

CIBELE CRISTINA BALDASSA MUNIZ

PARTICIPAÇÃO DEMOCRÁTICA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA
Audiências e Consultas Públicas na Lei 9.784/99

Tese de Doutorado

Orientador: Professor Associado Edmir Netto de Araújo

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

SÃO PAULO - SP

2018

CIBELE CRISTINA BALDASSA MUNIZ

PARTICIPAÇÃO DEMOCRÁTICA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA
Audiências e Consultas Públicas na Lei 9.784/99

Tese apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Doutora em Direito, na área de concentração de Direito Administrativo, sob a orientação do **Professor Associado Edmir Netto de Araújo**.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

SÃO PAULO - SP

2018

Catálogo da Publicação
Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Muniz, Cibele Cristina Baldassa

Participação Democrática na Administração Pública: Audiências e Consultas Públicas na Lei 9.784/99 / Cibele Cristina Baldassa Muniz ; orientador Edmir Netto de Araújo -- São Paulo, 2018.

261

Tese (Doutorado - Programa de Pós-Graduação em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2018.

1. Audiência Pública. 2. Consulta Pública. 3. Democracia Participativa. 4. Participação Popular na Administração Pública. 5. Lei 9.784/99. I. Araújo, Edmir Netto de, orient. II. Título.

À Shri Mataji Nirmala Devi, fonte pura de todo o conhecimento.

AGRADECIMENTOS

Ao Professor Doutor **Edmir Netto de Araújo**, mestre e orientador, agradeço por todas as oportunidades que me concedeu e pelos ensinamentos que ministrou, sempre com tanta paciência e zelo.

Aos meus pais **João Muniz Rola** (*in memoriam*) e **Aparecida Maria Baldassa Muniz**, agradeço pelo amor e sustentação em todos os momentos da minha vida.

Ao meu filho, razão e inspiração da minha vida, **Fernando Muniz Shecaira**, que me auxiliou na revisão final deste trabalho com enorme paciência e dedicação, agradeço a Deus pela sua existência.

Às amigas **Adriana Haas**, **Ana Maria Pedreira**, **Cristina Ferraz** e **Maria José Manoel**, pelo suporte amigo, incentivo e solidariedade em todos os momentos.

RESUMO

MUNIZ, Cibele Cristina Baldassa. **Participação Democrática na Administração Pública: Audiências e Consultas Públicas na Lei 9.784/99**. Tese de Doutorado – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2018.

Esta tese se propõe a analisar a atuação democrática da Administração Pública no Brasil, a partir da edição da Lei Geral de Processo Administrativo – Lei 9.784/99 com foco na facultatividade que conferiu ao administrador público de abrir audiências e consultas públicas na formação da decisão de interesse geral ou na de relevância para a sociedade. Foram abordados dois casos de grande repercussão social, um no Município e outro no Estado de São Paulo, nos quais se questionou a falta de participação da sociedade na edição dos atos emanados pelo Prefeito e Governador; também foram abordadas recentes legislações estrangeiras que tratam sobre a participação da sociedade em decisões com relevância social e na edição de atos normativos, bem como a previsão de participação da sociedade na edição dos atos normativos nas leis instituidoras das Agências Reguladoras brasileiras e, por fim, o projeto de lei que prevê a introdução de dispositivo da LINDB para conferir obrigatoriedade de abertura de consulta pública na edição pela Administração Pública de atos normativos.

A partir destas abordagens, se constata a tendência de obrigatoriedade de abertura desses instrumentos de democracia participativa para conferir maior legitimidade e consensualidade nas decisões da Administração Pública. Tendo-se em conta a ampla aplicação subsidiária da Lei 9.784/99 no cenário federativo brasileiro, constata-se a necessidade de que os mecanismos de audiência e consulta públicas sejam revigorados, acompanhando as tendências atuais no sentido do aprofundamento da democratização das atividades administrativas.

Palavras-Chave: Audiências Públicas. Consultas Públicas. Participação Popular na Administração Pública. Democratização da Administração Pública. Participação da sociedade na Administração Pública.

ABSTRACT

MUNIZ, Cibele Cristina Baldassa. **Democratic Participation in Public Administration: Public Hearings and Public Consultation in Law 9.784/99**. Doctoral Thesis - Faculty of Law of the University of São Paulo, 2018

This thesis aims to analyze the democratic performance of the Public Administration in Brazil, starting with the edition of the General Law of Administrative Procedure - Law 9.784/99, focusing on the facultativity that allowed the public administrator to open hearings and public consultations in the formation of the decision of general interest or of relevance to society. Two cases of great social repercussion were addressed, one in the Municipality and another in the State of São Paulo, in which the participation of the society was questioned in the edition of the acts emanated by the Mayor and Governor; it was also discussed recent foreign laws that deal with the participation of society in decisions with social relevance and in the edition of normative acts, as well as the prediction of the participation of the society in the edition of normative acts in the laws that institute the Brazilian Regulatory Agencies and, finally, the bill that provides for the introduction of the LINDB device to grant mandatory public consultation opening in the edition by the Public Administration of normative acts.

From these approaches, we can see the tendency of obligatory openness of these instruments of participatory democracy to confer greater legitimacy and consensuality in the decisions of the Public Administration. Taking into account the broad subsidiary application of Law No. 9.784/99 in the Brazilian federal scenario, it is necessary to strengthen the public hearing and public consultation mechanisms, following the current trends towards a deepening of the democratization of administrative activities.

Keywords: Public Hearings. Public consultations. Popular Participation in Public Administration. Democratization of Public Administration. Participation of society in Public Administration.

RÉSUMÉ

MUNIZ, Cibele Cristina Baldassa. **Participation démocratique dans la Gestion Publique: Enquête et Consultations Publiques dans la Loi 9.784/99.** Thèse de Doctorat- Faculté de Droit de l'Université de São Paulo, 2018.

Cette thèse propose d'analyser la performance démocratique de la Gestion Publique au Brésil, à partir de l'édition de la Loi Générale de Procédure administrative - Loi 9.784 / 99, avec l'accent sur la facultativité permettant à l'administrateur public d'ouvrir des enquêtes et des consultations publiques sur la formation de la décision d'intérêt général ou significative pour la société. Deux cas de grande répercussion sociale ont été abordés, l'un à la Ville et l'autre à l'État de São Paulo, où on remis en question le manque de participation de la société dans l'édition des actes émanant du Maire et du Gouverneur; on analyse également les récentes lois étrangères qui parlent de la participation de la société lorsqu'il faut prendre des décisions d'intérêt social et dans l'édition des actes normatifs, ainsi que la prévision de la participation de la société à l'édition des actes normatifs dans les lois instituant les Agences de Régulation brésiliennes e, finalement, le projet de loi qui prévoit l'introduction du dispositif LINDB pour accorder une ouverture de consultation publique obligatoire dans l'édition par la Gestion Publique des actes normatifs.

A partir de ces approches, on peut voir la tendance de l'obligation de l'ouverture de ces instruments de démocratie participative à conférer une plus grande légitimité et consensualité aux décisions de la Gestion Publique. Compte tenu de la large application subsidiaire de la Loi 9.784 / 99 dans le scénario fédéral brésilien, il est nécessaire de veiller à ce que les mécanismes d'enquête et de consultation publiques soient revigorés, suivant les tendances actuelles vers l'approfondissement de la démocratisation des activités administratives.

Mots-Clés: Enquêtes Publiques. Consultations publiques. Participation Populaire à la Gestion Publique. Démocratisation de la Gestion Publique. Participation de la société à la Gestion Publique.

RIASSUNTO

MUNIZ, Cibele Cristina Baldassa. **Partecipazione democratica alla Gestione Pubblica: Audizioni e consultazioni pubbliche nella legge 9.784/99.** Tesi di dottorato - Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di São Paulo, 2018.

Questa tesi propone di analizzare l'andamento democratico della gestione pubblica in Brasile, a partire dall'edizione della Legge generale di procedura amministrativa - Legge 9.784 / 99, con l'accento sulla facoltatività che consente all'amministratore pubblico di aprire udienze e consultazioni pubbliche sulla formazione della decisione di interesse generale o significativa per la società. Sono stati discussi due casi di grande impatto sociale, uno nella città e l'altro nello stato di São Paulo, dove è osservata la mancanza di partecipazione della società alla pubblicazione degli atti emanati dal Sindaco e il Governatore; le recenti leggi straniere che discutono la partecipazione della società nel prendere decisioni di interesse sociale e nel redigere atti normativi, così come la previsione della partecipazione della società all'edizione degli atti normativi nelle leggi che istituiscono le Agenzie Regolatrici brasiliane e, infine, il progetto di legge che prevede l'introduzione del sistema LINDB per garantire un'apertura della consultazione pubblica obbligatoria nell'edizione nella Gestione Pubblica degli atti normativi.

Da questi approcci, possiamo vedere la tendenza dell'obbligo dell'apertura di questi strumenti di democrazia partecipativa a conferire una maggiore legittimità e consensualità alle decisioni della Gestione Pubblica. Data l'ampia applicazione sussidiaria della legge 9.784 / 99 nello scenario federale brasiliano, è necessario garantire che i meccanismi di audizione e consultazione pubblici siano rinvigoriti, seguendo le attuali tendenze verso l'approfondimento della democratizzazione delle attività amministrative.

Parole-chiavi: Audizioni pubbliche. Consultazioni pubbliche. Partecipazione popolare alla Gestione Pubblica. Democratizzazione della Gestione Pubblica. Partecipazione della società alla Gestione Pubblica.

- SUMÁRIO -

INTRODUÇÃO	1
I. A construção de um novo tipo de cidadania com a participação da sociedade	4
I.I. A democracia grega: o legado da participação direta.....	4
I.II. Estados liberal e social: sob o signo da democracia representativa	8
I.III. Estado Democrático de Direito – A democracia participativa como o resgate da participação direta à luz dos novos tempos.....	15
I.IV. A democracia participativa no Brasil.....	18
II. Democratização da Administração Pública: o paradigma estrangeiro.....	26
II.I. O Legado Norte Americano do devido processo legal	28
II.II. A democratização da Administração Pública na Espanha	36
II.III. A democratização da Administração Pública em Portugal	44
II.IV. A democratização da Administração Pública na Itália	56
II.V. A democratização da Administração Pública na Argentina	60
III. Lei de Processo Administrativo Federal: a participação popular nas decisões de interesse geral e relevantes.	69
III.I. Consulta e Audiência Pública: instrumentos de uma Administração Pública Dialógica.....	91
III.II. Consultas e Audiências Públicas na Lei 9.784/99: concretização de uma esfera pública de diálogo.....	93
III.III. Semelhanças e os pontos de inflexão face à necessidade de aprofundar a democracia participativa	100
III.IV. Os programas de implantação de ciclovias no município de São Paulo e de reorganização da rede de ensino do estado de São Paulo	121
III.IV.I. Caso Ciclovias	123
III.IV.II. Caso Reorganização da Rede Estadual de Ensino de 2015.....	153
III.IV.III. Duas gestões, dois olhares – a participação da sociedade em foco	172
IV. Participação da sociedade nos atos normativos das Agências Reguladoras federais.....	192
IV.I. As Agências Reguladoras: autarquias especiais	199
IV.II. O poder normativo das Agências Reguladoras	203
IV.III. Os instrumentos participativos na produção dos atos normativos	215
IV.IV. O Projeto de Lei do Senado 349/2015	245
CONCLUSÃO	248
BIBLIOGRAFIA	255

- LISTA DE QUADROS -

Quadro 1 - Estados da Federação e Distrito Federal X Lei de Processo Administrativo.....	116
Quadro 2 - Gráfico de incidência subsidiária da Lei de Processo Administrativo nos Estados e DF.....	118
Quadro 3 - Capitais dos Estados X Lei de Processo Administrativo	118
Quadro 4 - Gráfico de incidência subsidiária da Lei de Processo Administrativo nas Capitais	120
Quadro 5 - Processo Participativo da ANEEL	221
Quadro 6 - Processo Participativo da ANATEL.....	224
Quadro 7 - Processo Participativo da ANP	225
Quadro 8 - Processo Participativo da ANVISA.....	228
Quadro 9 - Processo Participativo da ANS	230
Quadro 10 - Processo Participativo da ANA.....	232
Quadro 11 - Processo Participativo da ANTAQ.....	236
Quadro 12 - Processo Participativo da ANCINE	238
Quadro 13 - Processo Participativo da ANAC.....	240
Quadro 14 - Gráfico de Previsão de Obrigatoriedade de Participação da Sociedade nas Agências Reguladoras	241

INTRODUÇÃO

O tema a ser pesquisado teve por objetivo analisar a atuação democrática da Administração Pública no Brasil, a partir da edição da Lei de Processo Administrativo federal¹ – Lei 9.784/99, tendo como foco a sua previsão de participação popular¹ na formação da decisão de interesse geral ou na de relevância para a sociedade.

No primeiro capítulo se fará um enquadramento histórico a respeito da participação do cidadão desde o legado ateniense, com a experiência originária ateniense de democracia direta, passando pelas experiências do estado liberal e social de democracia representativa com a retomada renovada do sentido de participação direta do cidadão na democracia participativa prevista no Estado Democrático de Direito.

No segundo capítulo serão trazidas algumas experiências estrangeiras sobre a processualização da Administração Pública, demonstrando as origens norte-americanas que influenciaram muitos países, incluindo o Brasil, bem como serão apresentadas as recentes legislações sobre a participação da sociedade na produção de decisões relevantes, atos normativos e anteprojetos de lei que serão apresentados ao Poder Legislativo, da Espanha, Portugal, Itália e Argentina. Será visto que, num segundo movimento de democratização da Administração Pública, esses países todos aprofundaram a previsão de facultatividade de abertura de instrumentos participativos conferida pelas leis processuais gerais produzidas no primeiro momento nos anos 70/80 para a obrigatoriedade, dentre outros avanços relativos à transparência e governo eletrônico.

No terceiro capítulo, trabalhar-se-á a questão central da pesquisa, sobre os mecanismos de audiências e consultas públicas na Lei de Processo Administrativo Federal – Lei 9.784/99, sob um olhar evolutivo, sopesando a atual demanda democrática interna e as experiências estrangeiras sobre o tema, apontando pontos de inflexão na legislação processual administrativa que precisam ser enfrentados para o aprofundamento do diálogo

¹ Note-se que utilizaremos no trabalho a expressão participação da sociedade como sinônima de participação popular, ambas significando o exercício do direito de cidadania pelo cidadão, não somente no momento do voto, mas também na gestão democrática da Administração Pública, através dos instrumentos participativos criados por lei.

entre a Administração Pública e o cidadão. Será possível, neste momento, visualizar a significativa aplicação da Lei de Processo Administrativo Federal nos Estados e Municípios, o que torna ainda mais atual a necessidade de algumas mudanças serem feitas. Serão abordados dois casos, denominados de Caso Ciclovias e Caso Reorganização da Rede de Ensino, nos quais se evidenciará o questionamento por parte de instituições que compõem o sistema de justiça como o Ministério Público e a Defensoria Pública, o Poder Judiciário, sociedade e imprensa sobre a falta de participação da sociedade na edição dos atos praticados pelos chefes dos Poderes Executivos em questão.

No quarto capítulo, estudar-se-á o ambiente de criação das Agências Reguladoras, a especificidade do seu regime jurídico e a previsão ou não em suas legislações instituidoras da participação popular na edição dos atos normativos. Será possível verificar, então a miríade normativa em que estão emaranhadas, dificultando o conhecimento da dinâmica de funcionamentos desses entes públicos, bem como possibilitando a insegurança jurídica. Será possível também visualizar a significativa incidência da Lei 9.784 nos procedimentos relativos à abertura das Agências à participação da sociedade. Ainda neste momento, far-se-á referência à Lei do Senado 349/2015 em fase final de tramitação no Congresso Nacional, que tendo em conta ser pródiga a legislação administrativa no país, propõe uma uniformização de alguns institutos do direito público na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB, cujo enfoque neste trabalho ocorrerá sobre a questão da participação da sociedade no projeto tratada.

A partir dessas abordagens, se demonstrará a tendência tanto nacional quanto estrangeira de obrigatoriedade de abertura dos instrumentos da democracia participativa, especialmente a audiência e a consulta públicas, para conferir maior transparência, legitimidade e consensualidade nas decisões da Administração Pública. E, ainda, tendo-se em conta a ampla aplicação da Lei 9.784/9 no âmbito da administração federal e, subsidiariamente, nos entes da federação, por um lado, e as dificuldades do Estado brasileiro em caminhar mais serena e inequivocamente no caminho da construção do Estado Democrático de Direito, por outro, se defenderá a necessidade de que os mecanismos de audiência e consulta públicas sejam revigorados via legislativa,

acompanhando as tendências de aprofundamento da democratização das atividades administrativas.

I. A construção de um novo tipo de cidadania com a participação da sociedade

A construção da cidadania tem desafiado países, governantes e sociedade desde longa data e não é possível tratar do tema sem referências às suas origens históricas. Saliente-se, contudo, que não se propôs no presente trabalho a uma exaustiva exposição dos seus aspectos.

Mesmo assim, optou-se expor algumas referências históricas a ele relacionadas mais diretamente, como a participação do cidadão com igualdade e liberdade na construção e gestão dos interesses da sociedade, o que denomina-se de participação cidadã, para o devido enquadramento teórico do tema.

I.I. A democracia grega: o legado da participação direta

A cidadania encontra seu berço na democracia praticada na cidade-estado de Atenas. Ao homem livre ateniense foi conferida a possibilidade de participar ativamente em todos os assuntos relacionados à sua cidade.

Foi nesse período denominado de axial por Fábio Konder Comparato, se referindo aos estudos de Karl Jaspers², “que se enunciaram os grandes princípios e se estabeleceram as diretrizes fundamentais da vida, em vigor até hoje”³.

No século V a.C surge a democracia criada em Atenas. Numa revolução em relação ao pensamento dominante à época, a democracia ateniense negava a existência de todo poder político que fosse superior ao próprio povo, contemporânea do surgimento,

² Comparato explica que Karl Jaspers separa a história humana em duas etapas, sendo a primeira entre os séculos VIII e II a.C, que formaria o eixo histórico da humanidade, daí a designação de axial. Contudo, utilizando essa terminologia e entendimento, amplia Comparato esse período (entre 600 a.C até 632 A.D), que segundo ele correspondem às obras dos maiores doutrinadores de todos os tempos, que coexistiram sem se comunicar: Zaratuata na Pérsia, Buda na Índia, Lo-Tsé e Confúcio na China, Pitágoras na Grécia e o Dêutero-Isaias em Israel. É, também, o período de Homero e pode se considerar estendido até 632 A.D., ano do falecimento do profeta Maomé. COMPARATO, Fábio Konder. Ética: direito, moral, e religião no mundo moderno. São Paulo: Companhia das Letras, 2006. P. 37-38.

³ Idem. P. 38.

também nesse período, da filosofia, que desloca o pensamento mítico para o racional, tendo por centralidade o homem e as suas grandes questões.⁴

Na democracia ateniense, a participação do cidadão externada através da palavra e voto nas assembléias (Ekklesia)⁵, onde as decisões políticas fundamentais da cidade aconteciam (adoção de novas leis, declaração de guerra, conclusão de tratados de paz ou de aliança), era a fonte de todo o poder da democracia direta ateniense.⁶

As assembléias em que participavam os cidadãos eram soberanas, nenhum poder lhes sobrepunham. Ser cidadão constituía-se em poder suficiente para ter acesso à assembléia e participar com direito à palavra e voto. Ao mesmo tempo, o exercício da democracia por esses cidadãos iguais e livres, encontrava-se vinculado ao poder da cidade sobre os indivíduos, significando que a ampliação do poder da polis era proporcional ao progresso da democracia.⁷

A *polis*⁸ se fortalecia a partir da participação política direta dos seus cidadãos, cuja consequência era valorizar ao máximo a vida pública em detrimento da vida privada. O homem expressava todo o seu valor e racionalidade na esfera pública. Ocupar-se das questões da polis era o seu mais nobre ofício. Um dos principais legados de Atenas ao Ocidente foi a “*necessidade da racionalidade na construção rigorosa das idéias, a idéia da liberdade política e a interior de maneira consciente; e a noção de lei*”⁹.

⁴ Idem. P. 38-39.

⁵ Idem. P. 62.

⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. 36ª edição revisada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2010. P.109.

⁷ CROUZET, Maurice. História Geral das Civilizações. Versão brasileira sob orientação Prof^o E. Simões de Paula. Tradução de Pedro Moacyr Campos. Vol II. Tomo I. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1957. P. 116 e 123.

⁸ Note-se que na Grécia não existia a figura do Estado, que surgiu como uma dominação territorial. A polis grega constituía-se de uma forma diferente, como um conjunto que representava a sociedade jurídica e política bem como simultaneamente a sociedade cultural, artística e a formadora do ser humano: conforme BOITEUX, Elza Antonia Pereira Cunha. A liberdade no mundo antigo, *in* TORRES, Vivian de Almeida Gregori; CAGGIANO, Alvaro Theodor Herman Salem. Estudos de Direito Constitucional: homenagem à Professora Monica Herman Salem Caggiano. São Paulo: IELD, 2014. P.167.

⁹ Idem. P. 163.

Note-se que a palavra liberdade, como a entendemos hoje, identificada com vontade, não existia entre os gregos. A palavra equivalente no idioma grego era a *eleutería* que se identificava com o pertencimento ao grupo social e ausência de submissão a outro homem (significando não estar reduzido à condição de escravo). Para os gregos, portanto, ser um homem livre significava ocupar um lugar na sociedade, partilhar o poder social, participar em todos os assuntos da polis.¹⁰ Neste aspecto, todos compartilhavam o poder com igualdade.

Esse amálgama entre a liberdade e a igualdade constituiu o cerne da vida política ateniense. Todo homem livre participava em igualdade de condições com outros homens livres na condução política e administrativa de Atenas. Estes eram igualmente livres para governarem e serem governados¹¹.

Contudo, a liberdade da participação ativa nas questões da polis não se estendia a todos os habitantes de Atenas. Em Atenas somente um pequeno número de indivíduos, em relação à toda a sua população, possuía poder político. Daí a possibilidade da prática do exercício direto desse poder. Estavam excluídos da participação política as mulheres, crianças e os escravos¹². Aos estrangeiros livres – metecos, também poderia ser reconhecida a cidadania, contudo como uma exceção, vez que concedida somente como recompensa por serviços determinados serviços prestados.¹³

A liberdade significava para o grego o direito de fazer parte da *polis*, e enquanto participante do exercício do poder coletivo encontrava-se protegido e livre. Essa proteção à liberdade na dimensão coletiva, entretanto, não se estendia à esfera individual.¹⁴

¹⁰ Idem. P.164.

¹¹ Somente do estrategista, que dirigia o exército, se exigia experiência e normalmente eram homens de grande influência na sociedade. Cf. SCHWANITZ, Dietrich. *Cultura Geral: tudo o que se deve saber*. Tradução Beatriz Silke Rose e outros. São Paulo: Martins Fontes.

¹² TORRES, Vivian de Almeida Gregori. *O terceiro setor, instrumento de aprimoramento democrático. O papel da sociedade civil organizada e a implementação da cidadania*. Tese (Doutorado em Direito), Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016. P. 18.

¹³ CROUZET, Maurice. *História Geral das Civilizações*. Op. Cit. P. 116 e 123.

¹⁴ TORRES, Vivian de Almeida Gregori. *O terceiro setor, instrumento de aprimoramento democrático*. Op. Cit. P. 26.

Entende-se essa proteção à liberdade na dimensão coletiva dentro dos ensinamentos de Fábio Konder Comparto, para quem o cidadão, também exercia individualmente inúmeros direitos: legitimidade para intentar contra os dirigentes uma ação criminal, direito de se opor, nas assembléias a propostas que se entendesse violadoras da constituição da cidade, por exemplo. Mas, percebe-se, esses direitos se apresentavam “não como manifestações da autonomia individual, mas como prerrogativas próprias do membro de um corpo político”.¹⁵

O indivíduo na sociedade ateniense desaparece em razão do entendimento de que pertence a uma coletividade, de modo que se nega a ele toda idéia de autonomia subjetiva perante a comunidade. Contudo, enquanto ser político e coletivo, exercia parcela de influência na vida da cidade, diferente do que ocorria com os vizinhos orientais, cujo despotismo fazia desaparecer qualquer interesse comum, sobressaindo-se somente o déspota.¹⁶

A vida privada não somente do cidadão ateniense, como de todo o grego e romano da antiguidade, era exercida com total submissão ao poder absoluto ou do *déspotes* (chefe de família) ou da *polis*, em contraste acentuado com a liberdade ativa que prevalecia na esfera pública. O cidadão estava em todas as coisas submetido à cidade, pois o entendimento era o de que a ela pertencia. Havia cidades que proibiam o celibato, outras prescreviam o penteado das mulheres e a quantidade de vestidos que poderia levar em viagem, proibiam-se em algumas os homens de usarem bigode, em outras o bigode era obrigatório. E, o mais importante, a religião e a educação eram assuntos de exclusiva competência da cidade, porque moldavam o cidadão para os serviços que desempenharia na *polis*.¹⁷

Com o fim da democracia ateniense por volta de 400 a.C, o mundo ocidental suprimiu por muitos séculos a expressão da cidadania. O movimento de centralização e expansão territorial do poder político culminou com o advento dos regimes

¹⁵COMPARATO, Fábio Konder. Ética: direito, moral, e religião no mundo moderno. Op. Cit. P. 63.

¹⁶ BONAVIDES, Paulo. Do Estado Liberal ao Estado Social 9ª edição. São Paulo: Malheiros, 2009. P.153.

¹⁷ COMPARATO, Fábio Konder. Direito Público: estudos e pareceres. São Paulo: Saraiva, 1996. P. 5.

absolutistas monárquicos, que suprimiram qualquer traço de liberdade das pessoas e “foi contra ele que se forjou, pela via revolucionária, o mundo político moderno”.¹⁸

I.II. Estados liberal e social: sob o signo da democracia representativa

Os termos de participação e liberdade em que o cidadão ateniense exercia o seu poder político somente serão retomados, mas com contornos diferentes, no século XVIII, como consequência da luta anti-absolutista e do protagonismo da independência norte-americana e da revolução francesa em que “o poder soberano passa nominalmente para o povo”.¹⁹

Fruto desses movimentos de limitação do poder do monarca, a retomada da idéia de cidadania como direito de participação, tem seu sentido atrelado desde então, à idéia de soberania popular²⁰, que por sua vez tem se alterado ao longo da experiência democrática dos Estados a partir do século XVIII.

Os revolucionários norte-americanos e franceses, inspirados pela ideologia cristã da igualdade entre todos aos olhos de Deus, a introduziram a partir da idéia de que todo o indivíduo é portador de direitos e dignidade naturais que o Estado deve respeitar. Esse novo valor se exprime no mundo moderno na França, com a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. A liberdade, valor básico da cidadania moderna, será entendida e vivida de um modo diferente dos antigos:

A liberdade consiste não em participar da gestão da coisa pública, mas em não ser molestado abusivamente pelo Estado na vida privada. A essa independência

¹⁸ COMPARATO, Fábio Konder. Direito Público: estudos e pareceres. Op. Cit. P. 6.

¹⁹ BARROSO, Luis Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. São Paulo: Saraiva, 2009. P. 10.

²⁰ ROUSSEAU, Jean Jacques. O Contrato Social: princípios do direito político. 4ªed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. P. 23.

individual, que constitui um fato sem precedentes na História, corresponde não propriamente uma servidão política, mas um estado de passividade.²¹

Alexis de Tocqueville expressa de forma negativa o produto do movimento revolucionário europeu, identificando o surgimento de um padrão de isolamento e egoísmo entre os cidadãos independentes. Segundo ele, a aristocracia viu destruída a hierarquia com que sustentava os seus privilégios durante o absolutismo, e ainda sem se esquecer da antiga grandeza, sente-se um corpo estranho na nova sociedade. Não se reconhece como os atuais iguais que a revolução produziu, nem se animam a se ligar aos outros aristocratas, reduzindo a cuidarem somente de si. Por outro lado, os que estavam numa escala social inferior e aproximaram-se do nível comum “*gozam com uma espécie de inquietude secreta a independência recentemente adquirida*” sentindo-se em relação aos seus antigos superiores um misto de triunfo e de temor, fazendo com que deles se afastem.²²

De modo que acaba por reinar na origem das sociedades democráticas modernas o individualismo consequência desse natural isolamento pós-revolucionário:

A aristocracia fizera de todos os cidadãos uma longa cadeia que ia do campônio ao rei; a democracia rompe a cadeia e põe cada elo à parte (...) Assim, não apenas faz cada homem esquecer seus ancestrais, mas lhe oculta seus descendentes e os separa de seus contemporâneos; ela o volta sem cessar para si mesmo e ameaça encerrá-lo, enfim, por inteiro, na solidão de seu próprio coração.²³

Norberto Bobbio, diferentemente, identifica o sentido individualista da democracia moderna como uma construção positiva, no momento em que toda Constituição democrática pressupondo a existência de direitos individuais, coloca em primeiro plano a liberdade dos cidadãos singularmente considerados, e somente depois o poder do governo, constituído e controlado pelos cidadãos no exercício de suas liberdades.

²¹COMPARATO, Fábio Konder. Direito Público: estudos e pareceres. Op. Cit. P. 7.

²² TOCQUEVILLE, Alexis. A democracia na América - Sentimentos e opiniões: de uma profusão de sentimentos e opiniões que o estado social democrático fez nascer entre os americanos. Livro II. Tradução Eduardo Brandão. 2ª ed.. São Paulo: Martins Fontes, 2014. P.123 e 124.

²³ Idem. P. 121.

Sendo assim, “Numa democracia moderna, quem toma as decisões coletivas, direta ou indiretamente, são sempre os cidadãos *uti singuli*, no momento em que depositam o seu voto na urna”²⁴.

Note-se, como enfatiza Paulo Bonavides, que todas as providências tomadas pelo liberalismo imbricam na limitação do poder, que “afigura-se-nos dos traços mais peculiares à doutrinação liberal”.²⁵

Inicialmente a concepção de cidadania foi vinculada à democracia representativa e à construção do Estado Liberal. Mais adiante no tempo, com a construção do Estado social, manteve-se a idéia de representação como identificação do poder soberano popular. Essa relação vem a ser moderadamente alterada com o Estado Democrático de Direito, que introduz uma nova dimensão de soberania do povo – a democracia participativa que irá compartilhar com a democracia representativa a dinâmica da soberania popular.

As concepções liberais levaram as Constituições a proclamarem que o povo detinha o poder soberano, sendo esse poder exercido por meio de representantes legitimamente eleitos. A democracia representativa era o corolário do processo democrático, em que orbitavam partidos políticos de variados matizes. O pluralismo político é característico da democracia representativa, na medida em que se tem com ele a possibilidade de reproduzir no parlamento e no governo a mesma variedade de forças existentes na sociedade.

A democracia representativa corresponde, segundo José Afonso da Silva, à fase em que se entendia o cidadão como um indivíduo portador do direito de votar e ser votado, em oposição à idéia de vassalagem. Por isso, o conceito de democracia representativa produziu a primeira manifestação da cidadania: o direito de votar e ser votado. O cidadão é considerado o nacional a quem se atribuem direitos políticos.²⁶

²⁴ BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. 11ª ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992. P.120.

²⁵ BONAVIDES, Paulo. Do Estado Liberal ao Social. Op. Cit. P. 167.

²⁶ SILVA, José Afonso da. Comentário Contextual à Constituição de 1988. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006. P. 35.

Por outro lado, os valores liberais de ênfase no indivíduo e retraimento do Estado gestaram a concentração de renda e a exclusão social. A evidência de inadequação da crença no Estado mínimo, fez com que se passasse a chamar o Estado para evitar os abusos, limitar o poder econômico, atender às demandas sociais por melhoria nas condições de vida e trabalho.

Nesse contexto, o Estado de Direito não pode mais ser considerado como aquele que garante somente a estrita legalidade nas suas ações.

O direito não pode se deslocar da linha de equilíbrio em que se deve manter. Isso significa, segundo José Roberto Dromi, que não podemos entender o Estado de Direito como qualquer Estado de legalidade em abstrato, seco, sem aditamentos e desvinculado da sua finalidade.

Só é verdadeiro Estado de Direito aquele de inspiração humanista e finalidade personalista, com base na legalidade da liberdade. Todo o outro será legalidade formal, mas não um direito substancial, pois se fosse o contrário, não haveria diferença entre a legalidade democrática e a legalidade autocrática.²⁷

Um direito substancial deve superar a ideia de neutralidade política do direito, pela recuperação da ideologia democrática da liberdade e da justiça. Deve superar o formalismo, que pressupõe o direito baseado numa razão pura, para um direito baseado na razão prática e aplicado a uma comunidade determinada. O direito público, ensina Dromi:

Deve explicitar as formas jurídicas dos 'modos sociais de comando', pois sem formas não existem limites ao poder. Essa missão regulamentados dos usos não pode habilitar que se incorra em "abusos" do formalismo.²⁸

²⁷ DROMI, José Roberto. *Constitucion, Gobierno y Control*. Argentina: Ediciones Ciudad Argentina, 1983. P 51.

²⁸ *Idem*. P. 51.

A partir principalmente da Primeira Guerra, o Estado ocidental torna-se progressivamente intervencionista. Desloca-se o eixo do Estado liberal para o Estado social. As tensões deflagradas pelas necessidades insatisfeitas da sociedade acarretaram o advento de um outro tipo de Estado, construído com base em Constituições, inspiradas na do México de 1917 e a de Weimar em 1919, que trouxeram para o seu corpo normativo os direitos sociais, de proteção ao trabalhador, numa superação da idéia abstrata de igualdade formal pela da igualdade material, cujo dever maior do Estado era garantir a sua concretização.

Paulo Bonavides considera o Estado Social ocidental uma consequência da Revolução Russa de 1917 mas não se confunde com o Estado Social socialista. Por conservar a sua adesão à ordem capitalista, o Estado Social, para ele, representa uma transformação superestrutural ocorrida no Estado Liberal, apesar da contínua incidência ideológica do socialismo explicar o aparecimento do Estado Social.²⁹

Pedro Salazar Uzarte diz com propriedade que “não se trata de confundir a democracia com a justiça social, mas sim reconhecer que a primeira sem a segunda é um bem vazio”³⁰. Segundo o autor, é somente controlando democraticamente a utilização do capital acumulado e os recursos naturais da sociedade que será possível garantir as condições materiais mínimas a todas as pessoas e uma participação livre.³¹

Do Estado Social, portanto, se espera que se torne um instrumento adequado para combater não só a injustiça social, mas também conter o poder abusivo do capital e prestar serviços públicos à população. Ele ampliou consideravelmente seu campo de ação, atingindo o domínio econômico antes reservado ao empresário privado, intensificando a

²⁹ BONAVIDES, Paulo. Do Estado liberal ao Estado Social. Op. Cit. P. 208.

³⁰ UZARTE, Pedro Salazar. Que participação e para qual democracia. In COELHO, Vera Schattan P.; NOBRE, Marcos (orgs). Participação e deliberação: teoria democrática e experiências institucionais no Brasil contemporâneo. São Paulo: Editora 34, 2004. P.102.

³¹ Idem.

atuação legislativa e regulamentar, além do planejamento e fomento a setores estratégicos para o desenvolvimento.³²

O Estado Social, também denominado de Estado de Bem-Estar, apresentou problemas e contradições, como a formação de uma significativa burocracia, distante, técnica, especializada, hierarquizada e pouco eficiente do ponto de vista dos gastos dos recursos públicos e do resultado social apresentado.

Do ponto de vista da participação social nas questões do Estado, nas décadas de 60 e 70, denominada Era de Ouro por Eric Hobsbawm, pelo alto desenvolvimento que os países mais desenvolvidos e industrializados alcançaram com consequente desfrute pelos trabalhadores do pleno emprego e bem-estar significativo³³, a crença na democracia representativa imperava, de modo que o voto ainda era o principal instrumento de participação do cidadão.

Esse modelo, fruto de um significativo arranjo social envolvendo movimentos sociais, sindicatos, entidades patronais, partidos políticos e burocracia estatal³⁴, estendeu-se a outros países menos desenvolvidos com variadas adaptações e em todos eles o Estado, por meio da Administração Pública teve a tarefa de implementar as inúmeras e complexas atividades para a garantia do desenvolvimento e do bem-estar da coletividade.

Houve, como consequência desse agigantamento de tarefas estatais a produção de efeitos negativos, assim elencados por Marcos Augusto Perez:

- (1) as vicissitudes da burocracia a tornaram, ao contrário do que previra Weber, um grande obstáculo à eficiência das ações estatais;
- (2) a quantidade e a complexidade das novas atividades desempenhadas pela Administração Pública fizeram com que fosse necessário dotar a Administração

³² BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009. P. 65.

³³ HOBBSAWM, Eric. Era dos Extremos: o breve século XX (1914-1991). Tradução Marcos Santarrita. 2º ed. São Paulo: Cia das Letras, 1995. P. 253-255.

³⁴ NOBRE, Marcos. Participação e Deliberação na Teoria Democrática: uma introdução, in COELHO, Vera Schattan P.; NOBRE, Marcos (orgs). Participação e Deliberação: teoria democrática e experiências institucionais no Brasil contemporâneo. São Paulo: Editora 34, 2004. P. 26.

de amplos poderes regulatórios, emasculando o princípio da estrita legalidade e, conseqüentemente, diminuindo a segurança jurídica dos administrados em função da atuação estatal;

(3) a hierarquização, aliada ao crescimento dos quadros funcionais da Administração, conduziu não ao estrito controle da máquina administrativa, mas à irresponsabilidade dos funcionários subalternos, descompromissados com os objetivos maiores do serviço público;

(4) a vinculação à forma deu lugar ao “formalismo”, chaga que conduziu invariavelmente a Administração esquecer os seus objetivos primordiais em prol de um estéril apego às formalidades procedimentais;

(5) o distanciamento da Administração em relação à sociedade, por fim, não a tornou impessoal, racional ou técnica, mas dominada por interesses políticos desligados dos objetivos da maioria dos cidadãos e, conseqüentemente, ineficiente e ilegítima.³⁵

No contexto dos aspectos acima apontados, é possível identificar uma dualidade importante ocorrida na promoção da igualdade no Estado Social: no momento em que este passa a promover diretamente a implementação das políticas de igualdade, ocupou o lugar das empresas privadas no domínio econômico, e transformou o cidadão num “cliente” da burocracia a quem se delega a promoção da igualdade de fato entre os cidadãos. Daí substituir a necessária participação do cidadão na vida pública pela decisão técnica da burocracia estatal, cujo controle político, na democracia representativa, é delegado aos partidos políticos, sendo o único momento de intervenção do cidadão o do voto. A promoção da liberdade de participação política deveria acompanhar a ampliação dos direitos de igualdade mas, contraditoriamente, assim não ocorreu. Por isso o registro, no desenvolvimento do Estado de Bem-Estar, da sua hipertrofia jurídica e burocrática (já que o Estado deve agir dentro dos limites conferidos pela lei) “*às expensas, portanto, da consolidação e do aprofundamento de uma cultura política democrática.*”³⁶

A partir dos problemas apresentados houve a inexorável necessidade de se desenvolver uma nova concepção de democracia, que aproximasse a Administração da

³⁵ PEREZ, Marcos Augusto. A Administração Pública Democrática: Institutos de Participação Popular na Administração Pública. Belo Horizonte: Fórum, 2009. P. 47-48.

³⁶ NOBRE, Marcos. Participação e Deliberação na Teoria Democrática: uma introdução. Op. Cit. P. 27.

sociedade, para que pudesse bem cumprir a sua função de efetivar a justiça social, acolhida nas Constituições que estruturaram o Estado Social, e legitimasse as suas ações tendo-se em conta o déficit democrático existente.

Sem negar a importância da atuação do Estado para o desenvolvimento da sociedade e para a concretização dos direitos sociais e sem negar a representatividade como elemento democrático, avançou-se no entendimento de que a vontade soberana do povo também deve manifestar-se por meios diretos, através da participação popular.

Num movimento evolutivo, a concepção de cidadania, tradicionalmente vinculada somente à democracia representativa e ao cidadão eleitor, incorporou, também, a de participação cidadã.

A idéia de participação popular foi, portanto, ressignificada e passa a ser considerada elemento essencial para a garantia de que o Estado distribua os recursos públicos, limitados pela sua própria natureza, de forma mais equânime e eficiente. Nesse caminho, há a tentativa de se estabelecer o diálogo necessário entre o cidadão e o Estado. As vias jurídicas de comunicação precisavam ser estabelecidas. O cidadão necessitava se apropriar da linguagem do direito concretamente e não mais pela fórmula abstrata de que se pressupõe ser o direito do conhecimento de todos.³⁷

I.III. Estado Democrático de Direito – A democracia participativa como o resgate da participação direta à luz dos novos tempos

O cidadão, a partir da concepção renovada de democracia, deve estar no epicentro das dimensões política e administrativa, participando de maneira efetiva da condução do Estado.

Essa evolução ocorreu como uma reação às consequências negativas provocadas por um ideário de positivismo jurídico que concebe a igualdade sob um

³⁷ DROMI, José Roberto. Op. Cit. P. 50.

aspecto formal e abstrato, sem efetivação na vida concreta das pessoas. Há demanda, portanto, de um reposicionamento de concepção para a implementação da justiça social.

O atual Estado Democrático de Direito, herdeiro do Estado Liberal e do Estado Social, evidencia esse passo adiante. Sem negar a democracia representativa, prescreve a participação popular no processo político e no controle da Administração Pública.

A concepção de Estado Democrático de Direito se pauta numa

Sociedade democrática que instaura um processo de efetiva incorporação de todo o povo nos mecanismos do controle das decisões, e de sua real participação nos rendimentos da produção.³⁸

A democracia participativa, por sua vez, corresponde a uma nova dimensão da cidadania, que a coloca num sentido mais amplo do que o de titular de direitos políticos. Entende-se, aqui, a pessoa estar integrada na vida estatal, ao mesmo tempo em que o funcionamento do Estado deve encontrar-se submetido à soberania popular. A cidadania, nesse contexto, traz a idéia de pertencimento à sociedade estatal

Como titular dos direitos fundamentais, da dignidade como pessoa humana, da integração participativa no poder, com a igual consciência de que essa situação subjetiva envolve também deveres de respeito à dignidade do outro, de contribuir para o aperfeiçoamento de todos.³⁹

Essa nova conformação democrática faz com que o Estado e o direito público devam estar voltados a consolidar a justiça distributiva.

A questão que se coloca, então, é a necessidade do fortalecimento e aprofundamento da democracia e da liberdade efetivamente cidadãs, qual seja, resgatar dos antigos a essência da democracia e realizá-la na atualidade com a finalidade de que se

³⁸ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009. P. 105

³⁹ SILVA, José Afonso da. Comentário Contextual À Constituição de 1988. 2ª ed. Op. Cit. P.36.

frutifiquem os bens que propiciem ao Estado tornar-se mais justo, eficiente e inclusivo, e a sociedade mais participativa e cônica dos seus direitos e deveres cidadãos.

Nesse caminho, configura-se importante a contribuição trazida por Jurgen Habermas na defesa de um modelo de democracia deliberativa. Segundo Marcos Nobre, Habermas constrói uma ponte entre dois modelos normativos de democracia radicalmente opostos, o republicano (remonta aos ideais de liberdade dos antigos: soberania popular e precedência à autonomia pública dos cidadãos em detrimento das liberdades individuais das pessoas) e o liberal (remonta aos ideias dos modernos: prevalência dos direitos humanos em relação à vontade do povo).

A diferença entre os dois modelos são perceptíveis na compreensão do processo democrático de cada um. Assim, para o a concepção liberal o processo democrático irá intermediar dois polos opostos: Estado e sociedade. Os cidadãos não se distinguem essencialmente das pessoas privadas que possuem interesses pré-políticos contra o aparelho do Estado.

A democracia aqui é entendida como um mecanismo que agrega interesses e os impõem coletivamente através da execução política pelo Estado, numa estratégia de disputa entre os atores individuais e coletivos por posições de poder. Para a concepção republicana esse processo de mediação deve passar necessariamente pela formação da vontade como uma elaboração consciente do elemento de solidariedade social, numa compreensão mútua entre os atores sociais e políticos. Aqui a prática de autodeterminação é coletiva e não a somatória dos interesse individualmente considerados. Há valorização do espaço público e também do parlamento capazes de legitimar o poder político pelo processo de discussão e deliberação.

A ponte proposta por Habermas emerge da compreensão de que se deve respeitar o Estado de Direito ao mesmo tempo em que, respeitados os limites entre o Estado e o cidadão, se garante um lugar central ao processo político de formação da opinião e da vontade comum.⁴⁰

Nas palavras de Marcos Nobre:

⁴⁰ NOBRE, Marcos. Participação e Deliberação na Teoria Democrática: uma introdução. Op. Cit. P. 36-37.

Se a deliberação e a participação devem encontrar seu lugar no Estado Democrático de Direito, será necessário aceitar um jogo entre, de um lado, espaços públicos autônomos e as novas formas de institucionalizado que projetam, e, de outro, macroestrutura definidoras do regime democrático, que serão a cada vez testadas em seus limites e suas configurações presente. Não se trata, entretanto, de um “livre jogo” entre os dois pólos, mas de uma disputa política que só mostrará avanços emancipatórios se for capaz de afastar, a cada vez, em cada conflito concreto, o jugo determinante do dinheiro e do poder econômico.⁴¹

I.IV. A democracia participativa no Brasil

No Brasil, na década de oitenta, verificou-se a superação do regime ditatorial vigente por mais de vinte anos, conduzida num processo lento e gradual de abertura política.

Fruto do processo de redemocratização da sociedade brasileira, ocorrida após a superação de mais de duas décadas de regime militar, a Constituição de 1988 foi elaborada instituindo a construção de um Estado Democrático de Direito⁴², cuja finalidade é a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, com a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais e regionais, promovendo o bem de todos, sem qualquer tipo de preconceito ou discriminação, garantindo o desenvolvimento nacional.⁴³

A democracia prevista pela nova Constituição, conforme disposto nos seus objetivos, é a da justiça social, da inclusão e desenvolvimento da cidadania. Não por acaso, foi qualificada por Ulisses Guimarães, Presidente da Assembléia Nacional Constituinte, como a Constituição Cidadã, pois ela viria para recuperar como cidadãos milhões de brasileiros, vítimas da miséria e excluídos do projeto de desenvolvimento.⁴⁴

⁴¹ Idem. P. 37.

⁴² Constituição Federal artigo 1º.

⁴³ Constituição Federal, artigo 3º.

⁴⁴ BONAVIDES, Paulo & ANDRADE, Paes. História Constitucional do Brasil. 3ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991. P. 466.

Para a implementação desses objetivos, foi prevista uma estrutura de Administração Pública com contornos que deveriam propiciar uma gestão mais democrática, transparente, pautada por uma atividade estatal responsável, eficiente (EC 19/98), impessoal, seguindo critérios de moralidade e legalidade em suas inúmeras atividades voltadas a propiciar as comodidades coletivas.

Foi um passo importante para a superação, por um lado, do regime de ditadura que governou o país baseado em Atos Institucionais editados pelos generais presidentes, e de outro, de uma concepção legalista de Estado, que o tornou burocrático, ensimesmado, distante e refratário à sociedade.

Essa nova orientação constitucional do Estado se torna especialmente relevante no caso brasileiro, pelo fato de ser o Brasil país ainda em desenvolvimento, em que a presença do Estado é de fundamental importância para a efetivação da justiça social, qual seja, distribuir de modo equilibrado os bens essenciais a uma vida digna de todos os participantes da sociedade.

Nesse sentido, Maria Paula Dallari Bucci adverte que a Administração Pública no Brasil deve ser repensada a partir da realidade de sermos um Estado periférico não pertencente ao chamado grupo orgânico da economia mundial.⁴⁵

A burocracia estatal brasileira revela as disparidades sociais, com atuação desigual junto à sociedade civil: oscila tratando de forma rígida, distante e formalista quando se relaciona com o cidadão anônimo e sem referências (que, após ter passado pelo pesado crivo de entender que possui direitos, gasta seu tempo e a sua energia em filas e preenchimento de formulários ininteligíveis), para uma forma de tratamento bem mais flexível e amistosa, para as mesmas coisas, quando se relaciona com o cidadão conhecido e com “referências”.⁴⁶

⁴⁵ BUCCI, Maria Paula Dallari. Direito Administrativo e Políticas Públicas. São Paulo: Malheiros, 2002. P. 3

⁴⁶ Nesse sentido, NOHARA, Irene Patrícia. Reforma Administrativa e Burocracia. São Paulo: Atlas, 2012. P. 55.

A formação do Estado brasileiro, calcada no patrimonialismo e no nepotismo, sempre presentes no processo de criação e construção do aparelho estatal, contribuiu para essa forma de “elitização” da Administração Pública.

Luís Roberto Barroso ensina que o Estado Liberal no Brasil chegou com grande atraso, herança do colonialismo português, produto da monarquia absolutista, em que se pretendia preservar os domínios do rei, da Igreja e da nobreza. O Brasil não conseguiu se libertar dessa herança que faz com que a coisa pública seja gerida baseada em pressupostos privatistas e estamentais.⁴⁷ As relações políticas, econômicas e sociais, construídas em base patrimonialista, predispõe-se por consequência à burocracia, ao paternalismo, à ineficiência e à corrupção “A triste verdade é que o Brasil jamais se libertou dessa herança patrimonialista. Tem vivido assim, por décadas a fio, sob o signo da má definição do público e do privado”⁴⁸.

Como é o Estado quem define tradicionalmente o que é o interesse público, percebe-se o perigo quando esse interesse, que deve ser público, se realiza apenas para a satisfação de determinados interesse privados.

Por isso propõe Luis Roberto Barroso a rediscussão e a dessacralização do princípio da supremacia do interesse público. Para tanto, deve haver uma distinção entre interesse público primário, que traduz os fins que o Estado deve alcançar (justiça, segurança e bem-estar social) e que são os interesses de toda a sociedade, e o interesse público secundário, que é o do Estado enquanto revestido na forma de uma pessoa jurídica de direito público interno, amplamente considerado como interesse do erário (maximização da arrecadação e minimização das despesas). São dimensões diferentes de um mesmo interesse, mas atualmente se falar em supremacia significa a do interesse primário *a priori*. E, ainda nessa dimensão primária de interesse, pode ocorrer uma modulação da incidência da supremacia pública, no momento em que ela possa vir a ferir a dignidade da pessoa.

⁴⁷ BARROSO, Luis Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. Op. Cit. P. 66

⁴⁸ Idem. P. 67.

Nesses casos, a dignidade deve ser garantida porque direito nuclear num Estado Democrático de Direito.⁴⁹

Daí o cuidado que se deve ter, no momento em que novos desafios são postos ao Estado, para que se adeque à finalidade trazida pelo texto constitucional de 1988: construir um sociedade livre, justa solidaria e democrática. Daí também, diga-se, a construção do interesse público tanto quanto possível, de forma democraticamente compartilhada com a sociedade.

Se tomarmos como válido o pensamento de Maria Paula Dallari Bucci de que nas sociedades periféricas o Estado é imprescindível como espaço de decisão política e como centralidade de convergência das ações políticas, diferentemente do que ocorre em outros países desenvolvidos em que a sociedade civil criou o Estado⁵⁰, isso demonstra termos que encontrar os nossos próprios caminhos para sanar os problemas do déficit democrático na atuação da Administração Pública, inspirados, mas não influenciados em demasia pelas experiências estrangeiras, especialmente aquelas que prescindiram com bastante amplitude da atuação do Estado, com a chancela de neoliberal.

Reforça esse entendimento Irene Patrícia Nohara, na medida em que tece sua crítica à forma com que a globalização econômica aconteceu no Brasil. Identifica a autora que o plano neoliberal afastou o Estado de determinadas funções para que ele deixasse de interferir diretamente no mercado (menos Estado e mais mercado). Esse plano global foi conduzido a partir de interesses de corporações econômicas, para que as fronteiras dos vários mercados nacionais fossem abertas de modo que pudessem atuar mais livremente. Os organismos financeiros internacionais pressionaram os países latino-americanos a praticarem as medidas impostas (medidas desestatizantes de forma rápida impostas pelo FMI, com recebimentos de notas altas num boletim de pontuação aqueles países que implementassem o plano mais rapidamente) sem preocupação com políticas de compensação para combater os efeitos colaterais das medidas:

⁴⁹ Idem. P. 69-72.

⁵⁰ BUCCI, Maria Paula Dallari. Direito Administrativo e Políticas Públicas. Op. Cit. P. 9

Os países desenvolvidos ainda tinham formas de manter uma rede de segurança para amenizar o sofrimento causado pelas demissões, por meio de uma concessão de um adequado seguro-desemprego, mas as economias em desenvolvimento não tinham condições de amparar de forma efetiva os desempregados, não assumindo o Estado maior responsabilidade solução do problema, ainda mais diante de um ataque ideológico às políticas de bem-estar social, não raro vistas por parcela da elite econômica local e pelos próprios interesses financeiros, que pregavam com radicalismo o ajuste fiscal, de perspectiva de privilégios injustificados.⁵¹

Em consonância com o pensamento de Bucci e Nohara, é possível pensar na presença do Estado, no caso brasileiro, com maior ênfase de atuação. Um Estado que define políticas públicas e se organiza no sentido de alavancar desenvolvimento não só econômico, mas preferencialmente social. Aquele que está destinado pela Constituição a realizar os ideais de justiça social, assegurando os direitos fundamentais nas suas várias dimensões.⁵²

Desta forma, a relação entre a Administração Pública e o cidadão no exercício pleno da sua cidadania pode ser a base para as modificações que apontarão para uma administração pública democrática, transparente e responsável. Afinal, “*no Estado Democrático de Direito a administração enfrenta-se com a realidade social de modo muito mais direto e não pode esquivar-se às suas exigências*”⁵³.

Paula Dallari Bucci reitera que:

⁵¹ NOHARA, Irene Patrícia. Reforma Administrativa e Burocracia. *Op.cit.* P. 74.

⁵² Paulo Bonavides elenca cinco gerações de direitos fundamentais: a primeira, traz os direitos de liberdade, traduzidos nos direitos civis e políticos; a segunda, os direitos de igualdade, traduzidos nos direitos sociais, culturais e econômicos bem como os coletivos; os de terceira, os direitos de fraternidade, como o direito ao desenvolvimento, direito à paz, direito ao meio ambiente, o direito sobre o patrimônio comum da humanidade e o direito à comunicação; os de quarta, direito à democracia, à informação e ao pluralismo; os de quinta, direito à paz, que o autor traslada da terceira para a quinta geração, porque a sua densificação ocorreu através de esforços empreendidos por tratados internacionais ocorridos a partir de 1978, com a Declaração da Nações Unidas sobre a preparação das sociedades para viver em paz - Resolução 33/1973 aprovada pela Assembleia Geral da ONU em 1978, culminando com a Declaração do Direito dos Povos à Paz, contida na Resolução 39 de 1984, Cf. BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008. P. 562-580.

⁵³ DI PIETRO, Maria Sylvia. Discricionariedade Administrativa. 2ª ed. São Paulo: Atlas. 2001. P. 47.

O esforço para integrar-se ao movimento mundial deve ser visto como oportunidade preciosa de queimar etapas no processo de amadurecimento institucional, o que só é possível, no entanto, se se fizer acompanhar da formação de uma cidadania forte, presente e atuante, em conjunto com a ação administrativa do Estado.⁵⁴

Di Pietro identifica a dimensão democrática do Estado Social, ensinando que no Estado Democrático de Direito a participação popular se torna elemento obrigatório nas decisões e no controle da Administração Pública. Esse vetor democrático implica caber ao Estado a realização material da idéia democrática de igualdade, e à Administração Pública a adoção de medidas concretas para se alcançar a democratização, com a substituição da hierarquia autoritária por formas de deliberação colegial, transparência e publicidade do processo administrativo e gestão participativa dos administrados na gestão da administração pública. "Isto em consonância com a ideia de que ao Estado Social de Direito hoje se acrescenta um novo elemento que permite falar em Estado Social Democrático de Direito"⁵⁵

Em sentido semelhante Marcos Augusto Perez enfoca na eficiência que se exige do Estado Social, também denominado de Bem-Estar, na realização de uma "pluralidade de serviços, intervenções econômicas e outras atividades que visem fornecer à coletividade um coeficiente mínimo de igualdade, de modo a possibilitar aos seus membros o pleno desfrute da cidadania"⁵⁶.

Isso porque os direitos sociais exigem do Estado que se posicione ativamente, acionando a Administração Pública para realizar concretamente a distribuição dos bens necessários à construção e à manutenção de uma existência digna das pessoas, para a realização concreta dos direitos fundamentais.

Para tanto, torna-se necessária a criação de mecanismos e condições de participação do cidadão no processo político e no controle das atividades governamentais.

⁵⁴ BUCCI, Maria Paula Dallari. Direito Administrativo e Políticas Públicas. *Op.cit.* P.10.

⁵⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia. Discricionariedade Administrativa. *Op.cit.* P. 49.

⁵⁶ PEREZ, Marcos Augusto. Administração Pública Democrática. *Op. Cit.* P. 44.

Afinal, é ele o destinatário da ação governamental, é ele que experimenta maior ou menor acesso no usufruto dos bens distribuídos pelo Estado.

Essa é uma dimensão de reforço da democracia, voltada para os valores da pessoa humana, fundamentada no princípio da dignidade humana, fruto de um Direito Constitucional que foca nos direitos fundamentais e garantias processuais de liberdade, deslocando o eixo de gravidade das preocupações com a separação de poderes e distribuição de competências, típicos do constitucionalismo do Estado Liberal.⁵⁷

Nesse novo contexto, o Homem tem o primado na ordem jurídica, vez que é o titular e destinatário de todas as regras de poder. E por isso mesmo deve estar livre e apto para exercer a sua plena cidadania. Uma nova relação deve acontecer: *“mais ampla, pluridimensional e plurifuncional que é a do status positivos, mediante o qual se reconciliam o cidadão, a sociedade e o Estado.”*⁵⁸

Essa nova esfera de atuação da pessoa, integrada no contexto social em que se expressa a sua existência, pode ser traduzida pela sua participação, que faz com que o povo se torne parte ativa e principal do processo de desenvolvimento social, por um lado, e que a Administração se torne aberta e democrática, por outro.

Nessa interação, emerge o povo como sujeito (origem do poder popular que deve propiciar a participação ativa na construção da sociedade) e também como objeto (vez que é o destinatário das ações empreendidas) da transformação social. Esse sujeito não é uniforme, mas plural, e o objeto, por conta dessa pluralidade, é diversificado.⁵⁹ Cada sujeito ou grupo de sujeitos possui origem, perfil e ideologia próprios e por essa razão mesma apresentam-se como destinatários diversificados.

No processo social, de um modo ou de outro, todos agem sobre todos, tanto sob o ponto de vista global, quanto local (Estado nacional).

Mas no concreto, como diz Milton Santos:

⁵⁷ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 22ª ed. Op. Cit. P. 601.

⁵⁸ Idem. P.603.

⁵⁹ SANTOS, Milton. Território e Sociedade. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2000. P 121-122.

na vida de todos os dias, a sociedade global vive apenas por intermédio das sociedades localmente enraizadas, interagindo como o seu próprio entorno, refazendo todos os dias essa relação e, também, a sua dinâmica interna na qual, de um modo ou de outro, todos agem sobre todos.⁶⁰

Empreender a democracia participativa no Estado brasileiro, conforme determina a Constituição de 1988 configura-se num grande desafio. Abrir-se para a participação popular, democratizando a sua atuação e gestão, é caminho ao mesmo tempo renovador da democracia, como também educador.

Passados quase dez anos da promulgação da Constituição de 1988, houve a inclusão, pela Emenda Constitucional 19/98, da reforma administrativa preconizada pelo Governo Federal, sob o comando de Fernando Henrique Cardoso, e talhada pelo então Secretário da Reforma Administrativa, Carlos Bresser Pereira. Segundo os seus idealizadores, tentava-se com a Reforma alcançar maior eficiência nos resultados da ação administrativa, maior capacidade e agilidade gerencial, maior legitimidade e transparência; maior aproximação com a sociedade, nas formas de colaboração, parceria e novas formas de controle da qualidade da atividade administrativa.

⁶⁰ Idem. P. 122

II. Democratização da Administração Pública: o paradigma estrangeiro

O presente estudo se desenvolve imerso nas questões relativas aos desafios da democracia participativa como pressuposto da atuação do Estado Democrático de Direito, e na importância do processo administrativo como garantia da sociedade frente aos possíveis desvios e abusos que a Administração Pública possa incorrer no desenvolvimento das suas funções estatais, mormente no que se refere à sua produção normativa.

A existência de um processo racional para a tomada de decisões que repercutem na esfera individual ou coletiva, tendem a garantir maior transparência, controle, consensualidade e legitimação dos atos administrativos, em especial aqueles dotados de maior discricionariedade.

A ampliação dos atores na dinâmica em que se opera o processo administrativo, especialmente na produção de atos normativos, é fator necessário para que o timbre que se requer da democracia participativa instituída na Constituição de 1988 reforce a construção do Estado Democrático de Direito.

