas Data* terá um tratamento particular no último capítulo desta tese, deixa-se, por ora, de fazer maiores considerações a seu respeito.

<sup>228</sup> Constituição Espanhola, art. 20, 1, “d”, *verbis*: “Se reconocen y protegen los derechos: (...) d) A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. La ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades.” A jurisprudência do Tribunal Constitucional, à sua vez, reconhece que o direito de receber uma informação veraz é um direito de liberdade, que tem como características essenciais “estar dirigido a los ciudadanos en general al objeto de que puedan formar sus convicciones, ponderando informaciones divergentes e incluso contradictorias y participar ahí de la discusión relativa a los asuntos públicos(...)”. Cf. ÁLVAREZ, José Luis Rodríguez. Artículo 20. In: LLORENTE, Francisco Rubio et alii. *Derechos Fundamentales y Principios Constitucionales...*, cit., p. 205.

núcleo essencial e se limita a possibilidade de suspensão, nos casos de estado de sítio e de emergência.<sup>229</sup>

Dado que os direitos fundamentais têm determinados conteúdos que, por vezes, entram em conflito com outros bens<sup>230</sup> ou direitos constitucionalmente protegidos, impõe-se a observância do postulado da proporcionalidade em sentido estrito - ponderação - para o fim de obter-se a concordância prática entre eles. Por isso, muitas vezes, os direitos fundamentais sofrem restrições, isto é, o seu âmbito de proteção pode ser efetivamente limitado. Nestes casos, restringe-se não só o bem protegido pela norma de direito fundamental, senão também um direito *prima facie* garantido.

As restrições só se podem dar por reserva de lei, isto é, são diretamente constitucionais, ou pela Constituição autorizadas, por meio de cláusulas explícitas de reserva. De qualquer modo, garante-se o conteúdo essencial do direito restringido, de modo que um direito fundamental não pode ser reduzido, a ponto de perder toda a sua importância para a vida social, existindo um núcleo que, em nenhum caso pode ser afetado. Nos termos da teoria subjetiva das restrições, esse núcleo essencial é o que remanesce após a ponderação. Assim, um direito fundamental pode ser restringido, limitado, por outro direito fundamental ao qual se dá um peso maior.<sup>231</sup> Este é exatamente o caso do direito de acesso, pois ele não é um direito absoluto: as Constituições que o prevêm, via de regra, a ele impõem, direta ou indiretamente (pela cláusula de reserva explícita) restrições de várias ordens.

As limitações ao direito de acesso são as indicadas expressamente pela Constituição e pelas leis, ou aquelas remetidas à discricionariedade da Administração. Ressaltam inicialmente os casos de “exclusão obrigatória”, quais sejam, aqueles em que estão em jogo a segurança e a privacidade. Daí os documentos considerados “de segredo de Estado” não serem acessíveis ao cidadão, bem como aqueles que dizem respeito aos procedimentos tributários, à planificação e programação da atividade administrativa e aos processos seletivos na parte em que estes contêm informações de caráter íntimo relativas a terceiros.

---

<sup>229</sup> Cf. CANOTILHO, cit., p. 577-578 e HESSE, cit., p. 302 et seq.

<sup>230</sup> Liberdades, situações, posições de direito ordinário.

<sup>231</sup> Cf. ALEXY, *Teoría de los derechos...*, cit., p. 272 et seq.

Assim, a Administração pode negar acesso a documentos quando o seu conhecimento possa afetar a segurança nacional, o exercício da soberania, as relações internacionais e a tutela da ordem pública (prevenção e repressão da criminalidade). Por isso, o princípio da publicidade cede ou fica circunscrito, no plano objetivo e temporal, à exigência de salvaguardar a integridade do Estado democrático. Da mesma forma, se o conhecimento dos documentos prejudicar a política monetária e financeira, poderá ser negado, como também será negado o acesso a atos e documentos que afetem a vida privada, ou a privacidade, como em certos casos de instrução penal e dos processos judiciais que tramitam em “segredo de justiça”. Outras limitações podem ser citadas a título de exemplo, como aquelas relativas a segredos militares, científicos ou industriais, segredo profissional, etc., mas a mais relevante delas é, sem dúvida, a que diz respeito ao âmbito da garantia da privacidade (*privacy*).

A privacidade (*privacy*)<sup>232</sup> é um direito decorrente da afirmação da dignidade humana, e o seu conteúdo é largamente indeterminado, como no caso de “vida privada e família”, de modo que dele podem ser deduzidas conseqüências opostas. No catálogo dos direitos e liberdades fundamentais, o respeito à vida privada é um dos mais desconcertantes, tanto pelo seu aspecto de nebulosa indistinção quanto pela extraordinária confusão de fontes (fatos sociais juridicizáveis). Como se distingue a “vida privada” de outros atributos, direitos, bens da personalidade, se todos esses bens - de natureza jurídica incerta - são eles mesmos parte da esfera privada de cada indivíduo?

A resposta não é simples e requer, primeiramente, que se determine a noção do que seja a vida privada. A proteção da vida privada inclui a de proteção à pessoa em todas as suas dimensões: vida e integridade física e moral, bem como identidade, honra, nome, imagem,

---

<sup>232</sup> Além dos autores que estão sendo citados ao longo deste trabalho, para o tema “privacidade”, ver, em especial: BAGOLINI, Luigi. Il fondamento dei diritti umani. *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, n° LVIII, 4, Giufré, Milão, 1991, pp. 3 a 11; BARBOSA, Silvio Henrique Vieira. Informação X Privacidade - O dano moral resultante do abuso da liberdade de imprensa. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, n° 73, 1995, pp. 70/71; FERRARI, Janice Helena. *Direito à própria imagem*. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, n° 4, RT, São Paulo, 1993, pp. 4 a 6; FERRAZ JR. Tércio Sampaio. Sigilo de Dados: o direito à privacidade e os limites da função fiscalizadora do Estado. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política. Revista dos Tribunais*, São Paulo, 1992, pp. 77 a 90; HABA, Enrique P. Droits de l’homme, libertés individuelles et rationalité juridique (Quelques remarques méthodologiques). *Archives de Philosophie du Droit, Tome 25 (La Loi)*. Paris: Sirey, Paris, pp. 225 a 344; LIMA DA FONSECA, Antonio Cezar. Anotações aos Direitos da Personalidade. *Revista dos Tribunais*, n° 715, São Paulo: RT, 1995, pp. 36 a 55; MARTINS-COSTA, Judith et alii. *A Reconstrução do Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002;. MEULDERS-KLEIN, Marie-Thérèse. Vie privée, vie familiale et droits de l’homme. *Revue Internationale de Droit Comparé* n° 4, Paris, 1992; MIRANDA, Rosângelo R. Tutela Constitucional do Direito à proteção da própria vida privada. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política* n° 13. São Paulo: RT, 1995, p. 158-186.

domicílio, correspondência, fatos relativos à vida íntima, relações familiares e afetivas, mais liberdade de pensamento, de consciência, expressão, reunião.<sup>233</sup>

Historicamente a proteção à vida privada e outros atributos da personalidade, ligados à pessoa humana, gozaram tradicionalmente de um regime particular, formando um entrelaçamento entre direito público e direito privado, mas a originalidade do *Right of Privacy*, criado pela Suprema Corte Norte-Americana como emanção direta do *Bill of Rights*, reside no fato de erigir a pessoa em mestre absoluto de si mesmo, fazendo prevalecer este princípio sobre toda e qualquer outra consideração. Nessa construção, o indivíduo é o epicentro, de modo que a privacidade passa a ser considerada a liberdade por excelência.<sup>234</sup>

No Brasil, a tutela da vida privada se dá por vários meios, e o que está consagrado implicitamente é o direito à diferença e à exclusividade. José Afonso da Silva,<sup>235</sup> por exemplo, entende ser a categoria maior o “direito à vida”, englobando dignidade da pessoa, direito à privacidade, integridade e existência. Em função da redação do art. 5º, X, admite ser o direito à privacidade mais amplo, abrangendo todas as manifestações da esfera íntima e privada da personalidade. Com isso, a privacidade seria o conjunto de informações acerca do indivíduo, as quais ele pode decidir manter sob seu controle, ou comunicar, decidindo a quem, quando, onde e em que condições, sem a isso poder ser legalmente submetido. Esfera ampla, a privacidade abrange o modo de vida doméstico, as relações familiares e afetivas em geral,

<sup>233</sup> Conforme o art. 12 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, *verbis*: “Ninguém será sujeito a interferência na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem ataques à sua honra ou reputação. Todo homem tem direito à proteção de lei contra tais interferências e ataques.” Texto in: COMPARADO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos Direitos Humanos*. 3ª. Edição. São Paulo: Saraiva, pp. 233/234.

<sup>234</sup> A doutrina do *right of privacy* surgiu no caso *Griswold*, em que os julgadores, Warren e Brandeis apresentaram um trabalho intitulado *right of privacy*. O juiz Cooley disse ser próprio da privacidade direito de ser deixado tranqüilo e de não ser arrastado à publicidade. Ver, por todos: RIGAUX, François. La liberté de la vie privée. *Revue Internationale de Droit Comparé*, nº 3, 1991, pp. 540 a 563. O caso: *Griswold v. Connecticut* /381 U.S. 479 (1965)/ Discutido em 29 de março de 1965 e decidido em 7 de junho de 1965. Objeto: Poder Judicial. Processo por danos pessoais. Fatos do caso: Griswold era a Diretora-Executiva da Liga de Connecticut para Planejamento Familiar (ou Paternidade Planejada). Ambos, ela e o Diretor Médico da Liga, deram informações, instruções e outros aconselhamentos médicos a casais sobre controle de natalidade. Griswold e seu colega foram condenados, com base em uma lei do estado de Connecticut, a qual criminaliza a provisão de aconselhamento e outros tratamentos médicos, a pessoas casadas com o propósito de prevenir a concepção. Questão Apresentada: A Constituição protege o direito à privacidade matrimonial contra restrições estaduais sobre a capacidade (disponibilidade) de um casal de ser aconselhado no uso de contraceptivos? Conclusão: Embora a Constituição não proteja explicitamente o direito geral à privacidade, as várias garantias contidas no *Bill of Rights* criam penumbras, ou zonas, que estabelecem o direito à privacidade. Juntas, a Primeira, Terceira, Quarta e Nona Emendas, criam um direito constitucional novo, o direito à privacidade nas relações matrimoniais. O estatuto de Connecticut colide com o exercício deste direito e é, portanto, nulo. Texto completo e discussão in: <http://www.oyez.org/oyez/resource/case/149/abstract>, acessado em 27 de dezembro de 2005. Tradução de Lara Guimarães Taborda.

<sup>235</sup> Cf. SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

fatos, hábitos, nome, imagem, pensamento, segredos, conseqüentemente , constitui a privacidade a esfera secreta da vida do indivíduo, na qual este tem o poder legal de evitar os demais.

A tutela constitucional visa proteger os segredos da vida privada e a liberdade da vida privada, de modo que a divulgação, investigação, e conservação de dados em documentos, são consideradas violações. Segundo esta concepção, honra, imagem e nome não integram o conceito de “direito à vida privada”, constituindo objeto de um direito independente, qual seja, o da personalidade, que se irradia em dois âmbitos: civil e penal. Melhor sistemática, entretanto, seria o tratamento constitucional unitário, pela noção ampla de direito à vida privada, porque, em determinadas situações, a proteção ao bem em perigo ou já afetado se realiza mediante a instrumentalização de normas pertinentes a dois ou mais direitos. Com isso, ressalta o valor sistemático da noção de “dignidade da pessoa humana”.

Assim, ante a colisão do direito fundamental à informação (direito de acesso) com a proteção da privacidade, há que se fazer uma ponderação. Na construção do Tribunal Constitucional Alemão - que tem servido de paradigma para a jurisprudência brasileira-, em uma ordem hierárquica, a proteção da personalidade precede sempre a liberdade de informação. Com isso, relativiza-se e se restringe a liberdade de informação, mas esta ponderação é de “preferência condicionada”, e, no caso concreto, atenua-se o direito de acesso.<sup>236</sup>

A proteção à vida privada dos notáveis foi a primeira a obter tutela jurisdicional, seguindo-se dois critérios: pessoas notáveis são personagens públicas em sentido próprio - que assumem função pública - , pessoas da vida religiosa, da vida econômica e pessoas que exploram profissionalmente os atributos de sua personalidade; pessoas não notáveis são os anônimos. Seguindo a tendência da jurisprudência norte-americana, ambas são protegidas<sup>237</sup> Em face desta diversidade, é impossível afirmar quais os limites precisos, universalmente válidos para a divulgação, bem como a natureza dos fatos que é permitido divulgar sem o consentimento do sujeito. Será a relação imediata da atividade profissional ou pública do sujeito a medida de proporção entre o que é lícito ou ilícito divulgar? Todo comportamento

---

<sup>236</sup> Cf. MENDES, Gilmar Ferreira. Colisão de Direitos Fundamentais: liberdade de expressão e de comunicação e direito à honra e à imagem. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 122, p. 297-301, 1994.

<sup>237</sup> Cf. RIGAUX, *cit.*, p. 540-563.

privado, julgado pertinente para o acesso a uma função pública, por exemplo, deve poder ser livremente discutido.

Casos há em que a lei determina sigilo parcial em favor da privacidade, como, por exemplo, em processos administrativos nos quais se apurem infração e a necessidade de se impor sanção até o momento em que houver decisão. A publicização “de mera imputação ainda não decidida pode significar, em alguns casos específicos, violação à integridade moral do acusado e condenação social antecipada”, assevera Carlos Ari Sunfeld.<sup>238</sup>

Em síntese, quando se trata de restrições ao direito de acesso, ressaltam as hipóteses de segredo de Estado, do sigilo indispensável ao exercício da atividade pública e aquele erigido em favor da privacidade do cidadão, mas, de qualquer modo, a indispensabilidade do sigilo sempre pode ser contrastável judicialmente.

#### 2.4.3 Requisitos objetivos e subjetivos

Objeto do direito de acesso são, em primeiro lugar, os documentos administrativos internos (*stricto sensu*) e aqueles que são administrativos em sentido amplo, isto é, todos aqueles que dizem respeito ao exercício material da função administrativa - a atividade praticada pelo Estado ou ente por ele delegado (personalidade e capacidade jurídicas), sob o regime jurídico administrativo - como por exemplo, os documentos relativos aos serviços públicos e aos de todas as pessoas que fazem as vezes de autoridades. Os documentos relativos à atividade de direito privado da Administração também devem estar acessíveis. Poderá também ser objeto do direito de acesso a motivação dos atos administrativos porque os cidadãos têm o direito não só de conhecer os arquivos administrativos, mas também a razão das decisões e, por vezes, os seus procedimentos preparatórios. Procedimento e motivação dos atos administrativos são os territórios nos quais se mede a publicidade administrativa.

---

<sup>238</sup> SUBNFELD, Carlos Ari. *Princípio da Publicidade...., cit.*, p. 105.

A exigência de motivação dos atos administrativos é uma decorrência, não só do princípio da publicidade entendido como direito de acesso, como também do princípio do Estado de Direito, que exige a fundamentação das decisões judiciais. Ora, se a atividade administrativa vem formulada em esquema processual, toda e qualquer decisão, principalmente se for emitida em um processo administrativo, deverá ser motivada, isto é, deverá ser explícita, clara e congruente. Com o acesso à motivação, o cidadão fica sabendo o porquê das decisões administrativas, e a Administração explica as razões de sua decisão. A problemática da fundamentação dos atos administrativos - exposição das razões ou motivos da decisão ou recondução do decidido a um parâmetro que a justifique - está associada, no aspecto formal, à publicidade, e, no aspecto material, à legitimidade que, ainda por ser bastante complexa, não tem solução uniforme nos vários ordenamentos jurídicos. O ponto comum entre os ordenamentos que determinam uma fundamentação expressa dos atos administrativos e aqueles que não a determinam expressamente está em que, na maioria dos casos, é necessário fundamentar aqueles atos administrativos que afetam desfavoravelmente os direitos e interesses dos particulares.<sup>239</sup> Cada país resolve a questão da obrigatoriedade de motivação ou fundamentação dos atos administrativos nos limites de sua tradição, mas o certo é que isso se vem impondo paulatinamente como um dever da Administração e um direito do cidadão, reconduzíveis à publicidade.<sup>240</sup>

Quanto à legitimidade ativa do direito de acesso, as disposições constitucionais e legais dos vários países que o admitem falam em “interessado”, de modo que, em certas circunstâncias, a qualidade de cidadão não é exigida. O que importa é que, se o direito de acesso é concebido como função de controle da legitimidade da ação da Administração, ele pode ser exercitado por todos aqueles que têm um interesse direto, concreto e atual,<sup>241</sup> correspondente à tutela de uma situação juridicamente relevante conexa aos documentos a que

---

<sup>239</sup> Cf. VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos Vieira. *O dever de fundamentação expressa dos actos administrativos*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 11 e p. 17.

<sup>240</sup> Em Portugal, há dever de fundamentação expressa dos atos desfavoráveis; na Espanha, resulta de vários textos legislativos, mas não é uma obrigação legal geral; na França, o princípio tradicional de não motivação vem sendo paulatinamente adotado, principalmente após a lei de 11 de julho de 1979, que determinou esta obrigação para uma série de decisões de caráter individual, e a circular de 28 de setembro de 1987 determinou que os ministérios motivassem uma série de decisões, que vieram referidas em uma lista anexa; na Alemanha, a Lei de Procedimento Administrativo Federal e as dos Länder impõem a motivação dos atos administrativos, salvo exceções previstas nestas mesmas leis. No Brasil, há determinação análoga na Lei de Processo Administrativo, mas justamente porque será objeto de análise na segunda parte deste trabalho, deixa-se, por ora, de tecer maiores considerações sobre a questão. Para isso, ver: *La Transparence Administrative en Europe..... cit., passim*.

<sup>241</sup> Não se pode admitir um acesso no confronto de situações e de relações já definidas e completamente exauridas.

se dá acesso. Com isso, estão legitimados a requerer o acesso pessoas físicas, jurídicas, associações e todos os portadores de interesses públicos ou difusos, de modo geral, desde que indiquem os interesses que justificam o acesso: não é necessário comprovar a existência de uma efetiva lesão a uma situação jurídica subjetiva tutelada pelo ordenamento.<sup>242</sup>

Está excluído igualmente um “acesso geral” às informações de que a Administração dispõe, da mesma forma que se exclui o acesso como um “tipo de ação popular.”<sup>243</sup> Consideradas tanto a natureza procedimental quanto a extraprocedimental do acesso, também estão legitimadas, além das pessoas para as quais uma decisão ou ato produzirá efeito direto, aquelas que serão atingidas ou prejudicadas com o ato, desde que sejam individuadas ou individuáveis, aquelas que a doutrina italiana chama de “contra-interessados.”

No Brasil, a Constituição Federal concretizou a publicidade como direito de acesso, nos incisos XXXIII<sup>244</sup> e XXXIV<sup>245</sup> do art. 5º, e ainda alcançou aos cidadãos uma ação mandamental que lhes possibilita o conhecimento dos dados sobre si mesmos, bem como a modificação de dados incorretos. A Lei de Processo Administrativo (Lei 9.784/99) também disciplinou o direito de acesso e a obrigação de motivar os atos administrativos. Isto está ligado a todo o movimento geral da Administração em direção à sua “democratização,” isto é, à efetiva participação dos cidadãos nas atividades administrativas. Assim, importa saber o quanto de participação na Administração é possível e como opera o princípio da publicidade como direito de saber, isto é, o quanto de publicidade é necessário para que essa participação seja efetiva no Direito brasileiro. È o tema da próxima secção.

---

<sup>242</sup> Na medida em que, no Direito brasileiro há pouca meditação sobre o tema específico do direito de acesso e nem mesmo regulamentação dos dispositivos constitucionais pela legislação ordinária, estão sendo utilizados alguns dos resultados da doutrina italiana. Por isso, para esta questão da legitimidade ativa: MARIANI, *cit.*, pp. 32 e ss. BELLOMIA, *cit.*, pp. 34 e ss. e TARANTINI, Giovanni. ‘Pubblicità degli atti e diritto di accesso.’ *In*: CAVALO, *cit.*, pp.54. No texto, Giovanni Tarantini diz que estão legitimados ao acesso todos aqueles que estão legitimados a participar do procedimento administrativo. O interesse há de ser um interesse juridicamente protegido, individual ou coletivo, e o acesso representa uma ulterior garantia para a presença eficaz na fase procedimental da formação da vontade da Administração.

<sup>243</sup> Cf. BELLOMIA, S., *cit.*, p. 36.

<sup>244</sup> CF, art. 5º, XXXIII - “*todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.*”

<sup>245</sup> CF, art. 5º, XXXIV - “*são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: (...) b) a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal*”

## SEGUNDA PARTE - A PARTICIPAÇÃO NAS ATIVIDADES ADMINISTRATIVAS

Consideradas as transformações das estruturas do Estado e as novas tarefas da Administração, constata-se a conseqüente modificação no direito administrativo de cada país, – ligado, no essencial, ao Estado nacional – implicando sua mutação interna e externa.<sup>246</sup> Como tendências comuns dessas transformações internas do direito administrativo nos países europeus, e, por conseguinte, nos demais países de sistema jurídico romano-germânico, podem ser apontadas “o advento da sociedade participativa” e a “afirmação do constitucionalismo”.<sup>247</sup> Com isso, a reflexão científica, cultural e política sobre a Administração se volta para as relações entre administrados e Administração, ou para o tema da “democratização da administração”, e isso implica novas abordagens e novos focos de interesse para os estudiosos.<sup>248</sup>

Verfica-se, em primeiro lugar, a tendência de se reforçarem as bases constitucionais do direito administrativo, com a subordinação desse direito aos direitos fundamentais definidos pela Constituição,<sup>249</sup> de modo que o direito administrativo é visto como “direito constitucional concretizado”.<sup>250</sup> Isso é assim porque a própria “noção do direito administrativo pressupõe a prévia organização política do Estado [...] que é a sua matriz constitucional”, ou seja, a Constituição é a “fonte e a essência do poder político”.<sup>251</sup> A Administração, então, deixa-se definir como “o exercício do Poder Executivo sob um regime de poder público”, pelas suas prerrogativas e sujeições exorbitantes do direito comum.<sup>252</sup>

<sup>246</sup> Cf. MARCOU, Gérard. *Intégration juridique et logiques nationales*. In: MARCOU, Gérard et alii. *Les Mutations du Droit de L'Administration en Europe. Pluralisme et convergences*. Paris: Editions L'Harmattan, 1995, p. 11. Nesse passo, se tem presente a distinção, deveras importante, entre “direito” e “ciência do direito”, para compreender sob a rubrica “direito administrativo”, o campo do Direito que se apresenta como um corpo de regras específicas que se reportam ao objeto a que se aplicam (a Administração) e ao seu conteúdo intrínseco (exorbitante do direito comum). No plano sociológico, por ‘direito administrativo’ se entende um campo de produção jurídica especializada.

<sup>247</sup> MOREIRA NETO, *Mutações...*, cit., p. 12 e in: Juridicidade, Pluralidade Normativa, Democracia e Controle Social. (Reflexões sobre alguns rumos do Direito Público neste século). *Fundamentos do Estado de Direito. Estudos em Homenagem ao Professor Almiro do Couto e Silva*. ÁVILA, Humberto (org.) et alii. São Paulo: Malheiros, 2005, pp. 92 a 113.

<sup>248</sup> Cf. MEDAUAR, *O direito administrativo em evolução*, cit., pp. 204/205.

<sup>249</sup> MARCOU, cit., p. 58.

<sup>250</sup> A expressão é, originariamente, de Fritz Werner, mas usada correntemente no Direito alemão, como se vê em MAURER, Harmut. *Droit Administratif Allemand*. Paris: LGDJ, 1994, p. 72.

<sup>251</sup> TÁCITO, Caio. *Bases Constitucionais do Direito Administrativo*. *Revista de Direito Administrativo*, nº 166, out./dez. 1986, p. 39.

<sup>252</sup> Cf. VEDEL, Georges. *Droit Administratif*. Tomo I. Paris: PUF, 1958, p. 23.

As tendências das Constituições modernas são, por conseguinte, deslocar o centro de gravidade da ordem jurídica, transformando o Estado, de simples garantidor da liberdade individual, em guardião da segurança social, de modo que se ampliam os serviços públicos e, por efeito reflexo, expande-se o direito administrativo, “instrumento por excelência da intervenção do Estado no domínio econômico e social”.<sup>253</sup> Desta forma, finaliza Caio Tácito,<sup>254</sup> “o direito constitucional e o direito administrativo se imbricam e se completam na prestação efetiva do estado de direito”.<sup>255</sup>

A formulação dos princípios estruturantes do Estado brasileiro – o da República, o da Federação, o do Estado Democrático de Direito e todos os seus subprincípios implícitos e explícitos (segurança jurídica, legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, igualdade, o do devido processo legal, o da razoabilidade e o da ampla defesa) – aliada ao preceito da proporcionalidade, faz com que, modernamente, as bases constitucionais do direito administrativo restem alargadas e tornem a Administração Pública bastante “aberta à fiscalização e ao controle dos particulares”.<sup>256</sup>

A constitucionalização dos fundamentos do direito administrativo não se confunde, entretanto, com a sua “constitucionalização” absoluta: o que há é tão somente uma inflexão da lógica democrática sobre a Administração, obrigando a ciência do direito administrativo a se

---

<sup>253</sup> TÁCITO, *Bases Constitucionais...*, cit., p. 41. Assevera, ainda, o autor que o “papel do Estado, que se exprimia em deveres negativos (dever de não fazer ou não perturbar) e na garantia do livre exercício dos direitos individuais, passa a assumir deveres positivos (obrigações de fazer), a que correspondem pretensões dos administrados”.

<sup>254</sup> TÁCITO, *Bases Constitucionais...*, cit., p. 43.

<sup>255</sup> A consequência desse processo é que os princípios gerais do direito administrativo são suscetíveis de serem deduzidos de disposições e princípios de direito constitucional, como no caso em que a Corte Administrativa Federal Alemã desenvolveu a teoria da anulação de atos administrativos a partir de princípios constitucionais antagônicos – legalidade (*Gesetz-mässigkeit*) e proteção à confiança (*Vertrauensschutz*) -, integrantes, os dois, do princípio do ‘Estado de Direito’. Essa corrente de pensamento se reconduz ao consenso obtido no pós-guerra em torno de certos valores centrais para os ordenamentos jurídicos modernos, como os da liberdade e da igualdade (conteúdo material da Justiça e do pluralismo político), que pretendem, em última instância, facilitar e tornar possível o desenvolvimento integral da pessoa e o exercício efetivo e real de sua dignidade. Tais valores constituem e fundam os ordenamentos jurídicos, sob forma de princípios constitucionais, explícitos ou implícitos, e adquiriram, no direito público, “um vigor que nunca tinham possuído, notadamente na configuração da coerência e da consistência do sistema. As outras normas são sempre a eles necessariamente reconduzidas e são eles que orientam sua interpretação, e o próprio sistema jurídico passa a ser concebido como o resultado da regra de justiça – princípio da igualdade - . O ordenamento jurídico é, então, o ordenamento axiológico e teleológico dos princípios gerais do Direito, no sentido de realização desses valores concretizados em diferentes níveis. Para essas considerações, ver Almiro do Couto e Silva, *in: Os indivíduos e o Estado...*, cit., pp. 97/98 e CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. Tradução portuguesa de *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*, p.97.

<sup>256</sup> COUTO E SILVA, *O indivíduo e o Estado...*, cit., p. 98.

adaptar às novas circunstâncias.<sup>257</sup> Se o aprofundamento do ideal democrático passa pela efetiva participação na Administração, à dogmática jurídica cabe refletir, primeiro, sobre as novas orientações da Administração Pública, (Capítulo III) para então discutir a respeito das formas pelas quais a participação é possível (Capítulo IV). Importa, por último, verificar as concretizações do princípio da publicidade entendido como direito de acesso, porque sem “saber”, o cidadão não pode “participar” (Capítulo V).

---

<sup>257</sup> Consoante Jacques Chevallier, se pode observar, na França, um processo de “relocalização” do direito administrativo, que, de um saber central, exclusivo, sobre a Administração, e verdadeiro fundador do direito público francês, passa a ser, a partir dos anos 60 e da crítica neo-liberal, um saber “mais modesto” e subordinado ao direito constitucional. O direito administrativo foi “desqualificado” como saber técnico, indispensável e único, sobre a Administração, pela concorrência da “Ciência da Administração” (de cunho sociológico, que se interessa pelo fenômeno do funcionamento da Administração do ponto de vista concreto, com conceitos e métodos extraídos das ciências sociais), com sua crítica gerencial (contradição entre o direito administrativo e o imperativo da eficácia) e pelo alargamento da competência do Conselho Constitucional e do campo de validade do direito constitucional, a partir de uma definição substancial de Constituição, a qual pretendeu a hegemonia sobre todos os ramos do direito. Com isso, iniciou um processo, a partir da década de 80, de “refundação” do direito administrativo, segundo o qual as novas normas de eficácia foram integradas ao direito e se tornaram uma das condições de regularidade da ação administrativa e o direito administrativo passa a ser visto como formado por um conjunto de normas que se situam em níveis hierárquicos diversos (constitucional, legislativo, regulamentar, etc.), de modo que a constitucionalização de uma regra altera seu valor, não sua natureza e a jurisprudência do Conselho Constitucional aparece, “sob esse ângulo como um elemento do direito administrativo ele mesmo, integrado à esse direito.” (“La Jurisprudence du Conseil Constitutionnel apparaît sous cet angle comme un élément du droit administratif lui-même, intégré à ce droit.”). Para isso, ver: CHEVALLIER, Jacques. *Le Droit Administratif entre Science Administrative et Droit Constitutionnel*. In: *Le Droit Administratif en Mutation*. CHEVALLIER, Jacques et alii. Paris, Presse Universitaire de France, 1993, pp. 11 a 40.

### 3 AS NOVAS ORIENTAÇÕES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A mais tradicional intervenção do cidadão nas decisões administrativas é a participação através de um órgão consultivo em que os interessados estão presentes (direta ou indiretamente, por seus representantes). No entanto, é com o diálogo entre a Administração e as pessoas interessadas, que implica não somente a possibilidade de se defender, caso a decisão venha a ameaçar seus interesses, mas principalmente, a de apresentar sugestões, com base na sua experiência e no seu conhecimento, mais adaptadas à realidade, que se expressa cabalmente a idéia de participação na Administração. Exemplos deste diálogo são as audiências públicas preliminares em matéria de desapropriação ou urbanística e todos os procedimentos que transpõem o princípio *audiatur et altera pars* do procedimento judicial para o domínio do procedimento administrativo. Por isso, é necessário, primeiro, refletir sobre o significado da “consensualidade” na Administração (3.1) e de sua “processualização” (3.2)

#### 3.1 Administração “consensual”

Um das tendências da Administração contemporânea é o desenvolvimento da administração negociada, ou ‘concertada’ (pactuada), na qual aparecem modos alternativos de exercício do poder público, os quais refletem formas novas de democracia participativa.<sup>258</sup> “[...] o Poder Público, ao invés de decidir unilateralmente, utilizando-se desde logo do ato administrativo, procura ou atrai os indivíduos para o debate de questões de interesse comum, as quais deverão ser solvidas mediante acordo”.<sup>259</sup>

---

<sup>258</sup> Ver, sobre o tema: MORIN, Richard, LATENDRESSE, Anne. *A Concertação e a parceria à esclaia dos bairros da cidade de Montreal: uma contribuição para a democracia participativa?*, tratando das “mesas de bairro” e das “corporações de desenvolvimento econômico”, da cidade de Montreal, fruto do movimento social urbano da década de 80. As primeiras mobilizam seus membros em torno de questões de infra-estrutura urbana, habitação social, plano diretor, localização de equipamentos. As segundas, por sua vez, têm como missão “a ajuda à reinserção no mercado de trabalho dos indivíduos dele excluídos” e o apoio para as empresas de maneira a manter e criar empregos”, formando, com os setores públicos e privados parcerias para intervir na esfera econômica. Texto da comunicação apresentada no *Seminário Internacional sobre Democracia Participativa*, cit.

<sup>259</sup> COUTO E SILVA, Almiro. *Os indivíduos... cit.*, p. 102. Ver, também, do mesmo autor, sobre o tema: Consulta formulada pelo Prefeito Tarso Genro: Veiculação de Publicidade com Infrigência eventual do art. 37, §1º das CF e Estatuto das Licitações. Possibilidade do slogan “Administração Popular”. *Revista da Procuradoria Geral do Município de Porto Alegre*, v.8, nº9, agosto/1996, pp. 63/64 e Os Contratos de Gestão.

Estas modificações consistem na adoção da negociação ou na utilização de soluções consensuais para problemas administrativos, substituindo as clássicas soluções unilaterais, o que os franceses e italianos chamam de ‘concertação’ e a doutrina anglo-americana, de ‘*soft administration*’. Esta tendência tem sido denominada, no Direito estrangeiro, de “contratualização do setor público” ou “nova gestão pública”, e a terminologia adotada revela a migração de conceitos da teoria econômica para a teoria do direito. Daí, as relações contratuais - modo jurídico de relações entre pessoas privadas por excelência - tendem a ser o modo de explicar as relações entre autoridades públicas, ou mesmo entre diferentes componentes de uma mesma autoridade ou órgão. O sistema de referências passa a ser “o mercado”, de modo que práticas de privatização, desregulamentação, delegação de serviços públicos a empresas privadas passam a ser comuns, e “o contrato” acaba por ser “o cavalo de Tróia” para a privatização do setor público. Como afirma Ivonne Fortin, o contrato não opera uma simples “incursão” na esfera da ação pública, mas uma verdadeira “invasão”.<sup>260</sup>

Normalmente, quando o serviço público implica a intervenção do Estado no domínio econômico, o meio escolhido para a gestão é o contrato, seja em substituição aos atos administrativos, como ocorre na Alemanha,<sup>261</sup> seja sob a forma de “contrato de plano” ou “contrato programa”, como na França.<sup>262</sup> No caso da Alemanha, existe a previsão na Lei de Procedimento Administrativo, nos artigos 54 a 61, de que a Administração possa contratar com os particulares em igualdade de condições, de forma a substituir a atuação unilateral (prática de atos administrativos).<sup>263</sup>

Na França, os contratos entre o Estado e as empresas públicas, traduzem uma “nova política” do Estado em relação às empresas nacionais e são o instrumento de colaboração entre

*Anais do XXIV Encontro Nacional de Procuradores Municipais, cujo tema foi “ O Município diante das Reformas Constitucionais”*. Porto Alegre: Assembléia Legislativa, 07 a 11 de setembro de 1998, pp. 37 a 48.

<sup>260</sup> FORTIN, Ivonne. La contractualisation dans le secteur public des pays industrialisés depuis 1980: hors du contrat point de salut? In: *La Contractualisation dans le secteur public des pays industrialisés depuis 1980*. Sous la direction d’Yvonne Fortin. Paris: L’Harmattan, Collection Logiques Juridiques, 1999, pp 7/8.

<sup>261</sup> *Koordinationsrechtliche Verträge* (contrato de coordenação), em que as partes estão em pé de igualdade e que substitui, muitas vezes, um ato administrativo ou uma operação vinculada deste gênero. Cf. MAURER, *Droit Administratif...cit.*, pp. 368/369. Texto cf. MELONCELLI, Achille. La Legge sul Procedimento Amministrativo del 25 maggio 1976 della Repubblica Federale Tedesca. *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*. Milão: Giuffrè, nº 1, 1978, p. 294.

<sup>262</sup> Cf. CHAPUS, René. *Droit Administratif Général*. 7ª ed. Tomo I. Paris: Montchrestien, 1993, p. 353 e COUTO E SILVA, *Os Contratos de gestão, cit.*, p. 44.

<sup>263</sup> Na Alemanha, o contrato administrativo – *ausgehandelter Verwaltungsakt* – é um modo alternativo de atuação da Administração Pública. Essa concepção é em tudo diferente da concepção francesa (em voga também no Brasil) que surgiu no âmbito do contencioso administrativo, segundo a qual o contrato administrativo é uma

o poder público e os operadores econômicos. Esta política foi iniciada em 1967 e está consubstanciada no “Relatório Nora”. Os contratos concluídos com as empresas públicas definem os objetivos a serem atendidos por elas e lhes impõem o respeito a certas prescrições destinadas a manter sua gestão na linha da política econômica do governo e a assegurar que certas obrigações do serviço público não sejam inteiramente eclipsadas pelo espírito da gestão comercial. Em contrapartida, às empresas ficam asseguradas a liberdade de gestão e a responsabilidade sobre a mesma, e não há outro controle que não o dos resultados.

No caso da França, pelos ‘contratos de plano’, há a substituição da ‘administração por comandos’ pela ‘administração de resultados’, implicando a outorga de autonomia de funcionamento às entidades privadas “com a substituição de controles *a priori* por controles *a posteriori*, controle de resultados”.<sup>264</sup> Em contraprestação, a empresa deve cumprir certas metas estabelecidas pelo poder público. Após a crise do petróleo da década de 70 do séc. XX, os contratos de programa ou de plano foram substituídos pelos “contrato de empresa”, em que foram cortadas as vinculações com os planos nacionais, e os prazos de duração tornaram-se mais reduzidos.

O direito italiano não ficou à margem deste movimento em direção à “consensualidade”. Com a edição da Lei n. 241, art. 11. foram conferidas legitimidade e fundamento legislativo aos “acordos” administrativos, concluídos entre a Administração e os particulares. O acordo previsto em lei é fruto de uma orientação crescente na administração, na jurisprudência e na doutrina italianas, surgida no contexto de uma sempre maior privatização do agir administrativo e de co-envolvimento do capital privado na realização de obras e serviços públicos. De acordo com Mengoli, trata-se “da temática inerente à configurabilidade, no nosso ordenamento, de uma categoria geral de atos bilaterais,

---

espécie de ato administrativo. Ver COUTO E SILVA, *Os indivíduos...cit.*, p. 102e MAURER, *Droit Administratif...cit.*, *idem.* .

<sup>264</sup> Cf. FALCONI, Franca. I contratti di piano nella dottrina francese. *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, nº 2-3, 1979, pp595 a 617. No texto, a autora refere a discussão existente na doutrina francesa sobre a natureza jurídica do “contrato de plano”, segundo a qual estes ou são “quase-contratos” (a lei não prescreve a observância de formalidade alguma), isto é, operações complexas constituídas, de um lado, por um verdadeiro procedimento de contratação direta que determina o programa econômico que a empresa se empenha em realizar e que a Administração reconhece como objetivo do plano e o tipo de entidade que esta reconhece, e, por outro, concluída a primeira contratação com êxito, por atos administrativos unilaterais mediante os quais a Administração provê os incentivos que ela mesma consentiu. São quase-contratos porque aparecem mais como declarações de intenções do que fonte de obrigações. A imprecisão das promessas da Administração excluem a responsabilidade do Estado naqueles casos em que, por exemplo, esta revoga uma vantagem. Esta falta de eficácia vinculante e a redução do âmbito conceitual do quase contrato à fase de contratação, fazem com que

consensuais e negociais, chamada <contrato de direito público> ou <contrato de objeto público>, diferente, seja do contrato civilístico, seja do *provvedimento*.<sup>265</sup>

Utilizado em alguns casos (convenção de loteamentos, convenções edilícias, acordo de cessão amigável de bem expropriado), esse acordo, substituindo ou condicionando um *provvedimento* administrativo (leia-se, no Brasil, um “ato”) é considerado um *tertium genus* em relação ao contrato de direito privado e ao *provvedimento* porque tem natureza jurídica mista e complexa, bilateral, de certo modo negocial e paritária, e não dá ao sujeito privado contratante nenhuma legitimação à titularidade de um poder público.

Esse acordo pode ser substitutivo ou integrativo, no sentido de que este determina o conteúdo discricionário do ato (*provvedimento*) final, mas não a ponto de identificar o ato final com o acordo. Neste caso, existem dois atos separados no plano formal: um é o acordo (bilateral), e o outro, é o ato de exclusiva competência da Administração e sujeito às específicas formas previstas em lei. Conhecido pela prática (no âmbito do planejamento urbano e das concessões), desde antes da entrada em vigor da lei, o acordo substitutivo, ao contrário, (como é o caso do contrato alemão), ele incide sobre a esfera dos destinatários do mesmo modo que o *provvedimento* sub-rogado e, por isso, subordina-se à previsão normativa específica.

No Brasil, a partir da década de 90, em São Paulo, os chamados ‘contrato de gestão’<sup>266</sup> começaram a ser utilizados, principalmente em São Paulo, e, no plano federal, as experiências mais importantes foram a da Companhia Vale do Rio Doce, em 1992 e a da Petrobrás, em 1994.<sup>267</sup> Com a Emenda Constitucional nº 19, através do preceito inscrito no § 8º do art. 37, a

---

esses planos sejam considerados como uma simples troca de promessas sem valor jurídico, ou um instrumento privilegiado de colaboração acrescidos de uma promessa de comportamento.