Na evolução do instituto, os Estados Unidos da América do Norte tornaram-se paradigmas na matéria, com o desenvolvimento da concepção do devido processo legal (*due process of law*), que estabeleceu importante passo na garantia de controle da atividade estatal na restrição dos direitos de liberdade e propriedade.⁶¹

Pela influência que exerceu e exerce no desenvolvimento da matéria no âmbito das atividades da Administração Pública no Brasil, optou-se por um olhar inicial sobre a evolução do conceito do devido processo legal nos EUA.

Apesar do direito administrativo brasileiro ter se desenvolvido tendo como base a matriz francesa, na matéria relativa à processualidade como garantia do cidadão frente aos possíveis abusos da Administração Pública, os E.U.A foram a influência mais

⁶¹ NOHARA, Irene Patrícia & MARRARA, Thiago. *Processo Administrativo: Lei 9784/99 comentada*. São Paulo: Atlas, 2009. P. 40.

importante, com a edição pioneira da Administrative Procedure Act em 1946 - APA, num sistema de garantias que acabou por influenciar diversos países.⁶²

Na sequência, faremos a exposição da evolução da matéria em alguns países europeus – Espanha, Portugal, Itália e um latino americano – Argentina, que passaram a prever numa legislação geral a atividade administrativa através de um processo próprio, inicialmente com a preocupação em produzir mais racionalmente as suas ações, para assegurar maior segurança jurídica, eficiência e controle. Nesse primeiro movimento, mas com uma década de atraso em relação às legislações estrangeiras, se colocou o Brasil ao editar a sua Lei de Processo Administrativo em 1999.

Esses países experimentaram um importante movimento em matéria de processualização da atividade administrativa, iniciado nos anos 70/80 aprofundando a gestão democrática e a interlocução com a sociedade, especialmente em questões sobre transparência, governo eletrônico e decisões com ampla repercussão na sociedade, bem como expedição de atos normativos pela Administração Pública. Daí a razão de se fazer referência a eles neste trabalho e na sequência do que foi apresentado em relação aos E.U.A., para que a experiência estrangeira estivesse toda trabalhada num só momento.

São experiências recentes⁶³ e importantes que certamente contribuem para a reflexão sobre o atual estágio de desenvolvimento do processo administrativo brasileiro, em especial no tocante à sua abertura para a participação popular.

Ressalte-se a importância do conhecimento a respeito das experiências estrangeiras traduz-se em termos de alcance prático tornando-se no mundo globalizado cada vez mais indispensável. Cite-se como exemplo a criação das agências reguladoras com influência norte-americana, a teoria da desconsideração da pessoa jurídica prevista no novo Código Civil de 2002 (para fins de responsabilização a personalidade distinta e a autonomia patrimonial da empresa são afastadas temporariamente tornando possível a

⁶² Idem. P. 8 e 40.

⁶³ Especialmente no tocante aos países europeus e à Argentina, cuja nova produção legislativa se inicia em 2009.

responsabilização dos sócios e administradores, como se inexistisse a pessoa jurídica) com influência do direito inglês.⁶⁴

Note-se, ainda:

Por mais contraditório que pareça, conhecer normas de outros ordenamentos, diferentes regras e sistemas distintos permite ao estudioso do direito compreender melhor seus mecanismos jurídicos internos, cujas características peculiares se tornam muito mais evidentes quando submetidas ao processo comparativo.⁶⁵

Por fim, destacamos os esclarecimentos de Edmir Netto de Araújo, quanto ao tema:

O que desejamos deixar claro, mais uma vez, é que o Direito Comparado não é ramo da ciência jurídica, não é "Direito" na acepção que tem em Direito Civil, Direito Penal, Direito Administrativo, Direito Constitucional, etc., mas método, e método comparativo aplicado aos estudos jurídicos ...⁶⁶

II.I. O Legado Norte Americano do devido processo legal

A Lei de Procedimento Administrativo - APA dos Estados Unidos da América do Norte é fruto de um contexto de desenvolvimento que envolve, nos primórdios do conceito do devido processo legal, a sua condição de colônia da Inglaterra.

Sua origem, portanto, remonta à Inglaterra de 1215, na Magna Carta pactuada entre o rei João Sem Terra e os barões feudais, contendo o artigo 39 a garantia de

⁶⁴ PEDREIRA, Ana Maria. A regulação do ensino superior no Brasil e a necessidade de adoção de um novo modelo. Tese (Doutorado em Direito), Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017. P. 42.

⁶⁵ Idem. P. 43.

⁶⁶ ARAÚJO, Edmir Netto de. O direito comparado nos cursos de pós-graduação in TORRES, Vivian de Almeida Gregori & CAGGIANO, Alvaro Theodor Herman Salem. Estudos de Direito Constitucional: homenagem à Professora Mônica Herman Salem Caggiano. São Paulo: IELD, 2014. P. 161.

que nenhum homem livre seria privado da sua liberdade ou de seus bens sem um julgamento regular pelos seus pares ou em harmonia com a lei do país.

À época não se tinha ainda desenvolvido na Inglaterra a idéia do devido processo legal. Era a lei do país (*law of the land*) que garantia a liberdade e propriedade do cidadão a salvo de um poder desmedido do monarca na imposição de limites aos direitos de vida, liberdade e propriedade.⁶⁷ A garantia, no entanto, se fazia por meio de aceção meramente formal, visto ser o rei quem elaborava e fazia cumprir a lei. Aos senhores feudais cabia o direito de ter o conhecimento prévio da lei e dos procedimentos a que seriam submetidos.⁶⁸

Contudo, a importância do documento consistiu no fato de que pela primeira vez se colocava em questão os poderes absolutos do monarca, na tentativa de estruturar algumas estacas que o limitassem.

Interessante notar ainda, que a Magna Carta além de assegurar direitos aos barões, ampliou a sua extensão aos seus vassallos e várias outras categorias sociais, como a disposição de que a Igreja deveria ser livre, que Londres e outras cidades deveriam usufruir seus costumes e sua liberdade, comerciantes não poderiam ser submetidos a tributação injusta. Tamanha gama de liberdades indicava um conteúdo que somente poderia ser efetivado se tratado como lei fundamental.⁶⁹ Pelas dificuldades que apresentavam, não puderam ser plenamente eficazes naquele período, apesar de configurar conquistas importantes.

No século XIV a Magna Carta foi reeditada e transcrita do latim para o inglês, e por motivos desconhecidos, no lugar de *per legem terrae* (*by the law of the land*), foram escritas as palavras *due process of law*.⁷⁰

⁶⁷ CROUZET, Maurice. História Geral das Civilizações. Versão brasileira sob a orientação do Prof. E. Simões de Paula. Vol. II, Tomo III, A Idade Média: O período da Europa Feudal, do Islã Turco e da Ásia Mongólica, os tempos difíceis. Trad. J. Ginsburg e Vítor Ramos. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1957. P. 147.

⁶⁸ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Estado de Direito e devido processo legal, Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, V. 209, P.7-18, março de 2015. P. 9.

⁶⁹ MOREIRA, Egon Bockmann. Processo Administrativo: princípios constitucionais, a Lei 9.784/1999 e o Código de Processo Civil/2015, 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2017. P. 273.

⁷⁰ Idem. P. 276.

Durante séculos essa cláusula foi mantida e desenvolvida, se enriquecendo e ganhando novas dimensões e significados.

Da exigência original de um processo formalizado, o princípio passou a contemplar a idéia de necessidade de prévia citação para a demanda e oportunidade de apresentar defesa.⁷¹

Do direito inglês a expressão passaria para as colônias norte-americanas e, posteriormente, para os Estados Unidos já independente e federativo na Constituição de 1787, contudo, ainda mantendo o aspecto meramente formal.

Nos Estados Unidos a fórmula surge a partir da Emenda V à Constituição, que garantia ser a restrição de direitos à vida, liberdade e propriedade imposta somente mediante o devido processo legal.

A Guerra de Secessão e a abolição da escravatura trouxeram a aproximação do conceito de devido processo legal ao de igualdade, com as emendas XIII, XIV e XV. Assegurou-se, dentre outros direitos, as liberdades públicas agora ampliadas aos afro-norte-americanos.⁷²

No século XX, o sentido conferido ao devido processo legal passou a ser analisado sob a ótica de que o exercício do direito à vida, liberdade e propriedade não fosse limitado por ato estatal de modo arbitrário e injustificado, ligando-se à idéia de sentido substancial do processo.

Não bastava apenas garantir a observação de um processo previsto em lei quando da restrição de direitos individuais.

A restrição estatal para ser considerada legítima deveria estar ligada à idéia de razoabilidade, questionando o conteúdo da lei ou das decisões que a aplicavam. A Suprema Corte alargou os limites do controle formal, com o entendimento de que a lei e o ato administrativo podem ser contrários ao devido processo legal por terem produzido lesões, não somente quanto ao processo em si mesmo considerado, mas por lesarem

⁷¹ Idem.

⁷² NOHARA, Irene Patrícia e MARRARA, Thiago. Processo Administrativo. Op. Cit. P. 41.

questões de fundo relativas ao seu conteúdo, não garantindo determinados interesses públicos e atingir direitos protegidos constitucionalmente.⁷³

O atual sistema substantivo do *due process of law* conecta a questão processual formal com os conceitos de equidade, precisão, segurança e dignidade.

A atuação da Administração de acordo com padrões de comportamento usuais e conhecidos e aplicados com imparcialidade através de procedimentos públicos traduzem a idéia de equidade. O cidadão deve se sentir seguro nas suas relações com o Estado, quando tem salvaguardados os seus direitos em face da Administração. A dignidade pessoal do administrado também deve ser assegurada pelo processo, como um reconhecimento moral do particular pela Administração.⁷⁴

Avançou-se, portanto, de um sentido formal do processo (*procedure due process*) para um sentido substancial do devido processo (*substantive due process of law*).⁷⁵

A experiência democrática dos Estados Unidos abriu a oportunidade, antes mesmo da edição da *Administrative Procedure Act* - APA, dos administrados peticionarem e produzirem provas, participando do processo antes que a sua esfera de direitos fosse atingida por um ato estatal, com o desenvolvimento da chamada *administrative adjudication*.

Relativamente às condições que estiveram colocadas para a edição da *Administrative Procedure Act*, a consolidação do Direito Administrativo norte-americano iniciada nos anos 30, traduz-se num aspecto importante.

Na década de 30 houve grande expansão do Direito Administrativo nos EUA por conta do desenvolvimento de programas de recuperação econômica do *New Deal*, promovida pelo presidente Franklin Delano Roosevelt.

O *New Deal* foi um plano estratégico de enfrentamento da Grande Depressão iniciada no final dos anos 20, que abalou não somente os EUA como também

⁷³ MOREIRA, Egon Bockmann, *Processo Administrativo: princípios constitucionais*, a lei 9784/99 e o Código de Processo Civil/2015, 5 ed. Op. Cit. P. 281.

⁷⁴ Idem. P. 290-291.

⁷⁵ NOHARA, Irene Patrícia e MARRARA, Thiago. *Processo Administrativo*. Op. Cit. P. 41.

boa parte do mundo ocidental. O plano pressupunha uma forte intervenção do Estado nos mecanismos do mercado, ocasionando a proliferação de agências criadas para estabilizar a economia, moderar os excessos de desregramento dos negócios e promover alguma segurança financeira para as pessoas. Elas foram instituídas também durante os tempos de guerra para incentivar a produção e administrar o controle de preço e o racionamento.⁷⁶

Com o nascimento do modelo de agências administrativas houve a necessidade de serem aprovadas leis com amplas cláusulas de delegação de competências.

As agências foram criadas a partir da capacidade técnica no seu campo de atuação. Havia na época a crença sobre a neutralidade técnica das agências, que deveriam decidir e editar leis com parâmetros estritamente científicos. Essa discricionariedade técnica foi acompanhada da expansão da Administração Pública e consequente intervenção do Estado em todas as esferas da vida econômica e social, com enorme volume de leis e regulamentos de grande complexidade técnica.⁷⁷

Nesses primórdios, havia também o entendimento de que o processo administrativo caberia a cada agência configurar (era ela que conseguiria articular os passos mais condizentes à adoção de uma decisão concreta e científica). A resolução dos conflitos surgidos também faziam parte da tarefa das agências, através da chamada instância de apelação.

Note-se, ainda, que desde o nascimento das agências o procedimento administrativo sempre foi objeto de controle judicial, através da aplicação do dispositivo constitucional do devido processo legal (*due process of law*).⁷⁸

Contudo, o sistema carecia de uma norma geral sobre o procedimento e atividade administrativa, visto que a lei permitia às agências amplas margens de atuação,

⁷⁶ GUELHORN, Ernest & LEVIN, Ronald M. *Administrative Law and Process*, 4a ed. St. Paul: West Group, 1997. P. 1.

⁷⁷ DORDA, Rosa Comella. *Límites del Poder Regulamentar en el Derecho Administrativo de los Estados Unidos: evolucion de los modelos tradicionales, control judicial ly técnicas de negociación*. Barcelona: Cedecs Editorial, 1997. P. 18 e 25.

⁷⁸ CARBONEL, Eloisa & MUGA, José Luís. *Agencias y Procedimiento Administrativo en Estados Unidos de América*. Madrid: Marcial Pons, 1996. P. 95.

refletindo numa limitação dos poderes do Poder Judiciário, ocasionando insegurança jurídica.

Tentando por fim a essas dificuldades, foi editada uma Lei de Procedimento Administrativo, *Administrative Procedure Act* - APA em 1946, que ainda permanece em vigor (com a introdução de algumas emendas), um mecanismo de formalização procedimental e homogeneização dos modos de funcionamento dos órgãos administrativos, possibilitando o melhor controle judicial das decisões finais das agências por parte do Judiciário.

Editada a *Administrative Procedure Act* em 1946, e somadas mais de duas décadas, com o advento do Estado regulador nos anos setenta, o devido processo legal se estende à elaboração de normas gerais ou atos normativos editados pela autoridade administrativa, com a denominada *rulemaking*. Assegura-se, portanto, que não ocorram restrições sem razoabilidade aos direitos das pessoas, na edição de leis e atos normativos pelo Poder Executivo e pelas Agências Reguladoras.⁷⁹

A APA foi um marco jurídico para os processos decisórios das agências federais, permitindo a abertura da via judicial para amplas classes de decisões administrativas anteriormente inatingíveis. Pela sua estrutura, opera como um estatuto mínimo que comanda os procedimentos administrativos, com a complementação por cada agência em seu âmbito de ação.⁸⁰

Contudo, a APA não conseguia proteger de modo suficiente determinados direitos dos cidadãos, frente a uma Administração Pública que se expandiu em ampla esfera da atividade humana, por um lado, e, por outro, com o problema da cooptação das agências pelas empresas reguladas, não protegia os interesses dos outros cidadãos (consumidores, trabalhadores etc) afetados pelas normas ou decisões.⁸¹

⁷⁹ NOHARA, Irene Patrícia e MARRARA, Thiago. *Processo Administrativo*. Op. Cit. P. 42.

⁸⁰ DORDA, Rosa Comella. *Límites del Poder Regulamentar en el Derecho Administrativo de los Estados Unidos: evolucion de los modelos tradicionales, control judicial ly técnicas de negociación*. Op. Cit. P. 17.

⁸¹ CARBONEL, Eloisa & MUGA, José Luís. *Agencias y Procedimiento Administrativo en Estados Unidos de América*. Op. Cit. P. 102.

Os anos 60 trouxeram, por consequência, a inclusão do discurso do interesse público na pauta de um movimento que exigia maior transparência e imparcialidade na atuação das agências.

Houve, a partir desta nova percepção, a ampliação do conceito de interessado aos grupos de afetados pela atividade estatal, pela jurisprudência e legislador, elaborando-se novas leis, com outras exigências procedimentais relacionadas à transparência e à participação do cidadão. Ocorreu, portanto, mudança no enfoque dos interesses a serem protegidos, deslocando-se dos interesses setoriais para o interesse público.

Os anos setenta ficaram conhecidos como a década da *Public Interest Era*, com o desenvolvimento da pauta ambiental na sociedade, ocasionando a aprovação de leis protetoras do meio ambiente e a criação da *Environmental Protection Agency* - EPA, uma das mais fortes agências federais americanas.

A evolução propiciada pela temática ambiental na concepção de poder administrativo, na natureza e conteúdo das leis setoriais e no alcance do poder das agências é analisado por Rosa Comella Dorda como a superação do modelo tradicional das agências (como mera transmissoras da vontade legislativa, cujas cláusulas de delegação de poderes eram excessivamente genéricas, acrescida da idéia de agências como meras gestoras) que não mais correspondia à necessidade de difíceis decisões distributivas que deveriam adotar. Era preciso, além da redefinição das relações entre o legislador e as agências, levando-se em consideração o fenômeno do lobby detectado, também ter-se em conta fatores como a necessidade de cooperação dos demais componentes das classes reguladas para a efetividade das leis, dentre outros.⁸²

As leis desse período acrescentaram fórmulas específicas de transparência e participação para o desenvolvimento dos trabalhos das agências, superando a crença de infalibilidade e neutralidade em relação ao seu funcionamento, ligada ao aspecto do perfil

⁸² DORDA, Rosa Comella. Límites del Poder Regulamentar en el Derecho Administrativo de los Estados Unidos: evolucion de los modelos tradicionales, control judicial ly técnicas de negociación. Op. Cit. P. 37-42.

altamente técnico.⁸³ A imposição de maior transparência, motivação e participação dos cidadãos nas atividades de *rulemaking* visaram controlar as distorções ocasionadas pelo fenômeno da captura das agências pelos entes regulados.⁸⁴ Ou seja, tentava-se evitar a utilização do poder das agências por setores segmentados da sociedade, que se desviassem da atuação necessariamente voltada para o interesse geral ou seja, de todos os segmentos sociais abrangidos pelas atividades das agências.

O processo de densificação do devido processo legal apresentou-se, como se pode constatar, bastante dinâmico, iniciando-se com cláusula protetiva dos direitos e garantias individuais, passando pela análise de direitos fundamentais de liberdade de expressão, proteção às minorias e à privacidade.

Atualmente, a cláusula assegura a razoabilidade na restrição a direitos operada por lei e atos normativos editados pelas agências e Poder Executivo. O Legislativo edita standards normativos que são especificados pelas agências, através do *rulemaking*, e nesse processo elas não estão autorizadas a criar restrições não razoáveis na sua atividade fim.⁸⁵

O controle judicial⁸⁶ se ampliou, aproximando-se muito do mérito administrativo, com o desenvolvimento da teoria judicial do *hard look review*. Desta forma, o Judiciário passou a verificar, sem entrar no mérito político da oportunidade, se na tomada da sua decisão, a Agência considerou todas as circunstâncias, causas e efeitos de sua decisão, e se bem fundamentou e a razão de ter rechaçado uma opção e adotado outra. O Judiciário, portanto, passou a analisar sob o critério da razoabilidade, a proporcionalidade entre a decisão de mérito e os objetivos legais.⁸⁷

⁸³ Idem.

⁸⁴ NOHARA, Irene Patrícia & MARRARA, Thiago. Processo Administrativo: Lei 9784/99 comentada. Op. Cit. P. 42.

⁸⁵ Idem.

⁸⁶ O controle judicial está previsto no APA, título 5, capítulo 5- Administrative Procedure, §706.

⁸⁷ Essa regra foi criada no *leading case* *Automotive Parts & Accessories Association v. BOyd*, 407, F. 2nd 330 (DC Circuit, 1968), Cf. NETO, Orlando Celso da Silva. Noções gerais sobre o controle das agências regulatórias no direito norte-americano. In DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). Direito Regulatório Temas Polêmicos. São Paulo: Fórum, 2003. P. 450.

II.II. A democratização da Administração Pública na Espanha

É possível identificar na Espanha uma preocupação com a atuação da Administração Pública, na existência de um movimento codificador desde 2 de abril de 1845, com uma lei que trata do contencioso administrativo, concretizada por dois regulamentos: o primeiro aprovado por Decreto Real em 12 de outubro de 1845, sobre o modo de proceder dos Conselhos Provinciais e o segundo, aprovado pelo Decreto Real de 30 de dezembro de 1846, do Conselho Real dos negócios contenciosos da Administração.⁸⁸

Contudo, data de 19 de outubro de 1889, o que se considera a primeira lei do mundo sobre procedimento administrativo, em seu sentido mais amplo e atual, a Ley de Bases de Procedimiento Administrativo - LBPA, também conhecida por Ley Azcárate.

Além dos procedimentos administrativos, também estabeleceu critérios, à época significativos e avançados, como a formação de expedientes, registros para entradas e saídas de documentos, exigência formal de notificação, dentre outros.⁸⁹

A LBPA foi aprovada no mesmo ano de aprovação do Código Civil espanhol e um ano depois da Lei do Contencioso-administrativo de Santamaría de Paredes e se adiantou em quase quarenta anos à lei de procedimento austríaca de 1925, que é considerada como fonte de todas as demais leis dos países da Europa central.⁹⁰

A Lei trazia no seu preâmbulo a constatação de que o mal do caciquismo por todos reconhecido na Espanha, ainda que não devidamente combatido, tinha na falta de uma lei de procedimento administrativo uma das causas.

⁸⁸ VAQUER CABALLERÍA, Marcos. (2016) La Codificación del procedimiento administrativo en España. INAP. Disponível em <http://laadministracionaldia.inap.es/noticia.asp?id=1506243>. Acesso em: 16 de julho de 2017.

⁸⁹ GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo. Un punto de vista sobre la nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas Y de Procedimiento Administrativo Común de 1992. Revista de Administración Pública, número 130, Enero-abril, 1993. P. 205.

⁹⁰ VAQUER CABALLERÍA, Marcos. La Codificación del procedimiento administrativo en España. Op. Cit. P. 5.

Trata-se dos primórdios de uma idéia que seria posteriormente construída, pela doutrina e legislação, do processo administrativo como instrumento jurídico para prevenir e controlar a arbitrariedade do Poder Executivo.⁹¹

Apesar da importância do movimento legislativo, a Lei espanhola de 1889 falhou ao deixar o seu desenvolvimento a cargo de regulamentos a serem editados pelos vários Ministérios, que o fizeram de modo bem distinto uns dos outros, sem qualquer preocupação com um mínimo de unidade.

Não concretizou, portanto, a LBPA, o seu intento maior que era precisamente criar as bases de um procedimento unificado.⁹²

De qualquer modo, em que pese a sua concisão e dependência das competências regulamentares, ela fixou critérios normativos importantes de garantias mínimas aos particulares nas suas relações com a administração: as solicitações e demais petições dirigidas à administração deveriam constar de um registro geral sendo direito do interessado exigir recibo constando o assunto, número de entrada e data do protocolo; previsão de um prazo máximo para o término do procedimento; garantia no trâmite a participação do interessado, para apresentação de alegações, documentos ou justificativas; fixação de prazo máximo de um ano para resolução na via administrativa e notificação do interessado; previsão de recursos em alguns casos; previsão falta disciplinar por infração às regras do procedimento.⁹³

Contudo, o arcabouço legal construído pela LBPA de 1889, girava na órbita de uma concepção liberal de que a gestão pública cabia ao Estado, que necessitava apenas ser contido nas atuações abusivas que pudesse vir a praticar em relação aos direitos dos cidadãos.

Em 1958, sob um Estado totalitário liderado por Francisco Franco, enfrentando uma realidade que demandou a sua intervenção em muitas searas da vida

⁹¹ Idem.

⁹² GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo. Un punto de vista sobre la nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas Y de Procedimiento Administrativo Común de 1992. Op. Cit. P. 205.

⁹³ VAQUER CABALLERÍA, Marcos. La Codificación del procedimiento administrativo en España. Op. Cit. P. 6.

nacional, especialmente nos âmbitos econômico e social, acrescida da reclamação da doutrina da falta de um Código verdadeiramente unificador (o que de certa forma seria condizente com a estrutura do estado totalitário e centralizador de então), foi editada a Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julho.⁹⁴

Houve a introdução de importantes inovações no procedimento orientadas à simplificação e agilização da atividade administrativa, com a redução de prazo para a resolução dos processos, referência ao silêncio administrativo entendido como negativo, estabelecendo um novo equilíbrio entre a garantia dos direitos do interessado e a eficiência da Administração.⁹⁵

Em 1978 entrou em vigor na Espanha uma nova Constituição, que estabeleceu na Espanha o Estado Social Democrático de Direito e um novo modelo político e administrativo, mais descentralizado, com a criação das Comunidades Autônomas.

As Administrações Públicas tiveram que se adaptar aos novos postulados do novo Estado que se iniciava com a Constituição de 1978, especialmente às inovações do regime jurídico administrativo em três principais aspectos: a plasticidade conferida ao conceito de procedimento administrativo acolhendo, no artigo 105, dois tipos de procedimento (o de elaboração de disposições administrativas e o de produção dos atos administrativos); o conceito amplo de procedimento administrativo como forma regrada de atuação administrativa em geral, impossibilitou as tradicionais extensões procedimentais dos poderes discricionários; colocou fim à concepção processualista do procedimento administrativo, reservando ao poder judiciário o poder jurisdicional em todo o tipo de processo. No plano organizativo, a Constituição reservou ao Estado a competência sobre o procedimento administrativo comum, sem prejuízo das especialidades derivadas da organização própria das Comunidades Autônomas. A Ley 30/1992 de Regime Jurídico de Las Administraciones Públicas e Procedimiento Administrativo Común é editada, guardando diferença com as sua predecessoras por operar num ordenamento fortemente

⁹⁴ Idem.

⁹⁵ Idem.

descentralizado, em que ao Estado cabe estabelecer um procedimento administrativo comum, visível num conjunto de princípios e regras comuns a todos os entes públicos.⁹⁶

O artigo 105 da Constituição espanhola garante a audiência dos cidadãos no procedimento de elaboração das disposições administrativas que lhes afetem, o acesso aos documentos e registros do Estado, e na produção dos atos administrativos.⁹⁷

Apesar das inovações trazidas, a Lei 30/92 ainda mantinha uma visão de contraposição de interesses entre a Administração e o cidadão, desconhecendo que essa relação atualmente é bem mais complexa, podendo haver também relação de colaboração, que o processo pode afetar outras pessoas que não aquelas qualificadas como sujeitos no processo, e que a proteção do cidadão não se encontra somente nos seus direitos reacionais, como também em direitos de supervisão e controle da ação administrativa.⁹⁸

Recentemente foi editada a Ley 39/2015 del Procedimiento Administrativo Común de Las Administraciones Públicas, que entrou em vigor em outubro de 2016, juntamente com a Ley 40/2015 de Régimen Jurídico del Sector Público, introduzindo uma nova regulação legal para as atividades da Administração Pública espanhola.

Dois pontos das novas leis se destacam: o primeiro é a previsão de divisão entre relações ad extra (entre a administração e o cidadão), a cargo da Ley 39/2015 e relações ad intra (relações estabelecidas internamente entre as várias esferas administrativas), a cargo da Ley 40/2015; o segundo é a instituição da Administração Eletrônica.

⁹⁶ Idem. P. 9.

⁹⁷ "Artículo 105

La Ley regulará:

- a) *La audiencia de los ciudadanos, directamente o a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la ley, en el procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas que les afectem.*
- b) *El acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas.*
- c) *El procedimiento a través del cual deben producirse los actos administrativos, garantizando, cuando proceda, la audiencia del interesado."*

⁹⁸ RODRIGUEZ DE SANTIAGO, José Maria. La Administración del Estado Social, Madrid: Marcial Pons, 2007. P. 60-62 e 91-94.

Dentro dos aspectos que se aproximam do objeto do presente trabalho, identificam-se na Ley 39/2015, que regula a relação ad extra da Administração, alguns dispositivos que avançaram na democratização da relação cidadão/administração, garantindo-lhes participar na edição de atos normativos.

Essa dinâmica democrática encontra-se prevista no Título VI da referida lei que trata da iniciativa legislativa e do poder de produzir regulamentos e outras disposições administrativas.

As disposições normativas estão articuladas na lógica do princípio da boa regulação, disposto na lei, que se opera com a confluência dos princípios da necessidade, eficácia, proporcionalidade, segurança jurídica, transparência e eficiência (artigo 129)⁹⁹.

A participação dos potenciais destinatários na elaboração da norma ocorre, segundo a lei, em conformidade com a aplicação do princípio da transparência, que também garantirá aos cidadãos acesso simples, universal e atualizado da legislação em vigor e demais documentos que se mostrarem importantes no processo de elaboração das normas.¹⁰⁰

O artigo 133 trata propriamente da participação dos cidadãos nos procedimentos de elaboração de normas com força de lei e regulamentos.¹⁰¹

Segundo sua disposição, a participação deve ocorrer, num primeiro momento, previamente à elaboração desses atos normativos, através de consulta pública eletrônica, perante a Administração Pública competente, que recolherá a opinião dos cidadãos ou organizações representativas potencialmente afetados pela futura norma,

⁹⁹Artículo 129. *Principios de buena regulación.*

1. *En el ejercicio de la iniciativa legislativa y la potestad reglamentaria, las Administraciones Públicas actuarán de acuerdo con los principios de necesidad, eficacia, proporcionalidad, seguridad jurídica, transparencia, y eficiencia.*

¹⁰⁰ Artículo 129. (...)

5. *En aplicación del principio de transparencia, las Administraciones Públicas posibilitarán el acceso sencillo, universal y actualizado a la normativa en vigor y los documentos propios de su proceso de elaboración, en los términos establecidos en el artículo 7 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno; definirán claramente los objetivos de las iniciativas normativas y su justificación en el preámbulo o exposición de motivos; y posibilitará que los potenciales destinatarios tengan una participación activa en la elaboración de las normas.*

¹⁰¹Artículo 133. *Participación de los ciudanos en el procedimiento de elaboración de normas con rango de Ley e reglamentos.*

relativas a: problemas que se pretendem solucionar com a iniciativa, necessidade e oportunidade de sua aprovação, objetivos da norma, possíveis soluções alternativas.¹⁰²

Prevê, também, quando a norma afetar direitos e interesses legítimos das pessoas, sem prejuízo da consulta prévia, audiência aos cidadãos afetados e recebendo as manifestações adicionais de outras pessoas ou entidades. Poderá, ainda, recolher diretamente a opinião das organizações ou associações reconhecidas por lei que representem as pessoas cujos direitos ou interesses legítimos possam vir a ser afetados pela norma (informação pública).¹⁰³

Atendendo ao princípio da transparência e acesso à informação, dispõe sobre a obrigatoriedade de que os potenciais participantes da consulta, audiência ou informação públicas tenham à sua disposição todos os documentos necessários para que possam oferecer a contribuição, que deverão ser claros, concisos e reunir toda a informação sobre a matéria normativa.¹⁰⁴

A abertura para a participação é obrigatória, permitida a dispensa somente: em casos de normas orçamentárias ou organizativas de toda a Administração (Geral do Estado, autonómica ou local, e organizações dependentes ou vinculadas à estas), por razões graves de interesse público devidamente justificadas, quando a proposta normativa não

¹⁰² Artículo 133. (...)

1. *Con carácter previo a la elaboración del proyecto o anteproyecto de ley o de reglamento, se sustanciará una una consulta pública, a través del portal web de la Administración competente en la que se recabará la opinión de los sujetos y de las organizaciones más representativas potencialmente afectados por la futura norma acerca de:*
 - a) *Los problemas que se pretenden solucionar con la iniciativa,*
 - b) *La necesidad y oportunidad de su aprobación.*
 - c) *Los objetivos de la norma.*
 - d) *Las posibles soluciones alternativas regulatorias y no regulatorias.*

¹⁰³ Artículo 133. (...)

2. *Sin perjuicio de la consulta previa a la redacción del texto de la iniciativa, cuando la norma afecte a los derechos e intereses legítimos de las personas, el centro directivo competente publicará el texto en el portal web correspondiente, con el objeto de dar audiencia a los ciudadanos afectados y recabar cuantas aportaciones adicionales pueda hacerse por otras personas o entidades. Asimismo, podrá también recabarse directamente la opinión de las organizaciones o asociaciones reconocidas por ley que agrupen o representem a las personas cuyos derechos o intereses legítimos se vieren afectados por la norma y cuyos fines guarden relación directa con su objeto.*

¹⁰⁴ Artículo 133. (...)

3. *La consulta, audiencia e información públicas reguladas en este artículo deberán realizarse de forma tal que los potenciales destinatarios de la norma y quienes realicen aportaciones sobre ella tengan la posibilidad de emitir su opinión, para lo cual deberán ponerse a su disposición los documentos necesarios, que serán claros, concisos y reunir toda la información precisa para poder pronunciarse sobre la materia.*

tenha impacto significativo na atividade econômica, não imponha obrigações relevantes aos destinatários ou regule aspectos parciais de uma matéria, ou se for o caso de uma regulamentação de lei ou de exercício do poder regulamentar que prevejam uma tramitação urgente para a regulamentação.¹⁰⁵

José Luis Martínez Lopez-Muñiz aponta a novidade, no sistema normativo espanhol, contida na formulação imperativa da norma e na participação prévia, porque a consulta deve obrigatoriamente ser realizada para recolher a contribuição dos interessados antes mesmo que a Administração tenha redigido uma minuta de projeto, contando somente com uma exposição geral sobre a possível futura norma que se pretende editar.¹⁰⁶

Verifica-se, portanto, que a obrigatoriedade da abertura para a participação do cidadão é a regra, e a prescindibilidade da participação a exceção, que ocorre dentro das situações elencadas na lei e desde que devidamente justificadas.

Note-se que a previsão de participação do cidadão na produção normativa, na legislação administrativa espanhola, ocorre desde 1958 com a Ley de 17 de julio de Procedimiento Administrativo. O Título VI trata dos procedimentos especiais, dentre os quais aqueles de elaboração de disposições de caráter geral e de anteprojetos de lei.

O artigo 130.4 indica que sempre que possível seria concedida à Organização Sindical e demais entidades representativas nas áreas que demandassem a

¹⁰⁵ Artículo 133. (...)

4. Podrá prescindirse de los trámites de consulta, audiencia e información públicas previstos en este artículo en el caso de normas presupuestarias u organizativas de la Administración General del Estado, la Administración autonómica, la Administración local o de las organizaciones dependientes o vinculadas e éstas, o cuando concurren razones graves de interés público que lo justifiquen.

Cuando la propuesta normativa no tenga un impacto significativo en la actividad económica, no imponga obligaciones relevantes a los destinatarios o regule aspectos parciales de una materia, podrá omitirse la consulta pública regulada en el apartado primero. Si la normativa reguladora del ejercicio de la iniciativa legislativa o de la potestad reglamentaria por una Administración prevé la tramitación urgente de estos procedimientos, la eventual excepción del trámite por esta circunstancia se ajustará a lo previsto en aquella.

¹⁰⁶ MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, José Luis. La Elaboración de los Reglamentos. In LÓPEZ MENUDO, Francisco (Director). Innovaciones en el procedimiento administrativo común y el régimen jurídico del sector público. Colección Instituto García Oviedo Núm. 3. Sevilla: Editorial Universidad Sevilla, 2016. P. 310.

defesa dos interesses dos representados, a oportunidade de elaborarem parecer sobre a matéria.¹⁰⁷

O artigo 130.5 prevê, quando a natureza da disposição normativa o aconselhe, a abertura à informação pública.¹⁰⁸

A Ley del Gobierno 50/97 revogou esses dispositivos, estabelecendo uma nova regulação sobre a atividade normativa da Administración Pública. Dispôs sobre a participação do cidadão nos procedimentos de elaboração de regulamentos, mas não nos casos de iniciativa legislativa do Governo.

Assim, elaborado o texto de uma disposição que afete os direitos e interesses legítimos dos cidadãos, será dada audiência a eles, sendo essa concessão devidamente motivada, também poderá ser aberta informação pública ou mesmo consulta.¹⁰⁹

Até a edição da Ley 39/2015 as disposições sobre a atividade regulamentar valiam somente para a Administración General del Estado, que conviviam com outras regulações deste gênero, como por exemplo, a regulação para o procedimento regulamentar das Administraciones Autónomas e das Entidades Locais.

¹⁰⁷ Artículo 130. (...)

4. Siempre que sea posible y la índole de la disposición lo aconseje, se concederá a la Organización Sindical y demás entidades que por ley ostenten la representación o defensa de intereses de carácter general o corporativo afectados por dicha disposición, la oportunidad de exponer su parecer en razonado informe en el término de diez días, a contar desde la remisión del proyecto, salvo cuando se opongan a ello razones de interés público debidamente consignadas en el anteproyecto.

¹⁰⁸ Artículo 130. (...)

5. Cuando, a juicio del Ministro, la naturaleza de la disposición lo aconseje, será sometida a información pública durante el plazo que en cada caso se señale.

¹⁰⁹ Artículo 24. Del procedimiento de elaboración de los reglamentos.

1. La elaboración de los reglamentos se ajustará al siguiente procedimiento:

(...)

c) Elaborado el texto de una disposición que afecte a los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos, se les dará audiencia, durante un plazo razonable y no inferior a quince días hábiles, directamente o a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la ley que los agrupen o los representen y cuyos fines guarden relación directa con el objeto de la disposición. La decisión sobre el procedimiento escogido para dar audiencia a los ciudadanos afectados será debidamente motivada en el expediente por el órgano que acuerde la apertura del trámite de audiencia. Asimismo, y cuando la naturaleza de la disposición lo aconseje, será sometida a información pública durante el plazo indicado.

d) No será necesario el trámite previsto en la letra anterior, si las organizaciones o asociaciones mencionadas hubieran participado por medio de informes o consultas en el proceso de elaboración indicado en el apartado b).

Não havia, portanto, uma regulação específica do procedimento regulamentar com caráter de legislação básica, que vinculasse todas as Administrações Públicas no sentido do que se refere o artigo 149, 18.^a a Constituição espanhola de 1978.¹¹⁰

II.III. A democratização da Administração Pública em Portugal

O Decreto-Lei n.º 4/2015, de 07 de janeiro, instituiu em Portugal o novo Código de Procedimento Administrativo, em substituição ao Decreto-Lei 442/91, que se refere ao primeiro Código de Procedimento Administrativo português.

Nesse sentido, constata-se que ambas as legislações aconteceram com a finalidade de dar cumprimento à Constituição Portuguesa de 1976, cujo artigo 268º, n.º 3 dispõe que:

(...) o processamento da actividade administrativa será objecto de lei especial, que assegurará a racionalização dos meios a utilizar pelos serviços e a participação dos cidadãos na formação das decisões ou deliberações que lhes disserem respeito.

No preâmbulo do primeiro Código de Procedimento Administrativo- Decreto Lei 442/91, o legislador português trata da necessidade, cada vez maior, de que se elaborasse uma disciplina geral do procedimento administrativo, dado o aumento constante das inúmeras e diversas atividades de que se incumbem a Administração Pública, e da necessidade de reforçar a eficiência e de garantir a participação do cidadão nas decisões que lhes digam respeito.

¹¹⁰ *Artículo 149*

1. El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias:

1ª (...)

18.ª Las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas y del régimen estatutario de sus funcionarios que, en todo caso, garantizarán a los administrados un tratamiento común ante ellas; el procedimiento administrativo común, sin perjuicio de las especialidades derivadas de la organización propia de las Comunidades Autónomas; legislación básica sobre contratos y concesiones administrativas y el sistema de responsabilidad de todas las Administraciones públicas.

Ainda no preâmbulo, a informação de que a elaboração do referido decreto foi influenciada pela experiência na matéria de países como por exemplo, a Espanha, Estados Unidos da América e especialmente a Alemanha com o seu Código de Procedimento Administrativo de 1976, além de ter acolhido muitas das soluções sugeridas pelos projetos portugueses anteriores, sendo a primeira versão datada de 1980, e o Decreto 442/91 a terceira versão desses estudos.

Verifica-se, também, que o antigo Código de Procedimento Administrativo de 1991 já se preocupava com a necessidade de aproximação entre Administração e o cidadão, elencando o princípio da participação dentre os que regem a atividade administrativa no artigo 8º.¹¹¹

O princípio da desburocratização e da eficiência, identificados no artigo 10¹¹², o princípio da colaboração da Administração com os particulares (artigo 7º)¹¹³, também foram concebidos nesse sentido, tendo como núcleo principal aproximar os serviços dos cidadãos.

Divido em quatro Partes, coube à última dedicar-se à atividade administrativa e, dentro dela, a regulamentar.

O artigo 114 abre o capítulo sobre o regulamento, indicando aplicarem-se as disposições do capítulo a todos os regulamentos da Administração Pública. Logo em

¹¹¹ Decreto-Lei 442/91

“Artigo 8.º

Princípio da Participação

Os órgãos da Administração Pública devem assegurar a participação dos particulares, bem como das associações que tenham por objecto a defesa dos seus interesses, na formação das decisões que lhes disserem respeito, designadamente através da respectiva audiência nos termos deste Código.”

¹¹² Decreto-Lei 442/91

“Artigo 10.º

Princípio da desburocratização e da eficiência

A Administração Pública deve ser estruturada de modo a aproximar os serviços das populações e de forma não burocratizada, a fim de assegurar a celeridade, a economia e a eficiência das suas decisões.”

¹¹³ Decreto-Lei 442/91

“Artigo 7.º

Princípio da colaboração da Administração com os particulares

1- Os órgãos da Administração Pública devem actuar em estreita colaboração com os particulares, procurando assegurar a sua adequada participação no desempenho da função administrativa, cumprindo-lhes, designadamente:

a) Prestar aos particulares as informações e os esclarecimentos de que careçam;

b) Apoiar e estimular as iniciativas dos particulares e receber as suas sugestões e informações.”

seguida o artigo 115 reconhece aos particulares o direito de peticionarem junto à Administração para desencadear-se o procedimento regulamentar¹¹⁴.

O artigo 117 traz a obrigatoriedade do órgão com competência regulamentar ouvir as entidades representativas dos interesses afetados, caso a regulamentação impuser deveres, sujeições ou encargos aos cidadãos. A exceção se abre em caso de ocorrerem razões de interesse público, desde que devidamente fundamentadas. Caso tenha ocorrido a participação das entidades interessadas a isso se fará menção no preâmbulo do projeto¹¹⁵.

Por sua vez, o novo Código de Procedimento administrativo português, Decreto-Lei 04/2015, conforme exposição do seu preâmbulo, se operou num contexto bem mais amplo de debates, com ampla participação e contribuições dos vários setores da sociedade, num contexto de internacionalização e europeização do direito português, que se aproximou das experiências alemã, italiana, espanhola e da União Européia.¹¹⁶

Relativamente ao novo Código de Procedimento Administrativo -nota-se clara ênfase dada no preâmbulo à aproximação do legislador com amplos setores da

¹¹⁴ Decreto 442/91

"Artigo 115°

Petições

1- *Os interessados podem apresentar aos órgãos competentes petições em que solicitem a elaboração, modificação ou revogação de regulamentos, as quais devem ser fundamentadas, sem o que a Administração não tomará conhecimento delas.*

2- *O órgão com competência regulamentar informará os interessados do destino dado às petições formuladas ao abrigo do nº1, bem como dos fundamentos da posição que tomar em relação a elas."*

¹¹⁵ Decreto 442/91

"Artigo 117.º

Audiência dos interessados

1- *Tratando-se de regulamentos que imponha deveres, sujeições ou encargos, e quando a isso não se oponham razões de interesse público, as quais serão sempre fundamentadas, o órgão com competência regulamentar deve ouvir, em regra, sobre o respectivo projecto, nos termos definidos em legislação própria, as entidades representativas dos interesses afectados, caso existam.*

2- *No preâmbulo do regulamento far-se-á menção das entidades ouvidas."*

¹¹⁶ Vide trecho do preâmbulo: "*Por outro lado, novas exigências que neste intervalo de tempo foram colocadas à Administração Pública e, mais do que isso, ao exercício da função administrativa, e a alteração do quadro em que esta última era exercida, por força de lei e do direito da União Européia, impunham que essas exigências tivessem correspondência no texto do Código...*"

e mais adiante: "*O novo Código do Procedimento Administrativo é o resultado de todos os contributos da discussão atrás referida. Na sua elaboração foram, entretanto, também levados em conta os contributos da doutrina e da jurisprudência portuguesa, assim como do direito comparado, designadamente, da Alemanha, da Itália e da Espanha, e do direito da União Européia"*.

sociedade, num sentido que torna possível afirmar ter ocorrido um avanço em relação ao primeiro Código.

Diz o Decreto-Lei 4/2015:

(...) 2- Para o efeito, foi constituída uma comissão de especialistas, que preparou um anteprojeto de revisão. Esse anteprojeto foi submetido a discussão pública, que se revelou extremamente rica, com ampla participação de interessados dos mais diversos setores, desde a Administração Pública até às universidades, passando por advogados e magistrados. A mesma comissão incorporou depois, no projeto final, muitas sugestões que resultaram desse debate.

Ao que indica tal Decreto, aprofundou-se o movimento de tornar a Administração Pública portuguesa mais próxima do cidadão, colaborativa e eficiente.

Foram várias as modificações introduzidas pelo Decreto-Lei 04/2015, contudo, serão aqui indicadas apenas aquelas que guardam relação com o objeto da presente pesquisa.

Em linhas gerais, é possível aferir a preocupação do legislador com uma nova dinâmica na atuação da administração, voltada para o aprofundamento da efetivação de uma boa administração, democrática, aberta, eficiente, responsável dialógica e inserida na dimensão da União Européia.

O Decreto-Lei 04/2015 foi editado como uma lei básica sobre o exercício do poder administrativo, com a finalidade de afastar os inúmeros regulamentos elaborados por “Ministérios, algumas Direções-Gerais, alguns Institutos Públicos e algumas Câmaras Municipais”¹¹⁷, que acabavam por restringir, dentro do seu âmbito de aplicação, as garantias que o antigo Código de Procedimento Administrativo conferia aos particulares ao longo do procedimento administrativo.

¹¹⁷ QUADROS, Fausto de. A revisão do Código do Procedimento Administrativo: principais inovações. *In* Novo Código de Procedimento Administrativo. Conferências do CEJ 2014-2015. Ed: Centro de Estudos Judiciários, Lisboa, 2016. P. 12.

Além desse aspecto, Fausto de Quadros, um dos membros da comissão que elaborou o novo Código de Procedimento Administrativo português, elenca os fatores que determinaram a revisão do Decreto-Lei 442/91:

As revisões da Constituição da República levadas a cabo desde a entrada em vigor do CPA em 1991 (por exemplo, ao artigo 268º, nº 4);
as inovações atendíveis da demais legislação ordinária que se entrecruza com o CPA (por exemplo, a Lei da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e das demais Entidades Públicas e o Código dos Contratos Públicos);
as lacunas do Código anterior (por exemplo, a omissão de referência à Administração eletrônica e a ausência de definição do regime substantivo dos regulamentos);
os contributos da doutrina e da jurisprudência administrativas que entretanto se tinham acumulado (por exemplo, em matéria de invalidade e revogação do ato administrativo);
os ensinamentos do Direito Comparado, concretamente dos Direito alemão e italiano (por exemplo, em matéria de Administração eletrônica, de auxílio administrativo e de conferências procedimentais);
as exigências que o Direito da União Européia coloca ao procedimento administrativo português, por força, tanto dos Tratados, como do seu Direito derivado, como sobretudo, da jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Européia (TJUE) que obriga os Estados membros, inclusive a Administração Pública e os tribunais nacionais (por exemplo, em matéria de revogação de atos administrativos constitutivos de direitos e de responsabilidade extracontratual da Administração).¹¹⁸

O âmbito de atuação do novo Código de Procedimento Administrativo foi ampliado em relação ao primeiro. Quanto ao aspecto material, aplica-se a todo o exercício do poder administrativo, independente da natureza das entidades que o exerçam,

¹¹⁸ Idem. P. 13 e 14.

alcançando até mesmo as entidades não públicas.¹¹⁹ Quanto ao aspecto subjetivo, passa a aplicar-se a “todos os órgãos do Estado ou das Regiões Autónomas, mesmo se não integrados na Administração Pública, e, dentro da Administração Pública, às autoridades administrativas independentes”.¹²⁰

O novo Código de Procedimento Administrativo, manteve alguns dos princípios gerais elencados na legislação revogada¹²¹ (princípio da colaboração com os particulares, princípio da participação), e introduziu outros, na tentativa de equilibrar a atividade administrativa e os direitos dos cidadãos com a nova realidade eletrônica, garantir a transparência e a responsabilidade nas decisões, melhorar a aproximação com a sociedade e harmonizar a conduta administrativa com a inserção de Portugal na União Européia.

¹¹⁹ É o que se depreende da leitura do Decreto 04/2015:

"Artigo 2º

Âmbito de aplicação

1- As disposições do presente Código respeitantes aos princípios gerais, ao procedimento e à atividade administrativa são aplicáveis à conduta de quaisquer entidades, independentemente da sua natureza, adotada no exercício de poderes públicos ou regulada de modo específico por disposições de direito administrativo.

...

3- Os princípios gerais da atividade administrativa e as disposições do presente Código que concretizam preceitos constitucionais são aplicáveis a toda e qualquer atuação da Administração Pública, ainda que meramente técnica ou de gestão privada.

¹²⁰ QUADRO, Fausto de. A revisão do Código de Procedimento Administrativo. Op.Cit. P.15.

¹²¹ Apesar da consciência de que os princípios se entrelaçam uns aos outros, construindo a lógica do sistema ao qual se referem, entendemos que haveria um desvio do foco que, apesar da dificuldade, se pretende manter relativamente ao tema da presente pesquisa. De modo que os princípios mencionados são apenas aqueles que mais se aproximam do tema trabalhado, ressaltando-se que ambas as legislações apresentam um rol mais amplo de princípios sobre o procedimento administrativo do que os abordados aqui.

Assim, foram elencados os novos princípios: da boa administração¹²², da administração eletrônica¹²³, da administração aberta¹²⁴ e da cooperação leal com a União Européia¹²⁵.

Nos artigos 4º e 5º verifica-se claro o núcleo fundante da nova legislação, que é entender o interesse público numa dinâmica em que também se protege os direitos e interesses dos cidadãos, onde uma boa Administração Pública é aquela que, além de se pautar por critérios de eficiência, economicidade e celeridade, deve estar organizada de modo a aproximar os serviços da sociedade e de forma não burocratizada. Essas idéias

¹²² Decreto-Lei 04/ 2015

"Artigo 5.º

Princípio da boa administração

1- *A Administração Pública deve pautar-se por critérios de eficiência, economicidade e celeridade.*

2- *Para efeitos do disposto no número anterior, a Administração Pública deve ser organizada de modo a aproximar os serviços da população e de forma não burocratizada".*

¹²³ Decreto-Lei 04/2015

"Artigo 14.º

Princípios aplicáveis à administração eletrônica

1- Os órgãos e serviços da Administração Pública devem utilizar meios eletrónicos no desempenho da sua atividade, de modo a promover a eficiência e a transparência administrativas e a proximidade com os interessados.

2- Os meios eletrónicos utilizados devem garantir a disponibilidade, o acesso, a integridade, a autenticidade, a confidencialidade, a conservação e a segurança da informação.

3- A utilização dos meios eletrónicos, dentro dos limites estabelecidos na Constituição e na lei, está sujeita às garantias previstas no presente Código e aos princípios gerais da atividade administrativa.

4- Os serviços administrativos devem disponibilizar meios eletrónicos de relacionamento com a Administração Pública e divulgá-los de forma adequada, de modo a que os interessados os possam utilizar no exercício dos seus direitos e interesses legalmente protegidos, designadamente para formular as suas pretensões, obter e prestar informações, realizar consultas, apresentar alegações, efetuar pagamentos e impugnar atos administrativos.

...".

¹²⁴ Decreto-Lei 04/2015

"Artigo 17.º

Princípio da administração aberta

1- *Todas as pessoas têm o direito de acesso aos arquivos e registros administrativos, mesmo quando nenhum procedimento que lhes diga diretamente respeito esteja em curso, sem prejuízo do disposto na lei em matérias relativas à segurança interna e externa, à investigação criminal, ao sigilo fiscal e à privacidade das pessoas.*

2- ...".

¹²⁵ Decreto-Lei 04/2015

"Artigo 19.º

Princípio da cooperação leal com a União Européia

1- *Sempre que o direito da União Européia imponha à Administração Pública a obrigação de prestar informações, apresentar propostas ou de, por alguma outra forma, colaborar com a Administração Pública de outros Estados-membros, essa obrigação deve ser cumprida no prazo para tal estabelecido.*

2- *Na ausência de prazo específico, a obrigação referida no número anterior é cumprida no quadro da cooperação leal que deve existir entre a Administração Pública e a União Européia."*

expressam os princípios da prossecução do interesse público e da proteção dos direitos e interesses dos cidadãos, e o princípio da boa administração, respectivamente.¹²⁶

A Administração Pública deve ser um agente facilitador na aproximação com o cidadão, não somente prestando-lhe toda informação e esclarecimento, mas, ainda, incentivando a sua comunicação com os órgãos administrativos, conforme o princípio da colaboração com os particulares¹²⁷.

O artigo 12º traz o princípio da participação ao instituir o dever da Administração Pública de:

Assegurar a participação dos particulares, bem como das associações que tenham por objeto a defesa dos seus interesses, na formação das decisões que lhes digam respeito, designadamente através da respectiva audiência nos termos deste Código.

¹²⁶ “ Artigo 4º

Princípio da prossecução do interesse público e da proteção dos direitos e interesses dos cidadãos
Compete aos órgãos da Administração Pública prosseguir o interesse público, no respeito pelos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos.

Artigo 5º

Princípio da boa administração

1 - A Administração Pública deve pautar-se por critérios de eficiência, economicidade e celeridade.

2- Para os efeitos do disposto no número anterior, a Administração Pública deve ser organizada de modo a aproximar os serviços das populações e de forma não burocratizada.”

¹²⁷ “ Artigo 11º

Princípio da colaboração com os particulares

1- Os órgãos da Administração Pública devem atuar em estreita colaboração com os particulares, cumprindo-lhes, designadamente, prestar aos particulares as informações e os esclarecimentos de que careçam, apoiar e estimular as suas iniciativas e receber as suas sugestões e informações...”

O artigo 77, dentro do princípio da boa gestão, cria um novo instrumento interno de decisão que envolva vários órgãos, através das conferências procedimentais, diminuindo a burocracia e a lentidão do trâmite tradicional¹²⁸.

Assim, vários órgãos competentes para a tomada de decisão em determinada matéria, agora contam com a possibilidade de o fazerem conjuntamente, otimizando o tempo e o resultado, com uma decisão menos burocratizada. “Cria-se a conferência procedimental, para melhor e mais rápido exercício em comum ou conjugado da competência de diversos órgãos da Administração”¹²⁹.

O artigo 80 trata do direito de audiência dos interessados e a audiência pública, quando for obrigatória, “a realização desta na pendência da conferência procedimental suspende o prazo para a conclusão da mesma”. Há, portanto, a possibilidade de na conferência pública ser aberta audiência pública.

Mais adiante, traz várias normas sobre regulamento administrativo, tratando da sua definição, espécies e procedimento de elaboração.

Relativamente ao regulamento administrativo, houve mudanças no sentido de orientar a atividade para a nova Administração digital e aberta que Portugal pretende efetivar, da previsão de ponderação entre os custos e benefícios da medida, do fortalecimento da participação dos interessados, e da previsão de consultas públicas. A

¹²⁸ CAPÍTULO III

Da Conferência procedimental

Artigo 77º

Conceito e modalidades

1- As conferências procedimentais destinam-se ao exercício em comum ou conjugado das competências de diversos órgãos da Administração Pública, no sentido de promover a eficiência, a economicidade e a celeridade da atividade administrativa.

2- As conferências procedimentais podem dizer respeito a um único procedimento ou a vários procedimentos conexos, e dirigir-se à tomada de uma única decisão ou de várias decisões conjugadas.

3- As conferências procedimentais relativas a vários procedimentos conexos ou a um único procedimento complexo, em que há lugar à tomada de diferentes decisões por diferentes órgãos, podem assumir uma das seguintes modalidades:

a) Conferência deliberativa, destinada ao exercício conjunto das competências decisórias dos órgãos participantes através de um único ato de conteúdo complexo, que substitui a prática, por cada um deles, de atos administrativos autónomos;

b) Conferência de coordenação, destinada ao exercício individualizado, mas simultâneo, das competências dos órgãos participantes, através da prática, por cada um deles, de atos administrativos autónomos.

¹²⁹ QUADROS, Fausto de. A revisão do Código do Procedimento Administrativo: principais inovações. Op. Cit. P. 20.

introdução de novos princípios a regerem a conduta administrativa, como o da boa administração, da colaboração com os particulares e administração aberta, em conjunto com o reforço dado ao princípio da participação, já previsto no Decreto 442/91, ofereceram o eixo da nova dinâmica que se quer implementar.

O artigo 97 abre as disposições sobre a matéria, tratando do procedimento do regulamento administrativo, prevendo a possibilidade de pessoas interessadas solicitarem fundamentadamente perante os órgãos competentes, a elaboração, modificação ou revogação de regulamentos, sendo dever da Administração informar esses interessados do destino e fundamentos da posição tomadas em relação a elas¹³⁰. Nota-se, já de início, a preocupação em aproximar a Administração ao cidadão, ao prever a participação deste como impulsionador da ação normativa administrativa.¹³¹

Prevê a nova lei a necessidade da avaliação prévia do regulamento, obrigando que haja um projeto de regulamento contendo justificativa fundamentada constando uma ponderação dos custos e benefícios das medidas a serem adotadas.¹³²

Ainda no que diz respeito aos regulamentos, o novo Código elaborou o que a doutrina denomina de “*regime substantivo dos regulamentos*”¹³³ na Parte IV, Cap. I. “*Constitui elemento essencial do conceito de regulamento ele visar produzir efeitos jurídicos externos (artigo 135º)*”¹³⁴. Segue todo o Capítulo tratando de questões

¹³⁰ Decreto-lei 04/2015

“ *Artigo 97º*

Petições

1- Os interessados podem apresentar aos órgãos competentes petições em que solicitem a elaboração, modificação ou revogação de regulamentos, as quais devem ser fundamentadas, sem o que a Administração não toma conhecimento delas.

2- O órgão com competência regulamentar deve informar os interessados do destino dado às petições formuladas ao abrigo do nº 1, bem como dos fundamentos da posição que tome em relação a eles.”

¹³¹Ressalte-se que o dispositivo constava, também, do antigo Código de Procedimento Administrativo, em termos não semelhantes, mas parecidos, no artigo 115.º, n. 1 e 2.

¹³² Decreto-Lei 04/2015

"Artigo 99

Projeto de Regulamento

Os regulamentos são aprovados com base num projeto, acompanhado de uma nota justificativa fundamentada, que deve incluir uma ponderação dos custos e benefícios das medidas projetadas.”

¹³³ QUADROS, Fausto de. A revisão do Código do Procedimento Administrativo: principais inovações. Op. Cit. P. 22.

¹³⁴ Idem.

importantes a respeito do regulamento, como o prazo para a sua emissão quando a execução de um ato legislativo dele estiver dependendo (artigo 138); relação entre regulamentos (artigo 139); revogação de regulamentos (artigo 146).

Não nos ateremos aos dispositivos acima mencionados porque demandam um outro enfoque, diferente daquele que se tenta trilhar no presente estudo, contudo, a referência a eles ocorreu com o intuito de identificar o aprofundamento das questões relativas à produção de atos normativos pela Administração Pública em Portugal, servindo como base para que possamos identificar a importância do tema escolhido para as reflexões que aqui se produzem, que se opera no sentido da participação da sociedade no procedimento de elaboração dos atos de interesse geral, nos quais se incluem os atos normativos, pela Administração Pública no Brasil.

O princípio da administração eletrônica incide na matéria sobre regulamentos dado que, no início do procedimento, será publicado na Internet, no sítio institucional, com indicação do seu objeto e da forma como se pode processar a constituição como interessados e apresentação de contribuições para a elaboração do regulamento. Prevê, ainda, o acompanhamento do procedimento por associações e fundações representativas dos interesses envolvidos¹³⁵.

Note-se, porém, que no cotidiano administrativo, a realidade da informática e as facilidades que promove no armazenamento e acesso a dados, bem como a abertura

¹³⁵ “ Artigo 98º

Publicitação do início do procedimento e participação procedimental

1- O início do procedimento é publicitado na Internet, no sítio institucional da entidade pública, com a indicação do órgão que decidiu desencadear o procedimento, da data em que o mesmo se iniciou, do seu objeto e da forma como se pode processar a constituição como interessados e a apresentação de contributos para a elaboração do regulamento.

2- Quando as circunstâncias o justificarem, podem ser estabelecidos os termos de acompanhamento regular do procedimento por acordo endoprocedimental com as associações e fundações representativas dos interesses envolvidos e com as autarquias locais em relação à proteção de interesses nas áreas das respectivas circunscrições.”

para um maior acesso do cidadão na comunicação com a Administração estavam presentes em Portugal bem antes do novo Código de Procedimento Administrativo.¹³⁶

Se o regulamento contiver disposições que afetem de modo direto e imediato direitos ou interesses legalmente protegidos dos cidadãos, o procedimento será aberto para a audiência dos interessados, que pode ser escrita ou oral.

Como exceção, há a possibilidade de não ser aberta a audiência, nas seguintes circunstâncias, obrigatoriamente fundamentadas: necessidade de emissão urgente do regulamento, quando a audiência comprometer a utilidade do regulamento; o número de interessados for elevado tornando a audiência incompatível (nesse caso deverá ser aberta consulta pública) e nos casos em que os interessados já tenham se pronunciado no procedimento sobre as questões que importam à decisão¹³⁷.

A exceção, portanto, é a não realização da audiência.

¹³⁶ Nesse sentido: “*Toda essa informatização já vinha sendo uma prática corrente - com maior ou menor dissonância, variável em função dos organismos, do mesmo Ministério, ou dos diferentes serviços, do mesmo organismo - mercê da Lei das Comunicações Electrónicas, das normas especificamente reguladoras das assinaturas electrónicas certificadas, e da Lei de Protecção de Dados Pessoais. O novo Código de Procedimento Administrativo passa a sei (apenas) um repositório para fácil conhecimento do que era a utilização corrente, na actividade administrativa, dos meios electrónicos na difusão da informação e na acessibilidade a serviços*”... e ainda “*Já é passado o tempo de se perceberem as vantagens da administração eletrónica (ou automatizada, como alguns autores preferem), tão focalizada na divulgação da informação e na comunicação, pois, essa é, há muito, a realidade de vários serviços públicos, em especial os que se relacionam proximamente ao cidadão. O novo Código de Procedimento Administrativo só lhe confere a chancela oficial...*”. Cf. NAVARRO MACHADO, Cristina Maria da Silva Lopes. A decisão administrativa eletrônica - Emergência da regulação do procedimento administrativo eletrônico. Dissertação (Mestrado Em Direito), Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, Lisboa, 2010.

¹³⁷ “*Artigo 100.º*

Audiência dos interessados

1- Tratando-se de regulamento que contenha disposições que afetem de modo direto e imediato direitos ou interesses legalmente protegidos dos cidadãos, o responsável pela direção do procedimento submete o projeto de regulamento por prazo razoável, mas não inferior a 30 dias, a audiência dos interessados que como tal se tenham constituído no procedimento.

2- A audiência dos interessados pode ser escrita ou oral e processa-se, salvo quanto aos prazos, nos termos dos artigos 122.º e 123.º

3- O responsável pela direção do procedimento pode não proceder à audiência quando:

- a) A emissão do regulamento seja urgente;*
- b) Seja razoavelmente de prever que a diligência possa comprometer a execução ou a utilidade do regulamento;*
- c) O número de interessados seja de tal forma elevado que a audiência se torne incompatível, devendo nesse caso proceder-se a consulta pública;*
- d) Os interessados já se tenham pronunciado no procedimento sobre as questões que importam à decisão.*

4- Nas situações previstas no número anterior, a decisão final deve indicar os fundamentos da não realização da audiência.

5- A realização da audiência suspende a contagem dos prazos do procedimento administrativo.”

A consulta pública¹³⁸ é introduzida no artigo 101 do novo Código de Procedimento Administrativo, ocorrendo no caso de um número elevado de interessados tornar a audiência incompatível ou quando a natureza da matéria justificar.

Neste caso, o projeto de regulamento será submetido à consulta pública, para o recolhimento das sugestões dos interessados, com publicação no órgão da imprensa oficial e na Internet, garantindo-se visibilidade adequada à sua compreensão. Ocorrendo a consulta pública, tal fato deve estar mencionado no preâmbulo do regulamento.¹³⁹

II.IV. A democratização da Administração Pública na Itália

Na Itália a unificação do procedimento administrativo ocorreu na década de noventa, com a edição da Lei Geral sobre procedimento administrativo - Lei 241/90.

Há precedente histórico, há mais de um século, de garantia dos direitos do cidadão em face da administração, que se consubstancia na Lei nº 2359 de 1865 que previu, em matéria de expropriação, a necessidade de uma concatenação de atos para que o bem privado pudesse passar para a propriedade do Estado.

Nesse encadeamento de atos, e por conta da relevância de que se revestia o direito de propriedade à época, abria-se a oportunidade para que o cidadão proprietário se opusesse à pretensão expropriatória da Administração.¹⁴⁰

¹³⁸ No antigo Código de Procedimento Administrativo a denominação era de "Apreciação Pública", conforme se verifica no artigo 118.º. O conteúdo foi parcialmente modificado com a introdução da possibilidade de publicação pela Internet no sítio do órgão elaborador do regulamento.

¹³⁹ Decreto 04/2015

"Artigo 101.º Consulta Pública

1- No caso previsto na alínea c) do n.º 3 do artigo anterior ou quando a natureza da matéria o justifique, o órgão competente deve submeter o projeto de regulamento a consulta pública, para a recolha de sugestões, procedendo, para o efeito, à sua publicação na 2.ª série do Diário da República ou na publicação oficial da entidade pública, e na Internet, no sítio institucional da entidade em causa, com a visibilidade adequada à sua compreensão.

2- Os interessados devem dirigir, por escrito, as suas sugestões ao órgão com competência regulamentar, no prazo de 30 dias, a contar da data da publicação do projeto de regulamento.

3- No preâmbulo do regulamento, é feita menção de que o respectivo projeto foi objeto de consulta pública, quando tenha sido o caso.

¹⁴⁰ La Trasparenza dell'atto amministrativo in Scuola di Pubblica Amministrazione, disponível em http://www.comune.grosseto.it/comune/fileadmin/user_upload/Modulistica/giuridica/trasparenza_amministrativa.pdf. Acesso em 7 de setembro de 2017.

A evolução foi lenta, até se chegar numa fase anterior à edição da lei, que estampava a necessidade de assegurar a imparcialidade não somente da decisão final, mas também na fase procedimental, com o direito a um justo procedimento, previsto na construção jurisprudencial do Conselho de Estado italiano. O paulatino emergir do interesse do particular à ampliação da sua posição jurídica com uma concessão, um benefício econômico, por exemplo, levou à formação das bases para a disciplina geral do procedimento administrativo.¹⁴¹

Da pretensão do direito de oposição, frente ao poder da Administração para evitar a perda de um bem, passou-se à necessidade de ver realizada uma determinada pretensão ampliadora da seara de direitos do particular.

Nos anos noventa a Administração Pública sofreu muitas transformações que deslocaram a prevalência do ato administrativo para a da atividade da Administração, que deveria sopesar o resultado da sua ação, observar os direitos do cidadão, garantindo a sua participação no itinerário decisório, agir com transparência e eficiência na prestação das suas atividades.

Surge a necessidade do equilíbrio entre a força da autoridade administrativa e a liberdade do cidadão, "no sentido de que nenhum espaço mais pode ser concedido a uma suposta superioridade da administração, ao menos no âmbito do processo"¹⁴²

A garantia dessa nova concepção se daria com o surgimento, no direito positivo, de uma lei que estruturasse em linhas gerais o procedimento administrativo.

A Lei Geral do Procedimento Administrativo previu o direito de participação do particular, dispondo que a Administração deve proceder a uma comunicação sobre o início do procedimento às pessoas a quem a decisão final irá produzir efeitos diretos e também àqueles que não são os destinatários diretos, mas cuja decisão

¹⁴¹ Idem.

¹⁴² MASERA, Rodolfo in REvista de la Escuela Jacobea de Posgrado, p.30. Disponível em https://issuu.com/jacobeamx/docs/2_simone_rodolfo. Acesso: 07/09/2017.

possa causar prejuízo (incluem-se aqui os sujeitos individuais e aqueles facilmente individualizáveis).¹⁴³

Estão autorizados a intervir no procedimento quaisquer sujeitos portadores de direitos públicos ou privados, bem como os portadores de interesses difusos constituídos em associações ou comitês, que possam experimentar algum prejuízo em razão da decisão.¹⁴⁴

As pessoas autorizadas a participarem do procedimento têm o direito de apresentarem memoriais por escrito e documentos.¹⁴⁵

A Lei explicita uma preocupação com a estabilização dos interesses do particular, numa determinada providência ou pedido que este tenha pleiteado junto à administração, mas cujo teor da decisão será negativo, com a previsão de que, nesses casos, o particular será comunicado dos motivos que obstam o acolhimento do pedido e terá aberto um prazo de 10 dias para apresentar suas observações ou documentos. A decisão final ocorre somente após esse procedimento.¹⁴⁶

¹⁴³ Lei n. 241/1990

*"Capo III Partecipazione al procedimento amministrativo
Articolo 7. (Comunicazione di avvio del procedimento)*

1. Ove non sussistano ragioni di impedimento derivanti da particolari esigenze de celerità del procedimento, le avvio del procedimento stesso è comunicato, con le modalità previste dall articolo 8, ai soggetti nei confronti dei quali il provvedimento finale è destinato a produrre effetti diretti ed a quelli che per legge debbono intervenire. Ove parimenti son sussistano le ragioni di impedimento predette, qualora da un provvedimento possa derivare un pregiudizio a soggetti individuati o facilmente individuabili, diversi dai suoi diretti destinatari, la amministrazione è tenuta a fornire loro, con le stesse modalità, notizia dell inizio del procedimento".

¹⁴⁴ Lei n. 241/1990

"Articolo 9. (Intervento nel procedimento)

1- Qualunque soggetto, portatore di interessi pubblici o privati, nonché i portatori di interessi diffusi costituiti in associazioni o comitati, cui possa derivare un pregiudizio dal provvedimento, hanno facoltà di intervenire nel procedimento."

¹⁴⁵ Lei n.241/1990 (Diritti dei partecipanti al procedimento)

"1. I soggetti de cui all'articolo 7 e quelli intervenuti ai sensi dell'articolo 9 hanno diritto:

b) di presentare memorie scritte e documenti, che l'amministrazione ha l'obbligo di valutare ove siano pertinenti all' oggetto del procedimento."

¹⁴⁶ Lei 245/1990

"Articolo 10-Bis (Comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza).

1- Nei procedimenti as istanza di parte il responsabile del procedimento o l'autorità competente, prima della formale adozione di un provvedimento negativo, comunica tempestivamente agli istanti i motivi che ostano all'accoglimento della domanda. Entro il termine di diece giorni dal ricevimento della comunicazione, gli istanti hanno il diritto de presentare per iscritto le loro osservazioni, eventualmente corredate da documenti."

Além disso, há previsão de um acordo interativo ou substitutivo da decisão que seria negativa, com o particular e por conta das observações e documentos por ele apresentados.¹⁴⁷

A lei não conta com previsão de audiências públicas ou apresentação oral dos interessados e, no artigo 13, retira do âmbito de sua aplicação a atividade administrativa de edição de atos normativos, administrativos gerais, dentre outros de conteúdo genérico:

Lei 245/1990

Articolo 13 (Ambito di applicazione delle norme sulla partecipazione)

1. Le disposizioni contenute nel presente capo non si applicano nei confronti dell'attività della pubblica amministrazione diretta alla emanazione di atti normativi, amministrativi generali, di pianificazione e di programmazione, per i quali restano ferme le particolari norme che ne regolano la formazione.

Apesar dessa possível interpretação literal do referido artigo 13, que minimiza a importância da participação do cidadão na procedimentalização da atividade administrativa, vez que a exclui da atividade normativa, o Conselho de Estado italiano recolocou a questão nos trilhos democráticos de abertura da Administração Pública à participação cidadã.

A jurisprudência administrativa italiana é atualmente unânime em encontrar na previsão das garantias procedimentais, em matéria relativa ao direito de participação nos atos regulatórios, as condições mínimas de se garantir ao particular que sejam observadas as regras legais por parte das Autoridades Independentes¹⁴⁸(denominação italiana correspondente às Agências Reguladoras brasileiras).

¹⁴⁷ Lei 245/1990

“Articolo 11. (Accordi integrativi o sostitutivi del provvedimento)

1- In accoglimento di osservazioni e proposte presentate a norma dell'articolo 10, l'amministrazione procedente può concludere, senza pregiudizio dei diritti dei terzi, e in ogni caso nel perseguimento del pubblico interesse, accordi con gli interessati al fine di determinare il contenuto discrezionale del provvedimento finale ovvero in sostituzione di questo...”

¹⁴⁸ DEL GATTO, Sveva. La Partecipazione ai procedimenti di regolazione delle Autorità indipendenti. *Giornale di diritto amministrativo*, 9/2010. P. 949.

Relativamente à exclusão da participação contida na Lei 241/90, a doutrina e a jurisprudência encontram-se atualmente concordes em entender que o artigo 13 não trata de uma exclusão total da participação do particular nos procedimentos em geral, mas, ao contrário, devolve a disciplina ao setor, pressupondo que as Autoridades Independentes são idôneas o suficiente para regular a participação da sociedade na edição dos atos normativos¹⁴⁹.

Desta forma, não se está diante de uma exclusão da participação, ao contrário, há um reforço dela e uma indicação clara de que os setores envolvidos na prática de atos normativos e administrativos devem seguir os vetores democráticos indicados na lei.

De qualquer modo, a ocorrência de uma alteração legislativa, no sentido de bem delinear o direito de participação na edição dos atos normativos e administrativos gerais, colocaria o direito administrativo positivo italiano mais harmonizado com a evolução que ocorreu internamente na sua doutrina e jurisprudência.

II.V. A democratização da Administração Pública na Argentina

Na década de setenta, sob um regime de governo autoritário, houve a edição da *Ley de Procedimento Administrativo*, Ley 19.549/72, acompanhada posteriormente e já em período de retomada democrática, por vários Decretos regulamentares, constando o Decreto Nacional 1.172/2003 como o atualmente em vigor.

Os referidos decretos tiveram a função de aprofundar as garantias do cidadão no processo administrativo, para adaptá-lo às mudanças estruturais operadas na Administração Pública argentina a partir da edição da *Ley 23.696/1989* (lei da reforma administrativa argentina).

Houve a previsão de mecanismos que garantissem maior celeridade processual, simplificação de trâmites, automatização e informatização de registros,

¹⁴⁹ Idem. P. 951.

despachos e controles do expediente administrativo, redução de prazos, e a participação dos interessados para um maior controle da ação administrativa no processo.¹⁵⁰

Contudo, foi com a edição do Decreto Nacional 1.172/2003 que a sociedade viu ampliada a sua participação, agora também na edição de atos normativos pela Administração Pública argentina.

Com referência à *Ley* 19.549/72, lei base do procedimento administrativo argentino, é possível nela identificar alguma aproximação entre a Administração Pública e o cidadão, como na previsão de escusa da inobservância, pelos interessados, de exigências formais não essenciais e que possam ser cumpridas posteriormente.¹⁵¹

Ou seja, não se pode exigir da sociedade o conhecimento exato das formalidades burocráticas que fazem parte corriqueira das atividades do Estado.

De certa maneira, tal garantia possibilita ao cidadão maior possibilidade de êxito nas suas postulações frente à Administração, ou maior credibilidade em relação aos serviços prestados à sociedade.

Há, também, na referida lei, previsão de direito dos interessados de ser ouvidos, expondo as razões da pretensão e defesas antes da produção do ato, bem como proposição de recursos; na produção de provas e esclarecimentos no processo, bem como do direito a uma decisão fundamentada, que leve em consideração os principais argumentos e as demais questões propostas, que guardarem relação com a solução do caso; previsão de motivação do ato e revisão.¹⁵²

As disposições da *Ley* 19.549/72, elaboradas sob o peso dos anos setenta na Argentina, que encontrava-se no ocaso do regime autoritário iniciado em 1966, estruturado com uma burocracia estatal de caráter monológico¹⁵³, não deixa de revelar importância por

¹⁵⁰ Decreto nº 2476/1990, 1883/1991 e 1759/1991.

¹⁵¹ Artigo I, alínea a) da *Ley* 19.549/72.

¹⁵² Artigo I, nº 1), 2), 3) e Artigo 7, e) da *Ley* 19.549/72.

¹⁵³ No sentido de uma Administração autoritária, naturalmente fechada ao diálogo com a sociedade, que é naturalmente plural nas sua conformação e necessidades.

abrir frestas no procedimento administrativo aos direitos dos cidadãos, ao menos do ponto de vista do direito positivo.

Em 1994 entrou em vigor a nova Constituição, fruto de um novo arranjo das forças sociais, voltado ao resgate da democracia na Argentina.

A Constituição argentina de 1994 relativamente à atividade estatal, garante o princípio da publicidade dos atos e o direito de acesso à informação pública¹⁵⁴, numa dinâmica de reforço da soberania popular.

Regulamentando a questão democrática no seio da Administração Pública argentina, o Decreto Nacional nº 1.172/2003, transcorridos, portanto, 9 anos da promulgação da Constituição, ampliou a forma de participação do cidadão na atividade administrativa no âmbito da administração pública federal.¹⁵⁵

O Decreto Nacional foi idealizado e desenhado pela *Dirección de Planificación de Políticas* de Transparencia e da *Oficina Anticorrupción*, ligados ao Ministério da Justiça e Direitos Humanos argentino, com a participação da sociedade civil nos debates e apresentação de propostas (incorporadas na normativa) ocorridas através da “Mesa de Reforma Política del Diálogo Argentino y del Foro Social para la Transparencia”.¹⁵⁶

Segundo o preâmbulo do Decreto, o objetivo da Administração argentina é fortalecer a relação entre o Estado e a Sociedade Civil, como uma estratégia imprescindível de concretização das reformas institucionais necessárias ao desenvolvimento de uma democracia legítima, transparente e eficiente, no saneamento das Instituições, na concretização de mecanismos que aumentem a transparência das atividades

¹⁵⁴ Artigos 1, 33, 41, 42 e 72 inciso 22 da Constituição da Nação Argentina.

¹⁵⁵ As informações foram coletadas no site do Ministério da Justiça e Direitos Humanos argentino (Sistema Argentino de Información Jurídica), disponível em www.jus.gob.ar/. Acesso em 10 setembro de 2017.

¹⁵⁶ Conforme se verifica no preâmbulo do referido Decreto Nacional: "Que a los efectos de la elaboración del presente decreto se han tomado en cuenta los proyectos elaborados por organismos públicos tales como la SUBSECRETARIA PARA LA REFORMA INSTITUCIONAL Y FORTALECIMIENTO DE LA DEMOCRACIA de la JEFATURA DE GABINETE DE MINISTROS y por la OFICINA ANTICORRUPCIÓN del MINISTERIO DE JUSTICIA, SEGURIDAD Y DERECHOS HUMANOS, como así también las propuestas sugeridas por organizaciones de la sociedad civil a través de la Mesa de Reforma Política del Diálogo Argentino y del Foro Social para la Transparencia.

da administração, acesso igualitário à informação e na ampliação da participação da sociedade nos processos decisórios da Administração.¹⁵⁷

Cinco eixos estruturam a criação dos mecanismos democratizantes: a participação da sociedade em Audiências Públicas¹⁵⁸, a publicidade da Gestão de Interesses (referente aos encontros mantidos entre os agentes estatais e pessoas que representem um determinado interesse), a Elaboração Participativa de Normas¹⁵⁹, o direito de Acesso à Informação Pública e Reuniões Abertas dos Entes Reguladores dos Serviços Públicos (a sociedade pode participar dessas reuniões como ouvinte para conhecimento das questões ali tratadas e do posicionamento de cada membro do órgão de direção).

Cada eixo é regulamentado através de anexo próprio¹⁶⁰ constante do Decreto Nacional, contudo, serão apontados neste trabalho apenas a regulamentação constante dos Anexos I e V, que tratam da dinâmica de participação da sociedade na

¹⁵⁷ Decreto Nacional 1.172/2003 “...*Que constituye un objetivo de esta administración fortalecer la relación entre el Estado y la Sociedad Civil, en el convencimiento de que esta alianza estratégica es imprescindible para concretar las reformas institucionales necesarias para desarrollar una democracia legítima, transparente e eficiente.*

Que lograr el saneamiento de las instituciones debe darse un lugar primordial a los mecanismos que incrementan la transparencia de los actos de gobierno, a los que permiten un igualitario acceso a la información y a los que ampliam la participación de la sociedad en los procesos decorosos de la administración...”.

¹⁵⁸ Idem. "*Que la Audiencia Pública habilita a participación ciudadana en el proceso de toma de decisiones a través de un espacio institucional en el que todos aquellos que pueden sentirse afectados, manifiesten su conocimiento o experiencia y presenten su perspectiva individual, grupal ou colectiva respecto de la decisión a adoptarse. Dichas opiniones- no obstante su carácter no vinculante-deben ser consideradas adecuadamente, estableciéndose la obligación de la autoridad de fundamentar sus desestimaciones.*"

¹⁵⁹ Idem. "*Que la Elaboração Participativa de Normas es un procedimiento que, a través de consultas no vinculantes, involucra a sectores interesados y a la ciudadanía en general en la elaboración de normas administrativas y de proyectos de ley para ser elevados por el Poder Ejecutivo Nacional al Honorable Congreso de la Nación, cuando las características del caso- respecto de su viabilidad y oportunidad- así lo impongan.*"

¹⁶⁰ **Decreto Nacional 1.172/2003**

ANEXO I: Reglamento General de Audiencias Publicas para el Poder Ejecutivo Nacional; **ANEXOII:** Formulario de Inscripción para Audiencias Publicas del Poder Ejecutivo Nacional; **ANEXO III:** Reglamento General para la Publicidad de la Gestión de Interesses en el ámbito del Poder Ejecutivo Nacional; **ANEXO IV:** Formulario de Registro de Audiencias de Gestión de Interesses; **ANEXO V:** Reglamento General para la Elaboração Participativa de Normas; **ANEXO VI:** Formulario para la Presentación de Opiniones y Propuestas en el Procedimiento de Elaboração Participativa de Normas; **ANEXO VII:** Reglamento General del Acceso a la Información Pública; **ANEXO VIII:** Reglamento General de Reuniones Abiertas de los Entes Reguladores de los Servicios Públicos.

tomada de decisão que possa afetar interesses simples, difusos e coletivos dos cidadãos e da produção dos atos normativos da Administração Pública argentina, respectivamente.

O âmbito de aplicação de ambos os casos abrange os órgãos, entidades, empresas, sociedades, e todo ente que funcionar sob a jurisdição do Poder Executivo Nacional.¹⁶¹

Há diferentes mecanismos democratizantes previstos para cada caso, de modo que caberá participação via audiência pública (neste caso caberá contribuição oral que poderá ser acompanhada de apresentação de documentos)¹⁶² na tomada de decisão de âmbito geral da administração que afetar interesses simples, difusos e coletivos da sociedade; a participação via consulta pública (neste caso caberá contribuição escrita acompanhada de documentos, se o caso)¹⁶³ foi reservada ao caso de elaboração de normas ou de projetos de lei pela Administração Pública.

¹⁶¹**Decreto Nacional 1.172/2003, Anexo I:**

Artículo 2° - Ambito de Aplicación

El presente Reglamento General es de aplicación en las audiencias públicas convocadas en ámbito de los organismos, entidades, empresas, sociedades, dependencias y todo otro ente que funcione bajo la jurisdicción del Poder Ejecutivo Nacional.

Anexo V:

Artículo 2°- Ambito de Aplicación

El presente Reglamento General es de aplicación en las audiencias públicas convocadas en ámbito de los organismos, entidades, empresas, sociedades, dependencias y todo otro ente que funcione bajo la jurisdicción del Poder Ejecutivo Nacional.

¹⁶²**Decreto Nacional 1.172/2003, Anexo I:**

Artículo 11-PARTICIPANTES

Puede ser participante toda persona física o jurídica, pública o privada, que invoque un derecho o interés simple, difuso o de incidencia colectiva, relacionado con la temática de la Audiencia Pública.

(...)

Artículo 14 - REQUISITOS

Son requisitos para la participación:

- a) inscripción previa en el Registro habilitado a tal efecto;
- b) presentación por escrito de un informe que refleje el contenido de la exposición a realizar.

Puede acompañarse asimismo, toda otra documentación y/o propuestas relacionadas con el tema a tratar.

¹⁶³**Decreto Nacional 1.172/2003, Anexo V:**

Artículo 15 -REGISTRO DE OPINIONES Y PROPUESTAS

La Autoridad Responsable debe habilitar un Registro para la incorporación de opiniones y propuestas desde la apertura del procedimiento de Elaboración Participativa de Normas. Estas deben realizarse por escrito — pudiendo acompañar la documentación que se estime pertinente— y presentarse a través de un formulario preestablecido, numerado correlativamente y que consigne, como mínimo, los datos previstos en el modelo que integra el presente Decreto como Anexo VI.

Nos dois casos o Decreto Nacional abriu possibilidade de que pessoa física ou jurídica, pública ou privada, possa solicitar a abertura do mecanismo participativo.¹⁶⁴

A finalidade é promover uma efetiva participação cidadã na tomada de decisão administrativa de âmbito geral como, também, atividade normativa da Administração e na apresentação pelo, Poder Executivo, de projetos de lei perante o Poder Legislativo.

As contribuições ofertadas nos dois mecanismos participativos não vinculam a Administração, mas devem ser levadas em consideração nos atos de decisão e normativos devidamente fundamentados.¹⁶⁵

Sobre a participação na atividade administrativa, Néstor Baragli, um dos coordenadores da elaboração do Decreto Nacional, arrola os objetivos pretendidos deste mecanismo democrático: trazer transparência aos processos de tomada de decisões, melhorar a qualidade técnica das decisões, promover o debate público, estimular a participação cidadã e habilitar um caminho em que todos os atores sociais interessados possam atuar na definição das decisões públicas, permitir a quem decide o faça com completo conhecimento de todas as posições e opiniões em jogo, informar a cidadania,

¹⁶⁴ **Decreto Nacional 1.172/2003, Anexo I:**

Artículo 10-SOLICITUD DE PERSONA INTERESADA

Toda persona física o jurídica, pública o privada, puede solicitar mediante presentación fundada ante la Autoridad Convocante, la realización de una Audiencia Pública.

La Autoridad Convocante debe expedirse sobre tal requerimiento en un plazo no mayor a TREINTA (30) días, mediante acto administrativo fundado, el que debe ser notificado al solicitante por medio fehaciente.

Anexo V:

Artículo 11-SOLICITUD DE PERSONA INTERESADA

Toda persona física o jurídica, pública o privada, puede solicitar mediante presentación fundada ante la Autoridad Responsable, la realización de un procedimiento de Elaboración Participativa de Normas.

La Autoridad Responsable debe expedirse sobre tal requerimiento en un plazo no mayor a TREINTA (30) días, mediante acto administrativo fundado, el que debe ser notificado al solicitante por medio fehaciente.

¹⁶⁵ **Decreto Nacional 1.172/2003, Anexo I:**

Artículo 6º- EFECTOS

Las opiniones y propuestas vertidas por los participantes en la Audiencia Pública no tienen carácter vinculante.

Anexo V:

Artículo 6º-EFECTOS

Las opiniones y propuestas que se presenten durante el proceso de Elaboración Participativa de Normas no tienen carácter vinculante.

produzir projetos de normas ou de políticas públicas que contem com consenso social, a partir da detecção de demandas genuínas da sociedade.¹⁶⁶

O fundamento do procedimento de participação na elaboração de normas encontra-se em diversos Tratados Internacionais incorporados na Constituição argentina, que reconhecem o direito de todo cidadão de participar em assuntos públicos, e em algumas disposições constitucionais que orientam a Argentina a fortalecer a democracia participativa.¹⁶⁷

A elaboração participativa de normas acolhe a crescente atuação das organizações da sociedade civil argentina, no sentido de incluí-las nas etapas de gestão e desenho das políticas e normas, aprofundando qualitativamente a participação, que ocorria somente na fase de acompanhamento, portanto, posteriormente à edição das políticas e normas pela Administração. Desta forma, o conjunto de mecanismos de participação adotado, dentre os quais a participação na elaboração normativa, tenta superar as práticas anteriores adotadas pela burocracia argentina, centradas na atuação reservada a servidores especializados, sem qualquer proximidade com os destinatários, que geraram grande quantidade de normas, programas e políticas governamentais ineficazes nas suas implementações e difíceis de serem cumpridas, exatamente porque não levaram em conta as nuances da realidade social em que deveriam incidir.¹⁶⁸

O Anexo I do Decreto Nacional nº 1.172/2003, regulamenta a forma de participação na tomada de decisão de cunho geral da Administração que afetar interesses simples, difuso ou coletivo dos cidadãos.

¹⁶⁶ NÉSTOR, Baragli. *Elaboración participada de normas: Un espacio abierto para el debate de las decisiones públicas*. 2ª ed. Buenos Aires: Oficina Anticorrupción, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2007. P. 7

¹⁶⁷ *Idem*. P. 8.

¹⁶⁸ *Idem*.

Neste caso, como já mencionado, o mecanismo de participação previsto é a audiência pública, regida pelos princípios de igualdade, publicidade, oralidade, informalidade e gratuidade.¹⁶⁹

Para que a participação na audiência possa ocorrer, há necessidade do interessado se inscrever num Registro especialmente criado para isso, apresentar por escrito um resumo que identifique a exposição que se fará e apresentação de documentos se o caso.¹⁷⁰

As audiências públicas são abertas, podendo ser, portanto, acompanhadas pelo público em geral, bem como pelos meios de comunicação.¹⁷¹

O Anexo V do Decreto Nacional nº 1.172/2003, regulamenta a forma de participação na elaboração de normas pela Administração Pública argentina.

Regem o procedimento de participação os princípios da igualdade, publicidade, informalidade e gratuidade (art. 5º)¹⁷² e as contribuições da sociedade não possuem caráter vinculante (art. 6º)¹⁷³.

¹⁶⁹ **Decreto Nacional 1.172/2003, Anexo I:**

Artículo 4º -FINALIDAD

La finalidad de la Audiencia Pública es permitir y promover una efectiva participación ciudadana y confrontar de forma transparente y pública las distintas opiniones, propuestas, experiencias, conocimientos e informaciones existentes sobre las cuestiones puestas en consulta.

¹⁷⁰ **Decreto Nacional 1.172/2003, Anexo I:**

Artículo 14-REQUISITOS

Son requisitos para la participación:

a) inscripción previa en el Registro habilitado a tal efecto;

b) presentación por escrito de un informe que refleje el contenido de la exposición a realizar.

Puede acompañarse asimismo, toda otra documentación y/o propuestas relacionadas con el tema a tratar.

¹⁷¹ **Decreto Nacional 1.172/2003, Anexo I:**

Artículo 15-CARACTER PUBLICO

Las Audiencias Públicas pueden ser presenciadas por el público en general y por los medios de comunicación.

¹⁷² **Decreto Nacional 1.172/2003, Anexo V:**

Artículo 5º-PRINCIPIOS

El procedimiento de Elaboración Participativa de Normas debe garantizar el respeto de los principios de igualdad, publicidad, informalidad y gratuidad.

¹⁷³ **Decreto Nacional 1.172/2003, Anexo V:**

Artículo 6º-EFECTOS

Las opiniones y propuestas que se presenten durante el proceso de Elaboración Participativa de Normas no tienen carácter vinculante.

São considerados participantes toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que invoque um direito ou interesse simples, difuso ou de incidência coletiva¹⁷⁴, relacionado com a norma a ser elaborada¹⁷⁵.

O procedimento se inicia por ato administrativo da autoridade competente ou pela solicitação fundamentada, feita por qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, perante a autoridade responsável.¹⁷⁶

Há previsão de criação de um Registro para a incorporação das opiniões e propostas, que devem ser apresentadas na forma escrita, acompanhada de documentação que se entender necessária, garantida a gratuidade. A apresentação deve ocorrer através do preenchimento de um formulário preestabelecido, e deve conter, no mínimo, os dados previstos num modelo integrante do Anexo VI¹⁷⁷.

Contudo, a autoridade responsável deve consignar no expediente a quantidade de opiniões e propostas recebidas e quais considerou pertinentes à incorporação na norma a ser elaborada.

Há, ainda, previsão de que cabe à autoridade responsável habilitar um endereço eletrônico e um endereço postal, disponíveis aos cidadãos que queiram tecer comentários informais à normativa em elaboração, devendo tais contribuições ser publicadas na página da internet correspondente.

¹⁷⁴ No direito brasileiro o direito ou interesse simples correspondem à esfera individual e os difusos ou de incidência coletiva aos direitos coletivos lato sensu (difusos, coletivos e individuais homogêneos), na classificação feita por DIDIER JR., Fredie & ZANETI JR, Hermes. Curso de Direito Processual Cível: processo coletivo. 11ª ed. Salvador: Jus Podium, 2017. P. 65 e 96.

¹⁷⁵ **Decreto Nacional 1.172/2003, Anexo V:**

Artículo 9- PARTICIPANTES

Puede ser participante en el procedimiento de Elaboración Participativa de Normas toda persona física o jurídica, pública o privada, que invoque un derecho o interés simple, difuso o de incidencia colectiva, relacionado con la norma a dictarse”.

¹⁷⁶ **Decreto Nacional 1.172/2003, Anexo V:**

Artículo 10 - INICIO DEL PROCEDIMIENTO

El procedimiento de Elaboración Participativa de Normas se inicia mediante acto administrativo expreso de la Autoridad Responsable.”

Artículo 11 - SOLICITUD DE PERSONA INTERESADA

Toda persona física o jurídica, pública o privada, puede solicitar mediante presentación fundada ante la Autoridad Responsable, la realización de un procedimiento de Elaboración Participativa de Normas”.

¹⁷⁷ Disponível em <http://www.saij.gob.ar/1172-nacional-mejora-calidad...f=Total%7CTipo%20de%20Documento/Legislaci%F3n/Decreto%7C#>. Acesso em 14 de setembro de 2017.

III. Lei de Processo Administrativo Federal: a participação popular nas decisões de interesse geral e relevantes.

A Lei nº 9.784 de 29 de janeiro de 1999 conhecida como Lei de Processo Administrativo Federal - LPA, nasceu no contexto da Reforma Administrativa do Estado, liderada pelo Ministro Bresser Pereira nos anos 90, sendo considerada um grande avanço na democratização da Administração Pública. Não foi a primeira a ser editada no Brasil, visto que o Estado de Sergipe o fez pela sua Lei Complementar nº 33/1996 e o Estado de São Paulo pela Lei nº 10.177 de 30 de dezembro de 1998.

Foi editada também posteriormente a muitas legislações estrangeiras, como se pode verificar nas legislações dos Estados Unidos da América do Norte, Espanha, Portugal, Itália e Argentina aqui apresentadas, bem como em legislações referidas por Eduardo Garcia de Enterría, como da Checoslováquia em 1955, Iugoslávia e Hungria em 1957 e Alemanha em 1976.¹⁷⁸

Não sem razão, portanto, os estudiosos do direito administrativo que de há muito apontavam como um atraso da administração pública brasileira a falta de uma lei que dispusesse sobre normas gerais de processo administrativo.

De acordo com Adilson de Abreu Dallari, o direito administrativo brasileiro apresentava uma idiossincrasia pela inexistência de uma lei geral de processo administrativo, apesar do seu reconhecimento expresso pela Constituição de 1988. Esse vazio representava a força da autocracia burocrática frente aos reclamos dos administrados.

Segundo o autor, não poderia ser outra a consequência dessa idiossincrasia “a Administração sempre se considerou senhora e dona do processo administrativo, decidindo, a seu talante, quando e como instaurá-lo, seu *iter*, a dimensão da atividade dos administrados em seu bojo, sua publicidade ou reserva et.”¹⁷⁹.

¹⁷⁸ ENTERRÍA, Eduardo Garcia; FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. P. 458.

¹⁷⁹ FERRAZ, Sérgio & DALLARI, Adilson Abreu. Processo Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2001. P. 21.

Isso porque Administração Pública no Brasil “ainda é marcada por arraigadas concepções autoritárias e patrimonialistas, herdadas de séculos de governo colonial, do interregno imperial, das distorções da chamada República Velha e dos períodos ditatoriais”.¹⁸⁰

Desse modo, é possível afirmar que a ausência de uma lei processual geral administrativa, entre nós, encontrava-se na contramão do movimento experimentado por inúmeros países, influenciados pela experiência norte-americana.

Como já exposto anteriormente, a APA norte-americana de 1946 iniciou o movimento de elaboração de leis que garantissem *o due process of law* por parte do Estado, vindo a influenciar algumas décadas após, países que, de alguma forma, se dispuseram a superar suas administrações tingidas pela burocracia e distanciamento do administrado.

Essas leis estrangeiras, pelo fato de enunciarem as normas básicas do modo de agir da administração pública, são “consideradas em todo o mundo a carta de identidade da administração pública, o núcleo do ordenamento jurídico administrativo, o estatuto fundamental da cidadania administrativa”.¹⁸¹

Elas são assim entendidas porque colocam a administração pública num patamar de superação do casuismo e subjetividade nas suas decisões, com previsão dos meios para que decisões mais fundamentadas, objetivas e oportunas possam acontecer. Normalmente há nelas previsão de acesso a informação e de participação adequada dos interessados no processo ou na tomada de decisão administrativa, de maior transparência das razões da decisão e motivação da decisão adotada, bem como apontam para uma superação do formalismo e burocratização da atuação administrativa, com foco no cumprimento inteligente das leis através da valorização dos seus fins previstos.¹⁸²

¹⁸⁰ NOHARA, Irene Patrícia & MARRARA, Thiago. Processo Administrativo: Lei 9784/99 comentada. Op. Cit. P. VII/VIII.

¹⁸¹ MODESTO, Paulo. A nova Lei de Processo Administrativo. Revista Pública Gerencial. Salvador: Talento, ano I, vol.22, junho/julho, 1999. P.50

¹⁸² Idem.

Apesar da demora na sua criação, a Lei de Processo Administrativo federal brasileira teve o mérito de ser elaborada por uma comissão de juristas, composta na sua conformação final por nomes importantes no cenário da doutrina administrativa nacional: Caio Tácito (presidente da comissão), Odete Medauar (relatora da comissão), Inocêncio Mártires Coelho, Diogo de Figueiredo Moreira Neto, José Carlos Barbosa Moreira, Almiro do Couto e Silva, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Adilson Abreu Dallari, José Joaquim Calmon de Passos, Carmem Lúcia Antunes Rocha e Paulo Modesto (secretário geral da comissão).

Em seu trâmite não houve alterações, daí ter sido editada nos exatos termos em que foi proposta pela comissão de juristas.

A Lei de Processo Administrativo brasileira, Lei nº 9.784/99, de agora em diante também designada por LPA, configura-se, assim como as suas correlatas estrangeiras, numa tentativa de reorientar a tomada de decisão pela Administração Pública que se operava, preponderantemente, de forma desordenada, ineficiente, não transparente, sem motivação e descumpridora das garantias constitucionais previstas aos cidadãos administrados.

Tenta, portanto, harmonizar a prática administrativa com os princípios constitucionais prescritos para a Administração Pública e com os direitos fundamentais do cidadão, elencando, inclusive, a possibilidade de participação do cidadão na formação da vontade administrativa.

Paulo Modesto ressalta, dentre as particularidades da LPA, a linguagem simples com que foi redigida, no sentido claro de aproximar a administração do administrado e também o detalhamento dos princípios aplicados ao processo administrativo, no artigo 2º; os direitos e deveres dos administrados, previstos nos artigos 3º e 4º; a proibição de recusa sem motivação de documentos ou solicitações dos particulares, prevista no artigo 6º, parágrafo único; a imposição do dever da Administração decidir expressamente as pretensões do administrado, prevista no artigo 48; a adoção da gratuidade como regra do processo administrativo, previsão do artigo 2º, parágrafo único, XI; o prazo decadencial de 5 anos do direito da Administração de anular os atos

administrativos com efeitos favoráveis para os destinatários, previsto no artigo 54; e a disposição sobre a instrução, os prazos, a forma e o lugar dos atos do processo ordinário e as hipóteses de suspensão e impedimento dos agentes públicos, bem como as formas de recurso e revisão das decisões administrativas.¹⁸³

No contexto do presente trabalho, torna-se necessário enfatizar que a previsão de participação popular através de consultas públicas, quando se tratar de decisão que afete interesses de terceiros, na disposição do artigo 31, ou de audiências públicas, em decisões administrativas sobre matérias relevantes, na disposição do artigo 32, ambos os dispositivos constantes da Lei de Procedimento Administrativo federal, são importantes instrumentos que identificam o esforço do legislador na superação da distância entre a Administração e o administrado, conferindo legitimação e consensualização das decisões de interesse geral ou relevantes.

Através desses mecanismos a sociedade tenta influenciar a Administração através das suas contribuições, oral ou escrita, no espaço de discussão aberto, “para que ela decida com base num consenso que deve se apoiar no peso dos argumentos apresentados e não somente no princípio da maioria”¹⁸⁴.

O Estado Democrático de Direito, ressalte-se, tem por essência a participação popular, por isso já a indica no artigo 1º, parágrafo único da Constituição Federal de 1988, na formulação “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos, ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

O princípio da soberania popular, portanto, está na base do Estado Democrático, que pressupõe a participação efetiva e operante do povo na coisa pública e que não se exaure na simples formação das instituições representativas, que são um apenas um estágio da evolução do Estado Democrático e não o seu completo desenvolvimento.¹⁸⁵

¹⁸³ Idem.

¹⁸⁴ NOHARA, Irene Patrícia. Direito Administrativo. São Paulo: Atlas, 2011. P. 270.

¹⁸⁵ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo, 32ªed. Op. Cit. P. 117.

Essa nova dimensão de participação pressupõe a integração do cidadão na vida estatal e o funcionamento do Estado submetido à soberania popular. A cidadania, nesse contexto, traz a idéia de pertencimento à sociedade estatal

Como titular dos direitos fundamentais, da dignidade como pessoa humana, da integração participativa no poder, com a igual consciência de que essa situação subjetiva envolve também deveres de respeito à dignidade do outro, de contribuir para o aperfeiçoamento de todos.¹⁸⁶

A Constituição de 1988, ao qualificar o nosso Estado como Democrático de Direito, instituiu novos critérios para a caracterização da legitimidade e transparência das atividades administrativas.¹⁸⁷

Por isso, é possível afirmar que se instituiu, na República Federativa do Brasil, um novo padrão constitucional para a atuação administrativa, que deve orientar-se para a construção do interesse público num diálogo profícuo e contínuo com a sociedade, na tendência de obter a consensualização e legitimação das suas decisões.

Pedro Ugarte Salazar¹⁸⁸ em artigo na obra organizada por Vera Schattan P. Coelho e Marcos Nobre (que busca entender o esgotamento das instituições democráticas nas suas formas atuais e descobrir possíveis mecanismos para a sua revitalização, tendo como foco as experiências inovadoras da participação e deliberação populares) traz uma reflexão importante sobre o vínculo entre participação e democracia.

Segundo o autor, afirmar ser a participação cidadã um ingrediente fundamental da forma democrática de governo parece algo simples, mas, contrariamente, ela é carregada de suposições conflituosas, porque é necessário identificar que tipo de participação e para qual democracia. Participam numa democracia em igualdade todos os membros adultos de uma comunidade. Há igual dignidade entre os membros porque o

¹⁸⁶ SILVA, José Afonso da. Comentário Contextual à Constituição de 1988, 2ªed. Op. Cit. P. 35.

¹⁸⁷ MELLO, Shirlei Silmara de Freitas; MARQUES, Stanley Souza. Consulta Popular e Audiência Pública: por um processo administrativo federal dialogado. Disponível em www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=b51a15f382ac9143. Acesso em 16/09/2017.

¹⁸⁸ SALAZAR, Pedro Ugarte In: COELHO, Vera Schattan P; NOBRE, Marcos (orgs). Participação e Deliberação. São Paulo: Editora 34, 2004. P. 93.

poder político deve estar distribuído amplamente entre os cidadãos. A liberdade (pessoal, de expressão, de reunião e de associação) também constitui-se numa precondição para a existência da democracia. Também seriam precondições alguns direitos sociais, como educação e subsistência (ou seja, condições materiais mínimas necessárias para exercer uma participação livre). Uma democracia sem participação cidadã configura-se, assim, numa contradição e num bem vazio caso não visar a justiça social.¹⁸⁹

Por fim, uma verdadeira democracia deve garantir a participação cidadã no maior número possível de espaços de decisão (idéia de autonomia política traduzida no dever de cada cidadão se envolver na tomada de decisões de sua comunidade).¹⁹⁰

Tomando-se como base o pensamento de Paulo U. Salazar, defende-se não estar restrita a participação do cidadão, numa democracia vigorosa, à eleição dos seus representantes, e dever ir além de consultas às maiorias prevista em plebiscitos e referendos.

Ela deve ampliar-se, abrindo espaços de diálogos, com troca de idéias, informações, formas de interpretar uma dada realidade, formas de solucionar e proteger determinados interesses, interagir, enfim, na tomada de decisão da Administração Pública.

Para tanto, essencial a procedimentalização da atividade administrativa, no sentido de que ela regule não somente os processos administrativos em sentido estrito¹⁹¹, mas toda a atividade que envolver decisão da Administração Pública.¹⁹²

¹⁸⁹ Idem.

¹⁹⁰ Idem. P. 102-103.

¹⁹¹ Essa concepção entende o processo administrativo como uma atuação dos interessados “*em contraditório, seja ante a própria Administração, seja ante outro sujeito (administrado em geral, licitante, contribuinte, por exemplo), todos, neste caso, confrontando seus direitos ante a Administração*”. Cf. MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. P. 164.

¹⁹² No sentido trazido por Irene Patrícia Nohara: “*Preferimos nos filiar à corrente que defende conceito abrangente de processo administrativo que não se restringe a dirimir litígios submetidos à Administração em função atípica, de julgamento, mas que consubstancia uma forma de atuar da Administração no desempenho de sua função típica (administrativa) e atípica (de julgar em Tribunais Administrativos, que no Brasil não exercitam jurisdição), até porque a Lei 9.784/99 determina que no § 1º do art. 1º que os preceitos do processo administrativo também se aplicam aos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário da União, quando do desempenho de função administrativa*”. Cf. NOHARA, Irene Patrícia. Direito Administrativo. Op. Cit. P. 236.

Não se pode deixar de mencionar os ensinamentos de Edmir Netto de Araújo, no sentido de que as palavras processo e procedimento são frequentemente usadas com o mesmo significado, porém não guardam total semelhança entre si.

Haverá processo quando o ato administrativo vier estruturado a partir do contraditório, permitindo decisão sobre interesses antagônicos e resistidos. O procedimento é apenas a formalização simples de passos em direção a um certo objetivo, sem a presença do contraditório.

Remetendo-nos ao direito administrativo italiano, ensina:

(...) no Direito Administrativo italiano, “*provvedimento*” significa, frequentemente, “*atto amministrativo*” especialmente se envolve decisão do agente. O provimento praticado pelo Estado, nesse raciocínio, pode resultar de uma *procedimento* simples, apenas formalizando passos em direção ao objetivo visado; ou então, estruturado em forma contraditória, para permitir decisão sobre interesses antagônicos e resistidos, caso em que teremos o *processo*.¹⁹³

O autor, portanto, considera o processo no sentido estrito. Os demais atos que não envolverem o contraditório chegam ao seu final mediante um procedimento.

Odete Medauar também considera processo administrativo no sentido estrito, pois no aspecto substancial procedimento é uma sucessão encadeada de atos, distinguindo-se o processo, que envolve “além do vínculo entre atos, vínculos jurídicos entre os sujeitos, englobando direitos, deveres, poderes, faculdades, na relação processual. Processo implica, sobretudo, atuação dos sujeitos sob prisma contraditório”¹⁹⁴.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, por outro lado, entende que o processo é um instrumento do exercício da função administrativa:

Tudo o que a Administração Pública faz, operações materiais ou atos jurídicos, fica documentado em um processo; cada vez que ela for tomar uma decisão,

¹⁹³ ARAÚJO, Edmir Netto de. Curso de Direito Administrativo. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. P. 981.

¹⁹⁴ MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. Op. Cit. P. 164.

executar uma obra, celebrar um contrato, editar um regulamento, o ato final é sempre precedido de uma série de atos materiais ou jurídicos, consistentes em estudos, pareceres, informações, laudos, audiências, enfim, tudo o que for necessário para instruir, preparar e fundamentar o ato final objetivado pela Administração.

O procedimento é o conjunto de formalidades que devem ser observadas para a prática de certos atos administrativos; equivale a rito, a forma de proceder, o procedimento se desenvolve dentro de um processo administrativo.¹⁹⁵

Irene Patrícia Nohara trilha o mesmo caminho:

enquanto processo é o conjunto de atos coordenados para a obtenção de um provimento individualizado, seja ele sentença ou ato administrativo, procedimento é o modo de realização do processo, ou seja, “o rito processual”, sendo processo e procedimento conceitos inter-relacionados.¹⁹⁶

Essa concepção de processo administrativo insere-se no contexto ampliado da discussão sobre o agir administrativo, que deve promover mecanismos participativos nas suas decisões, seja ela sancionatória, declaratória, normativa ou instituidora de programas estatais.

Reforce-se que a participação do cidadão na administração pública é um direito previsto constitucionalmente (artigo 37, § 3º) e uma das formas de ser operado é através processo administrativo, evidenciando-se como uma das consequências a ampliação da finalidade do processo administrativo no sentido de legitimar o poder o exercido pelo Estado na função administrativa.

Nas palavras de Odete Medauar:

Extrapolou-se o perfil do processo administrativo ligado somente à dimensão do ato administrativo em si, para chegar à legitimação do poder (...). O processo

¹⁹⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. São Paulo: Atlas, 2013. P. 684.

¹⁹⁶ NOHARA, Irene Patrícia. Direito Administrativo. Op. Cit. P. 235.

administrativo instrumentaliza as exigências pluralistas do contexto sociopolítico do fim do século XX e a demanda de democracia na atuação administrativa.¹⁹⁷

Sergio Ferraz e Adilson de Abreu Dallari explicam o sentido ampliado de processo administrativo: “A regra geral é a de que nenhuma decisão deve ser adotada sem o competente e adequado processo administrativo, sendo indiferente haver, ou não, finalidade sancionatória, que já não é mais a única razão para a observância do devido processo legal”.¹⁹⁸

Note-se que as disposições dos artigos 31 e 32 da Lei de Processo Administrativo estão ali inseridas guardando relação com a idéia de processo que se desenvolve como um instrumento de participação social na formação da vontade estatal que afetar interesse geral ou em matéria considerada relevante.

Nas disposições citadas, o que se sobressai é a colaboração da sociedade para uma decisão legitimada e mais adequada a incidir sobre os fatos que o Estado deseja regular.

Não há nas disposições a idéia de litígio ou de contraditório, mas não se pode negar a existência de um processo de tomada de decisão com características de afetar interesses da sociedade.

Nessa dimensão estendida de produção da vontade do Estado é que se ajusta a concepção ampla de processo administrativo.

Reveste-se de importância esse posicionamento, para que se possa garantir com o mesmo timbre de um direito constitucionalmente previsto¹⁹⁹, a participação do cidadão, não somente em processos onde houver litigiosidade, como também nos demais casos:

¹⁹⁷ MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. Op. Cit. P. 166.

¹⁹⁸ FERRAZ, Sérgio & DALLARI, Adilson Abreu. Processo Administrativo. Op. Cit. P. 121.

¹⁹⁹ No sentido de se considerar a participação popular como um direito subjetivo constitucionalmente previsto do cidadão, aqui entendido no sentido conferido por Luis Roberto Barroso "entende-se por direito subjetivo o poder de ação, assente no direito objetivo, e destinado à satisfação de um interesse" e mais adiante, destaca o autor as características essenciais dos direitos subjetivos: "a) a ele corresponde sempre um dever jurídico por parte de outrem; b) ele é violável, vale dizer, pode ocorrer que a parte que tem o dever jurídico, que deveria entregar determinada prestação, não o faça; c) violado o dever jurídico, nasce para o seu titular uma pretensão, podendo ele servir-se dos mecanismos coercitivos e sancionatórios do Estado, notadamente por via de uma ação judicial." Cf. BARROSO, Luis Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. Op. Cit. P. 22.

Constatação que se acentua nos dias de hoje, sobretudo em vista da existência de processos administrativos que não dizem respeito à composição de conflitos de interesse, mas, sim, à concretização de direitos sociais e à participação democrática dos cidadãos na feitura das normas administrativas.²⁰⁰

Nas palavras de Luis Roberto Barroso:

As normas constitucionais definidoras de direitos - isto é, de direitos subjetivos constitucionais - investem os seus beneficiários em situações jurídicas imediatamente desfrutáveis a serem efetivadas por prestações positivas ou negativas, exigíveis do Estado ou de outro eventual destinatário da norma... Nas hipóteses em que tenham sido criado direitos subjetivos - políticos, individuais, sociais ou difusos - são elas, como regra, exigíveis, do Poder Público ou do particular, por via das ações constitucionais e infraconstitucionais contempladas no ordenamento jurídico.²⁰¹

Essa abertura para a interação junto à sociedade, integra um dos escopos principais do processo democrático e tendem a levar a Administração a uma decisão revestida de efetividade e legitimidade.

Trata-se de uma nova dimensão do processo administrativo democrático, a que Egon Bockman Moreira designa como uma terceira espécie de processo administrativo.

Segundo o autor, existem três espécies de processo administrativo pelas quais se torna possível verificar as suas mutações. A primeira é aquela em que o particular defende os seus direitos, com as garantias do contraditório e ampla defesa, visando impedir ou limitar a atuação do Estado (processo fiscal, disciplinar, expropriatório, dentre outros). A segunda se verifica nas situações em que o particular pretende obter o reconhecimento pela Administração de algum direito ou interesse próprio ou da coletividade

²⁰⁰ MOREIRA, Egon Bockman. *Processo Administrativo: princípios constitucionais*, a Lei 9.784/1999 e o Código de Processo Civil/ 2015. *Op. Cit.* P. 105.

²⁰¹ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional. Op. Cit.* P. 221.

(licenciamentos, autorizações, por exemplo), não há litígio, portanto. A terceira é aquela em que o processo administrativo e o particular colaboram na elaboração normativa. Os indivíduos buscam não somente benefícios próprios, como também benefícios numa dimensão coletiva ou difusa. A participação no processo normativo das agências reguladoras é um exemplo exemplos dessa nova espécie.²⁰²

Desloca-se, especialmente com a terceira espécie, a unilateralidade tradicional do ato administrativo para o campo da consensualidade, construída colaborativamente entre a Administração Pública e a sociedade.

A base do Estado liberal que estruturou-se na dicotomia entre Estado e cidadão e, segundo Eduardo García de Enterría, foi substituído pela consciência da necessidade de uma interpenetração, uma osmose entre ambos. Como consequência:

Há a exigência de desalienar o poder, de quebrar o segredo e, com ele, a autonomia burocrática, de lutar contra o enorme risco que o governo de burocratas representa para o nosso tempo (...). Por último, a conveniência, como técnica básica de de eficiência, de complementar, senão substituir, a tradição da Administração autoritária para uma Administração “participada” ou combinada.²⁰³

E, ainda,

A idéia de uma participação dos administrados nos processos decisórios, parece capaz de reduzir as disfunções organizacionais e burocráticas, mas também de obter um novo *consensus*, uma nova legitimidade (Chevalier) que permita superar a crise atual do comando autoritário, generalizada em todas as esferas.²⁰⁴

²⁰² MOREIRA, Egon Bockman. Processo Administrativo: princípios constitucionais, a Lei 9.784/1999 e o Código de Processo Civil/ 2015. Op. Cit. P. 77-79.

²⁰³ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; RAMÓN FERNÁNDEZ, Tomás. Curso de direito administrativo. trad. José Alberto Froes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. P. 113.

²⁰⁴ Idem.

Note-se, a propósito, que a teoria geral do processo construiu uma noção de processualidade apontando para além da finalidade de constituição ou declaração de direitos, sendo ele entendido com um escopo de pacificação social.

Cândido Rangel Dinamarco desenvolve o sentido de pacificação social do processo a partir do entendimento de que a legitimidade do Estado e do poder que emana se medem pela capacidade, no exercício do seu poder, de organizar convenientemente a sociedade colaborando para que as pessoas possam realizar as suas aspirações, conservando bens e valores.²⁰⁵

O Estado, portanto, ao organizar a vida em sociedade, compondo e pacificando a tensão entre os inúmeros interesses existentes, assim procederá através das suas funções legislativa, judiciária e administrativa. Apesar desta última função não ter sido referida pelo autor, não se pode negar que à Administração cabe diuturnamente a tarefa de estabelecer critérios para disponibilizar o acesso aos bens a que têm direitos os cidadãos, garantindo-lhes a satisfação dos mais variados interesses e direitos:

O Estado está, com isso, positivando o seu poder, no sentido de evitar as condutas desagregadoras, estimular as agregadoras, distribuir os bens entre as pessoas - e, por essas formas, criar o clima favorável à paz entre os homens, eliminando as insatisfações.²⁰⁶

É nesse contexto que se dá o alargamento da noção de conflito de interesses para a de pacificação social na teoria de Cândido Rangel Dinamarco.

Os conflitos a que ele se refere não se atêm aos limites da lide, mas se ampliam para outras esferas, como nos processos de natureza declaratória, não só em processos civis cognitivos, mas também em cautelares ou executivos, não só em processo civil, mas também em processo penal.²⁰⁷

²⁰⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. A Instrumentalidade do Processo. 15ª edição. São Paulo: Malheiros, 2013. P. 189.

²⁰⁶ Idem.

²⁰⁷ Idem. P. 190.

Nessa amplitude conferida pelo autor, nos parece ser possível incluir também o processo administrativo, até mesmo porque:

A organização e subsistência do Estado dependem do exercício organizado do poder legítimo, por meios legítimos...Decidindo e impondo decisões (não necessariamente em sede jurisdicional), o Estado afirma seu próprio poder e a autoridade de que instrumentalmente estão investidos os seus agentes, na busca de fins predeterminados.²⁰⁸

O processo administrativo possui múltiplas finalidades, dentre as mais relevantes:

Garantir o respeito aos direitos das pessoas, melhorar o conteúdo das decisões administrativas, assegurar a eficácia dessas decisões, legitimar o exercício das prerrogativas públicas, assegurar o correto desempenho das atividades administrativas, aproximar-se mais do ideal de justiça, diminuir a distância entre a Administração e os cidadãos, sistematizar as ações administrativas, facilitar o controle da Administração e ensejar a efetiva aplicação dos princípios que regem a atividade administrativa.²⁰⁹

É neste momento que emerge o importante papel educador da Administração Pública, abrindo, divulgando, incentivando a participação popular no processo de tomada de decisão que afete diretamente ou indiretamente interesses das pessoas.

Reforça esse pensamento Augustin Gordillo:

consideramos que los países de américa latina mejorarían su grado y calidad de participación y por lo tanto de vida democrática si establecieran la norma de la

²⁰⁸ Idem.

²⁰⁹ MEDAUAR, Odete. A Processualidade no Direito Administrativo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. P. 61.

necesaria información, consulta y debate público previo a la emisión de normas administrativas generales o a la adopción de grandes proyectos públicos.²¹⁰

A crescente participação do particular no processo de preparação das decisões que possam de alguma forma afetá-lo, desembocou numa via de mão dupla, pois ao condicionamento da sua liberdade pelo Estado, corresponde o condicionamento do modo de proceder da Administração²¹¹.

No caso brasileiro, essa transformação na dinâmica cidadã, a partir da participação direta, não deixou de ser um grande desafio e de encontrar resistências, especialmente quando se trata de aproximar o administrado à dimensão administrativa do Estado, compartilhando cada um no seu papel, o espaço público de discussão sobre os assuntos de interesse da coletividade.

Desde a Constituição de 1988 se tenta criar alternativas de gestão administrativa que pudessem, de alguma forma, orientar a Administração Pública para o seu novo papel democrático, ativando mecanismos que na prática garantissem, em relação ao seu funcionamento, maior transparência, controle, moralidade, eficiência e participação da coletividade.

Ao longo desses anos, foram construídos dois modelos de gestão do Estado brasileiro, o gerencial e o societal, com diferenças importantes entre si, e que não chegaram a ser integralmente implementados.

Em obra que trata sobre gestão pública, Ana Paula Paes de Paula²¹² teceu estudo a respeito desses dois modelos, em que se evidencia ter o modelo gerencial se originado no alinhamento ao movimento internacional, pela reforma do Estado, iniciado nos anos 80 na Inglaterra e EUA. Constata que ele é participativo no nível do discurso, mas centralizador no que se refere ao processo decisório e à construção de canais de

²¹⁰ GORDILLO, Augustin. Tratado de Derecho Administrativo. 10ª edição., t II. Buenos Aires: Fundacion de Derecho Administrativo, XI, v. 13. P. 459.

²¹¹ MOREIRA, Egon Bockman. Processo Administrativo: princípios constitucionais, a Lei 9.784/1999 e o Código de Processo Civil/ 2015. Op. Cit. P. 104.

²¹² PAULA, Ana Paula Paes de. Por uma nova gestão pública: limites e potencialidades da experiência contemporânea. Rio de Janeiro: FGV, 2005. P. 175.

participação popular. Enfatiza a eficiência administrativa e se baseia no ajuste estrutural, nas recomendações dos organismos multilaterais internacionais. Tem como proposta a separação das atividades exclusivas e não exclusivas do Estado e adota uma abordagem de gestão que enfatiza a adaptação das recomendações gerencialistas para o setor público.²¹³

Os pontos negativos desse modelo podem ser assim resumidos: centraliza o processo decisório e não estimula a criação de instituições políticas mais abertas à participação social, focando-se mais nas dimensões estruturais do que nas dimensões sociais e políticas da gestão. Implementou um modelo que não foi construído na sua completude no país. Seus pontos positivos: possui clareza em relação à organização do aparelho de Estado e métodos de gestão; alguns métodos gerencialistas estão melhorando a eficiência do setor público, especialmente no setor econômico e financeiro.²¹⁴

O modelo societal tem origem nos movimentos sociais brasileiros dos anos 60 e desdobramentos nos trinta anos posteriores. Enfatiza a participação social e procura estruturar um projeto político que repense o modelo de desenvolvimento brasileiro, a estrutura do aparelho do Estado e o paradigma da gestão. É participativo no nível das instituições, enfatizando a elaboração de estruturas e canais que viabilizem a participação popular. Tem uma abordagem de gestão que enfatiza a elaboração de experiências de gestão focalizadas nas demandas do público-alvo, incluindo questões culturais e participativas.