<sup>265</sup> MENGOLI, Valerio. *Gli Accordi Amministrative fra Privati e Pubbliche Amministrazioni*. Milano: Giuffrè Editore, 2003, p. 3, *verbis*: “Si tratta della tematica inerente alla configurabilità, nel nostro ordinamento, di una categoria generale di atti bilaterali, consensuali e negoziali, chiamata < *contratto di diritto pubblico* > ou < *contratto ad oggetto pubblico* >, differente sia dal contratto civilístico che dal *provvedimento*.”

<sup>266</sup> Cf. AFONSO DE ANDRÉ, Maristela. *Contratos de Gestão (Subsídios para a Reforma do Estado)*. Brasília: Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado (MARE), Escola Nacional de Administração Pública (ENAP), 1996, p. 7. Para a autora, o contrato de gestão “é um compromisso institucional firmado entre o Poder Executivo do Estado e cada entidade governamental a ele subordinada”, incluindo-se empresas públicas, com a intenção de estimular a “Gestão por Objetivos” no âmbito do setor público, deslocando os controles normativos (jurídicos, fiscais, orçamentários e tarifários) para o “controle de fins ou de objetivos a atingir”. O princípio básico do Contrato de Gestão é a substituição dos controles *a priori* por avaliações de resultados *a posteriori*, o que é feito estabelecendo-se um conjunto relevante de indicadores de desempenho.

<sup>267</sup> No direito brasileiro, antes da Emenda Constitucional nº 19, os contratos de gestão com as empresas estatais eram regidos pelo Decreto nº 137/91, que instituiu o Programa de Empresas Estatais, mas uma empresa

autonomia gerencial orçamentária dos órgãos e entidades da Administração direta e indireta pode ser ampliada mediante contrato que tenha por objeto a fixação de metas de desempenho para o órgão ou entidade, isto é, ‘contrato de gestão’.

Almiro do Couto e Silva<sup>268</sup> questiona a redação do dispositivo constitucional porque entende não ser possível um contrato de gestão dentro da Administração direta, a não ser que a intenção do legislador constitucional tenha sido a adoção de técnicas mais modernas de administração em organismos da Administração direta como as fábricas de pólvora dos estabelecimentos militares e os hospitais públicos, que, afinal de contas, funcionam como empresas (estabelecimentos comerciais e industriais).

De qualquer modo, ressalta-se que, no Brasil, a adoção de contratos de gestão faz parte de um processo mais geral de contratualização entre a pessoa jurídica matriz e as entidades de sua administração indireta, e, por isso mesmo ele, foi alçado à categoria de norma constitucional. Verifica-se finalmente que, no ordenamento jurídico brasileiro, os mecanismos consensuais de administração estão excluídos da administração tributária, “pela incidência de princípios e normas específicos”, são limitadamente utilizados no direito da Previdência Social e nas relações com os servidores públicos” e têm seu âmbito de aplicação no campo das subvenções, em matéria urbanística e ambiental e no direito dos cartéis.<sup>269</sup>

Esta é, portanto, uma tendência em curso nos países industrializados, mas, justamente porque está ligada à tradição de cada país, não é uniforme. No Brasil, justifica-se a adoção de instrumentos consensuais na gestão da Administração, como decorrência do novo modelo do Estado Democrático de Direito, pois este “estimula a harmonia entre a atividade estatal e a ação privada, valorizando os entes de cooperação e fortalecendo o desenvolvimento da comunidade mediante os instrumentos de garantia e proteção de direitos coletivos e difusos”.<sup>270</sup>

---

concessionária de serviços públicos, ainda que privada, também poderia ter seu desempenho acompanhado pelo Estado através de ‘Compromissos de Gestão’, de modo que os interesses da população usuária resem melhor garantidos, tanto em relação à qualidade e preços dos serviços, quanto em relação aos investimentos necessários ao atendimento de demandas futuras.

<sup>268</sup> COUTO E SILVA, *Os contratos.....cit.*, p. 44.

<sup>269</sup> COUTO E SILVA, *Os indivíduos.....cit.*, p. 103.

<sup>270</sup> TÁCITO, Caio. Perspectivas do Direito Administrativo no Próximo Milênio. *Revista de Direito Administrativo*, nº 212, abr./jun. 1998, p. 4.

Nesta linha de argumentos, se a noção de “Estado Democrático de Direito” compreende tanto o aspecto da participação do cidadão (e por isso, democrático) quanto o da justiça material (de direito), a noção que acaba ficando ressaltada é a de “Estado Subsidiário”, isto é, aquele Estado em que se respeitam os direitos individuais e se reconhece que a iniciativa privada - através de indivíduos ou de associações - tem primazia sobre a atuação estatal, de tal modo que, a cargo do Estado ficam as atividades de fomento, coordenação e fiscalização dessa iniciativa, a fim de que os particulares, sempre que possível, tenham sucesso na condução de seus empreendimentos.<sup>271</sup>

Adotada a fórmula “Estado Democrático de Direito”, na Constituição Federal foi inscrita uma série de instrumentos deste novo tipo de administração, tais como, exemplificativamente, aqueles que prevêm a colaboração dos particulares na prestação dos serviços de saúde (art. 197 e 198),<sup>272</sup> de assistência social (art. 204)<sup>273</sup> e de ensino (art. 206).<sup>274</sup> O Estado também fomentará a cultura, o desporto, e ciência e tecnologia.<sup>275</sup> O Estado igualmente aparece como agente normativo e regulador da atividade econômica, bem como prestador direto de serviços públicos. É precisamente no âmbito da prestação de “serviços públicos”, entendida como espécie do gênero “atividade econômica em sentido amplo”<sup>276</sup> e da regulação da atividade econômica que estão concentrados os esforços do legislador constitucional e infraconstitucional para desenvolver no País, a “administração negociada”.

Por isso, está em curso uma ampla “Reforma do Estado” que tende a diminuir o tamanho do aparelho administrativo e daí, a delegação de certos serviços públicos aos particulares, a quebra de monopólio de certas atividades para torná-las competitivas, a

<sup>271</sup> Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. 3ª. Ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 25.

<sup>272</sup> CF, Art. 197: “São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao poder público dispor, nos termos da lei, sobre a sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado. [...] Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram um rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: [...] III - participação da comunidade [...]”.

<sup>273</sup> CF, Art. 204: “As ações governamentais na área da assistência social serão realizadas com recursos do orçamento da seguridade social [...] e organizadas com base nas seguintes diretrizes: [...] II - participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis”.

<sup>274</sup> CF, Art. 206: “O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: [...] VI- gestão democrática do ensino público, na forma da lei; [...]”.

<sup>275</sup> CF, Art. 215: “O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais”; art. 217. “É dever do Estado fomentar práticas desportivas formais e não formais, como direito de cada um(....” e art. 218. “O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas.”

<sup>276</sup> Conceituação de Eros Roberto Grau in: Constituição e Serviço Público. *Direito Constitucional. Estudos em Homenagem Paulo Bonavides, cit.*, pp. 249-267.

parceria com entidades públicas ou privadas para a gestão associada de serviços públicos e a intensificação do instituto da terceirização “para buscar a colaboração de entidades privadas no desempenho de atividades-meio da Administração.”<sup>277</sup>

Os autores brasileiros têm opiniões divergentes sobre este movimento. Maria Sylvia Di Pietro, por exemplo, assevera que a tendência à “privatização” em sentido amplo é “um risco para o Princípio da Legalidade”,<sup>278</sup> embora reconheça a necessidade, imposta pela realidade, de reformar-se o aparelho de Estado, para fazer frente a dois problemas: a) a permanente crise financeira do Estado, que faz com que as pessoas políticas públicas de existência necessária não tenham orçamento suficiente para o cumprimento de suas tarefas essenciais e b) devem ser buscadas medidas inovadoras que permitam ao Estado ser mais eficiente na prestação de seus serviços.

Nesta busca de redução do papel do Estado, observam-se algumas tendências, como a de criar condições para uma participação mais ampla do cidadão no processo político e na gestão e controle das atividades administrativas; a privatização como meio para diminuir a intervenção do Estado na ordem econômica e social; a modificação da forma de regulação, garantindo-se ao Estado as tarefas de “incentivar, subsidiar, fiscalizar, planejar”; a desburocratização da Administração, pela criação da Administração Gerencial, com o objetivo de alcançar eficiência e a ampliação das “técnicas de fomento à iniciativa privada de interesse público na ordem econômica e social”.<sup>279</sup>

Partindo igualmente da necessidade de dar respostas eficientes aos novos problemas que a realidade impõe ao administrador, Diogo Figueiredo Moreira Neto<sup>280</sup> entende que o processo de reforma administrativa e a conseqüente “consensualização” da Administração não é de per si ruim: além de inevitável, é saudável, porque reflete “a expansão do nível de consciência dos interesses” e do nível de participação política. O Estado pluralista passa a ser

---

<sup>277</sup> DI PIETRO, *Parcerias.....*, cit., p. 38

<sup>278</sup> No texto consultado, a autora inicia o capítulo 12 (Dos Riscos para o Princípio da Legalidade), dizendo: “É oportuno lembrar que o entusiasmo pela privatização (entendida no sentido de busca pelo regime jurídico de direito privado para a Administração Pública), não pode chegar ao ponto de tornar letra morta o princípio da legalidade, porque sem este não se pode falar em Estado de Direito”. Ela faz referência à tradição brasileira de “desprezo à legalidade” que, associada aos ideais do neoliberalismo, do Estado subsidiário, levou “à procura de mecanismos de fuga ao regime jurídico administrativo” (p. 225).

<sup>279</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia. Limites da função reguladora das agências diante do princípio da legalidade. In: *Direito regulatório: temas polêmicos*. Coordenado por Maria Sylvia Zanella Di Pietro. Belo Horizonte: Ed. Forum, 2003, p. 45.

<sup>280</sup> MOREIRA NETO, *Mutações.....*, cit., pp. 39/40.

um instrumento da sociedade, que recupera “o espaço público perdido e torna-se protagonista da política, não apenas em nível individual, do cidadão, uma conquista liberal que se revelara *insuficiente*, mas em nível coletivo, organizada em segmentos de interesses os mais diversos, daí a qualificação recebida de *pluriclasse*.”<sup>281</sup> Aliás, para o referido autor, a consensualidade é um dos princípios jurídicos que sobressaem na reforma administrativa empreendida pela EC 19/98, porque, se a consensualidade é “consectária da participação”, ela é técnica de coordenação de interesses e ações, e “uma nova forma de valorização do indivíduo, prestigiando, simultaneamente, a *autonomia da vontade*, motor da sociedade civil e do progresso, e a parceria entre esses dois principais atores: a sociedade e o Estado.”<sup>282</sup>

Com posição semelhante, Odete Medauar entende que o processo de “Reforma Administrativa” faz parte de uma tendência de evolução da Administração nos quadros do Estado Democrático de Direito, uma vez que está havendo uma maior aproximação da Administração com a população em geral, o maior uso do direito privado; reduzem-se as atuações sob *imperium* e conseqüentemente, aumenta a utilização de formas consensuais e convencionais na solução de problemas.<sup>283</sup> Deste modo, o aumento da utilização de modalidades contratatuais, convencionais ou consensuais pela Administração na relação com os particulares, acaba por atenuar o caráter unilateral e impositivo da atividade administrativa.<sup>284</sup>

Embora radical em direção à mais ampla privatização do aparelho de Estado, a posição de Arnold Wald<sup>285</sup> não deixa de ser interessante. Para ele, o Estado deve ser apenas o garantidor dos “interesses superiores da sociedade”, de modo que ressalta a sua função de incentivador, regulador, fiscalizador, e não mais de empreendedor e operador. Assim cabe ao Estado garantir democraticamente a “igualdade de todos a uma vida digna, sendo pois o grande catalisador do desenvolvimento institucional, econômico e social.”<sup>286</sup> Por conseguinte, justifica-se a reforma do Estado para que este seja mais flexível, funcione como entidade descentralizada na tomada de decisões, seja mais eficiente, e se dê à democracia “um sentido mais participativo, mobilizando a sociedade civil e as entidades intermédias, públicas

<sup>281</sup> MOREIRA NETO, *Mutações....*, cit., p. 40.

<sup>282</sup> MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. *Apontamentos sobre a reforma administrativa: emenda constitucional n. 19, de 4 de junho de 1998*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 25.

<sup>283</sup> Cf. MEDAUAR, *O Direito administrativo....*, cit., p. 135.

<sup>284</sup> Cf. MEDAUAR, *idem*, p. 199.

<sup>285</sup> WALD, Arnold; MORAES, Luiza Rangel; WALD, Alexandre de M. *O Direito de Parceria e a Lei de Concessões*. 2ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004, *passim*.

<sup>286</sup> WALD, A., *idem*, p. 14.

e privadas, aproximando os representantes do povo dos seus eleitores, por um sistema eleitoral mais adequado, pelo aprimoramento dos partidos e por uma representação política mais equitativa, conciliando-se liberdade e responsabilidade.”<sup>287</sup>

Nesta linha de raciocínio, um “novo Estado” precisa de um “novo direito” e, partindo da distinção clássica entre “contratos de atribuição” e “contratos de colaboração”, Wald chega à conclusão de que esse “direito novo” é o direito administrativo flexibilizado, isto é, aquele em que se incluem fórmulas de direito privado (com as modificações necessárias) e em que se delega “aos particulares a realização de determinados serviços públicos, de acordo com a regulamentação e sob a fiscalização do Estado, multiplicando-se as parcerias”.<sup>288</sup> O que estaria ocorrendo, então, seria a “privatização” e a “democratização” do direito administrativo ou, pelo menos, de alguns de seus ramos, como o direito público econômico e o direito da regulação.<sup>289</sup>

Assim, o refluxo da imperatividade e o reequilíbrio da coerção são conformações a essas transformações, de modo que se vão impondo os conceitos de desestatização, despolitização e deslegalização. (Daí serem decisivas, para as democracias, a participação e a consensualidade) porque, entre outras contribuições, aprimoram a governabilidade (eficiência) e a legitimidade, na medida em que o Estado compartilha com os cidadãos a produção de normas, emprega formas alternativas de coordenação das ações na administração dos interesses públicos - por cooperação e por colaboração - e adota formas alternativas de composição de conflitos.

Escolher a coordenação - a consensualidade - para atuar justifica-se “pelo potencial criativo e operativo dos entes da constelação social (colaboração)”<sup>290</sup> e mesmo dos entes estatais (cooperação); reduzem-se os custos para o Estado e para a sociedade

<sup>287</sup> WALD, A. *idem*, p. 17.

<sup>288</sup> WALD, A. *idem*, p. 54.

<sup>289</sup> WALD, A. *idem*, p. 55. No texto, Arnold Wald explica que, em determinado momento, “o Estado não se limitou a expropriar os bens dos particulares mas também passou a utilizar técnicas de direito privado para desenvolver a atividade administrativa, como foi o caso, por exemplo, das sociedades de economia mista. Esta maior flexibilização da Administração para alcançar seus objetivos significa, pois, uma privatização dos métodos de trabalho e da organização do poder público e das entidades administrativas para que possam adquirir maior eficiência. Para tanto, utiliza-se a descentralização sob todas as suas formas, a democratização de vários procedimentos administrativos, com audiências públicas que precedem as decisões do Poder Público, e amplia-se o controle da sociedade sobre o próprio Estado, seja pela criação do *ombudsman* e de órgãos análogos, seja com a ampliação do controle judiciário e a multiplicação dos instrumentos para que possa ser realizado adequadamente.”

<sup>290</sup> Cf. MOREIRA NETO, *Mutações...*, cit., p. 42.

(economicidade), simplifica-se a máquina (racionalidade), reforça-se a regulação (controle), moderniza-se a prestação de serviços a cargo do Estado, atendem-se melhor as demandas aumentadas da sociedade (eficiência) e se racionaliza a atribuição de competências, tanto entre entes estatais quanto entre Estado e sociedade (aumenta o nível de subsidiaridade).

Assim, no âmbito interno da Administração pública, desenvolve-se o conceito de cooperação, através das formas clássicas dos consórcios e convênios e de formas novas como os contratos de gestão (acordos para a realização de programas específicos de administração pública: acordos de programa) e consórcios públicos. Já no âmbito externo, fala-se em colaboração, através da gestão em parceria (convênios e contratos de gestão) e da gestão admitida (reconhecimento).<sup>291</sup> Tanto a doutrina quanto a legislação nacional denominam genericamente de “parceria” a colaboração econômica entre o setor público e o setor privado, modificando, assim, o emprego tradicional do termo, que designa “uma forma *sui generis* de sociedade em que não se dá a composição do capital social nem a instituição de uma nova pessoa, mas apenas uma relação negocial, em que uma das partes assume obrigações determinadas com vistas à participação de lucros alcançados.”<sup>292</sup> No direito público, esta noção explica o caso específico da concessão e permissão de serviço público (é nesse sentido que Wald a emprega), mas não daqueles em que não se visa o lucro. Por isso, com razão, Maria Sylvia, ao entender por “parceria” toda forma de sociedade que, não formando uma pessoa jurídica, é organizada entre o setor público e o setor privado, “para a consecução de fins de interesse público”.<sup>293</sup>

O movimento em direção à consensualidade, que está em curso, fez com que o legislador brasileiro editasse uma série de normas sobre as diferentes formas de contratação possíveis entre a Administração e os particulares, as quais vão desde a modificação do regime das concessões e permissões até a promulgação da recente lei sobre parcerias-público-privadas. (Lei nº 11.079, de 30/12/04).

Considerando que participação na Administração, além de ter o significado de “concertação”, é também o “diálogo” que a Administração estabelece com as pessoas interessadas em uma decisão, e só se realiza através do processo administrativo, isto é, com a

---

<sup>291</sup> Cf. MOREIRA NETO, *Mutações...*, cit., pp. 30/31.

<sup>292</sup> DI PIETRO, *Parcerias...*, cit., p.31 e MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. O sistema de parceria entre os setores público e privado. *Boletim de Direito Administrativo*. São Paulo: NDJ, ano XIII, nº 1, jan. 1977, p. 75.

<sup>293</sup> DI PIETRO, *Parcerias...*, cit., p. 31.

transposição, para o domínio do procedimento administrativo, do princípio do contraditório: é o processo administrativo que acaba por conferir legitimidade definitiva ao poder administrativo, como se verá a seguir.

### 3.2 A processualização da Administração

“Processo” é administração em movimento, é a sua “forma”, ou a expressão dinâmica da função,<sup>294</sup> e a extensão das formas processuais à função administrativa marcou justamente a passagem de uma concepção subjetivística (“manifestação da vontade da Administração”) para outra mais objetiva, de modo que, “pelo enfoque da função, entre a norma que atribui o poder e o ato administrativo, coloca-se a função e não a autoridade com sua vontade; o ato administrativo é visto, portanto, como produto da função e não como manifestação pré-constituída de um sujeito privilegiado”.<sup>295</sup>

Dado que a função administrativa também se exterioriza na “relação de administração”, quando esta se desenvolve segundo um esquema seqüencial, em que há contraditório, ela pode ser qualificada como “relação processual administrativa”. Se a relação jurídica é um ‘conceito-quadro’ que permite explicar fenômenos que vão além do ato administrativo como os de participação – dos particulares ou outras autoridades públicas - no procedimento, uma vez que este “constitui uma das modalidades de relação jurídica”, a noção do que seja ‘processo administrativo’ é assimilada à de relação jurídica<sup>296</sup> na medida em que

<sup>294</sup> A expressão é de BENVENUTI, Feliciano. *Funzione amministrativa, procedimento, processo*. *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1952, pp. 188 e ss. Para o autor, entre o poder e o ato há um hiato que tem que ser preenchido pela noção dinâmica de função, cuja forma sensível é o procedimento: a função é um momento da concretização do poder em ato.

<sup>295</sup> MEDAUAR, Odete. *A processualidade no Direito Administrativo*. São Paulo: RT, 1993, p. 60.

<sup>296</sup> De acordo com Alfredo Becker, a relação constitucional do Estado nada mais é do que uma atividade contínua relacionada ao bem comum, que se sustenta e se alimenta ‘da inteligência e vontade do homem’, cuja ‘energia dinâmica’ – “capacidade de agir (poder ou força natural e racional) dos indivíduos humanos criadores do Estado”<sup>296</sup> – gera dois campos de força equilibrados e em sentido contrário: o feixe de deveres centrípetos – a relação tributária – e o feixe de direitos centrífugos – a relação administrativa. O que confere tal equilíbrio é o princípio da igualdade, “porque cada indivíduo, situado no pólo negativo da relação constitucional do Estado, contribuirá para o feixe de deveres centrípetos (IR), na proporção de sua capacidade de agir para o Bem Comum (capacidade contributiva)”. De outro lado, cada indivíduo, situado no pólo positivo da relação constitucional, receberá do feixe de direitos centrífugos (VIR) na proporção de sua necessidade do Bem Comum”. Com isso, o Estado, na relação jurídica de administração, figura no pólo negativo e os indivíduos, no pólo positivo. De acordo com esta construção, há ‘relação de administração’ sempre que presentes o Estado (pessoa jurídica pública política) em um dos pólos da relação, independentemente de seu regime jurídico estruturador. As normas que regem essas relações são sempre de ordem pública e daí surge o regime

aquele é um instrumento de regulação dessas relações, “cujos intervenientes são chamados a actuar para a defesa de suas posições jurídicas substantivas.”<sup>297</sup>

Ademais, os direitos subjetivos dos indivíduos e dos grupos têm uma dimensão procedimental cada vez mais importante na Administração moderna (conformadora de infra-estruturas), pois estes têm faculdades de intervenção e oportunidades de influência no processo administrativo. Esta dimensão procedimental dos direitos subjetivos, que fez nascer um verdadeiro *status activus processualis*,<sup>298</sup> acabou por constituir-se em um “princípio

---

jurídico-administrativo. A relação jurídica é, ela mesma, uma categoria geral da teoria do direito, que qualifica uma relação existente entre dois sujeitos e que resulta de uma situação concreta sobre a base de uma regra de direito. Se essas relações jurídicas se dão sob o regime do direito administrativo, então, se está em presença de uma relação de direito administrativo. A construção dogmática do ‘Estado de Direito’ e sua teorização nuclear – a personalidade jurídica do Estado – é que permitiu a formulação de que a “relação de administração domina e paralisa” a relação de direito subjetivo e todo o direito administrativo. Assim, a base dessa teoria é a distinção entre os bens do monarca e o do Fisco (teoria do Fisco ou da dupla personalidade do Estado) e a ‘teoria dos direitos subjetivos públicos’. De acordo com Pereira da Silva, a formulação da teoria da ‘relação jurídico-administrativa’, ao permitir abarcar a integralidade do relacionamento da Administração com os particulares (mesmo quando atua através de uma decisão unilateral), “parece ser o instituto mais adequado para permitir enquadrar todo o universo dessas ligações” e se torna, assim, “capaz de ocupar a posição pertencente ao acto administrativo na dogmática tradicional”. Ruy Cirne Lima, por sua vez, ensina que, em princípio, nada há de diferente entre uma relação jurídica de direito privado e uma relação jurídico-administrativa, pois esta também é a uma “expressão de um poder do sujeito de direito sobre um objeto do mundo exterior, seja, aquêle uma coisa existente «per se», seja uma abstenção ou um fato, esperados de outro sujeito”.<sup>296</sup> Tal conceito descreve uma relação jurídica de qualquer ramo do direito (público ou privado). Mas: “Limite-se ainda mais a liberdade externa de determinação, reconhecida ao sujeito ativo da relação jurídica, vinculando-o, nessa determinação, a uma finalidade cogente [o ‘interesse público’ previamente determinado pelos atos políticos], e a relação se transformará imediatamente, sem alteração, contudo, de seus elementos essenciais”. A Administração Pública, por via de consequência, não possui uma vontade, uma *voluntas* própria para estabelecer uma relação jurídica de direito administrativo. Tal ‘vontade’ da Administração é sempre ‘instrumental’, previamente dada, determinada, condicionada pela atividade política; cabe a ela meramente constituir relações jurídicas para atingir as ‘finalidades públicas’ ou os ‘interesses públicos’. Este carácter instrumental da relação de administração também existe apenas na relação de administração do direito privado, o que as distingue, então é precisamente o fato de que, na relação de administração pública, a finalidade aparece “defendida e protegida, pela ordem jurídica, contra o próprio agente e contra terceiros”.<sup>296</sup> Em síntese, conforme Itiberê Rodrigues, tem-se uma relação jurídica de administração, nos quadros do direito administrativo, quando existentes na relação os seguintes elementos: a) pessoa de direito público (“autoridade pública”; art. 5º, LXIX, CF) ou pessoa estatal ou particular prestadora de serviço público (“agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público”; 5º, LXIX, *fine*) em um dos pólos da relação jurídica; b) norma de direito administrativo a reger a relação e a diferenciar a relação administrativa de outras relações de direito público como a relação tributária e c) qualificação pelo ‘interesse público’, previamente determinado e condicionado pela atividade política. Para essas considerações, ver: BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria Geral do Direito Tributário*. 3ª ed. São Paulo: Lejus, 1998, pp. 156 e ss; RODRIGUES, Itiberê de Oliveira. *Direito Administrativo*. Registro em meio eletrônico : “Curso Preparatório ao Concurso de Procurador do Município” promovido pela Escola de Direito Municipal de Porto Alegre, agosto a dezembro de 1997, Porto Alegre, RS; CIRNE LIMA, Ruy. *Princípios de Direito Administrativo*. 6ª. Ed. São Paulo: RT, 1987, pp. 51 e ss; PEREIRA DA SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias. *Em Busca do Acto Administrativo Perdido*. Coimbra: Almedina, 1996, pp. 149 e ss.

<sup>297</sup> Cf. PEREIRA DA SILVA, cit., p. 161.

<sup>298</sup> Tentando conciliar a teoria do status de Jellineck às novas realidades constitucionais e ampliando o sentido democrático-procedimental na participação no processo, estendendo-os aos direitos a prestações sociais em geral, Haberle considera a configuração de um *status activus processualis*, segundo a qual os direitos fundamentais não podem ser vistos em uma perspectiva exclusivamente material, pois implicam uma dimensão procedimental. Habermas considera que essa formulação “sobrecarrega do direito processual,

estruturador da Administração jurídico-constitutiva”, adquirindo diferentes configurações segundo a legislação, a jurisprudência e a doutrina administrativa, conforme suas especificidades próprias.

Transferindo o centro da atenção do ato administrativo em sentido estrito (*provvedimento*) para o procedimento, a perspectiva, antes jurisdicional – o procedimento explicava a formação da decisão final da Administração, como um instrumento a serviço do ato – foi deslocada para o procedimento, visto de uma forma autônoma. Isso é assim porque, se a Administração, cada vez mais, “privatiza a sua actividade, ou a contratualiza, o valor publicístico dessa actividade não pode mais ser encontrado no seu regime substancial, mas deve ser procurado para além dela e dos seus resultados, isto é, na sua organização.”<sup>299</sup>

Dada a progressiva aproximação entre a Administração e o cidadão, o procedimento deixa de ‘pertencer’ à Administração, para tornar-se uma “espécie de “condomínio”, no qual particulares e autoridades administrativas se tornam “cúmplices” da realização das tarefas administrativas”.<sup>300</sup> Assim, o procedimento acabou por alterar o ‘tipo burocrático’ de administração delineado por Weber, o qual surge hoje profundamente transformado pela participação, implicando uma “verdadeira e própria repartição do poder (“potestade”) administrativo entre o titular burocrático formal e a pluralidade dos intervenientes”.<sup>301</sup>

Por procedimento não se entende somente uma seqüência ordenada de atos em vista de uma medida, mas, sobretudo, um modo e um método de ordenar os múltiplos interesses e objetivos públicos que são relevantes para diferentes centros de poder. Com isso, o centro de gravidade do direito administrativo se desloca do ato administrativo e sua concepção clássica

---

transformando-o no substituto de uma teoria da democracia” ser o mérito dessa formulação, embora admita que ela teve o mérito de chamar a atenção “para o nexo interno entre autonomia privada e pública”. Com isso, independentemente das críticas, tanto a teoria de Jellineck quanto à “correção” proposta por Habermas podem ser aceites porque são bastante explicativas a respeito das relações dos cidadãos com o Estado. Para isso, ver: JELLINECK, *Georg. Diritti Pubblici Subbiettivi*. Milano: Società Editrice Libreria. 1912. Tradução italiana da 2ª. Edição alemã, por Gaetano Vitagliano, todo o tempo e especialmente, pp. 96 e ss; HESSE, *cit.*, p. 230; ALEXY, *Teoría de los derechos...*, *cit.*, pp. 263 a 266; HABERMAS, *Direito e Democracia...*, *cit.* p. 150 e PEREIRA DA SILVA, *cit.*, p. 332.

<sup>299</sup> NIGRO, Mario. Procedimento Amministrativo e Tutela Giurisdizionale contro la Pubblica Amministrazione (Il problema di una Legge Generale sul Procedimento Amministrativo) *in*: *Rivista di Diritto Processuale*. N° 2, aprile-giugno 1980, p. 274, .

<sup>300</sup> PEREIRA DA SILVA, *cit.*, p. 304.

<sup>301</sup> NIGRO, *cit.*, *idem*.

de resultado conclusivo da atividade de preparação e de elaboração da decisão para o caminho – o *iter* – mesmo de formação da decisão.<sup>302</sup>

Os fenômenos procedimentais no direito administrativo podem, segundo Pereira Dias, ser agrupados de acordo com três perspectivas: a) a primeira, negativista, não considera a relevância autônoma do procedimento e continua a analisar o direito administrativo, do ponto de vista do contencioso: é a visão que impera na França; b) a segunda, é uma perspectiva maximalista, segundo a qual “ a afirmação da relevância e autonomia dos fenômenos procedimentais vai dar origem ao surgimento de codificações que, dada a amplitude das matérias tratadas, vão muito além da regulação estrita do procedimento administrativo”, chegando a incluir disposições de direito material.<sup>303</sup> Este é o entendimento dominante na Áustria, Alemanha, Espanha, EUA, Portugal e na América Latina em geral (inclusive o Brasil) ;<sup>304</sup> c) a terceira posição, que é a do Direito italiano, é uma perspectiva que se pode chamar ‘minimalista’, pois, mesmo que seja realçada a importância dos fenômenos procedimentais (o procedimento é considerado o ‘núcleo’ do direito administrativo), a

---

<sup>302</sup> Consoante Giannini, na Itália, a questão de saber se o ato administrativo devia ser concebido ao modo de uma sentença ou negócio jurídico ficou superada pelo estudo do procedimento administrativo, principalmente pela obra de um grupo mais recente de juristas, “que transferiram o centro de sua atenção do ato em sentido estrito ao procedimento administrativo”. De acordo com a corrente doutrinária italiana mais significativa (Cassese e Nigro), a nova perspectiva acerca do procedimento apresenta duas vantagens em relação à tradicional doutrina do ato administrativo como centro de gravidade da atuação administrativa, a saber: a) a uniformização do tratamento dogmático da atividade administrativa porque o procedimento constitui um fenômeno comum a todos os domínios da Administração e faz a ponte entre a atuação de gestão pública e gestão privada; b) permite compreender a integralidade da ação administrativa e seu relacionamento com os privados, “ao longo do tempo”. A perspectiva é, então, como afirma Nigro, de “técnica de diluição do poder e método de coordenação de organizações”. A teoria austríaca e alemã difere um pouco da teoria italiana no sentido de que, para os germânicos, o procedimento é condicionante da decisão final (teoria da decisão). Os italianos integram a decisão no procedimento e, por isso, enxergam, no procedimento, “o novo conceito central da dogmática administrativista”, isto é, a nova realidade reconduz tanto “a actuação das autoridades administrativas como dos particulares a esquemas procedimentais, e preconizando a “objectivização” do Direito Administrativo, dado que todos esses sujeitos se encontram a realizar em conjunto a função administrativa”. Já a doutrina germânica considera a ‘relação jurídica’ como o novo conceito central da dogmática administrativista, e, relativamente ao procedimento, “caminha no sentido da radical “subjectivização” deste, procedendo ao equilíbrio das posições relativas dos particulares e das autoridades administrativas.” Ver: GIANNINI, Massimo Severo. *Enciclopedia del Diritto*. Vol. IV. Milão: Giuffrè, 1988, verbete “Atto Amministrativo”, p.162 e PEREIRA DA SILVA, cit., pp. 302 e ss.

<sup>303</sup> Cf. PEREIRA DA SILVA, cit., pp. 311/312

<sup>304</sup> Odete Medauar relaciona as principais leis de processo administrativo de 1889 a 1990, quais sejam: a lei espanhola de 1889, a lei austríaca de 1925, a lei norte-americana de 1946, as leis das democracias populares (Tchecoslováquia, de 1955; Iugoslávia, de 1957, Polônia, de 1960 e Hungria, de 1957), a lei espanhola de 1958, a lei argentina de 1972, a lei alemã de 1976, a lei italiana de 1990, a lei portuguesa de 1991 e alguns textos latino-americanos, como o Dec. 640/73 do Uruguai, a Lei Geral da Administração Pública da Costa Rica, de 1978, a Lei Orgânica de Procedimentos Administrativo da Venezuela, de 1982 e o Código Contencioso-administrativo da Colômbia (país que adota a dualidade de jurisdição), de 1984. A autora não faz referência à lei brasileira de processo administrativo, porquanto a mesma é posterior à edição do texto ora consultado. *In*: (nota 70 – *A processualidade...*), pp. 139 e ss.

codificação tem caráter restrito e se limita “a estabelecer princípios gerais ou a regular apenas alguns dos seus momentos considerados mais importantes”.<sup>305</sup>

A lei federal alemã sobre procedimento administrativo (que é um paradigma) não contém somente disposições relativas ao procedimento seguido pela Administração, mas também direito administrativo material, na medida em que estão em relação com o procedimento (*konnexe Materien*).<sup>306</sup> Nestas condições, a lei federal realizou uma codificação parcial do procedimento administrativo não contencioso, ao mesmo tempo em que regulamenta o regime dos atos da Administração e dispõe sobre o direito da organização administrativa.<sup>307</sup>

A lei federal é aplicável quando age uma autoridade da Federação ou de um Estado, quando exista uma atividade administrativa qualificada como ‘atividade de direito público’, nos casos em que as normas jurídicas federais não contenham disposições diversas ou contrárias, ou que não se enquadrem nas exceções previstas no § 2º e se trate de ‘procedimento administrativo’<sup>308</sup> e, ainda, em se tratando de uma atividade de autoridade regional, esta não é regulada por uma lei regional de procedimento administrativo.<sup>309</sup>

<sup>305</sup> PEREIRA DA SILVA, cit., p. 312.

<sup>306</sup> Cf. MAURER, *Droit Administratif...*, cit., p. 89.

<sup>307</sup> Cf. FROMONT, Michel. *La Codification du Droit Administratif par la Loi du 25 Mai 1976*. RDPSP. Paris: LGDJ, nº 6, 1977, p. 1285. Quanto ao âmbito de aplicação, o “código” federal de procedimento administrativo se aplica a título subsidiário - na falta de disposições expressamente contrárias (§ 1, alíneas. 1 e 2) - uma vez que as regras particulares de procedimento contidas nas diversas leis federais continuam em vigor. Assim, a lei federal pode aplicar-se sempre que uma autoridade do Estado Federal, de um *Land*, dos municípios e consórcio de municípios ou uma qualquer pessoa jurídica de direito público exerça atividade administrativa de direito público.

<sup>308</sup> De acordo com o § 9 da Lei Federal, o procedimento administrativo é “atividade externa relevante das autoridades e que tem por objeto o exame das condições de edição, de preparação e de emissão de um ato administrativo ou ainda a conclusão de um contrato de direito público; isso compreende a emanação de um ato administrativo ou a conclusão de contratos de direito público”. Texto cf. MELONCELLI, Achille. La Legge sul Procedimento Amministrativo del 25 maggio 1976 della Repubblica Federale Tedesca. *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*. Milão: Giuffrè, nº 1, 1978, pp. 312/313. Comparar com. FROMONT, cit., p. 1289 e MAURER, *Droit Administratif...*, cit., p. 97. Ver, também, MASUCCI, Alfonso. La legge tedesca sul processo amministrativo. In: *Quaderni di Diritto processuale amministrativo*. Milão: Giuffrè, 1991.

<sup>309</sup> A lei exclui de seu domínio de aplicação as operações administrativas internas e os procedimentos que tendem à edição de um regulamento governamental ou regulamento local, a emissão de qualquer declaração jurídica ou a prática de um ato real, bem como as atividades de administração da Igreja, das associações religiosas e das comunidades ideológicas, conforme § 2º, alínea 1. Além disso, também estão excluídos do âmbito de aplicação da lei setores importantes da atividade administrativa, como a administração fiscal, objeto de uma harmonização e regulação próprias (*Agabeordnung*, de 16 de março de 1976), a administração social, também objeto de uma codificação parcial (*Socialgesetzbuch*), a administração penal e a administração da justiça. Todavia são as disposições relativas aos atos da administração que são extremamente desenvolvidas e relevantes, porque constituem praticamente a motivação da lei. Tais disposições são importantes porque definem o regime jurídico de dois tipos de atos jurídicos da Administração, a saber o ato administrativo (individual) e o contrato administrativo. Considerando que a legislação existente quase não contém regras relativas ao ato ou contrato administrativo, tais regras são, na prática, mais importantes que as regras de

Franz Mayer<sup>310</sup> chama a atenção para o fato de que, até 1960, a dogmática administrativista alemã (“desenvolvida sempre mais na direção de uma radical conceitualização jurídica”) não se tenha questionado sobre o que se podia entender, em definitivo, do ponto de vista científico, por ‘Administração’ e por ‘procedimento administrativo’, bem como sobre a ausência deste tema em obras fundamentais de direito público, como as de W. Jellineck e Forsthoff. Ele ressalta, no entanto, que Lorenz Von Stein já tinha advogado a tese de uma codificação geral do direito administrativo e que as primeiras tentativas legislativas de normatizar em direção a um direito procedimental administrativo unitário não conduziram, contudo, a uma codificação geral do procedimento.<sup>311</sup>

Tal codificação é fruto da configuração do direito administrativo contemporâneo, que inclui a tendência a uma atuação administrativa transparente, entre outras não menos relevantes. Neste sentido, é lícito afirmar-se que a República Federal da Alemanha constitui um exemplo no que diz respeito ao procedimento, pois foi reclamada pelos seus cidadãos, no curso dos anos setenta do séc. XX, a “democratização da sociedade” através da participação.

312

De qualquer modo, antes da codificação, a questão do procedimento administrativo foi discutida e problematizada no âmbito da doutrina alemã, e, segundo Bettermann (fervoroso defensor da codificação do procedimento), ainda que a verdadeira e eficaz proteção jurídica dos cidadãos se dê através dos tribunais, o procedimento se constitui em auxiliar da Administração e em importante instrumento dessa proteção.<sup>313</sup> Por isso, “quanto mais difícil for a decisão, mais formalizado deve ser o seu procedimento”, principalmente quando se tratar de atos administrativos desfavoráveis. Assim, “o procedimento administrativo regula a competência, a forma, a publicidade, a execução, a revogação e a modificação de decisões das autoridades administrativas, bem como o seu controlo.”<sup>314</sup> Advém daí ser a lei alemã do

---

procedimento. Cf. MAYER, Franz. La Legge sul procedimento amministrativo nella Repubblica Federale Tedesca. *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*. Milão: Giuffrè, n° 3, 1977, p. 1122. Tradução de Achille Meloncelli.

<sup>310</sup> MAYER, F., *cit.*, pp. 1116 e 1117.

<sup>311</sup> *Gewerbeordnung*, de 21 de junho de 1869 – código comercial -; *Reichsversicherungsordnung*, de 19 de julho de 1911 – código de assistência do Reich – e *Reichsabgabernordnung*, de 13 de dezembro de 1919 – código tributário do Reich.

<sup>312</sup> Cf. FROMONT, Michel. *La transparence Administrative en République Fédérale d'Allemagne* In: DEBBASCH, Charles et alli. *La Transparence administrative en Europe*. Paris: Centre National de la Recherche Scientifique, 1990, p. 143.

<sup>313</sup> PEREIRA DA SILVA, *cit.*, p. 325.

<sup>314</sup> BETTERMANN, K.A. *Das Verwaltungsverfahren im R. – B. zum M. eines V.*, p. 22, *apud* PEREIRA DA SILVA, *cit.*, p. 326.

procedimento a confirmação da tese de Werner (o direito administrativo é o direito constitucional concretizado) porque a Constituição necessita da concretização operada pelo procedimento administrativo, a fim de realizar-se “a partir de baixo”, sendo uma espécie de lei fundamental para a Administração e, simultaneamente, uma lei do cidadão, já que este não é um puro objeto do procedimento, mas dele participa de forma ativa.<sup>315</sup>

Essa é a razão pela qual, Odete Medauar afirma que a noção de procedimento, que emergiu na década de 40 em diante, diz respeito “à garantia formal, para fins de facilitar o controle jurisdicional do ato administrativo, mediante o conhecimento das fases ou conjuntos de atos que levam ao efeito final”,<sup>316</sup> asseverando, ainda, serem duas as vertentes que expressam esta concepção: a austríaca, decorrente da teoria normativista dos atos estatais, e a norte-americana, “que parte da idéia de que “a sociedade civil detém capacidade de auto-regular-se, não devendo o Estado nela interferir”. Se a intervenção for necessária, aos particulares deve ser dada a oportunidade de se defenderem, “tal defesa se realiza mediante estrutura essencialmente jurisdicional atribuída ao processo administrativo”.<sup>317</sup>

A extensão das formas processuais à atuação da Administração aconteceu em um quadro teórico que procurou explicar o seu novo funcionamento. Em que pese a noção de ato administrativo ainda ocupar um lugar central na formação do direito administrativo de cada país, o fato é que as insuficiências e limitações da doutrina clássica fizeram com que essa noção não pudesse mais ser o centro de gravidade da Administração, pois domínios inteiros estão subtraídos da atividade administrativa autoritária e unilateral, de modo que o ato administrativo foi absorvido por formas de atividade cada vez mais complexas e articuladas. A resposta a este problema foi dada pela doutrina italiana, através da revalorização do procedimento, que supera o clássico dilema de saber se o ato administrativo deveria ser concebido à maneira de uma sentença ou negócio jurídico, isto é, uma das ‘formas de comunicação entre o poder público e os particulares’, ao lado da sentença e da lei. A doutrina

---

<sup>315</sup> HAEBERLE, Peter. <Verfassungsprinzipien “im” V.>, in SCHMITT GLAESER, *apud* PEREIRA DA SILVA, *cit.*, p. 330. Por isso, afirma Maurer, a lei de procedimento administrativo persegue diferentes fins, tais como a unificação do direito, a simplificação e a racionalização da administração, e, o mais importante, a lei beneficia o cidadão no curso do procedimento administrativo porque, doravante, seus direitos estão expressamente fixados e garantidos. Do ponto de vista do direito administrativo geral, a lei também contribui no sentido de suprimir as ambigüidades em relação à aplicação dos princípios gerais de direito administrativo, de resolver controvérsias e, em certos casos, de abrir novas vias de discussão e fundamentação desses princípios. *In: Droit Administratif...*, *cit.*, p. 92.

<sup>316</sup> MEDAUAR, *A processualidade...* *cit.*, p. 58.

<sup>317</sup> MEDAUAR, *A processualidade...*, p. 59.

italiana seguiu, neste passo, o caminho traçado pelo positivismo jurídico da Escola de Viena, cujos expoentes foram Kelsen e Merkl.

Com efeito, a aproximação da função administrativa com a função jurisdicional enquanto funções executivas “lançou os fundamentos teóricos da idéia de alternatividade do procedimento administrativo relativamente ao processo judicial.”<sup>318</sup>

Até a década de 20 do séc. XX, entre administrativistas, e a década de 40, entre processualistas, a idéia de ‘processo’ vinculava-se exclusivamente à função jurisdicional do Estado <sup>319</sup> e, entre os administrativistas, a fim de evitar a confusão entre o modo de atuar da Administração e o modo de atuação do Judiciário, reservou-se para o âmbito administrativo o vocábulo ‘procedimento’. Tais posturas podem ser justificadas pela precedência histórica e pela força da construção processual ligada à Jurisdição, pela idéia, presente durante longo tempo, de que a administração é atividade livre, incompatível com atuações cujo parâmetro seja o ‘processo’, bem como pela preocupação com o termo final da decisão - o ato administrativo - “sem que a atenção se voltasse para os momentos que precedem o resultado final. Ligado a este aspecto, está o zelo doutrinário e jurisprudencial com a garantida a *posteriori* dos direitos dos administrados, representada pelo controle jurisdicional”.<sup>320</sup> Odete Medauar prefere denominar ‘processo’ ao procedimento administrativo, explicando que o receio de confusão com o processo jurisdicional deixa de ter razão de ser quando se adota a

<sup>318</sup> Cf. PEREIRA DA SILVA, cit p. p. 320. Odete Medauar aponta que, na doutrina estrangeira, é atribuído a Merkl o pioneirismo no tratamento da processualidade no direito administrativo, através da obra publicada em 1927; outro momento doutrinário expressivo foi com a obra de Sandulli, editada pela primeira vez em 1940. Também é de 1940 a obra do espanhol Vilar y Romero. Em 1952, Feliciano Benvenuti, vincula a processualidade à função, como sua manifestação sensível. Em 1968, surge na França o livro de Guy Isaac, em que ele defende a visão global do fenômeno processual jurídico, admitindo a processualidade administrativa. Alberto Xavier, em 1976, na esteira de Benvenuti, publica, no Brasil, a obra *Do Procedimento Administrativo*, em que advoga a noção ampla de processo como expressão de uma vontade funcional. Na doutrina italiana, a obra de Mario Nigro, desde 1953, se dedicou ao procedimento administrativo e, em suas obras posteriores, principalmente nos anos 80, o tema foi acentuado e aprimorado. Gergio Berti, em 1986, realizou estudo sobre o processo, “vinculando a função e ressaltando que processo não é necessariamente ligado à jurisdição, no sentido de que a atividade jurisdicional não tem a exclusividade do processo”. In: *A Processualidade.....cit.*, pp. 18 e ss

<sup>319</sup> A partir dos anos 50 e 60, aumentaram os estudos a respeito do tema (processualidade dos poderes estatais), até se chegar, nos anos 70 e 80, à idéia, compartilhada por administrativistas e processualistas, de que o processo é um “conjunto de princípios, institutos e normas estruturados para o exercício do poder segundo determinados objetivos”, para a qual muito contribuiu a obra de Niklas Luhmann, *Legitimação pelo Procedimento*, que dá um tratamento unitário, “sob o enfoque da sociologia do direito, aos procedimentos juridicamente regulados, com base em formas de procedimento que adquiriram importância especial, inclusive os processos de decisão administrativa”. Cf. MEDAUAR, *A processualidade...*, p. 12.

<sup>320</sup> MEDAUAR, *A processualidade...cit.*, p. 14.

idéia de ‘processualidade ampla’, isto é, “a processualidade associada ao exercício de qualquer poder estatal”.<sup>321</sup>

Mesmo nos países em que se adota o sistema de dupla jurisdição, assevera ela, o termo ‘processo’ pode ser utilizado na jurisdição administrativa e seria ‘processo jurisdicional administrativo’ para deixar-se a locução ‘processo administrativo’ para a esfera da Administração. Em todo o caso, advoga Medauar, a melhor expressão, é ‘processo administrativo’, porque ela revela que “o procedimento com participação dos interessados em contraditório, ou seja, o verdadeiro processo” também ocorre na esfera da Administração Pública.<sup>322</sup>

De fato, independentemente da polêmica estabelecida sobre a melhor denominação (processo ou procedimento) nas doutrinas estrangeira e brasileira,<sup>323</sup> pode-se fazer a distinção entre os dois vocábulos em vários planos, como o fazem Benvenuti e Fazzalari. Segundo Fazzalari,<sup>324</sup> ‘procedimento’ na teoria geral do Direito, apresenta-se como uma determinada seqüência de normas, de atos por elas disciplinados e de posições subjetivas que têm em vista um ato final.

<sup>321</sup> MEDAUAR, *A processualidade...*, p. 41.

<sup>322</sup> MEDAUAR, *A processualidade...*, p. 41.

<sup>323</sup> Para Sérgio Ferraz, embora a formulação da expressão ‘processo administrativo’ seja de “duvidosa técnica”, foi consagrada para dar conta de dois fenômenos: a dinâmica da atuação administrativa e o “procedimento que enseja a formulação das opções concretas e/ou políticas administrativas” e até 1988, a sua doutrina era pouca, e a legislação, “parca”, encontrando-se o processo administrativo em alguns assuntos específicos, como o contencioso tributário e previdenciário, além da normação do processo administrativo disciplinar. Ainda que os textos constitucionais anteriores tivessem consagrado o ‘direito de petição’ e o ‘direito de apresentação’ - a serem exercitados pela via do processo administrativo - , a doutrina juspublicista se interessava mais pelo exame do ato administrativo do que pela atividade administrativa e o “veículo de sua exteriorização - o processo administrativo”. No entanto, em texto mais recente, o autor justifica a opção pelo vocábulo “processo” por critérios *lógicos* (não se pode nominar a um só tempo o processo e o procedimento (em senso estritos) administrativos, *normativos* ( a Constituição e a Lei 9.784/99 adotam expressamente o termo) e *ideológicos* (o constituinte de 1988 supriu a ausência, reclamada pelos publicistas, de um processo administrativo com todas as garantias de um processo jurisdicional, na esteira das contribuições da doutrina germânica de que o processo é a relação jurídica entre o cidadão e o Estado que viabiliza e instrumentaliza o direito público subjetivo de solução imparcial dos litígios, inclusive quando o Estado é parte). Lafayette Pondé, ainda com uma visão de que o processo administrativo é somente o *iter* para o ato administrativo final, já advertia para a falta de um critério fixo de distinção entre ‘processo’ e ‘procedimento’ administrativo, asseverando que ora se acentua o caráter jurisdicional do primeiro, no sistemas de dupla jurisdição, ora a ausência de interessados estranhos à administração, no segundo”. Ver MOREIRA, Egon Bockmann. *Processo Administrativo. Princípios Constitucionais e a Lei 9.784/1999*. 2ª Edição, revista e aumentada. São Paulo: Malheiros, pp. 37 e ss; PONDÉ, Lafayette. Considerações sobre o processo administrativo. *Revista de Direito Administrativo* nº 130, out./dez. 1977, p. 3; FERRAZ, Sérgio. O processo administrativo e a Constituição de 1988. *Revista Trimestral de Direito Público*. Nº 1/93, p. 85 e FERRAZ, Sérgio e DALLARI, Adilson Abreu. *Processo Administrativo*. 1ª. Ed. 3ª. Tiragem. São Paulo: Malheiros, pp. 34/35.

<sup>324</sup> FAZZALARI, Elio. *Enciclopedia del Diritto*. Vol. XXXV. Milano: Giuffrè, 1986. Verbete: “Procedimento (teoria generale)”, p. 819 ess.

Dentre as várias formas procedimentais, exsurge o ‘processo’ como seqüência disposta de modo tal que, do *iter* de formação do ato, participam, além de seu autor, os destinatários do ato final, ou a quem este se destina para produzir efeitos. Com isso se explica a passagem do “procedimento” concebido somente como atividade preparatória do ato final, para o “processo”: difundido o fenômeno da participação do interessado no caminho da formação do ato final, a estrutura “processo”, não freqüentemente empregada no direito público, passa a ser utilizada para tornar transparente a atuação dos órgãos públicos, evitar lesões injustas e para tornar concreta e não episódica a participação do cidadão no governo da coisa pública.

O processo, assim, passa a ser visto como instrumento da vida democrática,<sup>325</sup> e o que o distingue dos ‘procedimentos’ em geral é a existência de um contraditório: “o processo é um procedimento em que participam (são habilitados a participar) aqueles em cuja esfera jurídica o ato final é destinado a produzir efeito: em contraditório e de modo que o autor do ato não possa obliterar a sua atividade” .<sup>326</sup> Essa participação do particular não é aquela prevista no procedimento de autorização ou em um órgão consultivo da Administração, e sim aquela que se estrutura em contraditório, isto é, a participação do destinatário do ato final na fase preparatória do mesmo implica que este seja considerado em simétrica paridade com, ao menos, a possibilidade abstrata de elaboração do conteúdo da decisão. Tal exigência se revela, sempre que uma função se deva exercer com imparcialidade, porque esta, na dimensão negativa, significa o desinteresse de quem exerce a função e, na dimensão positiva, igual interesse de quem é chamado a ser destinatário de seu exercício.

Modo de manifestação do processo, o contraditório é essencial às fases de constituição e de decisão, não tanto porque, nesta última, a parte intervenha ativamente, mas principalmente porque a posição da parte e o resultado de sua atividade o juiz imparcialmente deve ter em conta quando vai “dizer o direito”.<sup>327</sup> Que o processo administrativo, nestes termos, seja um “processo de partes”, é indubitável, principalmente aqueles tradicionais no âmbito da Administração, como o processo administrativo disciplinar e o processo tributário. Com isso, pode-se entender, como o faz Odete Medauar, na esteira de Benvenuti e Fazzalari, que ‘procedimento’ é gênero do qual ‘processo’ é espécie: procedimento é “representação da

<sup>325</sup> Cf. FAZZALARI, cit., p. 820.

<sup>326</sup> FAZZALARI, cit., p. 827, *verbis*: “ il <processo> è un procedimento in cui partecipano (sono abilitati a partecipare) anche coloro nella cui sfera giuridica l’atto finale è destinato a svolgere effetti: in contraddittorio, e in modo che l’autore dell’ atto non possa obliterare le loro attività”.

<sup>327</sup> BENVENUTI, Feliciano. *Enciclopedia del Diritto*. Vol. IX. Milano: Giuffrè, 1961. Verbetes: “Contraddittorio (dir. amm.)”, p. 739.

passagem do poder em ato”, consistindo em atos, que antecedem e preparam o ato final. Se houver cooperação de sujeitos, em contraditório, o “procedimento se expressa como processo”.<sup>328</sup>

Nestas condições, modernamente o processo tem sido utilizado como instrumento de proteção da cidadania e dos direitos fundamentais porque, no quadro geral (constitucional) das relações entre o cidadão e o Estado ocorreram diversas situações, tais como a “maior tutela dos cidadãos no confronto com a Administração pública”,<sup>329</sup> a participação nas decisões administrativas, o desenvolvimento da administração pactuada, a evolução do direito social, “o surgimento de novos métodos de legitimação da Administração”<sup>330</sup> e as “consequências decorrentes da integração comunitária”<sup>331</sup>, de forma que a “garantia jurisdicional do cidadão, nas suas relações com a autoridade administrativa, constitui um dos problemas principais do Estado Democrático de Direito”.<sup>332</sup> O processo administrativo aberto, participativo, passa a ser um instrumento seguro de prevenção da arbitrariedade. Como afirma Ferraz, “dele não se pode abrir mão, minimamente que seja. Se bem é certo que a função administrativa não se perfaz somente pela via do processo administrativo, inequívoco que essa é via majoritária”.<sup>333</sup>

No plano dos direitos fundamentais, partindo-se da consideração de que eles têm um caráter duplo (são direitos subjetivos públicos e elementos fundamentais da ordem objetiva),<sup>334</sup> pode-se afirmar, como o faz o Tribunal Constitucional Alemão, que, ao lado dos direitos de proteção e de prestações em sentido estrito (sociais), estão os “direitos de organização e procedimento”, que tanto podem ser direitos ao estabelecimento de determinadas normas procedimentais quanto direitos a uma determinada interpretação e concretização das normas procedimentais. Embora esta tese seja discutível,<sup>335</sup> ela pode ser

---

<sup>328</sup> MEDAUAR, *A processualidade...., cit.*, p. 40. No texto, a autora ainda adverte que “todos os elementos do núcleo comum da processualidade podem ser detectados no processo administrativo”, tais como a transformação dos poderes administrativos em atos, a sucessão necessária e encadeada de atos, a distinção para com o ato final (“o estudo do processo administrativo não se confunde com o estudo do ato administrativo”) e a existência de um resultado unitário, para o qual convergem “as atuações interligadas dos sujeitos em simetria de poderes, faculdades, deveres e ônus, portanto, em esquema de contraditório”. *Idem*, p. 41.

<sup>329</sup> BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria Geral dos Procedimentos de exercício da Cidadania perante a Administração Pública. *Revista de Direito Administrativo* n° 207, jan/mar. 1997, p. 43.

<sup>330</sup> BARACHO, *Teoria Geral....*, p. 43.

<sup>331</sup> BARACHO, *Teoria Geral....*, p. 43.

<sup>332</sup> BARACHO, *Teoria Geral....*, p. 43.

<sup>333</sup> FERRAZ & DALLARI, *Processo Administrativo...., cit.*, p. 24.

<sup>334</sup> Cf. HESSE, *cit.*, pp. 228 e ss.

<sup>335</sup> Ver ALEXYS, *Teoría...., cit.*, pp. 456 e ss e GONÇALVES LOUREIRO, *cit.*, pp. 203 e ss.

acolhida no âmbito deste trabalho apenas para consignar que, se existem direitos a procedimentos judiciais e administrativos, eles só podem ser direitos a uma proteção jurídica efetiva dos direitos fundamentais, isto é, eles servem para reforçar a efetividade daqueles. O processo administrativo, nesta visão, é instrumento essencial para a realização (concretização) dos direitos fundamentais, mas não só: serve igualmente para restringi-los como também para solucionar conflitos entre direitos fundamentais. A seu turno, a eficácia dos direitos fundamentais no processo administrativo “traduz-se em exigências de conformação, interpretação e aplicação das normas procedimentais e numa eventual relevância em matéria de vícios de procedimento.”<sup>336</sup>

Se o sistema constitucional é o centro do sistema político, nele se destacam o direito processual e o direito administrativo, e a noção e extensão da Administração pública “pode desdobrar-se em administração estatal, administração pública não estatal e administração privada controlada pelo poder público”,<sup>337</sup> fazendo com que o direito administrativo compreenda “não só as normas regulamentadoras da estrutura e disciplina interna da Administração”, mas igualmente as normas que presidem a atuação dos agentes administrativos como “sujeitos de direito no exercício de seus poderes e no cumprimento dos seus deveres legais para com os administrados”.<sup>338</sup> Isto é assim porque, no direito administrativo surgido com o constitucionalismo, “perpassa a tensão entre o poder de decisão e de execução dos órgãos administrativos e a necessidade de defesa dos direitos e dos interesses dos administrados”.<sup>339</sup> Decorre daí a importância da tutela substantiva dos direitos subjetivos públicos do Estado e dos cidadãos, feita através de técnicas processuais administrativas e judiciais. O processo administrativo regula, então, o “exercício das prerrogativas públicas e os direitos subjetivos e liberdades públicas”.<sup>340</sup>

Por essas razões, na sistemática brasileira, o processo administrativo, tanto na Constituição quanto na legislação ordinária, figura como garantia constitucional, inscrito no inciso LV do art. 5º, que dispõe sobre os direitos fundamentais. Na Constituição de 1988, além de estar previsto especificamente o processo administrativo, a ele também se aplica, por força do preceito inscrito no inciso LIV do art. 5º, a cláusula do devido processo de direito

---

<sup>336</sup> GONÇAVES LOUREIRO, cit., p. 211.

<sup>337</sup> BARACHO, *Teoria Geral...*, cit., p. 47.

<sup>338</sup> BARACHO, *Teoria Geral...*, cit. p. 48.

<sup>339</sup> BARACHO, *Teoria Geral...*, cit., p. 48.

<sup>340</sup> BARACHO, (nota 593– *Teoria Geral...*), pp. 50/51.

(*due process of law*), fazendo com que o processo administrativo seja um dos meios capazes de concretizar princípios e regras constitucionais, no plano da atividade administrativa.<sup>341</sup> Por conseguinte, os objetivos principais da extensão da forma processual à Administração consistem, justamente, em “assegurar o respeito a todos os atributos da cidadania no relacionamento entre a Administração e os Administrados, inclusive seus próprios agentes”<sup>342</sup> e em disciplinar, racionalizar (conferindo-lhes transparência e objetividade) as decisões da Administração.

O processo tende a ser um instrumento para a realização da atividade administrativa, pois acaba definindo a própria forma desta, a teor do que ocorre com a função judicial através do processo ou com a função legislativa, por meio do processo legislativo. Daí decorrem, duas conseqüências: a primeira, de o procedimento jurisdicionar a atuação administrativa, “submetendo-a a regra ou pautas formais”, e a segunda, de o procedimento permitir “aos

---

<sup>341</sup> As Constituições brasileiras anteriores faziam referência expressa tão-somente no que diz respeito ao processo administrativo disciplinar, e as garantias inerentes ao esquema processual, “eram extraídas, pela doutrina e jurisprudência, por analogia ou interpretação extensiva, de garantias fixadas pelo processo penal”, ou, por vezes, do sistema constitucional e seus princípios. Cf. MEDAUAR, *A processualidade...*, cit., p. 73.

<sup>342</sup> FERRAZ, *Processo Administrativo*, cit., p. 48. De acordo com Odete Medauar e Baracho, as legislações sobre processo administrativo adotadas em vários países têm finalidades específicas, tais como: a) garantia jurídica dos administrados (tutela direitos que as decisões administrativas podem afetar), protegendo amplamente os administrados, mediante uma variedade de instrumentos processuais que servem para a melhor defesa de seus direitos; b) ampliar os pressupostos objetivos dos atos administrativos e lhes emprestar maior eficácia, pois os interessados com eles colaboram, trabalhando com pautas de racionalização, operatividade, ordenação, probidade e moralidade; c) legitimar o exercício do poder estatal, pois o “objetivo do procedimento juridicamente organizado consiste em tornar intersubjetivamente transmissível a redução de complexidade, quer com a ajuda da verdade, quer através da criação do poder legítimo de decisão”; d) levar ao correto desempenho da função administrativa, uma vez que o processo propicia condições para isso, na medida em que “leva ao equilíbrio entre a autoridade do sujeito público e os direitos dos particulares”, faz com que a Administração objetive suas decisões, pois estas decorrem de um confronto e, por último, “suscitando o afloramento de vários interesses, posições jurídicas, argumentos, provas, dados técnicos obriga à consideração dos interesses e direitos co-presentes em certa situação”. Reforçando-se as garantias procedimentais e limitando-se, por essa forma, a discricionariedade administrativa, a Administração tende a atuar de maneira correta na prestação dos serviços que atendem necessidades gerais. Com a ‘judicialização’ da Administração Pública, Administração e administrados submetem-se à lei e ao Direito, o que garante a regularidade e a racionalidade do poder estatal e do dever particular; e) alcançar a Justiça na Administração porque o processo administrativo garante não só o contraditório e a ampla defesa, como também propicia “o sopesamento dos vários interesses que envolvem uma situação”; f) aproximar a Administração e os cidadãos, quebrando a tradição de oposição entre interesses públicos e interesses privados; g) sistematizar as atuações administrativas, uma vez que o processo “implica organização racional da edição de muitos atos administrativos”. Os meios consagrados para a defesa da autoridade, como a presunção de legitimidade, executoriedade, procedimentos reservados, tornam-se mais simples e eficazes; h) facilitar o controle da Administração, o que se “coaduna à idéia de Administração democrática” e, por fim, i) aplicar uniformemente princípios e regras comuns da atividade administrativa, porque o processo tende a ser o ponto de encontro de vários regulações diferentes que presidem à atividade administrativa, concretizando os princípios e regras constitucionalmente consagrados. Cf. MEDAUAR, *A processualidade...*, cit., pp. 65 e ss e BARACHO, *Teoria Geral...*, cit., pp. 51 e ss.

cidadãos conhecer, anteriormente, o desenvolvimento da atuação administrativa, garantindo assim a defesa de seus direitos e interesses frente a ela”.<sup>343</sup>

Ante essas considerações, pode-se relacionar processualização da Administração com um movimento em direção à sua legitimação e moralização,<sup>344</sup> uma vez que é através da efetiva participação dos cidadãos na Administração que estes podem auxiliar aquela a definir o que é o interesse geral, já que este pertence ao corpo social e nasce da composição ente vários interesses públicos, privados e de grupos em conflito. Assim, é preciso tratar das possíveis formas de participação na Administração (o quanto de participação é possível no Estado Democrático de Direito brasileiro), o que se passa a fazer.

---

<sup>343</sup> BARACHO, *Teoria Geral...cit.*, p. 53.

<sup>344</sup> CF. GIACOMUZZI, José Guilherme. *A Moralidade Administrativa e a Boa-fé da Administração Pública*. São Paulo: Malheiros, 2002, pp. 250 e ss. No texto, o autor afirma que “toda a principiologia da LPA vai ao encontro do que se pode chamar de “moralização” (...) da Administração”, e que vai na esteira do entendimento da doutrina italiana que só uma lei geral sobre procedimento administrativo é capaz de moralizar a Administração e torná-la mais eficiente e imparcial.

#### 4 AS FORMAS DE PARTICIPAÇÃO NA ATIVIDADE ADMINISTRATIVA

Como já visto, a participação dos cidadãos na Administração não se apresenta nos mesmos termos que a participação na vida política. Dado que o recurso à cooperação ou à colaboração dos cidadãos para a formulação das políticas públicas é indispensável na Administração dos Estados contemporâneos (resolvem-se os problemas da falta de conhecimento e de experiência da Administração em certos domínios - sobretudo das relações econômicas - , aumenta a eficiência e a impessoalidade, além de aprofundar-se a realização do espírito democrático), a participação do particular na atividade administrativa pode assumir diferentes formas e níveis de intensidade.<sup>345</sup>

A doutrina não tem acordo quanto a esta questão, de modo que se apresentam critérios diversos para classificar tanto os modos de participação quanto os seus níveis de intensidade. Quanto aos primeiros, Garcia de Enterría e Fernando Alves Correia, por exemplo, fazem referência a uma participação *uti singuli* e uma participação *uti cives*. Pela primeira, o cidadão participa das decisões administrativas como titular de direitos e interesses próprios; pela segunda, ele participa na condição de membro da coletividade, isto é, como pessoa afetada e portadora do interesse geral.<sup>346</sup> Fala-se, ainda, em participação direta e indireta, de forma que, pela participação direta, os indivíduos interessados ou o conjunto da população tomam parte diretamente na decisão administrativa e pela indireta, o fazem através de representantes ou delegados.<sup>347</sup>

No que tange aos níveis de intensidade do particular, pode-se fazer a distinção entre participação-audição (a Administração, antes de tomar decisões unilaterais, deve ouvir e consultar os particulares, que podem apresentar pareceres, observações e sugestões) e participação - negociação (a Administração troca pontos de vista e negocia com os interessados com vista à definição comum de uma linha de conduta), sendo que esta última é

---

<sup>345</sup> Cf. CORREIA, Fernando Alves Correia. *O Plano Urbanístico e o Princípio da Igualdade*. Coimbra: Almedina, 1977, p. 252; BOULOIS, Représentation et Participation..., cit., p. 61 e GORDILLO, Agustín. 'Participacion Administrativa'. *Revista de Direito Público* n° 74. Ano XVIII. Abr.-Jun. 1985, pp. 15 a 25.

<sup>346</sup> Cf. ENTERRÍA, Principes et Modalités de la Participation..., cit., p. 257 e CORREIA, *O Plano Urbanístico...*, cit., p. 252.

<sup>347</sup> CORREIA, cit., p. 256 e OLIVEIRA, Cristiane Catarina. *O Município Brasileiro: Participação Política e Conselhos Municipais*. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2005. Tese de Doutorado, p. 71.

muito utilizada no âmbito do planejamento territorial e do desenvolvimento econômico-social.<sup>348</sup>

Outra distinção referente aos níveis de intensidade da participação nas decisões administrativas é a apresentada por Canotilho, que faz a diferença entre participação não-vinculativa (feita através de informações, pareceres, etc), participação vinculativa (limitação do poder tradicional) e participação autônoma (substituição do poder tradicional para outros poderes dentro do respectivo sistema - autogestão).<sup>349</sup> Cristiane Catarina de Oliveira assevera que, na gestão pública, a participação das pessoas pode se dar internamente, através de órgãos colegiados, “cujo objetivo é descentralizar as decisões e permitir a maior participação dos membros do *staff*” e, externamente, através de órgãos colegiados integrados por membros da comunidade.<sup>350</sup> Por último, Sabino Cassese, simplificando a questão, entende por participação na Administração tanto a participação orgânica quanto a participação nos procedimentos, e essas duas formas de participação podem ser diretas ou indiretas.<sup>351</sup>

Conquanto a Constituição não faça qualquer distinção entre as formas de participação do cidadão nas atividades administrativas ou mesmo entre as suas intensidades, depreende-se de seu texto que, no âmbito administrativo, a participação está ligada à identificação do interesse geral de modo compartilhado com a população, à diminuição da discricionariedade e a práticas consensuais, sendo expressamente referida no art. 37º, § 3º, da Constituição Federal, que manda o legislador infraconstitucional disciplinar “as formas de participação do usuário na administração direta e indireta”, conforme redação dada pela Emenda Constitucional nº 19. Também nesse caso, autores como Maria Sylvia Zanella Di Pietro, asseguram haver formas de participação direta, como o “direito a ser ouvido” em processos judiciais e administrativos – direito de defesa e de contraditório - e o direito a ser consultado – enquete - , conforme disposto no art. 58º da CF (possibilidade de realização de audiências públicas) bem como formas participação indireta, tais como a participação popular em órgãos de consulta (v.g. o Conselho da República, previsto no art. 89º da CF) e a participação popular em órgãos de decisão (Conselho Federal de Educação, Conselho Tutelar previsto no ECA,

---

<sup>348</sup> Cf. CORREIA, *cit.*, p. 256.

<sup>349</sup> CANOTILHO, *cit.*, p. 426.

<sup>350</sup> OLIVEIRA, Cristiane C. *O Município Brasileiro...*, *cit.*, p. 101.

<sup>351</sup> CASSESE, S. *Le conditions de Participation....*, *cit.*, p. 277.

Conselho Nacional de Saúde, etc.)<sup>352</sup> Na atividade de planejamento urbano dos municípios, está prevista a cooperação das associações representativas (art. 29, XII). A legislação infraconstitucional fala em participação no processo administrativo e nas questões que envolvem o urbanismo e o meio ambiente, entre outras modalidades não menos relevantes.<sup>353</sup>

Nestas condições, verificando as previsões de participação dos cidadãos nas atividades administrativas contidas na Constituição e na legislação infra constitucional, e utilizando-se parcialmente os resultados obtidos pela doutrina, podem ser destacadas as seguintes formas participativas: a participação orgânica (4.1), a participação no processo administrativo (4.2), a colaboração nas atividades econômicas da Administração, (4.3) e a participação no planejamento urbano (4.4). Na avaliação que segue, será apontado se cidadão participa *uti cives* ou *uti singuli*, direta ou indiretamente.

#### 4.1 A Participação Orgânica

A participação orgânica supõe a inserção do cidadão como tal (e não enquanto funcionário ou agente político) nos órgãos da Administração, sejam eles da Administração direta, indireta ou especiais. Nesta condição, o cidadão participa, no mais das vezes, *uti cives*, isto é, a participação se realiza a partir do *status active civitatis*, pois ele é considerado portador de um interesse geral - é considerado um “usuário de serviço público”, um “profissional de determinado setor econômico social” e assim por diante.

Esta participação orgânica se dá, via de regra, através de órgãos colegiados, os conselhos, e, no Brasil, a maioria deles situam-se no âmbito do município, principalmente considerando que é o município “o local em que as pessoas se inserem na vida do Estado”<sup>354</sup> e de que há aproximação entre descentralização e participação política. Há, contudo, conselhos de âmbito regional (v.g, Conselho de Defesa e Segurança da Comunidade, Conselho de Educação, conselhos escolares, Conselho de desenvolvimento agrícola, no Estado do Rio

---

<sup>352</sup> Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Participação Popular na Administração Pública. *Revista Trimestral de Direito Público*. Nº 1/1993. São Paulo: Malheiros, pp. 133/138.

<sup>353</sup> Cf. PRESTES, Vanêsa Buzelato. *As redes de infra-estrutura áreas e subterrâneas e a relação com o poder local – Obrigatoriedade de Licenciamento e Possibilidade de Cobrança pela Utilização do Bem Público*. Monografia premiada com o troféu “Oswaldo Aranha Bandeira de Melo” no XXVI Encontro Nacional de Procuradores Municipais. Vitória, 2000, p. 5.

Grande do Sul) e nacional, tais como o Conselho Nacional de Saúde, o Conselho Federal de Educação, o Conselho de Comunicação Social e o Conselho Consultivo de Acompanhamento dos Fundo de Combate e Erradicação da pobreza, entre outros.

O certo é que estes conselhos têm atribuições bastante extensas, que se podem situar no campo do planejamento, do controle e da produção-execução de políticas públicas. Os mecanismos de participação aí adotados vão desde o planejamento participativo até a gestão tripartida de serviços públicos.<sup>355</sup> Os mecanismos mais tradicionais são aqueles que dizem respeito ao planejamento, muito embora também se utilize, em menor medida, da gestão associada para os serviços públicos.

No que diz respeito à intensidade da participação orgânica - nos conselhos - é quase sempre indireta, pois os cidadãos que integram os conselhos são escolhidos em função de serem membros de associações de classe, sindicatos, associações de bairro e assim por diante, exceto nos casos de reunião aberta; quanto à natureza de suas decisões, alguns decidem vinculativamente e outros só proferem consultas, não vinculativas. Neste particular, poderá haver uma vinculação no que diz respeito à exigência de motivação em relação às objeções apontadas pelo conselho ao ato administrativo em discussão. É o caso da maior parte deles.<sup>356</sup>

<sup>354</sup> OLIVEIRA, Cristiane Catarina. *O Município Brasileiro...., cit.*, p. 44 e passim.

<sup>355</sup> OLIVEIRA, Cristiano Catarina. *O Município Brasileiro...., cit.*, p. 102.

<sup>356</sup> STJ (MS Nº 9.250 - DF Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Julgado em 24/08/2005) EMENTA: "MANDADO DE SEGURANÇA. CONSELHO NACIONAL DE EDUCAÇÃO. ELABORAÇÃO DELISTAS PARA NOMEAÇÃO DE CONSELHEIROS. CONSULTA A ENTIDADES DASOCIEDADE CIVIL. LEI N. 9.131/95. DECRETO N. 1.716/95. PORTARIAS MINISTERIAIS N.S 1.455/95 E 13/96.1. O MANDADO DE SEGURANÇA NÃO SE PRESTA PARA SIMULTANEA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI, PARA CUJO ESCOPO ESTA SENDO PROCESSADA ADIN.2. EM RESGUARDO DE DIREITO SUBSTANCIAL PROPRIO E NÃO COMO SUBSTITUTO PROCESSUAL DE SINDICATOS CONFEDERADOS OU DOS DIREITOS DOS SINDICALIZADOS, NO CASO, LEGITIMA-SE A CONFEDERAÇÃO IMPETRANTE. 3. PRODUZINDO OS ATOS IMPUGNADOS EFEITOS CONCRETOS E IMEDIATOS, PERDENDO A CARACTERISTICA DE NORMATIVIDADE OU DE GENERALIDADE ABSTRATA, DESCABE A APLICAÇÃO LINEAR DA SUMULA 266/STF.4. DISPOSIÇÕES LEGAIS QUE NÃO ELENCAM NOMINALMENTE AS ENTIDADES QUE DEVERÃO SER CONVIDADAS PARA A ELABORAÇÃO DE LISTAS PARA A ESCOLHA DE CONSELHEIROS, PERMITE O EXERCICIO DA DISCRICIONARIEDADE, CONFORME A FINALIDADE DAS LEIS DE REGENCIA.5. SEM O LUZEIRO DA LIQUIDEZ E CERTEZA, INDEMONSTRADO O ABUSO DE PODER OU ILEGALIDADE, NÃO ENCONTRA RESGUARDO O DIREITO VINDICADO.6. SEGURANÇA DENEGADA.". No voto do relator: "[...] Por sua vez, o art. 27, em seu parágrafo 2º, assevera de forma explícita que a deliberação da Câmara de Educação Superior do Conselho Nacional de Educação depende de homologação pelo Ministério de Estado da Educação. [...] O objetivo consagrado pela Lei ao estabelecer a manifestação do Conselho Nacional de Saúde nos processos de autorização para o funcionamento de cursos de Medicina em instituições de ensino superior, foi o de velar pela qualidade destes cursos e a sua manifestação necessária para a validade do ato administrativo de autorização. Assim, da simples leitura do ato normativo em tela, depreende-se a insubsistência da tese defendida pelos recorrentes, visto que flagrante o caráter opinativo, e não-vinculativo, da manifestação do Conselho Nacional de Educação na hipótese." Disponível em [www.stj.gov.br](http://www.stj.gov.br), acessado em 12.01.2006.

Isso não significa, no entanto, que, em certas situações, os conselhos não decidam de forma vinculativa, isto é, que suas decisões não possam ser executadas sem que seja necessário a homologação por um órgão superior da Administração - via de regra o Executivo -. É o caso das decisões dos conselhos tutelares<sup>357</sup> e do extinto Conselho Municipal de Contribuintes, em Porto Alegre (atual Tribunal Administrativo de Recursos Fiscais - TARF).

O que ressalta na atuação dos conselhos é sua função de “colocar sugestões” e discutir problemas: “[...] os cidadãos têm condições de indentificar os problemas que mais os afligem, dentre vários, e discuti-los como tentativa de buscar soluções”, afirma Cristiane Catarina Oliveira.<sup>358</sup> Daí a assertiva de que é o município o *locus* próprio da participação orgânica, porque aí a Administração Pública está em condições de promover o debate, de motivar a comunidade a buscar soluções próprias e locais: “a razão de ser dos conselhos municipais está em implementar a participação política, e, por conseguinte, a democracia no plano local.”<sup>359</sup> Com isso, os conselhos têm, na verdade, função consultiva, porque, além de discutir os problemas através de um processo racional de deliberação, oferecem alternativas e opiniões, (às vezes técnicas e bastante complexas) que serão ou não consideradas pela Administração,<sup>360</sup> e isso não os torna menos democráticos.

---

<sup>357</sup> TJRS (Ap. Cível 70007911084. Rel. Alfredo Guilherme Englert, julgada em 04/03/2004) EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. APURAÇÃO DE INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA. NEGATIVA, POR PARTE DA SECRETARIA MUNICIPAL DE EDUCAÇÃO DE IJUÍ, DE INCLUSÃO DE CRIANÇA EM CRECHE MUNICIPAL, APESAR DE DETERMINAÇÃO DO CONSELHO TUTELAR MUNICIPAL. ATUAÇÃO QUE TIPIFICOU A HIPÓTESE PREVISTA NO ART. 249, DO ECA. RECURSO DESPROVIDO. Disponível em: [www.tj.rs.gov.br](http://www.tj.rs.gov.br), acessado em 10.02.2006.

<sup>358</sup> In: *O Município Brasileiro...*, cit., p. 114.

<sup>359</sup> OLIVEIRA, Cristiane Catarina. *O Município Brasileiro...*, cit., p. 175.

<sup>360</sup> A tese de Cristiane Catarina de Oliveira é no sentido de que a forma de eleição ou indicação por meio de grupos de interesses organizados distorce a real representatividade dos conselhos na medida em que os eleitos precisam ter a representatividade do grupo (da associação). Seria melhor, diz ela, que esta escolha se desse geograficamente. Apesar de concordar com muitos dos resultados da tese da autora, não concordo com essa visão, porque o sentido da participação nas atividades administrativas é justamente obrigar a Administração a confrontar e ponderar interesses de grupo para encontrar a solução para determinados problemas. A meu sentir, o aprofundamento do ideal democrático pela participação se dá justamente porque, entre o o Estado e a sociedade, estão os grupos formados por movimentos sociais e associações - os corpos intermediários da esfera pública. Os grupos formados pelos movimentos sociais são a contrapartida não institucionalizada de outras associações, como os partidos e os sindicatos, que são “grupos de interesses qualificados” - constituem-se a representação eficiente de interesse privados específicos. Daí que os movimentos sociais operem como veículos de demandas populares e como mecanismos de racionalização de demandas específicas que não encontram adequada expressão no sistema partidário. Com isso, os movimentos sociais acabam por influenciar, direta ou indiretamente, as prioridades, diretrizes, formulação e implementação de programas e políticas urbanas, objetivos estes “almeçados pelo movimento comunitário e organizações, sob a forma de conselhos, que também encontram resistência por parte do Estado”, como assevera Fabiana Menezes Soares, in: *Direito Administrativo de Participação...*, cit., pp. 133.

Mesmo que os conselhos municipais sejam considerados, muitas vezes, criações artificiais, porque são criados por determinação legislativa federal ou só por necessidade financeira de repasse de verbas, o certo é que tais órgãos são importantes canais de diálogo da Administração com os cidadãos e uma forma excelente de participação. Não há dúvida, porém, que eles serão tanto mais democráticos e eficientes se a sua organização e temáticas forem decididas no âmbito do município, no exercício de sua autonomia. No Município de Porto Alegre, só para exemplificar, em alguns conselhos os membros são escolhidos diretamente pela comunidade - Conselho Tutelar e Conselho do Orçamento Participativo; em outros, os representantes são eleitos em conferências municipais, como o Conselho Municipal de Agricultura e Abastecimento, o Conselho de Ciência e Tecnologia, o Conselho de Desenvolvimento Urbano e Ambiental, e nestes casos, alguns membros são escolhidos por região.

Enfim, as formas de participação orgânica são diversas: o cidadão pode participar de órgãos auxiliares externos (conselhos, órgãos especializados de assistência, propostas e controles,) e em órgãos internos de decisão (como *expert*).<sup>361</sup> Frequentemente, como se viu, estas funções se realizam através das associações criadas oficialmente, mas não só: pode haver a introdução de representantes de interesses nos órgãos colegiados do governo (internos). O que mais ocorre, porém, é a participação articulada segundo técnicas qualificadas de representação de interesses, mas esta representação não é aquela política no sentido que supõe uma representação que vincula o representante e o representado. O que há é uma ligação entre a atividade do representante e as necessidades, exigências, interesses de outras pessoas ou grupo de pessoas, de modo que há a aderência da atividade do representante aos interesses que ele deva servir como intérprete e protetor. Assim, tanto faz se a escolha do representante se dá por meio de eleição, pela indicação de grupos já organizados ou pela Administração, que procede a estas designações entre categorias profissionais e sociais já estabelecidas.<sup>362</sup>

Que os conselhos - municipais, regionais e nacionais - de modo geral, estejam constituídos por representantes de grupos, associações, partidos, etc., é própria da inserção do

---

<sup>361</sup> A participação do cidadão como *expert* também é uma forma característica de colaboração do particular com a Administração, ainda que ela não se enquadre na técnica de representação de interesses. Nesse caso, a participação é *uti cives*, porque o cidadão não é representante de um setor social: ele participa em razão de sua qualificação técnica (livre e crítica), que não se integra a um serviço administrativo concreto.