Os pontos negativos desse modelo podem assim ser resumidos: não possui uma proposta nova para a organização do aparelho do Estado; não elaborou mais sistematicamente alternativas de gestão coerentes com o seu projeto político; ainda não desenvolveu estratégia para articular as dimensões econômico- financeira, institucional-administrativa e sociopolítica da gestão pública. Seus pontos positivos: procura elaborar um projeto de desenvolvimento que atenda aos interesses nacionais; está construindo

²¹³ Idem.

²¹⁴ Idem. P. 178.

instituições políticas e públicas mais abertas à participação social e voltadas para as necessidades dos cidadãos.²¹⁵

Como se percebe, ainda são grandes os desafios para a construção de uma Administração Pública efetivamente democrática.

A dimensão sociopolítica é importante de ser inserida na reforma e na administração do Estado, mas ainda hoje, constitui-se mais no discurso do que na prática.

A dicotomia existente entre a política e a administração pública ainda não se equacionou, pois a estrutura da Administração e as suas características dificultam a penetração das demandas populares e uma efetiva participação social.²¹⁶

Note-se que a Lei de Processo Administrativo federal nasceu no contexto inicial da instituição do modelo gerencial, no bojo da implementação da Reforma do Estado, e prevê a participação da sociedade também em outros dispositivos além dos artigos 31 e 32 citados.

Há neles previsão de instrumentos onde se percebe estar facilitada a participação, como o direito à informação, a motivação das decisões, as regras sobre publicidade e a participação dos administrados, diretamente ou por meio de organizações e associações legalmente reconhecidas.

Houve na LPA, assim como nas suas congêneres estrangeiras, portanto, o esforço de colocar o cidadão no epicentro da vida democrática, participando mais efetivamente na formação da vontade do Estado.

Contudo, como se denota da crítica tecida por Ana Paula P. de Paula, a sua ampla e efetiva penetração do cidadão no aparelho do Estado, como uma prática normal e necessária, ainda encontram um longo caminho a percorrer.

²¹⁵ Neste aspecto diz a autora que essas experiências alternativas têm acontecido ainda focalizadas na organização local. Cf. *Idem*. P. 170.

²¹⁶ *Idem*.

Não se ignora que no contexto da reforma do Estado, houve edição de inúmeras leis garantindo a participação popular na formação da vontade administrativa, através dos instrumentos da consulta e audiência pública²¹⁷.

Porém, não lhes cabe lugar na lógica proposta neste trabalho, centrado na perspectiva da importância da uniformização de previsão, pela Lei de Processo Administrativo federal, desses mecanismos participativos, visto trata-se de numa lei geral, aplicável no âmbito federal (inclusive ao Legislativo e Executivo nas suas funções administrativas) e subsidiariamente aos demais entes federativos que não possuem legislação específica regulando o processo administrativo, ou ainda, subsidiariamente para completarem leis especiais.

Sobre o grau de abrangência desta lei, Maria Sylvia Zanella Di Pietro trata dos limites da aplicação da LPA a Estados, Distrito Federal e Municípios, na perspectiva do âmbito federativo em que se estruturam as várias administrações.

Por não se tratar de matéria de competência exclusiva nem concorrente da União, a cada ente federativo foi conferida a competência para legislar sobre os seus processos administrativos.

Tal enfoque levaria ao entendimento de que a a Lei de Processo Administrativo somente se aplica na seara da administração federal.

Contudo, salienta a autora, a LPA estabeleceu normas básicas sobre os processos em geral e não processos específicos, sendo o seu principal objetivo:

(...) dar aplicação a princípios constitucionais pertinentes aos direitos do cidadão perante a Administração Pública.

Ora, quando se fala em princípios constitucionais e em direitos do cidadão, entra-se na esfera de temas de interesse nacional e, portanto, de competência da União.²¹⁸

²¹⁷ Por exemplo: Lei 8.666/93 (Lei de Licitações e Contratos), Lei 9.427/96 (instituidora da Agência Nacional de Energia Elétrica), Lei 9.472/97 (instituidora da Agência Nacional de Telecomunicações), Lei 9.478/97 (lei instituidora da Agência Nacional do Petróleo), Lei 10.257/2001 (Estatuto da Cidade).

²¹⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. A Lei de Processo Administrativo: sua idéia matriz e âmbito de aplicação. In NOHARA, Irene Patricia & MORAES FILHO, Marco Antonio Paredes de. Processo Administrativo: Temas Polêmicos da Lei nº 9.784/99. São Paulo: Atlas, 2011. P. 190.

Ressalta, ainda, a autora, que a LPA no seu artigo 2º tece um rol de princípios²¹⁹ a serem obedecidos pela Administração, cuja previsão encontra-se expressa ou implícita na Constituição federal. Os próprios critérios constantes do parágrafo único do mesmo artigo são aplicações dos princípios constantes do *caput*.

Faz a autora referência a variados dispositivos que constituem aplicação de princípios constitucionais, como, por exemplo, o artigo 3º “*que ao tratar dos direitos dos administrados, aplica os princípios da publicidade, do direito de defesa e do contraditório*”²²⁰.

Nesse sentido, nos parece ser possível acrescentar como exemplos, os dispositivos constantes dos artigos 31 e 32, que expressam a aplicação do princípio da participação popular, base de todos Estado Democrático de Direito.

Ou seja, a LPA dispõe sobre normas que integram a aplicação de princípios constitucionais, abrangendo, portanto, âmbito nacional.

Nas palavras da autora em comentário:

(...) as normas da Lei nº 9.784/99, sendo de caráter principiológico, são de âmbito nacional. Isso não impede que Estados e Municípios também legislem sobre a matéria de processo administrativo, com vistas à aplicação dos mesmos princípios constitucionais. Com relação às leis estaduais e municipais validamente promulgadas, a Lei federal terá aplicação subsidiária, da mesma forma que ocorre com relação às federais sobre procedimentos específicos.²²¹

José dos Santos Carvalho Filho confirma:

(...) as normas da Lei 9.784/99 têm caráter genérico e subsidiário, ou seja, aplicam-se apenas nos casos em que não haja lei específica regulando o

²¹⁹ A saber: legalidade, finalidade, motivação, proporcionalidade, razoabilidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

²²⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. A Lei de Processo Administrativo: sua idéia matriz e âmbito de aplicação. Op. Cit. P. 190.

²²¹ Idem. P. 191.

respectivo processo administrativo ou, quando haja, é aplicável para complementar as regras especiais.²²²

O caminho da democratização das relações da Administração Pública não poderia ser trilhado sem a processualização das suas atividades.

Thiago Marrara fala numa quarta fase por que passa o direito administrativo, em que os mecanismos de participação previstos na Lei de Processo Administrativo federal aliam a democratização à processualização ²²³: “A processualização guarda relação com a legitimação do Estado e com a concretização de uma gestão eficiente (...) A Administração processualizada tende a ganhar aceitação e compreensão”²²⁴.

Esse *iter* democrático, aberto e compartilhado com a sociedade, tende a uma maior consensualização das decisões administrativas.

Marcos Augusto Perez ao tratar dos institutos de participação popular, ensina que eles conferem aos administrados a possibilidade de tomar parte nas atividades desenvolvidas pela Administração Pública, seja na dimensão deliberativa, de execução ou de controle, tendo a finalidade de tornar a atuação administrativa mais eficiente por meio:

- 1- Da colaboração entre a sociedade e a Administração;
- 2- Da busca da adesão ou do consentimento do administrado em relação às iniciativas público-administrativas;
- 3- Da instituição de procedimentos que visem à consensualidade entre administrados e Administração e, afinal,
- 4- Da maior abertura e transparência dos processos decisórios.²²⁵

²²² CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo, 23ª ed.. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. P. 1068.

²²³ A outras tendências gerais que afetam o direito administrativo, segundo Thiago Marrara são: a globalização, a regionalização e a federalização, a privatização, a desburocratização e a automação. Cf. MARRARA, Thiago. Direito Administrativo brasileiro: Transformações e Tendências. In MARRARA, Thiago (org). Direito Administrativo Transformações e Tendências. São Paulo: Almeida, 2014. P. 25.

²²⁴ Idem. P. 36.

²²⁵ PEREZ, Marcos Augusto. A Administração Pública Democrática. Op. Cit. P. 71.

Ao Estado cabe a tarefa de, na trajetória de tomada de decisão, ser mais dialógico, transparente e consequente, ponderando democraticamente os custos e benefícios do impacto causado pela sua ação na coletividade. A proximidade com a sociedade tende a uma maior aceitação das atividades da Administração, vez que a decisão foi compartilhada.

Tome-se a consensualização no sentido conferido por Thiago Marrara: ela não se confunde com consenso, sendo este um possível resultado daquela.

Nas palavras do autor:

Veja-se o caso das audiências e consultas públicas. Não há dúvidas que tais instrumentos de participação popular em processos administrativos abrem espaço para a administração dialógica. No entanto, audiências e consultas estão longe de serem mecanismos de necessária aproximação de vontades. Elas podem ocasionar mais dissensos e mais conflitos... Os mecanismos pró-consensuais para a concretização da consensualidade são, portanto, potenciais.²²⁶

Irene Patricia Nohara aprofunda o sentido de processualização da atividade administrativa elencando em quatro tópicos as principais garantias à sociedade:

- 1- maior **transparência**;
- 2- possibilidade de controlar a atuação administrativa antes da edição do ato final, o que viabiliza, portanto, o exercício do **controle preventivo** dos atos administrativos, realizado no *iter* da formação;
- 3- **democratização**, a partir da ampliação dos canais de participação do povo e de interessados na formação da vontade que deve ser *estatal*, e não dos agentes individuais, e *pública*, voltada, portanto, para a satisfação de interesses da coletividade, em sua concepção primária; e
- 4- respeito à **dignidade** dos cidadãos-administrados, que devem ser tratados como sujeitos e não objetos.²²⁷

²²⁶ MARRARA, Thiago. Direito Administrativo brasileiro: Transformações e Tendências. Op. Cit. P. 41.

²²⁷ NOHARA, Irene Patrícia. Direito Administrativo. Op. Cit. P. 240.

A importância de uma lei geral de processo administrativo, em que pese o seu âmbito de aplicação restringir-se à administração pública federal e aos demais entes federativos subsidiariamente, é criar a dimensão jurídica necessária à concretização do direito de participação, na verdade, um poder, aquele que subjaz em toda democracia, sob a fórmula “*todo o poder emana do povo*”, e que necessita vir à tona com os contornos da época em que se revela.

Nesse momento, o político galga à dimensão jurídica, propiciando ao cidadão-administrado o direito à participação, nos termos regulados pela lei.

Essa dimensão político-jurídica da participação popular é a garantia, do ponto de vista legal, de que o Estado distribua os recursos públicos, limitados pela própria natureza, de forma mais equânime e eficiente.

Note-se que a Constituição de 1988, optou pelo modelo semidireto de democracia, ao prever ao lado da escolha pelos cidadãos, através do voto, dos seus representantes, também a sua participação direta, através de instrumentos como o plebiscito, referendo e iniciativa popular.

Nessa previsão de participação popular, foi além, inaugurou um tempo em que se requer do Estado, da sua burocracia, a capacidade de garantir a criação de uma esfera pública adequada ao diálogo, com o compartilhamento das decisões de gestão que causarem impacto na sociedade.

Esse é um tempo em que se requer do Estado retirar:

Das instâncias burocráticas de poder a exclusividade na deliberação sobre as medidas prioritárias e as políticas públicas correspondentes para atender aos interesses públicos mais imediatos, abrindo expressivas possibilidades de interlocução e controle comunitários²²⁸.

²²⁸ NOHARA, Irene Patrícia. Participação Popular No Processo Administrativo: consulta, audiência pública e outros meios de interlocução comunitária na gestão democrática dos interesses públicos, in NOHARA, Irene Patrícia; MORAES FILHO, Marco Antonio Praxedes de (orgs). Processo Administrativo: Temas Polêmicos da Lei 9.784/ 99. São Paulo: Atlas, 2011. P. 80.

Há inúmeros mecanismos de participação da sociedade nas instâncias de decisão da Administração Pública previstos na Constituição Federal como, por exemplo: em matérias de direito previdenciário, o artigo 10 da Constituição garante a participação do trabalhador e empregador nos colegiados dos órgãos públicos competentes; em matéria de previdência social (art. 194, VII); no planejamento da política agrícola (art. 187); na área da saúde (art. 198, III); na defesa do meio ambiente (art. 225).

A Administração Pública para concretizar o direcionamento democrático indicado na Constituição Federal, deve conferir transparência aos seus atos e, para tanto, além de garantir o acesso à informação ao cidadão, deve proceder a um adequado processo administrativo.

Nesse contexto, a existência de uma Lei de Processo Administrativo reveste-se de grande importância na garantia do proceder democrático que se requer, porque uniformiza o processo de tomada de decisão da Administração Pública, tornando-a mais previsível e observadora dos direitos e interesses dos cidadãos.

Seria um contrassenso referir-se a uma administração pública democrática sem que a participação do cidadão estivesse prevista, daí constar na LPA normas sobre consultas e audiências públicas, dois instrumentos importantes para a viabilização dessa abertura.

Além deles, abre a LPA a possibilidade de outros instrumentos que tenham por finalidade a participação do cidadão, deixando a critério do administrador público utilizar-se de outros meios que possam servir a essa interação democrática.

III.I. Consulta e Audiência Pública: instrumentos de uma Administração Pública Dialógica.

Chega-se neste estágio à centralidade do trabalho, consistente em analisar até que ponto os atos praticados pela Administração Pública²²⁹, com potencial de causarem impacto na esfera de direitos e interesses da sociedade, e regidos na forma prevista pela Lei de Processo Administrativo federal, condizem com a lógica de uma ordem democrática instituída pela Constituição de 1988 e desenvolvida ao longo dessas últimas décadas.

O processo de implementação de medidas democratizantes no aparelho burocrático administrativo, como já exposto anteriormente, não se fez sem resistências, tanto de parte dos administradores quanto da classe dos representantes políticos.

Foi longo o caminho, ainda em construção, de aproximação da Administração e cidadão-administrado.

Os anos oitenta trouxeram novos desafios ao Estado brasileiro para que se adaptasse à vida democrática que se estava retomando.

Novos ventos tentaram oxigenar a atuação do Estado, aproximando-o da sociedade. A abertura da Administração Pública à participação popular encontrou seu suporte constitucional no direito de participação previsto no artigo 37, § 3º da Constituição Federal que dispõe

A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente (...)

A partir dessa formulação, introduzida pela Emenda Constitucional nº 19/98, ocorreram desdobramentos que foram operados pela legislação infraconstitucional,

²²⁹ A expressão Administração Pública está assim utilizada, no sentido de que a LPA é lei geral federal, que contém normas básicas sobre processo administrativo incidindo sobre a atividade da administração federal e subsidiariamente em relação às legislações especiais federais e municipais, ou seja, aplicada quando “houver qualquer omissão da lei específica sobre determinado aspecto normativo nessas leis especiais, sejam federais, estaduais ou municipais, cf. DI PIETRO, Maria Sylvia. A Lei de processo administrativo e âmbito de aplicação. Op. Cit. P. 192.

com a previsão de mecanismos de participação popular, inicialmente em matérias ambientais, seguida do direito do consumidor:

(...) O fenômeno das audiências públicas já havia começado no Brasil, pois ele é contemporâneo do surgimento da grande discussão sobre Direito Ambiental. Quando se começou a reconhecer que a Administração tinha um grande papel em matéria ambiental e, depois, na Defesa do Consumidor, resolveu-se introduzir o dever de fazer audiências públicas.²³⁰

Posteriormente, houve a edição de inúmeras “normas que consagram diferentes formas de participação do cidadão, com a instituição de ouvidores junto a diferentes órgãos públicos, sistemas de ‘disque-denúncia’, audiências públicas, consulta pública e tantas outras.”²³¹

As consultas e as audiências públicas se configuram como exemplares importantes desses mecanismos participativos, que ainda não esgotaram as suas potencialidades de propiciarem uma necessária e importante interação entre a Administração Pública e o cidadão.

Há, portanto, que se aprofundar na aplicação desses instrumentos, com a ampliação das possibilidades de participação do cidadão.

As características principais das consultas e audiências públicas, objetivos e diferenças seguem expostas adiante, bem como o convite a um olhar mais amplo a respeito da utilização desses mecanismos, na direção de lhes conferir a densidade democrática suficiente para propiciar maior participação do cidadão, passo necessário que tem a potencialidade de contribuir para o aprofundamento da democracia no Estado brasileiro, através da estabilização de uma administração pública aberta, transparente e dialógica.

²³⁰ SUNDFELD, Carlos Ari. Palestra proferida no I Seminário de Direito Administrativo- Tribunal de Contas do Município de São Paulo em 29/09/2003. Disponível em https://www.tcm.sp.gov.br/legislacao/doutrina/29a_03_10_03/1carlos_ari4htm. Acesso em 29 de setembro de 2017.

²³¹ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. Direito Administrativo. Op. Cit. P. 698.

III.II. Consultas e Audiências Públicas na Lei 9.784/99: concretização de uma esfera pública de diálogo

As consultas e audiências públicas constam na Lei de Processo Administrativo federal como instrumentos participativos na tomada de decisão pela Administração Pública com potencial de causarem impacto na sociedade.

Esses dois mecanismos de participação, como já ressaltado, não são exclusividade da LPA.

Apesar da Lei de Processo Administrativo não ter inovado na previsão dos mecanismos de participação popular na gestão democrática dos interesses públicos dois aspectos, segundo Irene Patricia Nohara, merecem ser destacados:

- (1) primeiramente, porque o estabelecimento de regras sobre a matéria significa a criação de *marcos jurídicos* que transformam um elemento essencialmente político em algo jurídico-político, gerando aos cidadãos-administrados certos direitos e, portanto, posições jurídico-ativas no processo de participação popular;
- (2) depois, porque a Lei 9784/99 é *lei geral*, aplicada, conforme entendemos, em âmbito federal, sendo, de acordo com a diretriz do art.69 da LPA, subsidiária aos regulamentos específicos, ou seja, tais mecanismos são plenamente invocáveis para assegurar a participação popular em quaisquer procedimentos em que não haja disciplina legal preestabelecida ou até para complementar o que existe do assunto disciplinado²³²

Entende-se que a dimensão de participação traduz o elemento essencialmente político referido por Irene Patricia Nohara, constitucionalizado em 1988 e base do Estado Democrático de Direito.

Democracia sem participação da sociedade traduz-se numa idéia vazia, mas essa afirmação não vale por si, pois demanda referenciar o tipo de participação que se requer.

²³² NOHARA, Irene Patrícia. Participação Popular No Processo Administrativo. Op. Cit. P. 78.

No tipo de democracia em que se insere, a participação não deve estar focada somente na escolha dos representantes pelo cidadão no momento das eleições ou da votação em plebiscitos e referendos; ela deve alcançar também a própria gestão do Estado.

Esse alcance se evidencia na participação do cidadão, garantida pela Constituição Federal através do artigo 37, § 3º, que remete à elaboração de lei disciplinadora das formas de participação do usuário na administração pública direta ou indireta.

Como já visto, a Lei de Processo Administrativo, lei geral federal, dispôs sobre a consulta e audiência públicas nos artigos 31 e 32, respectivamente nos seguintes termos:

Art. 31. Quando a matéria do processo envolver assunto de interesse geral, o órgão competente poderá, mediante despacho motivado, abrir período de consulta pública para manifestação de terceiros, antes da decisão do pedido, se não houver prejuízo para a parte interessada. (...)

Art. 32. Antes da tomada de decisão, a juízo da autoridade, diante da relevância da questão, poderá ser realizada audiência pública para debates sobre a matéria do processo.

Note-se que o Decreto 8243/2014²³³, editado pela Presidência da República, mas sustado pelo Congresso Nacional, que pretendia instituir, no âmbito da administração pública federal, a Política Nacional de Participação Social e o Sistema Nacional de

²³³ O Decreto tem por objetivo, conforme disposição do artigo 1º (...)“fortalecer e articular os mecanismos e as instâncias democráticas de diálogo e atuação conjunta entre a administração pública federal e a sociedade civil”. O artigo 4º traz um rol não taxativo dos objetivos: (...) I- consolidar a participação social como método de governo; II- promover a articulação das instâncias e dos mecanismos de participação social; III- aprimorar a relação do governo federal com a sociedade civil, respeitando a autonomia das partes; IV- promover e consolidar a adoção de mecanismos de participação social nas políticas e programas de governo federal; V- desenvolver mecanismos de participação social nas etapas do ciclo de planejamento e orçamento; VI- incentivar o uso e o desenvolvimento de metodologias que incorporem múltiplas formas de expressão e linguagens de participação social, por meio da internet, com a adoção de tecnologias livres de comunicação e informação, especialmente, softwares e aplicações, tais como códigos fonte livres e auditáveis, ou os disponíveis no Portal do Software Público Brasileiro; VII- desenvolver mecanismos de participação social acessíveis aos grupos sociais historicamente excluídos e aos vulneráveis; VIII- incentivar e promover ações e programas de apoio institucional, formação e qualificação em participação social para agentes públicos e sociedade civil; e IX- incentivar a participação social nos entes federados.

Participação Social, conceituava no artigo 2º, inciso VIII e IX, as audiências e consultas públicas nos seguintes termos:

Art. 2º Para os fins deste Decreto, considera-se:

(...)

VIII- **audiência pública**- mecanismo participativo de **caráter presencial**, consultivo, aberto a qualquer interessado, com a possibilidade de manifestação oral dos participantes, cujo objetivo é subsidiar decisões governamentais;

IX- **consulta pública**- mecanismo participativo, a se realizar em prazo definido, de caráter consultivo, aberto a qualquer interessado, que visa **receber contribuições por escrito da sociedade civil sobre determinado assunto**, na forma definida no seu ato de convocação.

Contudo, como informado acima, o Decreto Presidencial não vingou, mas entendemos ter deixado, ao menos, uma orientação quanto a importância de se normatizar os contornos conceituais desses dois importantes instrumentos de participação da sociedade, e, conforme a experiência demonstrou, talvez a via legislativa seja a mais adequada para a discussão dessa questão, que saliente-se, ainda é tida como um tabu para muitos setores políticos e da sociedade²³⁴.

De qualquer modo resta claro que as consultas e audiências públicas, caracterizam-se em mecanismos ou instrumentos participativos, de interação entre a Administração Pública e a sociedade na gestão dos interesses públicos. Possibilitam que pessoas físicas ou jurídicas, que não se configuram no processo administrativo como interessados, apresentem suas sugestões, críticas e comentários sobre a matéria de que trata o processo.²³⁵

²³⁴ As manifestações da imprensa e da bancada da oposição ao Governo de Dilma Rouseff, foram no sentido de que se tratava de um projeto antidemocrático, visando modificar a ordem constitucional pautada na democracia representativa. Não nos estenderemos nessa questão que, apesar de importante, é lateral para o trabalho, mas seguem indicados alguns links demonstrativos da afirmação por nós tecida: “Mudança de regime por decreto”em opinião.estadão.com.br; “Dois dias depois da eleição, Câmara derruba decreto bolivariano de Dilma”em veja.abril.com.br.

²³⁵ MARRARA, Thiago; NOHARA, Irene Patrícia. Processo Administrativo. Op. Cit. P. 265.

Ao mesmo tempo em que propiciam a abertura da Administração Pública à sociedade, promovem o empoderamento do cidadão, que passa a atuar como “membro da comunidade, *uti socius, uti cives*, como simplesmente afetado pelo interesse geral”.²³⁶

Possuem característica pragmática pois voltados à melhora da qualidade e oportunidade da decisão a ser proferida.

Nesse sentido, a função desses instrumentos:

Têm sua justificativa específica, não como contribuição para a procura de decisões “justas”diante de decisões “injustas”no plano dos valores jurídicos finais, que é o próprio da Lei, mas dentro de esferas de discricionariedade, em que o que interessa é definir o “oportuno”diante do “inoportuno”.²³⁷

São instrumentos que trazem em si um vetor educativo, pois agregam Administração e cidadão na arte do convívio transparente, responsável e dialogado.

É pela participação que se torna possível ao cidadão tomar “consciência crítica de seu papel de transformação social”²³⁸, transformando o seu papel tradicional de “objeto das decisões alheias e alçado à categoria de sujeito”²³⁹.

A seguir serão abordados alguns aspectos que diferenciam os dois mecanismos de participação, naquilo que se entendeu mais importante, sem a preocupação de esgotar todas as minúcias relativas aos referidos instrumentos, que desviariam o foco do presente trabalho.

Na sequência serão vistas as semelhanças entre a consulta e a audiência pública, com enfoque em determinados aspectos centrais para o desenvolvimento do trabalho.

²³⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo & RAMÓN FERNÁNDEZ, Tomás. Curso de Direito Administrativo. Op. Cit. P. 112.

²³⁷ Idem. P. 112.

²³⁸ NOHARA, Irene Patrícia & MORAES FILHO, Marco Antonio Praxedes de. Processo Administrativo. Op. Cit. P. 82.

²³⁹ Idem.

Através da consulta pública a sociedade participa, com o direito de examinar os autos e de apresentar suas contribuições por escrito, que deverão ser consideradas na tomada de decisão pelo administrador.

Eduardo Garcia de Enterría, ao apresentar a consulta pública como uma das espécies de participação funcional do cidadão nas funções administrativas, assim leciona:

A Administração torna público um determinado projeto e formula de maneira explícita um convite aos cidadãos para que o avaliem e emitam seu parecer sobre ele, submetendo a ela suas sugestões sobre o projeto em questão, antes da sua aprovação definitiva.²⁴⁰

A realização da consulta pública está autorizada pela LPA desde que a decisão no processo administrativo seja relativa a um assunto de interesse geral.

O conceito de interesse geral traz dificuldades em sua definição, por isso torna necessário se extrair dos casos concretos a sua verificação.

Thiago Marrara enfrentou o tema, inicialmente identificando uma tendência na doutrina no entendimento de que "os atos normativos da Administração enquadram-se na expressão interesse geral"²⁴¹. Cita como exemplo os regulamentos baixados pelas Agências Reguladoras, dado a importância e efeitos das normas reguladoras para as empresas e cidadãos.²⁴²

²⁴⁰ Segundo o autor, há três círculos de atuação cidadã nas funções administrativas: "uma atuação orgânica, organizada com base no modelo corporativo, na qual o cidadão é incorporado a órgão estritamente da Administração; uma atuação funcional, na qual o cidadão desempenha funções administrativas a partir de sua própria posição privada, sem fazer parte de um órgão administrativo formal; e, em terceiro lugar, uma atuação cooperativa, na qual o administrado, sem deixar de atuar como tal e sem cumprir funções materialmente públicas, colabora com sua atuação privada no interesse geral em um sentido específico que a Administração defende. Cf. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo & RAMÓN FERNÁNDEZ, Tomás. Curso de Direito Administrativo. Op. Cit. P. 113

²⁴¹ MARRARA, Thiago & NOHARA, Irene Patrícia. Processo Administrativo. Op. Cit. P. 265.

²⁴² "Se uma agência reguladora desejar aprovar um novo regulamento para determinado tipo de serviço de telecomunicações ou aprovar, por exemplo, um novo tipo de regulamento a respeito de determinada categoria de remédios, deverá abrir consulta pública, tendo em vista a importância das normas que pretende expedir para empresas e para os cidadãos em geral", *in* Idem.

Ainda que o ato resultante do processo administrativo tenha efeitos limitados, entende o autor que o interesse geral pode se verificar, caso os efeitos alcancem esferas de direitos de parte significativa da sociedade.

Exemplo disso, segundo o autor, seria o planejamento e concessão de licenças na construção de grandes obras de infraestrutura pelo Estado como aeroportos e rodovias, em que a utilização da consulta pública poderá democratizar o processo de tomada de providências.²⁴³

Como se denota, o critério é genérico e traz dificuldade na sua definição, mas é possível inferir que, em se tratando de decisão com potencial de impactar a sociedade como um todo ou uma parte considerável dela, cabe ao administrador a possibilidade de abrir o processo à participação popular.

Na consulta pública a forma de coletas das contribuições virá regulamentada no ato da chamada, devidamente publicado pelos meios oficiais, “sejam eles os Diários Oficiais respectivos ou mesmo, como se recomenda, outros veículos de grande circulação, incluindo-se o chamado em via eletrônica”²⁴⁴.

Há fixação de prazo para o exame do objeto da consulta e para o oferecimento de alegações escritas e documentos, se o caso.

A audiência pública, por sua vez, dá concretude ao princípio da participação, com a previsão do direito dos participantes de examinar os autos e de apresentar suas contribuições oralmente, concentrando-se nas exposições e debates que ocorrem em dia, horário e local anteriormente designados no ato de chamada devidamente publicado pelos meios oficiais.

As contribuições, apesar de orais, devem ser registradas por escrito e anexadas nos autos do processo administrativo.²⁴⁵

Augustin Gordillo ensina que a audiência pública é uma extensão do princípio de audiência individual nascido no direito anglo-saxão e que atualmente já é

²⁴³ Idem. P. 266.

²⁴⁴ MARRARA, Thiago & NOHARA, Irene Patrícia. *Processo Administrativo*. Op. Cit. P. 92.

²⁴⁵ NOHARA, Irene Patrícia. *Direito Administrativo*. Op. Cit. P. 270.

considerado de natureza universal, pois integra, como parte da garantia clássica de audiência prévia, a garantia constitucional do devido processo em sentido substantivo, entendido como uma expressão do direito de defesa do cidadão contra o exercício abusivo da função administrativa e, também, como reconhecimento do dever do Estado de administrar os interesses contrapostos que se apresentam entre os administrados.²⁴⁶

Irene Patricia Nohara assim apresenta esse instrumento de participação popular: “Denominada na França de *enquête administrative* e nos Estados Unidos de *public hearing*, a **audiência pública** é um mecanismo avançado de interlocução da sociedade nos assuntos de relevância coletiva”²⁴⁷.

Isso porque ela concretiza um espaço de debate oral entre as autoridades e os cidadãos, onde a busca pelo consenso ou por pontos de consenso são a tônica no sentido de, posteriormente, se produzir uma decisão mais legitimada:

Em função desse último objetivo, a audiência pública deve envolver a tolerância de todos com a exposição dos variados pontos de vista acerca da mesma questão, o que implica na habilidade de os agentes públicos fomentarem e registrarem as longas e amplas discussões (...) o fato de se permitir à população dialogar com os envolvidos no processo e com o Poder Público gera grande influência política.²⁴⁸

Entende-se que essa influência política é gerada pela participação na audiência apresentar a possibilidade de amplo debate, numa esfera pública, possibilitando a educação cidadã e incentivando o gosto pela atuação nas questões relevantes de interesse da sociedade.

Para permitir o amplo debate, fundamental para a concretização dos fins da audiência pública, o seu funcionamento supõe necessariamente que a autoridade pública

²⁴⁶ GORDILLO, Augustin. Tratado de Derecho administrativo y obras selectas. Tomo 2. Sección IV. Cap.XI. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2006. P. 448.

²⁴⁷ NOHARA, Irene Patricia. Direito Administrativo. Op. Cit. P. 268.

²⁴⁸ NOHARA, Irene Patricia & MORAES FILHO, Marco Antonio Praxedes de. Processo Administrativo. Op. Cit. P. 96.

submeta um projeto ao debate com um bom detalhamento de todas as nuances que serão tratadas, para viabilizar uma discussão profícua.²⁴⁹

O devido processo substancial na audiência pública, portanto, somente estará garantido na medida em que haja condições tais que propiciem a participação da sociedade nos debates para poder influenciar a decisão da autoridade administrativa.

O artigo 32 da Lei de Processo Administrativo indica a possibilidade de abertura de audiência pública caso o administrador entenda haver relevância na matéria a ser decidida.

Essa questão relevante, “(...) via de regra, tem potencial de se refletir sobre diversos interesses, pois o povo se sente motivado a participar quando a questão debatida responde a importantes anseios”²⁵⁰.

Segundo Irene Patrícia Nohara, que acompanha o pensamento de Sérgio Ferraz e Adilson Dallari, basta que a relevância da questão esteja devidamente fundamentada pela autoridade administrativa para que se realize a audiência pública, com potencial de afetar vários interesses, significando dizer que não há necessidade de que a matéria envolva direito difuso ou coletivo em sentido técnico.²⁵¹

III.III. Semelhanças e os pontos de inflexão face à necessidade de aprofundar a democracia participativa

Traçadas as linhas gerais definidoras das diferenças entre os dois mecanismos participativos, enfatize-se que ambos configuram-se, cada um a seu modo, em importantes instrumentos concretizadores da Administração aberta e democrática, importando, para os propósitos deste trabalho, mais as semelhanças que guardam entre si do que as diferenças.

²⁴⁹ GORDILLO, Augustin. Tratado de Derecho administrativo y obras selectas. Op. Cit. P 449.

²⁵⁰ NOHARA, Irene Patrícia & MORAES FILHO, Marco Antonio Praxedes de. Processo Administrativo. Op. Cit. P. 94.

²⁵¹ Idem.

Até mesmo porque no *iter* da formação da decisão administrativa entende-se que não está vedada a possibilidade de que ambos os instrumentos possam ser operados, sem que a utilização de um inviabilize a do outro.

Primeiramente, convém indicar que ambos os mecanismos possuem caráter consultivo tendo por objetivo subsidiar, contribuir com as decisões governamentais, apresentando-se como instrumentos de participação da sociedade na gestão do Estado.

Não é por acaso, portanto, que tanto a consulta quanto a audiência pública estão alocadas na Lei 9.784/99, no capítulo X, que trata da instrução do processo administrativo.

O *caput* do artigo 29, por sua vez, faz referência à fase de instrução do processo, cujas atividades possuem a finalidade de averiguação e comprovação dos dados necessários à tomada de decisão pela Administração, realizando-se de ofício, por impulso do órgão responsável pelo processo, estando também possibilitados os interessados proporem atuações probatórias.

Thiago Marrara ao exemplificar essas atividades que se operam na fase de instrução, elenca a audiência e a consulta públicas entre eles:

(...) a produção de provas documentais, testemunhais e de outro gênero, a organização de audiências e consultas públicas, a realização de reuniões conjuntas entre diversos órgãos governamentais, a solicitação de pareceres e laudos técnicos, bem como a oferta de alegações finais a respeito das provas produzidas.²⁵²

No caso das consultas e audiências públicas, é através desses mecanismos participativos que a Administração viabiliza a coleta de dados, informações, críticas e sugestões, avaliação do impacto social contido no objeto do processo, avaliação do grau de resistência ou aderência da sociedade, enfim, dados que possam favorecer uma decisão mais consentânea com a realidade social em que irá operar.

²⁵² Idem. P. 247.

Essa atividade de produção de decisão que envolver assunto de interesse geral ou de questão relevante, tem forte potencial de afetar direitos e interesses das pessoas, e não por acaso, a participação processual prevista da Lei 9.784/99 liga-se ao princípio da verdade material, específico do processo administrativo e presente na sua fase de instrução, que deve incidir para propiciar uma motivação sólida e condizente com a realidade em que decisão administrativa está inserida.

Nas palavras de Odete Medauar:

Esse princípio, também denominado de verdade real, vinculado ao princípio da oficialidade, exprime que a Administração deve tomar decisões com base nos fatos tais como se apresentam na realidade²⁵³

O princípio da oficialidade, ao incidir na fase instrutória, ensina Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

(...) autoriza a Administração a requerer diligências, investigar fatos de que toma conhecimento no curso do processo, solicitar pareceres, laudos, informações, rever os próprios atos e praticar tudo o que for necessário à consecução do interesse público.²⁵⁴

A participação que ocorre na consulta ou audiência pública, evidencia, por sua vez, o princípio da participação popular:

Na Lei 9.784/99, embora não mencionada a participação do cidadão como princípio da Administração Pública, estão disciplinados vários instrumentos que facilitam a participação, como o direito à informação, a motivação, as regras sobre publicidade... Estão também previstas a **consulta pública** (art. 31), a **audiência pública** (art. 32) e a **participação dos administrados, diretamente ou por meio de organizações e associações legalmente reconhecidas** (art. 33).²⁵⁵

²⁵³ MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. Op. Cit. P. 172.

²⁵⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. Op. Cit. P. 690.

²⁵⁵ Idem. P. 698.

A obtenção de contribuições e dados, sejam eles por escrito ou advindos dos debates e argumentos apresentados, devem ser levados em consideração pela Administração, que não pode se utilizar desses mecanismos apenas formalmente, sem qualquer ligação com a substancialidade que a lei pretendeu conferir à coleta de contribuições.

Nas palavras de José dos Santos Carvalho Filho:

(...)É correto, pois, afirmar que de sua realização emanam efeitos significativos: um deles é o de influenciar a vontade estatal; outro é o de reclamar que a Administração (ou o juiz) apresente argumentação convincente no caso de optar por caminho contrário ao que foi sugerido na consulta ou na sessão de audiência pública.²⁵⁶

Thiago Marrara confirma:

Para afastar a realização de consultas públicas meramente simbólicas, o Legislador criou o dever de manifestação das autoridades em relação aos comentários apresentados por pessoas físicas e jurídicas na consulta pública. Assim, além de ser obrigada a receber os comentários dos participantes, deve a Administração efetivamente analisá-los e considerá-los no processo de tomada da decisão administrativa.²⁵⁷

Ao direito de participação da sociedade corresponde o dever do administrador levar em consideração, na motivação da sua decisão, as propostas, críticas e documentos apresentados, que não vinculam a Administração, mas possivelmente a levarão a tomar uma decisão mais ajustada à realidade em que atuará.

Nesse sentido, a Lei de Processo Administrativo federal traz o dever de consideração das intervenções populares relativamente à consulta pública. Dispõe o § 2º do artigo 31 da LPA:

²⁵⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. Op. Cit. P. 1070.

²⁵⁷ MARRARA, Thiago & NOHARA, Irene Patrícia. Processo Administrativo. Op. Cit. P. 272.

O comparecimento à consulta pública não confere, por si, a condição de interessado do processo, mas confere o direito de obter da Administração resposta fundamentada, que poderá der comum a todas as alegações substancialmente iguais.

Sobre esse direito, o artigo 32 ficou-se silente em relação à audiência pública.

Contudo, entende-se que, se a autoridade realizadora da audiência pública estivesse autorizada a ignorar as manifestações dos participantes, restaria infrutífera a intenção que se quis conferir a este mecanismo democrático.

Nessa questão, o inciso III do artigo 3º da lei em comento, ao tratar dos direitos dos administrados dispõe:

Formular alegações e apresentar documentos antes da decisão, os quais serão objeto de consideração pelo órgão competente;

O artigo 34 da LPA por sua vez, dispõe que:

Os resultados da consulta e audiência pública e de outros meios de participação de administrados deverão ser apresentados com a indicação do procedimento adotado.

Se o resultado tanto da consulta quanto da audiência devem ser apresentados com a indicação do procedimento adotado, por lógica deverá ser feita referência às contribuições dos participantes:

(...) Tais opiniões não vinculam a decisão, visto que têm caráter consultivo, e a autoridade, embora não esteja obrigada a segui-las, deve analisá-las segundo seus critérios, acolhendo-as ou rejeitando-as."analisando segundo seus critérios, acolhendo-as ou rejeitando-as.²⁵⁸

²⁵⁸ SOARES, Evanna. Audiência pública no processo administrativo. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 229, p. 259-284, jul. 2002.

Reforça o entendimento Irene Patrícia Nohara:

Apesar da participação direta ou por meio de associações (...) não ter força vinculante na decisão tomada pela Administração, ela não pode ser desprezada pela Administração, que terá que posteriormente à sua realização o dever jurídico de apresentar os resultados da audiência com a indicação do procedimento adotado (...)²⁵⁹

Desta forma, é possível entender que o direito de terem os participantes as suas contribuições levadas em consideração ocorre tanto nas consultas quanto nas audiências públicas.

Relativamente à condição em que se atua junto à Administração Pública, tanto na consulta quanto na audiência pública, é a de participante e não de interessado.

A condição de interessado está prevista no artigo 9º da LPA:

- I- pessoas físicas ou jurídicas que o iniciam 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 e associações representativas, no tocante a direitos e interesses coletivos;
- IV- as pessoas ou as associações legalmente constituídas quanto a direitos e interesses difusos.

Adilson Abreu Dallari e Sergio Ferraz ao tratarem dos sujeitos da relação processual administrativa, ensinam que a LPA agrupou-os em dois tipos, a Administração, de um lado, e os administrados, que por vezes são também denominados de interessados:

Parece nítido, dos preceitos do referido diploma legal, que o nome “interessados” está reservado para o administrado quando ele se torna sujeito da relação processual administrativa. Comparece ele aí, em duas possíveis posições:

²⁵⁹ NOHARA, Irene Patrícia. Direito Administrativo. Op. Cit. P. 269.

como instaurador do processo ou como sujeito que tem direitos ou interesses passíveis de serem afetados pela decisão a ser adotada no processo.

São diferentes as condições de interessado e participante na consulta e audiência pública, e elas se evidenciam nos diferentes direitos que possuem:

- (1) aos direitos probatórios, pois o interessado pode solicitar a produção de provas ou produzi-las quando autorizadas;
- (2) ao direito de arguir o impedimento e a suspeição das autoridades;
- (3) ao direito de recorrer;
- (4) ao direito de solicitar a revisão da sanção administrativa que lhe foi imposta etc.²⁶⁰

Aos participantes, por sua vez, foram conferidos os seguintes direitos:

- (1) o direito de exame dos autos, salvo documentos confidenciais;
- (2) o direito de apresentar comentários, críticas e sugestões em relação ao objeto específico da consulta pública;
- (3) o direito à consideração de seus comentários, críticas e sugestões;
- (4) o direito de receber uma resposta fundamentada da administração em relação à sua manifestação.²⁶¹

Denota-se, portanto, ser o interessado nas consultas e audiências públicas possuidor de maiores direitos de interferência no processo do que o conferido aos participantes.

Isto porque os interessados são portadores de direitos que serão “*afetados de forma mais acentuada em função da decisão a ser tomada pela Administração Pública*”.²⁶²

Apesar da consulta e audiência pública consagrarem a idéia de Estado Democrático de Direito, e de envolverem questões de interesse ou de relevância para a sociedade, a Lei de Processo Administrativo deixou ao administrador público uma boa

²⁶⁰ MARRARA, Thiago & NOHARA, Irene Patrícia. Processo Administrativo. Op. Cit. P. 272.

²⁶¹ Idem.

²⁶² NOHARA, Irene Patrícia. Direito Administrativo. Op. Cit. P. 272.

margem de discricionabilidade, pois não o obriga a abrir consulta ou audiência pública sempre que a matéria envolver assunto de interesse geral ou for considerada relevante.

A obrigatoriedade, no entanto, pode estar prevista em leis especiais, fato que acontece em inúmeras legislações federais.

Nas palavras de Irene Patrícia Nohara: “Na realidade, quem tem discricionabilidade para decidir sobre a realização, ou não, da consulta é a Administração Pública, que fará a ponderação dos prejuízos aos interessados em função da satisfação das finalidades públicas”²⁶³.

Ou ainda, segundo Thiago Marrara: “O ato de abertura da consulta é um ato predominantemente discricionário, ainda que dependente do cumprimento de determinados requisitos para sua realização”²⁶⁴

A audiência pública, por sua vez: “(...) foi tratada pela lei geral como expediente não obrigatório, pois o artigo emprega o termo poderá, o que implica uma facultatividade na realização”²⁶⁵.

Acrescente-se:

Assim, não importa a mera existência de questão relevante para que a audiência seja realizada, a autoridade, além de identificar a questão relevante, deve sopesar as vantagens e desvantagens que a realização da audiência trará aos interesses públicos.²⁶⁶

Além disso, anote-se que o *caput* do artigo 31 determina dever a consulta pública ser aberta mediante despacho motivado.

Relativamente à audiência pública a LPA nada diz sobre a necessidade de motivação. Contudo, por tratar-se de matéria discricionária e tendo a mesma natureza da

²⁶³ NOHARA, Irene Patrícia. Direito Administrativo. Op. Cit. P. 266.

E, também, MARRARA, Thiago & NOHARA, Irene Patrícia. Processo Administrativo. Op. Cit. P. 265.

²⁶⁴ Idem. P. 268

²⁶⁵ Idem. P. 94.

²⁶⁶ Idem. P. 277.

consulta pública, é possível o entendimento de que o artigo 32 possa ser interpretado, por analogia ao artigo 31, no sentido da necessidade de motivar a decisão de abertura, na ausência de prejuízo para os interessados e a relevância da matéria a ser debatida com a sociedade.

Ou seja, deve o órgão competente indicar a ausência de prejuízo relevante para os interessados concomitantemente com a existência de matéria de interesse geral ou de questão relevante, tanto no caso da consulta como na audiência pública.

Entendemos ser esse um ponto de inflexão importante na Lei de Procedimento Administrativo Federal que merece ser analisado de um ponto de vista evolutivo, que lance um olhar sobre as transformações ocorridas nessas últimas duas décadas no Estado brasileiro e, também, na experiência estrangeira.

Nos parece, primeiramente, que o legislador perdeu uma boa oportunidade de uniformizar a utilização de tão importantes instrumentos de democratização administrativa, cada vez mais solicitados pela sociedade. Oportunidade de garantir efetivamente a legitimação e consensualização de muitas decisões da Administração.

Não se minimiza a importância da edição da Lei de Procedimento Administrativo federal, pois, ainda que tardia, constituiu-se num grande avanço para o estabelecimento de uma atividade administrativa mais democrática.

A LPA, inclusive, se harmonizou com o que havia de mais recente nas legislações estrangeiras na proteção dos direitos do interessado no processo administrativo.

Todavia, após quase duas décadas da sua edição, as disposições da LPA, no tocante à aproximação entre a Administração e cidadão, através da participação do administrado em consultas e audiências públicas, encontra-se atualmente mais tímida do que o de suas congêneres estrangeiras.²⁶⁷

Lembre-se que a Espanha contava com previsão de participação do cidadão na produção normativa desde 1958.

²⁶⁷ Faremos referência aos países já mencionados inicialmente neste trabalho com indicação reiterada dos artigos já transcritos para que não se perca o ritmo do argumento, forçando o leitor a retornar indevidamente muitas páginas.

Recentemente a Ley 39/2015 (que regula a relação *ad extra* da Administração) avançou na democratização da relação cidadão-administração, ao prever a obrigatoriedade na abertura dos mecanismos participativos. Prevê que a dispensa da abertura dos mecanismos participativos somente está autorizada em casos de normas orçamentárias ou organizativas de toda a Administração:

Artículo 133. (...)

4. Podrá prescindirse de los trámites de consulta, audiência e información públicas previstos en este artículo en el caso de normas presupuestarias u organizativas de la Administración General del Estado, la Administración autonómica, la Administración local o de las organizaciones dependientes o vinculadas e éstas, o cuando concurren razones graves de interés público que lo justifiquen. Cuando la propuesta normativa no tenga un impacto significativo en la actividad económica, no imponga obligaciones relevantes a los destinatarios o regule aspectos parciales de una materia, podrá omitirse la consulta pública regulada en el apartado primero. Si la normativa reguladora del ejercicio de la iniciativa legislativa o de la potestad reglamentaria por una Administración prevé la tramitación urgente de estos procedimientos, la eventual excepción del trámite por esta circunstancia se ajustará a lo previsto en aquella.

Na Espanha, portanto, a obrigatoriedade da abertura para a participação é a regra, sendo exceção a sua dispensa, que deve ser devidamente motivada.

Outra inovação na lei espanhola de 2015 é a participação prévia do cidadão: a consulta deve ser realizada obrigatoriamente para recolher contribuições antes que a Administração tenha redigido uma minuta do projeto, com a apresentação apenas geral sobre a possível futura norma que pretende editar:

Artículo 133. (...)

1- Con carácter previo a la elaboración del proyecto o anteproyecto de ley o de reglamento, se sustanciará una una consulta pública, a través del portal web de la Administración competente en la que se recabará la opinión de los sujetos y de las organizaciones más representativas potencialmente afectados por la futura norma acerca de:

a) Los problemas que se pretenden solucionar con la iniciativa.

- b) La necesidad y oportunidad de su aprobación,
- c) Los objetivos de la norma.
- d) Las posibles soluciones alternativas regulatorias y no regulatórias.

Em Portugal, como se viu, também ocorreram avanços recentes na legislação processual administrativa.

Desde 1991, o antigo Código de Procedimento Administrativo trouxe a previsão do princípio da colaboração da Administração com os particulares (art. 7º), e o direito dos particulares de peticionarem junto à Administração para o desencadeamento do procedimento regulamentar (art. 115). O dever de ouvir as entidades representativas dos interesses afetados, nos casos em que a regulamentação impusesse deveres, sujeições ou encargos aos cidadãos (art. 117).

O novo Código de Procedimento Administrativo, contido no Decreto-Lei 04/2015 manteve alguns dos princípios gerais da legislação revogada: princípio da colaboração da Administração com os particulares e princípio da participação, e introduziu outros como o da boa administração, da administração eletrônica, sempre no sentido da abertura da Administração à sociedade.

A legislação portuguesa reforça o princípio da participação com a previsão contida no artigo 12º de ser um dever da Administração:

Assegurar a participação dos particulares, bem como das associações que tenham por objeto a defesa dos seus interesses, na formação das decisões que lhes digam respeito, designadamente através da respectiva audiência nos termos deste Código.

O Decreto-Lei confere às pessoas interessadas a possibilidade de solicitarem fundamentadamente, perante os órgãos competentes, assim como também ocorre na Espanha, a elaboração, modificação ou revogação de regulamentos:

Artigo 97º
Petições

1- Os interessados podem apresentar aos órgãos competentes petições em que solicitem a elaboração, modificação ou revogação de regulamentos, as quais devem ser fundamentadas, sem o que a Administração não toma conhecimento delas.

2- O órgão com competência regulamentar deve informar os interessados do destino dado às petições formuladas ao abrigo do n° 1, bem como dos fundamentos da posição que tome em relação a eles.’

Caso o regulamento contiver disposições que afetem de modo direto e imediato direitos ou interesses legalmente protegidos dos cidadãos, o procedimento, via de regra, será aberto para a audiência dos interessados, que pode ser escrita ou oral.

A possibilidade de não abertura da audiência configura-se em exceção, e por isso deve estar fundamentada na necessidade de emissão urgente do regulamento, quando a audiência comprometer a utilidade do regulamento; no número elevado de interessados, tornando a audiência incompatível (nesse caso deverá ser aberta consulta pública) e nos casos em que os interessados já tenham se pronunciado no procedimento sobre as questões que importam à decisão:

Artigo 100°

Audiência dos interessados

1- Tratando-se de regulamento que contenha disposições que afetem de modo direto e imediato direitos ou interesses legalmente protegidos dos cidadãos, o responsável pela direção do procedimento submete o projeto de regulamento por prazo razoável, mas não inferior a 30 dias, a audiência dos interessados que como tal se tenham constituído no procedimento.

2- A audiência dos interessados pode ser escrita ou oral e processa-se, salvo quanto aos prazos, nos termos dos artigos 122.º e 123.º

3- O responsável pela direção do procedimento pode não proceder à audiência quando:

- a) A emissão do regulamento seja urgente;
- b) Seja razoavelmente de prever que a diligência possa comprometer a execução ou a utilidade do regulamento;
- c) O número de interessados seja de tal forma elevado que a audiência se torne incompatível, devendo nesse caso proceder-se a consulta pública;
- d) Os interessados já se tenham pronunciado no procedimento sobre as questões que importam à decisão.

4- Nas situações previstas no número anterior, a decisão final deve indicar os fundamentos da não realização da audiência.

5- A realização da audiência suspende a contagem dos prazos do procedimento administrativo. (destaque nosso)

A Itália, como visto, conta com uma Lei Geral sobre Procedimento Administrativo, Lei 241/90, que além de não prever audiências nem consultas públicas, numa interpretação literal que se faça do artigo 13 seria possível concluir a exclusão da participação do cidadão na elaboração de atos normativos, gerais, de planificação e programas de governo.

Porém, a doutrina e, principalmente, a jurisprudência do Conselho de Estado, colocaram a questão em termos mais democráticos, no sentido da abertura da Administração Pública à participação cidadã na procedimentalização da atividade administrativa.

Como anteriormente anotado, a jurisprudência administrativa italiana teve um papel fundamental no avanço democrático, garantindo ao particular o direito de participação nos atos regulatórios emanados das Autoridades Independentes italianas.

De modo que na Itália, atualmente, doutrina e jurisprudência estão concordes no entendimento de que o artigo 13 deve ser interpretado como não tendo operado uma exclusão total da participação do particular nos procedimentos em geral, mas que pressupôs serem as Autoridades Independentes idôneas o bastante para regular a participação da sociedade na elaboração dos atos normativos.

Na Itália, portanto, o que a lei talvez não teve a possibilidade de avançar, a jurisprudência e a doutrina corrigiram o rumo da atuação administrativa, no sentido de garantir o vetor democrático.

A Argentina cuidou da participação do cidadão no procedimento administrativo por meio do Decreto 1.172/2003, que regulamentou a Ley 19.549/72.

A participação do cidadão a partir da citada lei aconteceu paulatinamente, através de vários decretos regulamentares editados ao longo de aproximadamente 30 anos. Com eles houve a garantia de maior celeridade no processo, simplificação de trâmites,

automatização e informatização de registros, dentre outros mecanismos, incluída aí a participação dos interessados para um maior controle da atividade da Administração no processo.

O último decreto regulamentador, Decreto Nacional 1.172/2003, porém, foi quem ampliou a participação da sociedade no processo administrativo, incluindo-a na tomada de decisão administrativa que afetar um interesse simples, difuso ou coletivo: e também, na edição de atos normativos pela Administração Pública:

Artículo 11-PARTICIPANTES

Puede ser participante toda persona física o jurídica, pública o privada, que invoque un derecho o interés simple, difuso o de incidencia colectiva, relacionado con la temática de la Audiencia Pública.

E também, na edição de atos normativos pela Administração Pública:

Artículo 4º — FINALIDAD

La finalidad de la Elaboración Participativa de Normas es permitir y promover una efectiva participación ciudadana en el proceso de elaboración de reglas administrativas y proyectos de ley para ser presentados por el Poder Ejecutivo Nacional al Honorable Congreso de la Nación.

Instituindo um regulamento geral para as audiências públicas a serem promovidas pelo Poder Executivo Nacional (na terminologia argentina) e estabelecendo um marco geral para o seu desenvolvimento.

Ressalte-se, uma vez mais, que o Decreto Nacional prevê como mecanismos participativos tanto a audiência (nos casos de decisão administrativa que afetar interesses simples, difusos ou coletivos) quanto a consulta pública (nos casos de elaboração de normas administrativas ou de projetos de lei a serem apresentados ao Poder Legislativo).

Garante o Decreto Nacional a possibilidade da pessoa interessada física ou jurídica, pública ou privada, solicitar fundamentadamente perante a Administração a realização de uma Audiência ou de uma Consulta pública, conforme o caso.

O participante da audiência pública pode ser qualquer pessoa que invoque um direito ou interesse simples, difuso ou coletivo, relacionado ao tema da audiência. Ele se torna parte na audiência pública desde que faça a inscrição prévia no Registro aberto para esse fim.

Assim como as legislações espanhola e portuguesa, também ampliou a possibilidade de participação do cidadão no processo de elaboração de normas administrativas e de projetos de lei que serão apresentados pelo Poder Executivo ao Poder Legislativo.

Como se vê, a trajetória legislativa estrangeira aponta no sentido de um aprofundamento na relação Administração-cidadão, através das suas leis gerais, o que não ocorreu, ainda, no caso brasileiro.

Note-se que a obrigatoriedade de consulta e audiência pública é um importante sinalizador do caminho de aprofundamento democrático das Administrações desses países.

De fato, se realmente se quer abrir a Administração Pública ao convívio com os cidadãos, a obrigatoriedade na utilização desses mecanismos participativos, como já perceberam alguns países, deve ser a regra. A exceção é a não ativação desses mecanismos, e por isso, essa opção do administrador deve estar fundamentada.

Talvez se possa argumentar, como faz Irene Patrícia Nohara, que a facultatividade existe para resguardar direitos dos interessados, que poderiam ficar prejudicados pela demora ocasionada pela abertura dos mecanismos de participação popular. O que não deixa de ser uma ponderação razoável.

Contudo, neste caso, a autoridade administrativa estará apta a verificar o prejuízo com razoabilidade, e, se o caso, fundamentar em prol da não utilização dos instrumentos de participação popular.

Nos parece mais razoável e consentânea com as idéias estruturantes do Estado Democrático de Direito, a obrigatoriedade na utilização desses instrumentos participativos como regra, dando cumprimento à vontade disposta na Constituição Federal de democracia participativa ou semidireta.

Reforça esse argumento Augustin Gordillo, ao lecionar que

El principio de la audiència pública es de raigambre constitucional, sea que esté en forma implícita o explícita como en la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (...) Si bien el art. 63 distingue los casos en que se debe (iniciativa popular con el medio por ciento del electorado o zona, planeamiento urbano, modificaciones del uso o dominio de bienes públicos, etc.) de los que se puede realizar audiència pública, pensamos que una interpretación armónica de su sistema lleva a la obligatoriedade toda vez que se trate de proyectos que afectan a toda o gran parte de la colectividad con "relevante efecto" como dice el art. 30 para el caso del impacto ambiental.²⁶⁸

Talvez se possa argumentar que a obrigatoriedade de abertura de audiências e consultas públicas não se encontra de todo descartada no Brasil, pois há inúmeras leis infraconstitucionais com essa previsão.

Contudo, há que se ponderar até que ponto é salutar a existência de muitas leis gerais indicando, em assuntos dos mais diversos, a obrigatoriedade de utilização dos mecanismos populares de participação, estando essa previsão faltante numa lei geral.

Carlos Ary Sundfeld e Floriano de Azevedo Marques Neto, assim consideram a questão:

(...) assistimos a um processo contraditório: quanto mais se avança na produção de normas disciplinadoras da ação da Administração, mais se aprofunda a precarização da segurança jurídica. Quanto mais crescem processos e controles, maiores a imprevisibilidade e a incerteza. (...) A incerteza jurídica é a porta de entrada das violações aos direitos. Necessário, pois, melhorar o ferramental que permita assegurar segurança e previsibilidade tanto na ação do Poder Público quanto na sua relação com os indivíduos.²⁶⁹

²⁶⁸ GORDILLO, Augustin. Tratado de Derecho administrativo y obras selectas. Op. Cit. P. 450.

²⁶⁹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo & SUNDFELD, Carlos Ary. Uma nova lei para aumentar a qualidade jurídica das decisões públicas e de seu controle. In SUNDFELD, Carlos Ary (org). Contratações Públicas e seu controle. São Paulo: Malheiros, 2013. P. 278.

Pondere-se que uma das funções importantes da Lei de Processo Administrativo, conforme anteriormente apontado, é a uniformização dos princípios constitucionais relativos à matéria processual-administrativa, e no caso do recorte trazido neste trabalho, do princípio da participação popular.

A Lei 9.784/99 além da aplicação no âmbito federal, tem aplicação subsidiária em relação aos entes federativos que não disponham de uma lei de processo administrativo próprios.

E, note-se, apresenta o Brasil, ainda, muita desigualdade em relação ao desenvolvimento das forças sociais, econômicas e políticas regionais e locais, de modo que muitas Administrações municipais e estaduais tendem a permanecer nas suas zonas de conforto, não realizando ou o fazendo insuficientemente, a ativação de consultas e audiências públicas.

A realidade brasileira é contar com a maior parte dos Estados e a quase totalidade dos Municípios não possuidores das suas próprias leis de processo administrativo.