<sup>362</sup> Cf. ENTERRÍA, Principes et Modalités..., *cit.*, p. 262-263.

ideal democrático na Administração. Nas democracias, o modo de formar os “comitês decisórios”, conforme a sua natureza e composição, é através da eleição de representantes, afirma Sartori;<sup>363</sup> a regra para a tomada de decisões é a regra da maioria, que pode ser qualificada ou simples. A regra da maioria qualificada é utilizada como critério último para a redução dos riscos externos e para a proteção das minorias no interior do comitê, e isso se aplica aos conselhos. O resultado será uma soma positiva - todos ganham algo, porque cooperam - e não a soma zero (um ganha e outro perde) e isso é o que realmente importa

A forma mais tradicional de participação, contudo, é a participação em um processo administrativo, porque, no Estado Democrático de Direito, “a aquisição ou a descoberta procedimental do interesses relevantes não dispensa a participação dos respectivos portadores”,<sup>364</sup> quer dizer, a própria conformação da relação administrativa envolve a ponderação de interesses públicos e interesses dos administrados. É o tema que se passa a tratar.

#### **4.2 A participação no processo administrativo**

Quanto à presença de particulares nos processos e procedimentos administrativos, pode assumir muitas formas. Os procedimentos de concessão e de desapropriação, de limitações ou de sanções até podem ser considerados formas de participação, mas se eles tendem à realizar um objetivo da Administração, como nos dois primeiros casos, eles são mais propriamente atos de colaboração; as últimas hipóteses, em que o particular está em conflito com a Administração em função de bens e vantagens próprios, constituem mais atos de defesa do que participação.<sup>365</sup> Assim, em sentido estrito, atos de participação em processo administrativo são aqueles que intervêm no processo visando a promulgação de atos administrativos gerais, como, por exemplo, nos planos de urbanismo. De modo geral, todos os cidadãos e não só os portadores de interesses podem participar da elaboração desses planos, pois eles visam à satisfação de uma finalidade coletiva de interesse público. Nesse caso, a

---

<sup>363</sup> SARTORI, *cit.*, p. 297 e ss.

<sup>364</sup> SÉRVULO CORREIA, José Manuel. ‘O Direito à informação e os direitos de participação dos particulares no procedimento e, em especial, na formação da decisão administrativa.’ In: AMARAL, Diogo Freitas e LOPEZ RODÓ, Laureano. *Procedimento Administrativo. Ponencias del I coloquio hispano-portugués*. Santiago de Compostela: Escola Galega de Administración Publica, 1994, p. 92.

participação é *uti cives*. Mas não só: a participação no processo se deve dar em todas as hipóteses em que os cidadãos ou os grupos sociais sejam interessados ou contrainteresados ou mesmo em que eles possam trazer, para a decisão, perspectivas próprias e enriquecedoras. Nesta última hipótese, a participação também é *uti cives*, porque se poderá dar para proteger a legalidade e o interesse geral: os partícipes exercem verdadeiras funções públicas. Isso não impede que a participação no processo também se dê para defender interesses privados - *uti singuli*.

No plano teórico, a participação dos cidadãos nas decisões administrativas pela via do processo, pode assumir duas formas, dependendo da natureza dos efeitos da decisão, quais sejam: “participação co-constitutiva” e “participação dialógica”. No primeiro caso, a vontade do particular tem “um papel gerador da constituição, modificação ou extinção de uma relação jurídico-administrativa” - o caso da participação na formação dos contratos administrativos.<sup>366</sup> Já a participação “dialógica” é aquela em que, mesmo sendo a Administração a autora do ato final do processo, o particular intervém para exercer uma influência legítima sobre o sentido da decisão. Como assevera José Manuel Sérvulo Correia, o “Direito quem organiza as condutas participadas da Administração assegura a transformação do poder de comunicação dos cidadãos (*kommunikativer Macht*) em poder administrativo. E para isso é essencial à abertura da sociedade ao modelo procedimental e a sua capacidade de gerar consensos.”<sup>367</sup> Com a participação no processo administrativo, mesmo que o cidadão não seja co-autor da decisão, figurando somente como o destinatário, ele pode emitir e receber comunicações informativas, valorativas e programáticas, de modo que esta participação desempenha “uma dupla missão funcional e garantística.”<sup>368</sup> A missão funcional se dá com a contribuição do cidadão para a mais perfeita realização do interesse público, pois acaba enriquecendo a perspectiva da Administração em relação aos interesses que lhe cabem conformar; a missão garantística se dá porque o processo administrativo também é organizado para defender o cidadão do arbítrio do poder: ele é chamado a defender seus interesses em abstrato, desde que tais interesses sejam suscetíveis de tutela jurídica.

Assim, como já dito, o processo administrativo, alçado à categoria de garantia dos direitos fundamentais, tende a realizar o princípio democrático, “quando (e onde) possa o

---

<sup>365</sup> Cf. CASSESE, cit., p. 279.

<sup>366</sup> Cf. SÉRVULO CORREIA, cit., p. 92.

<sup>367</sup> SÉRVULO CORREIA, cit., p. 94.

<sup>368</sup> SÉRVULO CORREIA, cit., idem.

administrado participar da feitura do querer administrativo, ou da sua concretização efetiva”<sup>369</sup> e, por essa razão, legisladores e juristas brasileiros não economizaram esforços no sentido de assegurar ao cidadão a possibilidade de postular junto à Administração, com as mesmas garantias que lhe são deferidas no processo jurisdicional (particularmente, as certezas do contraditório, da ampla defesa e da publicidade). A promulgação da Lei Federal nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999 é um dos resultados desse esforço.<sup>370</sup>

Consoante as palavras de seus autores,<sup>371</sup> na Exposição de Motivos, a lei brasileira adotou um modelo sóbrio “que atendendo à essencialidade na regulação dos pontos fundamentais do procedimento administrativo, não inviabilize a flexibilidade necessária à área criativa do poder discricionário, em medida compatível com a garantia de direitos e liberdades fundamentais”.<sup>372</sup> Mas a referida lei é, de qualquer forma, um marco na busca da codificação do direito administrativo brasileiro, tão almejada por Hely Lopes Meirelles, uma vez que firmou como parâmetros básicos os princípios constitucionais da ampla defesa, consagrou o princípio da publicidade que se manifesta no acesso às informações e na obtenção de certidões e na garantia do direito de petição, além de ter considerado “a missão atribuída à defesa de direitos difusos e coletivos com a participação popular e associativa”.<sup>373</sup>

No art. 1º, a lei explicita, de plano, suas finalidades, quais sejam: estabelecer normas básicas sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Federal direta e indireta, proteger os direitos dos administrados e o melhor cumprimento dos fins da Administração. Os preceitos da lei também se aplicam aos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário, quando

<sup>369</sup> FERRAZ, Sérgio. O processo administrativo ..... *Revista Trimestral de Direito Público*, cit., , p. 86.

<sup>370</sup> Odete Medauar fez uma tipologia dos processos administrativos, que pode ser assim sintetizada: a) processos administrativos em há controvérsias, conflitos de interesse (processos de gestão - licitações, concursos públicos; processos de outorga - licenciamentos de atividades dos mais diversos tipos; processos de verificação ou determinação - lançamento tributário, prestação de contas; processos de revisão - recursos administrativos, reclamações) e, b) processos administrativos em que há acusados, internos (servidores, alunos de estabelecimentos públicos), e externos (sanções decorrentes do poder de polícia, aplicação de penalidades a particulares, etc.). Sérgio Ferraz faz remissão a esta classificação, mas entende que a única linha classificatória relevante é aquela que distingue os processos administrativos em gerais e especiais. É a posição que, doravante, será adotada. Ver: MEDAUAR, *A processualidade....*, cit., p. 132 e FERRAZ e DALLARI, *O Processo Administrativo....*, cit., p. 37.

<sup>371</sup> Comissão de Juristas formada, inicialmente, pelas professoras Odete Medauar e Maria Sylvia Zanella di Pietro, pelos professores Inocêncio Mártires Coelho, Diogo Figueiredo Moreira Neto, Almiro do Couto e Silva, José Carlos Barbosa Moreira, sob coordenação de Caio Tácito, acrescida, em 31 de janeiro de 1996, dos professores Adilson de Abreu Dallari, José Joaquim Calmon de Passos, Paulo Eduardo Garrido Modesto e Carmen Lúcia Antunes Rocha.

<sup>372</sup> TÁCITO, Caio. Exposição de Motivos nº 548, de 30 de setembro de 1996, do sr. Ministro da Justiça e da Administração Federal e Reforma do Estado. *Arquivos do Ministério da Justiça*. Brasília, 49 (188): 225-241, jul./dez. 1996, p. 227.

<sup>373</sup> TÁCITO, Caio ‘Exposição...’, cit., p. 226.

no desempenho de função administrativa, isto é, quando praticam atos materiais de administração. Para além disso, a lei define o que se deva entender por ‘órgão’, ‘entidade’ e ‘autoridade’,<sup>374</sup> bem como estarem os processos administrativos específicos excluídos de seu âmbito de aplicação.<sup>375</sup> Resulta daí que ficou ressalvada a eficácia de leis especiais, com a aplicação subsidiária das normas gerais ali inscritas, como as que regulam o processo licitatório, disciplinar ou tributário, de que são exemplos o julgamento de contas de responsáveis por dinheiros públicos, organização da proposta orçamentária e execução do orçamento, que estão reguladas pela Lei de Responsabilidade Fiscal e aplicação das Lei nº 4320/64 e 6.223 e Decreto-lei nº 199/67, no que ainda couber; a autorização e concessão de pesquisa de lavra (Código de Minas); licença para caça (Código de Caça); derivação de águas públicas, aproveitamento industrial e quedas d’água (Código de Águas); justificação e legitimação de terras públicas; licitações para obras e serviços; determinação e exigência de crédito tributário e disciplina dos funcionários públicos, entre outros.

Do fato de o processo administrativo assentar na cláusula do ‘devido processo de direito’, isto é, ser uma garantia que visa excluir a vontade arbitrária da atuação do poder, decorrem diversos princípios que o informam,<sup>376</sup> e a conexão com o princípio democrático é feita tanto no artigo primeiro quanto na referência aos princípios gerais que regem toda a atuação administrativa, conforme *caput* do art. 2º (finalidade, razoabilidade, moralidade,

<sup>374</sup> Lei 9.784/99, art. 1º, § 2º: “*Para os fins desta Lei, consideram-se: I - órgão - a unidade de atuação integrante da estrutura da Administração direta e da estrutura da Administração indireta; II - entidade - a unidade de atuação dotada de personalidade jurídica; III - autoridade - o servidor ou agente público dotado de poder de decisão.*”.

<sup>375</sup> Lei 9784/99, Art. 69: “*Os processos administrativos específicos continuarão a reger-se por lei própria, aplicando-se-lhes apenas subsidiariamente os preceitos desta Lei.*”

<sup>376</sup> Tais como a) princípio garantidor (art. 1º e art. 2º, *caput* e inciso VIII );b) princípio da eficácia (art. 1º); c) princípio da imparcialidade e objetividade na ação administrativa (Art. 2º, Parágrafo único, incisos II e III); d) princípio da publicidade dos procedimentos e atos administrativos ( art. 2º, incisos V e X ) ; e) princípio do direito de acesso a documentos e autos, obtenção de cópias ou certidões (art. 3º, inciso II; g) princípio da segurança jurídica (art. 2º, *caput*, e 54º - prazo decadencial) ; f) princípio da não *reformatio in peius*, no procedimento em via de recurso, sem que o recorrente seja cientificado para que formule suas alegações antes da decisão e nos casos de revisão, quando surgirem fatos novos ou circunstâncias relevantes suscetíveis de justificar a inadequação da sanção aplicada (art. 64º, Parágrafo único e art. 65º, Parágrafo único ); g) princípio da unidade ou da concentração (art.12º e art. 15º); h) princípio da obrigatoriedade de concluir o procedimento quando iniciado e mediante ato explícito (art. 49º; k) princípio da hierarquia (art. 17º e art. 57º); i) princípio da condenação do silêncio, com sanções (art. 42º, §§ 1º e 2º e art. 48º) ; j) princípio da legalidade (art. 2º, *caput*, e inciso I; k) princípio da prefixação de prazos para a conclusão, com conseqüências no que diz respeito aos controles de eficiência (arts. 41º, 42º, 43º, 44º,49º, 56 º, § 1º, 59º, *caput* e §§ 1º e 2º, 62º; l) princípio da obrigatoriedade do contraditório e da ampla defesa (art. 2º, *caput* e inciso X e art. 3º, incisos II, III e IV); m) princípio da gratuidade (art. 2º, inciso XI); n) princípio da oficialidade (art. 2º, inciso XII); o) princípio da simplicidade de formas (art. 2º, inciso IX); s) princípio da obrigação de motivar ( art. 2º, *caput*, e inciso VII e todo o Capítulo XII) ; p) princípio da economia processual (arts. 7º e 8º) e q) princípio do dever de completar a instrução (art. 49º). Organização feita a partir de MEDAUAR, *O direito administrativo...cit.*, pp. 212/213; BARACHO, Teoria Geral...cit., , p. 53 e MOREIRA, Egon Bockmann. *Processo Administrativo... cit., passim*

interesse público, eficiência e dever de proporcionalidade – sentido amplo), inciso VI (proporcionalidade no sentido de adequação entre meios e fins – *stricto sensu*) e inciso IV (atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé – princípio da moralidade objetiva), do mesmo artigo.<sup>377</sup> O inciso segundo do mesmo artigo trata particularmente da garantia à participação efetiva nos processos “de que possam resultar sanções e nas situações de litígio”: é a função garantística da participação no processo administrativo.

Sujeitos do processo administrativo são os interessados ou administrados e a Administração. Pelo art. 3º, inciso II, o “administrado” tem direito, perante a Administração, de modo geral, a ter ciência da tramitação de todos os processos em que seja interessado e isso implica poder ter vista dos autos, fazer cópias de documentos e conhecer as decisões. Na forma do inciso III, o administrado poderá formular alegações e apresentar documentos. A lei reservou a expressão ‘interessados’ para indicar aquele que se torna sujeito na relação, e este pode comparecer no processo em duas posições: como instaurador do processo ou como sujeito que tem interesses que possam ser afetados pela decisão a ser adotada.<sup>378</sup>

Admite-se, expressamente a substituição processual, isto é, as organizações e associações representativas, no que diz respeito à defesa de direitos e interesses coletivos e as pessoas ou associações legalmente constituídas para a defesa de direitos ou interesses difusos podem participar do processo instaurado. Nesta hipótese, valem os mesmos princípios adotados nos processo civis ou trabalhistas: a decisão obriga o substituto e os substituídos e “não se pode negar ao substituído ingressar na relação em que é parte o substituto, como tampouco se pode vetar a um ou a alguns dos substituídos a possibilidade de instaurarem outro processo administrativo, com os mesmos fundamentos e objetivos [...]”.<sup>379</sup>

Na medida em que é obrigatória a participação, no processo administrativo, daqueles que, sem terem iniciado o processo, têm direitos ou interesses que possam ser afetados pela decisão a ser adotada, ressalta a questão do litisconsórcio facultativo originário e irrecusável,

<sup>377</sup> Lei 9784/00, Art 2º. “ A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.”

<sup>378</sup> Lei 9.874/99. Art. 9º. “São legitimados como interessados no processo administrativo: I - as pessoas físicas ou jurídicas que o iniciem como titulares, de direitos ou interesses individuais ou no exercício do direito de representação; II - aqueles que, sem terem iniciado o processo, têm direitos ou interesses que possam ser afetados pela decisão a ser adotada; III - as organizações representativas, no tocante a direitos e interesses coletivos; IV - as pessoas ou as associações legalmente constituídas quanto a direitos ou interesses difusos.”

<sup>379</sup> Cf. FERRAZ e DALLARI, *Processo Administrativo...*, cit., p. 103.

previsto no art. 8º da lei,<sup>380</sup> e o problema de um eventual litisconsórcio ulterior facultativo irrecusável, que poderá ocorrer se um terceiro que tenha comunhão ou conexão de direitos com o conteúdo do processo instaurado dele quiser participar. Admitida a pluralidade subjetiva no processo, se houver, da parte de um terceiro, um interesse jurídico em que a decisão seja favorável a Tício ou Sempronio estar-se-á diante da hipótese de assistência (que até podera ser litisconsorcial). Por essas razões, Ferraz advoga ser cabível, no âmbito do processo administrativo, a extensão das modalidades interventivas previstas no Código de Processo Civil (com as devidas adaptações), tais como a oposição, nomeação à autoria, chamamento ao processo e denúncia à lide.<sup>381</sup> Capazes, para fins de processo administrativo, são os maiores de dezoito anos, ressalvada previsão especial em ato normativo próprio.<sup>382</sup>

Só os interessados (administrados que participam do processo) podem praticar atos processuais, receber intimações e recorrer (art. 38 e 58). No caso de interessados indeterminados, desconhecidos ou com domicílio indefinido, a intimação deverá ser efetuada por meio de publicação oficial.<sup>383</sup> A lei abre uma exceção, em relação à participação no processo, para aqueles casos em que a matéria do processo envolve assunto de interesse geral, quando, então, o órgão competente poderá, mediante despacho motivado, abrir período de consulta pública, mas o comparecimento do administrado na consulta pública, não lhe confere, por si só, a condição de interessado. A participação através da consulta pública só confere o direito de obter da Administração resposta fundamentada, que poderá ser comum a todas as alegações substancialmente iguais e o de oferecer alegações escritas (art. 31, §§ 1º e 2º).

A lei contém uma cláusula geral no sentido de ser facultado à Administração estabelecer outros meios de participação dos interessados, diretamente ou por meio de organizações e associações legalmente reconhecidas, quando a matéria for relevante. Nesse particular, a lei poderia ter indicado, a título exemplificativo, quais são estas matérias, como o

---

<sup>380</sup> Lei 9.874/99. Art. 8º. “Quando os pedidos de uma pluralidade de interessados tiverem conteúdo e fundamentos idênticos, poderão ser formulados em um único requerimento, salvo preceito legal em contrário.”

<sup>381</sup> FERRAZ e DALLARI, *Processo Administrativo*, cit., p. 104.

<sup>382</sup> Lei 9.784/99. Art. 10. “São capazes, para fins de processo administrativo, os maiores de 18(dezoito)anos, ressalvada previsão especial em ato normativo próprio.”

faz a Lei de Procedimento Alemã (urbanismo, proteção contra poluição ou sobre a utilização pacífica de energia nuclear), pois a formulação aberta permite que a Administração decida, discricionariamente, quais são estas matérias. Só a concretização da lei em nível estadual e municipal permitirá que se estabeleçam parâmetros para obrigar a Administração a estabelecer outros meios de participação dos interessados.

Isso é assim porque a competência para legislar é privativa<sup>384</sup> nas três esferas de poder. Assim, é imprescindível, para a efetiva processualização da atividade administrativa que os Estados e municípios também regulem o processo administrativo, porque, do contrário, a lei federal se esvaziará. Nada impede que os entes federados aprofundem as diretrizes contidas na lei, adaptando-as às matérias que são de sua competência (residual e de interesse local), tais como a organização do serviço de transporte coletivo e de passageiros nos limites do território do município, relativas aos planos diretores, contendo política de desenvolvimento e de expansão urbanam especialmente o planejamento do uso, parcelamento e ocupação do solo urbano e outras.<sup>385</sup>

De qualquer forma, o certo é que o a extensão do esquema processual à atividade administrativa tende a unificar e disciplinar a atuação de todos os instrumentos e órgãos participativos e mesmo que a lei federal tenha um âmbito de aplicação limitado, nada impede que ela seja usada subsidiariamente para nortear decisões administrativas em todos os níveis, na medida em que ela está sendo considerada, tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência, um importante instrumento na realização do Estado de Direito.<sup>386</sup>

---

<sup>383</sup> Lei 9.784/99, art. 26, § 4º. “No caso de interessados indeterminados, desconhecidos ou com domicílio indefinido, a intimação deve ser efetuada mediante por meio de publicação oficial.”

<sup>384</sup> Carlos Ari Sunfeld afirma que “é da competência legislativa privativa de cada ente federado a organização da Administração Pública, isto é, a edição de leis dispondo sobre a estruturação da Administração, com sua divisão em órgãos ou pessoas jurídicas, a organização dos serviços públicos, os procedimentos a serem adotados no exercício das atividades administrativas e o regime jurídico dos servidores”. In: ‘Sistema Constitucional de Competências’. *Revista Trimestral de Direito Público*, nº 1/93, p. 274

<sup>385</sup> Nos temas de competência privativa, a lei deve ser editada pela pessoa política a quem tiver sido outorgado tal atribuição. Entretanto, em algumas hipóteses, como a regulação da atividade administrativa dos Estados ou municípios, pode a lei federal ser suplementada por lei estadual ou municipal “para o fim específico de submeter o serviço a imposições mais rígidas do que as constantes da norma federal”. Da mesma forma, Estados e municípios estão obrigados a exercer atribuições cuja regulamentação pertence à União, como é o caso das diretrizes e bases da educação nacional e das normas gerais de licitações e contratos. Cf. SUNFELD, ‘Sistema Constitucional...’, cit., p. 275.

<sup>386</sup> *STJ (MS Nº 8.946 - DF/ Rel. Min. Humberto Gomes De Barros, Julgado em 23.10.2003)EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA - CÓPIA DO ATO IMPUGNADO - APRESENTAÇÃO PELA AUTORIDADE COATORA .II - ADMINISTRATIVO - LEI 9.784/99 - DEVIDO PROCESSO ADMINISTRATIVO - COMUNICAÇÃO DOS ATOS - INTIMAÇÃO PESSOAL - ANULAÇÃO E REVOGAÇÃO.I - A circunstância de o impetrante não haver oferecido, com a inicial, uma reprodução do ato impugnado não impede se conheça do pedido de Segurança, se a autoridade apontada como coatora, em atitude leal, o transcreve nas*

### 4.3 A Participação dos particulares nas atividades econômicas da Administração

Se a participação for entendida como toda forma de intervenção de uma pessoa privada na elaboração ou execução dos instrumentos da vida econômica, em um Estado intencionista, fica claro que podem existir formas bastante variadas de participação.<sup>387</sup> Os titulares dessa participação, na maioria dos casos, não são os cidadãos individualmente e sim os agentes econômicos privados e as formas mais características em que se esta se concretiza são a ação concertada, a consulta pública na elaboração de planos os decisões macro-econômicas e a direção de organismos, empresas ou estabelecimentos públicos e econômicos em regime de co-gestão.<sup>388</sup>

Como já foi discutido, a ação concertada entre a Administração e as empresas privadas para a execução de políticas econômicas vem se desenvolvendo bastante nos países ocidentais e foi particularmente objeto da ‘Reforma de Estado’ que está em curso no Brasil. Os meios e as técnicas jurídicas de “concertação” estão ligados, na maioria dos casos, às formas contratuais ou “quase contratuais”, como por exemplo, as concessões de serviço público, contratos e acordos de programa, contratos de preços, de estabilização, etc., mas é justamente

---

*informações. II - A Lei 9.784/99 é, certamente, um dos mais importantes instrumentos de controle do relacionamento entre Administração e Cidadania. Seus dispositivos trouxeram para nosso Direito Administrativo, o devido processo legal. Não é exagero dizer que a Lei 9.784/99 instaurou no Brasil, o verdadeiro Estado de Direito. III - A teor da Lei 9.784/99 (Art. 26), os atos administrativos devem ser objeto de intimação pessoal aos interessados IV - Os atos administrativos, envolvendo anulação, revogação, suspensão ou convalidação devem ser motivados de forma "explícita, clara e congruente."(L. 9.784/99, Art. 50). V - A velha máxima de que a Administração pode nulificar ou revogar seus próprios atos continua verdadeira (Art. 53). Hoje, contudo, o exercício de tais poderes pressupõe devido processo legal administrativo, em que se observa em os princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência (L. 9784/99, Art. 2º). Também: STJ (MS 10.092 - DF, Rel. Min. Franciulli Netto, Julgado em 22.06.2005) .EMENTA. ADMINISTRATIVO - MANDADO DE SEGURANÇA - REQUERIMENTO FORMULADO A MINISTRO DE ESTADO, NO SENTIDO DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTO - AUSÊNCIA DE RESPOSTA DA AUTORIDADE ESTATAL - IMPETRAÇÃO PARA QUE O SENHOR MINISTRO DE ESTADO SE PRONUNCIE SOBRE O PEDIDO - ACOLHIMENTO, EM PARTE, DA PRETENSÃO MANDAMENTAL - ESTABELECIDO PRAZO PARA QUE A AUTORIDADE EXAMINE O PEDIDO ADMINISTRATIVO.- Recorre-se ao diploma que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal a fim de fixar um prazo para que o Senhor Ministro de Estado da Saúde responda ao pedido formulado pela impetrante. Assim, pois, prevê o artigo 49 da Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999: "Art. 49. Concluída a instrução de processo administrativo, a Administração tem o prazo de até trinta dias para decidir, salvo prorrogação por igual período expressamente motivada"[...].*

<sup>387</sup> Cf. ENTERRÍA, cit., p.269.

<sup>388</sup> Cf. ENTERRÍA, cit., idem.

na prestação e regulação de “serviços públicos” (entendido como espécie de atividade econômica) que estão concentrados os esforços dos legisladores, políticos e juristas na construção do “Estado gerencial”.

#### 4.3.1 A delegação da execução de serviços públicos

Sustenta Eros Roberto Grau que a Constituição Federal distingue atividade econômica de serviço público, de modo que enuncia hipóteses em que o Estado explora diretamente atividade econômica, aquelas em que o Estado presta serviços públicos, e finalmente, aquelas em que o Estado aparece como agente normativo regulador da atividade econômica.<sup>389</sup> Isso é assim porque, se como consubstanciado na doutrina administrativista francesa<sup>390</sup> (seguida no

---

<sup>389</sup> GRAU, Eros Roberto. ‘Constituição e Serviço Público’, *cit*, p. 250. Ver Constituição Federal, artigos 173, 175 e 174, respectivamente. Paulo Scott entende por ‘atividade econômica’, aquela ação ou ações de natureza econômica, relacionadas “à produção, industrialização, transformação, comercialização e consumo de bens e riquezas”, de modo que tal conceito envolve “tanto ações praticadas pelo setor privado quanto pelo setor público.” Quando o setor público produz ou intermedia bens e serviços, “deve se manter sob o objetivo da realização das finalidades públicas queridas pela sociedade”. Daí, no plano das atividades econômicas, o Estado pode ser um ‘agente normativo’, que fiscaliza e vigia o jogo da livre iniciativa e da valorização do trabalho humano, incentiva e planeja, como também um ‘agente regulador’, que ajusta (regula) as atividades econômicas às normas positivadas. Tomados os dois papéis – normativo e regulador – conjuntamente, surge um ponto de vista superior: o Estado é um “agente normalizador da atividade econômica”, porque as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, ao lado das atribuições normativa e reguladora e da participação direta no mercado como agente econômico, “respondem à pretensão constitucional de incorporar o postulado do Estado Social – pretensão essa que vincula juridicamente os poderes estatais para que se interessem pelos problemas sócioeconômicos e criem as condições necessárias para a obtenção de uma ordem sócioeconômica justa [...]” Ver: SCOTT, Paulo Henrique Rocha. *Direito Constitucional Econômico. Estado e Normalização da Economia*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2000, pp. 30, 97 et seq.

<sup>390</sup> A noção de serviço público é tida pelos autores franceses como a mais importante tentativa de síntese do direito público que apareceu na França e, segundo Duguit, é a noção que se acha logicamente posta na base do regime administrativo porque o Estado não é só um poder de comando, mas uma cooperação de serviços públicos. Assim, para ele, o serviço público é “*toda atividade cujo cumprimento deve ser assegurado, regulado e controlado pelos governantes, porque o cumprimento dessa atividade é indispensável à realização e ao desenvolvimento da interdependência social e que é de tal natureza que não pode ser realizada completamente senão pela intervenção da força governante.*” Hauriou, de sua parte, afirma que são duas as noções fundamentais do direito administrativo – poder público e serviço público – e, claramente, prefere a primeira, ao afirmar que o elemento essencial do regime administrativo é o ‘poder administrativo’, que se contrapõe aos direitos dos particulares – poderes privados. A síntese da jurisprudência foi bem mais difícil, e pode ser assim resumida: existe serviço público quando um empreendimento funciona sob a autoridade da Administração, utiliza procedimentos de poder público e responde a uma necessidade de interesse geral, isto é, há ‘serviço público’ quando prestado por pessoa pública, sob regime de direito público, isto é, atividade desenvolvida segundo os princípios da continuidade, da regularidade e da igualdade dos usuários perante o ‘serviço’, que visa a satisfazer o ‘interesse público’. A jurisprudência, embora tenha acolhido o princípio defendido pela doutrina – usou a noção de serviço público para definir a situação de direito público dos agentes e a característica de ‘administrativo’ para seus atos –, acabou por não acolhê-la totalmente, ao remeter aos tribunais judiciais o julgamento de um contrato que tinha por fim a prestação de um serviço público, porque ele era “regido pelas regras gerais de obrigações” ou ainda reconheceu a possibilidade de a Administração contratar sob regras de direito comum mesmo que se tratasse de um serviço público. Ver:

Brasil), o serviço público é a atividade assumida por uma coletividade pública com o propósito de dar satisfação a uma necessidade de interesse geral, com a necessidade de participação de uma pessoa pública e, extensivamente, toda atividade que uma coletividade pública decide assumir porque lhe parece que a realização dessa atividade é necessária ao interesse público ou geral, a prestação de um serviço público “está voltada à satisfação de necessidades, o que envolve a utilização de bens e serviços, recursos escassos. Daí porque *serviço público* é um tipo de *atividade econômica*”.<sup>391</sup>

Por conseguinte, verifica-se que o gênero - atividade econômica - comporta as espécies “serviço público” e “atividade econômica em sentido estrito”, de forma que, quando a Constituição alude à “atividade econômica” no art. 173, § 1º, está indicando as hipóteses de exploração direta de “atividade econômica em sentido estrito”, cuja titularidade é do setor privado, e não do Estado, mas por razões de “segurança nacional” e “interesse coletivo” este as assume.

Da mesma forma, a exploração de atividade econômica pelo Estado, em regime de monopólio, igualmente se dá por imperativos de segurança nacional, mas isto não transforma tais atividades em “serviço público”, porque o que caracteriza uma atividade como serviço público é sua vinculação ao *interesse social*, isto é, a sua indispensabilidade à realização e ao desenvolvimento da interdependência social, seguindo a tese de Duguit ou a tese alemã (*Daseinsvorsorge*), explorada, entre nós, por Ruy Cirne Lima, que compreende como serviço público “todo serviço existencial, relativamente à sociedade, ou pelo menos, assim havido num momento dado, que, por isso mesmo, tem de ser prestado aos componentes daquela, direta ou indiretamente, pelo Estado ou outra pessoa administrativa.”<sup>392</sup>

---

HAURIOU, *Précis...*, cit., pp. 57 e ss; JOURDAN, Philippe. La Formation du Concept de Service Public. *Revue de Droit Public et de la Science Politique en France et a L'Étranger*, Tome CIII. Paris: LGDJ, 1988, p. 95; RIVERO, *Direito Administrativo*, cit., p. 188; CORAIL, Jean-Louis. *La Crise de la Notion Juridique de Service Public en Droit Administratif Français*. Paris: LGDJ, 1954, pp. 24 e ss. MORAND-DEVILLER, Jacqueline. Cours de Droit Administratif. Paris: Montchrestien, 1991, p. 378; LAUBADÉRE, André. *Traité Théorique et pratique des Contrats Administratifs*. Tomo I Paris: LGDJ, 1956, pp. 21 e ss; CHAPUS, René. Le Service Public et La Puissance Publique. *Revue de Droit Public et de la Science Politique en France et a L'Étranger*. Tomo LXXXIV, n°2. Paris: LGDJ, 1968, p. 245; REGOURD, Serge. Le service public et la doctrine: pour un plaidoyer dans le procès en cours. *Revue de Droit Public et de la Science Politique en France et a L'Étranger* Paris: LGDJ, 1988, p. 20.

<sup>391</sup> GRAU, Eros Roberto. Constituição e Serviço Público, cit., *idem*.

<sup>392</sup> CIRNE LIMA, cit., p. 82. Para Diogo Figueiredo Moreira Neto, serviços públicos seriam as atividades pelas quais o Estado, direta ou indiretamente, promove ou assegura a satisfação de interesses públicos, assim por lei

Advém daí, que serviço público, nos termos da Constituição, é atividade prestada no interesse social e, por isso, privativa do Estado. O fato dessa atividade poder ser delegada aos particulares - por concessão ou permissão - não significa que deixa de ser “fim” do Estado brasileiro. Se, como afirma Eros Roberto Grau, a ordem econômica delineada na Constituição tem por finalidade assegurar a todos uma existência digna, “a preservação dos vínculos sociais e a promoção da coesão social pelo Estado assumem enorme relevância no Brasil, a ele incumbindo a responsabilidade pela provisão, à sociedade, como serviço público, de todas as parcelas da atividade econômica em sentido amplo que seja tidas como indispensáveis à realização e ao desenvolvimento da coesão e da interdependência social.”<sup>393</sup>

Sobre a base de dois critérios fundamentais - intervenção no mercado e essencialidade do serviço - , surgem três grandes categorias sobre as missões do serviço público: a) permitir aos usuários prestações essenciais; b) contribuir para a coesão social c) favorecer a utilização racional, eficaz e equilibrada do território. O serviço público, justificado pela eficiência e equidade, é capaz de contribuir para a correção dos desequilíbrios do território e das desigualdades sociais. A doutrina econômica européia mais recente oscila entre duas teses: a primeira, é a de que os serviços a serem prestados pelo Estado devem ser aqueles de relativos à prestação de bens coletivos puros ( não exclusivos, com acessibilidade geral e em que o consumo de uns não afeta o consumo dos demais) e serviços ditos “de clube”, em que o consumo coletivo está, em princípio, recusados a certos usuários (são exclusivos, mas não rivais, de acordo com a terminologia especializada). A segunda tese é a de que o serviço público deve se limitar aos serviços coletivos puros, porque só eles têm a vocação de serem oferecidos ao conjunto dos usuários e serem financiados pelo Fisco. Os “bens de clube” devem ser pagos pelos consumidores e o seu fornecimento fica a cargo da iniciativa privada: a autoridade pública só pode intervir para corrigir distorções de preços, desigualdades flagrantes e corrupção.<sup>394</sup>

A doutrina brasileira não faz esta distinção, apenas refere que a reforma do Estado preconiza é a descentralização de serviços públicos e a sua delegação de sua execução, que deve se dar por meio de permissão e concessão. O “Plano Diretor da Reforma do Aparelho

---

considerados, sob o regime jurídico próprio a eles aplicável, ainda que não necessariamente de direito público.” *In: Mutações..., cit.*, p. 126.

<sup>393</sup> GRAU, Eros Roberto. ‘Constituição e Serviço Público’, *cit.*, p. 391.

de Estado” considera existirem quatro setores de atuação do Estado (núcleo estratégico, de atividades exclusivas, serviços não exclusivos e setor de produção de bens e serviços para o mercado), é para o setor de produção de bens e serviços que se indicam a concessão ou permissão de serviço público como instrumentos adequados para aumentar a eficiência. Neste caso, interessa ou que o Estado preste ele mesmo o serviços públicos ou que apenas assegure a sua prestação por meio de delegatários.<sup>395</sup>

Pela concessão, uma pessoa jurídica ou consórcio explora, em seu nome e por conta própria determinada atividade econômica, de interesse ou utilidade pública, durante certo período de tempo, mediante a assunção de certos encargos e obrigações. Relação jurídica complexa, composta de atos regulamentares do Estado, que fixa as condições em que o serviço será oferecido ao usuário, “de um ato-condição por meio do qual o concessionário voluntariamente se insere debaixo da situação jurídica objetiva estabelecida”<sup>396</sup> e de um contrato, pelo qual se garante o equilíbrio econômico-financeiro que tende a resguardar os interesses de lucro do concessionário, a concessão constitui um modo de colaboração entre particulares e poder público na execução de serviços públicos. Afora a discussão sobre a sua natureza jurídica, deve ser ressaltado que na concessão, os particulares participam da prestação do serviço público diretamente e tendo em vista a realizar interesses e fins próprios. Nestas condições, a sua participação é constitutiva do contrato administrativo e *uti singuli*, porque ele é portador de direitos e interesses próprios frente à Administração.<sup>397</sup>

---

<sup>394</sup> MODERNE, Franck. ‘Les Transcriptions Doctrinales de L’Idée de Service Public’. In: MODERNE, Franck et MARCOU Gérard (éds). *L’Idée de Service Public dans le droit des États de L’ Union Européene*. Paris: L’Hartmattan, 2001, pp. 14/15.

<sup>395</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia. *Parcerias...*, cit., pp. 42 e MOREIRA NETO, Diogo F. *Mutações...*, cit., p. 125.

<sup>396</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso...*, cit., p. 454.

<sup>397</sup> De um modo geral, a doutrina considera que a concessão é um modo contratual de gestão de serviços públicos. Mas este contrato tem dupla natureza, porque além das cláusulas contratuais propriamente ditas, existem as cláusulas ‘regulamentares’ ou ‘de serviço’. A partir da edição da Lei 8.987/95 - Lei das Concessões - e do Decreto 2.003/96, os juristas passaram que a concessão é ato complexo porque abrange um decreto e um contrato, de modo que, enquanto o contrato não é assinado, não fica constituído o direito do concessionário, isto é, o contrato específico é condição de eficácia do decreto, emanado pelo poder concedente. O caráter especial é atribuído constitucionalmente a estes contratos, em face da especial relação entre o poder concedente e as concessionárias de serviços públicos, isto é, Estado e empresa privada são *parceiros* para a prestação de serviços públicos. Desta caracterização decorre que tal ‘contrato’ baseia-se num acordo das partes, nele há a prevalência do interesse público, deve haver previsão de justa compensação no caso de modificação unilateral de suas cláusulas pelo poder concedente; através do contrato, o Estado só transfere a exploração do serviço, mantendo a responsabilidade de regular e fiscalizar a concessão, no interesse público. Para essas considerações, ver, especialmente: WALD et al. *O Direito de Parcerias.....*, cit., pp. 100 e ss; MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo*, cit., pp. 340 e ss; CRETELLA JÚNIOR, *Curso de Direito Administrativo...*, cit., pp. 355 e ss; MOREIRA NETO, Diogo F. *Curso de Direito Administrativo*. 12ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, pp. 421 e ss; MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 6ª. Ed. Revista e atualizada. São Paulo: RT, 2002, pp. 259 e ss.; DI PIETRO, Maria Sylvia. *Parcerias.....*, cit., pp. 92 e ss., entre outros.

Quanto à permissão, é contrato de adesão, em que existe uma atividade de cooperação vinculada a uma determinada finalidade: prestação de um serviço público. A finalidade da permissão é a prestação de um serviço, e sua função, “viabilizar a prestação adequada dos serviços públicos”.<sup>398</sup> Segundo Judith Martins Costa e Odete Medauar, a permissão, que classicamente se apresentava como ato administrativo unilateral, precário, revogável, não sujeito à licitação, teve sua natureza jurídica alterada pela Lei 8.978/95, passando a ser vista como uma ‘contrato de adesão’. Daí “foi criado, para veicular a permissão de serviço público, o contrato administrativo de adesão”, diz Odete Medauar, de modo que a ‘precariedade’ a que se refere à lei é relativa à *relação* e não aos *direitos* e *deveres* atribuídos às partes contrantes. A função do contrato (finalidade) é oferecer um *serviço adequado* e só a não prestação de um serviço adequado constitui justa causa para a desestabilização do contrato.<sup>399</sup> Da mesma forma que na concessão, pela permissão, o particular colabora com a Administração *uti singuli*.

#### 4.3.2 A participação do usuário no serviço público

Tradicionalmente, os serviços públicos submetem-se a um regime jurídico próprio, isto é, um conjunto de normas que impõe deveres e atribuem direitos tanto aos concessionários e permissionários quanto aos usuários. Daí a doutrina falar em princípios informativos dos serviços públicos, tais como a generalidade, a continuidade, a eficiência, a segurança, a cortesia e a modicidade, todos reconduzíveis à expressão constitucional e infraconstitucional ‘serviço adequado’.<sup>400</sup>

<sup>398</sup> Cf. MARTINS-COSTA, J. ‘O Regime das Concessões e Permissões Municipais’, *cit.*, p. 132.

<sup>399</sup> Cf. MARTINS-COSTA, J. ‘O Regime das Concessões e Permissões Municipais’, *cit.*, *idem.* e MEDAUAR, Direito Administrativo..., *cit.*, p. 260. Com essa posição não concordam Maria Sylvia Di Pietro e Celso Antonio Bandeira de Mello, principalmente este último, que vê na dicção da lei um quadro “kafkiano”: “[...] a Lei 8.987, ao invés de tomar um posição clara e definida em relação ao instituto da permissão, atribuindo-lhe uma caracterização certa - isto é, como ato unilateral e precário, ou inversamente, como contrato - optou por tentar conciliar o inconciliável e instaurou o caos mais absoluto”. *In: Curso...., cit.*, p. 496. Já Maria Sylvia Di Pietro: “[...] a fixação de praxe na permissão praticamente faz desaparecer a diferença entre esse instituto e a concessão, já que ocorrerá a perda da precariedade e o permissionário se tornará titular de direito subjetivo oponível à Administração, consistentes no direito à prestação do serviço permitido pelo prazo convecionado, sob pena de responder a Administração Pública por perdas e danos. [...] Quanto a ser contrato de adesão, a referência é inócua e absurda, porque todos os contratos administrativos o são; contraria o princípio de que “a lei não contém palavras inúteis” *In: Parcerias..., cit.*, p. 121.

<sup>400</sup> Cf. MOREIRA NETO, D. *Curso de Direito Administrativo, cit.*, p. 417 e GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. ‘Teoria dos Serviços Públicos e sua Transformação’. *In: SUNFELD, Carlos Ari (org.) Direito Administrativo Econômico*. 1ª. Ed. São Paulo: Malheiros, 2002, pp. 48 e ss.

Do princípio da generalidade do serviço público decorre o seu caráter *universal* - deve ser estendido ao maior número de pessoas possíveis -, *isonômico* - todos os usuários devem ser tratados igualmente -, e *democrático* - fica garantida a participação do usuário “em tudo o que se refira ao serviço que lhe é oferecido ou prestado.”<sup>401</sup> Por isso, na Constituição Federal, pela Emenda 19/98, foi prevista a possibilidade de participação do usuário na administração pública direta e indireta (art. 37, § 3º), e de que este oponha reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral (art. 37, § 3º, I). A Constituição remeteu à lei a disciplina das formas de participação do usuário na Administração, também o fazendo em relação à defesa do usuário de serviços públicos (esta lei geral ainda não foi, todavia, promulgada).

A Lei 8.987/95 traçou as diretrizes da participação dos usuários na execução da prestação de serviços públicos por concessionárias e permissionárias, e, desse conjunto legislativo sobressai que o usuário poderá participar como *colaborador*, “representado por conselhos, que atuam junto às concessionárias, com o fim de assegurar a qualidade dos serviços prestados e o resguardo dos direitos dos usuários”<sup>402</sup> e como titular de direitos e deveres, destacando-se o direito de receber um serviço adequado e o dever de comunicar à autoridade os atos ilícitos e os abusos praticados pelos delegatários. O usuário, direto ou potencial dos serviços públicos poderá, então, participar de sua fiscalização e do seu controle.<sup>403</sup>

Por isso, as leis especiais que regulam os vários serviços públicos, fazem previsões de participação do cidadão, como a “instituição de ouvidores junto a diferentes órgãos públicos”, audiências e consultas públicas, existência de conselho consultivo, sistemas de “disque-denúncia” e etc. , como é o caso da Lei 9.472/97 (Lei Geral das Telecomunicações, que instituiu a ANATEL )<sup>404</sup> e da Lei 9.427/96 (que instituiu a ANEEL).<sup>405</sup> Estas leis

<sup>401</sup> Cf. MOREIRA NETO, D. *Curso de Direito Administrativo*, cit., p. 417.

<sup>402</sup> Cf. WALD, *O Direito de Parceria...*, cit., p. 157.

<sup>403</sup> GROTTI, ‘Teoria dos Serviços Públicos...’, cit., p. 59.

<sup>404</sup> Lei 9.472/97. Art. 33. “O Conselho Consultivo é órgão de participação institucionalizada da sociedade na Agência. Art. 34. O Conselho será integrado por representantes indicados pelo Senado Federal, pela Câmara dos Deputados, pelo Poder Executivo, pelas entidades de classe das prestadoras de serviço de telecomunicações, por entidades representativas dos usuários e por entidades representativas da sociedade nos termos do regulamento. (...) Art. 42. As minutas de atos normativos serão submetidas à consulta pública, formalizada por publicação no Diário Oficial da União, devendo as críticas e sugestões permanecerem à disposição do público na Biblioteca. (...) Art. 45. O Ouvidor será nomeado pelo Presidente da República para mandato de dois anos em até 90 (noventa) dias.”

instituíram as ‘Agências Regulatórias’ para os serviços de telecomunicações e energia, e estão no marco do desenvolvimento de um “direito geral de regulação”.<sup>406</sup>

Em razão das novas políticas de descentralização e deslegalização, nas democracias ocidentais multiplicam-se os órgãos autônomos de regulação ou ‘autoridades administrativas independentes’, de discutível natureza jurídica, que organizam determinadas funções administrativas ao lado das estruturas tradicionais, em certos setores como serviços públicos, (Inglaterra e Brasil), audiovisual (França e Portugal) e controle dos mercados financeiros (França, Espanha e Itália). Tais órgãos, frutos da política de desregulamentação e privatização, seguem o exemplo das agências federais de regulação existentes nos EUA<sup>407</sup> e se têm imposto ao organizarem uma função de controle ou de regulação a salvo da política partidária e “para assegurar a imparcialidade das decisões”.<sup>408</sup> Com isso, uma parte sempre maior da comunidade foi convertida em “clientes do governo” e isto determinou a expansão de ‘agências não regulatórias’, atuantes na prestação de benefícios, de modo a superar a expansão das ‘agências regulatórias’, que atuam coercitivamente.<sup>409</sup>

A ‘Agência Reguladora’, então, possui “a missão de traçar metas, objetivos, regras estáveis [...], para o aprimoramento dos serviços públicos entregues à iniciativa privada” e a competência para “fiscalizar a implementação das técnicas gerenciais modernas, com o objetivo que o concessionário preste serviço público com eficiência, qualidade e preços competitivos.”<sup>410</sup>

---

<sup>405</sup> Lei 9427/96. Art. 4º, § 1º. “ O decreto de constituição da ANEEL indicará qual dos diretores da autarquia terá a incumbência de, na qualidade de ouvidor, zelar pela qualidade do serviço público de energia elétrica, receber, apurar e solucionar as reclamações dos usuários. (...) § 3º. O processo decisório que implicar afetação dos direitos dos agentes econômicos do setor elétrico ou dos consumidores, mediante iniciativa de projeto de lei ou, quando possível, por via administrativa, será precedido de audiência pública convocada pela ANEEL.”

<sup>406</sup> Não é finalidade desta tese fazer uma abordagem profunda do chamado ‘ direito regulatório’. A referência feita aqui é somente para melhor compreender o fenômeno “participativo” em suas várias direções. Boas sínteses se encontram em: DI PIETRO, Maria Sylvia (org.) *Direito Regulatório. Temas polêmicos*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2003 e em ARAGÃO, Alexandre Santos do. *Agências Reguladoras e a evolução do Direito Administrativo Econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

<sup>407</sup> Estas entidades são chamadas de ‘Agências Reguladoras’ por influência dos ordenamentos anglo-saxônicos, traduzindo a expressão *regulatory agencies* ou *regulatory commissions*, que surgiram na Inglaterra a partir de 1834 e nos EUA desde 1887, com a *Interstate Commerce Commission*. Cf. MOREIRA NETO, *Mutações...*, cit., p. 148.

<sup>408</sup> Cf. MARCOU, Gérard. ‘Intégration juridique et logique nationales’, *cit.*, p. 59.

<sup>409</sup> Cf. COUTO E SILVA, Almiro. Os indivíduos e o Estado..., *cit.*, pp. 36/37.

<sup>410</sup> GOMES DE MATTOS, Mauro Roberto. Agências Reguladoras e suas características. *Revista de Direito Administrativo* nº 218, out.dez/1999, p. 73.

Advém daí que, modernamente, a privatização da execução dos serviços públicos acabou sendo “uma *publicização* de sua regulamentação e controle”.<sup>411</sup> Entretanto, se tais fórmulas se mostram úteis para a neutralização de um setor submetido a fortes pressões políticas e econômicas, apresentam, também certos ‘perigos’, pois “a autonomia em relação ao governo pode se traduzir por um controle de grupos de interesse e tende a fazer prevalecer uma lógica puramente setorial”.<sup>412</sup>

No Brasil, tais agências, organizadas, na maior parte dos casos, sob a forma de autarquia, desempenham funções de controle na prestação de serviços públicos, cuja execução é transferida à empresas estatais ou empresas privadas. São elas: a ANP – Agência Nacional de Petróleo, vinculada ao Ministério de Minas e Energia, a ANEEL – Agência Nacional de Energia Elétrica, vinculada ao Ministério das Comunicações, a ANVS - Agência Nacional de Vigilância Sanitária, vinculada ao Ministério da Saúde, a ANATEL – Agência Nacional de Telecomunicações, também vinculada ao Ministério das Comunicações e a ANA – Agência Nacional de Águas. No Estado do Rio Grande do Sul, a AGERGS (Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Rio Grande do Sul), criada pela Lei nº 10.931, de 09 de janeiro de 1997, é entidade autárquica que, entre outros objetivos e competências, tende a assegurar a prestação de serviços adequados, assim entendidos aqueles que satisfazem as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação de modicidade nas suas tarifas (art. 1º, I do Regimento Interno). Além disso, controla e fiscaliza, bem como normatiza, padroniza, concede e fixa tarifas dos serviços públicos delegados, em decorrência de norma legal ou complementar, disposição convencional ou contratual, por ato administrativo, ao Estado do Rio Grande do Sul, suas autarquias, fundações, públicas ou entidades paraestatais, especialmente no que tange ao saneamento, energia elétrica, rodovias, telecomunicações, portos e hidrovias, irrigação, transportes intermunicipais de passageiros, aeroportos, distribuição de gás canalizado e inspeção de segurança veicular.

Afirma Diogo Moreira Neto que aos elementos clássicos das autarquias, se vieram a somar, na caracterização jurídica das agências reguladoras, uma relativa independência que diz respeito a quatro aspectos: independência política dos gestores, independência técnica decisional, “predominado as motivações apolíticas para seus atos”,<sup>413</sup> independência

---

<sup>411</sup> MOREIRA NETO, *Mutações...., cit.*, p. 148.

<sup>412</sup> MARCOU, *Intégration... cit.*, p. 60.

<sup>413</sup> MOREIRA NETO, *Mutações...., cit.*, p. 148.

normativa e independência gerencial orçamentária e financeira, com atribuição legal de fonte de recursos próprios.

Sendo assim, importa considerar que, nas previsões legislativas, ressaltam pelo menos quatro formas de participação na elaboração das normas das agências reguladoras, quais sejam: a) a audiência pública (prevista na legislação da ANEEL e da ANP, sendo que, nesta última, está mencionada a sessão pública para a reunião de diretoria)<sup>414</sup>; b) consulta pública sobre minutas de atos normativos (ANATEL); c) escolha de pessoas da sociedade civil para compor os órgãos consultivos (que se manifestam durante o processo de elaboração das normas, embora o poder normativo fique a cargo da direção da agência (ANATEL, ANS e ANVISA) e d) manifestação dos interessados sobre os pedidos de outorga do direito de uso de recursos hídricos de domínio da União, bem como sobre os atos administrativos que dele resultarem (ANA).<sup>415</sup>

Ressalta de todo esse conjunto normativo, um verdadeiro “direito de reclamação”, decorrente do princípio democrático, que constitui mais uma das modalidades de controle e fiscalização dos serviços públicos, submetendo os prestadores, em qualquer nível federativo. Segundo Adriana da Costa Ricardo Schier, o “conteúdo de tal direito vem, assim, traduzido na possibilidade dos cidadãos elaborarem reclamações, denunciando irregularidades acerca da atuação administrativa expressamente vinculada à prestação de serviços públicos.”<sup>416</sup> Na perspectiva do controle social, o direito de reclamação apresenta-se como um direito que visa concretizar a participação do cidadão na esfera administrativa e, nesta perspectiva, pode ser considerado uma “densificação, no âmbito administrativo, do direito de petição, consagrado no art. 5º, XXXIV, “a”, da CF/88[...]”.<sup>417</sup>

Nas condições supra descritas, o cidadão, usuário efetivo ou potencial de serviços públicos, participa do controle e fiscalização destes, ora de forma direta, ora de forma indireta

<sup>414</sup> Decreto 2455/98, Art. 18. “As sessões deliberativas da Diretoria da ANP que se destinem a resolver pendências entre agentes econômicos e entre estes e consumidores e usuários de bens e serviços da indústria do petróleo serão públicas, permitida a sua gravação por meios eletrônicos e assegurado aos interessados o direitos de delas obter transcrições.”

<sup>415</sup> Cf. OLIVEIRA, Cristiane Catarina. ‘Participação social na elaboração de normas das agências reguladoras no Brasil e nos Estados Unidos da América do Norte’. In: DI PIETRO, Maria Sylvia (org.) *Direito Regulatório...*, cit., pp. 594 e ss.

<sup>416</sup> SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. *A Participação Popular na Administração Pública: o Direito de Reclamação*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 173.

<sup>417</sup> SCHIER, cit., p. 187.

(através de conselhos), mas esta sempre é *uti cives*, ou seja, ele participa como portador de um interesse geral, cuja finalidade é garantir a *adequada prestação dos serviços*.

#### 4.4 A participação no planejamento urbano

É no domínio da organização do território urbano que se encontram as experiências mais significativas e numerosas de participação do cidadão na atividade administrativas. Neste setor específico da atuação administrativa, o cidadão participa, na maior parte dos casos, em procedimentos que lhe afetam diretamente, isto é, a sua participação é *uti singulus*. A razão disso é que a organização do território afeta diretamente o meio de vida do indivíduo. Contudo, essa participação (direta, sem a intermediação de grupos e associações) não concerne aos interesses diretos daqueles que podem ser afetados com as medidas de planejamento e organização do solo, mas aos interesses de todas as pessoas, ou todos os cidadãos que moram na cidade.<sup>418</sup>

Nas legislações dos diferentes países, o traço comum é a titularidade do direito de participação, existindo diferenças no que concerne aos atos e decisões administrativas que são submetidos a um procedimento participativo de elaboração. Na maior parte dos casos, admite-se a participação direta na planificação urbana ou no plano diretor local ou municipal, bem como nos procedimentos de loteamentos ou de desapropriação. No direito italiano, por exemplo, distinguem-se, inicialmente, as “observações” dos particulares nos procedimentos planificatórios - “forma de colaboração cívica e como forma de integração da vontade popular mediata” - e as “oposições”, formas participativas em sentido estrito, porque estas são recursos administrativos próprios, - atos de tutela de interesses particulares.<sup>419</sup> A evolução se deu no sentido de admitir-se a intervenção, nos procedimentos planificatórios, de qualquer um para tutelar os interesses coletivos e não só daqueles portadores desses interesses. Nesta perspectiva, o princípio geral orientador da participação não é o do contraditório e sim o da publicidade da ação administrativa, de modo que se admite a participação dos cidadãos na definição do plano urbanístico para assegurar a publicidade e a

---

<sup>418</sup> Cf. ENTERRÍA, Principes et modalités..., *cit.*, pp. 267/268.

<sup>419</sup> Cf. ALPA, Guido. Aspetti e problemi della partecipazione..., *cit.*, p. 265.

imparcialidade da Administração.<sup>420</sup> A jurisprudência, na Itália, evoluiu no sentido de que a participação no plano urbanístico não constitui instrumento de tutela de situações subjetivas, mas principalmente instrumento de colaboração cívica que serve para melhorar a tutela do interesse público.

De qualquer modo, é comum, nos ordenamentos jurídicos dos vários países europeus e no Brasil, a consideração de que o plano urbanístico é o instituto fundamental da ação administrativa no âmbito municipal, principalmente na época atual, em que a Administração exerce funções materiais de apoio ao desenvolvimento econômico-social, de promoção da justiça social e de prestações sociais. O plano é, assim, considerado “o instrumento utilizado pela Administração para programar racionalmente a sua intervenção nos mecanismos sociais”<sup>421</sup> e se pode distinguir, neste particular, entre plano sócio-econômico e plano territorial. Contudo, na medida em que a planificação urbanística viu alterado o seu significado institucional, se pode afirmar que o plano do território também se constitui um elemento de transformação social. Que o plano urbanístico seja um instrumento de planificação do desenvolvimento, está expressamente referido no Parágrafo único do art. 1º da Lei 10.255/2001: “ Para todos os efeitos, esta Lei, denominada Estatuto da Cidade, estabelece normas de ordem pública e interesse social que regulam o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, bem como do equilíbrio ambiental”.<sup>422</sup> Nestes termos, pode ser feita a distinção entre planificação urbanística e planificação econômica segundo o objeto do plano: a primeira tem como objeto o território, intervindo nele diretamente; o objeto da segunda é a determinação de grandes objetivos da política econômico-social.<sup>423</sup>

Dadas as funções do plano urbanístico - inventariação da realidade urbanística, conformação do território, conformação do direito de propriedade do solo, gestão do território - e o caráter heterogêneo e variado de seu conteúdo, a doutrina não tem acordo, de modo geral, sobre a sua natureza jurídica. Para os efeitos dessa tese, adota-se a posição de Correia, segundo a qual os planos urbanísticos tem uma natureza eminentemente normativa, principalmente naquele parte que é, na maior parte dos casos, denominada “regulamento”:

---

<sup>420</sup> Cf. ALPA, Guido. *Aspetti e problemi della partecipazione...*, cit., p. 266.

<sup>421</sup> Cf. CORREIA, Fernando. *O Plano Urbanístico...*, cit., pp. 169/170.

<sup>422</sup> Cf. MEDAUAR, Odete at al. *Estatuto da Cidade. Lei 10.257, de 10.07.2001. Comentários*. São Paulo: RT, 2002, p. 12.

<sup>423</sup> Cf. CORREIA, Fernando. *O Plano Urbanístico...*, cit., p. 174.

parte escrita na qual estão fixas as regras jurídicas aplicáveis aos imóveis compreendidos na diversas zonas do território abrangidas no plano.<sup>424</sup>

Relativamente ao procedimento de formação dos planos urbanísticos, ressalta a o fato de que eles devem realizar uma justa ponderação de interesses bastante heterogêneos e, muitas vezes, conflitantes, e a exigência de formas adequadas de participação dos cidadãos. Isto responde à necessidade de compensar a amplitude do poder discricionário<sup>425</sup> no planejamento urbano, na medida em que a “chamada gestão democrática leva o governante a ouvir a população, a conhecer suas aspirações, para que as políticas e decisões não sejam imperiais e retratem as necessidades coletivas”, assevera Odete Medauar, comentando inciso II do art. 1º do Estatuto da Cidade.<sup>426</sup>

No Estatuto da Cidade, a gestão democrática é assegurada “por meio da participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade na formulação, execução e acompanhamento de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano”<sup>427</sup> e quando se tratar de implantação de empreendimentos ou atividades potencialmente lesivos ao meio ambiente natural e cultural, ou ao conforto e segurança da população, o poder público municipal deverá, pelo menos, ouvir a população interessada.<sup>428</sup>

É fundamental o papel do ‘Plano Diretor Urbano’<sup>429</sup> no planejamento do futuro da cidade: este deve englobar todo o território do município e os processos de sua elaboração e

<sup>424</sup> Conforme Fernando Alves Correia, os planos contêm, via de regra, uma parte *escrita* e uma parte *desenhada*. Na parte escrita, há o *relatório*, que descreve as metas e os objetivos do desenvolvimento do território. É uma simples explicação. Há também um *programa de administração urbanística*, que igualmente não produz efeitos diante dos particulares e, finalmente, o *regulamento*, a par do zoneamento (delimitação “no território do município de zonas ou áreas caracterizadas pelas afectação dominante dos seus solos ou pelo uso principal que nele poderá ser feito”) estabelece as orientações genéricas e os parâmetros a que deverá obedecer a ocupação, o uso e transformações das áreas definidas pelo zoneamento. *In: O Plano Urbanístico...., cit., p. 236.*

<sup>425</sup> Fernando Correia assevera que, se é uma característica dos planos urbanísticos a vastidão e a complexidade dos interesses envolvidos, “isto comporta o exercício de um poder discricionário, cujo grau e espessura são directamente proporcionais à variedade das alternativas que se apresentam ao planificador, tanto na seleção dos interesses, como na composição sucessiva dos mesmos no processo de determinação das escolhas”. *In: O Plano Urbanístico...., cit., p. 260.*

<sup>426</sup> MEDAUAR, *Estatuto da Cidade...., cit., p. 18.*

<sup>427</sup> Art. 2º, inciso II.

<sup>428</sup> Art. 2º, inciso XIII.

<sup>429</sup> *Estatuto da Cidade, art. 39.* “ A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor, assegurando o atendimento das necessidades dos cidadãos quanto à qualidade de vida, à justiça social e aos desenvolvimento das atividades econômicas, respeitadas as diretrizes previstas no art. 2º desta Lei.”

fiscalização devem contar com a participação da população. Para que essa participação seja efetiva, os poderes públicos devem garantir a promoção de audiências públicas e debates com os cidadãos individualmente e através de associações representativas da comunidade, a publicidade dos documentos e informações e o acesso de qualquer interessado aos mesmos.<sup>430</sup>

Os instrumentos que garantem legitimidade das ações de planejamento urbano e a participação são os órgãos colegiados de política urbana, debates, audiências e consultas públicas, iniciativa popular de projetos de lei e de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano, o referendo popular e o plebiscito e as conferências sobre assuntos de interesse urbano.<sup>431</sup> Além disso, há uma previsão no art. 4º, §3º que determina o controle social, “garantida a participação de comunidades, movimentos e entidades da sociedade civil” sempre que a utilização dos instrumentos de que trata a lei demandarem “dispêndio de recursos por parte do Poder Público municipal”. Como informa Fernando Dias Menezes de Almeida, “a previsão deste parágrafo [...] vem a complementar a idéia de gestão orçamentária participativa (cf. *infra* art. 44), assegurando a participação da sociedade não apenas no momento da elaboração dos planos e demais leis orçamentárias, mas também no acompanhamento da execução das medidas que demandam dispêndio de recursos pelo Poder Público.”<sup>432</sup>

O Estatuto não faz qualquer distinção se a participação, na gestão da cidade é *uti singulus* ou *uti cives*: utiliza os dois conceitos. No art. 32, por exemplo, alude às “operações urbanas consorciadas” e define as mesmas como “o conjunto de intervenções e medidas coordenadas pelo Poder Público municipal, com a participação dos proprietários, moradores, usuários permanentes e investidores privados, com o objetivo de alcançar em uma área transformações urbanísticas estruturais, melhorias sociais e a valorização ambiental.”

Ressalte-se, ainda, por oportuno, que os organismos gestores das regiões metropolitanas e aglomerados urbanos estão obrigados a incluir a participação da população e

---

<sup>430</sup> SOUZA, Luiz Alberto. ‘Estatuto da Cidade.Perigos e Oportunidades’. *Anais do II Congresso Brasileiro de Direito Urbanístico. Avaliando o Estatuto da Cidade*. Porto Alegre, 14 a 16 de julho de 2002. Porto Alegre: Editora Evangraf, 2002, p. 40.

<sup>431</sup> Estatuto da Cidade, art. 43.

<sup>432</sup> MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. *In: Estatuto da Cidade...*, Comentários dos arts. 4º a 8º, *cit.*, p. 40.

de associações representativas dos vários setores sociais para “garantir o controle direto de suas atividades e o pleno exercício da cidadania”.<sup>433</sup>

Como se vê, a participação popular na organização e planejamento do espaço é obrigatória no ordenamento jurídico nacional. Outro não tem sido o entendimento dos Tribunais. O TJRS, por exemplo, em dois julgados, entendeu haver vício formal no processo legislativo e na produção de lei que instituiu os Planos Diretores dos municípios de Bento Gonçalves e de Imbé, por desobediência à “condicionante da publicidade prévia e asseguarção da participação de entidades comunitárias, pena de ofensa a democracia participativa.”<sup>434</sup> Em outra ocasião, julgando lei municipal que estabeleceu normas sobre loteamentos e edificações, o mesmo tribunal considerou inconstitucional a lei, “porque não ocorreu a obrigatória participação das entidades comunitárias legalmente constituídas na definição do plano diretor e das diretrizes gerais de ocupação do território.”<sup>435</sup> Finalmente, no julgamento de ação direta de inconstitucionalidade contra lei municipal que instituiu o Plano Diretor de Guaíba, o TJRS, deu provimento à ação sob o argumento da “ausência de participação das entidades comunitárias legalmente constituídas” e da “falta de ampla divulgação e devida publicidade”

<sup>433</sup> Estatuto da Cidade, art. 45.

<sup>434</sup> *EMENTA: ADIN. BENTO GONCALVES. LEI COMPLEMENTAR N. 45, DE 19 DE MARÇO DE 2001, QUE ACRESCENTA PARAGRAFO UNICO AO ART-52 DA LEI COMPLEMENTAR N. 05, DE 03 DE MAIO DE 1996, QUE INSTITUI O PLANO DIRETOR URBANO DO MUNICIPIO. O ART-177, PAR-5 DA CARTA ESTADUAL EXIGE QUE NA DEFINICAO DO PLANO DIRETOR OU DIRETRIZES GERAIS DE OCUPACAO DO TERRITORIO, OS MUNICIPIOS ASSEGUREM A PARTICIPACAO DE ENTIDADES COMUNITARIAS LEGALMENTE CONSTITUIDAS. DISPOSITIVO AUTO-APLICAVEL. VICIO FORMAL NO PROCESSO LEGISLATIVO E NA PRODUCAO DA LEI. AUSENCIA DE CONTROLE PREVENTIVO DE CONSTITUCIONALIDADE. LEIS MUNICIPAIS DO RIO GRANDE DO SUL SOBRE POLITICA URBANA DEVEM OBEDECER A CONDICIONANTE DA PUBLICIDADE PREVIA E ASSEGURACAO DA PARTICIPACAO DE ENTIDADES COMUNITARIAS, PENA DE OFENSA A DEMOCRACIA PARTICIPATIVA. OFENSA AO PRINCIPIO DA SEPARACAO DOS PODERES E VIOLACAO FRONTAL AO PAR-5 DO ART-177 DA CARTA ESTADUAL. ADIN JULGADA PROCEDENTE. (Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 70002576239, Tribunal Pleno, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Des. Vasco Della Giustina, Julgado em 01/04/2002) EMENTA: ADIN. LEI N. 526/99 DO MUNICIPIO DE IMBE, QUE DISPOE SOBRE NORMAS PARA EDIFICACOES. (Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 70001688878, Tribunal Pleno, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Des. Vasco Della Giustina, Julgado em 03/12/2001).*

<sup>435</sup> *CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA. LEI MUNICIPAL. EDIFICAÇÕES E LOTEAMENTOS. FALTA DE PARTICIPAÇÃO DE ENTIDADES COMUNITÁRIAS. INCONSTITUCIONALIDADE. 1. É INCONSTITUCIONAL A LEI 1.365/99 DO MUNICÍPIO DE CAPÃO DA CANOA, QUE ESTABELECEU NORMAS ACERCA DAS EDIFICAÇÕES E DOS LOTEAMENTOS, ALTERANDO O PLANO DIRETOR, PORQUE NÃO OCORREU A OBRIGATÓRIA PARTICIPAÇÃO DAS ENTIDADES COMUNITÁRIAS LEGALMENTE CONSTITUÍDAS NA DEFINIÇÃO DO PLANO DIRETOR E DAS DIRETRIZES GERAIS DE OCUPAÇÃO DO TERRITÓRIO, CONFORME EXIGE O ART. 177, § 5.º, DA CE/89. 2. AÇÃO DIRETA JULGADA PROCEDENTE. (Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 70003026564. Tribunal Pleno, Tribunal de Justiça do RS. Rel. Des. Clarindo Favretto. Julgada em 16/09/2002).*

ante os “riscos de prejuízos irreparáveis ao meio ambiente e à qualidade de vida da população pela não concretização do prévio Estudo de Impacto Ambiental” previsto em lei.<sup>436</sup>

Em síntese, nos termos da Constituição da República e do Estatuto da Cidade, o cidadão brasileiro tem direito de participar da gestão do município onde vive. Correlativo a este direito está o dever do poder público de facilitar e viabilizar esta participação, prestando todas as informações necessárias para efetivá-la. Assim, fica ressaltada a importância e o papel do princípio da publicidade entendido como direito de acesso para a construção da democracia no País, bem como a necessidade de uma Administração imparcial, eficiente e que respeita a moralidade. È, especificamente, o tema do último capítulo.

---

<sup>436</sup> *AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - LEI MUNICIPAL Nº 1.635/2001 DE GUAÍBA QUE ALTERA O ART. 55 DA LEI MUNICIPAL Nº 1.102/92 (PLANO DIRETOR) - ORDENAMENTO URBANO LOCAL - AUSÊNCIA DE PARTICIPAÇÃO DAS ENTIDADES COMUNITÁRIAS LEGALMENTE CONSTITUÍDAS NA DEFINIÇÃO DO PLANO DIRETOR E DAS DIRETRIZES GERAIS DE OCUPAÇÃO DO TERRITÓRIO - FALTA DE AMPLA DIVULGAÇÃO E DA DEVIDA PUBLICIDADE - RISCO DE PREJUÍZOS IRREPARÁVEIS AO MEIO AMBIENTE E À QUALIDADE DE VIDA DA POPULAÇÃO PELA NÃO CONCRETIZAÇÃO DO PRÉVIO ESTUDO DE IMPACTO AMBIENTAL PARA VIABILIZAR A ALTERAÇÃO PREVISTA NA LEI IMPUGNADA - AFRONTA AOS ARTIGOS 1º, 8º, 19, 177, § 5º E 251 DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL E ARTIGOS 29, INCISO XII E 37 ‘CAPUT’ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL..AÇÃO JULGADA PROCEDENTE. (Ação Direta De Inconstitucionalidade Nº 70008224669. Tribunal Pleno, Tribunal de Justiça do RS, Rel: Des. João Carlos Branco Cardoso . Julgada em 18/10/2004.)*

## 5 CONCRETIZAÇÕES DO PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE *STRICTO SENSU*

Verificado que o princípio da publicidade *stricto sensu* tem o significado de amplo acesso à atividade administrativa, a sua natureza e função, e a sua estreita ligação com a participação no processo e na atividade administrativa à luz de conexões funcionais, pode-se afirmar que ele constitui uma condição institucional de efetiva participação dos cidadãos na formação das decisões que lhe dizem respeito. Na medida em que ele opera não só como “acesso”, mas como um verdadeiro direito de conhecer a atuação da Administração, foi concretizado de vários modos no ordenamento jurídico nacional. E destas concretizações como acesso (5.1) e como direito à decisões administrativas motivadas (5.2) é necessário tratar.

### 5.1 Direito de acesso

O acesso a informações gerais, resguardado o sigilo de fonte quando necessário ao exercício profissional, está regulado no inciso XIV do art. 5º da CF, e é uma disposição mais geral, um direito fundamental, corolário da liberdade individual. No dispositivo constitucional, a expressão “todos” abarca as fontes divulgadoras e os beneficiários de informações, e por estas, compreendem-se quaisquer dados, públicos ou privados, que digam respeito à pessoa individual quanto aos “fatos da sociedade que possam interessar a todos e a cada um”.<sup>437</sup>

Assim, todos acabam por ter direito subjetivo de exigir dados da fonte que os detenha, de modo a incluir as fases de coleta ou armazenamento, a proteção do material reunido, o acesso e, se for o caso, a divulgação que pode ter interesse público. No caso da imprensa (escrita, falada ou televisionada), o titular do direito à informação é o leitor, o ouvinte ou o telespectador cujo direito consiste em “ser posto ao corrente do que acontece, na atualidade”, ou, ainda, o órgão de informação (jornal, rádio ou canal de televisão), que tem o direito de receber a informação. O limite é o ‘sigilo de fonte’, isto é, que obteve a informação, pode e

---

<sup>437</sup> CRETTELA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. Vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 283.

deve divulgá-la, “desde que proteja ou resguarde a fonte que forneceu o dado, necessário este ao exercício profissional”.<sup>438</sup> Em alguns casos, o sigilo de fonte é indispensável ao exercício profissional e, por isso, a fonte prestadora da informação deve ser resguardada.

O direito de acesso às atividades administrativas está concretizado em vários dispositivos constitucionais e infraconstitucionais, e primeiro deles é que estabelece o amplo acesso às informações públicas (5.1.1). Da mesma forma, concretiza-se o acesso pelo direito de obter certidões e pelo direito de petição (5.1.2). Finalmente, quando se trata de obter informações pessoais e retificar informações constantes de banco de dados, pode ser utilizado o instrumento próprio para tal fim, o *Habeas Data* (5.1.3).

#### 5.1.1 O acesso às informações públicas

É no que diz respeito às informações e dados constantes de arquivos públicos que se expressa, cabalmente, o princípio da publicidade administrativa *stricto sensu*, pois o dispositivo constitucional se dirige inicialmente a todos os órgãos da Administração direta ou indireta, sejam eles federais, estaduais ou municipais, singulares ou coletivos, locais e centrais. Titulares de deveres de informações também são todos os órgãos que desempenham as funções estatais de legislação e jurisdição. Essas informações ou dados podem interessar ao administrado, particular ou funcionário público, podem ser de interesse coletivo ou de interesse geral e, em qualquer dos casos, “a regra jurídica constitucional investe *quisque de populo* no direito subjetivo público de exigir do órgão público a informação de que necessita”.<sup>439</sup>

‘Informação’, no sentido do texto, é a liberação para X de certo dado em poder de Y, em que Y é a fonte e X, beneficiário, e pode ser esclarecimento, ilustração ou complexo de atos reunidos, cuja finalidade seja provar a ocorrência de uma certa situação. Se o cidadão tiver interesse em informação que conste em dossiê, arquivo ou fichário de órgão público e essa lhe disser respeito, a mesma lhe deve ser fornecida, sob pena de responsabilidade civil e

---

<sup>438</sup> CRETELLA, *Comentários à Constituição*, cit., p. 283.

<sup>439</sup> CRETELLA, *Comentários à Constituição*, cit. p. 418. Ver, também: BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. 3º Vol. Tomo III. São Paulo: Saraiva, 1992, pp. 45 e ss.

penal. Da mesma forma, deve ser fornecida a informação que diga respeito ao interesse coletivo – interesse de um grupo de indivíduos - ou ao interesse público, que são aqueles interesses gerais que o Estado coloca entre seus próprios interesses, “assumindo-os e colocando-os sob o regime jurídico de direito público, exorbitante e derogatório do direito comum”.<sup>440</sup>

Os limites do acesso aos dados, no direito brasileiro, residem nas informações ou dados que, uma vez divulgados, podem ocasionar conseqüências graves para a sociedade e para o Estado, tais como aqueles que podem causar dano, coletivo ou individual ou, ainda, aqueles que podem acarretar pânico à sociedade. Daí a ressalva constitucional de sigilo para esses dois casos. Por fim, a segurança do Estado também é “razão suficiente e legal para que sejam negadas informações a respeito de dados constantes de arquivos de órgãos públicos, pois tal divulgação poderia ameaçar a própria estabilidade do Estado”.<sup>441</sup> Da mesma forma, constitui uma restrição significativa ao direito de acesso às informações o resguardo da privacidade. A Lei 8429/92, por exemplo, considera ato de improbidade revelar fato ou circunstância de que tem ciência em razão das atribuições e que deva permanecer em segredo,<sup>442</sup> bem como revelar ou permitir que chegue ao conhecimento de terceiro, antes da respectiva divulgação oficial, teor de medida política ou econômica, capaz de afetar o preço de mercadoria, bem ou serviço.<sup>443</sup>

Os prazos para a prestação das informações em geral é que não foram previstos pela Constituição, deixando-se à lei ordinária a regulamentação dos mesmos, o que foi feito pela Lei 9.507/97.<sup>444</sup> A legislação infraconstitucional, quando prevê o acesso às informações, estabelece prazos próprios ou se omite neste particular.

A Lei de Processo Administrativo ao par de inscrever a publicidade como um princípio informativo, garante, de modo geral, aos interessados, amplo acesso aos autos do processo (*dossiers*). Ao determinar a participação no procedimento dos sujeitos a quem a

---

<sup>440</sup> CRETELLA, *Comentários à Constituição, cit.*, p. 419.

<sup>441</sup> CRETELLA, *Comentários à Constituição, cit.*, p. 421.

<sup>442</sup> Lei 8429/92, Art. 11, III

<sup>443</sup> Lei 8429/92, Art. 11, VII.

<sup>444</sup> BRASIL. Lei 9.507, de 12 de novembro de 1997. Regula o acesso a informações e disciplina o rito processual do *habeas data*. De acordo com o art. 2º, o requerimento deve ser apresentado ao órgão ou entidade depositária do registro do banco de dados e será deferido ou indeferido no prazo de 48 (quarenta e oito) horas. A decisão deve ser comunicada ao requerente em 24 (vinte e quatro) horas e, ao deferir o pedido, o depositário

disposição é destinada a produzir efeitos diretos, isto é, os sujeitos que a lei manda que intervenham ou que podem sofrer um prejuízo importante, é dever da Administração comunicar (pessoalmente ou por outro meio) a esses sujeitos o início do procedimento, o órgão competente, o objeto do procedimento e o lugar onde se pode conhecer dos atos. Na lei está prevista a possibilidade de todos os que participam do procedimento de conhecer seus atos (nos limites do direito de acesso) e de apresentar memoriais escritos e documentos. É, aliás, neste particular que ressalta a importância do princípio da publicidade - acesso: ele serve para o exercício do direito de defesa no processo administrativo e para garantir a efetiva participação do interessado. Traduz-se, para a Administração, em dever de “facultar a vista dos autos a qualquer momento” e “dar ciência oportuna e leal ao interessado de todo e qualquer ato do procedimento, inclusive das diligências e documentos juntados de ofício pela autoridade.”<sup>445</sup> Por isso, a Administração tem o dever de contar os prazos para manifestação da data do fornecimento das cópias dos autos ou em que foi permitida a vista requerida e de intimar o interessado por meio que assegure a certeza de ciência (no processo, por carta com aviso de recebimento, por telegrama, etc.)<sup>446</sup>

Quando a matéria do processo envolver assunto de interesse geral, o órgão competente poderá, mediante despacho motivado, abrir consulta pública, cuja divulgação deverá se dar por meios oficiais, “a fim de que pessoas físicas ou jurídicas possam examinar os autos, fixando-se prazo para oferecimento de alegações escritas.”<sup>447</sup> . Ademais disso, os resultados da consulta e audiência pública “e de outros meios de participação de administrados” deverão ser apresentados com a indicação do procedimento adotado.<sup>448</sup> Como já dito, os interessados têm direito amplo acesso aos autos, podendo obter vista, certidões ou cópias de dados ou documentos que integram o processo, “ressalvados os dados e documentos de terceiro protegidos por sigilo, ou pelo direito à privacidade, à honra ou imagem.”<sup>449</sup>

Na Lei de Responsabilidade fiscal – Lei Complementar 101/2000 - existe a previsão de acesso à informações fiscais, como no caso da regra contida no art. 4º, § 1º, que impõe a obrigatoriedade de o projeto de lei de diretrizes orçamentárias conter ‘Anexo de Metas

---

do registro ou banco de dados marcará dia e hora para que o requerente tome conhecimento das informações (art. 3º) Informação eletrônica: <http://www.senado.gov.br/>, acessado em 16 de junho de 2000.

<sup>445</sup> SUBNFELD, Carlos Ari. ‘Princípio da Publicidade...’, *cit.*, p. 109.

<sup>446</sup> Lei 9.784/99. Art. 26 e incisos.

<sup>447</sup> Lei 9.784/99. Art. 31, § 1º.

<sup>448</sup> Lei 9.784/99. Art. 34.

<sup>449</sup> Lei 9.784/99. Art. 46.

Fiscais’, no qual deverão ser estabelecidas metas anuais relativas a receitas, despesas, resultados nominal e primário e montante da dívida pública para o exercício a que se referirem e para os dois seguintes e ‘Anexo de Riscos Fiscais’, com avaliação dos passivos e riscos, e especificação das políticas monetárias e creditícias. Tudo isso é uma realização direta do dever de publicidade da Administração Pública, porque permite ao cidadão conhecer e controlar a gestão dos ‘dinheiros’ públicos até mesmo através de Ação Popular, se for o caso.

A previsão contida no § 4º do art. 9º, da mesma lei, é uma realização direta da publicidade (norma-regra), porque dispõe a obrigação de o Poder Executivo demonstrar e avaliar o cumprimento das metas fiscais a cada quadrimestre, em audiência pública, na Comissão mista permanente de Senadores e Deputados ou equivalente nas Casas Legislativas estaduais e municipais. Todo o Capítulo IX da LC 101/2000 caracteriza como “transparência” a “ampla divulgação, inclusive em meios eletrônicos de acesso ao público” (art. 48, *caput*), estabelecendo os meios através dos quais se pode assegurar a transparência da gestão fiscal, tais como o incentivo à participação popular e realização de audiências públicas durante os processos de elaboração e de discussão de planos, leis de diretrizes orçamentárias e orçamentos (parágrafo único do art. 48), a disponibilização das contas apresentadas pelo Chefe do Poder Executivo, durante todo o exercício, no respectivo Poder Legislativo e no órgão técnico responsável pela sua elaboração, de forma que sejam consultadas e apreciadas pelos cidadãos e instituições da sociedade.