Dos 27 Estados que compõem a federação brasileira, apenas 12 contam com a sua própria LPA, e todas, sem exceção, repetem a fórmula dos artigos 31 e 32 da LPA federal, deixando a critério do administrador abrir ou não o processo à participação da sociedade:

Quadro 1 - Estados da Federação e Distrito Federal X Lei de Processo Administrativo

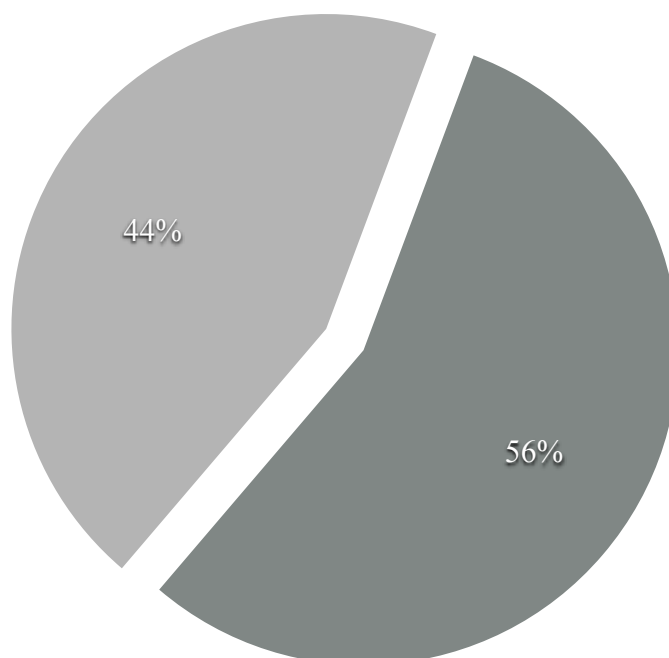
Estado da Federação / Distrito Federal	Lei de Processo Administrativo
Acre	∅
Alagoas	Lei 6.161/2000
Amapá	∅
Amazonas	Lei 2.794/2003
Bahia	Lei 12.209/2011
Ceará	∅

Estado da Federação / Distrito Federal	Lei de Processo Administrativo
Distrito Federal	∅
Espírito Santo	∅
Goiás	Lei 13.800/2001
Maranhão	Lei 8.959/2009
Mato Grosso	Lei 7.692/2002
Mato Grosso do Sul	∅
Minas Gerais	Lei 14.184/2002
Pará	∅
Paraíba	∅
Paraná	∅
Pernambuco	Lei 11.781/2000
Piauí	∅
Rio de Janeiro	Lei 5.427/2009
Rio Grande do Norte	∅
Rio Grande do Sul	∅
Rondônia	∅
Roraima	Lei 418/2004
Santa Catarina	∅
São Paulo	Lei 10.177/1998
Sergipe	Lei Complementar 33/1996
Tocantins	∅

Fonte: elaboração própria

Quadro 2 - Gráfico de incidência subsidiária da Lei de Processo Administrativo nos Estados e DF

● Incidência subsidiária da Lei 9.784/1999 ● Há Lei Própria



Fonte: Elaboração Própria

Por seu turno, há um número inexpressivo de capitais do Estados que produziram as suas próprias LPA. E quando o fizeram, seguiram a mesma modelagem dos artigos 31 e 32 da LPA federal:

Quadro 3 - Capitais dos Estados X Lei de Processo Administrativo

Estado da Federação	Capital	Lei de Processo Administrativo
Acre	Rio Branco	∅
Alagoas	Maceió	∅
Amapá	Macapá	∅
Amazonas	Manaus	Lei 1.997/2015
Bahia	Salvador	∅

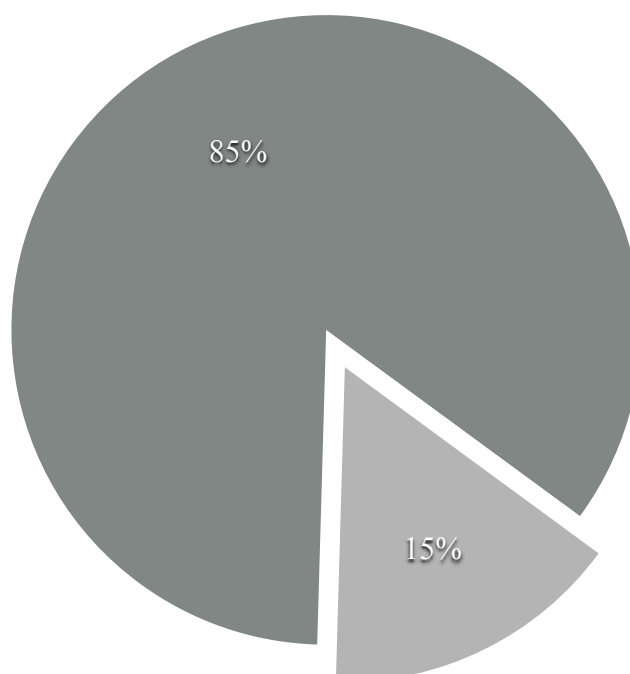
Estado da Federação	Capital	Lei de Processo Administrativo
Ceará	Fortaleza	∅
Espírito Santo	Vitória	∅
Goiás	Goiânia	Lei 9.861/2016
Maranhão	São Luís	∅
Mato Grosso	Cuiabá	Lei 5.806/2014
Mato Grosso do Sul*	Campo Grande	∅
Minas Gerais	Belo Horizonte	∅
Pará	Belém	∅
Paraíba	João Pessoa	∅
Paraná	Curitiba	∅
Pernambuco	Recife	∅
Piauí	Teresina	∅
Rio de Janeiro	Rio de Janeiro	∅
Rio Grande do Norte	Natal	∅
Rio Grande do Sul	Porto Alegre	∅
Rondônia	Porto Velho	∅
Roraima	Boa Vista	∅
Santa Catarina	Florianópolis	∅
São Paulo	São Paulo	Lei 14.141/2006
Sergipe	Aracaju	∅
Tocantins	Palmas	∅

Fonte: Elaboração Própria

* No Mato Grosso do Sul a capital não possui lei de processo administrativo própria, porém o município de Dourados elaborou a sua própria: Lei 2.551/2003.

Quadro 4 - Gráfico de incidência subsidiária da Lei de Processo Administrativo nas Capitais

● Incidência subsidiária da Lei 9.784/1999 ● Há Lei Própria



Fonte: Elaboração Própria

Percebe-se claramente nessa abordagem específica da realidade brasileira o papel importante desempenhado por uma Lei Geral de Processo Administrativo, vez que é ela efetivamente a legislação aplicada na maioria dos entes federativos.

Por outro lado, ressalte-se ter a Lei Federal de Processo Administrativo influenciado os demais entes federativos²⁷⁰, pois foi tomada como parâmetro por todos aqueles que editaram suas leis de processo administrativo, em especial no tocante à possibilidade de abertura de consultas e audiências públicas.

Esse arcabouço constituído pelas legislações processuais representou avanços no caminho da democratização da Administração Pública no país, com a possibilidade de fortalecer a construção da democracia participativa.

²⁷⁰ Com exceção do Estado de São Paulo, cuja lei foi promulgada com um mês de antecedência em relação à federal.

Contudo, a realidade mostra que a edição dessas legislações ocorreu muito tardiamente, contando, no mínimo, com uma década de atraso.

Ressalte-se que do ponto de vista da evolução da legislação estrangeira, como exposto anteriormente, muitos países já se encontram numa fase mais avançada de aprofundamento das garantias de participação da sociedade no processo de tomada de decisões da Administração Pública que afetem direta ou indiretamente um interesse seu, na produção normativa administrativa e até mesmo na elaboração de projetos de lei pela Administração a serem enviados para apreciação do Poder Legislativo.

Esta abordagem leva à indagação, que pretendemos responder ao longo deste trabalho, sobre em que medida a LPA federal encontra-se apta a espelhar o comando constitucional de democratizar a Administração Pública, de outro modo, em que medida encontra-se apta a responder satisfatoriamente a evolução da demanda por participação da sociedade nos casos de decisões de relevância social e de interesse geral.

Essa questão colocada é importante, tendo-se em conta a resistência existente da Administração Pública na sua abertura à sociedade. Dentro dessa realidade, deixar ao critério do governante a faculdade de abrir ou não os mecanismos democráticos de participação da sociedade pode não se configurar num bom caminho a seguir.

Nesse sentido, lançar um olhar sobre a prática na abertura dos mecanismos participativos pela Administração Pública pode nos levar à compreensão dos seus reais gargalos.

III.IV. Os programas de implantação de ciclovias no município de São Paulo e de reorganização da rede de ensino do estado de São Paulo

Há entre nós uma realidade que demanda um olhar mais atento, que se constitui na dificuldade que os governos apresentam de se abrirem ao diálogo com a sociedade, apesar de os princípios da democracia participativa estarem constitucionalmente previstos há quase três décadas.

Tal fato revela resistências do Estado brasileiro de, utilizando-nos de uma expressão cunhada por Boaventura de Sousa Santos “democratizar a democracia”²⁷¹, no sentido de efetivar os mecanismos de participação popular.

Serão apresentados a seguir, dois casos que revelaram importantes pistas sobre as dificuldades existentes não só por parte da Administração Pública, mas também, em algumas situações, do Ministério Público e do Poder Judiciário, em garantir a participação popular como um direito do cidadão que for afetado negativamente por uma atividade administrativa.

Lembre-se que o presente trabalho tem por mote central a participação popular como forma de democratização da administração pública na produção de atos que afetem interesse geral ou de relevância na sociedade, através de audiências e consultas públicas.

A escolha da pesquisa ocorrer no Estado de São Paulo e na sua Capital, envolveu a facilidade que se poderia ter no acesso a informações e entendimento das variáveis, vez que a pesquisadora reside e tem a sua vida profissional nesses locais.

Escolhidos os entes federativos, a questão que se colocou foi se teriam o Estado de São Paulo (lembre-se o primeiro a editar a própria Lei de Processo Administrativo, antes mesmo da União) e a sua Capital avançado na gestão democrática das suas administrações.

Para tentar traçar um caminho de investigação, optamos por analisar dois casos significativos ocorridos no ano de 2015, portanto bem recentes e que mobilizaram a atenção da população, de integrantes do sistema de justiça e da mídia.

Ambos os casos dizem respeito à forma com que as decisões administrativas foram tomadas no âmbito da competência da gestão paulista e paulistana, dando ensejo a questionamentos sobre a legitimidade dessas decisões, ocasionadas pela falta de participação da sociedade no processo.

²⁷¹ SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). Democratizar a Democracia: os caminhos da democracia participativa. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

A escolha dos casos se explica na medida em que eles podem se constituir num termômetro da abertura da Administração Pública para o diálogo com a sociedade, indicando possíveis gargalos e possibilidades de avanços na democracia participativa prevista na Constituição Federal.

O propósito é tecer uma abordagem exploratória, por meio de pesquisa processual ao lado de pesquisa em artigos e reportagens da época, para identificar em que termos o princípio da participação popular vem sendo efetivado na construção de uma Administração Pública democrática e em que termos ocorre o controle dessa observação.

A hipótese que consideramos para ambos os casos é a possibilidade de se constatar a necessidade de aprofundar o diálogo com a sociedade na tomada de decisões de interesse ou relevância social, que se respaldasse não somente na vontade política dos administradores, mas também na existência de um parâmetro legal claro no sentido da obrigatoriedade da participação popular para legitimação da ação administrativa.

O primeiro caso ocorreu no Município de São Paulo no início de 2015 e se refere ao programa de implantação do sistema cicloviário na cidade, por nós denominado de Caso Ciclovias.

O segundo caso ocorreu no âmbito do Estado de São Paulo, no final de 2015 e se refere ao programa de reorganização da rede de ensino, por nós denominado de Caso Reorganização da Rede de Ensino.

III.IV.I. Caso Ciclovias

No início de 2015 a Prefeitura de São Paulo iniciou a implementação do sistema cicloviário, programa de governo decorrente da Política Municipal de Desenvolvimento Urbano estabelecida no Plano Diretor Estratégico do Município de São Paulo - Lei 16.050/ 2014.

O chamado Programa Cicloviário do Município de São Paulo previa a construção de 400 quilômetros de ciclovias, ciclofaixas, faixas compartilhadas e rotas operacionais de ciclismo.²⁷²

O Ministério Público questionou judicialmente o referido programa, travando-se um embate ainda não solucionado pela Justiça paulista, de modo que, até a última data em que a pesquisa sobre o processo foi realizada, a saber, 26 de outubro de 2017, a Ação Civil Pública não contava com sentença judicial de primeira instância.

Esclareça-se que serão aqui abordados apenas os aspectos considerados relevantes para o presente trabalho, de modo que se entendeu inapropriado lançar um olhar sobre as questões processuais do caso em tela, bem como sobre outros assuntos trazidos à baila pelo Ministério Público que não se relacionavam com a participação da sociedade na gestão do sistema cicloviário municipal.

Contudo, houve necessidade de que algumas questões processuais fossem esclarecidas para o entendimento da discussão travada no processo.

O programa da Prefeitura, implementado pela Companhia Engenharia de Tráfego - CET a partir de 2015, foi questionado judicialmente pelo Ministério Público Estadual, através da Ação Civil Pública nº 1009441-04.2015.8.26.0053, proposta em 17 de março de 2015, perante a 5ª Vara da Fazenda Pública do Estado de São Paulo²⁷³.

Vários óbices foram levantados à continuidade da implementação do programa, dentre os quais a falta de um planejamento e estudo técnico (projeto de engenharia com estudo de concepção ou viabilidade, projeto básico e executivo), e a

²⁷² A Companhia de Engenharia de Tráfego - CET traz em seu sítio eletrônico as seguintes definições:

Ciclovía: pista de uso exclusivo de bicicletas e outros ciclos, com segregação física do tráfego lindeiro motorizado ou não motorizado, com sinalização viária, podendo ter piso diferenciado no mesmo plano da pista de rolamento ou no nível da calçada.

Ciclofaixa: faixa de rolamento de uso exclusivo à circulação de ciclos, com segregação visual do tráfego lindeiro, podendo ter piso diferenciado no mesmo plano da pista de rolamento.

Ciclorrota: sinalização cicloviária específica em pista de rolamento compartilhada com os demais veículos, onde as características de volume e velocidade do trânsito na via possibilitam o uso de vários modos de transporte sem a necessidade de segregação. Este conceito deve ser aplicado obedecendo ao princípio da continuidade e orientação, especialmente em complementação às ciclovias e ciclofaixas.

Disponível em www.cetsp.com.br/consultas/bicicleta/definicoes.aspx. Acesso em 26 de novembro de 2017.

²⁷³ A Ação Civil Pública foi proposta pelo Ministério Público em face da Prefeitura do Município de São Paulo e da Companhia Engenharia de Tráfego - CET.

ausência de consulta às pessoas que seriam mais diretamente afetadas pela decisão administrativa, como os próprios ciclistas, moradores e comerciantes dos locais abrangidos pelo pelo programa cicloviário.

O Ministério Público requereu medida liminar de suspensão da implantação do referido programa, inclusive com recuperação do trecho da Avenida Paulista, em adiantado estado de construção, para que a avenida voltasse à configuração do traçado anterior.

A liminar foi concedida, em parte, pelo Juízo da 5ª Vara da Fazenda Pública. Ou seja, suspendeu-se a implantação do sistema como um todo, à exceção das obras da Avenida Paulista que se encontravam em estágio avançado.

A Prefeitura ingressou com Pedido de Suspensão de Liminar junto à presidência do Tribunal de Justiça de São Paulo, que deu provimento ao pedido, no sentido da retomada da implantação do programa.

Esse provimento foi mantido, posteriormente, em decisão do Tribunal de Justiça, no Agravo de Instrumento proposto pelo Ministério Público²⁷⁴, que pleiteava fosse incluída a implantação da ciclovia da Avenida Paulista na decisão de suspensão das obras de todo o sistema.

Por isso as obras do sistema cicloviário continuaram a ser realizadas durante toda a gestão do então prefeito Fernando Haddad ²⁷⁵, vindo a ser suspensas com a nova gestão municipal do prefeito Doria.

Na peça inicial constante da Ação Civil Pública, resumidamente assim se manifestou o Ministério Público:

²⁷⁴ Decisão do TJ - 1ª Câmara de Direito Público - que negou provimento ao agravo de instrumento do MP que requeria a suspensão das obras não só das vias de ciclismo ainda não construídas, como também a recomposição da via na Avenida Paulista:

“no que toca ao pedido de recomposição da pavimentação e restabelecimento da funcionalidade local, a concessão de efetivo ativo me parece constituir tumulto processual com aptidão a causar evidentes prejuízos ao Erário, com as mudanças de rumo que o processo pode tomar. Em linhas gerais e somente para análise sumária da questão, ausente a demonstração da relevância da argumentação ora apresentada pelo agravante, indefiro o efeito ativo do pleiteado” Processo 1009441-04.2015.8.26.0053. p. 3038.

²⁷⁵ Note-se que a partir da concessão parcial de liminar ao pedido do Ministério Público, travou-se um embate de agravos de instrumento, embargos de declaração, apresentação de novos documentos de ambas as partes, enfim, toda a trajetória processual a que tinham direito as partes procederem.

(...) De modo que a presente demanda aborda as questões urbanísticas relacionadas à implementação do referido sistema cicloviário neste Município (...)

(...) A atual gestão municipal tem, nos últimos oito meses, imprimido ritmo acelerado na implementação do sistema cicloviário deste Município, implementação esta que, até então, se dera de modo pouco expressivo. (...) A Implantação do sistema cicloviário nesta Cidade está sendo feita por meio de programa, constante do endereço eletrônico da Prefeitura do Município de São Paulo, site da CET, que é a executora do programa e integra a administração indireta da Municipalidade. Conforme consta do site da CET, a pretensão do Poder Público Municipal é de atingir 400 (quatrocentos) quilômetros de extensão neste sistema até o final do ano em curso (...)

Desses 400 quilômetros, conforme matéria constante da revista "Veja São Paulo"(...) mais de 156 já foram executados pela atual gestão municipal (...)

Paralelamente ao desenvolvimento exacerbado do sistema cicloviário neste Município nos últimos meses, esta Promotoria de Justiça especializada recebeu e continua recebendo um número considerável de reclamações de munícipes sobre irregularidades e problemas que têm agravado o já caótico sistema de mobilidade urbana da Cidade de São Paulo

Diante desse quadro, deliberou-se pela instauração de inquérito civil (...) Nesse contexto, no bojo do mencionado inquérito civil, foram solicitadas informações detalhadas do sr. Prefeito Municipal e da CET sobre: o cronograma de obras e os estudos técnicos que teriam precedido e embasado a implementação do sistema cicloviário desta Cidade, com sistematização circunstanciada e individualizada dos elementos técnicos que embasaram a implantação de ciclovias, ciclofaixas, faixas compartilhadas e ciclorrotas nas vias públicas onde essa implementação já ocorreu e naquelas em que ela será efetivada no futuro; as medidas que serão tomadas em relação às normas de segurança e sinalização nesse sistema; os eventuais impactos no trânsito gerados por essa implementação; as audiências públicas eventualmente realizadas antes da implementação dos sistema (...)

Os Assistentes Técnicos do MP (...) destacaram que o material enviado pelo Poder Público Municipal (...) não pode ser considerado estudo técnico para implantação do sistema cicloviário neste Município (...) não fazendo parte dessa documentação encaminhada nenhum projeto de engenharia, ou seja, estudo de concepção ou viabilidade, projeto básico e projeto executivo (...) quanto à questão de segurança, conforme constatado pelos Assistentes Técnicos do Ministério Público, após vistorias (...) detectou-se que em muitas delas há uma série de irregularidades, que se repetem e põem em risco a segurança de todos os munícipes, principalmente dos próprios ciclistas (...) não houve sequer a preocupação de divulgar aos interessados sobre os equipamentos obrigatórios

para bicicletas (...) veiculadas campanhas de educação aos ciclistas (...) **A política pública de desenvolvimento adotada pelo governo municipal certamente não resulta na melhor solução para chegar a um sistema eficiente de mobilidade.**²⁷⁶(destaque nosso)

E segue na argumentação, agora apontando a falta de interação do Governo Municipal com a população, em desacordo com o que dispõem a Constituição Estadual, que determina a participação das entidades comunitárias no estabelecimento de diretrizes e normas sobre o desenvolvimento urbano; o Estatuto da Cidade, que no artigo 2º dispõe sobre a gestão democrática por meio da participação da população na formulação, execução e acompanhamento de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano, e que os organismos gestores das regiões metropolitanas e aglomerações urbanas incluirão obrigatória e significativamente participação da população e associações:

(...) **Não houve, na formulação, tampouco na execução e no acompanhamento do mencionado programa, a necessária oitiva da população circunvizinha aos locais em que estão sendo implantadas as ciclovias e ciclofaixas**, em virtude dos impactos causados ao sistema viário, ao transporte público e particular. **O Município tem a obrigação de ouvir a população e moradores do entorno, por força do princípio da democracia participativa que o Estatuto da Cidade visou garantir**, para dar concreção à norma do artigo 29, XII, da Constituição Federal (...). A Lei 12.587/12 (Lei de Mobilidade Urbana) foi editada pela União para instituir as diretrizes da Política Nacional de Mobilidade Urbana. Tem por objetivo “contribuir para o acesso universal à cidade, (...) por meio do planejamento e da gestão democrática do Sistema Nacional de Mobilidade Urbana (...). (destaque nosso)

Essa lei traz como princípios a acessibilidade universal; (...) a gestão democrática e o controle social do planejamento e avaliação da Política Nacional de Mobilidade Urbana (...).

Por esse diploma legal, **a população de uma cidade, vista sob a ótica de usuário, tem o direito de “participar do planejamento** da fiscalização e da avaliação da política local de mobilidade urbana”(art. 14,II) e, na sua dimensão coletiva como sociedade civil, de participar: da fiscalização e avaliação da

²⁷⁶ Processo 1009441-04.2015.8.26.0053. p. 1/32.

Política Nacional de Mobilidade Urbana por meio de órgãos colegiados (...), por meio de audiências e consultas públicas (art. 15)²⁷⁷

Segue focando na necessária participação do cidadão nas questões relativas à mobilidade na cidade:

(...) o Plano Diretor estratégico do Município de São Paulo (Lei nº 16.050/14) que: abriga os princípios do direito à cidade (processo de universalização do acesso aos benefícios e às comodidades da vida urbana por parte de todos os cidadãos, por meio da oferta e uso dos serviços, equipamentos e infraestruturas públicas), função social da cidade (que compreende o atendimento das necessidades dos cidadãos quanto à qualidade de vida, infraestrutura urbana, ao transporte, aos serviços públicos) à gestão democrática (...), que é a garantia da participação de representantes dos diferentes segmentos da população, diretamente ou por meio de associações, nos processos de planejamento e gestão da cidade, (...); tem por objetivo o fortalecimento da gestão urbana integrada, descentralizada e participativa (art. 7º, XV).²⁷⁸

E finaliza:

Portanto, sem justificativa e ilegal a opção da atual gestão municipal em proceder, com velocidade exacerbada, à implantação do sistema cicloviário neste Município **sem prévias audiências públicas, sem consulta à população, principalmente das pessoas que vivem no entorno dos locais em que estão sendo instaladas as ciclovias e ciclofaixas.**²⁷⁹ (destaque nosso)

Os principais argumentos, portanto, centraram-se na falta de estudos técnicos pela CET e ausência de participação do cidadão paulistano na elaboração e implantação do programa cicloviário municipal.

O pedido de liminar foi justificado pela ocorrência de lesão à ordem urbanística, em especial ao sistema de mobilidade urbana de São Paulo, que urgentemente

²⁷⁷ Processo 1009441-04.2015.8.26.0053. p. 35/37.

²⁷⁸ Processo 1009441-04.2015.8.26.0053. P. 38.

²⁷⁹ Idem.

necessitava de sustação dos atos de implementação do programa cicloviário, bem como urgente a necessidade de recomposição da pavimentação dos canteiros centrais, das calçadas e vias em que as atividades, obras e serviços não foram terminados, para se restabelecer a funcionalidade desses locais (circulação, trafegabilidade e segurança das pessoas) da Avenida Paulista.

Requeru-se fosse imposto à Municipalidade de São Paulo a obrigação de não fazer, paralisando em 24 horas todas as atividades, serviços e obras referentes ao programa de implementação do sistema cicloviário no Município, até a realização dos estudos técnicos necessários, e até que se realizassem audiências públicas referentes a toda e qualquer ciclovia, ciclofaixa, ciclorrota e faixa compartilhada que se pretendesse implantar na Cidade, garantindo a efetiva participação de todos os munícipes, em especial da população circunvizinha ao local da implantação de cada ciclovia, ciclofaixa, ciclorrota ou faixa compartilhada. E, também, a recomposição em 30 dias da pavimentação desfeita dos canteiros centrais, calçadas e vias em que as obras não tenham terminado, recompondo-se a funcionalidade original.²⁸⁰

A decisão da 5ª Vara da Fazenda Pública de concessão de liminar se deu nos seguintes e resumidos termos:

(...) Portanto, em análise superficial, não parece que a instalação de uma ciclofaixa ou de uma ciclovia deva ser classificada como obra de engenharia, como busca fazer crer o autor na petição inicial, mas simples demarcação de faixa de tráfego exclusivo para bicicletas. (...)

Porém, sabendo-se que o interesse da Administração Municipal segue no desejo de implantar ao menos 400 quilômetros de ciclovias e ciclofaixas nesse município é de se entender como razoável a presença de prévio estudo de impacto viário global e local, de sorte a mitigar efeitos deletérios como o estrangulamento do tráfego de veículos em vias públicas. (...) Porém, nada de relevante consta dos autos quanto às sinalizações realizadas posteriormente, pois nenhum estudo de impacto viário foi apresentado aos promotores de justiça, mas as ciclofaixas e as ciclovias de caráter permanente continuam a ser implantadas. Assim, pelo que consta dos autos até o presente momento, é de se entender que

²⁸⁰ Processo 1009441-04.2015.8.26.0053. P. 40-42.

as articulações do autor possuem verossimilhança, requisito essencial para a concessão da tutela de urgência. O perigo de dano irreparável decorre do interesse coletivo em se obstar novas implantações de ciclofaixas ou ciclovias sem prévio estudo de impacto viário.2.2-) Solução diversa merece a implantação da ciclovia da Avenida Paulista, já que se trata de trabalho que aparenta melhor estudo e planejamento, com informação prévia à comunidade em geral, e que foi objeto de acalorada discussão nos meios de comunicação. Aparentemente, a utilização do canteiro principal central como local para a implantação da ciclovia denota preocupação com a mitigação das influências negativas para o trânsito local.(...)

Sem se ovidar que, como se trata de implantação em estágio avançado de desenvolvimento, a paralisação dos trabalhos ou a recomposição ao estado anterior importará em maiores transtornos aos munícipes, especialmente em caso de improcedência dos pedidos.

Nestes termos, DEFIRO tutela antecipada para o fim exclusivo de impor aos réus a paralisação de todas as implantações de novas ciclovias, ciclofaixas e ciclorrotas de caráter permanente no Município de São Paulo, sem prévio estudo de impacto viário global e local,excetuando-se a continuidade da implantação da ciclovia da Avenida Paulista, pelos motivos acima expostos. (...)

Como se percebe, a questão relativa à falta de participação popular não foi levada em consideração na tomada da decisão que deferiu a liminar.

Destaque-se que não tendo ocorrido a concessão da liminar na totalidade do requerido pela promotoria, houve a proposição de Agravo de Instrumento pelo Ministério Público.

A Prefeitura, por seu turno, também ingressou com Agravo de Instrumento perante o Tribunal de Justiça de São Paulo²⁸¹, tendo obtido junto à Presidência do Tribunal acolhimento do pedido de Suspensão de Liminar concedida pelo Juízo da 5ª Vara da Fazenda Pública.²⁸²

²⁸¹ Lembre-se que a decisão da 5ª Vara da Fazenda Pública concedeu a liminar em parte, preservando somente as obras da ciclovia da Avenida Paulista, suspendendo todas as que não tinham sido iniciadas.

²⁸² Processo 1009441-04.2015.8.26.0053. p. 610 (decisão do Presidente do Tribunal de Justiça concedendo suspensão da liminar).

A 1ª Câmara do Tribunal de Justiça, posteriormente, manteve a decisão de suspensão da liminar proferida pelo Presidente do Tribunal, nos termos requeridos pela Prefeitura no agravo de instrumento.

De modo que o conteúdo da defesa apresentada pela Prefeitura, naquilo que tem de mais relevante, consta do seu pedido de Agravo de Instrumento com pedido de liminar para que fosse concedido o efeito suspensivo ao recurso, proposta perante o Presidente do Tribunal de Justiça de São Paulo, repetindo-se com pequenas alterações e acréscimos de documentos nas outras peças de defesa apresentadas.

Por isso, mostrou-se mais útil apresentar a argumentação tecida no agravo de instrumento proposta perante o Presidente do Tribunal de Justiça, o que se fará resumidamente, nos termos a seguir:

A teratológica decisão agravada partiu da premissa que uma política pública presente no Plano de Metas da Cidade careceu de planejamento e preferiu acolher a verossimilhança das alegações do Ministério Público, em nítida inversão da ordem lógica que deve orientar as decisões judiciais, ainda mais quando se trata de atos emanados pelo Poder Público que possuem presunção de legalidade e legitimidade(...) em atenção aos preceitos contidos nos principais diplomas normativos que tratam do tema no ordenamento jurídico brasileiro e acompanhando tendência mundial, a Municipalidade de São Paulo verificou o crescimento da utilização de bicicletas pela população paulistana nos deslocamentos pela urbe e a necessidade da implantação de um sistema cicloviário complexo e abrangente capaz de transformar a realidade urbana da cidade.²⁸³

Segue a Prefeitura alegando ter obedecido as diretrizes das várias legislações federais e municipais que cuidam do tema²⁸⁴, e, em especial:

²⁸³ P. 817.

²⁸⁴ Processo 1009441-04.2015.8.26.0053. p. 819/820 - A Prefeitura indica as seguintes leis: Lei 9503/1997 (**Código de Trânsito Brasileiro**), que dispõe ser de competência dos Municípios, promover o desenvolvimento da circulação e da segurança de ciclistas (artigo 24, II); **Política Nacional de Mobilidade Urbana** (Lei 12.587/2012); **Política Municipal de Mudança do Clima de São Paulo** (Lei 14.933/2009) e da Lei Municipal nº 14.266/2007, que criou o **Sistema Cicloviário do Município**.

Ainda no plano diretor foi introduzido no seu art. 320 o Programa de metas como parte do Sistema Municipal de Planejamento. **Em vista disso, a implantação da rede de 400 quilômetros de vias cicláveis foi inserida como uma das metas do Programa de Metas 2013 - 2016 (Meta 97), tendo sido incluído a partir das solicitações de representantes da sociedade civil organizada.**²⁸⁵

Diz a Prefeitura que houve intensa participação popular na elaboração do Plano Diretor da cidade de São Paulo, encontrando-se no bojo dessa ampla participação, a discussão sobre a necessidade de implantação de mais espaço urbano para as bicicletas:

Cumpramos registrar, ainda, que a elaboração, a discussão e a aprovação do novo Plano Diretor da cidade de São Paulo foram precedidas de diversas audiências públicas onde houve a participação ativa de diversos membros da população paulistana que tiveram a oportunidade de opinar e fazer sugestões acerca do conteúdo do referido instrumento de política urbana, inclusive em relação à implantação da rede cicloviária da cidade de São Paulo.²⁸⁶

Como a gestão democrática foi considerada uma das marcas da gestão de Fernando Haddad como prefeito de São Paulo²⁸⁷, entendemos pertinente realizar uma pesquisa na internet, a partir de manifestações da sociedade civil, para coleta de maiores informações sobre o caso. O intuito foi averiguar se houve e em que medida a abertura de discussões e audiências públicas sobre a implantação do sistema cicloviário.

Primeiramente identificamos a informação, disponibilizada no sítio eletrônico da Rede Nossa São Paulo²⁸⁸, de que o processo de revisão do Plano Diretor Estratégico de São Paulo foi escolhido pela Organização das Nações Unidas como um

²⁸⁵ Processo 1009441-04.2015.8.26.0053. P. 820.

²⁸⁶ Processo 1009441-04.2015.8.26.0053. p. 820.

²⁸⁷ A silenciosa transformação inclusiva e democrática de São Paulo no governo Haddad, disponível em <https://www.cartamaior.com.br>, publicação de 21 de setembro de 2016. Acesso em 21 de setembro de 2016. Ver também: O xadrez das políticas públicas na gestão Haddad, disponível em <https://www.jornalggn.com.br>, publicação 18 de agosto de 2016. Acesso em 21 de setembro de 2016.

²⁸⁸ Entidade pertencente ao Instituto São Paulo Sustentável, associação sem fins lucrativos qualificada como Organização da Sociedade Civil de Interesse Público- Osip. Informação disponível em www.nossasaopaulo.org.br, acesso em 24 de novembro de 2017.

exemplo de boa prática de planejamento urbano com participação popular. Há, ainda, a notícia de que houve, no processo de revisão do Plano Diretor, a realização de 114 audiências públicas, mais de 25 mil participantes e 10 mil contribuições, sendo que o texto passou por quatro etapas de revisão em 2013, com a incorporação das sugestões pertinentes, e ocorrendo, por fim, mais algumas audiências públicas devolutivas.

Esse notícia indicava a existência de grande participação popular na elaboração do Plano Diretor de São Paulo, mas nada, ainda, sobre a intenção de implantação do programa das ciclovias.

Nos aprofundando um pouco mais na pesquisa, encontramos disponível no sítio eletrônico da Prefeitura o Programa de Metas da Cidade de São Paulo 2013-2016, apresentado pelo prefeito Fernando Haddad no início da sua gestão. Nos informa a Prefeitura que a primeira versão do Programa foi ampliado de 100 para 123 metas, após a participação social nas audiências públicas.

Foram 35 audiências públicas realizadas durante o mês de abril- que registraram mais de 9.400 sugestões e 876 mensagens eletrônicas, computadas e sistematizadas, e que ajudaram na formulação das metas dos programas.

Cerca de 3.400 pessoas participaram das audiências devolutivas.

Os moradores conheceram as principais propostas feitas em cada região e quais metas foram incluídas. (...)

O novo Programa de Metas da Cidade de São Paulo (2013-2016) incorporou 28 metas sugeridas pela população as 100 iniciais e excluiu cinco, totalizando 123 itens que foram divididos em 20 objetivos e 3 eixos temáticos.²⁸⁹

Na leitura do Programa de Metas versão final, verifica-se a inclusão da Meta 97, que trata da implantação da rede de 400 quilômetros de vias cicláveis:

Objetivo 16: Melhorar a mobilidade urbana universal, dando prioridade aos meios públicos de transporte

Metas atuais:

²⁸⁹ Programa de Metas da Cidade de São Paulo 2013-2016: disponível em www.prefeitura.sp.gov.br. Acesso 26 de novembro de 2017.

(...) 97. Implantar uma rede de 400 km de vias cicláveis.²⁹⁰

Passou, portanto, a proposta de construção dos 400 quilômetros de vias cicláveis, pelo crivo popular e, pelo que se pode notar, não de forma genérica que pudesse levar a alguma confusão. A meta era clara: construir extensão determinada de vias para bicicletas, no caso, 400 quilômetros.

Desde 2013, então, foi tornada pública a intenção de aumentar a malha viária para bicicletas no município de São Paulo.

Em 05 de fevereiro de 2015, a associação dos ciclistas urbanos de São Paulo - Ciclocidade, divulgou no seu sítio eletrônico²⁹¹, convite aos ciclistas para participarem da plenária que indicaria 20 nomes para ocupar vagas na Câmara Temática de Bicicleta, que estava sendo criada junto ao Governo Municipal e ligada ao Conselho Municipal de Transporte e Trânsito, com a finalidade de monitorar as ações já em andamento e definir um programa cicloviário para São Paulo.

Nesse mesmo sítio eletrônico, há informação de que em 08/04/2015 a Câmara Temática da Bicicleta reuniu-se para elaborar propostas para o Plano Municipal de Mobilidade de São Paulo. Informam, ainda, que em 14/05/2015 os representantes componentes da Câmara, tendo com base o documento apresentado pela Companhia de Engenharia de Tráfego- CET - que estabelecia objetivos, diretrizes e ações relacionados à mobilidade por bicicletas no Plano de Mobilidade, apresentaram a sua proposta para o Plano de Mobilidade de São Paulo (construído com debates temáticos), que versavam sobre:

modificações nas diretrizes da rede cicloviária estrutural, sistema de bicicletas compartilhadas, criação de capítulos específicos relacionados ao acalmamento de tráfego e ao desestímulo a veículos individuais motorizados (...)²⁹²

²⁹⁰ Programa de Metas da Cidade de São Paulo 2013-2016: disponível em www.prefeitura.sp.gov.br. Acesso 26 de novembro de 2017.

²⁹¹ Disponível em <https://www.ciclocidade.org.br>, acesso em 24 de novembro de 2017.

²⁹² É possível acessar no referido sítio eletrônico da Ciclocidade o rol especificado das propostas elaboradas, vez que entidade disponibiliza as agendas desde a criação da Câmara Temática de Bicicleta.

Note-se haver informação de que a própria Câmara Temática é fruto de reivindicação dos ciclistas junto ao Secretário dos Transportes, feita no dia 04 de junho de 2014, ocasião em que foi apresentada ao Conselho Municipal de Transporte e Trânsito a proposta de implementação de 400 km de ciclovias até 2016. Nessa reunião foi levantada a necessidade de um espaço específico para tratar de um plano e de uma política cicloviária para São Paulo²⁹³.

Em 04 de agosto de 2014 há informativo da entidade civil "Vá de Bike", sobre a participação dos ciclistas na elaboração do Plano Diretor Estratégico de São Paulo com a chamada "O Plano Diretor Estratégico de São Paulo e os avanços para a mobilidade por bicicletas". Nele se comemora o fato de que:

Mais do que participar, os ciclistas puderam pautar o debate acerca dos capítulos relacionados à mobilidade, alterando profundamente as prioridades e imprimindo o caráter transversal e revolucionário da bicicleta na cidade.

Concluindo, é de ser orgulhar que temos o principal marco regulatório urbanístico da cidade contemplando plenamente as potencialidades da bicicleta na cidade. Que venham as discussões do Plano de Mobilidade e do Plano Cicloviário, bem como dos Planos Regionais Estratégicos e dos Planos de Bairro.²⁹⁴

Ainda no ano de 2014, foram realizadas audiências públicas na Câmara Municipal de São Paulo para a discussão sobre a implementação das ciclovias (19/09/2014, 06/11/2014) em especial a da Avenida Paulista²⁹⁵.

Segue a Prefeitura de São Paulo, no Agravo de Instrumento, tratando de questões relativas a importância da utilização da bicicleta como fator de sanidade

²⁹³ Plano de Metas- (Ciclocidade): <https://www.ciclocidade.org.br/component/tags/plano-de-metas>. Acesso em 24 de novembro de 2017.

²⁹⁴ O Plano Diretor Estratégico de São Paulo e os avanços para a...: vadebike.org/.../plano-diretor-estrategico-de-sao-paulo-e-a-mobilidad... Acesso em 24 de novembro de 2017.

²⁹⁵ Ciclovia na Paulista será discutida em audiência pública na quarta. Disponível em www.camara.sp.gov.br/.../ciclovia-na-paulista-sera-discutida-em-au..., acesso em 25 de novembro de 2017.

ambiental, com a melhora da saúde pública, da integração social, redução da violência do trânsito e da poluição²⁹⁶.

Enfatiza a Prefeitura que a implantação da rede cicloviária foi planejada para:

(...) ser instalada, preferencialmente, em ruas secundárias que possuem menor movimento de veículos e menor velocidade de trânsito. Enquanto isso nas vias principais (...) procurou não eliminar as faixas de rolamento das vias públicas evitando, assim, a redução da capacidade de fluxo veicular. (...) a opção pela implantação da rede cicloviária (...) foi a de menor onerosidade entre as alternativas existentes (...) os benefícios gerados pela implantação da rede cicloviária de São Paulo superam em muito os eventuais incômodos causados por ela (...) toda política pública possui um ciclo e que uma etapa desse ciclo é a avaliação dos seus vícios e virtudes, após o transcurso de prazo razoável a partir da sua implementação. Ocorre que a rede cicloviária da cidade de São Paulo ainda está em processo de implantação, logo as conclusões tiradas pelo Ministério Público e pela r. decisão agravada são prematuras e precipitadas.²⁹⁷

E, finalmente, argumentou a Prefeitura no sentido de que a liminar do Juízo da 5ª Vara da Fazenda Pública, paralisando todas as implantações previstas, não se preocupou:

Com o perigo de irreversibilidade dela provimento judicial (art. 273, § 2º do CPC) e com os danos gerados à segurança, à ordem, à saúde pública e à economia públicas (...)

Aliás, a r. decisão proferida pelo juízo da 5ª Vara de Fazenda Pública da Capital não se preocupou com os impactos negativos que o deferimento da liminar (...) causará.²⁹⁸

Por impactos negativos elencou a Prefeitura retrocesso na segurança do trânsito com o aumento dos acidentes envolvendo bicicletas, a perda da conectividade

²⁹⁶ Processo 1009441-04.2015.8.26.0053. p. 823.

²⁹⁷ Processo 1009441-04.2015.8.26.0053. P. 824-825.

²⁹⁸ Idem. P. 828.

prevista para o funcionamento do sistema cicloviário, desestímulo ao uso das bicicletas, ao erário público (quase a metade da rede já está em funcionamento, e recurso, materiais e pessoal necessários à implantação da rede já foram acionados), à saúde pública (impedimento a um meio urbano mais sadio).²⁹⁹

A Prefeitura apresentou documentos que entendia comprobatórios dos estudos realizados para a implantação do sistema e a comprovação da realização de 170 audiências públicas em que o tema da implantação do sistema cicloviário paulistano foi debatido, vez que encaminhado nas audiências regionais temáticas ligadas ao Plano de Metas da Prefeitura em 2013 e 2014; e em audiências públicas de Revisão do Plano Diretor Estratégico entre 2013 e 2014.

Indicou uma Pesquisa sobre mobilidade urbana realizada pelo IBOPE Inteligência, em parceria com a Rede Nossa São Paulo, divulgada em 21 de setembro de 2014, constatando que cerca de nove entre cada 10 paulistanos (87%) são favoráveis à construção e ampliação de ciclovias na cidade³⁰⁰.

Citou várias entidades da sociedade civil que discordaram do pedido de paralisação das obras feito pelo Ministério Público, por meio de nota publicada na internet em 19.03.2015, indicativos do interesse e acompanhamento do programa pela sociedade civil³⁰¹.

A Ciclocidade - Associação dos Ciclistas Urbanos de São Paulo vem, juntamente com as organizações abaixo citadas, manifestar sua indignação frente ao pedido de paralisação das obras de implantação do sistema cicloviário da cidade de São Paulo, ação engendrada pelo Ministério Público Estadual (...)

A ação civil pública proposta, com pedido de liminar, questiona não apenas o método de implantação de tais estruturas, mas a importância da política pública em si, colocando em xeque a promoção do uso da bicicleta em uma cidade como São Paulo.³⁰²

²⁹⁹ Idem. P. 829.

³⁰⁰ Processo 1009441-04.2015.8.26.0053. P. 829.

³⁰¹ Idem. P. 830.

³⁰² Idem.

As entidades (Ciclocidade, Vá de Bike, dentre outras) nesse informativo eletrônico³⁰³, defendem os benefícios do uso da bicicleta, bem como afirmam que as discussões do Plano Diretor Estratégico sancionado em Julho de 2014 contaram com a participação direta e ampla:

(...) de ciclistas e da população como um todo na construção de capítulos relativos à bicicleta e na priorização dos modos ativos de transporte, em detrimento dos motorizados individuais, seguindo diretrizes do Plano Nacional de Mobilidade Urbana.³⁰⁴

E mais adiante, afirmam:

O MPE fala em participação pública. Os moradores da cidade de São Paulo foram ouvidos nas discussões do Plano Diretor Estratégico e nas discussões do Conselho Municipal de Trânsito e Transportes a respeito do planejamento cicloviário da cidade. Uma Câmara Temática de Bicicleta está em funcionamento na cidade de São Paulo justamente para acompanhar a implantação do sistema cicloviário.

E fazem uma reclamação à atuação do Ministério Público Estadual:

O Ministério Público nesta ação, ao contrário do Poder Executivo, em nenhum momento procurou ouvir quaisquer das organizações aqui assinadas. Nem tampouco as obras viárias tiveram participação pública, e foram no entanto realizadas sem questionamento do MPE.³⁰⁵

Como já anotado, houve acolhimento do pedido da Prefeitura de suspensão de liminar. Nesta decisão o que preponderou foi a visualização de possível dano irreparável

³⁰³ <http://vadebike.org/2015/03/nota-resposta-acao-mpe-contra-ciclovias-sao-paulo-entidades-associações/> acesso em 27.03.2015 (informação contida na nota de rodapé da p. 830 do processo em comento).

³⁰⁴ Processo 1009441-04.2015.8.26.0053. P. 832.

³⁰⁵ Idem. P. 834.

à economia pública, segurança no trânsito e ordem pública (procurar a decisão pelo menos em que página se encontra) com a paralisação das obras, que se entendeu contaram com estudos e planejamento prévios.

A questão relativa à ausência de audiências públicas levantada como um dos eixos principais da argumentação da promotoria somente foi considerada na decisão proferida pela 1ª Câmara de Direito Público, no agravo de instrumento proposto pelo Ministério Público contra a decisão da concessão parcial de pedido liminar da 5ª Vara da Fazenda Pública³⁰⁶.

A decisão, ao examinar o mérito do agravo, se deu nos seguintes termos:

Aduz o agravante que a implementação do sistema cicloviário no Município de São Paulo não foi precedida de estudos técnicos e ampla discussão com a população, de modo a não se ter certeza de que da forma como está sendo feita trará benefícios à mobilidade urbana, em desrespeito ao princípio da eficiência.

(...) As agravadas **trouxeram aos autos demonstração inequívoca de que a implantação do sistema na cidade de São Paulo não está sendo feita a esmo e sem qualquer estudo, como quer fazer parecer o Ministério Público.**

Pelo contrário, os documentos de fls 668/725, bem como o material em mídia eletrônica protocolado (...) contém os estudos e projetos prévios realizados para a implantação do projeto (...)

O documento denominado “Apresentação da Rede Cicloviária” de agosto de 2014 traz um resumo dos estudos realizados (não os estudos, propriamente ditos, visto que eles devem constar de infindáveis procedimentos administrativos que não interessaria trazer aos autos) para atingir a meta de 400 Km de rede cicloviária, de modo que não se pode dizer que não há o mínimo embasamento para a execução do projeto. Frise-se que o anexo 5 da mídia eletrônica juntada contém os projetos das ciclovias implantadas e as projetadas, que certamente demonstram estudos técnicos para a elaboração.

Não vislumbro determinação legal para que a implantação do projeto de ciclovias na cidade seja obrigatoriamente precedido de audiências públicas ou de outra forma de participação popular na execução de um projeto governamental.

(...)

³⁰⁶ Idem. P. 3437.

O uso da bicicleta conectado com demais meios de transporte, em especial o coletivo, deve ter a tendência de diminuir o desconforto que atualmente vinga na circulação de pessoas da megalópole.³⁰⁷

O relator passa, então, a transcrever parte de um texto constante do anexo 6 da mídia eletrônica, em que a CET apresentou um diagnóstico da mobilidade em São Paulo.

Nele, há a notícia de um estudo que verificou contar São Paulo com mais de 11 milhões de habitantes e com frota de aproximadamente 4,5 milhões de veículos, dos quais 3 milhões são carros. Diariamente, circulam 3,8 milhões de veículos nas vias, sendo que a preferência se dá por veículos individuais. Há, ainda, dados de uma pesquisa realizada pelo Metrô de São Paulo, constatando um aumento de 183% no número de viagens feitas por bicicletas entre 1997 a 2007. Só na Capital são mais de 147 mil viagens por dia. Porém a cidade não acolhe bem o ciclista que é visto como alguém que atrapalha o trânsito, que deveria estar na calçada ou no parque. A bicicleta ainda não é vista como meio de transporte, com direito a via conforme o Código de Trânsito Brasileiro, no artigo 59. Muitos argumentam que São Paulo não se pode comparar a cidades já tradicionais no uso da bicicleta como Amsterdã e Copenhague, visto serem cidades pequenas e planas. Porém, citam Bogotá, que possui uma área aproximada a de São Paulo, em que foram implantados 300 Km de vias exclusivas para bicicletas, como um exemplo bem sucedido de política cicloviária. Copenhague possui um bairro em que a circulação de carros é proibida, sendo um exemplo de que, ao se pensar em trânsito, não se deve priorizar somente o carro, mas devem ser levadas em conta todas as possibilidades de locomoção e todo o seu contexto, como qualidade de vida, meio ambiente e coletividade.

E segue, expondo que

Não cabe ao Poder Judiciário, à luz dos artigos 2º e 37, caput, da Constituição Federal, se imiscuir em questões insertas no âmbito do Poder Executivo, fazendo nova avaliação ou alterando seus programas e projetos para a consecução do interesse público³⁰⁸.

³⁰⁷ Idem. P. 3482.

³⁰⁸ Idem. P. 3485.

O Ministério Público ingressou com Recurso Especial perante o Superior Tribunal de Justiça, contra o acórdão da 1ª Câmara, não tendo logrado êxito.

Por fim, há informação nos autos de acordo ocorrido entre o Ministério Público e a nova gestão do governo municipal iniciada em 2016³⁰⁹, e, por essa razão, houve pedido de suspensão do processo por ambas as partes.

A Prefeitura Municipal de São Paulo noticia em petição ter havido reunião com o Ministério Público, nas dependências da Promotoria de Justiça de Habitação e Urbanismo da Capital, ocasião em que as partes acordaram a suspensão do programa de ciclovias, tendo-se em conta a informação do Poder Público Municipal de que

Com exceção de uma ciclofaixa na região de Pinheiros, da Rua Costa Carvalho (ainda em estudos embrionários), que fará a ligação da Estação Pinheiros com a malha cicloviária já existentes, a implantação do sistema cicloviário neste Município permanecerá paralisada, até que sejam finalizados os estudos técnicos que estão sendo realizados pela CET e até que sejam realizadas consultas à população, para que se possa aferir em que locais e de que forma será ampliada a malha cicloviária neste Município. O senhor Secretário de Transportes esclarece que em três meses, aproximadamente, esses estudos técnicos estarão concluídos. Após a finalização dos estudos, serão feitas consultas à população. Só então é que será retomada a implantação do Sistema Cicloviário neste Município.

O Ministério requereu a suspensão do processo até o dia 15 de agosto de 2017, deferida pelo Juízo³¹⁰.

E nesse estado o processo se encontra, portanto, ainda sem uma solução final³¹¹.

Ao analisar-se o caso, sob o enfoque da ocorrência ou não de participação popular, não foi possível dela tratar sem algumas considerações sobre o outro eixo de argumentação do Ministério Público, estruturado na falta de estudos técnicos mais

³⁰⁹Idem. P. 3608-3609 e P. 3610-3611.

³¹⁰ Idem. P. 3612.

³¹¹ Idem. P. 3616.

aprofundados e abrangentes, fato que, também, invalidaria a implantação do programa de ciclovias pela potencialidade de causar danos aos cidadãos usuários ou não do sistema, à mobilidade urbana e ao próprio comércio.

Em relação a esse segundo aspecto, evidencia-se desprovida de lógica uma proposta ter sido apresentada e debatida em audiências públicas, Câmaras Técnicas, Conselhos, Câmara Municipal, como se verificou, sem que estivesse pautada por estudos técnicos realizados pelos órgãos públicos e pela Companhia de Engenharia de Tráfego-CET.

Foi isso que se constatou, ao longo da Ação Civil Pública. A Prefeitura e a CET demonstraram estar o programa cicloviário respaldado em vários estudos e pesquisas que apontavam para uma ação coadunada com os dispositivos legais sobre a gestão da mobilidade na cidade de São Paulo e com o que havia de mais atual em termos de experiências positivas em várias cidades estrangeiras. Bogotá foi citada como um exemplo de sucesso com a implantação de rede cicloviária de 350 quilômetros, aumentando de 1% para 7% das viagens realizadas por bicicletas, significando que a população responde positivamente à estrutura alternativa ao transporte por veículos poluentes.

Em pesquisa por nós realizada na internet, verificou-se que em 17 de janeiro de 2015 a G1 São Paulo, noticiou em seu sítio eletrônico que São Paulo, Rio de Janeiro e Belo Horizonte ganharam prêmio - 10ª edição do Sustainable Transport Award- nos Estados Unidos, por implantação de novas ciclovias.³¹²

Denota-se, portanto, que não se tratava de um programa público equivocado ou fora de propósito para a realidade de uma metrópole como São Paulo, vez que outras duas capitais de estado também implementaram programa de ciclovias, todos com reconhecimento internacional.

Há, também, manifesto posicionamento de entidades da sociedade civil (Vá de Bike, Ciclocidade - Associação dos ciclistas urbanos de São Paulo, Instituto CicloBr, ITDP- Institute for Transportation & Development Policy, UCB - União dos Ciclistas do

³¹² G1- SP conquista prêmio nos EUA por implantação de novas ciclovias. Disponível em g1.globo.com>noticia>2015/01>. Acesso em 26 de novembro de 2017.

Brasil), através de nota em resposta à ação do Ministério Público Estadual contra a implantação das ciclovias em São Paulo³¹³.

No documento as entidades além de arrolarem dezoito razões para o uso da bicicleta, criticaram o desconhecimento do Ministério Público sobre a matéria, ao afirmar na Ação Civil Pública, que o automóvel é ainda hoje o modal de transporte que transporta o maior número de pessoas no Município. As entidades identificam nessa afirmação um erro grave, visto que a maior parcela da população de São Paulo desloca-se a pé ou de ônibus, segundo pesquisa da Rede Nossa São Paulo/IBOPE, as pessoas que andam de transporte público e a pé totalizam 68%, apesar de ser o carro aquele que ocupa o maior espaço nas vias, sendo o maior responsável pelos congestionamentos na cidade, pela poluição, ruído e estresse da população, com imensos prejuízos diários ao município: “ao questionar o interesse público em se investir nas estruturas cicloviárias, a promotora mostra desconhecimento da realidade da cidade”³¹⁴.

Houve, inclusive, como visto, participação das entidades que congregam ciclistas nas discussões de elaboração do programa de implantação das ciclovias, em vários espaços democráticos como audiências públicas e Conselho de Trânsito.

Denota-se, então, que não se tratava propriamente de falta de apoio ou participação da sociedade civil.

Daí se inferir que possivelmente o Ministério Público tivesse uma visão oposta ao da Prefeitura quanto a um dos eixos da política de mobilidade urbana, aquele que implementava um sistema cicloviário no Município. Acrescente-se o seu pedido formulado em juízo, de que a cada trecho de implementação de ciclovias deve ser aberta audiência pública para a participação dos interessados, especialmente a população do entorno.

O que nos remete a reforçar a percepção de que o Ministério Público entende a abertura de vias para ciclistas como algo incômodo e até prejudicial à população.

³¹³ A Prefeitura apresentou essa informação na Ação Civil Pública, Processo 1009441-04.2015.8.26.0053. p. 830. Integra do documento disponível em <http://vadebike.org/2015/03/nota-resposta-acao-mpe-contra-ciclovias-sao-paulo-entidades-associaoes/>. Acesso em 26 de novembro de 2017.

³¹⁴ Cf. <http://vadebike.org/2015/03/nota-resposta-acao-mpe-contra-ciclovias-sao-paulo-entidades-associaoes/>. Acesso em 26 de novembro de 2017.

Se o Ministério Público trilhou um caminho correto ao reivindicar que decisões desse tipo, que afetam milhares de pessoas no seu cotidiano, sejam democraticamente construídas, talvez se desvie da razoabilidade ao entender que cada trecho a ser construído ou implementado deva ser necessariamente discutido com a população do entorno.

Essa é uma seara complexa em que um dos grandes desafios do Estado democrático de direito encontra-se na possibilidade da Administração Pública de gerir o interesse público respaldada num âmbito de discricionariedade, que por sua vez, deve ser exercida cada vez mais articulada com a sociedade.

Discricionariedade, portanto, numa gestão democrática, pressupõe que a decisão a ser formada transcenda a seara interna do aparelho administrativo, devendo se conectar com as variáveis que só podem ser conhecidas no contato direto com a realidade social trazida pela participação do cidadão.

Decisões com impacto direto na coletividade demandam uma postura diferente do administrador na busca da verdade material na motivação do ato que irá proferir. Nesse contexto, a verdade material, se evidencia no momento em que a Administração Pública se abre ao diálogo com as pessoas que serão afetadas pela decisão do administrador.

Desta forma, se é dado à Administração Pública a possibilidade de decidir sobre o interesse público, à sociedade é dado o direito de participar na formulação desse interesse.

Nesse caminho, um ponto que nos pareceu crucial, no caso em tela, configurou-se na questão do momento em que a participação da sociedade deveria ocorrer, pois o Ministério Público denunciou a falta de participação tanto na fase de elaboração da decisão como também na de sua execução.

Segundo o Ministério Público evidenciou-se a falta de qualquer participação dos interessados no processo de elaboração e implementação do programa ciclovitário municipal, tendo sido o programa gestado internamente e ao alvedrio do prefeito.

Do ponto de vista das provas apresentadas pela Prefeitura na Ação Civil Pública, é possível entender que, em relação ao momento da elaboração do programa, há dados suficientes na Ação Civil Pública de que houve ampla participação não somente dos ciclistas, mas também dos outros setores e cidadãos nas várias audiências públicas acontecidas desde a o Programa de Metas, passando pelo Plano Diretor e o Plano de Mobilidade Urbana.

Quanto à fase de execução do programa, os dados mostram que a participação não deixou de ocorrer, mas agora de forma menos ampla que pelas audiências públicas, pois levada a efeito através da Câmara Temática de Bicicleta, ligada ao Conselho de Transporte e Trânsito Municipal.

Note-se que a Câmara Técnica de Bicicleta constitui-se por vinte e dois representantes da sociedade civil (2 representantes dos ciclistas, 10 representantes das cinco regiões de São Paulo e 10 representantes indicados pelas entidades de ciclistas) configurando-se num órgão auxiliar do Conselho de Trânsito e Transporte Municipal. Há, portanto, na Câmara Temática de Bicicleta, representantes dos moradores das cinco regiões de São Paulo.

Esse dado é relevante e indica não ser possível afirmar não ter ocorrido participação ou interlocução entre a Prefeitura e a sociedade na fase de execução do programa.

Contudo, é possível identificar o grau menor de abrangência da participação, que não contou com audiências públicas e nem com as pessoas diretamente afetadas por trecho específico de ciclovia a ser implantado. Contou, porém, com reuniões da Câmara Temática de Bicicleta e com representantes das regiões paulistanas em que a implementação seria deflagrada, mais representantes dos ciclistas e das entidades de ciclistas.

A decisão do Tribunal de Justiça, no entanto, oferece uma pista sobre o entendimento do Poder Judiciário, quanto ao momento da participação. Como já visto anteriormente, O TJ considerou que a lei não exige participação popular no momento da

execução do programa de ciclovias. Nada falou sobre se, no momento de elaboração, entendeu ter ocorrido ou não a participação da sociedade.

Nos pareceu que a decisão do Tribunal de Justiça, nesta questão e nos termos em que se deu:

Não vislumbro determinação legal para que a implantação do projeto de ciclovias na cidade seja obrigatoriamente precedido de audiências públicas ou de outra forma de participação popular na execução de um projeto governamental³¹⁵

Contém mais uma orientação voltada à tradicional reverência à discricionariedade administrativa do que o convencimento mínimo de que a necessária participação popular ocorreu.

Por outro lado, indica um possível caminho a se percorrer no sentido de garantir o aprofundamento da gestão democrática, qual seja, fazer constar na lei a obrigatoriedade dos mecanismos de consulta à sociedade.

De qualquer modo, é possível constatar que no processo de elaboração e execução do programa municipal de ciclovia de fato ocorreu a participação popular, mas em várias etapas e distintos graus de abrangência.

Anote-se que no transcurso da Ação Civil Pública ocorreu a mudança de prefeito e um novo momento se inaugurou relativamente à questão cicloviária no município, com um acordo entre a Prefeitura e o Ministério Público e por consequência deste um pedido de ambas as partes, deferido, de suspensão do processo.

Em 20 de março de 2017, portanto no início do mandato do novo prefeito, a entidade Rede Brasil Atual publicou no seu sítio eletrônico que os ciclistas reclamavam da falta de respostas da gestão Doria sobre a continuidade da política cicloviária e sobre a liberação da obra na Avenida Ricardo Jafet, dentre outras questões, sem terem obtido qualquer resposta por parte da Administração.³¹⁶

³¹⁵ Processo 1009441-04.2015.8.26.0053. P. 3482.

³¹⁶ Gestão Doria exclui ciclistas da revisão do plano cicloviário de SP. Disponível em <https://www.redebrasilatual.com.br>. Acesso em 03 de dezembro de 2017.

A entidade Rede Brasil Atual postou no seu sítio eletrônico em 20 de abril de 2017 notícia intitulada “Decisão de Doria sobre ciclovias não teve diálogo e aumenta insegurança, dizem ciclistas”³¹⁷, que denuncia ter o Prefeito definido sem qualquer consulta popular, que vai eliminar ciclovias e ampliar ciclorrotas, vias com sinalização especial, mas que não têm separação entre carros e bicicletas, sendo, portanto, bem mais perigosas para a integridade física do ciclista do que as ciclovias, que contam com separação física da via em que trafegam os outros tipos de veículos.

Noticiam, ainda, haver reclamação da organização não governamental Ciclocidade de que o atual Prefeito não abriu diálogo com os ciclistas sobre a medida, não tendo discutido o assunto com Câmara Temática de Bicicleta, e que:

A reclamação da falta de diálogo nos espaços vem desde o início da gestão Doria. Em janeiro o prefeito anunciou que revisaria o plano cicloviário da capital paulista. Mas em nenhum momento ouviu os ciclistas ou apresentou qualquer proposta sobre suas idéias para essa área. As únicas ações efetivas no setor foram a suspensão da construção da ciclovia da Avenida Ricardo Jafet, no início de fevereiro, e a extinção de uma ciclovia no trajeto da rua Doutor Fausto de Almeida Prado com Avenida Amarílis, no Morumbi, zona sul da cidade³¹⁸.