A publicidade é, desta forma, um dos princípios fundamentais da Lei fiscal para o controle das despesas e do déficit público, já que adota medidas de publicização das contas públicas na aplicação e divulgação dos resultados alcançados, como, por exemplo, a obrigatoriedade de apresentar demonstrativos, o que, por si só, já assegura melhoria nesses resultados, como o comprova a experiência internacional.

Em última instância, é através da publicidade – apresentação de dados consistentes e compreensíveis, oportunos e atualizados – que se expressa através da obrigação de as autoridades públicas, em cada nível de Governo, emitirem declarações mensais, trimestrais e anuais de responsabilidade fiscal, atendendo aos limites previstos nas metas e objetivos ou justificando seus desvios temporários e, ainda, permitirem o acesso público a essas informações, é que os objetivos da Lei podem ser alcançados. Por outro lado, a efetividade da

Lei Fiscal será assegurada por mecanismos de compensação e de correção dos desvios, e com transparência, a fim de punir a má gestão mediante a disciplina do processo político.

No âmbito dos direitos dos usuários dos serviços públicos, também está previsto o acesso amplo às informações administrativas e aos atos de governo, observados os casos de restrição<sup>450</sup> e, com mais razão, o direito à informação adequada sobre as condições de prestação dos serviços, suas tarifas e preços e ao prévio conhecimento das condições de suspensão do serviço).<sup>451</sup> As Agências Reguladoras tem o dever de dar publicidade às suas ações e documentos<sup>452</sup> e aos pedidos de outorga de direito de uso de recursos hídricos de domínio da União, bem como aos atos administrativos que deles resultarem, por meio de publicação na imprensa oficial ou jornal de grande circulação.<sup>453</sup>

Relativamente ao Estatuto da Cidade, registra-se que todos os instrumentos são públicos por excelência, mas ressaltam as disposições que determinam a ampla publicidade dos Estudos de Impacto de Vizinhança (EIV)<sup>454</sup> - os documentos dele integrantes devem ficar disponíveis para consulta por qualquer interessado - e de todos os documentos e informações produzidos no plano diretor<sup>455</sup> que devem ficar, igualmente, disponíveis. Finalmente, destaca-se que as contas dos municípios deverão ficar acessíveis, durante sessenta dias, anualmente, a qualquer cidadão.

### 5.1.2 Obtenção de certidões e direito de petição

Os cidadãos brasileiros também podem, independentemente do pagamento de taxas,<sup>456</sup> obter certidões em repartições públicas e “requerer, observar e reclamar contra autoridade, ou denunciar abusos dela, mediante petição”,<sup>457</sup> isto é, fazer valer contra a autoridade a defesa de seus direitos ou do interesse coletivo. Pelo direito de petição, reconhece-se a todos os

<sup>450</sup> CF. Art. 37, § 3º, II.

<sup>451</sup> Lei 9.472/97. Art. 2º.

<sup>452</sup> Decreto nº 2335/97. Art. 21, IV (ANEEL); Dec. 2455/98. Art. 22, IV (ANP) ; Lei 9.472/97. Art. 42 (ANATEL)

<sup>453</sup> Lei 9984/2000. Art. 8º (ANA).

<sup>454</sup> Estatuto da Cidade. Art. 37 Parágrafo Único.

<sup>455</sup> Estatuto da Cidade. Art. 40, II e III.

<sup>456</sup> Prestação pecuniária devida à pessoa pública, fundada em lei que a determina, para a realização de atividade exercida por essa pessoa e que interessa, de modo particular, ao obrigado.

<sup>457</sup> CRETELLA, *Comentários à Constituição*, cit, p. 426.

cidadãos o direito de ser parte legítima em processos administrativos ou judiciais, destinados a apurar abusos de poder e promover sua responsabilidade, sendo assegurado a todos, *lato sensu*, e *stricto sensu*, por lei ordinária, aos servidores públicos estatutários, definindo-se, no direito positivo, como estatuto peculiar ao agente público. Neste último caso, o direito de petição consiste em requerer, representar ou pedir reconsideração à autoridade superior, ou ainda, recorrer das decisões, desde que o servidor observe “as regras do diploma legal a que se encontra sujeito”.<sup>458</sup>

O disposto no inciso XXXIV do art. 5º também reforça o controle sobre os atos da autoridade pública, pois institui, ao lado das medidas judiciais - mandado de segurança (coletivo e individual) e de *habeas corpus* – uma possibilidade de controle direto, através do direito de petição, dos atos ilegais e arbitrários (praticados com abuso de poder), isto é, que consistem em lesões frontais aos textos de lei ordinária ou mesmo da Constituição. Ato arbitrário (praticado com abuso ou excesso de poder, isto é, com ‘exorbitância’ ou ‘desvio’) é sempre ilegal, porque exercido sem fundamento legal ou acima dos limites fixados pela lei.<sup>459</sup>

Quanto às certidões (públicas ou administrativas) que o cidadão pode obter, podem ser de inteiro teor ou resumidas, desde que retratem o original do qual foram extraídas. Uma vez autenticada, a certidão tem força probatória de fatos ou situações de interesse do requerente. Aliás, instituído através da Constituição o processo administrativo, o direito de obter certidões abrange os atos administrativos de qualquer tipo, inclusive os pareceres e as informações. Nestes casos, a vista do processo é concedida ao requerente ou a quem tenha fundado interesse e deve ser fornecida na própria repartição, sob o controle da autoridade. De outra parte, quando o requerente é parte no processo administrativo (ou possui um interesse qualificado), “deverá *ficar ciente* dos despachos e informações através de qualquer forma de comunicação, porque sem a referida *ciência* pelo interessado, o despacho é ineficaz para a defesa de direitos”.<sup>460</sup> Somente se admite a negativa da autoridade em fornecer a certidão se ao requerente faltar legitimidade (ou interesse qualificado), por falta de vínculo entre o conteúdo do ato certificável com o direito deduzido ou a ser deduzido em juízo ou ainda, por razões de sigilo.

---

<sup>458</sup> CRETELLA, *Comentários à constituição*, cit., , p. 427.

<sup>459</sup> Cf.. CRETELLA, *Comentários à Constituição*, pp. 428/429. Sobre excesso de poder, desvio e abuso de direito, ver manuais de Direito Administrativo Francês citados ao longo do trabalho.

<sup>460</sup> CRETELLA, *Comentários à Constituição*, p. 430.

A orientação da jurisprudência é clara: as despesas dos entes públicos são acessíveis a todos,<sup>461</sup> a autoridade não pode negar informações de interesse do particular se não estiverem em sigilo em razão da sociedade e do Estado,<sup>462</sup> vigora o princípio de acessibilidade ampla à informações pessoais e do direito às certidões,<sup>463</sup> em certos casos, na colisão entre o interesse público e a salvaguarda da privacidade, prevalece o acesso, em razão da ponderação feita e do preceito da concordância prática.<sup>464</sup> Enfim, é reconhecida a restrição do direito de acesso pela proteção da *privacy*, como se vê no seguinte julgado:

TJRS A EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS. VIOLAÇÃO DE DADOS PESSOAIS RELATIVAMENTE AO PRONTUÁRIO MÉDICO DE TERCEIROS, QUE NÃO TÊM QUALQUER RELAÇÃO COM A PARTE. DESCABIMENTO. 1. Se inexistir certeza do nascimento do autor no nosocômio, se a data pode também estar incorreta, se nada indica que houve o abandono e posterior adoção, descabe liberar dados relativos aos prontuários de todas as pessoas do sexo masculino nascidas no dia indicado pelo autor, que é pessoa portadora de sérios distúrbios psicológicos. 2. Ainda que se possa compreender o drama pessoal do autor e os seus profundos conflitos pessoais, ainda que se possa reconhecer o direito dele de conhecer a sua origem biológica, esse seu direito não pode ser exercitado como se não existissem outros direitos que também são albergados pela Carta Magna. 3. O direito da pessoa de vasculhar documentos de um hospital, a fim de colher

<sup>461</sup> STF (ADIn 375-DF. j. 12.04.1991, mérito confirmado em 30.10.91) “Impugnação [...] de dispositivo da carta do Amazonas (art. 28, XXX), que autoriza a requisição, pela Assembléia Legislativa, de informações e cópias autenticadas dos documentos referentes às despesas realizadas pelos Tribunais de Contas do Estado e dos Municípios. Medida cautelar indeferida, ante a publicidade de que se deve revestir o processamento de tais despesas.”

<sup>462</sup> TJRS (RJTRS 173/214) “Não pode a autoridade pública negar ou reter o fornecimento de informações de interesse do particular se não estiverem em sigilo em razão da segurança da sociedade e do Estado. Informação sobre a eficácia de profissão do próprio impetrante jamais estaria resguardada pela ressalva constitucional.”

<sup>463</sup> TJRS “APELAÇÃO CÍVEL. CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. ENSINO PÚBLICO. PRETENSÃO A CERTIFICADO DE APROVAÇÃO NO EXAME SUPLETIVO. ACESSIBILIDADE ÀS INFORMAÇÕES DE INTERESSE PESSOAL E EXPEDIÇÃO DE CERTIDÕES POR ÓRGÃOS PÚBLICOS. PREVISÃO CONSTITUCIONAL. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. PRELIMINAR DE EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO. NÃO ACOLHIMENTO. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.[...] 2. NO MÉRITO, É PREVISTO NA PRÓPRIA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, O DIREITO DE ACESSO ÀS INFORMAÇÕES DE INTERESSE PESSOAL DO REQUERENTE E A EXPEDIÇÃO DE CERTIDÕES DOS ÓRGÃOS PÚBLICOS. APELO NÃO PROVIDO”.

<sup>464</sup> TJRS “AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. INFORMAÇÕES. REQUISIÇÃO. ARQUIVAMENTO. INVIOABILIDADE DA INTIMIDADE E DA VIDA PRIVADA E INTERESSE COLETIVO. COLISÃO. PRINCÍPIO DA CONCORDÂNCIA PRÁTICA. A DESTINAÇÃO PÚBLICA, QUE SE ENCONTRA NA CONVERGÊNCIA DOS FUNDAMENTOS DA TRIBUTAÇÃO, VISA, EXCLUSIVAMENTE AO INTERESSE COLETIVO, QUE, PELA SUA RELEVÂNCIA, DEVE PREVALECER QUANDO CONTRAPOSTO A DIREITOS INDIVIDUAIS (MESMO SE TUTELADOS CONSTITUCIONALMENTE), SEGUNDO A MÁXIMA DA PROPORCIONALIDADE, DITADA PARA OPERACIONALIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CONCORDÂNCIA PRÁTICA. SE HÁ DIREITO DE ACESSO ÀS INFORMAÇÕES, NÃO SE JUSTIFICA A EXTRAÇÃO DOS DOCUMENTOS CORRESPONDENTES, INTEGRANTES DO PROCESSO, PARA ARQUIVAMENTO EM “PASTA SIGILOSA”, MESMO PORQUE, A TEOR DO ART. 155, PARÁGRAFO ÚNICO, PARTE INICIAL, DO CPC, “O DIREITO DE CONSULTAR OS AUTOS E DE PEDIR CERTIDÕES DE SEUS ATOS É RESTRITO ÀS PARTES E SEUS PROCURADORES” (NÃO INCIDINDO, AQUI, A RESSALVA CONTIDA NA PARTE FINAL DA MESMA NORMA, QUE TRATA DE DISPOSITIVO DA SENTENÇA, INVENTÁRIO E PARTILHA EM DESQUITE)”.

dados para a investigação da sua origem biológica, é limitado pelo direito das demais pessoas, que nenhuma relação tem com ele, à inviolabilidade da própria intimidade, da sua vida privada, da sua honra e da sua imagem (art. 5º, inc. X, CFB). 4. O direito de acesso das pessoas a obtenção de informações de interesse particular está previsto na Carta Magna, que traz expressa ressalva “aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado” (art. 5º, inc. XXXIII). Recurso provido.

Os cidadãos também têm direito de ter informações sobre si mesmo, constantes em bancos de dados e de solicitar a retificação dos mesmo, caso estejam incorretos. O instrumento é o *writ* constitucional conhecido por *Habeas data*.

### 5.1.3 O *Habeas data*

O *habeas data*, criação da Constituição de 1988, erigido à categoria de direito fundamental sob forma de garantia processual, tende a ser o remédio processual para a obtenção de informações relativas à pessoa, constantes de registros ou banco de dados de entidades governamentais ou de caráter público, e também para a retificação de dados, caso o cidadão não prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial e administrativo. *Habeas data*, em sentido literal, significa “toma os dados que estão em seu poder e entrega-os ao interessado”, como assevera Cretella Jr.<sup>465</sup> e, sendo instrumento de garantia de direitos e liberdades – direito subjetivo público posto à disposição do interessado –, foi dotado de “plena, completa e irrestrita eficácia”.<sup>466</sup> Várias normas constitucionais são dedicadas ao remédio, como a sua gratuidade e os tribunais competentes para julgá-lo, conforme o caso.<sup>467</sup>

O *writ* do *habeas data* aparece, então, configurado na Carta Magna com a conotação de “instrumento constitucional” através do qual o cidadão pode exigir o “conhecimento de registros e dados relativos à sua pessoa e que se encontrem em repartições públicas ou particulares acessíveis ao público”, solicitando sua retificação;<sup>468</sup> sua natureza jurídica é de ação civil especial, os dados devem ser fornecidos no prazo de lei, sob pena de

<sup>465</sup> CRETELLA JÚNIOR, José. *Os “writs” na Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989, p. 114.

<sup>466</sup> CRETELLA, *Os writs...*, *cit.*, p. 117, assegura que foi o Serviço Nacional de Informações (SNI) e seu completo banco de dados a força-motriz que levou os constituintes à criação do instituto.

<sup>467</sup> Cf. CRETELLA, *Os writs...cit.*, pp. 116/117. CF. Art. 102, I, “d”; art. 102, II, “a”; art. 105, I, “b”; art. 108, I, “c”; art. 109, VIII e art. 121, § 4º, V.

<sup>468</sup> CRETELLA, *Os writs...cit.*, p. 122.

responsabilidade, e a entidade, detentora dos dados, “não é obrigada a fornecê-los, se o sigilo correspondente for imprescindível à segurança do Estado e da sociedade”.<sup>469</sup> Relativamente ao objeto, então, o *habeas data* tutela o direito à informação restrita ao direito do impetrante - é ação personalíssima -, e não informações gerais. Há, ainda, o dever jurídico de prestar estas informações, sem qualquer escusa, uma vez que o direito às informações sobre si mesmo é incondicionado.<sup>470</sup>

Afirma Maria Garcia que, combinado os dispositivos do art. 5º, inciso X - proteção à privacidade - com o que instituiu o *habeas data*, resulta que está vedado o registro de dados relativos à intimidade, vida privada, honra e imagem da pessoa, “tais anotações ou dados, se existentes, deverão ser abolidos dos registros” e que deverá ser feita a retificação “nos dados de identidade e qualificação que devam constar dos registros e se apresentem incorretos, incompletos ou dúbios.”<sup>471</sup>

Antes da edição da Lei 9.507/97, na falta de disposição infraconstitucional específica, foram utilizadas as normas relativas ao mandado de segurança para o processamento e julgamento do *habeas data*, de forma que alguns autores, como Cretella Júnior e Manoel Gonçalves Ferreira Filho argumentaram ter sido desnecessária a criação de um remédio novo para tutelar o direito à obtenção e ratificação de dados e/ou informações.<sup>472</sup> De qualquer modo, a considerar-se que a ação pode ser proposta por entidades não governamentais, resta evidente que seu âmbito de aplicação é mais largo do que o do mandado de segurança, impetrado contra “ato de autoridade”.

Sendo assim, são sujeitos passivos de *habeas data*, conforme o art. 1º da Lei 9.507/97, além das entidades governamentais, quaisquer entidades que, através de registros públicos ou banco de dados, possam fornecer informações sobre a pessoa, isto é, de ‘caráter público’. O que importa, na formulação legal, é a condição de que tais informações possam ser transmitidas a terceiros “ou que não sejam de uso privativo do órgão ou entidade produtora ou

---

<sup>469</sup> CRETELLA, *Os writs...* cit., p. 122.

<sup>470</sup> Cf. PIOVESAN, Flávia. ‘O *Habeas Data* e seus pressupostos constitucionais à luz da Constituição Federal de 1988 e da Lei 9.507/97.’ In: WAMBIER, Teresa et alii. *Habeas Data*, cit., pp. 94 e ss.

<sup>471</sup> GARCÍA, Maria. ‘*Habeas Data*. O Direito à informação. O direito fundamental à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas. Um perfil constitucional’. In: WAMBIER, Teresa et alii. *Habeas Data*, cit., pp. 222 e ss.

<sup>472</sup> Cf. BARBOSA MOREIRA, In: WAMBIER, Teresa et alii. *Habeas Data*, cit., pp. 129 e ss; CRETELLA, *Os writs...*, p. 119; FERREIRA FILHO, Manoel. *Comentários...*, cit., p. 82. Com essa mesma posição,

depositária das informações”, isto é, a comunicabilidade a terceiros: “se a entidade se cinge a coligir e armazenar os dados para seu próprio e exclusivo uso, não infringirá a Constituição caso negue à pessoa de quem se trata o acesso ao conteúdo dos registros ou bancos”.<sup>473</sup>

Entidades privadas de caráter público, passíveis de serem acionadas pela via do *habeas data* são, por exemplo, os serviços de proteção ao crédito, “cujos registros naturalmente se destinam à orientação dos respectivos usuários”.<sup>474</sup> Legitimados ativamente para a ação são as pessoas físicas e jurídicas, tendo a jurisprudência afirmado o caráter personalíssimo da garantia e excluído a possibilidade de exercício por substituto processual ou por ação coletiva.<sup>475</sup>

A Lei ordinária, além de prever a obrigatoriedade da tentativa extrajudicial de obter as informações ou dados (arts. 2º a 4º), de forma que a petição inicial seja instruída com a prova da recusa em atender o requerimento sob pena de indeferimento liminar, ampliou o âmbito do remédio, ao prever que ele possa ser impetrado também para “anotação nos assentamentos do interessado, de contestação ou explicação sobre dado verdadeiro não justificável e que esteja sob pendência judicial ou amigável”, conforme inciso III do art. 7º. Assim, esgotadas as tentativas e os prazos extrajudiciais, o impetrante, instruindo a petição inicial com a prova da recusa ao acesso às informações ou do decurso de mais de dez dias sem decisão, da recusa em fazer-se a retificação ou do decurso de mais de quinze dias, ou da recusa em fazer-se a anotação a que se refere o § 2º do art. 4º (anotação da explicação ou da contestação que justifique possível pendência sobre o fato objeto do dado, ainda que não se constate a sua inexatidão) ou decurso de mais de quinze dias sem decisão, poderá requerer ordem de *habeas data* destinada a dar a conhecer ao requerente os dados constantes do registro ou banco, a retificação dos dados porventura inexatos ou, ainda, a anotação de explicação ou contestação. O juiz, julgando procedente o pedido, marca dia e hora para que o impetrado apresente as informações, no primeiro caso, ou apresente em juízo a prova da retificação ou da anotação feita nos assentamentos do impetrante.

---

ROTHENBURG, Walter Claudius. ‘Réquiem para o Habeas Data (O habeas data e a nova Lei 9.507/97)’. In: WAMBIER, Teresa et alii. *Habeas Data*, cit., pp. 371 e ss.

<sup>473</sup> BARBOSA MOREIRA in: WAMBIER, Teresa et alii. *Habeas Data*, cit., p. 135

<sup>474</sup> BARBOSA MOREIRA, *idem*.

<sup>475</sup> Para Barbosa Moreira, tal entendimento está consubstanciado na decisão TRF – 4ª R., 15.8.1991, HD nº 0409112. O autor se refere, ainda, à posição de alguns juristas, como Othon Sidou e Luis Afonso da Silva,

Tal sistemática processual coloca o problema de se saber se um mesmo processo pode perseguir ambas as finalidades, eis que a lei ordinária não esclarece “como se há de acudir tal emergência”, e há uma “prioridade lógica” da decisão sobre o pedido de informações sobre a que examina as objeções à respectiva exatidão dos dados. Barbosa Moreira,<sup>476</sup> estudando o assunto, entende que seria um “despropósito atribuir ao interessado o ônus de impetrar novo *habeas data* para pedir, dessa vez, a retificação e/ou a anotação”<sup>477</sup> e, por isso, advoga a tese de que o impetrante possa cumular os pedidos no requerimento inicial. Desta forma, em caso de ser assegurado ao impetrante a exibição dos dados, uma vez exibidos estes, o processo deve prosseguir, para o fim de ser retificado o assentamento ou nele ser inserida explicação ou contestação, com a repetição das providências necessárias para assegurar o contraditório sobre o novo tema, “à feição do que ocorre no processo da ação de prestação de contas”,<sup>478</sup> mesmo com a manifesta desvantagem de poderem ser prolatadas duas sentenças.

Em que pesem as dificuldades de processamento do remédio, as semelhanças com o procedimento do mandado de segurança e a discussão sobre a natureza da sentença, concessiva ou denegatória do *habeas data*,<sup>479</sup> o certo é que o mesmo se vem firmando como o instrumento capaz de obrigar as entidades governamentais e não governamentais de caráter público a fornecer e retificar dados relativos aos cidadãos, que constem de seus arquivos/cadastros, sendo a primeira concretização da publicidade administrativa no Brasil, que, nesse particular, segue uma direção já existente em outros países desde a década de 70, como a Alemanha, através da lei federal de 27 de janeiro de 1977<sup>480</sup> e a França, através da Lei nº 78-17, de 6 de janeiro de 1978, relativa à informática, aos fichários e às liberdades.<sup>481</sup>

---

segundo a qual as informações devem ser prestadas não só ao indivíduo *uti singuli*, mas também às “demais pessoas sob sua dependência familiar.” In: WAMBIER, Teresa et alii. *Habeas Data*, cit..., p.136.

<sup>476</sup> BARBOSA MOREIRA, pp. 137/138

<sup>477</sup> BARBOSA MOREIRA, , p. 138.

<sup>478</sup> BARBOSA MOREIRA, , p. 138.

<sup>479</sup> Cf. Barbosa Moreira, , p. 139, a sentença de procedência seria mandamental na hipótese da letra “a” do dispositivo constitucional e constitutiva na de letra “b” (caso de retificação).

<sup>480</sup> A *Bundesdatenschutzgesetz* consagra a possibilidade de toda pessoa obter comunicação dos dados relativos à sua pessoa que constem em bancos de dados públicos. Tal comunicação está excluída em certos casos, como os de investigação criminal, e , ainda assim, os tribunais entendem que tal comunicação é possível desde que a Administração exerça seu poder discricionário em conformidade aos princípios gerais de direito, procedendo a um balanço dos interesses em causa em respeito ao princípio da proporcionalidade. Cf. FROMONT, ‘La Transparence en Allemande’, cit., p.146

<sup>481</sup> Ver, ROUX, André. ‘La Transparence Administrative en France’. In: *La Transparence Administrative...*, cit., p. 69 e BARBOSA MOREIRA, cit., p.128, informando sobre a existência de regulação similar na Itália (Lei nº 675, de 31.12.1996), na Espanha e em Portugal, cujas disposições sobre acesso a dados pessoais constam das Constituições, nos arts. 18, 4 e 105, “b” e arts. 26, 2 e 35, respectivamente.

De acordo com a súmula nº 2 do STJ, não cabe *habeas data* se não houve recusa de informações por parte da autoridade administrativa, e essa posição tem sido dominante nos tribunais.<sup>482</sup> De outra parte, não se pode confundir o *habeas data* com “direito à obtenção de toda e qualquer certidão de órgãos públicos”, pois a sua *ratio essendi* “é assegurar, em favor da pessoa interessada, o exercício de pretensão jurídica que se distingue nos seguintes aspectos: a) direito ao acesso de registro; b) direito de retificação de registro e c) direito de complementação de registros”. Nas palavras do Ministro José Delgado, “ele é instrumento que se presta a impulsionar a jurisdição constitucional das liberdades, representando no plano institucional a mais eloqüente reação jurídica do Estado às situações que lesem, de forma efetiva ou potencial, os direitos fundamentais do cidadão.”<sup>483</sup> Por último, entendeu o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, pela sua 5ª. Câmara Cível, que a ação própria para obter acesso a documentos é o *habeas data* e não a medida cautelar.<sup>484</sup>

<sup>482</sup> STF (RDA 204/214) “a prova do anterior indeferimento do pedido de informação de dados pessoais, ou da omissão em atendê-lo, constitui requisito indispensável para que se concretize o interesse de agir no *habeas data*,” e HABEAS-DATA - CF, ART. 5., LXXII, A E B PARA EXERCER JUDICIALMENTE O DIREITO POSTULATIVO E INDISPENSÁVEL A PROVA DE TER O IMPETRANTE REQUERIDO, NA VIA ADMINISTRATIVA, AS INFORMAÇÕES PRETENDIDAS. IN CASU, INEXISTINDO NOS AUTOS TAL PROVA, NÃO SE CONHECE DA IMPETRAÇÃO. (HD . 05/DF, Rel. Ministro AMÉRICO LUZ, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 27.06.1989, DJ 28.08.1989 p. 13672)

<sup>483</sup> HABEAS DATA OBJETIVANDO O FORNECIMENTO DE CERTIDÃO. ART. 7º DA LEI Nº 9.507/97. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM DE HABEAS DATA INDEFERIDA. I. A *ratio essendi* do Habeas Data é assegurar, em favor da pessoa interessada, o exercício de pretensão jurídica que se distingue nos seguintes aspectos: a) direito ao acesso de registro; b) direito de retificação de registro e c) direito de complementação de registros. Portanto, o referido instrumento presta-se a impulsionar a jurisdição constitucional das liberdades, representando no plano institucional a mais eloqüente reação jurídica do Estado às situações que lesem, de forma efetiva ou potencial, os direitos fundamentais do cidadão. 2 Conforme assinalado no Parecer do Ministério Público à fls. 58/59 “...a recusa da autoridade impetrada em expedir certidão para atestar a legalidade e constitucionalidade das atividades desenvolvidas pelo impetrante relativas à Delegacia de Operações Especiais – DOE, encontra-se plenamente justificada, não se configurando em medida a ser amparável pela via do Habeas data, por duas razões: (i) o *habeas data* não se confunde com direito à obtenção de toda e qualquer certidão de órgãos públicos, mas tão-somente de documentos para as finalidades elencadas no art. 7º da Lei nº 9.507/97; (ii) em relação ao conteúdo da certidão pretendida pelo impetrante, como bem notou a impetrada, Não compete à Controladoria-Geral da União manifestar-se sobre a legalidade e constitucionalidade de associações criadas com o escopo de empreender trabalhos relacionados a segurança pública, como a pretensamente almejada pela Delegacia de Operações Especiais idealizada pelo Impetrante. (f. 33).’ 3. Habeas Data indeferido. (HD .107/DF, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09.03.2005, DJ 18.04.2005 p. 202)

<sup>484</sup> Cautelar de exibição de documentos. direito de acesso à informação. *habeas data*. Conforme preceitua o artigo 43, “caput” e §4º, do CDC, c/c o artigo 5, inciso LXXII, da Constituição Federal, pretendendo o demandante obter informações constantes de registros ou bancos de dados de caráter público, caso da ré, o remédio jurídico processual para tanto é o ‘*habeas data*’ e não a Cautelar de Exibição de Documentos. Extinção do feito mantida. Apelo desprovido. (TJRS. 5ª. Câmara Cível Apelação Cível Nº 70011410560 Rel. Des. Umberto Guaspari Sudbrack. Julgado Em 05/05/2005.).

## 5.2 O Dever de Motivação

A exigência de fundamentação dos atos e decisões administrativos é uma decorrência do princípio da publicidade em sentido estrito, e foi positivada no direito brasileiro pela Lei de Processo Administrativo, sendo um dos seus princípios informativos. Essa ordenação positiva se assenta em uma regra contrária à tradição brasileira que, seguindo a doutrina francesa, entendia não haver dever de motivação sem expresse texto de lei, com algumas exceções. Em alguns casos, o dever de motivação é também dever de fundamentação, isto é, pode ser exigida a exposição enunciativa das razões ou motivos da decisão, inclusive com a recondução do decidido a um parâmetro valorativo que a justifique.<sup>485</sup>

O dever de motivação dos atos e decisões administrativas surge em um contexto de controle da atividade administrativa, constituindo um direito essencial dos administrados na defesa de seus direitos e um direito de conhecer as razões da Administração: pela motivação, ela se explica, diz porque decidiu.<sup>486</sup> Nessa medida, a motivação e a fundamentação das decisões são um meio de realização do princípio da verdade material, já que, por elas, a Administração fica obrigada a aprofundar as razões de sua conduta e a “procurar a conformidade completa entre o direito e a vida.”<sup>487</sup> A motivação é igualmente importante para a apreciação contenciosa do ato ou decisão administrativa, pois, em face do conhecimento dos motivos, o interessado poderá avaliar a justeza destes.

Motivo é, segundo a tradição juspublicista brasileira, condição de validade do ato administrativo, ou seja, é a situação de fato ou de direito que determina ou autoriza a realização do ato administrativo. Como assevera Hely Lopes Meirelles, “pela motivação, o administrador público justifica sua atuação administrativa, indicando os fatos (pressupostos de fato) que ensejam o ato e os preceitos jurídicos (pressupostos de direito) que autorizam sua prática”.<sup>488</sup> O motivo pode vir expresse em lei ou ser deixado ao critério do administrador. No primeiro caso, é vinculado; no segundo, é discricionário quanto à sua existência e valoração. Quando o motivo é vinculado pela lei, o agente, ao praticar o ato, fica na obrigação de

---

<sup>485</sup> CF. VIEIRA DE ANDRADE, *O dever de Fundamentação...*, cit., p. 11.

<sup>486</sup> Cf. GOMES, José Osvaldo. *Fundamentação do Acto Administrativo*. 2ª. Ed. Coimbra: Editora Coimbra, 1981, p. 21.

<sup>487</sup> GOMES, *Fundamentação...*, cit., *idem*.

<sup>488</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo...*, cit., p. 181.

justificar a existência do motivo, sem o que o ato será inválido, ou pelo menos, invalidável por ausência de motivação.

O motivo está ligado à existência material ou legal do ato administrativo e ao aspecto da verificação de sua legalidade e, por vezes, é tratado como a causa do ato administrativo. Daí não se confundir com o mérito, porque este último versa sobre o poder discricionário da Administração.<sup>489</sup> Já o mérito, conquanto não seja um elemento ou requisito para a formação do ato administrativo, deve ser aplicado no tópico relativo ao objeto, dadas suas implicações com o motivo e objeto do ato, assumindo, assim, sua condição de validade e eficácia.

O mérito administrativo se consubstancia na valoração dos motivos e na escolha do objeto feita pela Administração. Quando autorizada a decidir sobre a conveniência, oportunidade e a justiça do ato a realizar, o merecimento é aspecto pertinente aos atos administrativos praticados no exercício da competência discricionária. Assim, quando, na atuação discricionária, o motivo não for exigido para a perfeição do ato, o agente pode praticá-lo sem motivação; se, entretanto, o fizer, ficará vinculado aos motivos aduzidos, sujeitando-se à obrigação de demonstrar sua efetiva ocorrência.

Da sistemática constitucional de um amplo controle jurisdicional da Administração, esta é extensível mesmo ao mérito dos atos administrativos, já que a Constituição põe como limites à atuação da Administração Pública a obediência aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade (CF, art. 37, *caput*). Além disso, ao administrado está garantido o contraditório e a ampla defesa (CF, art. 5º, LV) e a motivação das decisões administrativas dos tribunais (CF, art. 93, X), de modo que resta inequívoca a possibilidade de se anularem atos administrativos discricionários, desde que a Administração não ultrapasse “os limites da discricionariedade; neste caso, por o Judiciário invalidar o ato, porque a autoridade ultrapassou o espaço livre deixado pela lei e invadiu o campo da legalidade.”<sup>490</sup>

Por isso é que doutrinadores brasileiros como Maria Sylvia Di Pietro e Celso Antonio Bandeira de Melo admitem expressamente a possibilidade de apreciação dos atos discricionários pelo Judiciário porque entendem que não existe propriamente “ato

---

<sup>489</sup> Cf. TÁCITO, Caio. ‘Controle dos motivos do ato administrativo’. In: *Temas de Direito Público...*, cit., p. 333. e MEDAUAR, *Direito Administrativo Moderno*, cit., p. 167.

<sup>490</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito Administrativo*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1991, p. 165.

discricionário”, mas tão-somente atos em que “alguns elementos (...) são deixados à decisão da Administração, com maior ou menor liberdade de apreciação da oportunidade e conveniência”,<sup>491</sup> ou, ainda, “discricionariiedade por ocasião da prática de certos atos.”<sup>492</sup> Sendo assim, quando ocorre ‘desvio de poder’(a autoridade usa de seus poderes legais para atingir finalidade diversa daquela que a lei fixou),<sup>493</sup> ou o ato é praticado fundado em inexistência de motivo, insuficiência de motivo, inadequabilidade de motivo, incompatibilidade de motivo, desproporcionalidade do motivo, impossibilidade de objeto, desconformidade de objetivo e ineficiência de objeto (teoria dos motivos determinantes),<sup>494</sup> pode ser anulado pelo Poder Judiciário.<sup>495</sup>

Há, então, uma tendência crescente no Brasil de ampliar-se o controle judicial verificada com a distinção entre poder discricionário e conceitos jurídicos indeterminados, já que estes últimos, usados com frequência pelo legislador para designar o motivo e a finalidade do ato (interesse público, conveniência administrativa, moralidade, ordem pública, etc.), significa que ele não completou a descrição da conduta, deixando ao intérprete a liberdade de escolha. Desta forma, distingue-se a discricionariiedade da interpretação (apreciação que leva a uma única solução) e impedem-se as arbitrariedades que a Administração possa praticar sob o pretexto de agir discricionariamente.<sup>496</sup>

<sup>491</sup> DI PIETRO, *Direito Administrativo...*, cit., p. 164.

<sup>492</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso ...cit.*, p. 266.

<sup>493</sup> A teoria do desvio de poder (*détournement de pouvoir*) é uma criação original do Conselho de Estado francês, mas se aplica em outros países, como no Brasil, sempre que esteja em causa desconstituir ato administrativo praticado com inobservância do fim previsto em lei, já que a finalidade é condição essencial da legalidade do ato e constitui um limite ao poder discricionário da Administração. Conquanto seja admissível que a autoridade administrativa atenda a outros fins públicos e privados, para além de sua finalidade legal, esta substituição só pode ser feita por outro fim de interesse público. A declaração do desvio de poder poderá ser feita tanto pelo Judiciário quanto pela própria Administração, sendo lícito aos órgãos jurisdicionais, nestes casos, verificar a existência material e a legalidade dos motivos do ato administrativo. Entretanto, quando não preexistir vinculação legal, a apreciação e escolha dos motivos e a determinação do objeto é matéria que pertence, inteiramente, ao âmbito discricionário da Administração. Cf. CAIO TÁCITO, *in*: O desvio de poder em matéria administrativa, (nota 262), pp. 71 a 159.

<sup>494</sup> A ‘teoria dos motivos determinantes’, elaborada pela jurisprudência do Conselho de Estado Francês, funda-se na consideração de que os atos administrativos, quando motivados, vinculam-se, para todos os efeitos de direito, aos motivos expostos.

<sup>495</sup> MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. *Legitimidade e Discricionariiedade (Novas Reflexões sobre os Limites e o Controle da Discricionariiedade)*. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 62.

<sup>496</sup> A legislação e a teoria do direito falam de poder discricionário quando o direito objetivo deixa ao órgão que determine, ele mesmo, sua ação, isto é, quando a lei ou o direito atribuem a decisão última sobre o ‘justo’, o ‘correto’, o ‘apropriado’, no caso concreto, a alguém que tem a responsabilidade de decidir segundo sua convicção pessoal (valoração). Assevera Engishque isto é assim porque “se considera ser a melhor solução aquela em que, dentro de determinados limites, alguém olhado como pessoa consciente da sua responsabilidade, faça valer o seu próprio <ponto de vista>”, de modo que a discricionariiedade no direito não apenas é inevitável, mas também algo de bom: o princípio do Estado de Direito conforma a discricionariiedade no sentido de que a convicção pessoal “de quem quer que seja chamado a decidir, é elemento decisivo para determinar qual das várias alternativas que se oferecem como possíveis dentro de certo <espaço de jogo> será

No equacionamento dos institutos da discricionariedade e dos conceitos jurídicos indeterminados, a doutrina alemã faz uma distinção entre previsão (*Tatbestand*) e estatuição (*Rechtsfolge*) das normas, de modo que, em certas circunstâncias, o legislador, ao invés de estabelecer vinculativamente os efeitos de direito que deverão corresponder à previsão, deixa ao órgão da Administração a liberdade de configurar esses efeitos (*Rechtsfolge*), fazendo com que a discricionariedade seja de decisão (adotar ou não certa conduta) ou de escolha (escolher uma dentre várias condutas possíveis). Dado que a discricionariedade sempre se localiza na parte da norma constituída pela estatuição e não na especificação dos pressupostos, quando isto ocorre, a relativização da vinculação da administração à lei é resultado da utilização de conceitos jurídicos indeterminados. Daí que se o poder discricionário aparece no plano da consequência jurídica e o conceito jurídico indeterminado está localizado no tipo da regulação legal, a Administração obtém, pelo emprego de tais conceitos, um espaço de atuação que só pode ser apreciado judicialmente com limitações.

Observa Almiro do Couto e Silva<sup>497</sup> que, embora a visão da doutrina alemã seja “positivista e excessivamente mecanicista [...] como se existisse uma nítida linha divisória entre o plano jurídico e o plano dos fatos e como se o direito não resultasse de um processo interintegrativo ou de uma tensão dialética entre norma e fato”, é forçoso reconhecer-se o acerto da teoria alemã, principalmente no que tange à distinção entre poder discricionário e conceitos jurídicos indeterminados. Conquanto os conceitos jurídicos indeterminados - ‘empíricos’ ou ‘de valor’ - sejam vagos e imprecisos, podendo ser preenchidos por conteúdos diversos, há uma impossibilidade relativa de controle judicial, mas isso não os transforma em fonte de poder discricionário. A diferença entre poder discricionário e conceitos jurídicos indeterminados está em que, quanto ao controle jurisdicional, o primeiro se restringe a aspectos formais, externos, não entrando na apreciação do juízo o mérito (juízo de conveniência e oportunidade); já no que diz respeito à aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados, o controle jurisdicional é, a princípio, total, “só esbarrando na fronteira da impossibilidade cognitiva de declarar que a aplicação foi correta ou equivocada”. Enfim, o exame dos atos administrativos que resultam da aplicação de conceitos jurídicos indeterminados “não está sujeito a um limite *a priori* estabelecido na lei”. Ao contrário, o

---

haveria como sendo a melhor e a <justa>”, principalmente no domínio da Administração e da Jurisdição. In: ENGLISH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. 6ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1988, p. 222. Tradução portuguesa do original alemão intitulado *Einführung in das Juristische Denken*, por J. Baptista Machado.

exame de atos administrativos “que envolvem exercício de poder discricionário está, *a priori*, limitado pela lei”, que fixa as linhas dentro das quais a autoridade administrativa poderá tomar suas decisões.

Em face dessas considerações, ressalta a importância da formulação da Lei de Processo Administrativo, pois os tribunais brasileiros muitas vezes diante de uma utilização de um conceito jurídico indeterminado, deixam de avaliar o ato praticado pela Administração, sob um argumento simplista de que “mérito” não é sindicável. Com a promulgação da lei, consolida-se uma paulatina inversão de tendência, porque ela prevê sejam motivados atos que, outrora, não o deviam ser, como, por exemplo, atos que decidam processos administrativos de concurso ou seleção pública (art. 50º, inciso III).

O comando legal é explícito no sentido de determinar a motivação naqueles atos que neguem, limitem ou afetem direitos e interesses, que imponham sujeições, que dispensem ou declarem a inexigibilidade de processo de licitação, que decidam recursos administrativos, decorram de atos de ofício e deixem de aplicar jurisprudência firmada. Mesmo antes da edição da Lei de Processo, a ausência de previsão legal não eliminava a obrigação de motivar, pois esta encontrava respaldo “característica democrática do Estado brasileiro (...), no princípio da publicidade [...] e, tratando-se de atuações processualizadas, na garantia do contraditório”, assevera, com inteira razão, Odete Medauar.<sup>498</sup>

O Superior Tribunal de Justiça tem manifestado a tendência de anular atos administrativos não fundamentados, sob o argumento de que este é um princípio garantidor da relação funcional:<sup>499</sup>

---

<sup>497</sup> COUTO E SILVA, Almiro. Poder Discricionário do Direito Administrativo Brasileiro. *Revista de Direito Administrativo* nº 179, jan./jun 1990, p. 56.

<sup>498</sup> MEDAUAR, *Direito Administrativo...*, cit., p. 168.

<sup>499</sup> (STJ) RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. ATO DE EXTINÇÃO DE CARGO. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO. ART. 50, § 1º DA LEI 9784/99. O ato que declarou a “desnecessidade” do cargo público de Oficial Administrativo não foi devidamente fundamentado – art. 50, § 1º da Lei 9784/99. Recurso provido, com o restabelecimento da decisão singular de concessão da ordem. “ADMINISTRATIVO - RECURSO ESPECIAL - AGRAVO REGIMENTAL - SERVIDORA PÚBLICA - MRE - OFICIAL DE CHANCELARIA - CONSULADO EM VIENA - LEI Nº 8.829/93 - PRAZO - ATO DE REMOÇÃO EX OFFICIO, SEM MOTIVAÇÃO - NULIDADE DECRETADA.1 - Consoante se depreende da Portaria de 22 de março de 1994 (fls. 27), não houve qualquer motivação no ato de remoção ex officio da servidora, ora agravada, que justificasse o não cumprimento dos prazos estabelecidos na Lei nº 8.829/93, que é de no mínimo 04 (quatro) anos e no máximo 10 (dez) anos. Logo, em homenagem aos princípios da impessoalidade, licitude, moralidade e publicidade, considero tal ato administrativo nulo, porquanto afetado por vício insanável de ausência substancial em seus elementos constitutivos. Aplicação da Súmula 149 do extinto Tribunal Federal de

ADMINISTRATIVO - SERVIDOR PÚBLICO - REMOÇÃO - ATO NÃO MOTIVADO - NULIDADE - ART. 8º, INCISO I DA LEI ESTADUAL Nº 5.360/91 - PRERROGATIVA DE INAMOVIBILIDADE - INEXISTÊNCIA - PRECEDENTES - RECURSO PROVIDO. I - O princípio da motivação possui natureza garantidora quando os atos levados a efeito pela Administração Pública atingem a seara individual dos servidores. Assim, a remoção só pode ser efetuada se motivada em razão de interesse do serviço. Precedentes. II - O art. 8º, inciso I da Lei Estadual nº 5.360/91 não impede que o servidor por ela regido seja removido. Não se cogita de inconstitucionalidade da expressão "fundamentada em razão de interesse do serviço" nele contida. III - No caso dos autos, o ato que ordenou as remoções encontra-se desacompanhado do seu motivo justificador. Conseqüentemente, trata-se de ato eivado de nulidade por ausência de motivação, que desatende àquela regra específica que rege os Agentes Fiscais da Fazenda Estadual. IV - Recurso provido.

Afirma, de outra parte, a posição de que não há possibilidade de analisar o mérito de ato administrativo discricionário, ainda que não existam “atos discricionários absolutamente imunes ao controle jurisdicional,” como se vê a seguir:

ADMINISTRATIVO. POLICIAL MILITAR. DECRETO Nº 21.743/95. GRATIFICAÇÃO DE ENCARGOS ESPECIAIS. PREMIAÇÃO POR MÉRITO/BRAVURA. ATO DISCRICIONÁRIO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. IMPOSSIBILIDADE DO PODER JUDICIÁRIO ANALISAR O MÉRITO ADMINISTRATIVO. REVOGAÇÃO DA LEGISLAÇÃO. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. RECURSO DESPROVIDO. I - A gratificação de encargos especiais, instituída pelo Decreto nº 21.743/95, consistia em uma premiação, de caráter individual, por mérito do policial, após o regular reconhecimento e declaração oficial realizados em procedimentos administrativos. Ou seja, a referida premiação não foi instituída indistintamente, somente fazendo jus ao seu percebimento aqueles servidores que tivessem reconhecido ato de bravura pelo Chefe do Poder Executivo do Estado II - A concessão da gratificação estava adstrita à discricionariedade do administrador, estando o ato administrativo submetido exclusivamente à conveniência e oportunidade da autoridade pública, tendo em vista que a valoração dos atos de bravura não ocorria por meio de elementos meramente objetivos III - É defeso ao Poder Judiciário adentrar ao mérito administrativo de ato discricionário, a fim de aferir sua motivação, somente sendo permitida a análise de eventual transgressão do diploma legal IV - O Decreto nº 21.743/95 foi expressamente revogado pelo Decreto nº 26.249/2000, não mais subsistindo a gratificação de encargos especiais, não havendo qualquer dispositivo legal que autorize a sua concessão. V - Recurso desprovido.

ADMINISTRATIVO - ATO DISCRICIONÁRIO - CONTROLE JURISDICIONAL PORTARIA QUE OBRIGA A VENDA DE COMBUSTÍVEIS A PREÇOS MENORES QUE OS RESPECTIVOS CUSTOS - INCOMPETÊNCIA - DESVIO DE FINALIDADE. I - Em nosso atual estágio, os atos administrativos devem ser motivados e vinculam-se aos

---

Recursos. Infringência aos arts. 22 e 23, da Lei nº 8.829/93 reconhecida. 2 - Agravo Regimental conhecido, porém, desprovido.”

fins para os quais foram praticados (V.Lei 4.717/65, Art. 2º). Não existem, nesta circunstância, atos discricionários, absolutamente imunes ao controle jurisdicional. Diz-se que o administrador exercita competência discricionária, quando a lei lhe outorga a faculdade de escolher entre diversas opções aquela que lhe pareça mais condizente com o interesse público. No exercício desta faculdade, o Administrador é imune ao controle judicial. Podem, entretanto, os tribunais apurar se os limites foram observadosII - A Portaria 324/98, em estabelecendo preços insuficientes à correta remuneração dos comerciantes varejistas de combustíveis sediados na Amazônia, inviabilizou a atividade econômica de tais negociantes, atingindo fim diverso daquele previsto na Lei 8.175/95.

Finalmente, na dicção do Superior Tribunal de Justiça, os atos de soberania -entenda-se atos de governo - além de insindicáveis, não exigem motivação:

ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL. CÔNSUL HONORÁRIO. RECUSA. 1. O cidadão brasileiro que recebe Carta Patente de Estado estrangeiro para representá-lo como Cônsul Honorário, em determinado Estado brasileiro, não tem direito líquido e certo a ver tal solicitação ser merecedora de exequatur do Brasil. 2. Atividade decorrente do exercício da soberania que não exige motivação do ato.3. Aplicação dos arts. 11 e 12 da Convenção de Viena sobre Relações Consulares. Denegação da segurança.

A exigência de motivação dos atos administrativos é, por conseguinte, uma decorrência do Princípio do Estado de Direito, principalmente no que tange ao dever de fundamentação das decisões jurisdicionais. Ora, se a atividade administrativa vem formulada em esquema processual, é evidente que toda e qualquer decisão, emitida em processo administrativo, deve ser motivada, isto é, deve ser explícita, clara e congruente, assim como pode consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, ficam fazendo parte integrante da decisão.

## CONCLUSÕES

A problematização da relação entre democracia, participação política, publicidade e processo administrativo permitiu fossem alcançadas várias conclusões que podem ser assim resumidas:

**a) Relativamente ao equacionamento entre democracia e publicidade e às variáveis que justificam o aprofundamento da democracia pela participação e o aumento da eficiência e legitimidade da Administração**

A ordem democrática brasileira encontra seu fundamento na teoria eleitoral da democracia porque admite implicitamente a existência de uma opinião pública autônoma, que sustenta, através das eleições, governos consentidos. Estes, por sua vez, são receptivos às opiniões do público. Por isso, sempre se pode dizer que a democracia, em termos procedimentais, produz uma continuidade suprapessoal da ordem política e tende a racionalizar o processo político quando cria um procedimento público de formação da vontade política (as eleições). Na perspectiva sociológica, a vontade política assim formada tanto é fruto de processos regulados quanto de processos informais de formação de opinião na esfera pública, que lhes são precedentes.

Observados, no entanto, os termos do Preâmbulo e do art. 3º. da Carta de 1988, bem como as várias referências à “Justiça”, pode-se argumentar com propriedade que a democracia brasileira não é do tipo “procedimental puro”, na medida em que as suas finalidades estão preestabelecidas no texto constitucional, não havendo neutralidade em relação a valores e ao que se considera “a vida boa” para o ser humano. Excluídos estão os modelos procedimental puro e plebiscitário porque o primeiro não admite a noção de bem comum pré-constituído em relação às decisões políticas, e o segundo antepõe ao “bem do todo” o “bem de todos”.

Daí poder-se afirmar que a democracia brasileira é do tipo “deliberativa” visto que “o processo de tomada de decisões está orientado antecipadamente.” Além disto, há a deliberação pública sobre o que é o bem comum, e essa deliberação, para ser democrática, deve conter a mais ampla e possível participação do povo.

A constatação mais evidente do processo de transformação das estruturas do Estado é que este se deixa cada vez mais descrever como “Estado Administrativo”, isto é, um complexo que presta um número ilimitado de serviços à coletividade, que dirige, supervisiona e estimula todo o campo da ação social, destinada a condicionar a existência humana. Administração de proteção social e de direção da economia não existia no modelo liberal de Estado, e, na medida em que é o resultado da concorrência das várias classes sociais ao governo, cada uma introduzindo instituições para tutelar seus próprios interesses, ela pode ser adequadamente descrita como “Administração de um Estado Pluriclasse.” O Estado, organizado em segmentos de interesses os mais diversos, exige novas instituições tais como a revisão dos instrumentos de tutela de situações subjetivas dos particulares, no confronto com os poderes públicos e a democratização das decisões, através da substituição de órgãos individuais por órgãos colegiados representativos, com membros eleitos (se possível) e a adoção de procedimentos constitucionais, jurisdicionais e administrativos mais elaborados e abertos à participação dos interessados, com a diminuição da discricionariedade pela exigência cada vez maior de decisões motivadas .

Além disso, na experiência do reconhecimento jurídico, uma pessoa será capaz de se considerar digna de respeito e de auto-respeito, se, e tão somente ela, partilhar com todos os outros membros da comunidade as propriedades que a capacitam a participar na formação da vontade política (ainda que no plano discursivo).

Mais do que isso, considerados o valor negativo do princípio democrático - a democracia é um regime que protege a esfera inviolável da pessoa humana contra o poder do Estado e seus excessos -, o valor positivo - a democracia é o regime da participação do maior número de cidadãos no governo - e a noção de autonomia (representação da liberdade como poder inalienável, como domínio exercido pela ação livre sobre ela mesma), exige-se a realização das condições aptas a garantir o *exercício* desse poder: a participação passa, assim, a ser a condição da democracia, pois é a modalidade segundo a qual a ação da vontade livre

pode exercer-se de modo efetivo, em contribuição às obras coletivas que são a substância da vida social.

No que tange aos institutos jurídicos de participação, são incluídos nesta categoria mecanismos de democracia direta (o *referendum* em particular), institutos da democracia representativa (comitês de quarteirão) e órgãos eletivos para a gestão de escolas, por exemplo; formas de representação de interesses, com a presença de categorias e grupos em órgãos de gestão, presença de usuários na gestão de serviços públicos e, finalmente, a presença de representantes de interesses em órgãos consultivos. Incluem-se igualmente entre os institutos participativos, as várias regras legislativas sobre iniciativa popular e consultas, normas sobre procedimento administrativo. Em suma, tudo o que torna “abertos” e “públicos” os procedimentos políticos e que preveja a intervenção de todos os interessados e de todas as formas sociais, mesmo a utilização de ações judiciais para tutelar interesses coletivos pode ser subsumida na categoria “participação”, até a burocracia.

No plano da Administração propriamente dita, a participação pode ser considerada como a presença - institucional ou funcional - de não-profissionais na administração da “coisa pública”. No plano funcional, participação na Administração significa a faculdade de intervir nos procedimentos preparatórios de planos e de atos administrativos. Neste caso, a participação tem a função de fornecer informações às autoridades e de servir como instrumento de pressão, ademais de pressupor a publicidade do procedimento. Já a participação institucional (orgânica) é mais complexa porque pressupõe a integração dos não-profissionais nas estruturas decisórias da Administração, em vários níveis.

A dificuldade de ampliar o espectro de participação no plano da Administração reside no fato de que a burocracia e sua estrutura hierárquica garantem o respeito e a vinculação à vontade do povo manifestada na legislação. Mais do que isso, da burocracia depende a imparcialidade da Administração, já que ela é titular de interesses coletivos que não podem ser bloqueados por pressão de grupos ou de quaisquer outros interesses. De fato, a Administração deve tratar todos de forma impessoal (corolário do princípio da igualdade) e não pode valer-se do aparato administrativo para obter proveito pessoal ou de outrem. Para além disso, ela deve proceder com objetividade na escolha dos meios necessários para a satisfação do bem comum, ser imparcial quando pratica atos que afetam interesses privados e

ser neutra, no sentido de impedir que seus agentes sobreponham as suas convicções aos interesses que são de todos.

Assim, o cidadão deve participar da vida administrativa porque ele não é mais um súdito e sim um “colaborador” : a realização do bem comum requer uma atuação do Estado e a atuação concorrente do cidadão e, por isso mesmo, este deve ser informado, ouvido, deve obter explicações e não ser tratado como um “terceiro”, sobretudo um “suspeito”. É a moderna concepção de cidadania, então, que está na base das diversas formas de participação do cidadão na esfera política e, mesmo, na administração pública, o que foi chamado por Caio Tácito, de “Direito Administrativo Participativo”.

Além disso, a participação na Administração, por ser a forma do poder democrático, multiplica, canaliza, os centros de “consenso” e os centros de “dissenso”, melhorando o funcionamento do aparato de Estado, pela consideração das motivações e das aspirações dos administrados, e desmobilizando as resistências individuais à realização do interesse geral. A participação, com isto, restabelece o contato direto entre a Administração e o administrado, com o fim de remediar a despersonalização e evitar o desvio burocrático. O resultado é a que a Administração, ao se “comunicar” melhor com os cidadãos, renova as suas estruturas tradicionais (muitas vezes paralisada pela insuficiência de informações, fechada em si mesma, trabalhando em compartimentos separados e estanques, agarrada em rotinas) e se torna mais *eficiente*. Com isso, a Administração prestadora encontra sua eficácia não só nos comandos autoritários, mas, principalmente, no convencimento persuasivo dos cidadãos: é o caminho percorrido da eficácia - aptidão para produzir o resultado concreto da ação - à eficiência - apreciação valorativa desse resultado. A eficiência é, por conseguinte, realização eficaz de fins pré-dados, modo de realização ótima dos fins (noção formal que se traduz em uma relação meios-fins) e exigência de celeridade.

A legitimidade da Administração democrática, por conseguinte, repousa também no fato de que, se o cidadão concorre para a realização do bem comum, a Administração deve “aceitar” a colaboração dos particulares ou de “corpos intermediários” e, por vezes, a sua ingerência, já que o cidadão, mesmo quando outorga mandato ao Executivo ou ao Legislativo, não abdica de seu direito à proba e eficaz administração dos negócios públicos. Há aí também uma razão tecnológica: a Administração Pública está em condição de administrar (cuidar do que é de todos) melhor, se receber os pontos de vista dos portadores de interesses coletivos,

na medida em que estes, por conhecerem os dados concretos e os fatores humanos e técnicos que condicionam uma decisão, sempre podem trazer algum elemento que modifique o projeto inicial, justificando sua opinião e obrigando a Administração a explicar os motivos de sua ação, facilitando, assim, sua execução.

Os limites a essa participação dizem respeito às exigências da vida coletiva de que a Administração é titular: não se pode correr o risco de que a participação venha a servir de instrumento de pressão de grupos ou de quaisquer interesses, ou seja, os interesses privados não podem bloquear as decisões necessárias. Estas se dão, muitas vezes, sob o imperativo do segredo, e aí ressalta a importância da extensão e dos limites do princípio da publicidade da Administração Pública.

Por conseguinte, a conclusão quanto a esta hipótese de trabalho e a suas variáveis é: pode haver democracia sem participação direta, mas esta é desejável e necessária, porque aumenta as condições de legitimidade e de eficiência do poder administrativo. Ao contrário, não há democracia sem publicidade, porque esta, no seu sentido mais imediato, é o preceito que tende a preservar a *res publica*, isto é, a comunidade política no sentido que lhe dá Kant. Só existe democracia porque há visibilidade do poder ou o seu “exercício público”. Mais do que isto, se todo ato político tem que tolerar um controle por parte do público, por cuja aprovação pode alcançar a legitimidade moral e a legalidade jurídica, então a publicidade dos atos políticos se converte em condição indispensável para a legitimação moral da política e para a democracia, a partir da unidade de interesse entre governantes e governados. Na tradição política do Ocidente, desde o princípio, estão articulados os conceitos de democracia, publicidade, igualdade e racionalidade, de modo que não se pode dizer democrático um regime no qual não exista a visibilidade e o controle do poder, em outras palavras, publicidade.

A publicidade assume a feição de um postulado normativo - condição de possibilidade do conhecimento do fenômeno jurídico - , de uma exigência para a aferição do respeito que a Administração deve ter pelas normas jurídicas. Daí afirmar-se o seu aspecto instrumental: ela é meio para que se atinjam os fins previstos em outras normas (regras ou princípios), quais sejam a proteção dos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos e a tutela impessoal dos interesses públicos.

Na discussão sobre as exceções ao postulado da publicidade, ressaltam aquelas decisões do poder que, se publicizadas, podem ameaçar a segurança e a existência mesma da *res publica*: é o caso dos chamados *arcana imperii*, que têm o objetivo de conservar o Estado e a forma de governo existente. Assim, no Brasil, por exemplo, é a própria Constituição que estabelece o dever de segredo em muitas circunstâncias, tais como aquelas que servem para proteger a intimidade das pessoas (âmbito da *privacy*), resguardar o sigilo da fonte quando este é necessário ao exercício profissional, ou aquele dever de segredo que serve para proteger detentores de cargo político, como é o caso do discutido art. 55, § 2º. Os parâmetros básicos estão dados pelo inciso LX do art. 5º: mesmo a lei só pode restringir a publicidade dos atos processuais, por exemplo, quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem. Assim é na defesa do Estado e das instituições democráticas, isto é, se o sigilo é indispensável ao exercício da atividade pública (como nos casos de investigações policiais, das propostas em licitações antes de sua abertura e das plantas de presídios), ou ainda para proteger a privacidade individual do cidadão. Por vezes, a legislação ordinária estabelece a necessidade de sigilo, como se vê na legislação tributária, que obriga os servidores da Administração Fazendária a não divulgarem dados a que tenham acesso em razão de suas funções (art. 198 do CTN).

A publicidade, na sua dimensão negativa, é um princípio que assegura o mais amplo acesso à atividade administrativa, ou seja, é a dimensão da publicidade como direito de saber: direito de conhecer *dossiers* (arquivos) administrativos e de ter acesso à marcha intelectual da Administração. É o direito ao acesso à motivação dos atos administrativos, já que os cidadãos têm direito de conhecer não só os arquivos mas o porquê das decisões administrativas e, muitas vezes, o processo dos atos administrativos. Na modalidade de “direito de acesso”, a publicidade é um princípio jurídico básico - fundamento de interpretação, integração, aplicação e conhecimento do direito positivo, - com função negativa, isto é, particularmente relevante nos casos limites em que se contrapõem publicidade *vs.* segredos de Estado, publicidade *vs.* privacidade, democracia *vs.* autocracia. Nesta dimensão, o direito de acesso é um direito fundamental dos cidadãos, relacionado à liberdade de informação.

O direito de acesso é direito subjetivo público de dupla face, pois, além de ter uma função participativa (constitui a exteriorização do princípio democrático), representa uma concreta modalidade de exercício do direito à informação. Através dele, a “democratização” da Administração pode passar da genérica afirmação de princípio para uma concreta *praxis*

aplicativa, porque, enquanto direito à informação sobre o desenvolvimento da atividade administrativa é exercitável, seja na via instrumental (acesso ao procedimento administrativo), seja na via autônoma (extra-procedimental). Daí ser o direito subjetivo público de acesso, de um lado, direito do cidadão a ser informado e, de outro, dever da Administração ante a exigência de eficiência, moralidade e imparcialidade.

Quanto à legitimação ativa do direito de acesso, as disposições constitucionais e legais dos vários países que o admitem falam em “interessado”, de modo que, em certas circunstâncias, a qualidade de cidadão não é exigida. O que importa é que, se o direito de acesso é concebido como função de controle da legitimidade da ação da Administração, ele pode ser exercitado por todos aqueles que têm um interesse direto, concreto e atual, correspondente à tutela de uma situação juridicamente relevante e conexa aos documentos a que se dá acesso. Com isso, estão legitimados a requerer o acesso pessoas físicas, jurídicas, associações e todos os portadores de interesses públicos ou difusos de modo geral, desde que indiquem os interesses que justificam esse acesso.

Objeto do direito de acesso são, em primeiro lugar, os documentos administrativos internos (*stricto sensu*) e aqueles que são administrativos em sentido amplo, isto é, todos aqueles que dizem respeito ao exercício material da função administrativa - a atividade praticada pelo Estado ou ente por ele delegado (personalidade e capacidade jurídicas), sob o regime jurídico administrativo - como por exemplo, os documentos relativos aos serviços públicos e de todas as pessoas que fazem as vezes de autoridades. Os documentos relativos à atividade de direito privado da Administração também devem estar acessíveis. Poderá também ser objeto do direito de acesso a motivação dos atos administrativos porque os cidadãos têm o direito não só de conhecer os arquivos administrativos, mas também a razão das decisões e, por vezes, os seus procedimentos preparatórios. Procedimento e motivação dos atos administrativos são os territórios nos quais se mede a publicidade administrativa.

**b) No que diz respeito aos modos de participação na Administração e à operatividade do princípio da publicidade entendido como direito de acesso.**

A participação dos cidadãos na Administração não se apresenta nos mesmos termos que a participação na vida política. Dado que o recurso à cooperação ou à colaboração dos cidadãos para a formulação das políticas públicas é indispensável na Administração dos

Estados contemporâneos (resolvem-se os problemas da falta de conhecimento e de experiência da Administração em certos domínios - sobretudo das relações econômicas - , aumenta a eficiência e a impessoalidade, além de aprofundar-se a realização do espírito democrático), a participação do particular na atividade administrativa pode assumir diferentes formas e níveis de intensidade.

A doutrina distingue uma participação *uti singuli* e uma participação *uti cives*. Pela primeira, o cidadão participa das decisões administrativas como titular de direitos e interesses próprios; pela segunda, ele participa na condição de membro da coletividade, isto é, como pessoa afetada e portadora do interesse geral. Fala-se ainda em participação direta e indireta, de forma que, pela participação direta, os indivíduos interessados ou o conjunto da população tomam parte diretamente na decisão administrativa, e pela indireta, fazem-no através de representantes ou delegados. No que tange aos níveis de intensidade do particular, pode-se fazer a distinção entre participação-audição (a Administração, antes de tomar decisões unilaterais, deve ouvir e consultar os particulares, que podem apresentar pareceres, observações e sugestões) e participação - negociação (a Administração troca pontos de vista e negocia com os interessados, com vistas à definição comum de uma linha de conduta), sendo que esta última é muito utilizada no âmbito do planejamento territorial e do desenvolvimento econômico-social.

Conquanto a Constituição não faça qualquer distinção entre as formas de participação do cidadão nas atividades administrativas ou mesmo entre as suas intensidades, depreende-se de seu texto que, no âmbito administrativo, a participação está ligada à identificação do interesse geral de modo compartilhado com a população, à diminuição da discricionariedade e a práticas consensuais, sendo expressamente referida no art. 37º, § 3º, da Constituição Federal, que manda o legislador infraconstitucional disciplinar “as formas de participação do usuário na administração direta e indireta”, conforme redação dada pela Emenda Constitucional nº 19. A legislação infraconstitucional fala em participação no processo administrativo e nas questões que envolvem o urbanismo e o meio ambiente, entre outras modalidades não menos relevantes.

Relativamente ao processo administrativo, é, juntamente com a consensualização, a direção mais relevante da Administração contemporânea. No que diz respeito à consensualização ou contratualização, o refluxo da imperatividade e o reequilíbrio da coerção

são conformações às transformações do Estado, de modo que se vão impondo os conceitos de desestatização, despolitização e deslegalização. Daí serem decisivas, para as democracias, a participação e a consensualidade porque, entre outras contribuições, aprimoram a governabilidade (eficiência) e a legitimidade, na medida em que o Estado compartilha com os cidadãos a produção de normas, emprega formas alternativas de coordenação das ações na administração dos interesses públicos - por cooperação e por colaboração - e adota formas alternativas de composição de conflitos.

Considerando, no entanto, que participação na Administração, além de ter o significado de “concertação”, é também o “diálogo” que a Administração estabelece com as pessoas interessadas em uma decisão e só se realiza através do processo administrativo, isto é, com a transposição, para o domínio do procedimento administrativo, do princípio do contraditório, é o processo administrativo que acaba por conferir legitimidade definitiva ao poder administrativo. Entre as várias formas procedimentais, exsurge o ‘processo’ como seqüência disposta de tal modo que, do *iter* de formação do ato, participam, além de seu autor, os destinatários do ato final ou a quem este se destina para produzir efeitos. Com isto se explica a passagem do “procedimento” concebido somente como atividade preparatória do ato final, para o “processo”: difundido o fenômeno da participação do interessado no caminho da formação do ato final, a estrutura “processo”, não freqüentemente empregada no direito público, passa a ser utilizada para tornar transparente a atuação dos órgãos públicos, evitar lesões injustas e para tornar concreta e não-episódica a participação do cidadão no governo da coisa pública.

Ante essas considerações, pode-se relacionar processualização da Administração com um movimento em direção à sua legitimação e moralização, uma vez que é através da efetiva participação dos cidadãos na Administração que estes podem auxiliar aquela a definir o que é o interesse geral, já que este pertence ao corpo social e nasce da composição ente vários interesses públicos, privados e de grupos em conflito. A presença de particulares nos processos e procedimentos administrativos pode assumir muitas formas. Os procedimentos de concessão e de desapropriação, de limitações ou de sanções até podem ser considerados formas de participação, mas se eles tendem a realizar um objetivo da Administração, como nos dois primeiros casos, eles são mais propriamente atos de colaboração. As últimas hipóteses nas quais o particular está em conflito com a Administração em função de bens e vantagens próprios, constituem mais atos de defesa do que participação. Assim, em sentido

estrito, atos de participação em processo administrativo são aqueles que intervêm no processo visando a promulgação de atos administrativos gerais, como, por exemplo, nos planos de urbanismo. De modo geral, todos os cidadãos e não só os portadores de interesses podem participar da elaboração desses planos, pois eles visam a satisfação de uma finalidade coletiva de interesse público. Neste caso, a participação é *uti cives*. Mas não só: a participação no processo se deve dar em todas as hipóteses em que os cidadãos ou os grupos sociais sejam interessados ou contrainteressados, ou mesmo em que eles possam trazer, para a decisão, perspectivas próprias e enriquecedoras. Nesta última hipótese, a participação também é *uti cives*, porque se poderá realizar para proteger a legalidade e o interesse geral: os partícipes exercem verdadeiras funções públicas. Isso não impede que a participação no processo também se dê para defender interesses privados - *uti singuli*.

Com a participação no processo administrativo, ainda que o cidadão não seja co-autor da decisão, figurando somente como destinatário, ele pode emitir e receber comunicações informativas, valorativas e programáticas, de modo que essa participação desempenha uma dupla missão funcional e garantística. A missão funcional se cumpre com a contribuição do cidadão para a mais perfeita realização do interesse público, pois acaba enriquecendo a perspectiva da Administração em relação aos interesses que lhe cabem conformar, já a missão garantística se dá porque o processo administrativo também é organizado para defender o cidadão do arbítrio do poder: ele é chamado a defender seus interesses em abstrato, desde que tais interesses sejam suscetíveis de tutela jurídica.

No Brasil, a Lei Federal Federal nº 9.784 de 29 de janeiro de 1999 firmou como parâmetros básicos os princípios constitucionais da ampla defesa, consagrou o princípio da publicidade que se manifesta no acesso às informações e na obtenção de certidões, bem como na garantia do direito de petição, além de ter considerado a missão atribuída à defesa de direitos difusos e coletivos com a participação popular e associativa. Só os interessados (administrados que participam do processo) podem praticar atos processuais, receber intimações e recorrer. No caso de interessados indeterminados, desconhecidos ou com domicílio indefinido, a intimação deverá ser efetuada por meio de publicação oficial. A lei abre uma exceção, em relação à participação no processo, para aqueles casos em que a matéria do processo envolve assunto de interesse geral, quando, então, o órgão competente poderá, mediante despacho motivado, abrir período de consulta pública, porém o comparecimento do administrado na consulta pública não lhe confere, por si só, a condição de

interessado. A participação através da consulta pública só confere o direito de obter da Administração resposta fundamentada, que poderá ser comum a todas as alegações substancialmente iguais, e ainda o direito de oferecer alegações escritas..

A lei contém uma cláusula geral no sentido de ser facultado à Administração estabelecer outros meios de participação dos interessados, diretamente ou por meio de organizações e associações legalmente reconhecidas, quando a matéria for relevante. Neste particular, a lei poderia ter indicado, a título exemplificativo, quais são essas matérias, como o faz a Lei de Procedimento Alemã (urbanismo, proteção contra poluição ou sobre a utilização pacífica de energia nuclear), pois a formulação aberta permite que a Administração decida, discricionariamente, quais são essas matérias. Só a concretização da lei em nível estadual e municipal permitirá que se estabeleçam parâmetros para obrigar a Administração a estabelecer outros meios de participação dos interessados. Neste tópico, a conclusão mais importante é que a extensão do esquema processual à atividade administrativa tende a unificar e disciplinar a atuação de todos os instrumentos e órgãos participativos e, mesmo que a lei federal tenha um âmbito de aplicação limitado, nada impede que ela seja usada subsidiariamente para nortear decisões administrativas em todos os níveis, na medida em que ela está sendo considerada, tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência, um importante instrumento na realização do Estado de Direito

Outra forma de participação nas atividades administrativas é a participação orgânica, que supõe a inserção do cidadão como tal (e não enquanto funcionário ou agente político) nos órgãos da Administração, sejam eles da Administração direta, indireta ou especiais. Nessa condição, o cidadão participa, no mais das vezes, *uti cives*, isto é, a participação se realiza a partir do *status active civitatis*, pois ele é considerado portador de um interesse geral - é considerado um “usuário de serviço público”, um “profissional de determinado setor econômico social”, e assim por diante. Essa participação orgânica se opera, via de regra, através de órgãos colegiados, os conselhos, e, no Brasil, a maioria deles se situa no âmbito do município, principalmente considerando que é o município o local em que as pessoas se inserem na vida do Estado e onde há aproximação entre descentralização e participação política. No que diz respeito à intensidade da participação orgânica - nos conselhos - esta é quase sempre indireta, pois os cidadãos que integram os conselhos são escolhidos em função de serem membros de associações de classe, de sindicatos, de associações de bairro e assim por diante, exceto nos casos de reunião aberta; quanto à natureza de suas decisões, alguns

decidem vinculativamente e outros só proferem consultas não vinculativas. Neste particular, poderá haver uma vinculação no que diz respeito à exigência de motivação em relação às objeções apontadas pelo conselho ao ato administrativo em discussão. É o caso da maior parte deles. Isto não significa, no entanto, que, em certas situações, os conselhos não decidam de forma vinculativa, isto é, que suas decisões não possam ser executadas sem que seja necessário a homologação por um órgão superior da Administração - via de regra, o Executivo -. É o caso das decisões dos conselhos tutelares e do Tribunal Administrativo de Recursos Fiscais, no município de Porto Alegre.

De outra parte, se a participação for entendida como toda forma de intervenção de uma pessoa privada na elaboração ou execução dos instrumentos da vida econômica em um estado intencionista, fica claro que podem existir formas bastante variadas de participação. Os titulares dessa participação, na maioria dos casos, não são os cidadãos individualmente e sim os agentes econômicos privados, e as formas mais características em que esta se concretiza são a ação concertada, a consulta pública na elaboração de planos, as decisões macroeconômicas e a direção de organismos, empresas ou estabelecimentos públicos e econômicos em regime de co-gestão. A ação concertada entre a Administração e as empresas privadas para a execução de políticas econômicas se vem desenvolvendo bastante nos países ocidentais e foi particularmente objeto da 'Reforma de Estado' que está em curso no Brasil. Os meios e as técnicas jurídicas de "concertação" estão ligados, na maioria dos casos, às formas contratuais ou "quase-contratuais", como por exemplo, as concessões de serviço público, contratos e acordos de programa, contratos de preços, de estabilização, etc., mas é justamente na prestação e regulação de "serviços públicos" (entendidas como espécie de atividade econômica) que estão concentrados os esforços dos legisladores, políticos e juristas na construção do "Estado gerencial". Afora a discussão sobre a natureza jurídica da concessão e da permissão, deve ser ressaltado, através destes instrumentos, os particulares participam da prestação do serviço público diretamente, e tendo em vista realizar interesses e fins próprios. Nestas condições, a sua participação é constitutiva do contrato administrativo e *uti singuli*, porque eles são portadores de direitos e interesses próprios perante a Administração.

Do princípio da generalidade do serviço público decorre o seu caráter *universal* - deve ser estendido ao maior número de pessoas possíveis -, *isonômico* - todos os usuários devem ser tratados igualmente -, e *democrático* - fica garantida a participação do usuário. Por isto, na Constituição Federal, pela Emenda 19/98, foi prevista a possibilidade de participação do

usuário na administração pública direta e indireta (art. 37, § 3º), e de que este oponha reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral (art. 37, § 3º, I). A Constituição remeteu à lei a disciplina das formas de participação do usuário na Administração, fazendo-o também em relação à defesa do usuário de serviços públicos (esta lei geral ainda não foi, todavia, promulgada). A Lei 8.987/95 traçou as diretrizes da participação dos usuários na execução da prestação de serviços públicos por concessionárias e permissionárias, e, deste conjunto legislativo sobressai que o usuário poderá participar como *colaborador* e como titular de direitos e deveres, destacando-se o direito de receber um serviço adequado e o dever de comunicar à autoridade os atos ilícitos e os abusos praticados pelos delegatários. O usuário, direto ou potencial dos serviços públicos, poderá, então, participar de sua fiscalização e do seu controle.

Nas condições supracitadas, o cidadão, usuário efetivo ou potencial de serviços públicos, participa do controle e fiscalização destes, ora de forma direta, ora de forma indireta (através de conselhos), mas esta sempre é *uti cives*, ou seja, ele participa como portador de um interesse geral, cuja finalidade é garantir a *adequada prestação dos serviços*.

Além dessas formas de participação, é no domínio da organização do território urbano que se encontram as experiências mais significativas e numerosas de participação do cidadão na atividade administrativa. Nesse setor específico da atuação administrativa, o cidadão participa, na maior parte dos casos, em procedimentos que o afetam diretamente, isto é, a sua participação é *uti singulus*. A razão disso é que a organização do território afeta diretamente o meio de vida do indivíduo. Contudo, essa participação (direta, sem a intermediação de grupos e associações) não concerne aos interesses diretos daqueles que podem ser afetados com as medidas de planejamento e organização do solo, mas aos interesses de todas as pessoas, ou de todos os cidadãos que moram na cidade. No Estatuto da Cidade, a gestão democrática é assegurada “por meio da participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade na formulação, execução e acompanhamento de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano” e quando se tratar de implantação de empreendimentos ou atividades potencialmente lesivos ao meio ambiente natural e cultural, ou ao conforto e segurança da população, o poder público municipal deverá, pelo menos, ouvir a população interessada. É fundamental o papel do Plano Diretor Urbano no planejamento do futuro da cidade: este deve englobar todo o território do município, e os processos de sua elaboração e fiscalização devem contar com a participação da população.

Para que essa participação seja efetiva, os poderes públicos devem garantir: a promoção de audiências públicas e debates com os cidadãos individualmente e através de associações representativas da comunidade, a publicidade dos documentos e informações e o acesso de qualquer interessado aos mesmos. A consideração dos tribunais brasileiros é a de que esta participação na organização e planejamento do espaço urbano é obrigatória, sob pena de nulidade do plano.

Os instrumentos que garantem a legitimidade das ações de planejamento urbano e da participação são: os órgãos colegiados de política urbana; debates, audiências e consultas públicas; iniciativa popular de projetos de lei e de planos; programas e projetos de desenvolvimento urbano; o referendo popular, o plebiscito e as conferências sobre assuntos de interesse urbano. O Estatuto não faz qualquer distinção se a participação, na gestão da cidade, é *uti singulus* ou *uti cives*: utiliza os dois conceitos.

Verificado que o princípio da publicidade *stricto sensu* tem o significado de amplo acesso à atividade administrativa, à sua natureza e função e à sua estreita ligação com a participação no processo e na atividade administrativa à luz de conexões funcionais, pode-se afirmar que ele constitui uma condição institucional de efetiva participação dos cidadãos na formação das decisões que lhe dizem respeito. Na medida em que ele opera não só como “acesso”, mas como um verdadeiro direito de conhecer a atuação da Administração, foi ele concretizado de vários modos no ordenamento jurídico nacional.

O direito de acesso às atividades administrativas está concretizado em vários dispositivos constitucionais e infraconstitucionais, e o primeiro deles estabelece o amplo acesso às informações públicas. Da mesma forma, concretiza-se o acesso pelo direito de obter certidões e pelo direito de petição. Finalmente, quando se trata de obter informações pessoais e retificar informações constantes de banco de dados, pode ser utilizado o instrumento próprio para tal fim, o *Habeas data*.

A Lei de Processo Administrativo, a par de inscrever a publicidade como um princípio informativo, garante, de modo geral, aos interessados, amplo acesso aos autos do processo (*dossiers*). Ao determinar a participação, no procedimento, dos sujeitos a quem a disposição a produzir efeitos diretos é destinada, isto é, os sujeitos que a lei manda que intervenham ou que podem sofrer um prejuízo importante, é dever da Administração comunicar (pessoalmente ou

por outro meio) a esses sujeitos o início do procedimento, o órgão competente, o objeto do procedimento e o lugar onde se pode conhecer dos atos. Na lei está prevista a possibilidade de que todos os participantes do procedimento conheçam seus atos (nos limites do direito de acesso) e apresentem memoriais escritos e documentos. É, aliás, neste particular que se destaca a importância do princípio da publicidade - acesso: ele serve para o exercício do direito de defesa no processo administrativo e para garantir a efetiva participação do interessado. Traduz-se, para a Administração, em dever de “facultar a vista dos autos a qualquer momento” e “dar ciência oportuna e leal ao interessado de todo e qualquer ato do procedimento, inclusive das diligências e documentos juntados de ofício pela autoridade”. Por isso, a Administração tem o dever de contar os prazos para manifestação da data do fornecimento das cópias dos autos ou aquela em que foi permitida a vista requerida e de intimar o interessado por meio que assegure a certeza de ciência (no processo, por carta com aviso de recebimento, por telegrama, etc.).

Na Lei de Responsabilidade Fiscal – Lei Complementar 101/2000 - é através da publicidade – apresentação de dados consistentes e compreensíveis, oportunos e atualizados – que se expressa através da obrigação de as autoridades públicas, em cada nível de Governo, emitirem declarações mensais, trimestrais e anuais de responsabilidade fiscal, atendendo aos limites previstos nas metas e objetivos ou justificando seus desvios temporários e, ainda, permitirem o acesso público a essas informações, é que os objetivos da Lei podem ser alcançados. Por outro lado, a efetividade da Lei Fiscal será assegurada por mecanismos de compensação e de correção dos desvios, e com transparência, a fim de punir a má gestão mediante a disciplina do processo político.

No âmbito dos direitos dos usuários dos serviços públicos também está previsto o acesso amplo às informações administrativas e aos atos de governo, observados os casos de restrição e, com mais razão, o direito à informação adequada sobre as condições de prestação dos serviços, suas tarifas e preços, bem como ao prévio conhecimento das condições de suspensão do serviço. As Agências Reguladoras têm o dever de dar publicidade às suas ações e documentos e aos pedidos de outorga de direito de uso de recursos hídricos de domínio da União, bem como aos atos administrativos que deles resultarem, por meio de publicação na imprensa oficial ou jornal de grande circulação.

Relativamente ao Estatuto da Cidade, registra-se que todos os instrumentos são públicos por excelência, mas acentuam-se as disposições que determinam a ampla publicidade dos Estudos de Impacto de Vizinhança (EIV) - os documentos dele integrantes devem ficar disponíveis para consulta por qualquer interessado - e de todos os documentos e informações produzidos no plano diretor, os quais devem ficar, igualmente, disponíveis. Finalmente, destaca-se que as contas dos municípios deverão ficar acessíveis a qualquer cidadão, durante sessenta dias anualmente.

A orientação da jurisprudência é clara: as despesas dos entes públicos são acessíveis a todos, e a autoridade não pode negar informações de interesse do particular se essas informações não estiverem sob sigilo, em razão da sociedade e do Estado, vigorando, então, o princípio da acessibilidade ampla a informações pessoais e o do direito às certidões. Em certos casos, na colisão entre o interesse público e a salvaguarda da privacidade, prevalece o acesso, em razão da ponderação feita e do preceito da concordância prática. Por fim, é reconhecida a restrição do direito de acesso pela proteção da *privacy*.