Há notícias de que em algumas regiões de São Paulo as ciclofaixas foram suprimidas ou apagadas e retiradas as placas de sinalização, nos bairros do Butantã e do Morumbi, sem informação ou consulta aos interessados.³¹⁹

Por outro lado, há informação de a região de Pinheiros vai receber um novo ramal para bicicletas e que o trajeto está sendo discutido em audiências públicas, na sede da Prefeitura da Regional de Pinheiros. Essas audiências foram coordenadas pela administração regional, pela Companhia Engenharia de Tráfego e pela Secretaria

³¹⁷ Disponível em <https://www.redebrasilatual.br>. Acesso em 03 de dezembro de 2017.

³¹⁸ Idem.

³¹⁹ Disponível em <https://www.morumbinews.com.br/cidades/ciclofaixa-vai-ligar-pedroso-de-moraes-ao-terminal-pinheiros-06-07-2017-htm>. Acesso em 04 de dezembro de 2017.

Municipal de Mobilidade e Transportes, sendo a última de que temos informação ocorreu em junho de 2017.³²⁰

Segundo notícias no sítio eletrônico da Organização não Governamental Ciclocidade, há previsão de implementação de ciclofaixas e o traçado foi discutido por grupos de ciclistas, comerciantes e moradores das vias.³²¹

Na última audiência pública realizada em junho houve reclamações dos ciclistas, comerciantes e moradores da região da falta de divulgação das reuniões e da pauta de discussão, pelo que o Secretário de Mobilidade e Trânsito se responsabilizou e se comprometeu a uma maior divulgação.³²² Possivelmente esse fato demonstre uma certa falta de traquejo na ativação de instrumentos de diálogo com a população.

Na Vila Prudente também houve reunião com moradores, ciclistas e comerciantes na Prefeitura Regional, para discussão sobre a construção de uma ciclovia na Avenida Zelina. Essa ciclovia substituirá outras no bairro, localizadas em vias secundárias e que têm aclives muito intensos. Os comerciantes da região estão organizando um abaixo-assinado para evitar a construção da ciclovia.³²³

Ressalte-se que o Prefeito João Doria, sem consultar os interessados e tampouco a Câmara Temática de Bicicleta, suspendeu o programa de implantação das ciclovias, e conseguiu aprovação na Câmara Municipal da Lei 16.738 de 07 de novembro de 2017, que altera a legislação anterior (Lei 14.266/2007, que dispõe sobre o Sistema Cicloviário no Município de São Paulo), criando novas regras para a expansão da estrutura cicloviária no município.

Um dos pontos principais da nova legislação e também um dos mais criticados pelas entidades de ciclistas, é a previsão do dever de apresentação pela Prefeitura, de estudos de demanda, viabilidade e impacto viário.

³²⁰ Disponível em <https://www.ciclocidade.org.br/noticias/943-relato-da-segunda-reuniao-com-comerciantes-e-pode-publico-sobre-as-conexoes-cicloviarias-em-pinheiros>. Acesso em 04 de dezembro de 2017.

³²¹ Idem.

³²² Idem.

³²³ Disponível em <https://www1.folha.uol.com.br>, reportagem do dia 04 de dezembro de 2017. Acesso na mesma data.

Isto porque:

Só se não ocupar espaço do automóvel

O “impacto viário” pode vir a ser entendido como qualquer alteração que afete a circulação ou o estacionamento de automóveis. Isso significa que, a partir dessa Lei, ciclovias ou ciclofaixas que ocupariam espaço do viário antes dedicado aos carros – mesmo áreas de estacionamento – poderão ser barradas. Com isso, são grandes as chances de que novas estruturas só sejam aprovadas em canteiros centrais de avenidas (isso se não infringirem outro requisito, a existência de demanda prévia), o que elimina por completo a possibilidade de termos uma malha ampla e conectada.³²⁴

E, ainda:

Só onde ciclistas circulam

Sabe aquela avenida perigosa, com caminhões, ônibus e motoristas de automóvel apressados que deixam qualquer um com medo de pedalar? Seria muito bom ter uma ciclovia nela, né? Pelo jeito, pode esquecer: ao exigir “estudos de demanda”, qualquer via onde não exista previamente um fluxo de bicicletas inquestionável deixará de ser candidata a receber uma ciclovia.³²⁵

E, finalmente:

Só se não for caro

O texto da Lei não especifica o que seriam os “estudos de viabilidade”, mas isso pode ter sido proposital. Assim, qualquer argumento que possa ser remotamente considerado como uma suposta inviabilidade pode cair nessa definição. Tem uma escola ali? Carimba como inviável. Tem um ponto de táxi? Inviável. Viaduto? Inviável. Entrada de um condomínio? Inviável! E se nada disso colar, é só dizer que é muito caro.³²⁶

³²⁴ João Dória sanciona “Lei Anticiclovia” que pode inviabilizar novas estruturas em São Paulo. Disponível em <https://www.vadebike.org>. Acesso em 3 de dezembro de 2017.

³²⁵ Idem.

³²⁶ Idem.

A matéria publicada no sítio eletrônico da entidade Vá de Bike, traz uma série de outras preocupações com as mudanças introduzidas pela nova lei e denuncia a falta de ampla participação popular para debatê-la antes da aprovação na pela Câmara de Vereadores.

Esse fato aponta para um paradoxo no comportamento da nova gestão: a fase principal, que é o processo mesmo de elaboração dos termos em que seria estruturada a nova lei, não contou com um processo democrático de diálogo com a população, mas na parte de execução há previsão de audiências públicas para a implantação de novos trechos, num sentido diferente daquele dado pelo Tribunal de Justiça no julgamento do agravo do Ministério Público da decisão que deferiu em parte o seu pedido liminar de suspensão de todo o programa cicloviário municipal.

Significa dizer que a Prefeitura não dialogou com a sociedade, através de audiências públicas ou de qualquer outro meio democrático, no processo de elaboração da nova lei, mas previu o instrumento participativo na fase de execução da implantação.

O cidadão não foi chamado para participar na elaboração das regras a que estará submetido, mas vai participar na execução das mesmas:

Art. 1º A Lei 14.266, de 06 de fevereiro de 2007 passa a vigorar com as seguintes alterações:

(...)

Art. 4º Caberá à Secretaria Municipal de Mobilidade e Transportes consolidar o programa de implantação do Sistema Cicloviário do Município de São Paulo e delegar a execução das obras pertinentes.

Parágrafo único. A implantação dos trechos cicloviários deverá ser precedida pela realização de audiências públicas e pela apresentação de estudos de demanda, de viabilidade e de impacto viário, os quais deverão ser integralmente divulgados em sítio eletrônico próprio.

Tal movimento da Prefeitura pode levar a se considerar como possibilidade a utilização populista e indevida das audiências públicas, inclusive acirrando indisposição entre ciclistas, comerciantes e condutores de veículos particulares, vez que, se de fato quiser implementar mais vias para bicicletas, terá que abrir discussão trecho a trecho.

As entidades de ciclistas estão alertas quanto a essa possibilidade:

Não por acaso, a Lei sancionada agora determina a realização de Audiências Públicas para implantação de novas estruturas. Dessa forma, comerciantes e moradores de vias onde as ciclovias ou ciclofaixas seriam implantadas (e que não têm sua vida posta em risco diariamente por sua ausência) podem se posicionar contrários à implantação, com argumentos como "ciclista não presta" e ou "ciclovias atrapalha o trânsito", e alegando, pela sua presença em peso na audiência, que as ciclovias seriam um simples "interesse de minoria" (como afirma até mesmo a justificativa do PL)

(...)

Se há risco à vida, o viário e sua sinalização devem ser adaptados. Nada deveria ser mais importante que a vida, sobretudo a conveniência de estacionar um carro em frente ao imóvel para não precisar atravessar a rua ou andar cem metros.

Pondere-se, no entanto, que sempre apontará no horizonte a possibilidade de mau uso dos instrumentos de participação popular. O que por si só não afasta a importância da previsão cada vez mais ampla desses instrumentos.

Se por um lado há risco de desvios, risco maior ao aprofundamento democrático do Estado brasileiro ocorre sem a efetivação da participação popular.

Entende-se ser nos espaços de ação abertos ao cidadão que ele tenderá a amadurecer o seu potencial como ser coletivo, voltado para questões que transcendem o seu interesse imediato e individual.

Nesse sentido, José Eduardo Faria ao descrever o modelo de democracia participativa, ensina que ela não pode ser considerada apenas sob o enfoque do modo de funcionamento, devendo ir mais adiante, e um dos requisitos para esse novo passo é a mudança na consciência popular: "o que se propõe é que, deixando o seu papel de consumidor, cada cidadão passe a agir como executor e desfrutador da execução e desenvolvimento de sua capacidade".³²⁷

³²⁷ FARIA, José Eduardo. *Retórica Política e Ideologia Democrática: a legitimação do discurso jurídico liberal*. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1984. P. 95.

No caso em estudo, a nova gestão na Prefeitura optou pela abordagem tradicional na elaboração da nova lei sobre sistema cicloviário, deixando a cargo da sua bancada na Câmara Municipal³²⁸ apresentar o projeto de lei, ao invés de abrir diálogo com a sociedade para elaborar o projeto de lei com dados trazidos de quem vive a realidade da questão.³²⁹

Em pesquisa realizada no portal eletrônico da Câmara Municipal de São Paulo constatou-se que nos quase onze meses de tramitação do Projeto de Lei 223/2017, que deu origem à Lei 16.738/2017, não houve convocação de audiência pública ou qualquer outra forma de interação com a sociedade para a discussão sobre as alterações propostas.

A Lei 16.736/2017 foi publicada em 08 de novembro p.p, e por ser muito recente, não foi possível obter informações sobre a sua implementação.

Constatou-se, por fim, não haver questionamentos por parte do Ministério Público relativamente à falta de participação popular nas medidas supressivas de alguns trechos de ciclovias nos bairros do Morumbi, Butantã e na Avenida Ricardo Jafet. Tal fato demonstra uma contradição na atuação do Ministério Público, qual seja, denunciou a falta de participação popular em todas as fases do programa cicloviário do governo de Fernando Haddad, mas não se sensibilizou com a falta de participação popular nas medidas supressivas acima citadas no governo de João Doria. Essa contradição pode indicar ter tido o Ministério Público a intenção de utilizar a questão participativa somente como meio para combater o próprio programa cicloviário do governo Haddad, e não como convicção, no papel de defensor da sociedade e da constituição, da importância das audiências públicas

³²⁸ O prefeito João Doria pertence ao Partido Social Democrata Brasileiro - PSDB, e a bancada de vereadores do partido eleita para a 17ª legislatura (Adriana Ramalho, Aline Cardoso, Aurélio Nomura, Claudinho de Souza, Eduardo Tuma, Fábio Riva, Gilson Barreto, João Jorge, Mario Covas Neto, Quito Formiga) assinou o projeto de lei apresentado sob número 0223/2017. Informações disponíveis no sítio da Câmara Municipal de São Paulo, <https://www.camara.sp.gov.br>. Acesso em 04 de dezembro de 2017.

³²⁹ Entendemos cabível, aqui, anotar a sugestão que o diretor do Vá de Bike fez ao prefeito em 20 de março de 2017, para que se inteirasse melhor sobre a importância da mobilidade por bicicleta em São Paulo, assistindo ao documentário “Bikes vs Carros”, que mostra a luta por espaço para as bicicletas nas cidades. Mostra com a indústria automobilística influencia nas políticas públicas das cidades e como a bicicleta pode mudar isso. Esse documentário é do diretor sueco Fredrik Gertten, que no filme também documentou Los Angeles, Toronto e Copenhague. O documentário pode ser assistido pela Netflix serviço online. Informação postada no site www.redebrasil.or.br em 20/03/2017. Acesso em 04 de dezembro de 2017.

para a concretização dos princípios democratizantes da Administração Pública. Daí se inferir que a probabilidade de utilização indevida do instrumento participativo não é exclusividade do Poder Executivo.

III.IV.II. Caso Reorganização da Rede Estadual de Ensino de 2015

O segundo caso a ser apresentado ocorreu no âmbito da tomada de decisões do Governo do Estado de São Paulo em que se pretendia a implementação de 754 escolas de ciclo único (reunião dos estudantes de uma mesma etapa escolar na mesma escola: Ciclo I - Ensino Fundamental; Ciclo II - Ensino Fundamental e Ensino Médio) com o remanejamento de trezentos e onze mil alunos e o fechamento de 94 escolas, num programa de reorganização escolar.

Assim como no caso anterior, não nos ateremos às questões processuais ocorridas no bojo da ação, contudo, fazem-se necessárias para o entendimento da matéria debatida perante o Judiciário, algumas notas sobre o desenvolvimento do processo.

O Governo Paulista, segundo Defensoria Pública, Ministério Público e APEOESP³³⁰ anunciou, sem qualquer consulta ou diálogo com a comunidade escolar, no final de setembro de 2015, a intenção de implementar a reorganização escolar na rede estadual de ensino a partir de janeiro de 2016. Tal fato gerou grande reação dos alunos, pais e professores, que passaram a reivindicar do Secretário da Educação maior esclarecimento e abertura de diálogo com os setores que seriam atingidos diretamente pelas medidas anunciadas.

Como houve dificuldade em se abrir o diálogo reivindicado com o Secretário da Educação, em questão de dias, ocorreram manifestações de rua com centenas de estudantes, pais e professores e a tomada de aproximadamente duzentas escolas pelos estudantes.³³¹

³³⁰ Sindicato dos Professores do Ensino Oficial do Estado de São Paulo.

³³¹ Por quê a reforma que afeta 300.000 alunos em SP virou caso de polícia? Disponível em <https://www.brasil.elpais.com>, 15/11/2015. Acesso em 04 de dezembro de 2017. E também em <https://www.g1.globo.com>: Estudantes fazem manifestação na Avenida Paulista nesta quarta.

Por conta das ocupações das escolas pelos estudantes, a Fazenda Pública ingressou com pedido de Reintegração de Posse perante a 5ª Vara da Fazenda Pública (Processo 1045195-07.2015.8.26.0053) que não foi acolhida pelo Judiciário, sendo a decisão confirmada, posteriormente, em julgamento de agravo de instrumento interposto pela Fazenda Pública, pela 7ª Câmara Tribunal de Justiça.

Note-se que a falta de diálogo com a comunidade escolar foi tratada já na ação de Reintegração de posse.

A 5ª Vara da Fazenda Pública, relativamente ao pedido de reintegração de posse das escolas da Capital paulista, entendeu que o caráter das ocupações são “eminentemente protestantes”, sem a intenção de se apossarem dos equipamentos públicos de sorte a inverterem a posse dos mesmos, com clara intenção de abrir diálogo e uma "maior participação da comunidade no processo decisório da gestão escolar”.

Segue trecho da decisão, que suspendeu as ordens de reintegração de posse das escolas da Capital, nos seguintes termos:

(...) as ocupações - realizadas majoritariamente pelos estudantes das próprias escolas (...) - revestem-se de caráter eminentemente protestante. **Visa-se, pois, não à inversão da posse, a merecer proteção nesta via da ação possessória, mas sim à oitava de uma pauta reivindicatória que busca maior participação da comunidade no processo decisório da gestão escolar.**

(...) o cerne desta lide possessória não é a proteção da posse, mas uma questão de política pública, funcionando as ordens de reintegração como a proteção jurisdicional de uma decisão estatal que, em tese, haveria de melhor ser discutida com a população (...) Repito: objetivamente, tem-se esbulho de um bem público; mas a solução da questão foge, e muito, da simples tutela possessória. A questão é mais ampla e profunda, a merecer melhor atenção do Executivo. ³³² (destaque nosso)

A Fazenda Pública inconformada com a decisão interpôs recurso de agravo de instrumento com pedido de efeito ativo, no intuito de efetivar a reintegração de posse sem, contudo, lograr êxito, vez que a 7ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça

³³² Processo1045195-07.2015.8.26.0053, 5ª Vara da Fazenda Pública, P. 291/294.

não deu provimento ao recurso, não sem antes, na tentativa de bem solucionar a questão, ter marcado audiência pública de conciliação entre as partes, convocada amplamente na comunidade escolar, tendo sido reservado o auditório do prédio que abriga os gabinetes dos desembargadores de Seção de Direito Público.³³³

Não houve conciliação e a 7ª Câmara do Tribunal de Justiça proferiu decisão em que, por votação unânime, indeferiu a antecipação da tutela recursal da Fazenda Pública:

E caso se faça pequena regressão, concluir-se-á que o ato contra o qual se rebelam os estudantes (não apenas eles) pode ter pecado por não ter sido previamente submetido à discussão da comunidade, como preconiza o preceito contido no art. 14 da Lei nº 9.394, de 1996, segundo o qual há de ser democrática a gestão do ensino público na educação básica.

Deveras, não se tem notícia de discussão pública sobre matéria que afetará diretamente o cotidiano de milhares de famílias, em sua grande maioria de menor poder aquisitivo, mercê do remanejamento que se pretende impor. (destaque nosso)

(...) o momento cinge-se, exclusivamente, à aferição da pertinência ou não da tutela provisional pleiteada pelo Estado em busca da desocupação de unidades escolares da Capital.

(...) **o que se constatou foi o envolvimento da comunidade na questão e o propósito dos estudantes** (ao menos daqueles cerca de trinta, que, representando seus colegas, por dois momentos reuniram-se em privado com a Defensora Pública Dr^a Daniela S. de Albuquerque) **em discuti-la com seriedade e uma profundidade mínima; desiderato este que**, a uma primeira reflexão, **difícilmente seria obtido via da proposta então apresentada pelo Senhor Secretário de Estado da Educação, Prof. Herman Jacobusd C. Voorwald, porquanto apertado o calendário** proposto.

Não se antevê, em suma, o *animus possidendi* ou *animus rem sibi habendi*, autorizantes do tratamento possessório da matéria, mas, antes, expressões de desobediência civil frente à autêntica violência cívica de que se consideram vítimas os manifestantes.

Ademais, não apenas não se veem condições para segura desocupação como também se constata a ocorrência de atividades culturais, o que é muito positivo

³³³ Informação contida no processo 1049683-05.2015.8.26.0053. P. 13.

para o debate e para o aperfeiçoamento intelectual da comunidade.³³⁴ (destaque nosso)

O Poder Judiciário no momento inicial das manifestações da comunidade, como se viu, *entendeu que não houve a necessária consulta e diálogo com a sociedade a respeito do programa que a Secretaria de Educação paulista pretendia implementar*, razão da polêmica e forte reação dos interessados.

Logo após essa primeira etapa, ingressaram o Ministério Público e a Defensoria Pública com Ação Civil Pública, com pedido de antecipação de tutela, processo nº 1049683-05.2015.8.26.0053, perante a 5ª Vara da Fazenda Estadual, contra a Fazenda Pública do Estado de São Paulo, em 03 de dezembro de 2015.

O primeiro e mais relevante problema levantado pelos autores da ação manteve-se na questão do anúncio abrupto das mudanças na organização da rede de ensino, pelo Secretário de Educação, sem qualquer consulta pública anterior com as pessoas diretamente envolvidas e com a sociedade:

Famílias, comunidade escolar, governos dos municípios, sindicatos deveriam ter sido ouvidos pela Secretaria Estadual de Educação que tem o dever de promover um debate horizontal sobre o tema. As constantes manifestações de milhares de alunos e de professores, que vêm ocupando as ruas da capital paulista, mostram que há um anseio destas pessoas em ter um espaço no qual tenham voz para discutir o assunto.³³⁵

Segundo informa a petição inicial, sequer o Conselho Estadual de Educação de São Paulo foi ouvido, surpreendendo também, o Grupo de Atuação Especial de Educação - GEDUC - do Ministério Público, que instaurou inquérito civil e requisitou informações detalhadas sobre as medidas a serem adotadas pela Secretaria de Educação.³³⁶

³³⁴ Idem. P. 13.

³³⁵ Processo 1049683-05.2015.8.26.0053, 5ª Vara da Fazenda Pública. P. 3.

³³⁶ Idem.

Traz, ainda, a inicial, informação de que a Secretaria de Educação, apesar de instada a abrir o debate com a sociedade, assim não procedeu, apesar dos esforços tanto da Defensoria Pública quanto da Promotoria.

Isso gerou forte insegurança na comunidade escolar, pelos problemas que poderiam ocorrer, vez que as famílias não teriam tempo suficiente de se reorganizarem para poder rever esquemas de levar seus filhos a escola diferente e mais distante do que a costumeira, relativamente aos estudantes que poderiam sofrer sequelas no aprendizado por problemas de adaptação e aos professores e demais funcionários da rede pública de ensino, que também estariam a mercê de um remanejamento do qual ainda não tinham a adequada informação.

Os autores indicaram na inicial vários dispositivos constitucionais e infraconstitucionais violados, todos voltados claramente à necessidade de proteção cuidadosa a crianças e adolescente e a participação da sociedade nas políticas públicas e seus desdobramentos envolvendo crianças e adolescentes, devendo a sua construção ser coletiva.

Nesse sentido, o artigo 206 da Constituição Federal que indica dentre os princípios, além de igualdade de condições de acesso e permanência na escola, dentre outros, a gestão democrática do ensino público.

O artigo 214 estabelece plano nacional de duração decenal, articulador do sistema nacional de educação em regime de colaboração e definidor de diretrizes, objetivos, metas e estratégias de implementação para assegurar a manutenção e desenvolvimento do ensino em seus diversos níveis, etapas e modalidades por meio de ações integradas dos poderes públicos das diferentes esferas federativas.

E seguem:

A norma constitucional, portanto, não admite improvisos ou mudanças repentinas nas políticas públicas educacionais, exigindo planejamento. Fixa, ademais, prazo decenal, superior aos mandatos governamentais, evidenciando que diretrizes, objetivos e metas para garantia de educação pública de qualidade

não podem se submeter exclusivamente a interesses, ideias ou estratégias de gestores que temporariamente ocupam cargos executivos, especialmente quando adotadas sem qualquer debate público nas diversas instâncias participativas existentes nas unidades escolares, nos municípios e casas legislativas.

Porém, não ocorreu consulta a nenhuma das instâncias de participação e deliberação das comunidades escolares (...) sobre propostas para melhoria do ensino pública estadual, sendo certo que pais e alunos foram simplesmente comunicados a respeito de decisões tomadas no interior do aparato técnico da Pasta.³³⁷

Apresentaram as autoras documentos em que se verifica uma atuação apressada e gestada exclusivamente no aparato técnico da Secretaria de Educação, bem como:

Abaixo-assinados contra o fechamento das escolas, queixas sobre separação de irmãos, transferência obrigatória de turno com prejuízo às rotinas das famílias, possível superlotação de salas de aulas, dentre outras.

(...)

Até mesmo o Sindicato de Especialistas de Educação do Magistério Oficial do Estado de São Paulo - UDEMO - em princípio favorável à reorganização, questionou o momento e a forma como o projeto foi implementado.³³⁸

Há notícia na inicial de que a Faculdade de Educação da Universidade de São Paulo e da Universidade de Campinas publicaram moções de repúdio à reorganização escolar implementada pelo Governo do Estado de São Paulo. Há, também, indicação de manifestação de inúmeras entidades ligadas ao ensino, como A Ação Educativa - Assessoria, Pesquisa e Informação; AMARRIBO Brasil, Associação Cidade Escola Aprendiz; Associação de Cooperação, Promoção e Incentivo à Cidadania; Centro de Estudos Educação e Sociedade - CEDES; Centro de Estudos e Pesquisas em Educação e Ação Comunitária - CENPEC; Comitê São Paulo da Campanha Nacional pelo Direito à Educação; Conselho de Representantes dos Conselhos de Escolas - CRECE; Cidadania,

³³⁷ Processo 1049683-05.2015.8.26.0053. P. 25.

³³⁸ Idem. P. 26 e 28.

Orgulho, Respeito, Solidariedade e Amor - CORSA; Diretoria da Associação dos Docentes da USP; Comunicação em Sexualidade - ECOS; Escola de Governo; Fórum Municipal de Educação Infantil de São Paulo; Fórum de Educação de Jovens, etc³³⁹

Todo esse movimento teve como reivindicação principal a abertura de diálogo pela Secretaria de Educação com audiências públicas, para o recebimento das contribuições da comunidade escolar, o que não ocorreu.

Anotam as autoras que a conduta da Secretaria da Educação acabou por “acirrar os ânimos de todos os que se sentiram prejudicados, gerando protestos nas ruas e ocupações de escolas estaduais”³⁴⁰, demonstrando inclusive o perigo por que passavam os estudantes com os confrontos que já estavam se desenvolvendo nas escolas, com a Polícia Militar.

Ao final, no âmbito do pedido de antecipação de tutela, requereu-se a suspensão de todos os efeitos da implementação da reorganização escolar, garantindo-se em 2016 a permanência dos alunos onde já estavam matriculados e frequentaram as aulas em 2015; o não fechamento de qualquer escola da rede estadual, em especial das 94 unidades anunciadas na reorganização escolar. No pedido principal, manteve-se o pedido de sustação dos efeitos da reorganização escolar e, também, que fosse apresentada pela Secretaria de Educação paulista uma:

(...) agenda oficial de discussão e deliberações a respeito de política pública para a melhoria da qualidade da educação em São Paulo com as comunidades escolares, assegurando-se a participação dos grêmios estudantis, Conselhos de Escola, Conselhos Municipais de Educação, do Conselho Estadual de Educação, além de organizar audiências públicas amplas.³⁴¹

³³⁹ Idem. P. 61.

³⁴⁰ Idem. P. 61

³⁴¹ Idem. P. 80.

O Juízo da 5ª Vara da Fazenda Pública, após a manifestação da Fazenda Pública, concedeu liminar, nos termos requeridos pelas autoras, ocorrendo agravo por parte da Fazenda Pública, não tendo sido este acolhido pelo Tribunal de Justiça.

Note-se, assim como no caso das ciclovias no município de São Paulo, que os principais argumentos em contradição apresentados pela ré se estabeleceram nas razões do agravo, e por essa razão são aqui transcritos, resumidamente, nos seus termos nucleares, para que se extraia o posicionamento do Governo Paulista sobre a questão.

A Fazenda Pública apresentou a sua defesa na tutela antecipada, baseada na informação, já contida nos autos e trazida pelas autoras, no sentido de que havia um processo de discussão em andamento desde 2011, sobre o Plano de Educação. Antes, porém, alegou a perda do objeto da tutela antecipada, vez que o “Governador do Estado suspendeu o projeto de reorganização escolar, para mais profundo debate com os setores públicos”³⁴².

Inicia a sua argumentação lembrando tratar-se o caso de matéria reservada ao exercício de atividade discricionária da Administração Pública, vez que atinente a “regulação dos ditames estratégicos do ensino público” e identifica o pedido das autoras como “Basicamente, a petição inicial pretende manter o atual esquema de distribuição, evitando as transferências de alunos da rede pública”.³⁴³

Apresentou dois acórdãos no sentido do reforço da atividade discricionária do Estado, negando interferência na atividade estatal, com matérias sobre critérios de

³⁴² Idem. P. 312.

³⁴³ Idem. P. 313.

seleção de servidor militar e manutenção de atividades de escolas municipais rurais com poucos alunos matriculados.³⁴⁴

Note-se que a jurisprudência apresentada cuida de casos bem diferentes daquele debatido na Ação Civil Pública, por não tratarem de necessidade de participação em questões relevantes para a sociedade e cuja ausência é o cerne dos questionamentos da Defensoria Pública e do Ministério Público.

A Fazenda Pública explica que:

A iniciativa de reorganização da Rede foi gestada ao longo de 2015 como parte de um processo mais amplo de mudanças que vem ocorrendo desde 2011: a implantação da nova estrutura organizacional da SEE, que mudou radicalmente o desenho e os princípios de gestão da Secretaria, a implantação do programa “Educação: Compromisso de São Paulo”, que inaugurou um formato de diálogo direto com segmentos da sociedade civil organizada; a instituição da Comissão Paritária, que foi importante espaço de discussão técnica envolvendo entidades de classe e que se debruçou sobre a evolução funcional, a promoção e a avaliação de Professores (...) Toda essa movimentação, realizada ao longo da gestão 2011-2014, teve como uma de suas principais marcas a interação com órgãos do governo, a participação da Rede, da sociedade civil, das organizações sindicais e de entidades como a Undime (União nacional dos Dirigentes Municipais de Ensino) e o Fórum Estadual de Educação; nesse sentido, o

³⁴⁴ A saber:

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. SERVIDOR MILITAR ESTADUAL. CRITÉRIOS DE SELEÇÃO À FORÇA NACIONAL. ATENÇÃO AOS DITAMES GERAIS E LOCAIS. USO DO CRITÉRIO “CONCEITO FAVORÁVEL”. DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA. POSSIBILIDADE. ANALOGIA À REDISTRIBUIÇÃO. PRECEDENTE. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO.

(RMS 43.638/AC, REL. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 19/08/2014)

e, ainda:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. MANUTENÇÃO DAS ATIVIDADES DE ESCOLAS MUNICIPAIS SITUADAS EM ÁREAS RURAIS, MESMO DIANTE DA REALIDADE DE HAVER POUCOS ALUNOS. TRIBUNAL DE ORIGEM QUE, MEDIANTE ANÁLISE FÁTICO-PROBATÓRIA E ATENTO AO DIREITO À EDUCAÇÃO, AFASTA A MÁ-FÉ NO AGIR DO AGENTE PÚBLICO, CONCLUINDO QUE A DECISÃO ESTÁ DENTRO DO CAMPO DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA.

(...)

(AgRg no Ag 1319558/RS, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 10/05/2011)

entendimento de que a atuação da Secretaria tem sido autoritária e pouco aberta ao diálogo com atores relevantes parece-nos equivocada.³⁴⁵

E segue, explicando que, de fato, não houve qualquer menção via Decretos anteriores de intenção de segmentação da rede escolar entre 2011 e 2015 porque não era essa a prioridade da pasta nesse interregno de tempo.³⁴⁶

A segmentação das escolas, segundo a Fazenda Pública, começou a ser estudada com maior foco a partir de 2015, com o Comunicado S1, dando ampla publicidade - em especial aos educadores da Rede Estadual Paulista, aos pais de alunos, alunos e comunidade escolar - das diretrizes norteadora das políticas educacionais no período entre 2015 a 2018. Duas dessas diretrizes eram a D2 - Escola como foco prioritário da gestão central e a D3 - Ambiente escolar organizado para a aprendizagem - tempo, espaço, pessoas.

Em função da Diretriz 2, no contexto do CPE - Comitê de Políticas Educacionais, responsável pela definição da política educacional e das estratégias a serem implementadas pelas unidades centrais, regionais e locais da Secretaria da Educação, realizaram-se debates sobre os fatores relevantes para a melhora da gestão e do desempenho da escola. Quando se analisavam os dados relativos ao resultado das escolas, ficava claro que o segmento tinha impacto relevante.³⁴⁷

A Fazenda Estadual no transcorrer da sua argumentação, apresentou um quadro explicativo, onde constam dados comparativos entre escolas com 3 segmentos (ensino fundamental I, II e médio) e escolas com segmento único, com resultados significativos (contudo, sem explicar que resultados são esses e em relação a que) a demonstrarem vantagens nas escolas de segmento único. Assim, as diferenças entre esse tipo de organização chegou ao seguinte resultado: 14,8% de vantagem para as escolas de segmento único nos anos iniciais do ensino fundamental; 15,2% de vantagem para as

³⁴⁵ Processo 1049683-05-2015.8.26.0053. P. 309/320.

³⁴⁶ Idem. P. 320.

³⁴⁷ Idem. P. 321.

escolas de segmento único nos anos finais do ensino fundamental e 28,4% de vantagem para as escolas de segmento único do ensino médio.³⁴⁸

As hipóteses para os motivos pedagógicos que explicassem essa diferença de resultados foram retiradas, segundo a Fazenda Estadual, de pesquisas nacionais e internacionais que:

Indicavam a possibilidade de construir condições de aprendizado específicas para cada público; a SEE já detinha as condições necessárias: um currículo básico; estratégias de ensino desenvolvidas no contexto de programas específicos para os Anos Iniciais (Ler e Escrever) e Anos Finais e Ensino Médio (São Paulo faz Escola); material didático (Livros de Professor e de Alunos); acervos literários formados por material do PNLD, PNBE e outros (Sala de Leitura); Laboratórios de Ciências da Natureza; e computadores (Sala do Acesso Escola).

Ficava, claro, assim, que não se tratava de desenvolver um novo modelo pedagógico ou de adotar formatos experimentais de ensino-aprendizagem, mas sim de reorganizar os espaços de forma a garantir a reunião de alunos de mesmo segmento em unidades escolares específicas; esse escopo de alteração não obrigava a SEE a consulta ao Conselho Estadual de Educação, mas, ainda assim, o Secretário da pasta esteve no colegiado na data de 23 de setembro para apresentar as razões administrativas e pedagógicas da reorganização.

A Fazenda Pública afirma ter ocorrido diálogo quando da apresentação do plano de reorganização, já plenamente elaborado, ao Conselho Estadual de Educação, confundindo situações que são na verdade opostas, afinal, uma coisa é apresentar, anunciar um programa já delimitado em todos os seus contornos, pronto e acabado, outra é apresentar uma minuta como base de um debate com possibilidade de ampliação ou modificação dos seus termos, para se construir com os demais órgãos um programa de gestão.

Segue a Fazenda Pública expondo que “os debates relativos aos motivos pedagógicos para o melhor desempenho das escolas de segmento único e os dados que evidenciavam a redução da demanda foram decisivos para o desenho da reorganização”.

³⁴⁸ Idem.

Note-se que a referência aos debates pedagógicos a que se refere a Fazenda Pública na sua defesa, indicam ter ocorrido apenas uma atividade interna de discussão entre os órgãos técnicos da Secretaria da Educação, fato que evidencia o distanciamento da decisão técnica com a realidade da comunidade à qual se dirigia, o que promoveu a forte reação contrária dos interessados.

Após o tratamento inicial das questões que podiam ser discutidas centralmente, a SEE iniciou o processo de engajamento das Diretorias de Ensino para que a mobilização, planejamento e operacionalização fossem descentralizados. Para alinhamento junto aos Dirigentes de Ensino foram planejados e operacionalizado momentos presenciais que funcionaram como espaços para troca de informações, análises e discussões técnicas, esclarecimento de dúvidas e disponibilização de matérias, contando com a participação de todas as Coordenadorias para garantir a articulação entre as áreas funcionais.

Pelo que se denota, há o entendimento do Governo paulista de que esse movimento de apresentação do programa ocorrido internamente foi suficiente para garantir a democratização da tomada de decisões tão impactantes na comunidade escolar. Contudo, não há notícia de apresentação da proposta para os debates e coleta de sugestões dentro da própria comunidade técnica e acrescente-se, não foi ouvida a sociedade.

Percebe-se a existência de uma decisão técnica centralizada no Comitê de Políticas Educacionais que posteriormente foi comunicada aos demais órgão envolvidos em reuniões e encontros específicos.

Há dificuldade em se visualizar que a proposta de reorganização, mesmo internamente, tenha surgido de frutífera discussão, com várias percepções e propostas dos vários níveis em que o sistema de ensino estadual se estrutura, ainda que somente técnicas, sobre a reorganização das escolas.

De qualquer modo a Fazenda Pública deixou claro:

(...) a reorganização não é a nova política da SEE (...); não substitui, nem se sobrepõe a outras iniciativas. O que se pretende é a redistribuição dos estudantes obedecendo ao critério de segmentos; (...). A reorganização está sendo proposta

porque se entende que essa redistribuição melhorará as condições de gestão da escola e das variáveis importantes para o desempenho do aluno.

E continua afirmando “entendemos que, nas variadas oportunidades em que a SEE foi chamada a se pronunciar, os argumentos para a reorganização foram apresentados e poderiam ter ensejado uma análise mais plural das motivações da SEE”.

Pelo que se denota, a Secretaria de Educação confunde mais uma vez o significado, num processo democrático, entre informar e dialogar.

Entende que se a comunidade abrangida pela Secretaria for informada sobre as decisões que a afetarão a questão democrática estará plenamente resolvida.

Assim, basta informar bem para que todos os órgãos e servidores saibam a melhor forma de aplicar o programa. Neste contexto não há qualquer aceno de que a proposta ou o programa poderá ser debatido e a partir daí alterado.

Oras, informar por certo é necessário para garantir transparência à atividade administrativa, faz parte do processo democrático, mas não o satisfaz plenamente.

Note-se que em nenhum momento os termos diálogo, consulta à comunidade escolar, recebimento de propostas ou críticas foram usados na peça de defesa pela Fazenda Pública Estadual.

Finaliza a defesa requerendo a não concessão da tutela antecipada, pois tal ocasionaria irreversibilidade:

Acarretando dano irreparável ou de difícil e incerta reparação, já que a suspensão indeterminada do Programa, bem como a submissão ao procedimento sugerido na inicial acabariam por inviabilizar a proposta.³⁴⁹

O Programa de Reorganização Escolar causou, como já exposto, manifestações de rua, ocupações pelos alunos das escolas em que estudavam, moções e atos de repúdio de reconhecidas entidades representativas da comunidade escolar, bem como de universidades públicas.

³⁴⁹ Idem. P. 344.

Em decorrência disto, o Governador do Estado de São Paulo, em 05 de dezembro de 2015 revogou o decreto de reorganização das escolas, para maior discussão com a sociedade, sendo que o então Secretário de Educação apresentou carta pedindo exoneração do cargo no dia anterior.³⁵⁰

O Decreto de revogação do programa de reorganização escolar já havia sido publicado quando o pedido antecipado de tutela foi para apreciação do Juízo da 5ª Vara da Fazenda Pública, que concedeu a liminar.

Como o referido decreto versava sobre a revogação dos servidores no âmbito do programa de reorganização, o que inviabilizava por lógica a sua implementação, mas

(...) para que não reste margem de dúvida (já que o Decreto nº 61.692/2015 versa exclusivamente sobre matéria de servidor), cabível o acolhimento da antecipação da outra parcela dos pedidos inaugurais (...) para se suspender, ao ano de 2016, todos os efeitos da chamada reorganização escolar, mantendo a situação anterior, inclusive com a permanência dos alunos nas escolas onde já matriculados em 2015 e permitido o ingresso de novos alunos segundo essa mesma organização. (...)

O quanto já dito seria suficiente ao embasamento desta decisão. Contudo, ainda que não houvesse ocorrido a reconsideração por parte do Estado, pelos elementos constantes dos autos é possível dizer-se que, de fato, não se primou pela participação democrática na implementação de projeto de tão grande intensidade.³⁵¹

E segue, dizendo que

Em suas informações, a Administração aduz que a reorganização é fruto de um intenso e longo programa, iniciado em 2011, (...) o qual prima, exatamente, pela maior integração entre a escola, a comunidade e a sociedade civil, e que, nele, estabeleceram-se as metas primordiais da melhoria da qualidade da educação paulista.

³⁵⁰ Informação disponível em www.saopaulo.sp.gov.br > ... > Educação, e em educacao.estadao.com.br > noticias > ger..., acesso em 17 de novembro de 2017.

³⁵¹ Processo 1049683-05.2015.8.26.0053. P. 420.

Todavia, em nenhum momento afirma a FESP que a reorganização em si e não como mera decorrência das metas tenha sido amplamente debatida dentre os atores da rede; ela, sim, foi gestada e desenvolvida no seio da Secretaria da Educação, que colheu as informações que julgou necessárias e suficientes junto aos centros regionais para estabelecer quais unidades submeter-se-iam à reestruturação dos ciclos ou não³⁵².

E mais:

Ora, se o objetivo é maior integração, a concretização das metas, a medida prática e efetiva delas decorrentes, deveria, com muito mais fundamento, porque afeta diretamente à vida de milhares de crianças, adolescentes e adultos (dentre pais e servidores), passar por discussão no âmbito dos atores da rede de educação (...)

Não se está aqui a retirar do Estado o poder discricionário de tomada de decisões conforme conveniência e oportunidade e observância das demais balizas legais (...)

No entanto, a condução do governo, num Estado Democrático, pressupõe a participação do povo, do qual emana o Poder (...) essa é a essência da democracia, que não se resume ao exercício do voto direto e periódico.

A construção de uma política em educação, mormente dessa magnitude, necessita da participação da comunidade porque a própria Lei Maior assim impõe - artigo 206, VI.

(...) ao estabelecer medida de ampla afetação social, sem melhor programação e informação, tomou-se a população de percalço, que necessita se conformar às alterações promovidas.

(...) cabe ao Estado dar cumprimento à aludida gestão democrática (...) como o fará, não cabe ao juízo definir (e sequer se pediu em sede de antecipação de tutela), porque atinente à atividade administrativa.³⁵³

A Fazenda ingressou com Agravo de Instrumento que foi negado pela 1ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo³⁵⁴.

³⁵² Idem. P. 421.

³⁵³ Processo 1049683-05.2015.8.26.0053. P. 422-423.

³⁵⁴ Idem. P. 999.

Houve a negação da medida liminar pleiteada no referido Agravo, em que na base para a orientação da decisão do relator configura-se a questão da falta de participação democrática na decisão de reorganização das escolas:

Com efeito, as razões do inconformismo não me permitem, em uma análise sumária, concluir pela oportunidade de concessão da antecipação da tutela recursal, (...)

Sedutora a tese de que “a construção de uma política pública em educação, mormente dessa magnitude, necessita da participação da comunidade porque a própria Lei Maior assim impõe - artigo 206, VI. Destarte, além dos demais dispositivos genéricos, que seriam suficientes à efetiva participação da comunidade na condução da política educacional (artigos 1º, 6º e 227, por exemplo), há, como dito, imposição expressa à gestão democrática. E, regulamentando a Constituição, estabelece o artigo 14 da Lei Nacional de Diretrizes e Bases da Educação (nº 9.394/96), que tal gestão democrática, sem prejuízo de outras disposições de leis locais, verifica-se a participação da comunidade em conselhos escolares, os quais, em São Paulo, tem funções inclusive deliberativas acerca da solução dos problemas da escola (...). No presente, todavia, como informado pela própria Fazenda, inexistiu passagem da questão pelos Conselhos.”

Francamente, a oitiva dos Dirigentes de Ensino, que nada mais são que a própria Administração estadual, não se traduz em legitimação do objeto pela discussão em sociedade, em especial pelos atores mais interessados na organização escolar.³⁵⁵

Note-se que, nesse interim, as autoras da ação peticionaram ao Juízo da 5ª Vara da Fazenda Pública afirmando que o Governo Estadual estaria descumprindo a ordem judicial de suspensão da reorganização, com o fechamento de salas de aula em todo o Estado³⁵⁶. Ao mesmo tempo, há manifestação trazida aos autos pela Fazenda Pública do novo Secretário de Educação, dizendo claramente que a reorganização escolar encontrava-se suspensa e que somente seria retomada após os resultados dos encontros programados com a sociedade em 2016.

³⁵⁵ Idem. P. 1241.

³⁵⁶ Idem. P. 839-850.

A questão processual que se colocou, então, foi a extinção da Ação Civil Pública sem o julgamento do mérito, caso o programa de reorganização estivesse realmente suspenso e sem pretensão de ser retomado em 2016.

Seguiu o processo com várias ordens judiciais no sentido de que a Fazenda esclarecesse os fatos denunciados (com a apresentação de relatório completo, em forma de tabela, indicando todas as salas de aula fechadas no ano de 2016 em todo o Estado, com indicação da escola, da série e motivo de fechamento de cada uma delas; uma outra tabela deveria ser apresentada, informando o total de alunos remanejados em 2016, as escolas para as quais os alunos foram remanejados, com o número de alunos dessas escolas antes e depois do recebimento dos alunos remanejados) o que não fez a contento, conforme se verifica no despacho que segue:

Lamentavelmente, embora há muito decorrido o prazo concedido as fls. 865/866 (13.05/2016), verifica-se que a Fazenda do Estado não trouxe aos autos as informações requisitadas.

(...)

A manifestação e documentos (...) referem-se exclusivamente às salas de aula encerradas em face da não formação de turmas de entrada em 2016 e, assim, à evidência, não atendem a decisão referida.

(...)

Desta feita, considerando que a última manifestação da Fazenda Pública se deu dia 05 de maio de 2016, ou seja, há cerca de um mês, sem que tenha cumprido a determinação judicial que lhe foi imposta, determino intime-se pessoalmente o Procurador Geral do Estado a cumprir decisão de fls (...).³⁵⁷

A 1ª Turma do Tribunal de Justiça de São Paulo negou provimento ao recurso da Fazenda do Estado, mantendo a decisão originária. Neste acórdão, também, a centralidade dos argumentos é o do necessário diálogo com a sociedade por parte do Governo Estadual.

Transcrevendo parte da decisão da primeira instância, que encontra-se já anotada acima, quando da exposição dos motivos do relator em negar liminar ao agravo,

³⁵⁷ Idem. P. 1111-1193.

diz o acordão textualmente que a falha democrática na construção da tomada da decisão de reorganização “é a pedra fundamental da questão posta, ora adotada como razão de decidir neste recurso”³⁵⁸.

Em 26 de julho de 2016 o Juízo da 5ª Vara da Fazenda Pública³⁵⁹ profere a sentença declarando a improcedência da Ação Civil Pública, com modificação do entendimento inicial sobre a base democrática em que o programa de reorganização escolar deveria ocorrer.

Na sentença, entendeu o Juízo que a suspensão dos efeitos da reorganização se atinha ao ano de 2016, sendo que a decisão estava sendo proferida no final do mês de julho de 2016, com uma situação de funcionamento, remanejamentos e matrículas já consolidadas.

Em que pese a Fazenda não ter apresentado os esclarecimentos necessários quanto à manifestação da Defensoria Pública e do Ministério Público de reorganização escolar acontecendo de fato e disfarçadamente, essa falha estava clara no momento da sentença, a saber:

Por conseguinte, **afigura-se absolutamente inócua a apuração de suposto descumprimento da decisão liminar referida.**

Isto porque, está-se, como é cediço, nos últimos dias do mês de julho de 2016, iniciando-se o segundo semestre do ano, sendo inegável, pois, que a atual situação na rede pública de ensino, ao menos no que se refere a este ano letivo, que é objeto desta ação, está absolutamente consolidada.

Com efeito, ainda que restasse inequivocamente demonstrado o efetivo descumprimento da liminar pelo Estado de São Paulo - circunstância que, repise-se, não restou comprovada nos autos, **inclusive em razão da insuficiência dos dados por ele prestados** -, a lógica e o bom senso afastam qualquer possibilidade de retorno da situação ao *status quo ante* no curso deste ano.

(...)

Assim, ainda que tenha o requerido descumprido parcialmente a liminar deferida, o desfazimento dos atos violadores da decisão judicial revela-se

³⁵⁸ Idem. P. 1410.

³⁵⁹ Sentença proferida por outro juiz (Dra. Carmen Cristina F. Teixeira e Oliveira, que não aquele inicial Dr. Luiz Felipe Ferrari Bedendi)

inegavelmente inviável, prejudicial aos próprios estudantes, que estariam sujeitos à novas alterações no termo final do ano letivo, com todas as consequências respectivas e, portanto, não pode ser sequer considerado.

Consequentemente desnecessário o prosseguimento da presente ação apenas para o fim de apurar eventual descumprimento da decisão referida, porquanto, conforme exposto, nenhum efeito jurídico decorrerá desta possível constatação.³⁶⁰ (reforço nosso)

Não houve, como se percebe, posicionamento do Juízo quanto à grave falha da Fazenda Pública de não ter trazido aos autos as informações que ordenara, ainda mais sabendo haver no Tribunal de Contas parecer indicando falhas na Secretaria da Educação quanto ao correto cumprimento das metas estabelecidas no Plano Nacional de Educação (Lei nº 1.005/2014), com a redução da carga horária do Ensino Integral em 118 escolas do Estado de 45 para 40 horas por semana, transferência compulsória de estudantes de colégio ou período, fechamento de diversas turmas, e registros de salas superlotadas.

Por conta deste parecer o Ministério Público interpôs uma representação contra a Secretaria da Educação perante o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, fato este anunciado pelas autoras na Ação Civil Pública.³⁶¹

Note-se que o ano de 2016 ainda não se findara e que o possível descumprimento da ordem judicial justificava a permanência da causa de pedir.

Relativamente ao pedido de democratização na implantação da reorganização escolar, no sentido de estabelecimento, por parte do Governo Estadual, ao longo de 2016, de uma agenda oficial de discussão sobre a melhoria da qualidade da educação no Estado de São Paulo, com a realização de audiências públicas e a participação da comunidade escolar, melhor sorte não teve, vez que o Juízo da 5ª Vara da Fazenda Pública de São Paulo entendeu que não cabe ao Judiciário “se imiscuir na atuação administrativa, de forma a impor os termos de uma gestão democrática, em verdadeira atividade legislativa” e “ao Poder Judiciário incumbe exclusivamente apreciar a observância da Lei, inexistindo, pois, amparo legal ao referido pleito”.

³⁶⁰ Processo 1049683-05.2015.8.26.0053. P. 1200-1201

³⁶¹ Processo 1049683- 05 - 2015.8.26.0053. P. 1111-1113.

Anote-se que em junho de 2016, portanto pouco menos de um mês antes de proferida a sentença, foi editada a Lei 1.083/15, que institui o Plano Estadual de Educação, prevendo várias metas, dentre as quais a efetivação de democratização da gestão da educação, estabelecendo um prazo de dois anos a partir da aprovação do Plano. A democratização se baseia em associar critérios de mérito e desempenho e em consulta pública à comunidade escolar, no âmbito das escolas públicas (Meta 19).

Por conta disto, o Juízo sentenciou:

Assim, a partir da edição da Lei referida, o Poder Executivo deverá, no prazo de 2 anos, criar instrumentos para assegurar a participação democrática pretendida pelos autores na gestão educacional.

No entanto, ele o fará nos seus termos, por meio de reuniões, audiências públicas, enfim, a forma que entender mais adequada, de acordo com as suas possibilidades técnicas, no âmbito do poder discricionário, descabendo, pois, ao Poder Judiciário, intervir diretamente no tema, sob pena de violação ao Princípio da Separação dos Poderes.

As autoras recorreram da decisão, encontrando-se a apelação aguardando julgamento pela 1ª Câmara de Direito Público³⁶².

III.IV.III. Duas gestões, dois olhares – a participação da sociedade em foco

Os casos narrados demonstraram os acertos e desajustes que podem ocorrer quando se trata de democratizar a gestão da Administração Pública, a partir da participação dos cidadãos nas decisões relevantes ou de interesse geral que os afetarem, através dos instrumentos participativos, especialmente as audiências públicas.

Nos casos apresentados, foi possível constatar ter havido expressiva mobilização social, com variada reação da sociedade, a depender da posição em que se

³⁶² Essa a última informação obtida no site do Tribunal de Justiça, em 04 de dezembro de 2017, data em que a pesquisa do caso se encerrou.

encontravam os cidadãos do ponto de vista do interesse que lhes afetaria positiva ou negativamente.

Em ambos os casos o controle das possíveis violações aos direitos dos cidadãos, constitucional e legalmente previstos, deflagrou-se a partir da movimentação da sociedade contrária às decisões administrativas implementadas, impulsionando duas instituições do sistema de justiça, a saber, o Ministério Público e a Defensoria Pública, que no exercício dos seus papéis institucionais, propuseram Ação Civil Pública na defesa dos direitos dos cidadãos.

Nas ações propostas foram apontadas, pelos autores, violações praticadas, pelas Administrações Públicas, contra o direito de participação dos cidadãos previstos na Constituição Federal e em legislações específicas.

As argumentações tecidas pelos autores das ações, nos dois casos apresentados, tinham na ausência de participação popular o fulcro central das objeções levantadas, questionando as decisões administrativas que implementaram ou tentaram implementar o programa ciclovitário no Município de São Paulo e o programa de reorganização da rede de ensino no Estado de São Paulo, respectivamente.

No embate judicial ocorrido, evidenciou-se uma forte utilização dos instrumentos processuais de pedidos de antecipação de tutela e também de agravos de instrumento, com o que as principais questões arguidas constaram dos pedidos iniciais com antecipação de tutela e das alegações da defesa nos agravos de instrumento interpostos contra as decisões que deferiram a tutela antecipada, perante o Tribunal de Justiça de São Paulo.

Tanto no Caso Ciclovias como no Caso Reorganização da Rede de Ensino, a discussão a respeito da falta de participação popular, maculando o processo de decisão e execução dos programas pelas respectivas Administrações, foi questão central, como se denota das argumentações tecidas nas Ações Cíveis Públicas propostas.

O Poder Judiciário conduziu as suas decisões a partir do cuidado, que acabou preponderado nas duas ações, em não ultrapassar os limites da separação dos poderes, se retraindo, no caso da reorganização da rede de ensino, sem enfrentar uma

denúncia importante de descumprimento por parte do Governo Paulista, de descumprimento de decisão judicial de suspensão da implantação do programa sem discussão ampla com a comunidade escolar. E no caso do programa cicloviário, decidindo não ser obrigatória a participação popular no momento da sua execução.

É possível, em relação ao Poder Judiciário, apesar da sua tradicional contenção em relação às questões relativas à discricionariedade administrativa que foram levantadas nas duas ações civis públicas, apontar alguns avanços no sentido da sua preocupação em efetivar o cumprimento do princípio constitucional de participação popular.

Nesse sentido, a postura do Poder Judiciário, no caso da reorganização da rede de ensino, onde claramente não se questionava o programa ele mesmo, mas a forma intra- muros como foi gestado e implementado, demonstrou as possibilidades de atuação deste Poder sem resvalar no limite que deve estar resguardado entre o Poderes.

Isso se evidenciou em desdobramentos práticos, no agendamento de uma audiência de conciliação, com ampla convocação, para além das partes constituídas no processo, ocasião em que a comunidade escolar pode também comparecer com direito à voz, na tentativa de suprir uma falha democrática de falta de abertura de diálogo por parte da Administração Estadual.

Se a medida não foi frutífera do ponto de vista de um acordo entre as partes, ao menos indicou um caminho possível de atuação do Judiciário, mais firme e consentânea com a proteção e efetivação da normatização constitucional relativa à necessária participação democrática da sociedade em questões relativas ao ensino e proteção às crianças e adolescentes.

A inovação na conduta aconteceu no momento em que, dentro do seu papel funcional, tentou corrigir uma falha democrática (que se visualizava estar no cerne do problema trazido à apreciação do Judiciário) possibilitando a abertura para o diálogo que faltou entre Administração e comunidade escolar. Ressalte-se que o espaço para a

audiência de conciliação foi bem mais amplo que o costumeiro, já que abrigaria um número maior de participantes, para além das autoras e ré no processo.³⁶³

Anote-se, ainda, na ação possessória proposta pela Fazenda Pública Paulista, com a finalidade de retomar as escolas da capital ocupadas pelos estudantes, o criativo caminho tomado pelo Judiciário, no sentido de negar a tutela antecipada e depois indeferir o pedido principal (com decisão e sentença mantidas pelo Tribunal de Justiça, pelos mesmos fundamentos) por entender que o *animus*, dos esbulhadores (no caso os estudantes) não vibrava no sentido do intuito próprio de exercer a posse dos prédios públicos, mas no de se rebelar, exercendo o direito de resistência, contra uma situação de total exclusão do processo de decisão que afetou abrupta e negativamente centenas de pessoas pertencentes à comunidade escolar. Entendeu, ainda, que ao dar guarida à pretensão de retomada da posse, estaria indiretamente decidindo em favor da Administração que claramente violou o direito constitucionalmente previsto de participação dos interessados. Preponderou, portanto, a necessidade de se garantir o direito de resistência aos alunos.

Contudo, no transcurso da Ação Civil Pública constata-se uma mudança de rumo no entendimento do Poder Judiciário. A juíza que proferiu a sentença não era a mesma que decidiu no pedido inicial sobre a tutela antecipada (no sentido da sustação dos atos de implementação das ações previstas na reorganização da rede de ensino).

Ao se analisar as duas decisões proferidas pela mesma Vara da Fazenda Pública, evidencia-se a utilização de critérios e posicionamentos diferentes como base das decisões (uma em medida liminar quando da proposição da Ação Civil Pública e outra na sentença desta mesma ação) que envolviam um fato que no transcorrer do processo tornou-se inequívoco, qual seja, a decisão da Secretaria de Educação do Estado de São Paulo de implementar, através do Decreto 61.672 de 30 de setembro de 2015, o programa de reorganização das escolas de todo o Estado, integralmente gestado pelos órgãos internos da Administração pública, sem qualquer consulta à comunidade escolar, violando o direito à

³⁶³ A audiência de conciliação ocorreu no auditório do prédio reservado aos gabinetes dos membros do Tribunal de Justiça.

participação da sociedade nas atividades educacionais promovidas pelo Estado, previsto na Constituição Federal.

A causa de pedir não deixa dúvidas: exigir da Administração Pública paulista uma gestão democrática no tocante à condução da reorganização escolar, promovendo junto à comunidade (Conselho de Escola, profissionais da educação, alunos, pais, entidades representativas desses interesses, Municípios, dentre outros) diálogo no sentido de construir-se junto com os interessados os passos necessários para a melhora na qualidade do ensino no Estado.

Não se questionou o mérito da ação administrativa, a validade ou não do programa para a melhoria das condições de ensino, mas a forma como foi gestado, cuja consequência foi o enorme descontentamento e desconfiança da comunidade escolar quanto aos resultados negativos que experimentariam com a adaptação abrupta ao programa.

Constata-se tratar de uma discussão sobre o tipo de administração que a Constituição de 1988 prescreveu.

E mais, nesse caso, a Constituição federal em vários dispositivos indicados pela Defensoria Pública e Ministério Público, na Ação Civil Pública, reforçou o caminho democrático que ordena ser construído para a educação de crianças e jovens no Brasil.

O Juízo da 5ª Vara da Fazenda Pública³⁶⁴, ao decidir medida liminar na ação proposta, bem como, lembre-se, a 1ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, concluíram ser dever do Poder Judiciário proteger o bem maior violado: o direito de participação da sociedade na gestão do ensino público no Estado. Mormente numa ação ampla e de profundas consequências não só para a vida escolar, envolvendo alunos e servidores do ensino público, mas também as famílias desses alunos.

A ação envolveria 311 mil alunos e aproximadamente 92 escolas mas, ao invés de ser construída num processo democrático junto à comunidade, foi gestada internamente pelos órgãos técnicos.

³⁶⁴ A saber, Dr. Luis Felipe Ferrari Bedendi, p.417/423.

Mesmo dentro da própria Administração a gestão do programa foi centralizada, vez que construída exclusivamente pelo Comitê Estadual de Educação, órgão da administração direta estadual paulista. As reuniões com os escalões subalternos na hierarquia administrativa ocorreram somente com o fito de informar e convencer os demais servidores do ensino sobre as mudanças arquitetadas por tal Comitê.

Após o anúncio do programa, tendo ocorrido forte reação da comunidade escolar e, em especial, por parte dos alunos que ocuparam as escolas em que estudavam, e sem conseguir abrir-se ao diálogo, o Governo Estadual ingressou com ação judicial para reintegrar-se na posse das escolas ocupadas, tanto na capital como em algumas cidades do interior.

É neste contexto que inicialmente a 1ª Câmara do Tribunal de Justiça emana a sua decisão, rejeitando o pedido de reintegração da posse, porque disso não se tratava, não sem antes tentar promover conciliação entre as partes, através de uma audiência pública de conciliação (conforme já exposto, a audiência realizou-se num auditório) que restou infrutífera, exatamente porque o Secretário de Educação se limitou a expor as razões do programa e propor um prazo exíguo de 5 dias para que os interessados pudessem elaborar as suas contribuições.

O acórdão proferido foi claro no sentido de que o caso trazia como fundamento a violação ao direito de participação da comunidade na gestão do programa.

Nesse sentido também a motivação da decisão do Juízo da 5ª Vara da Fazenda Pública na medida liminar requerida na propositura da Ação Civil Pública e, novamente, pela 1ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, que negou provimento ao agravo de instrumento proposto pela Fazenda Pública.

Assim, foram acolhidos o pedido de suspensão do programa de reorganização escolar combinado com o dever de elaboração de uma agenda de discussão com a comunidade, através de consultas e audiências públicas, tendo como pauta a melhora do ensino, a ser efetivada a partir de 2016.

Nesse interim, no início de dezembro de 2015 o Secretário de Educação, Herman Voorwald pede exoneração sendo nomeado, José Renato Nalini, ex-presidente do Tribunal de Justiça de São Paulo.

Em 12 de abril de 2016 a Defensoria Pública e o Ministério Público peticionam ao Juízo da 5ª Vara da Fazenda Pública de São Paulo denunciando o desrespeito por parte da Secretaria de Educação dos termos contidos na decisão de antecipação de tutela, com a implementação de uma reorganização disfarçada. A medida teve respaldo em notícias da imprensa, documentação da APEOESP, representações encaminhadas ao Grupo de Atuação Especial de Educação do Ministério Público de São Paulo.

A Fazenda Pública demora para cumprir os prazos e ao trazer esclarecimentos aos autos o faz de forma bem incompleta e tumultuada, sem se ater ao ordenado pelo Juízo da 5ª Vara da Fazenda Pública de São Paulo, por várias vezes.

É com esse formato que a Ação Civil Pública vai à conclusão para sentença que é proferida em 26 de julho de 2016 pelo Juízo da 5ª Vara da Fazenda Pública de São Paulo³⁶⁵.

Como visto, o Juízo é a mesma 5ª Vara da Fazenda Pública, mas não o juiz, e com ele se modifica também a linha de argumento que motivou as decisões anteriores.

A violação ao princípio democrático de participação da sociedade anteriormente entendida como o fulcro de todos os desdobramentos negativos da implementação da reorganização escolar foi ignorada na sentença exarada.

Segundo consta na motivação da sentença não cabe ao Poder Judiciário “se imiscuir na atuação administrativa, de forma a impor os termos de uma gestão democrática, em verdadeira atividade legislativa”³⁶⁶. Fez prevalecer, portanto, o argumento utilizado pela Fazenda Pública de discricionariedade administrativa e limites trazidos pela independência entre os três poderes.

³⁶⁵ A saber: Dra Carmen Cristina F. Teijeiro e Oliveira, p. 1210

³⁶⁶ Processo 1049683-05.2015.8.26.0053. p. 1206.

Note-se que há farta documentação nos autos, inclusive com a própria manifestação da Fazenda Estadual, de que a gestão da reorganização escolar não se abriu à participação popular.

A Secretaria de Educação não dialogou porque provavelmente entendeu não merecer essa etapa ser construída com a sociedade, apesar de afetar diretamente milhares de pessoas entre alunos, servidores públicos da educação e familiares. A eles caberia se adaptarem aos novos rumos gestados internamente nos órgãos do Governo paulista.

A despeito disso preferiu a juíza não se “imiscuir” na atuação administrativa, mantendo-se nos termos e limites da separação entre os poderes.

Essa opção pelo resguardo da atividade jurisdicional em detrimento a uma postura mais atuante que se pleiteava na Ação Civil Pública não é nova e guarda relação, de acordo com o pensamento de Luis Roberto Barroso, com o plano da justificação política ligada à questão da separação de Poderes e da legitimação democrática das decisões judiciais. Isso porque é no âmbito dessas decisões:

Que se procuram resolver as tensões que muitas vezes se estabelece entre o processo político majoritário - feito de eleições (...) - e a interpretação constitucional. Essa tensão se instaura tanto quando o Judiciário invalida atos dos outros dois Poderes (...)³⁶⁷

Não caberia, segundo a sentença, ao Poder Judiciário dizer como o Poder Executivo deve encaminhar a sua gestão democrática, sendo essa uma função do legislador mediante edição de lei.

Utilizando-nos, ainda, do ensinamento de Luis Roberto Barroso, é possível identificar nessa postura da juíza o que ele denomina de “autocontenção judicial”, oposto do ativismo judicial:

Conduta pela qual o Judiciário procura reduzir ao mínimo sua interferência nas ações dos outros Poderes. Por essa linha, juízes e tribunais (i) evitam aplicar

³⁶⁷ BARROSO, Luis Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. Op. Cit. P. 283.

diretamente a Constituição a situações que não estejam no seu âmbito de incidência expressa, aguardando o pronunciamento do legislador ordinário; (ii) utilizam critérios rígidos e conservadores para a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos; e (iii) abstêm-se de interferir na definição das políticas públicas. Até o advento da Constituição de 1988, essa era a inequívoca linha de atuação de juízes e tribunais no Brasil.³⁶⁸

Descartou a juíza a possibilidade do Judiciário ordenar ao Secretário da Educação a não violação aos direitos de participação da comunidade escolar através da apresentação pública de uma agenda pautada na construção do diálogo, através de reuniões, audiências públicas ou qualquer outro meio sobre a reorganização pretendida.

O direito à participação da comunidade escolar nas questões que lhes digam respeito não só está previsto na Constituição Federal, como em leis infraconstitucionais, conforme já visto anteriormente. Contudo, seu conteúdo não está completamente explicitado, faltam-lhe dados a lhe dar maior concretude. Daí a juíza se apegar à inexistência de uma lei para tanto, que não poderia ser suprida pela ordem judicial, exigindo que a Secretaria de Educação se comprometesse com uma agenda pública para abrir-se ao diálogo com a comunidade escolar em 2016. Isso se configuraria numa intromissão na esfera de discricionariedade do administrador público.

Não se pode perder de vista que o direito de participação, no caso em tela, encontra-se vinculado ao direito à educação. Ou seja, os autores pretenderam obter decisão judicial de controle da Administração Pública que garantisse a manutenção da estrutura da rede estadual de ensino existente em 2015, incluindo o número de escolas, salas de aula, abertura de matrículas, permanência de alunos, número de alunos, dentre outros. A alteração dessa estrutura deveria estar submetida a um processo de participação da comunidade escolar, como garantia de que o direito à educação das crianças e adolescentes não sofreria retrocessos.³⁶⁹

³⁶⁸ Idem. P. 285.

³⁶⁹ Esse movimento encontra seu respaldo no Estado democrático de direito, instituído pela Constituição de 1988, que visa garantir a efetivação da justiça social através de mecanismos de participação da sociedade no controle e gestão da atividade administrativa.

O caso da reorganização da rede de ensino demonstra certa dificuldade enfrentada por alguns juízes ao tratarem de questões relativas à proteção de um direito social, e a dificuldade se amplia quando se pleiteia a democratização do Estado para tanto, via direito de participação.

Nesse sentido, Boaventura de Sousa Santos é esclarecedor:

Não basta mudar o direito substantivo e o direito processual, são necessárias muitas outras mudanças. Está em causa a criação de uma nova cultura jurídica e judiciária. Uma outra formação de magistrados.³⁷⁰

E, complementa Paulo Bonavides:

Estamos na era da cidadania postulante. Com os direitos fundamentais o constitucionalismo do século XX logrou a sua posição mais consistente, mais nítida, mais característica. Em razão disso, faz-se mister introduzir, talvez, nesse espaço teórico, o conceito de juiz social, enquanto consectário derradeiro de uma teoria material da Constituição (...) No que concerne ainda à figura do juiz social, este incorpora em seu juízo ou aparelho de reflexão e entendimento uma vasta e sólida pré-compreensão das questões sociais, pressuposto inalterável de toda a hermenêutica constitucional e de seu conceito de concretização.³⁷¹

Parecer exarado pela Procuradoria Geral de Justiça a respeito da apelação apresentada pela Defensoria e Ministério Público, em face da sentença, adverte sobre os cuidados que se deve ter na tutela de “valores maiores advindos do respeito ao primado de direitos fundamentais de índole social e difusa”³⁷² que demandam flexibilidade no uso dos instrumentos processuais, para que não se acabe punindo aqueles que não são parte do processo, mas efetivos destinatários do comando jurisdicional. Os objetivos sociais da

³⁷⁰ SANTOS, Boaventura de Sousa. Para uma revolução democrática da justiça. 2ª ed. São Paulo: Cortez, 2008. P. 34.

³⁷¹ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006. P. 587.

³⁷² Processo 1049683-05.2015.8.26.0053. P. 1577.

educação devem estar integrados na aplicação da norma processual, sendo que as normas definidoras dos direitos de igualdade e de permanência na rede pública de ensino:

Dentre as quais se encaixa a de gestão democrática do sistema, devem ser compreendidas no sentido da sua máxima efetividade, sob pena de violação da regra da isonomia e do princípio da dignidade humana.³⁷³

Como se trata a educação de um direito fundamental social deve ser dado a ele a máxima efetividade:

Cabe ao Judiciário a tarefa clássica de defender os direitos violados ou ameaçados de violência (art. 5º, XXXV, CF). A defesa dos direitos fundamentais é da essência da sua função. Os tribunais detêm a prerrogativa de controlar os atos dos demais Poderes, com o que definem o conteúdo dos direitos fundamentais proclamados pelo constituinte. A vinculação das cortes aos direitos fundamentais leva a doutrina a entender que estão elas no dever de conferir a tais direitos a máxima eficácia possível.³⁷⁴

Acrescente-se que a Constituição Federal (e também a legislação infraconstitucional) trouxe a gestão democrática como um suporte de garantia para a implementação razoável pelo Poder Executivo da política e gestão educacional.

A competência constitucionalmente conferida à Administração Pública de gerir a rede de ensino providenciando medidas que entender oportunas e convenientes, é discricionária, mas, como toda atividade deixada à discricionariedade do Executivo, está limitada ao contorno constitucional e legal dado à matéria.

Garantir a democratização da gestão, através de comprovante de uma agenda pública de discussão com a comunidade escolar sobre a reorganização escolar é, antes, fazer efetivar comando constitucional e os princípios que norteiam o Estado Democrático de Direito do que invadir a competência do Governo Estadual paulista.

³⁷³ Idem. P. 1578.

³⁷⁴ MENDES, Gilmar Ferreira & BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 8ª ed.. São Paulo: Saraiva, 2013. P. 153.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro ensina como a discricionariedade na atualidade transpôs o conceito positivista reinante no Estado liberal, típico do século XIX:

Não se pode dizer que apenas o primeiro tipo de limitação se enquadre no princípio da legalidade; este pode ter uma feição restrita, formalista, própria do positivismo do século XIX; neste aspecto se incluem as restrições relativas aos elementos do ato administrativo disciplinados pela lei em sentido formal. Todavia, em sentido amplo, o princípio da legalidade adquire um conteúdo axiológico, que exige a conformidade da Administração Pública com o Direito, o que inclui não apenas a lei no sentido formal, mas todos os princípios que são inerentes ao ordenamento jurídico do Estado de Direito Social e Democrático. Nesse sentido, pode-se dizer que o princípio da legalidade constitui o limite único à discricionariedade administrativa.³⁷⁵

O que se verificou estar requerido na Ação Civil Pública é a comprovação de que o Executivo paulista está se comprometendo com o debate público sobre a matéria relativa à reorganização escolar. Ele continuará livre para elaborar essa agenda democrática conforme os seus critérios e possibilidades. Mas deve demonstrar inequivocamente que tem agido nesse sentido apresentando dados concretos dessa atuação democrática, com pelo menos um calendário de reuniões, audiências públicas e outras formas que entender abertas à participação da comunidade escolar.

Assim, é possível ao Judiciário, para dar efetividade a um direito fundamental, controlar a atividade do Executivo na forma de gestão da política pública, garantindo que ela ocorra com observação ao princípio da participação popular.

Foi possível constatar, no caso da reorganização da rede de ensino, que a comunidade escolar, bem como algumas instituições do sistema de Justiça, como o Ministério Público e a Defensoria Pública estão mais atentas ao dever que tem a Administração Pública de ampliar o diálogo com a sociedade para garantir uma gestão democrática do ensino.

³⁷⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade Administrativa*. 2ª ed. Op. Cit. P. 137.

Possível constatar-se, ainda, no mesmo caso, reticências do Poder Judiciário em exigir da Administração Pública a efetivação de normas constitucionais, no caso em tela a democratização do ensino através de amplo diálogo com a comunidade escolar, sem que essa obrigatoriedade de ativar os instrumentos para tanto esteja claramente disposta numa legislação infra-constitucional específica.

No Caso Ciclovias verificou-se ter ocorrido no Município de São Paulo um movimento pendular em que uma gestão pode ter estado mais aberta ao diálogo com os cidadãos, como se constata no processo de elaboração do Plano Diretor da Cidade, na gestão de Fernando Haddad, com os vários desdobramentos que a matéria comporta, incluindo a questão da mobilidade urbana através do incentivo ao uso da bicicleta e à implantação do sistema cicloviário; e em que a outra gestão, de João Doria, ao menos no ano inicial, se processa de maneira menos aberta à participação da sociedade, recorrendo ao tradicional entendimento de que a matéria sobre a importância do incentivo ou não ao uso da bicicleta foi debatida suficientemente nas eleições, ou de que a participação dos cidadãos está bem colocada e satisfeita através dos seus representantes na Câmara Municipal.

Foi possível detectar no Caso Ciclovias olhares e soluções diferentes sobre determinado problema da Cidade, no caso a mobilidade urbana, o que não deixa de ser salutar do ponto de vista da democracia, que traz a alternância no poder como um de seus pilares.

No Caso Ciclovias se constata que o programa implementado em grande parte na gestão de Fernando Haddad, está inserido no contexto de um plano de mobilidade para a cidade de São Paulo, ambos elaborados a partir das discussões ocorridas nas inúmeras audiências públicas ativadas quando da revisão do Plano Diretor da Cidade.

O programa amplamente discutido no contexto de uma política pública para a Cidade, contudo, tem sido paulatinamente desconstruído pelo novo governo do prefeito João Doria³⁷⁶, sem diálogo que respaldasse essa opção com os interessados.

³⁷⁶ Lembre-se que a pesquisa abrange o primeiro ano da gestão de João Dória.

Paulatinamente, a nova gestão não deu encaminhamento à implantação das ciclovias previstas, foi desativando algumas delas, através de vários expedientes, como deixar de manter pintadas as pistas, retirar sinalização, transformar ciclofaixas em ciclorrotas, etc.

Houve uma revisão do plano, mas não discutida nem apresentada ao diálogo com a sociedade, nesse contexto, ao fazer uma denúncia pública no sítio eletrônico, ressaltou o diretor da ONG Ciclocidade³⁷⁷:

O programa cicloviário é uma agenda de Estado, não de uma gestão. É parte fundamental da política de mobilidade urbana. E não começou ontem. As primeiras ações desse tipo datam de 1980.³⁷⁸

Nesse movimento entre as duas diferentes gestões, constata-se que a matéria dialogada com a sociedade, em inúmeras audiências públicas, que se transformou numa plataforma de ação, foi bastante modificada pelo novo gestor sem que o conteúdo dessas modificações passasse pela interlocução com a sociedade.

Pondere-se que isso pode ser prejudicial para o desenvolvimento da cidadania, pois tira o incentivo à participação do cidadão e não cria a necessária cultura de intercomunicação entre Estado e sociedade num espaço público propício para tanto.

Relativamente à atuação do Ministério Público, é possível verificar, no Caso Ciclovias, contradição em relação ao seu entendimento sobre a exigibilidade da participação popular no processo de elaboração e implementação dos trechos do programa cicloviário..

A partir de reclamações e denúncias de cidadãos contrários, negativamente afetados ou incomodados com a implantação do programa de ciclovias, entendendo o Ministério Público não ter a Prefeitura e a CET apresentado satisfatoriamente um projeto

³⁷⁷ A ONG Ciclocidade participou ativamente do processo de construção do programa cicloviário, desde a elaboração do Plano Diretor, programa cicloviário e Plano de Mobilidade Urbana, e, também, através de representante na Câmara Temática de Bicicleta.

³⁷⁸ Gestão Doria exclui ciclistas da revisão do plano cicloviário de SP. Publicado em 20/03/2017. Disponível em <https://www.redebrasilatual.com.br>. Acesso em 04 de dezembro de 2017.

de implantação do programa no inquérito civil aberto, e, também, não ter consultado a população a respeito disso, ingressou com Ação Civil Pública.

A argumentação trazida pelo Ministério Público na peça inicial da Ação Civil Pública, foi a de que se devia suspeitar de um programa que se desenvolvia de modo acelerado, sem o devido projeto de implementação, apresentando já de início problemas na qualidade do projeto, e em que não houve a necessária abertura da Administração Pública municipal à sociedade para a elaboração e acompanhamento da execução da implementação do sistema cicloviário.

Contudo, com o advento das eleições municipais, foi eleita uma nova gestão para a Prefeitura, que trouxe uma outra forma de administrar.

A partir daí modificou o Ministério Público o seu grau de exigência em relação à necessária consulta à população, no caso das ciclovias. Não há qualquer dado na Ação Civil Pública, mídia ou no setor de busca eletrônica sobre Inquérito Civil no sítio eletrônico do Ministério Público, que possibilite identificar algum questionamento desse órgão público sobre a falta de diálogo com a sociedade para as modificações que foram paulatinamente sendo introduzidas pela nova gestão.

Oras, ou o Ministério Público entende ser a participação popular um requisito necessário para legitimar as ações do governo municipal nas questões relativas à mobilidade urbana, como obediência às normas constitucionais e legais que identificou pormenorizadamente na Ação Civil Pública, ou não, concebendo poder estar ao alvedrio do administrador a possibilidade de lançar mão do instrumento democratizante, quando entender necessário, em deferência ao critério da discricionariedade administrativa.

A mudança, num curto espaço de tempo, de entendimento, não colabora para se criar uma cultura de participação popular. Ao contrário, pode causar insegurança jurídica e desestímulo à participação do cidadão.

Ressalte-se que no transcorrer do processo a nova gestão da Prefeitura e o Ministério Público elaboraram um acordo, no sentido de que a Prefeitura apresentaria um projeto de execução de cada trecho que fosse instalar e que submetesse esse projeto através de audiências públicas à população afetada pela intervenção.

Foi possível verificar, na postura do Ministério Público, a sua objeção ao conteúdo do programa de ciclovias³⁷⁹, que considera inadequado para melhoria da mobilidade em São Paulo, utilizando a possível falta de participação popular como argumento meio para desconstruir o programa em si. Não fosse assim, teria mantido a vigilância democrática também em relação à nova gestão na Prefeitura, o que não ocorreu, apesar das denúncias públicas dos ciclistas quanto à desativação paulatina do programa cicloviário³⁸⁰, sem consulta aos interessados³⁸¹.

Demonstra, portanto, o Caso Ciclovias, como um importante instrumento da democracia participativa pode ser manejado num sentido retórico ou formalista, desviado da sua finalidade maior, que é conferir ao cidadão o efetivo direito de participar em questões do seu interesse e da sociedade.

Lucia Vale Figueiredo alerta para a utilização das audiências públicas apenas no sentido formal, que lhe desvirtua a verdadeira finalidade:

E não se poderá considerar a audiência pública como uma formalidade a mais apenas, sem qualquer relevância (...)

Sua finalidade precípua é a ampla discussão, a ampla transparência, para que sejam exibidos os fundamentos necessários para o modelo escolhido e para que se ouça, se questione a possibilidade da proposição de outras formas.

Enfim, faz-se necessária intercomunicação. Não se trata de um monólogo, mas, sim, de diálogo entre as autoridades e os cidadãos.³⁸²

³⁷⁹ Vide as várias argumentações tecidas em relação ao conteúdo do programa cicloviário na Ação Civil Pública e apontadas na exposição do Caso Ciclovias, como, por exemplo, o que se demonstrou ser uma errônea afirmação de que a maioria da população em São Paulo se desloca por veículos automotores particulares, percepção que está na base do pensamento de que mais bicicletas causarão mais transtornos ao já tão tumultuado trânsito em São Paulo.

³⁸⁰ Essa desativação lenta e progressiva foi constatada no Caso Ciclovias, pela suspensão da obra cicloviária na Avenida Ricardo Jafet, cujas despesas já haviam sido empenhadas, a retirada de sinalização de algumas ciclofaixas, a falta de pintura em algumas ciclovias já em funcionamento, por exemplo.

³⁸¹ Note-se haver reclamações por parte de participantes do Comitê Temático de bicicleta de que não era sequer avisado das modificações introduzidas pelo novo prefeito, que visualizavam o esvaziamento desse órgão.

³⁸² FIGUEIREDO, Lucia Valle. Instrumentos da administração consensual. Op. Cit. P. 241.

Constata-se, relativamente ao Poder Judiciário, que à semelhança da decisão exarada no Caso Reorganização da rede de ensino, se posicionou no sentido de invocar a falta de um comando legal específico que obrigasse o Poder Público a chamar audiências públicas na fase de execução do programa cicloviário, para liberá-lo dessa possibilidade, a relembrar:

Não vislumbro determinação legal para que a implantação do projeto de ciclovias na cidade seja obrigatoriamente precedido de audiências públicas ou de outra forma de participação popular na execução de um projeto governamental³⁸³

Note-se que o Caso Ciclovias apresenta dados no sentido de ter havido participação popular desde o Plano Diretor. Há, inclusive, notícia no sítio eletrônico da ONG Ciclocidade com a seguinte chamada: “*Proposta do Plano Diretor contempla bicicletas, mas ainda é preciso avançar*”.

Diz a notícia que a Ciclocidade vinha participando do processo de revisão do Plano Diretor desde o início, com presença em várias audiências públicas, protocolo de sugestões, realização de um mapeamento dos projetos cicloviários previstos desde 2004 e estímulo à participação da sociedade, com divulgação de calendário de atividades e orientações sobre a forma de interação virtual com o processo³⁸⁴. Segue expondo o que já se avançou no Plano Diretor em relação à bicicleta:

O texto cria um Sistema de Mobilidade e propõe a estruturação de um sistema cicloviário para a cidade composto de ciclovias, ciclorrotas, ciclofaixa e bicicletários. Também é prevista a realização de um Plano de Mobilidade Urbana destacando entre os objetivos a “promoção dos modos não motorizados como meio de transporte urbano, em especial o uso de bicicletas³⁸⁵”.

³⁸³ Processo 1009441-04.2015.8.26.0053. P. 3482.

³⁸⁴ Disponível em <https://www.ciclocidade.org.br>. Acesso em 9 de dezembro de 2017.

³⁸⁵ Idem.

Constata-se, portanto, que a participação da sociedade em discussões sobre o uso da bicicleta, como fator de mobilidade na cidade, na fase de elaboração, de fato aconteceu.

Como se extrai do caso em questão, o problema da falta de participação se colocou também relativamente à fase de execução do programa, e, mesmo aqui, é possível extrair do caso informações sobre a ocorrência de participação da sociedade, mas com menor grau de abrangência e passando pela estrutura interna da Prefeitura, através dos representantes da sociedade no Comitê Temático de Bicicleta³⁸⁶.

Contudo, na fase de execução, poderia ter a Prefeitura envolvido com mais amplitude a população, especialmente os cidadãos afetados mais diretamente com o trecho que se pretendia implantar, como comerciantes, usuários de veículos, moradores, escolas, por exemplo. Isso reforçaria a legitimação do programa, por um lado, e por outro, poderia levar a uma aceitação maior por parte dos afetados negativamente pelas medidas, sem a necessidade de se acionar o Poder Judiciário.

É possível extrair, pela análise dos dois casos, no tocante à atuação do Poder Judiciário, uma certa reserva no momento em que se coloca a questão participativa, numa deferência à discricionariedade administrativa. É também possível extrair uma indicação para a atuação daqueles que pretendem ver aprofundado o processo de democratização da Administração Pública, no sentido da necessidade de uma legislação clara no sentido da obrigatoriedade da Administração ouvir a sociedade sobre decisões que a irão afetar. Tal providência talvez levasse o Poder Judiciário a estar mais confortável para decidir sobre ilegalidades ocorridas no processo de tomada de decisão administrativa, por falta de obrigatória participação popular.

Constata-se que no Caso Ciclovias, a edição da Lei 16.738 de 07 de novembro de 2017 que alterou a Lei 14.266/2007, criando novas regras para o sistema cicloviário municipal, e prevendo a obrigatoriedade da implantação ser precedida pela

³⁸⁶ Lembre-se estar o referido Comitê composto por 2 representantes de cada uma das cinco regiões do Município de São Paulo, mais representantes das entidades representativas de ciclistas, ou seja, o órgão é um instrumento de comunicação permanente entre a sociedade e a Prefeitura.

realização de audiências públicas e estudos de demanda, viabilidade e impacto viário, divulgados integralmente em sítio eletrônico próprio.

Porém, a ressalva é que não houve ampla discussão do projeto de lei com a população. Ela foi gestada pela bancada de apoio do atual Prefeito, sem qualquer chamada para audiência pública para a discussão dos seus termos.

Deu-se a preferência, neste caso, pela gestão de João Doria, de que as discussões não fossem ampliadas para a sociedade, permanecendo nos limites tradicionais da democracia representativa.

Note-se, seguindo o ensinamento de José Afonso da Silva, que o Estado Democrático de Direito aponta para um novo tipo de cidadania, não vinculada exclusivamente ao exercício político relativo ao voto, como também na condição “de consciência de pertinência à sociedade estatal como titular de direitos fundamentais, da dignidade como pessoa humana, da integração participativa no processo do poder”³⁸⁷ significando dizer que há “participação direta e pessoal da cidadania na formação dos atos de governo”³⁸⁸.

Desta forma, sem ampliar a discussão na elaboração do projeto de lei, modificou o programa cicloviário fruto de anterior e recente diálogo muito mais amplo realizado com a população do Município, através das audiências públicas no momento da revisão do Plano Diretor. Afastou o cidadão nesse importante momento de rediscussão do programa cicloviário. A democracia participativa, neste caso, restou minimizada. Ressalte-se ser a matéria de tal importância, que há no Congresso Nacional a Proposta de Emenda à Constituição - PEC 85/2015, para a introdução dos direitos de acessibilidade e mobilidade no rol dos direitos sociais.

Mas, constata-se, também, que a previsão na nova lei de audiências públicas é fator que pode vir a favorecer uma maior interlocução entre o Poder Público e o cidadão possivelmente afetado pelas medidas que se querará implementar.

³⁸⁷ SILVA, José Afonso da. Comentário Contextual à Constituição. Op. Cit. P. 36.

³⁸⁸ Idem.

É o que se constatou em derradeira pesquisa realizada sobre o caso, em que a abertura pela Prefeitura de duas audiências públicas sobre implantação de ciclofaixas, num trecho do bairro de Pinheiros, ainda que mal convocada, atraiu a participação de ciclistas, moradores e comerciantes. Ocasão em que o Secretário da Mobilidade e Transporte se desculpou pela falha de convocação e em que alguns comerciantes, antes reticentes com a possibilidade de uma ciclofaixa cortando a frente da sua loja, saíram interessados com a informação dada pelos ciclistas sobre a campanha “Bicicleta faz bem ao comércio”, que tem por objetivo orientar e incentivar comerciantes a receberem bem os ciclistas, beneficiando-se do aumento do uso da bicicleta na cidade e das estruturas cicloviárias implementadas.³⁸⁹

As informações dessas últimas audiências públicas realizadas na gestão Doria, apontam para um maior cuidado que o governo está tomando na implantação das ciclofaixas na cidade. Isto porque os vários setores interessados estão mais mobilizados e conscientes dos impactos causados pela pequena mudança na utilização dos instrumentos de mobilidade urbana. A reivindicação por maior divulgação das audiências públicas demonstram a capacidade e a necessidade de dialogar por parte da sociedade. Não se esqueça, porém, das denúncias de importantes entidades de ciclistas no sentido de estar ocorrendo, vagarosamente, o desmantelamento das ciclofaixas e ciclovias já instaladas, e de que a nova lei editada recentemente coloca muitas dificuldades quase inviabilizando a implantação da rede cicloviária num ritmo adequado às necessidades de mobilidade sentidas pela população paulistana.

³⁸⁹ Relato da segunda reunião com comerciantes e Poder Público sobre as conexões cicloviárias em Pinheiros, 02 de junho de 2017. Disponível em <https://www.ciclocidade.org.br>. Acesso em 04 de dezembro de 2017.

IV. Participação da sociedade nos atos normativos das Agências Reguladoras federais

As Agências Reguladoras surgiram no contexto da globalização da economia e conseqüente reformulação do Estado brasileiro, a partir da década de 90, com as privatizações das empresas estatais e a conseqüente necessidade de criar um espaço regulatório moderno e eficiente, que pudesse colocar e manter o Brasil na pauta do mercado internacional.

Deveriam desempenhar um papel pioneiro na condução da atividade administrativa que lhes é afeta, em especial garantir o equilíbrio do setor regulado com uma boa prestação por parte dos agentes privados e satisfação dos interesses dos administrados, garantindo no seu processo normativo e de tomada de decisões uma equação democrática que legitime a sua ação, através da participação popular.

Deveriam, portanto, funcionar como parâmetro de uma administração eficiente e ao mesmo tempo democrática, quebrando com o antigo padrão hermético, ensimesmado e de traços autoritários que caracterizam a Administração Pública no Brasil.

Daí entendermos pertinente tecer referência a elas, especialmente no que se refere à sua atividade maior – a produção dos atos normativos, inserida num importante jogo de interesses dos agentes regulados e dos usuários dos serviços prestados.

O cenário sob o qual se desenvolveu essa reformulação, construiu-se a partir dos anos 80, na Inglaterra, com o desmonte do Estado de Bem Estar Social inglês no governo de Margaret Thatcher.

A partir daí generalizou-se a idéia de que o Estado tornou-se grande demais, burocrático, ineficiente e prestador de serviços sem qualidade, com comprometimento da sua continuidade por falta de investimentos,³⁹⁰ aceleração e desenvolvimento tecnológico dos meios de comunicação, acarretando o fim de alguns monopólios naturais, a

³⁹⁰ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti, Teoria dos Serviços Públicos e sua transformação. *In* SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). Direito Administrativo Econômico. São Paulo: Malheiros, 2000. P. 43.

globalização da economia que facilitou com o auxílio da evolução da informática a diminuição dos empecilhos para as trocas internacionais³⁹¹.

Dentre as possíveis causas que levaram à inviabilidade do modelo do Estado de Bem Estar Social encontram-se a situação de insolvência dos Estados pela incapacidade de acompanhar com as suas políticas públicas o aumento da população, a deterioração dos serviços pela falta de recursos financeiros³⁹², dentre outras.

Eric Hobsbawm denomina o período entre 1973 a 1993, como as “Décadas de Crise” porque o mundo perdeu suas referências, resvalando para a instabilidade, fazendo com que as bases em que o Estado de Bem-Estar Social se sustentava desmoronassem irrecuperavelmente.

Segundo o autor, as operações do capitalismo ficaram incontroláveis, sem a criação de instrumentos para administrá-las, o capital se desvinculou do trabalho, com lucros espetaculares obtidos nas bolsas de valores e sem que fossem revertidos para financiar o aumento da produção de bens e os grandes grupos transnacionais passaram a dominar a cena econômica mundial.³⁹³

Nesse período, praticamente todos os países do chamado Terceiro Mundo haviam mergulhado profundamente em dívidas impossíveis de se pagar. Alguns instrumentos de ação internacional que ganharam domínio estratégico sobre os países endividados e necessitados de novos empréstimos foram o Fundo Monetário Internacional e o Banco Mundial. A liberação dos empréstimos eram condicionados à adequação da política nacional conforme as diretrizes das autoridades bancárias globais. Desta forma, a ideologia neoliberal traduziu-se em políticas de privatização sistemática, e o capitalismo de livre mercado praticado pelos países capitalistas desenvolvidos foi imposta a governos demasiado falidos para esboçarem resistência.³⁹⁴

³⁹¹ ARAGÃO, Alexandre dos Santos. *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. P. 4.

³⁹² JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das Agências Reguladoras Independentes*. São Paulo: Dialética, 2002. P. 19.

³⁹³ HOBBSAWM, Eric. *Era dos Extremos - O breve século XX: 1914- 1991*. Op. Cit. P. 393-420.

³⁹⁴ Idem.

Essa política econômica de expansão do capital montou no mundo quadros nacionais favoráveis à entrada das empresas transnacionais, e na América Latina, a partir do Consenso de Washington³⁹⁵, conseguiu implementar a sua pauta de reformas neoliberais, estruturadas, segundo nos informa Irene Patrícia Nohara, em 10 pontos consensuais: disciplina fiscal, gastos públicos com ênfase em educação, saúde e infraestrutura, reforma tributária, liberalização financeira possibilitando que entidades financeiras internacionais atuem em igualdade de condições com as nacionais e afastamento do Estado neste setor, taxa de câmbio competitiva, liberalização do comércio exterior, permissão de investimento direto estrangeiro, desregulação com redução da legislação de controle do processo econômico e das relações trabalhistas, propriedade intelectual e privatização, com venda de empresas estatais.³⁹⁶

No Brasil, a reversão do modelo de estado intervencionista operou-se mediante a implementação do Plano Diretor da Reforma da Administração e do Estado brasileiro - PDRAE, idealizado em 1995 por Luiz Carlos Bresser Pereira, então Ministro da Administração Federal e Reforma do Estado.

A construção do plano estava pautado na análise da crise econômica ocorrida a partir dos anos 80, que reduziu drasticamente a taxa de crescimento dos países centrais e levou os países em desenvolvimento a terem a sua renda por habitante estagnada por 15 anos, tendo também implicado no colapso dos regimes do bloco soviético.

Segundo entendia Bresser Pereira, essa grande crise econômica dos anos 80 teve como causa fundamental uma crise fiscal do Estado, do modo de intervenção no domínio econômico e social, da forma burocrática como administrava. Essa crise associava-se, também, ao processo de globalização que reduziu a autonomia das políticas econômicas e sociais dos estados nacionais. A globalização, decorrente da diminuição dos custos e dos transportes e comunicações internacionais, levou ao aumento do comércio

³⁹⁵ O Consenso de Washington foi produto de um encontro em 1989 denominado *Latin American Adjustment: how much has happened?*, que surgiram os 10 pontos adotados como paradigma tanto pelo Fundo Monetário Internacional quanto pelo Banco Mundial, de renegociação da dívida ou a concessão de créditos aos países latino-americanos. NOHARA, Irene Patrícia. Reforma Administrativa e Burocracia. Op. Cit. P. 69.

³⁹⁶ NEGRÃO, João José. Para conhecer o neoliberalismo. São Paulo: Publisher, 1989. P. 41-42.

mundial, dos financiamentos internacionais e dos investimentos diretos das empresas multinacionais, com aumento da competição internacional em níveis jamais pensados e a uma reorganização da produção a nível mundial das empresas multinacionais.³⁹⁷

A crise, portanto, segundo o idealizador da Reforma Administrativa do Estado brasileiro, encontrava-se no fato de que os Estados, estruturados da forma com que encontravam, não conseguiram acompanhar a rápida mudança no cenário econômico:

As consequências foram, como acontece sempre quando o mercado prevalece, de um lado, uma melhor alocação dos recursos e o aumento da eficiência da produção; de outro, perda relativa da autonomia do Estado, que viu reduzida sua capacidade de formular políticas macroeconômicas e de isolar a sua economia da competição internacional.³⁹⁸

A reforma do Estado tratou, então, de problemas do Estado brasileiro que, segundo seu idealizador, se aprestavam como relativos ao tamanho do Estado (daí a proposta de privatização e terceirização), necessidade de redefinição do papel regulador do Estado (com a proposta de desregulação, ou seja, menor grau de intervenção do Estado no funcionamento do mercado) da recuperação da governança traduzida na capacidade financeira e administrativa e implementar as decisões políticas tomadas pelo governo (superação da crise fiscal, redefinição das formas de intervenção no plano econômico e social e a superação da forma burocrática de administrar o Estado) da necessidade de aumentar a capacidade política do governo de intermediar interesses, garantir legitimidade e governar (garantir a legitimidade do governo perante a sociedade e adequar as instituições políticas para a intermediação de interesses).³⁹⁹

No PDRAE constavam, dentre outros, como objetivos específicos para a dimensão governamental que designaram por núcleo estratégico (Poder Legislativo, Judiciário, Ministério Público, Presidente da República, Ministros e assessoria diretamente

³⁹⁷ BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. A Reforma do estado dos anos 90: a lógica e mecanismos de controle. Brasília: Cadernos Mare da reforma do estado, 1998. P. 13-15.

³⁹⁸ Idem. P. 14

³⁹⁹ Idem. P. 8-9.

ligada pelo planejamento e formulação das políticas públicas), a modernização da administração burocrática, a atribuição de capacidade gerencial para definir e supervisionar os contratos de gestão com as agências independentes e com as organizações sociais. Como objetivos específicos para o setor de atividades exclusivas (aquelas que só o Estado pode prestar, com poder de regulamentar, fiscalizar e fomentar: aqui estão inseridas as agências reguladoras da prestação do serviço público) a promoção de maior participação popular na fixação das políticas públicas, no controle social e de resultados, dentre outros. No setor de produção para o mercado (composto por empresas que desempenham atividade econômica voltada para o lucro) a continuidade do programa de privatização, reorganização e fortalecimento das entidades reguladoras dos monopólios naturais privatizados.⁴⁰⁰

A partir dos diagnósticos produzidos pelo PDRAE, foram editadas várias emendas constitucionais com reformas na áreas administrativa e previdenciária. As emendas constitucionais nº 6, 8 e 9 todas editadas no ano de 1995, a Lei 8.987/95 - Lei Geral de Concessões de Serviços Públicos e os seus desdobramentos institucionais, abriram possibilidade de redimensionamento da atuação do Estado no domínio econômico.⁴⁰¹

A criação das Agências Reguladoras está, portanto, inserida no contexto da opção feita, pelo Estado brasileiro, da sua retirada da intervenção direta no domínio econômico, reduzindo a sua prestação de serviços públicos, através das empresas estatais.

Com a abertura para a prestação por empresas privadas do serviço público, pelo mecanismo das privatizações, as agências reguladoras cumpririam o papel regulador idealizado como mais moderno, ágil, flexível e altamente especializado.

⁴⁰⁰ Ministério da Administração e Reforma do Estado. Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado. Presidência da República: Imprensa Oficial, 1995. p. 42 e, também, DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Parcerias na Administração Pública: Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização e outras formas. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 1999. P. 41-43.

⁴⁰¹ TACITO, Caio. A Reforma do Estado e a Modernidade Administrativa. Revista de Direito Administrativo, vol.215, jan/marc, 1999. P. 3.

E, também, MENEZELLO, Maria D'Assunção Costa. Agências Reguladoras e o direito brasileiro. São Paulo: Atlas, 2002. P. 44.

As Agências Reguladoras na esfera federal são criadas a partir de 1996, por leis específicas, para desempenharem atividades que se concentram no controle ou fiscalização das delegações de serviços públicos a particulares⁴⁰², tendo sido qualificadas como de regime especial⁴⁰³, com previsão de maior autonomia em relação ao ente central e poder de normatização⁴⁰⁴, por conta do novo papel no cenário econômico e jurídico em que se desenvolve o chamado direito regulatório.

A denominação “agência reguladora” é nova no direito administrativo brasileiro e tem nítida influência norte-americana, onde organismos semelhantes são chamados de “*regulatory agencies*”.

Nos E.U.A as “*regulatory agencies*” surgiram com a instituição da Interstate Commerce Commission, em 1887, criada para regular os serviços interestaduais de transporte ferroviário, que demonstravam “a predisposição do governo para intervir nas relações econômicas”⁴⁰⁵, constituindo-se esse modelo como parâmetro para a criação de órgãos semelhantes em outros países.⁴⁰⁶

Note-se que o cenário de origem desses organismos nos E.U.A e no Brasil não se assemelham, com realidades históricas, sociais e econômicas distintas, tornando também diferentes os objetivos da sua criação.

Nos E.U.A as agências foram criadas, salvo algumas exceções, como instrumentos de intervenção do Estado na economia, para a recuperação econômica do país que sofria os efeitos nefastos da grande depressão iniciada em 1929 com a quebra da bolsa de valores de Nova York. A partir de 1930, o *New Deal* promovido pelo presidente

⁴⁰² ARAÚJO, Edmir Netto de. Curso de Direito Administrativo. Op. Cit. P. 202.

⁴⁰³ Segundo Irene Patrícia Nohara, são características do regime especial: 1- mandato fixo dos dirigentes; 2- previsão de quarentena para os dirigentes que se desvinculam da agência reguladora pelo prazo estabelecido em lei; 3-limites à interposição de recurso hierárquico impróprio de ato de agência reguladora no Ministério supervisor competente, com exceções previstas no parecer normativo da Advocacia Geral da União nº 51/06 (caso as agências reguladoras ultrapassem os limites das suas competências e se violarem políticas públicas estabelecidas pelo Poder Executivo Central). Cf., NOHARA, Irene Patrícia. Direito Administrativo. Op. Cit. P. 549-550.

⁴⁰⁴ ARAÚJO, Edmir Netto de. Curso de Direito Administrativo. Op. Cit. p.201/202.

⁴⁰⁵ BINENBOJM. Gustavo. Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 3ªed.. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 261.

⁴⁰⁶ CUÉLLAR, Leila. As Agências Reguladoras e seu poder normativo. São Paulo: Dialética, 2001. P. 66.

Franklin Delano Roosevelt, o Estado administra, se faz presente, intervém nos mais diversos assuntos através das agências reguladoras, fazendo com que a moderna agência reguladora se tornasse um modelo característico da Administração Pública estadunidense⁴⁰⁷.

O direito administrativo norte-americano é construído a partir da criação dessas agências, que significaram uma ruptura com a concepção de Estado mínimo, que impedia a atuação estatal em matérias relativas à regulação de mercado. No Brasil, ao contrário, as agências reguladoras foram criadas após a saída do Estado da intervenção direta no domínio econômico, com as privatizações iniciadas em 1995.

Ainda que originariamente diferentes, o modelo norte-americano foi o parâmetro para a criação das agências reguladoras brasileiras, inspiradas na grande independência que as norte-americanas possuem em relação ao Poder Executivo Central e no seu poder normatizador⁴⁰⁸, que chega a ser denominado de “quasi-legislative”, segundo Leila Cuéllar⁴⁰⁹.

Nos E.U.A, as agências reguladoras independentes exercem os poderes normativos e decisórios que lhes são delegados pelo Congresso, incidindo sobre as situações jurídicas dos cidadãos com os quais se relaciona. Os poderes amplos para emanar normas e decidir litígios foram admitidos no sistema norte-americano pela necessidade de se editarem normas na implementação de políticas públicas, e pela impossibilidade do Congresso legislar sobre todas as matérias em que operavam as agências, pela quantidade e principalmente, pela especificidade dos temas. O Poder Judiciário aos poucos foi

⁴⁰⁷ BINENBOJM, Gustavo. Op. Cit. P. 261.

⁴⁰⁸ Há, também, o que Leila Cuéllar denomina de autonomia estrutural em relação ao Poder Executivo, "porque a destituição de diretores por parte do Presidente dos Estados Unidos se condiciona à decisão do Congresso e somente será admissível se concorrerem causas previstas na norma de criação da agência. Embora os diretores das agências independentes sejam indicados pelo Presidente dos Estados Unidos, com a aprovação do Senado Federal, eles somente poderão ser destituídos com justa causa, consistente na ação danosa ou ilegal ou em omissão (...) Não possuindo cargos vinculados à vontade do Chefe do Poder Executivo, os diretores detêm estabilidade e uma maior liberdade de atuação", in CUÉLLAR, LEILA, Op. Cit. P. 69. Note-se que também esse aspecto ocorre, ao menos nas linhas principais, em relação aos mandatos dos diretores das agências brasileiras, que são exercidos por tempo determinado e cuja demissão só se opera por justa causa e mediante processo administrativo instaurado.

⁴⁰⁹ Idem. P. 71.

admitindo a delegação de poderes pelo legislativo, desde que esse produzisse uma diretriz suficientemente clara e concreta, através do que se denominou de “*standards*”, como limite de atuação normativa da agência⁴¹⁰. Portanto, a atividade normativa da agência reguladora norte-americana é ampla mas não irrestrita, pois condicionada ao “*standard*” previsto na lei delegante.

No Brasil, não há um regime geral das agências reguladoras, previsto numa única lei. São as leis criadoras dessas entidades públicas que trazem o seu regime jurídico, fixando a estrutura, sujeições, competências e objetivos.

Atualmente são dez as 10 agências reguladoras que atuam no âmbito federal no Brasil:

- 1- Agência Nacional de Energia Elétrica- ANEEL - Lei 9.427/96
- 2- Agência Nacional de Telecomunicações- ANATEL- Lei 9.472/97
- 3- Agência Nacional do Petróleo- ANP- Lei 9.478/97
- 4- Agência Nacional de Vigilância Sanitária- ANVISA- Lei 9.782/99
- 5- Agência Nacional de Saúde Suplementar- ANS- Lei 9.961/2000
- 6- Agência Nacional de Águas- ANA- Lei 9.984/2000
- 7- Agência Nacional de Transportes Terrestres- ANTT- Lei 10.233/2001
- 8- Agência Nacional de Transportes Aquaviários- ANTAQ- Lei 10.233/2001
- 9- Agência Nacional de Cinema- ANCINE- Medida Provisória 2.219/2001
- 10- Agência Nacional de Aviação Civil- ANAC- Lei 11.182/2005.

A variedade de entidades, com objetivos e campos de competência próprios, previstas em leis específicas a lhes definir o regime jurídico, não impede que se possa traçar as características gerais desses organismos, especialmente aquelas que mais guardam relação com o presente trabalho.

IV.I. As Agências Reguladoras: autarquias especiais

⁴¹⁰ CUÉLLAR, Leila. As Agências Reguladoras e seu poder normativo. Op. Cit. P. 73.

Primeiramente, destaque-se que as agências reguladoras foram criadas no direito brasileiro como autarquias de regime especial, significando possuírem diferenças em relação a outros entes autárquicos, pelo regime que a lei lhes atribuiu, ao lhes conferir maior autonomia.

Note-se, a propósito, que as autarquias fazem parte da estrutura do Poder Executivo, como descentralizações por serviços ou técnica, que corresponde à:

Criação de entidade distinta da Administração direta ou centralizada, por lei ou autorização legislativa (no caso das Fundações privadas instituídas pelo Estado e empresas estatais), dotada de personalidade jurídica e patrimônio próprios, sujeitas a controle e tutela finalísticos e não hierárquicos, legalmente fixados, do ente instituidor, e para desempenhar serviços específicos (princípio da especialidade) a si legalmente transferidos ou delegados.⁴¹¹

Conforme ensina Edmir Netto de Araújo, o objetivo pragmático da criação deste tipo de estrutura descentralizada por serviços foi o aumento da qualidade e da agilidade na prestação dos serviços, com "a especialização das tarefas e atribuição racional de competências decisórias".⁴¹²

Como previsão legal geral, a autarquia está incluída no inciso IV do artigo 41 do Código de Direito Civil de 2002, como uma pessoa pública de direito interno, constando o seu conceito no inciso I do artigo 5º do Decreto-lei 200/67 como: “o serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, para executar atividades típicas da Administração Pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada”.

Como pessoa jurídica, a autarquia é titular de direitos e obrigações diferentes daqueles do ente central que a instituiu. Como pessoa pública, submete-se ao

⁴¹¹ ARAÚJO, Edmir Netto de. Curso de Direito Administrativo. Op. Cit. P. 197.

⁴¹² Idem. P. 198.

regime de direito público relativamente à criação, extinção, poderes, prerrogativas e sujeições.⁴¹³

São características das autarquias a sua criação por lei⁴¹⁴, personalidade jurídica de direito público, especialização dos fins ou atividades, capacidade de autoadministração, e sujeição a controle ou tutela.

Relativamente à capacidade de autoadministração, significa dizer que elas possuem o direito de se autoadministrar sobre as matérias específicas que lhes foram destinadas pela vontade do ente central instituidor, através de lei. Contudo, não podem, como as pessoas jurídicas públicas políticas (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) criar o próprio direito, porque não possuem capacidade política ou legiferante (conferida somente aos entes centrais: União, Estados, Distrito Federal e Municípios) e porque a sua capacidade é específica para prestar determinado serviço, e não capacidade genérica, como a do ente criador (no âmbito de suas competências respectivas fixadas na Constituição Federal) o que deu origem ao princípio da especialidade.⁴¹⁵

Submetem-se ao controle ou tutela pelo ente instituidor, para que não se desvie dos fins institucionais, contudo essa relação não é de subordinação (porque não há hierarquia entre eles), mas de vinculação. Isso porque a tutela é o instrumento que possibilita a pessoa que deu origem à autarquia "não ficar absolutamente desarmada em relação às formas de controle, supervisão e fiscalização da entidade, até mesmo porque a responsabilidade é subsidiária de eventual responsabilidade da autarquia"⁴¹⁶.

As agências reguladoras, criadas que foram como autarquias especiais, integram a Administração Indireta do Estado e encontram-se sujeitas ao regime jurídico público, não se diferenciando nos aspectos apresentados, das demais autarquias. Contudo, possuem determinadas características, especiais, previstas nas leis instituidoras, que as

⁴¹³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. Op. Cit. P. 489.

⁴¹⁴ Por determinação do artigo 37, XIX da Constituição Federal e, anotando-se, que essa exigência ocorre desde o Decreto-lei nº 6.016/43.

⁴¹⁵ Cf. ARAÚJO, Edmir Netto de. Curso de Direito Administrativo. Op. Cit. P. 199; E, também, DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. Op. Cit. P. 490.

⁴¹⁶ ARAÚJO, Edmir Netto de. Curso de Direito Administrativo. Op. Cit. P. 208.

diferenciaram em relação às outras autarquias, conferindo-lhes uma margem de autonomia mais ampliada. Essa autonomia se reflete em relação ao Poder Executivo, Legislativo e Judiciário.

A autonomia em relação ao Poder Judiciário se evidenciaria na previsão de que as agências reguladoras possam dirimir conflitos, em última instância administrativa, entre os vários delegatários dos serviços públicos e, também, aqueles advindos entre estes e os usuários dos serviços prestados. Contudo, ressalte-se que seus atos não podem ser revistos ou alterados pelo Poder Executivo, mas podem pelo Poder Judiciário, conforme disposição do artigo 5º, XXXV da Constituição Federal, que não exclui da apreciação do Judiciário qualquer lesão ou ameaça de lesão a direito.⁴¹⁷

Relativamente à autonomia frente ao Poder Executivo e Legislativo, os aspectos que a ampliaram são indicados por Gustavo Binjenbojm:

1º- independência política dos dirigentes, nomeados por indicação do Chefe do Poder Executivo após aprovação do Poder Legislativo, investidos em seus cargos a termo fixo, com estabilidade durante o mandato. Isso acarreta a impossibilidade de sua exoneração *ad nutum* pelo Presidente;

2º- independência técnica decisional, predominando as motivações técnicas para os seus atos, que não se sujeitam a *recurso hierárquico impróprio*. Isto gera como consequência a impossibilidade de revisão das decisões das agências pelos Ministérios e mesmo pelo Presidente;

3º- independência normativa, necessária à disciplina dos serviços públicos e atividades econômicas submetidos ao seu controle (...),

4º- independência gerencial, orçamentária e financeira ampliada, por força de rubricas orçamentárias próprias e de receitas atribuídas pela lei às agências.⁴¹⁸

O terceiro aspecto é o que guarda maior pertinência com este trabalho e traduz o poder de produzir normas conferido ao ente regulador, sobre os assuntos relativos ao âmbito da sua competência.

⁴¹⁷ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. Parcerias na Administração Pública. Op. Cit. P. 131-132.

⁴¹⁸ BINENBOJM. Gustavo. Uma teoria do direito administrativo. Op. Cit. P. 270-271.

IV.II. O poder normativo das Agências Reguladoras

A possibilidade de produção de normas das agências reguladoras enquadra-se no denominado poder normativo da Administração Pública, que pode ser conceituado como “aquele em função do qual a Administração Pública edita atos com efeitos gerais e abstratos”⁴¹⁹, e que se exterioriza mediante decretos regulamentares, instruções normativas, regimentos, resoluções e deliberações.

Esse poder advém da atribuição prevista no artigo 84, inciso IV, e 87, inciso II da Constituição Federal, de competência ao Presidente da República e aos Ministros de Estado, para expedirem decretos, regulamentos e instruções para fiel execução das leis, embora, observe-se, o exercício de função regulamentar não é exclusivo dessas autoridades.

Há, portanto, uma extensão dos poderes regulamentares a outras entidades da Administração Pública, conforme Leila Cuéllar, pautada em F.C. Tiago Dantas e Caio Tácito, pois se esse poder regulamentar é concedido ao Presidente da República pela sua competência constitucional nada impediria que, em determinadas circunstâncias, a lei possa habilitar outras autoridades à prática do poder normativo. Desta forma, segundo Leila Cuéllar, reconhece-se, atualmente, que “o poder regulamentar possa ser exercido não somente pelo Presidente da República, mas também pelos Ministros de Estado e por outro órgãos e entidades da Administração Pública, como as autarquias”⁴²⁰.

Por serem as autarquias entes públicos, à semelhança da matriz pública a qual pertencem, recebem poderes normativos, dentro do seu âmbito de ação, que é especializado, porém mais restrito que o do ente Central. Portanto, em princípio, o poder normativo conferido às agências reguladoras não difere das demais autarquias comuns.

O problema que se coloca em relação à matéria diz respeito à nova configuração com que foram criadas as agências reguladoras no Brasil, o que lhes

⁴¹⁹ NOHARA, Irene Patricia. Direito Administrativo. Op. Cit. P. 127.

⁴²⁰ CUÉLLAR, Leila. As Agências Reguladoras e seu poder normativo. Op. Cit. P. 117.

propiciária, em tese, maiores poderes na esfera normativa, tendo-se em conta a autonomia ampliada em relação ao experimentado pelas suas congêneres comuns.

No campo da possibilidade de produção de normas também pelo Poder Executivo, na sua função regulatória, não se pode deixar de fazer referência ao desenvolvimento dessa atividade ao longo do tempo, para um maior entendimento dos termos em que atualmente ele é operado pelas agências reguladoras.

O modelo clássico de Estado foi estruturado com o intuito de conter o poder absoluto do monarca, apoiado nas noções de representação e separação de poderes. A identificação dos nacionais com a vontade do Estado ocorreria mediante a representação, operada pelos cidadãos eleitos pelo voto para expressarem democraticamente a soberania popular. O necessário equilíbrio de forças tendentes a limitar o poder do monarca, provocado pela divisão das funções do Estado, e a sua atribuição a três entes políticos com funções diferentes, mas complementares, ocorreria mediante a separação dos poderes estatais.

Desta forma, o parlamento surge como o órgão capaz de cumprir a tarefa de limitar o poder absolutista do monarca e é por meio dele que a burguesia passa a tolerar as restrições aos seus direitos, vez que as regras de regulação social receberam consentimento dos seus representantes. De modo que era a lei, e somente ela, como ato aprovado pelos representantes do povo no parlamento, que tinha o poder de gerar obrigações aos particulares.⁴²¹

O Estado de Direito não pode exigir nada do indivíduo que não estiver contido na lei elaborada exclusivamente pelo Poder Legislativo.

A legalidade assim concebida possibilitou a limitação do poder do monarca, mas com o desenvolvimento do capitalismo e o avanço das forças produtivas, não funcionou a contento como instrumento da intervenção do Estado na economia, que demandava agilidade diferente da do tempo do Legislativo, bem como conhecimento das

⁴²¹ BRUNA, Sérgio Varella. Agências Reguladoras: poder normativo, consulta pública, revisão judicial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. P.70-71.

complexidades advindas do desenvolvimento da tecnologia, pesando sobre o parlamento uma tarefa que não estava preparado para cumprir:

Apesar dos esforços do Legislativo, desse modo, a marcante ineficiência dos Parlamentos em darem conta das novas exigências econômicas manifestadas na sociedade, abriu espaço para que o Executivo - agora já não mais de origem monárquica e munido da força conferida pelas eleições populares- passasse a ocupar o espaço deixado em aberto por aquele Poder.⁴²²

Na sua primeira fase, o Estado de Direito, na sua dimensão econômica designado de Estado Liberal, estruturou-se baseado no princípio do liberalismo econômico da autorregulação do mercado, em que o indivíduo tinha protegida a sua liberdade frente a atuação estatal, que era uma exceção e se operava somente em atividades essenciais como defesa externa e da ordem pública interna. Não havia, portanto, regulação pelo Estado, porque o mercado se auto-regulava. No entanto, lembra Maria Sylvia Zanella Di Pietro, o Estado já utilizava à época, o instituto da concessão de serviços públicos (meios de transporte, comunicação e constituição de redes de energia elétrica, por exemplo), que envolve uma atividade de regulação. Isto porque, no contrato de concessão, o Estado torna pública determinada atividade econômica, delegando-a ao particular mediante contrato de concessão, estabelecendo as regras da execução regular do serviço, se reservando o direito de alterar essas regras para manter a regularidade da prestação pela concessionária.⁴²³

Num segundo momento, iniciado no final do século XIX, por vários motivos, dentre os quais não ter mantido um bom ambiente de competitividade no campo econômico, nem solucionado as demandas por maior igualdade de acesso a determinados bens pelos cidadãos no campo social, a atuação estatal se expande ao domínio econômico e social, iniciando-se a fase do chamado Estado Intervencionista.

É na fase intervencionista que começa a regulação pelo Estado a partir da necessidade de equilibrar o funcionamento da concorrência que se encontrava prejudicada

⁴²² Idem. P. 71.

⁴²³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Regulatório: temas polêmicos. Belo Horizonte: Fórum, 2003. P. 31-32.

pela prática da ampla liberdade econômica: “toda a economia passa a ser regulada, transformando o mercado regulador em mercado regulado”.⁴²⁴

Como anotado anteriormente, a regulação pelo Estado se iniciou nos E.U.A, mais intensamente a partir dos anos 30, com a política do New Deal de Franklin Delano Roosevelt, encontrando-se nessa época praticada também na França, Alemanha, Itália, Portugal e países da América Latina.⁴²⁵

O Estado passou a atuar diretamente no domínio econômico com a criação de empresas estatais especialmente para operarem esse serviços.

A intervenção direta do Estado no domínio econômico, ou seja, na esfera de produção de bens e serviços no mercado, imperou, tornando a intervenção indireta (regulação) atividade que incidia na ordem econômica para evitar a formação de cartéis ou outras formas de dominação do mercado, através da edição de leis de defesa da concorrência e anti-trust⁴²⁶. Esse é o tipo de Estado denominado nos Estados Unidos da América de Estado de Bem-estar-social, encontrando-se no Brasil na versão de Estado Desenvolvimentista.

Nas décadas de 70 e 80 inicia-se o período do Estado Neoliberal, calcado na crise do Estado de Bem-Estar Social e no princípio da subsidiariedade. O Estado deveria, a partir de então, concentrar-se no que era a sua atividade essencial (segurança interna e externa, atividade financeira, relações exteriores, por exemplo), as demais atividades deveriam retornar a ser desempenhadas pelo particular, pela sua própria iniciativa e com recursos próprios.

O que se propõe é que o Estado se concentre na execução daquilo que é essencial, transferindo funções que podem ser desenvolvidas com maior

⁴²⁴ Idem. P. 32.

⁴²⁵ Idem.

⁴²⁶ Idem. P. 33.

eficiência pelos particulares, seja em regime de livre iniciativa, seja em regime de direito público (serviços públicos universais), ambas sob regulação estatal.⁴²⁷

O princípio da subsidiariedade, como ensina Maria Sylvia Zanella Di Pietro, além da idéia de retração do Estado da intervenção estatal, há também a de que o Estado deve fomentar, coordenar, fiscalizar a iniciativa privada para que se alcance o sucesso nos empreendimentos, de parceria entre o público e o privado, e de promoção, estímulo e criação de condições para que a pessoa se desenvolva livremente e com igualdade dentro da sociedade, criando-se condições para a sua participação no processo político e no controle das atividades governamentais.⁴²⁸

Uma das consequências desse retorno aos ideais que conformaram o Estado Liberal, foram as privatizações, ocorridas a partir das décadas de 80 na Europa e 90 no Brasil, transferindo-se ao particular atividades antes prestadas diretamente pelo Estado, através de suas empresas estatais.

A regulação veio no bojo do processo de reforma do Estado que se iniciou com as privatizações e com a abertura da economia brasileira à entrada de capital e empresas estrangeiras que operavam no mercado global.

A atividade regulatória deveria ser prestada pelo Estado, através de entes especializados criados por lei especificamente para esse fim, que dispusessem de conhecimento suficiente para a atuação no complexo mercado globalizado, garantindo com seus novos métodos de atuação, a satisfação da sociedade no usufruto dos serviços que deveriam ser prestados de forma adequada e eficiente pelas empresas privadas. A criação por lei de cada uma das agências reguladoras, como autarquias especiais, seria o caminho percorrido.

Note-se que esses entes reguladores foram criados para uma regulação não somente das atividades econômicas, mas também sociais, como a Agência de Vigilância Sanitária, a Agência Nacional de Águas e a Agência Nacional do Cinema.

⁴²⁷ SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo Regulatório*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. P. 32.

⁴²⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. Op. Cit. P. 33-34.

Desta forma, como ensina Dinorá A. Musetti Grotti:

A instituição desses entes não ficou limitada ao campo dos serviços privatizados. Algumas das atividades disciplinadas e controladas pelas Agências são serviços públicos propriamente ditos (caso da Agência Nacional de Energia Elétrica-ANEEL, da Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL, da Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT - e da Agência Nacional de Transportes Aquaviários - ANTAQ). Outras são atividades econômicas no sentido estrito (como a Agência Nacional de Petróleo - ANP). Outras são atividades que, quando o Estado protagoniza, serão serviços públicos, mas que, também são facultadas aos particulares, hipóteses em que serão atividades econômicas. É o que ocorre com os serviços de saúde, que os particulares executam no exercício da livre iniciativa, sob disciplina e controle da Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVS (hoje denominada ANVISA), e da Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS. Algumas são atividades de fomento de setores culturais e fiscalização de atividade privada, que é o que sucede com a Agência Nacional do Cinema - ANCINE. Há, ainda, agência reguladora do uso do bem público, que é o que ocorre com a Agência Nacional de Águas - ANA.⁴²⁹

Por operarem num mercado altamente complexo e especializado, as agências reguladoras obtiveram, no momento da sua criação, poderes de atuação mais ampliados em relação às demais autarquias e o seu poder normativo torna-se central no debate sobre os termos em que opera a sua atuação regulatória.

Relativamente a esse debate, importante não se perder de vista o enfoque dado por Maria Sylvia Zanella Di Pietro, de que “a regulação não é atividade nova. O vocábulo é que é novo no âmbito do direito administrativo”.⁴³⁰

Destaca a autora que dentre as atividades a cargo do Estado, no direito administrativo brasileiro, que são o serviço público, o fomento, a polícia e a intervenção, a atividade de regulação imbrica as últimas três.

⁴²⁹ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. As Agências Reguladoras. Op. Cit.