A exigência de motivação dos atos administrativos é uma decorrência, não só do princípio da publicidade entendido como direito de acesso, como também do princípio do Estado de Direito, que exige a fundamentação das decisões judiciais. Ora, se a atividade administrativa vem formulada em esquema processual, toda e qualquer decisão, principalmente se for emitida em um processo administrativo, deverá ser motivada, isto é, deverá ser explícita, clara e congruente. Com o acesso à motivação, o cidadão fica sabendo o porquê das decisões administrativas, e a Administração explica as razões de sua decisão. A problemática da fundamentação dos atos administrativos - exposição das razões ou motivos da decisão e/ou recondução do decidido a um parâmetro que a justifique - está associada, no aspecto formal, à publicidade e, no aspecto material, à legitimidade que, ainda por ser bastante complexa, não tem solução uniforme nos vários ordenamentos jurídicos. O ponto comum entre os ordenamentos que determinam uma fundamentação expressa dos atos administrativos e aqueles que não a determinam expressamente está em que, na maioria dos casos, é necessário fundamentar aqueles atos administrativos que afetam desfavoravelmente os direitos e interesses dos particulares. Cada país resolve a questão da obrigatoriedade de motivação ou fundamentação dos atos administrativos nos limites de sua tradição, mas o certo é que isto se vem impondo paulatinamente como um dever da Administração e um direito do cidadão, reconduzíveis à publicidade.

Quanto à exigência de motivação dos atos e decisões administrativos, ela foi positivada no Direito brasileiro pela Lei de Processo Administrativo, sendo um dos seus princípios informativos. Essa ordenação positiva se assenta em uma regra contrária à tradição brasileira que, seguindo a doutrina francesa, entendia não haver dever de motivação sem expresse texto de lei, com algumas exceções.

O dever de motivação dos atos e decisões administrativas surge em um contexto de controle da atividade administrativa, constituindo um direito essencial dos administrados na defesa de seus direitos e um direito de conhecer as razões da Administração: pela motivação, ela se explica, diz por que decidiu. Nesta medida, a motivação e a fundamentação das decisões são um meio de realização do princípio da verdade material, já que, por elas, a Administração fica obrigada a aprofundar as razões de sua conduta e a procurar a conformidade completa entre o Direito e a vida. A motivação é igualmente importante para a apreciação contenciosa do ato ou decisão administrativa, pois, em face do conhecimento dos motivos, o interessado poderá avaliar a justeza desses atos e decisões, que poderão consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, ficam fazendo parte integrante da decisão final.

Em face dessas considerações, evidencia-se a importância da formulação da Lei de Processo Administrativo, pois os tribunais brasileiros, muitas vezes diante de uma utilização de um conceito jurídico indeterminado, deixam de avaliar o ato praticado pela Administração, sob um argumento simplista de que “mérito” não é sindicável. Com a promulgação da lei, consolida-se uma paulatina inversão de tendência, porque ela prevê sejam motivados atos que, outrora, não o deviam ser, como, por exemplo, atos que decidam processos administrativos de concurso ou seleção pública.

O comando legal é explícito no sentido de determinar a motivação naqueles atos que neguem, limitem ou afetem direitos e interesses, que imponham sujeições, que dispensem ou declarem a inexigibilidade de processo de licitação, que decidam recursos administrativos, decorram de atos de ofício e deixem de aplicar jurisprudência firmada. O Superior Tribunal de Justiça tem manifestado a tendência de anular atos administrativos não fundamentados, sob o argumento de que este é um princípio garantidor da relação funcional, e tem afirmado, de outra parte, a posição de que não há possibilidade de analisar o mérito de ato administrativo

discricionário, ainda que não existam atos discricionários absolutamente imunes ao controle jurisdicional.

Em suma, o equacionamento final entre participação, publicidade e processo administrativo pode ser feito a partir da lei de processo administrativo, porque ela é o principiapl marco na concretização do Princípio da Publicidade. O conteúdo do conceito do princípio explica a extensão de suas realizações, que podem ser reagrupadas em torno de três pólos: a) primeiramente, o direito de acesso aos *dossiers* (arquivos) administrativos, que devem ser abertos, já que não são propriedade da Administração e devem estar à disposição dos cidadãos. Cada país resolve, segundo sua tradição, os limites desse acesso; b) a segunda realização da publicidade diz respeito ao acesso à marcha intelectual da administração. É o direito ao acesso à motivação dos atos administrativos, já que os cidadãos têm direito de conhecer não só os arquivos, mas o porquê das decisões administrativas e, muitas vezes, o processo dos atos administrativos; c) por último, a realização mais forte da publicidade, porque aprofunda uma direção da democracia brasileira, é a que concerne à participação: a melhor maneira de realizar a publicidade é fazer os cidadãos participarem dos procedimentos da Administração. A publicidade, então, tende a modificar os procedimentos administrativos.

Em derradeira conclusão, relativamente aos três aspectos da publicidade e extensões de sua possível realização, o primeiro – **direito de saber/direito de acesso aos *dossiers* administrativos** – foi delimitado pela Constituição Federal Brasileira, estando também configurado na Legislação ordinária (Lei de Responsabilidade Fiscal, Lei Federal de Processo Administrativo, Estatuto da Cidade); o segundo – **direito de controle** – concretiza-se na existência de vários remédios processuais adequados para verificar a legalidade e a oportunidade das decisões administrativas, bem assim a maneira como o dinheiro público está sendo utilizado. A obrigação de **motivar os atos administrativos**, constante da Lei Federal de Processo Administrativo, facilita o acesso à marcha intelectual da Administração. Finalmente, em relação à realização mais forte da transparência – **a participação nos mecanismos da Administração** – além de estar delineada na Constituição, está concretizada, pelo menos em linhas gerais, na Lei Federal de Processo Administrativo. Se essa participação realmente se concretizará e se tornará efetiva em todos os níveis de Governo, ainda é uma questão em aberto, dependendo mais da ação do conjunto da sociedade do que de leis.

## REFERÊNCIAS

A CITIZEN'S guide on using the Freedom of Information Act and the Privacy act of 1974 to request government records. Disponível em: <<http://www.usdoj.gov/04/foia>> Acesso em: 15 dez. 2005.

AFONSO DE ANDRÉ, Maristela. *Contratos de Gestão: subsídios para a reforma do Estado*. Brasília: Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado (MARE), Escola Nacional de Administração Pública (ENAP), 1996.

ALEXY, Robert. *Derecho y Razon Practica*. Mexico:Distribuciones Fontamara,1993.

\_\_\_\_\_. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Tradução castelhana da 1ª. Edição de *Theorie der Grundrechte* Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ALPA, Guido. Aspetti e problemi della partecipazione nel diritto urbanistico: appunti per una discussione. *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, Milano, n. 1, 1979.

AMARAL, Roberto. A democracia representativa está morta: viva a democracia participativa! In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Orgs) *Direito Constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2001.

\_\_\_\_\_. O Ordenamento Constitucional - Administrativo Brasileiro e a disciplina dos meios de comunicação de massa: o caso da Televisão, análise e prospectiva. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes et al. (Org.) *Perspectivas do Direito Público: estudos em homenagem a Miguel Seabra Fagundes*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995, p. 467-486.

ANDRADE DE OLIVEIRA, Fernando. Administração Pública e Ato Administrativo. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 1, 1993.

ARAGÃO, Alexandre Santos do. *Agências Reguladoras e a evolução do Direito Administrativo Econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

ARENDT, Hannah. *A Condição Humana*. Tradução brasileira de *The Human Condition* Roberto Raposo 10. ed. Rio de Janeiro, 2000.

\_\_\_\_\_. *Entre o passado e o futuro*. Tradução brasileira Mauro Barbosa Machado. São Paulo: Perspectiva, 1997.

\_\_\_\_\_. *Lições sobre a Filosofia Política de Kant*. Tradução brasileira de *Lectures on Kant's Political Philosophy* André Duarte. 2. ed. ver. e ampl. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1993.

\_\_\_\_\_. *Poder e Violência*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2001.

ARISTÓTELES. *Ética à Nicômacos*. Coleção "OS PENSADORES". São Paulo: Abril Cultural, 1979.

\_\_\_\_\_. *Política*. Tradução António Campelo Amaral e Carlos de Carvalho Gomes. Lisboa: Vega, 1998. Edição Bilíngue. 1ª. Edição em português feita a partir do grego.

ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. 2. ed. atual. por Rosolea Folgosi. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

ÁVILA, Ana Paula de Oliveira. *O Princípio da Impessoalidade na Administração Pública: por uma administração imparcial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

ÁVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 215, p. 157-179, jan./mar.1999.

\_\_\_\_\_. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2003.

BAETHGEN, Walter. *Teoria Geral do Processo: a função jurisdicional*. Porto Alegre: Editora da UFRGS, 1982.

BAGOLINI, Luigi. Il fondamento dei diritti umani. *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, Milano, n. 58, v. 4, p. 3-11, 1991.

BANDEIRA DE MELLO, Celso. *Curso de Direito Administrativo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios Gerais de Direito Administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria Geral dos Procedimentos de exercício da Cidadania perante a Administração Pública. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 207, jan./mar. 1997.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O habeas data brasileiro e a sua lei regulamentadora. In: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim et al.(Org.). *Habeas Data*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

BARBOSA, Silvio Henrique Vieira. Informação X Privacidade: o dano moral resultante do abuso da liberdade de imprensa. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, São Paulo, n. 73, 1995.

BARZOTTO, Luís Fernando. *A Democracia na Constituição*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2003.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1992. v. 3. t. 3.

BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria Geral do Direito Tributário*. 3ª ed. São Paulo: Lejus, 1998.

BELLOMIA, Salvatore. *Il Diritto di accesso ai documenti Amministrativi e suoi limiti*. Milano: Giuffrè, 2000.

BENVENUTI, Feliciano. Contraddittorio (dir. amm.). In: ENCICLOPEDIA del diritto. Milano: Giuffrè, 1961. v. 9.

\_\_\_\_\_. Funzione amministrativa, procedimento, processo. *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, Milano, 1952.

BOBBIO, Noberto. *O Futuro da Democracia: uma defesa das regras do jogo*. Tradução brasileira de *Il futuro della democrazia. Una difesa delle regole del gioco*, por Marco Aurélio Nogueira. 2. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

\_\_\_\_\_. *Estado, Governo e Sociedade: para uma teoria geral da política*. Tradução brasileira de *Stato, Governo, Società. Per una teoria generale della politica* Marco Aurélio Nogueira. 4. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1992.

BOBBIO, N.; MATTEUCCI, N.; PASQUINO, G. *Dicionário de Política*. Tradução brasileira de *Dizionario di Politica*, por Luís Guerreiro Pinto Cacais, João Ferreira, Gaetano Lo Mônca, Renzo Dini e Carmen C. Varialle. Brasília: UNB, 1986.

BOULOUIS, Jean. Représentation et Participation dans la vie politique et administrative. In: LA PARTICIPATION directe du citoyen....

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1989.

CANOTILHO, J. J. *Direito Constitucional*. 6. ed. rev. Coimbra: Almedina, 1993.

CASSESE, Sabino. Le conditions de participation du citoyen à la vie administrative. In: LA PARTICIPATION directe du citoyen.....

CAVALCANTI, Temístocles Brandão. *Tratado de Direito Administrativo*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1955. v. 1.

CAVALLO, Bruno (a cura di). *Procedimento Amministrativo i Diritto di Accesso: Legge 7 agosto 1990, n. 241*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1993.

CHAPUS, René. *Droit Administratif Générale*. 7. ed. Paris: Montchrestien, 1993. v. 1.

\_\_\_\_\_. Le Service Public et La Puissance Publique. *Revue de Droit Public et de la Science Politique en France et a L'Étranger*, Paris, v. 84, n. 2, 1968.

CHEVALLIER, Jacques. Le Droit Administratif entre Science Administrative et Droit Constitutionnel. In: CHEVALLIER, Jacques et al. *Le Droit Administratif en Mutation*. Paris: PUF, 1993. p. 11-40.

CÍCERO. *República*. In: OS PENSADORES. São Paulo: Abril, 1980.

CIRNE LIMA, Ruy. *Princípios de Direito Administrativo*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

CÓDIGO de Procedimento Administrativo. 3. ed. Coimbra: Livraria da Universidade - Edições Jurídicas, 1998.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos Direitos Humanos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, [s.d.].

\_\_\_\_\_. A Democratização dos meios de comunicação de massa. In: GRAU, Eros Roberto (Org.). *Direito Constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2003.

CORAIL, Jean-Louis. *La Crise de la Notion Juridique de Service Public en Droit Administratif Français*. Paris: LGDJ, 1954.

CORREIA, Fernando Alves Correia. *O Plano Urbanístico e o Princípio da Igualdade*. Coimbra: Almedina, 1977.

COUTO E SILVA, Almiro do. Atos jurídicos de Direito Administrativo praticados por particulares e direitos formativos. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 95, p. 23-28, jan./mar. 1969.

\_\_\_\_\_. Consulta formulada pelo Prefeito Tarso Genro: Veiculação de Publicidade com Infrigência eventual do art. 37, §1º das CF e Estatuto das Licitações. Possibilidade do slogan "Administração Popular". *Revista da Procuradoria Geral do Município de Porto Alegre*, Porto Alegre, v. 8, n. 9, ago. 1996.

\_\_\_\_\_. Os Contratos de Gestão. In: ENCONTRO NACIONAL DE PROCURADORES MUNICIPAIS, 24., Porto Alegre, 1998. *Anais...* Porto Alegre: Assembléia Legislativa, 07 a 11 de setembro de 1998. p. 37-48.

\_\_\_\_\_. Os indivíduos e o Estado na realização das tarefas públicas. In: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio (Org). *Direito Administrativo e Constitucional: estudos em homenagem a Geraldo Ataliba*. São Paulo: Malheiros, 1997.

\_\_\_\_\_. Poder Discricionário do Direito Administrativo Brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 179, jan./jun. 1990.

\_\_\_\_\_. Princípios da Legalidade da Administração Pública e da Segurança Jurídica no Estado de Direito Contemporâneo. *Revista de Direito Público*, São Paulo, v. 20, n. 84, p. 46-63, out./dez 1987.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de Direito Administrativo*. 11. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

\_\_\_\_\_. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 1990. v. 1.

\_\_\_\_\_. *Do Ato Administrativo*. 2. ed. São Paulo: José Bushatsky, 1977.

\_\_\_\_\_. *Os "writs" na Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989.

DEBBASCH, Charles. Introduction. In: LA TRANSPARENCE Administrative en Europe: actes du colloque tenu à Aix en octobre 1989. Paris: Centre National de la Recherche Scientifique, 1990.

DEBBASCH, Charles; RICCI, Jean-Claude. *Contentieux Administratif*. 5 ed. Paris: Dalloz, [s.d.].

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 1998.

\_\_\_\_\_. *Direito Administrativo*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1991.

\_\_\_\_\_. *Parcerias na Administração Pública*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

DI PIETRO, Maria Sylvia (Org.) *Direito Regulatório: temas polêmicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

\_\_\_\_\_. Limites da função reguladora das agências diante do princípio da legalidade. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.) *Direito regulatório: temas polêmicos*. Belo Horizonte: Forum, 2003.

\_\_\_\_\_. Participação Popular na Administração Pública. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n.1, v. 1., p. 133-138, 1993.

DIÉZ-PICAZO, Luis. *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*. Barcelona: Ariel, 1993.

DWORKIN, Ronald. *¿Es el derecho un sistema de reglas?* Cuadernos de Crítica 5, Instituto de Investigaciones Filosóficas. Universidad Autónoma de México, 1977.

\_\_\_\_\_. *Los Derechos en Serio*. Barcelona: Ariel, 1989.

ELITES, Teoria das. In: BOBBIO, N.; MATTEUCCI, N.; PASQUINO, G. *Dicionário de Política*. Tradução brasileira de *Dizionario di Politica*, por Luís Guerreiro Pinto Cacaís, João Ferreira, Gaetano Lo Mônca, Renzo Dini e Carmen C. Varialle. Brasília: UNB, 1986.

ENGLISH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. Tradução portuguesa do original alemão intitulado *Einführung in das Juristische Denken* J. Baptista Machado. 6. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1988.

ERNOUT, A.; MEILLET, A. *Dictionnaire Étymologique de la Langue Latine: Histoire des Mots*. 4. ed. Paris: Klincksieck, 1985.

ESSER, Josef *Principio y Norma en la Elaboración Jurisprudencial del Derecho Privado*. Barcelona: Bosch, 1961.

FALCONI, Franca. I contratti di piano nella dottrina francese. *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, Milano, n. 2-3, p. 595-617, 1979.

FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: a formação do patronato político brasileiro*. Porto Alegre: Globo, 1975. v. 1.

FAZZALARI, Elio. Procedimento (teoria generale) In: ENCICLOPEDIA del Diritto. Milano: Giuffrè, 1986. v. 35.

FERRARI, Janice Helena. Direito à própria imagem. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, n. 4, p. 4-6, 1993.

FERRAZ, Sérgio. O processo administrativo e a Constituição de 1988. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 1, 1993.

FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. *Processo Administrativo*. São Paulo: Malheiros, [s.d].

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Sigilo de Dados: o direito à privacidade e os limites da função fiscalizadora do Estado. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política. Revista dos Tribunais*, São Paulo, p. 77-90, 1992.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo, 1990.

FLEINER, F. *Les Principes Généraux du Droit Administratif Allemand*. Paris: Delagrave, 1933.

FORSTHOFF, Ernst. *Tratado de Derecho Administrativo*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1958.

FORTIN, Ivonne. La contractualisation dans le secteur public des pays industrialisés depuis 1980: hors du contrat point de salut? In: LA CONTRACTUALISATION dans le secteur public des pays industrialisés depuis 1980. Sous la direction d'Yvonne Fortin. Paris: L'Harmattan, 1999.

FROMONT, Michel. La Codification du Droit Administratif par la Loi du 25 Mai 1976. *RDPSP*, Paris, n. 6, 1977.

\_\_\_\_\_. La transparence Administrative en République Fédérale d'Allemagne. In: DEBBASCH, Charles et al. *La Transparence administrative en Europe*. Paris: Centre National de la Recherche Scientifique, 1990.

GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo. Principes et modalités da la participation à la vie administrative. In: LA PARTICIPATION directe du citoyen...

GARCÍA, Maria. Habeas Data: o direito à informação. o direito fundamental à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas. um perfil constitucional'. In: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim et al.(Org.). *Habeas Data*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

GIACOMUZZI, José Guilherme. *A Moralidade Administrativa e a Boa-fé da Administração Pública*. São Paulo: Malheiros, 2002.

GIANNINI, Massimo Severo. Atto Amministrativo. In: ENCICLOPEDIA del Diritto. Milão: Giuffrè, 1988, v. 4. p. 157-159.

\_\_\_\_\_. I Pubblici poteri negli stati pluriclasse. *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*. Milano, v. 2-3, p. 389-404, 1979.

GOMES, José Osvaldo. *Fundamentação do Acto Administrativo*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1981.

GOMES DE MATTOS, Mauro Roberto. Agências Reguladoras e suas características. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 218, out./dez.1999.

GONÇALVES LOUREIRO, João Carlos. *O Procedimento Administrativo entre a eficiência e a garantia dos particulares*. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1995.

GONZALES PEREZ, Jesus. *El principio general de la buena fe en el derecho administrativo*. Madrid: Civitas, 1983.

GORDILLO, Agustin. Participacion Administrativa. *Revista de Direito Público*, São Paulo, v. 18, n. 74, p. 15-25, abr./jun. 1985.

GRAU, Eros Roberto. Constituição e Serviço Público. In: GRAU, Eros Roberto (Org.) *Direito Constitucional: estudos em homenagem Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2003.

\_\_\_\_\_. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

GRINOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Org.). *Participação e Processo*. São Paulo. Revista dos Tribunais, 1988.

GROSSMANN, Elias *Os Princípios Jurídicos em Robert Alexy*. 2000. Dissertação. (Mestrado) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2000, inédita.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Teoria dos Serviços Públicos e sua Transformação. In: SUNFELD, Carlos Ari (Org.) *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2002.

HABA, Enrique P. Droits de l'homme, libertés individuelles et rationalité juridique: quelques remarques méthodologiques. *Archives de Philosophie du Droit*, Paris, v. 25, p. 225-344, [s.d.]

HABERMAS, J. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Tradução brasileira *Faztizat um Geltung. Beitr"age zur Diskustheorie des Rechts und des demokratischen Reschtsstaats*. 4a. ed. Flávio Beno Siebenneichler Rio de Janeiro, 1997. v. 2.

\_\_\_\_\_. *Mudança Estrutural da Esfera Pública*. Tradução brasileira de *Strukturwandel des Öffentlichkeit* Flávio Kothe, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984.

\_\_\_\_\_. Publicidade. In: DICIONÁRIO Kant. Tradução brasileira de *A Kant Dictionary* Álvaro Cabral, revista por Valério Rohden. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000.

HAURIOU, Maurice. *Précis de droit Administrati et de droit public*. Revue et mise à jour par André Hauriou. Réédition présentée par Pierre Devolvé et Frank Moderne.12. ed. Paris: Dalloz, 2002.

HECK, Luís Afonso. *O Tribunal Constitucional Federal e o Desenvolvimento dos Princípios Constitucionais*: contributo para uma compreensão da Jurisdição Constitucional Alemã. Porto Alegre: Fabris, 1995.

HEGEL, Friedrich. *Princípios da Filosofia do Direito*. Tradução portuguesa de *Rechtsphilosophie* Orlando Vitorino.4. ed. Lisboa: Guimarães, 1990.

HELLER, Hermann. *Teoria del Estado*. México: Fondo de Cultura Económica, 1955.

HESSE, Konrad. *Derecho Constitucional y Derecho Privado*. Tradução espanhola de *Verfassungsrecht und Privatrecht*, 1988 Ignacio Gutierrez Gutierrez. Madrid: Civitas, 1995.

\_\_\_\_\_. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução da 20ª. ed. alemã de *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, por Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1998.

HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. Tradução brasileira de *Kampf um Anerkennung* Luiz Repa. São Paulo: Editora 34, 2003.

JELLINECK, Georg. *Diritti Pubblici Subbiettivi*. Tradução italiana da 2ª. Edição alemã Gaetano Vitagliano, todo o tempo e especialmente. Milano: Società Editrice Libreria. 1912.

\_\_\_\_\_. *Teoria General del Estado*. Buenos Aires: Albatros, 1970.

JOURDAN, Philippe. La Formation du Concept de Service Public. *Revue de Droit Public et de la Science Politique en France et a L'Étranger*, Paris, n. 103, 1988.

KANT, Immanuel. *La Metafísica de las Costumbres*. Tradução espanhola de *Metaphysik des Sitten*, por Adela Cortina Orts e Jesus Conill Sancho. 3. ed. Madrid: Tecnos, 1999.

\_\_\_\_\_. *A Paz Perpétua e outros opúsculos*. Tradução portuguesa de *Zum Ewigen Frieden, ein Philosophischer Enturf, etc.* por Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 2004.

KELSEN, Hans. *Essência e Valor da Democracia e Fundamentos da Democracia*. In: A DEMOCRACIA. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

\_\_\_\_\_. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Tradução brasileira do original inglês *General Theory of Law and State* Luís Carlos Borges 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1992.

\_\_\_\_\_. *Teoria Pura do Direito*. Coimbra: Armenio Amado, 1979.

LA TRANSPARENCE Administrative en Europe: actes du colloque tenu à Aix en octobre 1989. Paris: Centre National de la Recherche Scientifique, 1990.

LADRIÈRE, Jean. Le Citoyen, Le Pouvoir Politique et l'Administration. Réflexions sur la Démocratie. In: LA PARTICIPATION directe du citoyen....

LAPERUTTA, Lilla (a cura di). *Procedimento Amministrativo e Diritto di accesso*: commento organico alla L. 241/1990 come modificata dalle leggi 11 febbraio 2005, n. 15 e 14 maggio 2005, n. 80. Napoli: Edizioni Simone, 2005.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1989.

LASSALE, Ferdinand. *O que é uma constituição política*. São Paulo: Global, 1987.

LAUBADÈRE, André. *Traité Théorique et pratique des Contrats Administratifs*. Paris: LGDJ, 1956. v. 1.

LAUBADERE, André; VENEZA, Jean-Claude; GAUDEMET, Yves. *Droit Administratif*. 14. ed. Paris: LGDJ, 1996. v. 1.

LEVI, Franco. Partecipazione e organizzazione. *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, Milano, n. 4, 1977.

LIMA DA FONSECA, Antonio Cezar. Anotações aos Direitos da Personalidade. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 715, p. 36-55, 1995.

LLORENTE, Rubio. *Derechos Fundamentales y Principios Constitucionales*: doctrina jurisprudencial. Barcelona: Ariel, 1995.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Barcelona: Ariel, 1976.

MAIHOFFER, Werner. *Princípios de una democracia en libertad*. In: HEYDE, Wolfgang (Org.) *Manual de Derecho Constitucional*. Tradução espanhola de *Handbuch des Verfassungsrechts des Bundesrepublik Deutschland*, Madrid: Marcial Pons, 1996.

MANCUSO, Rodolfo Camargo. Ação Civil Pública: instrumento de participação na tutela do bem comum. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Org.). *Participação e Processo*. São Paulo. Revista dos Tribunais, 1988.

MARCOU, Gérard. Intégration juridique et logiques nationales. In: MARCOU, Gérard et al. *Les Mutations du Droit de L'Administration en Europe*: pluralisme et convergences. Paris: L'Harmattan, 1995.

MARIANI, Marco. *Il diritto di accesso dopo la riforma dell'azione amministrativa: legge 11 febbraio 2005, n. 15*. Torino: Giappichelli, 2005.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Transparência Administrativa: publicidade, motivação e participação popular*. São Paulo: Saraiva, 2004.

MARTINS-COSTA, Judith H. *A Boa-fé no Direito Privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: RT, 1999.

MARTINS-COSTA, Judith H. et al. *A Reconstrução do Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

\_\_\_\_\_. Almiro do Couto e Silva e a Re-significação do Princípio da Segurança Jurídica na relação entre o Estado e os cidadãos. In: ÁVILA, Humberto (Org.) *Fundamentos do Estado de Direito: estudos em homenagem ao Professor Almiro do Couto e Silva*. São Paulo: Malheiros, 2005.

\_\_\_\_\_. O Regime das Concessões e Permissões Municipais. In: ENCONTRO DE PROCURADORES MUNICIPAIS, 24. *Anais...* [s.n.t.].

MASUCCI, Alfonso. La legge tedesca sul processo amministrativo. *Quaderni di Diritto processuale amministrativo*, Milano, 1991.

MATTEUCCI, Nicola. Bem Comum. In: BOBBIO, N.; MATTEUCCI, N.; PASQUINO, G. *Dicionário de Política*. Tradução brasileira de *Dizionario di Politica*, por Luís Guerreiro Pinto Cacaís, João Ferreira, Gaetano Lo Mônca, Renzo Dini e Carmen C. Varialle. Brasília: UNB, 1986.

MAURER, Harmut. *Droit Administratif Allemand*. Paris: LGDJ, 1994.

MAYER, Franz. La Legge sul procedimento amministrativo nella Repubblica Federale Tedesca. Tradução Achille Meloncelli. *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, Milano, n. 3, 1977.

MEDAUAR, Odete et al. *Estatuto da Cidade, Lei 10.257, de 10.07.2001: comentários*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MEDAUAR, Odete. *Da Retroatividade do Ato Administrativo*. São Paulo: Max Limonad, 1986.

\_\_\_\_\_. *Direito Administrativo Moderno*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

\_\_\_\_\_. *Direito Administrativo Moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

\_\_\_\_\_. *O Direito Administrativo em evolução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

\_\_\_\_\_. *A processualidade no Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 22. ed. atual. por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 1997.

MELONCELLI, Achille. La Legge sul Procedimento Amministrativo del 25 maggio 1976 della Repubblica Federale Tedesca. *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, Milano, n. 1, 1978.

MENDES, Gilmar Ferreira. Colisão de Direitos Fundamentais: liberdade de expressão e de comunicação e direito à honra e à imagem. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 122, p. 297-301, 1994.

MENDES DE ALMEIDA, Fernando. *Os Atos administrativos na teoria dos atos jurídicos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1969.

MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. Comentários dos arts. 4º a 8º In: MEDAUAR, Odete et al. *Estatuto da Cidade, Lei 10.257, de 10.07.2001: comentários*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MENEZES SOARES, Fabiana. *Direito Administrativo de Participação: cidadania, direito, estado, município*. Belo Horizonte, Del Rey, 1997.

MENGOLI, Valerio. *Gli Accordi Amministrative fra Privati e Pubbliche Amministrazioni*. Milano: Giuffrè Editore, 2003.

MERKL, Adolf. *Teoría General del Derecho Administrativo*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1935.

MEULDERS-KLEIN, Marie-Thérèse. Vie privée, vie familiale et droits de l'homme. *Revue Internationale de Droit Comparé*, Paris, n. 4, 1992.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Coimbra: Coimbra, 1996.

MIRANDA, Rosângelo R. Tutela Constitucional do Direito à proteção da própria vida privada. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, n. 13, p. 158-186, 1995.

MODERNE, Franck. La Transparence Administrative en Espagne. In: DEBBASCH, Charles et al. *La Transparence administrative en Europe*. Paris: Centre National de la Recherche Scientifique, 1990.

\_\_\_\_\_. Les Transcriptions Doctrinales de L'Idée de Service Public. In: L'IDÉE de Service Public dans le droit des États de L' Union Européene. Paris: L'Hartmattan, 2001.

MONTESQUIEU. *Espírito das Leis*. Paris: Presse Universitaires de France, 1993. KRIEGEL, BLANDINE. *Textes de Philosophie Politique Classique*. Coleção *Que sais-je?*

MORAND DEVILLER, Jacqueline. Le droit administratif français et ses revolutions tranquilles. In: ÁVILA, Humberto (Org.) *Fundamentos do Estado de Direito: estudos em homenagem ao Professor Almiro do Couto e Silva*. São Paulo: Malheiros, 2005.

\_\_\_\_\_. *Cours de Droit Administratif*. Paris: Montchrestien, 1991.

MOREIRA, Egon Bockman. *Processo Administrativo: princípios constitucionais e a Lei 9.784/1999*. 2. ed. rev. e aum. São Paulo: Malheiros, 2003.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Administração Pública não-estatal e descentralização social. In: ESTUDOS em Homenagem ao Prof. Caio Tácito. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

\_\_\_\_\_. *Apontamentos sobre a reforma administrativa: emenda constitucional n. 19, de 4 de junho de 1998*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Administrativo*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

\_\_\_\_\_. Juridicidade, Pluralidade Normativa, Democracia e Controle Social.: reflexões sobre alguns rumos do direito público neste século. In: ÁVILA, Humberto (Org.). *Fundamentos do Estado de Direito: Estudos em Homenagem ao Professor Almiro do Couto e Silva*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 92-113.

\_\_\_\_\_. *Legitimidade e Discricionariedade: novas reflexões sobre os limites e o controle da discricionariedade*. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

\_\_\_\_\_. O sistema de parceria entre os setores público e privado. *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, v. 13, n. 1, jan. 1977.

MÜLLER, Friedrich. Que grau de exclusão social ainda pode ser tolerado por um sistema democrático? *Revista da Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre*, Porto Alegre, edição especial, 2000. Tradução da Conferência proferida no evento “Desafios Contemporâneos da Democracia”, de 25 a 26 de agosto de 1999. Tradução de Peter Naumann.

NIGRO, Mario. Problemi dei nostri tempi: il nodo della partecipazione. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, mar. 1980.

\_\_\_\_\_. Procedimento Amministrativo e Tutela Giurisdizionale contro la Pubblica Amministrazione: Il problema di una Legge Generale sul Procedimento Amministrativo. *Rivista di Diritto Processuale*, Milano, n. 2, apr./giug. 1980.

NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma Teoria do Estado de Direito*. Coimbra: Coimbra, 1987.

OLIVEIRA, Cristiane Catarina. *Liberdade de Comunicação: perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Nova Prova, 2000.

\_\_\_\_\_. *O Município Brasileiro: Participação Política e Conselhos Municipais*. 2005. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005.

\_\_\_\_\_. Participação social na elaboração de normas das agências reguladoras no Brasil e nos Estados Unidos da América do Norte. In: DI PIETRO, Maria Sylvia (Org.) *Direito Regulatório: temas polêmicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Ato Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

OPINIÃO PÚBLICA. In: BOBBIO, N.; MATTEUCCI, N.; PASQUINO, G. *Dicionário de Política*. Tradução brasileira de *Dizionario di Politica*, por Luís Guerreiro Pinto Cacaís, João Ferreira, Gaetano Lo Mônca, Renzo Dini e Carmen C. Varialle. Brasília: UNB, 1986.

PARTICIPAZIONE. In: SAVIGNANO, Aristide. *Enciclopedia del Diritto*. Milano: Giuffrè, 19, v. 32.

PEREIRA DA SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias. *Em Busca do Acto Administrativo Perdido*. Coimbra: Almedina, 1996.

PIOVESAN, Flávia. O Habeas Data e seus pressupostos constitucionais à luz da Constituição Federal de 1988 e da Lei 9.507/97. In: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim et al. (Org.). *Habeas Data*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

PONDÉ, Lafayette. Considerações sobre o processo administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 130, out./dez. 1977.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda nº 1, de 1969*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970. v. 1.

\_\_\_\_\_. *Democracia, Liberdade, Igualdade: os três caminhos*. São Paulo: Saraiva, 1979.

PRESTES, Vanêsa Buzelato. *As redes de infra-estrutura áreas e subterrâneas e a relação com o poder local: obrigatoriedade de licenciamento e possibilidade de cobrança pela utilização do bem público*. Vitória, 2000.

RAISER, Ludwig. Il Futuro del Diritto Privato e La Costituzione e il Diritto Privato. Tradução italiana por Cosimo Marco Mazoni e Vincenzo Varano. In: IL COMPITO del Diritto Privato. Milano: Giuffrè, 1990.

REGOURD, Serge. Le service public et la doctrine: pour un plaidoyer dans le procès en cours. *Revue de Droit Public et de la Science Politique en France et a L'Étranger*, Paris, 1988.

RENUCCI, Jean-François. *Droit Européen des Droits de L'Homme*. Paris: L.G.D.J, 1999.

RIGAUX, François. La liberté de la vie privée. *Revue Internationale de Droit Comparé*, Paris, n. 3, p. 540-563, 1991.

RIVERO, Jean. Introduction. In: *La participation directe du citoyen à la vie politique et administrative*. Bruxelles. Bruylant Bruxelles, 1986.

\_\_\_\_\_. Rapport de Synthèse. In: LA TRANSPARENCE Administrative en Europe: actes du colloque tenu à Aix en octobre 1989. Paris: Centre National de la Recherche Scientifique, 1990.

RODRIGUES, Itiberê de Oliveira. *Direito Administrativo*: registro em meio eletrônico. Porto Alegre, 1997. “Curso Preparatório ao Concurso de Procurador do Município” promovido pela Escola de Direito Municipal de Porto Alegre.

RODRIGUEZ ÁLVAREZ, José Luis. Artículo 20. In: LLORENTE, Rubio. *Derechos Fundamentales y Principios Constitucionales*: doctrina jurisprudencial. Barcelona: Ariel, 1995.

ROTHENBURG, Walter Claudius. Réquiem para o Habeas Data: O habeas data e a nova Lei 9.507/97. In: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim et al.(Org.). *Habeas Data*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do Contrato Social*. Tradução brasileira de *L'Contrat Social*, por Lourdes Santos Machado. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

ROUX, André. La Transparence Administrative en France. In: LA TRANSPARENCE Administrative en Europe: actes du colloque tenu à Aix en octobre 1989. Paris: Centre National de la Recherche Scientifique, 1990.

SALAZAR, Alcino. *O Conceito de Ato Administrativo*. Rio de Janeiro: [s.ed.], 1945.

SARTORI, Giovanni. *A Teoria da Democracia Revisitada I*: o debate contemporâneo. São Paulo: Ática, 1994.

SATTA, Salvatore. Giurisdizione: nozione generali. In: ENCICLOPEDIA del diritto. Milano: Giuffrè, 1964. v. 19.

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. *A Participação Popular na Administração Pública*: o direito de reclamação. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SCHMITT, Carl. *Teoría da la Constitución*. Tradução espanhola da 1ª edição alemã de *Verfassungslehre*, por Francisco Ayala Madrid: Revista de Direito Privado, [s.d.].

SCOTT, Paulo Henrique Rocha. *Direito Constitucional Econômico. Estado e Normalização da Economia*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2000.

SEABRA FAGUNDES, Miguel. *O Contrôlo dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

SÉRVULO CORREIA, José Manuel. O Direito à informação e os direitos de participação dos particulares no procedimento e, em especial, na formação da decisão administrativa. In: AMARAL, Diogo Freitas; LOPEZ RODÓ, Laureano. *Procedimento Administrativo*: ponencias del I coloquio hispano-portugués. Santiago de Compostela: Escola Galega de Administración Publica, 1994.

SHIRMER, Mário Sérgio de Albuquerque; GEBRAN NETO, João Pedro. Publicidade Estatal na Constituição Federal de 1988. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 97, jan./mar. 1991.

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

SOUZA, Luiz Alberto. Estatuto da Cidade. Perigos e Oportunidades. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO URBANÍSTICO, 2., 2002, Porto Alegre. *Anais...* Porto Alegre: Evangraf, 2002.

SOUZA JÚNIOR, César Saldanha de. *Consenso e Democracia Constitucional*. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 2002.

\_\_\_\_\_. *Consensus e Tipos de Estado no Ocidente*. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 2002.

STASSINOPOULOS, Michel. *Traité des Actes Administratifs*. Atenas: [s.ed.], 1954.

SUNFELD, Carlos Ari. Princípio da Publicidade Administrativa: Direito de Certidão, Vista e Intimação. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 199, jan./mar. 1995.

TABORDA, Maren Guimarães. *A delimitação da Função Administrativa na ordem estatal*. 2000. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2000.

\_\_\_\_\_. Os elementos do conceito de ato administrativo: comparação entre distintos modelos. *Estudos Jurídicos*. Vol. 34. nº 90. São Leopoldo: Editora da Unisinos, jan./abr., 2001.

\_\_\_\_\_. O Princípio da Transparência e o aprofundamento dos caracteres fundamentais do direito administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: n. 230, out./dez. 2002

TÁCITO, Caio. Bases Constitucionais do Direito Administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 166, out./dez. 1986.

\_\_\_\_\_. Controle dos motivos do ato administrativo. In: TÁCITO, Caio. *Temas de Direito Público: estudos e pareceres*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

\_\_\_\_\_. Direito Administrativo Participativo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 209, p. 1-6, jul./set. 1997.

\_\_\_\_\_. *Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1975.

\_\_\_\_\_. Exposição de Motivos nº 548, de 30 de setembro de 1996, do sr. Ministro da Justiça e da Administração Federal e Reforma do Estado. *Arquivos do Ministério da Justiça*, Brasília, v. 49, n. 188, p. 225-241, jul./dez. 1996.

\_\_\_\_\_. Perspectivas do Direito Administrativo no Próximo Milênio. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 212, abr./jun. 1998.

\_\_\_\_\_. *Temas de Direito Público: estudos e pareceres*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. v. 1: Ato e Fato Administrativo.

\_\_\_\_\_. Transformações do Direito Administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, n. 214, out./dez. 1998.

TARANTINI, Giovanni. Pubblicità degli atti e diritto di accesso. In: CAVALLO, Bruno (a cura di). *Procedimento Amministrativo i Diritto di Accesso*: Legge 7 agosto 1990, n. 241. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1993.

TONOLLIER, Odir Alberto Pinheiro. A Gestão e o Controle Compartilhado. Texto da comunicação apresentada no *Seminário Internacional sobre Democracia Participativa*. Porto Alegre, 1999. Disponível em: em: <<http://www.portoalegre.rs.gov.br/>>.

VEDEL, Georges. *Droit Administratif*. Paris: PUF, 1958. v. 1.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos Vieira. *O dever de fundamentação expressa dos actos administrativos*. Coimbra: Almedina, 2003.

WALD, Arnold; MORAES, Luiza Rangel; WALD, Alexandre de M. *O Direito de Parceria e a Lei de Concessões*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004.

WALDMAN, Ricardo Libel. Teoria dos Principios de Ronald Dworkin. *Direito & Justiça*, Porto Alegre, v. 24, n. 25, p. 119-125, 2002.

WEBER, Max. *Economia y Sociedad: esbozo de sociología comprensiva*. Tradução espanhola de *Wirtschaft und Gesellschaft, Grundriss der Verstehender Soziologie* José Medina Echavarría et al. México: Fondo de Cultura Económica, 1992.

\_\_\_\_\_. *Ensaio de Sociologia*. Tradução brasileira de *From Max Weber: Essays in Sociology*, por Waltensir Dutra. 5. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1982.

XAVIER, Alberto. *Do Procedimento Administrativo*. São Paulo: Bushatsky, 1976.