⁴³⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Regulatório: temas polêmicos. Op. Cit. P. 34.

Sendo a regulação atividade estatal de estabelecer regras de conduta e de controle das pessoas para a proteção do interesse público, o seu conceito legal é o mesmo que o de poder de polícia e se encontra, portanto, no artigo 78 do Código Tributário Nacional⁴³¹. O poder de polícia, por sua vez, encontra-se nas atividades também do Poder Legislativo, pela aplicação do princípio da legalidade, que tem como consequência garantir ao cidadão que o exercício dos seus direitos fundamentais estejam limitados somente por lei.⁴³²

Para o regular exercício do poder de polícia, o Executivo deve se pautar por uma lei anteriormente editada pelo Legislativo, e, somente a partir daí, está autorizado a editar atos normativos, fiscalizar o cumprimento das normas, reprimir e aplicar sanções. Ou seja, deve haver um parâmetro legal a dar suporte aos atos de polícia.

Identifica, a autora, a atividade de regulação com o poder de polícia nestes termos:

Confundindo-se as atividades estatais de polícia e intervenção, de um lado, e de regulação, de outro, a questão dos limites impostos pelo princípio da legalidade em nada se alterou. Seja utilizando-se a terminologia tradicional do direito administrativo brasileiro, seja utilizando-se o vocábulo *regulação*, os limites da atividade, no que diz respeito ao estabelecimento de regras de conduta aos particulares, são exatamente os mesmos. E têm que ser fixados em função do sistema hierárquico organizado internamente pela Constituição. Pode-se alterar a terminologia, para uniformizá-la e torná-la útil em época de globalização, mas não há como fugir ao ordenamento jurídico-constitucional de cada Estado.⁴³³

Os limites da atividade normativa das agências reguladoras não são, portanto, diferentes da dos órgãos e entidades pertencentes à Administração Pública, que

⁴³¹ "Art. 78. Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos".

⁴³² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Regulatório. Op. Cit. P. 35.

⁴³³ Idem. P. 36.

no exercício de suas atividades também editam atos normativos como por exemplo o Banco Central, Comissão de Valores Imobiliários, Conselho Nacional de Educação e Secretaria da Receita Federal:

A questão dos limites em nada se altera pela substituição da terminologia tradicional do direito administrativo brasileiro por outra importada do direito norte-americano. Sejam órgãos, autarquias ou agências, a atividade regularia não muda em relação a sua natureza e não se alteram os limites.⁴³⁴

No caso das agências reguladoras há dois aspectos que se tensionam. De um lado as especificidades que marcaram a sua criação e a complexidade do campo técnico em que atuam demandam o reconhecimento do seu poder normativo, por outro lado, o fato de que a Constituição brasileira definiu competências normativas de forma exaustiva, sem deixar espaço para outras pessoas públicas ali não expressamente previstas.

Em que pese as agências reguladoras poderem expedir normas regulatórias, segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, elas devem estar situadas em nível inferior às normas estatais, inclusive em relação aos regulamentos baixados pelo Chefe do Poder Executivo. Essas normas estariam adstritas apenas aos aspectos puramente técnicos:

O que as agências não podem fazer, porque falta o indispensável fundamento constitucional, é baixar normas de conduta, unilateralmente, inovando na ordem jurídica, afetando direitos individuais, substituindo-se ao legislador.⁴³⁵

Edmir Netto de Araújo reforça o entendimento:

Já as agências reguladoras, como as citadas ANP (Agência Nacional do Petróleo), ANEEL (Agência Nacional de Energia Elétrica) e ANATEL (Agência Nacional de Telecomunicações) (...) destinando-se a regular relações que mantenham com as concessionárias (também permissionárias ou autorizadoras) de serviços públicos de suas

⁴³⁴ Idem.

⁴³⁵ Idem. P. 58.

respectivas áreas, exercem, de certa forma, poder normativo (não regulamentar, no sentido estrito, reservado à regulamentação de leis formais, competência privativa dos Chefes do Executivo), para reger os serviços objeto dos contratos ou atos de delegação, licitar a respectiva escolha dos concessionários/permissionários, e celebrar contratos correspondentes, ou outorgar unilateralmente autorização, definir tarifas e sua revisão, controlar a execução dos serviços etc., que normalmente são atribuições do “Poder Concedente”, o que lhes confere, ao lado de certas autonomias em licitações e na área financeira, certa ‘independência’ em relação ao Poder Legislativo (pelo poder normativo) (...). Também não podem regular matérias não disciplinadas em lei (direitos, deveres, restrições, penalidades, não legalmente previstos), expedir regulamentos autônomos, regulamentar leis ou inovar na ordem jurídica (matéria reservada à lei ou à Constituição).⁴³⁶

Marçal Justen Filho entende que a atuação normativa das agências reguladoras de fato não pode inovar na ordem jurídica ao ponto de disputar essa dimensão política com o Poder Legislativo:

(...) a agência não é investida de competência para editar normas de cunho legislativo. E seus atos são revisáveis pelo Poder Judiciário, nos limites em que cabe o controle jurisdicional para atos administrativos.

Dito de outro modo, a existência de agências reguladoras não significa a inovação sobre a distribuição constitucionalmente delineada do poder político estatal.⁴³⁷

Mas reconhece que as agências representam uma inovação significativa quanto ao desempenho da função administrativa, pois a elas foi reservada competência privativa, inclusive em relação ao ente central instituidor. Pressupõe-se que ele esteja se referindo à possibilidade de poder regulamentador por parte das agências, por conta do seu

⁴³⁶ ARAÚJO, Edmir Neto de. Curso de Direito Administrativo. Op. Cit. P. 201-202.

⁴³⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. P. 541.

âmbito técnico de competência privativa, instituída por lei (escolha política) a ela e não ao Ente Central.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto desenvolveu uma abordagem relacionando a atividade normativa da agência reguladora com a deslegalização (transferência pelo poder legislativo de poderes normativos ao Poder Executivo) no Brasil, apontando os caminhos abertos para isto na Constituição Federal de 1988. Nessa linha, indica a deslegalização federativa, prevista no artigo 22 da Constituição Federal (transferência por lei complementar, de determinadas matérias específicas para ser normatizadas pelos Estados membros), e duas hipóteses incluídas na Constituição pela Emenda Constitucional n. 8/95, ao prever no artigo 21, XI, a criação de um órgão regulador autônomo para exercer funções normativas sobre os serviços de telecomunicações e pela Emenda Constitucional nº95, ao prever no artigo 177, par. 2., III, a criação de um órgão regulador autônomo para exercer funções normativas sobre o monopólio de petróleo da União.⁴³⁸

O autor trata, ainda, das hipóteses de legais de deslegalização. Essa possibilidade estaria respaldada na ausência de uma proibição expressa e geral na Constituição, cujo artigo 25 dos Atos das disposições Constitucionais Transitórias apenas revogou expressamente "todos os dispositivos legais que atribuam ou deleguem a órgão do Poder Executivo competência assinalada pela Constituição ao Congresso Nacional", não vendo nessa disposição a vontade clara do Constituinte em vedar os regulamentos autônomos na ordem jurídica brasileira.

O argumento principal do autor foca dois pontos: a ausência de uma regra de vedação à delegação (vez não entender ser uma regra geral vedatória a contida no citado artigo 25 das ADCTs) e a tendência evolutiva que marca o atual Direito Público rumo à sua flexibilização.

Cita como exemplos de deslegalização ocorrida pela Lei 9.427/96 que instituiu a Agência Nacional de Energia Elétrica, autarquia sobrenome especial, com

⁴³⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

finalidade, dentre outras, de regular a produção, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica. E também a Medida Provisória 1.791/98, depois convertida na lei 9.782/99 que transferiu à Agência Nacional de Vigilância Sanitária poderes regulatórios no artigo 7º.

Para o autor o poder normativo das agências reguladoras é uma variedade de delegação (deslegalização) que não produz legislação da mesma hierarquia que as leis, e cujas normas reguladoras baixadas “não podem alterar nem, muito menos, derrogar as leis (no sentido amplo) bem como os atos normativos remissivos, delas derivados”⁴³⁹.

Por fim, ressalta que somente em duas hipóteses o legislador constitucional “demitiu o Estado da regulação via legal, no caso das telecomunicações e no do petróleo”⁴⁴⁰.

Nesse mesmo sentido, José dos Santos Carvalho Filho, ao tratar da deslegalização esclarece que nestes casos não ocorre a transferência do poder legiferante às entidades pertencentes à Administração. O que ocorre é ter sido concedido a essas entidades públicas “o poder de estabelecer regulamentação sobre matéria de ordem técnica, que, por ser extremamente particularizada, não poderia mesmo estar disciplinada na lei.” Por isso, segundo o autor, não há ofensa ao princípio da reserva legal que permanece preservado.⁴⁴¹

A discussão sobre os poderes normativos das agências reguladoras suscitam muitas posições diferentes na doutrina, que contribuem para o delineamento dos contornos do direito regulatório brasileiro, desenvolvido a partir da atuação das agências reguladoras, que ainda comporta amadurecimento, esbarrando nas naturais dificuldades de adaptação de um instituto estrangeiro, forjado em muitos anos de vigência num sistema jurídico diferente do brasileiro.

Em termos jurisprudenciais há uma orientação dada pelo Supremo Tribunal Federal ao analisar essa matéria na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.668- DF, em

⁴³⁹ Idem. P. 182.

⁴⁴⁰ Idem.

⁴⁴¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. Op. Cit. P. 518.

que se questionou a constitucionalidade de algumas normas contidas na Lei Geral de Telecomunicações, Lei 9.472/97, que reconheciam a competência normativa da Anatel. Em medida liminar, constante do acórdão proferido em 16.04.2004, decidiu o STF dar a esses dispositivos:

Interpretação conforme à Constituição Federal, com objetivo de fixar exegese segundo a qual a competência da Agência Nacional de Telecomunicações para expedir normas subordina-se aos preceitos legais e regulamentares que regem a outorga, prestação e fruição dos serviços de telecomunicações no regime jurídico e no regime privado.⁴⁴²

Ainda que em medida liminar, aponta o STF o caminho em que a Anatel exerce o seu poder normativo, qual seja, obedecendo à leis expedidas pelo Poder Legislativo e a regulamentos expedidos pelo Chefe do Poder Executivo.

Indica Irene Patrícia Nohara o cerne das divergências doutrinárias sobre a questão:

Talvez a maior controvérsia doutrinária resida na atividade regulatória da agência, onde ela especifica parâmetros técnicos para as leis quadros editadas pelo Poder Legislativo. Costuma-se dizer que as agências reguladoras têm discricionariedade técnica para estabelecer parâmetros normativos de obediência voltada para o setor econômico regulado.⁴⁴³

Consideradas em linhas gerais⁴⁴⁴ as posições sobre a amplitude do poder normativo das agências reguladoras e orientando a exposição para o objeto do presente trabalho, destaque-se a posição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, no sentido de que não se pode ignorar que o termo regulação indica um tipo diferente de direito, mais flexível,

⁴⁴²disponível em www.stf.jus.br. Acesso em 19/12/2017.

⁴⁴³ NOHARA, Irene Patrícia. Direito Administrativo. Op. Cit. P. 560.

⁴⁴⁴ Essa opção se fez porque a discussão sobre a amplitude do poder normativo das agências reguladoras não podia deixar de ser tratado, mas não com todas as nuances doutrinárias existentes, vez ser ele tema lateral em relação ao objeto do presente trabalho que tem foco na previsão de participação popular na produção dos atos normativos.

negociado e exposto a mudanças para adaptação necessária às alterações que ocorrem no objeto regulado⁴⁴⁵.

Esse é um aspecto importante que diferencia a regulação no mundo jurídico e esse novo direito pode ser elaborado pelas agências reguladoras, mas a autora faz uma importante ressalva, a de que ele deve ser advindo de negociação, de consenso e, portanto, de participação dos interessados.⁴⁴⁶

A participação da sociedade integra, portanto, esse novo direito regulatório, daí a importância de verificarmos em que termos ele foi tratado nas várias leis que fixaram o regime jurídico das Agências Reguladoras. É o que se fará a seguir.

IV.III. Os instrumentos participativos na produção dos atos normativos

Nos moldes em que foi estruturado o Estado regulador no Brasil, a partir do Estado Novo, no governo de Getúlio Vargas, centralizado na figura do Presidente da República, com poder para decidir o que seria interesse público e para formular a política pública para o país, ocorreu enfraquecimento do Poder Legislativo enquanto canal de circulação de poder político.⁴⁴⁷

A forma com que se definia o interesse público e as políticas públicas, nos meandros da burocracia estatal, de forma não procedimentalizada e sob o manto da discricionariedade e tecnicidade características da Administração Pública e ausentes os controles democráticos, facilitaram a tomada de decisões administrativas arbitrárias.⁴⁴⁸

As disputas políticas se deslocam do parlamento para os canais de circulação do poder internos do aparelho administrativo. Nesses moldes, limitava-se o acesso democrático da sociedade às instâncias de poder que se formavam dentro da

⁴⁴⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Regulatório. Op. Cit. P. 56.

⁴⁴⁶ Idem. P. 57.

⁴⁴⁷ LESSA MATTOS, Paulo Todescan. Regulação Econômica e Social e Participação Pública no Brasil, *In* P. COELHO, Vera Schattan e NOBRE, Marcos (orgs). Participação e Deliberação: teoria democrática e experiências institucionais no Brasil Contemporâneo. São Paulo: Editora 34, 2004. P. 314-315

⁴⁴⁸ Idem.

burocracia estatal, que, no entanto, abrigava determinadas pessoas com acesso ao jogo da barganha política.⁴⁴⁹

Os anos de regime autoritário no Brasil agravaram esse quadro, levando a uma crise de legitimidade na relação entre o Estado e a sociedade civil que tentou ser superada com a Constituição de 1988, refletindo na ampliação dos movimentos sociais e de atuação das pessoas que antes se encontravam afastadas do processo político e que se uniram em novos grupos de interesses com atuação no processo de redemocratização.⁴⁵⁰

Por conta dos direitos do retorno dos direitos de associação, da liberdade de imprensa e de maior acesso à participação social com a criação de vários mecanismos democráticos, a articulação entre o Estado e a sociedade civil é reconstituída.⁴⁵¹

Dentro da dimensão das relações que se tenta tecer entre o Estado e o cidadão com a redemocratização, advém a Reforma do Estado brasileiro nos anos 90, com a intenção de estabelecer uma nova dinâmica na atividade de regulação a ser exercida pelo Poder Executivo, a ser operada não mais diretamente no domínio econômico e social, mas através das agências reguladoras.⁴⁵²

A Reforma do Estado trouxe à cena administrativa entidades que se queria mais técnicas e especializadas, com distância suficiente do jogo político institucional (daí a previsão de maior autonomia), ao mesmo tempo em que se previam mecanismos para a sua aproximação com o cidadão, especialmente na formulação de decisões com repercussão na sociedade e na produção dos atos normativos regulatórios.⁴⁵³

Essa aproximação com a sociedade que se daria através de mecanismos participativos como a audiência e a consulta públicas, supriria o deficit de legitimidade

⁴⁴⁹ Idem.

⁴⁵⁰ Idem.

⁴⁵¹ Idem.

⁴⁵² Idem.

⁴⁵³ Idem.

ocorrida na atuação normativa por entes diferentes do Poder Legislativo, portanto sem representação democrática.⁴⁵⁴

Colocado o ponto de tensão no déficit democrático existente na atuação normativa dos entes reguladores, a questão se resolveria pela sua porosidade na relação com a sociedade, utilizando-se de instrumentos de participação direta da cidadania na produção das normas de regulação.⁴⁵⁵

Deste modo, a idéia de legitimação pela função (pela natureza das próprias atividades que exercem e pelas relevantes atribuições de ordem técnica atribuídas pelas leis instituidoras) foi reforçada pela forma como realiza a sua função decisória e normativa, através de mecanismos de aproximação e diálogo com a sociedade:

Neste novo modelo, tendo o circuito de representação política entrado em crise, porque não consegue dar resposta adequada à crescente complexidade social, constata-se a necessidade de criar formas de representação alternativas à político-eleitoral. As agências reguladoras inserem-se neste contexto, pois, embora seus diretores não sejam escolhidos pelos eleitores, permite-se a participação indireta da sociedade, viabilizando oportunidades de manifestação dos indivíduos (e não somente das pessoas diretamente interessadas) sobre o conteúdo de diplomas normativos a serem elaborados pelas agências reguladoras, por exemplo.⁴⁵⁶

Ao tratar da participação do cidadão nas funções administrativas, Eduardo Garcia de Enterría identifica três tipos: a participação orgânica, a cooperativa e a funcional. Na participação orgânica o cidadão não profissionalizado atua em órgãos públicos como é o caso da participação do cidadão em Conselhos, por exemplo. Na participação cooperativa, o cidadão atua fora da Administração, colaborando de forma voluntária em programas ou atividades que a Administração promove. A participação funcional

⁴⁵⁴ Idem.

⁴⁵⁵ Idem.

⁴⁵⁶ CUÉLLAR, Leila. As agências reguladoras e seu poder normativo. Op. Cit. P. 135.

corresponde àquela tratada no presente trabalho, em que a atuação do cidadão ocorre na condição de *uti cives*, ou seja no exercício da sua cidadania, fora da estrutura do Estado, mas exercendo uma posição individual de colaborador da Administração.⁴⁵⁷

Um dos destaques desse tipo de participação, segundo Garcia de Enterría, ocorre nas consultas públicas, tratada pelo autor na forma genérica de oitiva da sociedade, como um processo que tem o fito de provocar a formulação de demandas sociais em relação à matéria em questão, para tentar prever de forma antecipada os eventuais interesses que possam ser afetados, a previsão de aceitações ou de recusas que possam suscitar um projeto, o conhecimento de eventuais alternativas que possam surgir como melhores opções.⁴⁵⁸

A possibilidade de reforço na legitimação da atividade normativa da Administração Pública que ocorre a partir da participação da sociedade parece ser clara.

A participação como elemento legitimador do processo decisório deve estar acompanhada, ressalte-se, da preocupação em se evitar a captura do processo regulatório por grupos de interesses que atuam fortemente por interesses próprios. Daí a necessidade do ente regulador, além de proporcionar a maior abertura possível para a participação da sociedade, desde a publicação de informações suficientes para possibilitar a contribuição qualificada dos participantes, prazos razoáveis para as proposituras, amplitude da publicação da abertura ao público das normativas administrativas, possibilitar o conhecimento de todas as propostas e possibilidades de contraditório, fundamentar a decisão normativa com os elementos colhidos durante o processo de consulta ou audiência pública. Enfim, tudo no sentido de qualificar o momento do diálogo entre a Administração Pública e sociedade, aplicando-se, como entende Marcos Juruena Villela Souto, o princípio da legitimidade do processo:

O direito de participação resultou na formulação do princípio do *hard look*, explicado por Cabral de Moncada como a obrigação de decidir de

⁴⁵⁷ GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo; RAMÓN FERNÁNDEZ, Tomás. Curso de Direito Administrativo. Op. Cit. P. 119.

⁴⁵⁸ Idem.

acordo com o *input* fornecido, o constante do *record*, diminuindo a legitimidade dos pontos de vista autônomos da Administração (...). Poderá, pois, dizer-se que a participação do público, tendo claras implicações processuais, tem-nas também substanciais, pois que o resultado material respectivo (o *record*) ao ser obrigatoriamente levado em conta, limita a margem de liberdade administrativa.⁴⁵⁹

O processo de formação da norma regulatória tem, portanto, uma importância fundamental no sentido da legitimação da atividade administrativa, devendo resultar de procedimento fundamentado na lei, em normas técnicas e em necessidades públicas pautadas na participação da sociedade, com motivação e razoabilidade nas escolhas, levando em conta as contribuições colhidas durante o processo participativo, bem como o impacto da norma na coletividade.

Nesse sentido é relevante estudar o atual estágio da normativa participativa aplicada às agências reguladoras, para que se tenha um parâmetro da preocupação do legislador e desses entes públicos com a formação democrática de suas normas e decisões em matéria regulatória.

No direito brasileiro não existe um padrão geral para a edição de atos normativos e decisões relevantes com impacto na sociedade pelas agências reguladoras. Deixou-se a cargo das leis instituidoras dessas agências a previsão ou não dos mecanismos participativos a serem utilizados nessa produção decisória.

Na análise da legislação instituidora dos entes reguladores, verifica-se que algumas leis instituidoras trouxeram dispositivos que cuidaram da matéria, embora de forma simplificada. Outras leis foram silentes na previsão de mecanismos participativos.

Nessa dimensão regulatória, lembre-se que a Lei Geral de Processo Administrativo – Lei 9.784/99, incide na edição de atos normativos e na tomada de decisão com relevância social, nos casos em que as leis instituidoras forem omissas.

⁴⁵⁹ VILLELA SOUTO, Marcos Juruena. Direito Administrativo Regulatório. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2002. P. 55-56.

No campo da regulação econômica e social, partir de 1996 até 2005 foram instituídas, no âmbito federal, dez agências reguladoras, como autarquias especiais, com características próprias de autonomia.

A Lei 9.427/96, instituidora da Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, prevê no artigo 4º, § 3º a obrigatoriedade de abertura de audiência pública no processo decisório, de iniciativa de projeto de lei ou, quando possível, por via administrativa, que afetar direitos dos agentes econômicos regulados ou dos consumidores.

Posteriormente, o Decreto Presidencial 2.335/97 ao dispor sobre a estrutura regimental, quadro de cargos em comissão e funções de confiança, prevê no artigo 21, em redação mais clara e detalhada, a obrigatoriedade de abertura de audiência pública em processo decisório que implicar efetiva afetação de direitos de agentes econômicos do setor elétrico ou dos consumidores, decorrente de ato administrativo da Agência ou de anteprojeto de lei proposto pela ANEEL, e traça os objetivos que devem ser alcançados na audiência: coleta de subsídios e informações para o processo decisório, abrir a possibilidade aos agentes regulados e consumidores de encaminharem seus pleitos, opiniões e sugestões; identificação de todos os aspectos relevantes à matéria objeto da audiência pública e dar publicidade à ação regulatória da ANEEL.

Ademais, a Resolução Normativa 483/2012 regulamenta o procedimento da audiência pública e consulta públicas, acrescentando, portanto, mais um instrumento participativo a ser utilizado pela Agência. No artigo 15 conceitua a audiência pública como “um instrumento de apoio ao processo decisório da ANEEL de ampla consulta à sociedade, que precede a expedição dos atos administrativos ou proposta de anteprojeto de lei.” Explica no § 1º o processo decisório é aquele que possa afetar direitos dos agentes regulados ou dos consumidores.

Outrossim, nos procedimentos da audiência pública encontra-se prevista uma fase pública pré-presencial, instalada após a abertura do instrumento participativo como Aviso de Audiência Pública no Diário Oficial e na página eletrônica da ANEEL, com a disponibilização dos documentos pela ANEEL, inclusive da avaliação do impacto regulatório, em seu próprio sítio eletrônico e para a coleta das contribuições e sugestões

dos interessados nos prazos (no mínimo de 30 dias) constantes no Aviso de Audiência Pública. Deverá ocorrer a análise das contribuições e a sua publicação. Na fase presencial, está prevista a possibilidade de mais de uma reunião e a participação e manifestação dos agentes regulados, consumidores e demais interessados depende de inscrição no local do evento, sendo possível, ainda, a apresentação de documentos também nesta fase. As reuniões podem ser transmitidas e receber contribuições por videoconferência ou Internet.

Relativamente à Consultas Públicas, a Resolução, no artigo 23 as conceitua como “um instrumento administrativo de competência dos Líderes das Unidades Organizacionais da ANEEL para apoiar as atividades de formulação ou aperfeiçoamento de regulamentos, fiscalização ou implementação de suas atribuições específicas, com o objetivo de colher subsídios e informações dos agentes econômicos do setor elétrico, consumidores e demais interessados da sociedade, de forma a identificar e aprimorar os aspectos relevantes da matéria em questão”.

Nos casos em que das Consultas Públicas resultem propostas de emissão ou aperfeiçoamento de regulamentos, será instaurada Audiência Pública. Ou seja, o instrumento de Consulta Pública não se aplica de forma autônoma em casos de edição de normas regulamentares por parte da ANEEL. Se for o caso, ela funciona como uma pré-fase pública, aberta por funcionários distintos da Diretoria para o aprofundamento dos debates em audiência pública.

O processo participativo da ANEEL, é mais bem vislumbrado pelo seguinte quadro:

Quadro 5 - Processo Participativo da ANEEL

ANEEL
Previsão de participação na Lei Instituidora (Lei 9.427/1996)
Participação Obrigatória
Aplicável a decisões, atos normativos, anteprojetos de lei que afetarem direitos dos agentes regulados e dos consumidores
Audiência Pública

ANEEL
Regulamentado por normas infra-legais (Dec. Fed. 2.335/1997 e Res. 483/2012)

Fonte: Elaboração Própria

Decreto Federal 2.335/1997: definiu os objetivos a serem alcançados com a Audiência Pública.

Resolução nº 483/2012: acrescentou à audiência pública prevista na lei instituidora da Agência a consulta pública (como instrumento participativo a ser utilizado pelas Superintendências, e no caso de resultarem em proposta de atos normativos, funciona como uma pré-fase para a audiência pública) regulamenta os procedimentos das audiências e das consultas públicas, conceitua audiência e consultas públicas, dever de publicação da abertura de audiências e consultas públicas no Diário Oficial e sítio eletrônico da Agência, previsão de fase pública pré-presencial nas audiências públicas, dever de disponibilizar documentos esclarecedores da matéria objeto das audiências e consultas, incluindo a avaliação de impacto regulatório, coleta das contribuições dado prazo mínimo de 30 dias, dever de análise das contribuições e a sua publicação.

A Lei 9.472/97, instituidora da Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL, prevê em seu artigo 42 a obrigatoriedade de que as minutas de atos normativos sejam submetidas a consultas públicas, devendo as contribuições merecer exame e permanecer à disposição do público na biblioteca.

Foi editado posteriormente o Decreto Federal 2.338/1997 que regulamenta a estrutura e o funcionamento da Agência. Ao tratar da atividade e do controle da ANATEL, manteve a previsão legal de consulta pública, com a indicação de que as críticas e sugestões devem ser objeto de análise por parte da Agência e permanecerem à disposição do público na Biblioteca.

Além disso, a ANATEL editou a Resolução 612/2013 (fruto de Consulta Pública nº 20/2012), que aprova o seu regimento interno. No artigo 56 acrescenta a audiência pública como mais um instrumento participativo além da consultas pública

prevista na lei instituidora, com o “objetivo de debater ou apresentar, oralmente, matéria de interesse relevante, definida pelo Conselho Diretor”.

Outrossim, o artigo 59 indica ser o objetivo da Consulta Pública “submeter minuta de ato normativo, documento ou matéria de interesse relevante, a críticas e sugestões do público em geral”, podendo ser realizada pelo Conselho Diretor ou pelos Superintendentes. A divulgação se dará pelo Diário Oficial e no sítio eletrônico da ANATEL, que deverá ser acompanhada de documentos relativos à matéria objeto da consulta.

Também, as contribuições apresentadas pela sociedade deverão ser “consolidadas em documento próprio, anexadas nos autos do processo de consulta pública, contendo as razões para a sua adoção ou rejeição, e permanecerá à disposição do público na Biblioteca (conforme já prevê a lei instituidora da Agência) e no sítio eletrônico da ANATEL.

Não obstante, na divulgação deverão estar disponíveis documentos produzidos pela Agência sobre a matéria, arrolados no artigo 59, § 3º (informes e manifestações das áreas técnicas, manifestações da Procuradoria, análises e votos dos Conselheiros, gravação ou transcrição dos debates ocorridos internamente, texto resumido explicativo de forma clara sobre o objeto da consulta).

Soma-se a isso, o artigo 60 cria um novo mecanismo de democratização interna das decisões – a Consulta Interna, que tem “por finalidade submeter minuta de ato normativo, documento ou matéria de interesse relevante, a críticas e sugestões dos servidores da Agência”, o instrumento pode ser utilizado ou não previamente ao encaminhamento da proposta de Consulta Pública ao Conselho Diretor, e as contribuições deverão ser analisadas com indicativo das razões para a sua adoção ou rejeição.

E ainda, o artigo 63, inciso IV, abre a possibilidade de que pessoa física ou jurídica possa apresentar proposta de ato normativo perante a ANATEL.

Demais, o artigo 62, parágrafo único, traz a obrigatoriedade de elaboração de Análise de Impacto Regulatório para ser objeto de apreciação na Consulta Pública.

O processo participativo da ANATEL, portanto:

Quadro 6 - Processo Participativo da ANATEL

ANATEL
Previsão de participação na Lei Instituidora (Lei 9.472/1997)
Participação Obrigatória
Aplicável a produção de atos normativos
Consulta Pública
Regulamentado por norma infra-legal (Res. 612/2013)

Fonte: Elaboração Própria

Resolução 612/2013: acrescentou à Consulta Pública prevista pela lei instituidora a Audiência Pública (traçando os objetivos de ambos os instrumentos participativos), dever de apresentar documentos produzidos internamente aptos a esclarecerem o público sobre o objeto da Audiência ou Consulta, dever de publicação da abertura dos instrumentos participativos no Diário Oficial e sítio eletrônico da ANATEL, dever de análise das contribuições da sociedade e dever de motivação sobre a sua acolhida ou rejeição, abertura para a sociedade apresentar sugestão de minuta de ato normativo perante a ANATEL.

A Lei 9.478/97 alterada pela Lei 12.490/2011, instituidora da Agência Nacional de Petróleo – ANP, no artigo 19 (em redação dada pela Lei 12.490/2011), dispõe sobre a obrigatoriedade de audiência pública nas iniciativas de projeto de lei ou alteração de normas administrativas que afetarem direitos dos agentes econômicos ou de consumidores e usuários de bens e serviços das indústrias de petróleo, gás natural ou biocombustível.

Em janeiro de 1998 foi editado o Decreto Federal nº 2.455/98 que estabelece no seu artigo 22, que o processo decisório que afetar direitos dos agentes regulados, consumidores ou usuários de bens e serviços da indústria do petróleo,

decorrente de ato administrativo da Agência ou de anteprojeto de lei por ela proposto será precedido de audiência pública. Como se percebe, acrescentou, como atividade da ANP sujeita a audiência pública, também ato administrativo com potencial de impactar negativamente os agentes regulados e a sociedade.

Em fevereiro de 2004 a ANP editou a Resolução nº 5, para regulamentar o processo de audiência e de consulta pública. Prevê no artigo 1º os objetivos a serem alcançados pela audiência pública, dentre os quais: recolhimento de subsídios, conhecimento e informações para o processo, identificação ampla dos aspectos relevantes à matéria objeto da audiência, garantir a publicidade, transparência e legitimidade às atividades da ANP.

Prevê, ainda, no artigo 3º, uma fase anterior à audiência pública, que pode se operar pela abertura de consulta pública, fase esta aberta no aviso próprio da audiência pública, no sítio eletrônico da Agência e no Diário Oficial da União. A audiência pública deverá ser sumulada (artigo 8º), incluindo todos os comentários sugestões recebidos, bem como a motivação do seu acolhimento ou rejeição, devendo ser publicizada no sítio eletrônico da ANP. As participações e manifestações nas consultas públicas (artigo 9º) serão disponibilizadas para conhecimento público, comporão a audiência pública e servirão para subsidiar a regulação, com divulgação no sítio eletrônico da ANP. A realização ou não de consulta pública deverá ser motivada (artigo 10).

O processo participativo na ANP, portanto:

Quadro 7 - Processo Participativo da ANP

ANP
Previsão de participação na Lei Instituidora (Lei 9.478/1997 alterada pela Lei 12.490/2011)
Participação Obrigatória
Aplicável a produção de anteprojetos de lei e de atos normativos
Audiência Pública

ANP
Regulamentado por normas infra-legais (Dec. Fed. 2.455/1998 e Res. 5/2004), que introduziram Consulta Pública pré Audiência Pública

Fonte: Elaboração Própria

Decreto Federal nº 2.455/98: acrescentou, como atividade da ANP sujeita a audiência pública o ato administrativo com potencial de impactar negativamente os agentes regulados e a sociedade.

Resolução nº 5/2004: indicou os objetivos a serem alcançados pela audiência pública, previu a consulta pública como uma fase anterior à audiência pública e convocada por esta, dever de sumular e publicar todas as contribuições e debates ocorridos na audiência pública, as contribuições coletadas na consulta pública deverão ser disponibilizadas ao público e farão parte da audiência pública para subsidiar os debates.

A Lei 9.782/99 instituidora da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, não contém dispositivo sobre participação da sociedade. Aplica-se, portanto, a Lei Geral de Processo Administrativo – Lei 9.784/99.

Em sede infra-legal, o Decreto Presidencial 3.029/99, que aprovou o regulamento de estrutura e funcionamento da ANVISA, no artigo 32, prevê audiência pública facultativa, nos processos decisórios de registros de novos produtos, bens e serviços, seus procedimentos e edição de norma, e obrigatoriedade de audiência pública no caso de elaboração de anteprojeto de lei a ser proposto pela agência.

Em abril de 2008, a ANVISA editou a Portaria nº 422 instituindo o Programa de Melhoria do Processo de Regulamentação da ANVISA (PMR), cujas diretrizes estão previstas no artigo 2º: fortalecimento da capacidade institucional para gestão em regulação, melhoria da coordenação, da qualidade e da efetividade da regulamentação, fortalecimento da transparência e do controle social no processo de regulamentação.

Também, dentre os objetivos previstos no artigo 4º, o de aprimorar os mecanismos e canais de participação da sociedade no processo de regulamentação, sobretudo consultas e audiências públicas. As minutas de atos normativos poderão ser submetidos à consulta pública, devendo as contribuições ser sistematizadas, analisadas e disponibilizadas para o público.

Há previsão no artigo 5º, § 3º, ademais, do dever de elaboração de impacto regulatório, com estudos sobre a viabilidade operacional das propostas, sobre os aspectos e internacional, bem como seu impacto relacionado com a descentralização e com o risco sanitário inerentes à ação regulatória.

Entretanto, houve dificuldade na localização de dados normativos relacionados à procedimentalização dos instrumentos participativos no sítio da ANVISA, após a edição da Portaria 422/2008. Por essa razão, talvez seja possível constatar que não houve o desdobramento de normatização para efetivar os pontos do Programa de Melhoria do Processo de Regulamentação, após a publicação da Portaria citada, o que não implica, necessariamente, na negativa de implementação prática do programa.

Na pesquisa realizada, contudo, tivemos acesso a um guia de boas práticas regulatórias elaborado pela ANVISA (Boas Práticas Regulatórias – Guia para o Programa de Melhoria do Processo de Regulamentação da Anvisa)⁴⁶⁰, bastante elucidativo e completo, onde se encontra explicação dos procedimentos praticados para a realização de consultas e audiências públicas, inclusive com fluxogramas. Por isso, complementaremos aos dados expostos acima, com os obtidos no citado guia.

Note-se que as minutas de atos normativos podem ser submetidos à consulta pública, com a finalidade de obtenção de subsídios e informações da sociedade para a tomada de decisão da ANVISA sobre determinada matéria de sua atribuição. A proposta se submete a um período mínimo de 30 dias de consulta à sociedade. A publicação da abertura da consulta se dá pelo Diário Oficial da União e no sítio eletrônico da Agência, sendo possível outros meios de divulgação. As contribuições da sociedade ocorrem mediante preenchimento de formulário específico que são entregues pessoalmente no

⁴⁶⁰ Disponível em www.portal.anvisa.gov.br. Acesso em 23 de dezembro de 2017.

protocolo da ANVISA ou são enviadas para caixa postal eletrônica da Agência especialmente aberta para esse fim. As contribuições devem permanecer disponíveis ao público no sítio eletrônico da Agência. Após o prazo previsto para a coleta das contribuições, deve ser formalizado um relatório detalhado, com preparação de minuta normativa à luz das sugestões oferecidas, e posterior submissão da minuta à análise de Impacto Regulatório.

A audiência pública é presencial e facultativa, para casos de registros de novos produtos, bens e serviços, bem como seus procedimentos e edição de normas, e obrigatória em casos de elaboração de anteprojeto de lei a ser proposto pela ANVISA.

Além disso, o requisito para a abertura de audiência pública, que se opera pela publicação no Diário Oficial e no sítio eletrônico da Agência, é a relevância do assunto (complexidade ou repercussão da matéria) ou quando afetar interesse de outras pessoas além das diretamente relacionadas com o objeto regulado. Documentos e demais subsídios devem estar disponibilizados, na publicação de abertura, para conhecimento público.

Acrescente-se a isso, a participação dos interessados na audiência depende de inscrição prévia, e as escritas são feitas em formulários específicos. As contribuições serão disponibilizadas no sítio eletrônico da ANVISA e serão objeto de relatório a ser preparado que também deverá ser disponibilizado ao público. Caso houver alterações substanciais na proposta ela deverá ser submetida novamente à análise de impacto regulatório.⁴⁶¹

O processo participativo na ANVISA, portanto:

Quadro 8 - Processo Participativo da ANVISA

ANVISA
Incidência subsidiária da Lei 9.784/1990
Pela lei, facultativa (tanto audiência quanto consulta); Pelo decreto presidencial, audiência obrigatória ou facultativa (a depender da matéria)

⁴⁶¹Boas Práticas Regulatórias – Guia para o Programa de Melhoria do Processo de Regulamentação da Anvisa. p. 26-34.

ANVISA
Por força do decreto, aplicável a produção de anteprojetos de lei
1) Audiência pública obrigatória para anteprojetos 2) Consulta facultativa para processos decisórios de registros de novos produtos, bens e serviços, seus procedimentos e edição de normas
Regulamentado por normas infra-legais (Dec. Fed. 3.029/1999 e Portaria 422/2008)

Fonte: Elaboração Própria

Decreto Presidencial 3.029/99

Opera-se por audiência pública:

Obrigatória: elaboração de anteprojeto de lei a ser apresentado pela agência.

Facultativa: processos decisórios de registros de novos produtos bens e serviços, seus procedimentos e edição de normas administrativas.

Portaria 422/2008

Opera-se por audiência e por consulta públicas, previsão de elaboração de Análise de Impacto Regulatório, disponibilização pública das contribuições tanto na consulta quanto na audiência públicas, elaboração de relatório com as contribuições e nova minuta de ato normativo que deverá, por conta das sugestões incorporadas, ser novamente submetido à Análise de Impacto Regulatório.

A Lei 9.961/2000, instituidora da Agência Nacional de Saúde – ANS não contém dispositivo participativo. Aplica-se no caso, portanto, a Lei Geral de Processo Administrativo – Lei 9.784/99.

Contudo, a ANS editou a Resolução Normativa 242/2010, que trata da participação da sociedade civil e dos agentes regulados no processo de edição de normas e tomada de decisão, onde encontram-se previstas no artigo 4º a facultatividade de consultas públicas nos casos de produção de atos normativos, e, no artigo 9º, a facultatividade de audiências públicas nos processos decisórios em matérias relevantes para o setor e na elaboração de anteprojeto de lei.

A convocação tanto das consultas públicas quanto das audiências se darão pela publicação no Diário Oficial da União e pelo sítio eletrônico da Agência. O período de duração da consulta é de no mínimo 30 dias (artigo 5º, § 2º).

As contribuições por escrito podem ser feitas por meio eletrônico mediante preenchimento de formulário ou encaminhadas via postal (artigo 7º). Findo o prazo para a consulta a ANS deverá elaborar um Relatório da Consulta Pública, tanto no caso de consulta pública quanto no de audiência, contendo motivação sobre o acatamento ou a rejeição das principais sugestões (artigo 8º e 16).

Ademais, o artigo 17 prevê um mecanismo novo de participação da sociedade, através das Câmaras Técnicas, também de realização facultativa, em casos de processos decisórios em matérias relevantes para o setor, para coleta de subsídios de determinados órgãos, entidades, pessoas naturais ou jurídicas previamente convidadas. É um instrumento participativo mais restritivo, vez que somente participam aqueles que forem convidados pela agência a contribuírem.

O processo participativo da ANS, portanto:

Quadro 9 - Processo Participativo da ANS

ANS
Incidência subsidiária da Lei 9.784/1990
Participação Facultativa
Facultativa consulta pública na elaboração de atos normativos. Facultativa audiência pública em matérias relevantes para o setor. Facultativa câmara técnica em matérias relevantes para o setor
Audiência Pública, Consulta Pública e Câmara Técnica
Regulamentado por norma infra-legal (Res. 242/2010)

Fonte: Elaboração Própria

Resolução Normativa 242/2010)

Há previsão de consultas públicas facultativas em casos de elaboração de atos normativos.

Há previsão de audiências públicas facultativas em casos de tomada de decisão em matérias relevantes para o setor.

Instituiu um mecanismo novo de participação, porém mais restritivo que as audiências e consultas públicas: Câmaras Técnicas em casos de processos decisórios em matérias relevantes para o setor, para coleta de subsídios de determinados órgãos, entidades, pessoas naturais ou jurídicas previamente convidadas.

A Lei 9.984/2000 que instituiu a Agência Nacional de Águas – ANA, não contém dispositivo participativo. Incide, portanto, a Lei Geral de Procedimento Administrativo – Lei 9.784/99.

Porém, em norma infra-legal, Resolução 052/2011, que aprova o Regulamento de Audiências Públicas da ANA, traz em seu artigo 3º a previsão de facultatividade de realização de audiências públicas, que poderão ser convocadas como instrumento de apoio ao processo de decisão, para propiciar aos usuários de recursos hídricos a apresentação de opiniões e sugestões sobre temas relevantes na matéria, dar publicidade às ações institucionais da agência, ouvir pessoas com experiência e autoridade em matérias pertinentes para esclarecimentos técnicos, científicos, econômicos, administrativos, políticos e jurídicos e, finalmente, para ampliar o conhecimento dos aspectos atinentes à matéria objeto da audiência pública.

Como se percebe são termos muito genéricos que não indicam com precisão se se aplicam também a edição de atos normativos ou de anteprojetos de lei a serem apresentados pela agência.

De todo modo, como o poder decisório da agência (artigo 1º) também abrange esses aspectos, é possível entender que estejam acolhidos na previsão de audiências públicas facultativas.

As audiências públicas podem se presenciais ou não presenciais (aqui novamente, foge-se do conceito tradicional de audiência pública: a sua presencialidade). A sua abertura deve ser publicada no Diário Oficial da União, em jornal de grande circulação e sítio eletrônico da ANA (artigo 4º, § 3º). Os resultados da audiência poderão ser

disponibilizados aos interessados mediante consulta. A manifestação na audiência dos interessados, depende de inscrição prévia.

O processo participativo da ANA, portanto:

Quadro 10 - Processo Participativo da ANA

ANA
Incidência subsidiária da Lei 9.784/1990
Participação Facultativa
Pela lei, audiência e consulta facultativas Pela resolução, audiências facultativas
Regulamentado por norma infra-legal (Res. 52/2011), que introduz a audiência pública não-presencial

Fonte: Elaboração Própria

A Lei 10.233/2001 instituiu duas agências reguladoras, a Agência Nacional de Transportes Terrestres e a Agência Nacional de Transportes Aquáticos. Prevê para ambas as agências, no artigo 68, a obrigatoriedade de audiência pública para iniciativas de projetos de lei a serem apresentados pelas agências, alterações de normas administrativas e para decisões da Diretoria para resolução de pendências que afetem direitos de agentes econômicos ou de usuários dos serviços de transportes.

A ANTT, assim como a ANS, criou em norma infra-legal alguns instrumentos novos no processo de participação. A Resolução 3.705/2011 dispõe sobre instrumentos do Processo de Participação e Controle Social da ANTT. Pretendeu, conforme constante no preâmbulo dessa normativa, “aperfeiçoar as normas referentes ao Processo de Participação e Controle Social, quer no que se refere aos procedimentos realizados no âmbito interno da ANTT, que no que concerne à participação dos interessados em eventos integrantes daquele processo, objetivando alcançar o maior grau possível de eficiência e eficácia de tais eventos”.

Destaca, ainda, nas considerações preambulares, ter a resolução considerado as contribuições apresentadas na Audiência Pública 118/2011.

Percebe-se, portanto, ter a resolução sido fruto de audiência pública especificamente convocada para esse fim.

A Resolução inicia esclarecendo que os instrumentos previstos não excluem outras formas de participação e controle social previstos em lei. O artigo 2º cria os seguintes mecanismos de participação social: 1- Tomada de subsídio (instrumento hábil para a construção do conhecimento sobre determinada matéria e para o desenvolvimento de propostas), podendo ser aberta ao público ou restrita a convidados, e possibilitando aos interessados, em momento diferente do presencial, o encaminhamento de contribuições por escrito e em matéria especificada pela ANTT; 2- Reunião Participativa (instrumento hábil para construção do conhecimento a respeito de determinada matéria e para o desenvolvimento de propostas), podendo ser aberta ao público ou restrita a convidados. Possibilita a participação oral ou escrita em discussões presenciais, sobre matérias definidas pela Agência; 3- Consultas Públicas (instrumento hábil para consolidar proposta final de ação regulatória) aberta ao público, possibilitando aos interessados o encaminhamento de contribuições por escrito sobre matéria definida pela ANTT, em momento diferente da sessão presencial; 4- Audiências Públicas (instrumento hábil para consolidar proposta final de ação regulatória), abertas ao público, possibilitando a participação oral ou escrita em sessões presenciais, sobre matéria que afete restritivamente direitos de agentes econômicos ou usuários.

O artigo 3º possibilita a qualquer interessado solicitar à Agência a aplicação dos instrumentos previstos na resolução e o parágrafo único prevê que a negativa da solicitação seja motivada e divulgada no sítio eletrônico da entidade.

Há um capítulo específico tratando dos procedimentos dos instrumentos de participação:

a- Audiências públicas (artigos 6º-9º) – dentre outros assuntos, fixa prazo para a fase inicial de proposta pela Superintendência de realização da audiência, que contará com cinco dias para que a Procuradoria-Geral conheça a proposta, após esse prazo será encaminhada para deliberação pela Diretoria Colegiada a quem incumbe decidir sobre a realização da audiência proposta. Ainda referente à Audiência, o artigo 7º da Resolução

arrola os caso de obrigatoriedade de audiência: iniciativas de projeto de lei, alterações de normas administrativas, decisões da Diretoria que afetem restritivamente os direitos dos agentes econômicos e usuários, minutas de atos normativos que afetem restritivamente direitos dos agentes econômicos e usuários, minutas de editais de licitação de futuras outorgas, incluindo as pesquisas e os estudos técnicos para embasamento da outorga e as minutas dos respectivos contratos de concessão ou permissão.

b- Consultas públicas (artigos 10 - 13) – dentre outros assuntos, se ateu na fixação de prazos, pelas características do instrumento que, por não ser presencial, pode demandar prorrogações ou prazos de realização mais estendidos. A prorrogação do prazo é possível, foi previsto o mesmo prazo que para as audiências públicas no início do procedimento (5 dias). O Artigo 12 prevê a obrigatoriedade de período de abertura de consulta pública antes de toda audiência pública.

c- Reuniões Participativas (artigo 14) – dentre outros assuntos, para auxiliar no processo decisório, prevê a obtenção de manifestações e contribuições orais ou escritas sobre matéria específica, mediante, também, a apresentação de estudos, laudos, pareceres e outros documentos referentes a temas em discussão na agência.

d- Tomadas de Subsídios (artigo 15) – dentre outros assuntos, para auxiliar no processo decisório, prevê possibilidade de solicitar ao público em geral ou a convidados, contribuições por escrito sobre matéria objeto de discussão na ANTT, em momento diferente da sessão presencial.

Segue a Resolução tratando da forma de divulgação dos eventos, dos procedimentos nas sessões presenciais, dos procedimentos das contribuições por escrito, tomando particular cuidado com o registro e divulgação das contribuições, prevendo deverem constar de um relatório, com indicativo arrolado de informações mínimas (artigo 25, I a VII), o registro das audiências e consultas públicas e a sua divulgação no sítio da ANTT, e para maior transparência deverá haver registro das Reuniões Participativas restritas a convidados por meio de ata, bem como o registro das Tomadas de Subsídio abertas ao público ou restritas a convidados e das Reuniões Participativas abertas ao público.

O processo participativo da ANTT fica mais bem explicado por tópicos:

- encontra-se previsto na legislação instituidora;
- com previsão de audiências públicas obrigatórias para iniciativas de projetos de lei, alterações de normas administrativas e decisões da Diretoria para resolução de pendências que afetem direitos de agentes econômicos ou de usuários de serviços de transporte.
- produziu norma infra-legal (**Resolução 3.705/2011**) regulando o processo administrativo e prevendo os procedimentos relativos à aplicação dos vários instrumentos participativos. Em relação a estes, manteve a audiência pública, acrescentando a consulta pública e introduzindo novas formas de participação (Tomada de Subsídio, Reunião Participativa), obriga a abertura de consulta pública antes de toda audiência pública, qualquer interessado pode solicitar a abertura dos instrumentos participativos com direito de motivação se houver recusa, elaboração de relatório sobre todos os aspectos tratados na audiência pública, gravação das audiências e disponibilização ao público.

A ANTAQ (criada pela mesma lei que a da ANTT), na Resolução nº 2448/2012 dispôs sobre o regulamentos das audiências públicas da ANTAQ, estabelecendo (artigo 1º) procedimentos para a participação da sociedade civil e dos agentes regulados no processo de edição de normas e tomadas de decisão pela agência. Dentre os objetivos da audiência pública, constam a coleta de sugestões e contribuições para subsidiar o processo decisório e a edição de atos normativos, propiciar a contribuição da sociedade civil e dos agentes regulados, identificar de forma ampla todos os aspectos que envolvem a matéria objeto da audiência, dar maior legitimidade aos atos normativos e decisórios emitidos pela agência e dar publicidade à ação da ANTAQ.

O artigo 4º prevê um prazo mínimo de oito dias para a convocação da audiência pública, publicada no Diário Oficial da União, jornal de grande circulação (a critério da Diretoria) e no sitio eletrônico da ANTAQ. Todo material técnico produzido pela agência deve ser disponibilizado aos participantes (artigo 15). Há a possibilidade das

contribuições serem oferecidas dentro do prazo constante na publicação (artigo 4º, parágrafo único, II), o que se denota a possibilidade de uma fase pré-audiência (mas sem maiores indicações sobre o procedimento).

Na audiência pública a manifestação oral dos interessados depende de inscrição, sendo facultada a apresentação de documentos ou arrazoados (artigo 5º). No artigo 8º prevê audiência pública não presencial, em que as participações ocorrerão somente por escrito e por meio eletrônico (correspondente à figura da consulta pública). As audiências públicas serão gravadas e elaborada a gravação, esta será disponibilizada no sítio eletrônico.

Há obrigatoriedade de elaboração de um Relatório de Audiência Pública no prazo de 45 dias, com todas as contribuições apresentadas, motivação sobre o acatamento ou não delas, consolidação das manifestações, identificação das sugestões e contribuições incorporadas ao texto normativo e dados estatísticos relativos à participação na audiência pública. Não prevê a análise de impacto regulatório.

O processo participativo na **ANTAQ**, portanto:

Quadro 11 - Processo Participativo da ANTAQ

ANTAQ
Previsão de participação na Lei Instituidora (Lei 10.233/2001)
Participação Obrigatória
Aplicável a produção de anteprojetos de lei, alteração de normas e decisões da Diretoria para resolução de pendências que afetarem direitos de agentes econômicos ou usuários
Audiência Pública
Regulamentado por norma infra-legal (Res. 2.448/2012), que introduz audiência pública não presencial

Fonte: Elaboração Própria

Resolução nº 2448/2012

Regulamenta os procedimentos da audiência pública presencial e introduz a audiência pública não presencial, destacando-se a previsão de prazo mínimo de 8 dias para

a convocação da audiência pública, a disponibilização de documentos necessários ao esclarecimento da matéria por parte da agência e a obrigatoriedade de elaboração e publicação de Relatório de Audiência Pública pormenorizado, gravação disponibilizada no sítio eletrônico da agência.

Nota-se, no caso das duas Agências criadas pela mesma Lei, uma diferença na evolução normativa, encontrando-se a ANTT, com regulamentação um pouco mais detalhada sobre os procedimentos dos instrumentos participativos, além de ter criado novos. Nota-se, também, diferenças terminológicas no instrumento comumente denominado de consulta pública que na ANTAQ recebe a denominação de audiência pública não presencial.

A Lei 2.219/2001, instituidora da Agência Nacional de Cinema – ANCINE, não previu dispositivo participativo. Incide no caso, portanto, a Lei Geral de Processo administrativo – Lei 9.784/99.

Contudo, produziu legislação infra-legal, Resolução de Diretoria Colegiada – RDC 40 de 2011, em que há previsão de consultas e audiências públicas e da possibilidade da Agência adotar outros meios de participação de interessados diretamente ou por organizações e associações legalmente reconhecidas.

A consulta pública é facultativa para casos de temas de interesse geral, opções regulatórias, minutas e propostas de alteração de ato normativo sobre matéria que afete os direitos de agentes econômicos, consumidores ou usuários de bens e serviços das atividades audiovisuais. A consulta será realizada por meio eletrônico, admitida a realizada via Redes Sociais no ambiente Web, sendo facultada aos interessados enviarem as contribuições via postal.

Deverá ser elaborado relatório da consulta pública, contendo as informações mínimas constantes do artigo 9º. Todas as informações colhidas no processo de Consulta devem permanecer disponíveis por no mínimo um ano no sítio da ANCINE.

Há previsão de audiência pública presencial ou por videoconferência, facultativa para opções regulatórias, minutas e propostas de alteração de ato normativo

sobre matéria relevante e que afete direitos de agentes econômicos, consumidores ou usuários de bens e serviços das atividades audiovisuais. Deverá ser elaborado o Relatório da Audiência Pública.

O processo participativo na **ANCINE**, portanto:

Quadro 12 - Processo Participativo da ANCINE

ANCINE
Incidência subsidiária da Lei 9.784/1990
Pela lei, facultativa (tanto audiência quanto consulta); Pela RDC40, facultativa (tanto audiência quanto consulta)
Audiência Pública e Consulta Pública
Regulamentado por norma infra-legal (Res. 2.448/2012), que introduz audiência pública não presencial

Fonte: Elaboração Própria

RDC 40, prevendo e regulando o processo participativo:

- a consulta pública por meio eletrônico, facultado o uso da Rede Social na web e o envio postal, facultativa para opções regulatórias, minutas e propostas de alteração de ato normativo sobre matéria que afere direitos de agentes econômicos, consumidores ou usuários de bens e serviços das atividades audiovisuais.
- a audiência pública facultativa presencial ou por videoconferência para as mesmas atividades da Agência constantes na consulta pública, obrigatoriedade de elaboração de Relatório da audiência e da consulta públicas.

A Lei instituidora da Agência Nacional da Aviação Civil – ANAC, Lei 11.182/2005 prevê no artigo 27 a obrigatoriedade de audiências públicas quando as iniciativas ou alterações de atos normativos que afetem direitos de agentes econômicos, inclusive de trabalhadores do setor ou de usuários do serviço aéreos.

Elaborou Instrução Normativa nº 18/2009 regulamentando os procedimentos para a realização de audiências e consultas públicas. A Instrução Normativa traz a noção e finalidade da audiência pública, que é entendida como um instrumento de apoio ao processo decisório da ANAC, para dar subsídios em decisões que afetarem direitos dos agentes regulados ou dos consumidores e demais interessados da sociedade (artigos 1º e 2º). Identifica os procedimentos a serem cumpridos na realização da audiência pública, que se iniciam numa etapa pré-audiência em que se recolhem as contribuições e sugestões por escrito, dentro de um prazo determinado em aviso publicado no Diário Oficial da União e no sítio eletrônico da ANAC juntamente com a minuta do ato.

Após a análise técnica pela ANAC será elaborado um Relatório de Análise das Contribuições. Da leitura dos § 3º, 4º e 5º do artigo 1º se extrai que a audiência pública pode ser considerada de duas formas: audiência pública presencial com debates orais e audiência pública com intercâmbio documental (essa forma se aproxima do conceito que se tem conferido à consulta pública). Sendo a audiência pública na forma presencial, será divulgada indicação de local, data, período e horários de recebimentos de contribuições. A sessão presencial será gravada por meios eletrônicos e a manifestação oral ocorre mediante inscrição prévia. As contribuições dos participantes serão disponibilizadas no sítio eletrônico da ANAC para livre acesso, estando previsto o Relatório de Análise das Contribuições que deverá estar disponibilizado no sítio eletrônico da ANAC.

O artigo 7º prevê a consulta pública, como um instrumento delegado do Diretor-Presidente aos Superintendentes, delegação específica correspondente a cada caso, com a finalidade de apoiar as atividades dos superintendentes na instrução de processos sob suas atribuições específicas. A participação ocorre mediante intercâmbio de documentos e, a critério da superintendência responsável, oralmente, em sessão presencial (art. 8º). A divulgação ocorre no Diário Oficial da União e no sítio eletrônico da ANAC.

Note-se que os instrumentos de audiência e consulta pública na concepção da Instrução Normativa da ANAC se diferenciam pelo grau de hierarquia no seu manejo, ou seja, as audiências públicas são convocadas pelo Diretor Geral (mas neste caso, lembre-

se ela se desdobra em duas possibilidades: a audiência presencial e a por apresentação de documentos, indireta), já as consultas públicas são convocadas pelas Superintendências.

A ANAC encontra-se em processo de Audiência Pública convocada – Aviso de Audiência Pública nº 21/2017⁴⁶², para submissão de propostas de resolução que estabelece requisitos para aceitação de sistemas digitais de informação como ferramenta oficial para registro, guarda e consulta de informações por regulados da Agência.

O procedimento participativo na ANAC, portanto:

Quadro 13 - Processo Participativo da ANAC

ANAC
Previsão de participação na Lei Instituidora (Lei 11.182/2005)
Participação Obrigatória
Aplicável a decisões e alterações de atos normativos que afetem direitos de agentes econômicos, trabalhadores do setor ou de usuários
Audiência Pública
Regulamentado por norma infra-legal (Instrução Normativa 18/2009), que introduz audiência pública presencial e não presencial

Fonte: Elaboração Própria

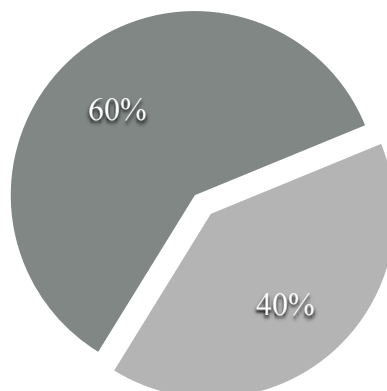
Instrução Normativa 18/2009

Regulamenta o procedimento da audiência pública (desdobrada em dois tipos: presencial e não presencial), no âmbito de competência da Diretoria Geral e acrescenta a previsão de utilização da consulta pública como instrumento participativo, no âmbito da competência das Superintendências.

⁴⁶² Disponível em www.anac.org.br. Acesso em 03 de dezembro de 2017.

Quadro 14 - Gráfico de Previsão de Obrigatoriedade de Participação da Sociedade nas Agências Reguladoras

- Há obrigatoriedade por força de lei instituidora
- Há facultatividade pela incidência subsidiária da Lei 9.784/99



Fonte: Elaboração Própria

Como se pode verificar no gráfico acima a respeito da participação democrática nas dez Agências Reguladoras federais, em apenas seis delas (ANEEL, ANATEL, ANP, ANTT, ANTAQ e ANAC) há previsão legal de participação da sociedade através de audiências e consultas públicas, nem sempre consideradas obrigatórias, na produção de atos normativos, anteprojeto de lei e decisões relevantes. Nestas leis também constou a obrigatoriedade de abertura do instrumento participativo previsto, a saber: audiências públicas (ANEEL, ANP, ANTT, ANTAQ e ANAC) e consulta pública (ANATEL).

Nas outras quatro Agências Reguladoras (ANVISA, ANS, ANA e ANCINE) as leis instituidoras não trouxeram dispositivos participativos, acarretando na aplicação subsidiária da Lei 9.784/99 que prevê, nos artigos 31 e 32, os mecanismos de consultas e audiências públicas nos casos de decisões de interesse geral ou relevantes, como uma faculdade do administrador em delas se utilizar, portanto, sem o caráter de obrigatoriedade.

Apesar desta falta de uniformização legal quanto à previsão e tipologia de mecanismos participativos, verifica-se terem todas as Agências Reguladoras tratado sobre as audiências e consultas públicas em normas infra-legais (Resoluções, Resoluções da Diretoria Colegiada, Instruções Normativas, Portarias) que regulamentaram os

procedimentos desses mecanismos, algumas delas demonstrando uma maior preocupação com a transparência e legitimação das decisões, inovando na previsão de instrumentos participativos.

Entende-se que essa profícua construção infra-legal ocorreu como consequência dos dispositivos legais de baixa densidade normativa relativos à participação da sociedade na democratização das decisões da Administração Pública (caso da Lei 9.784/99) ou das Agências Reguladoras (caso das Leis Instituidoras que previram instrumentos participativos), e a partir das especificidades do direito regulatório (calcado nas demandas concretas e complexas que se apresentam, em matérias técnicas, nas negociações com os setores regulados, sem perder de vista a proteção dos interesses dos usuários dos serviços prestados) elaborado pelas Agências Reguladoras. Por isso, é possível afirmar ter ocorrido a necessidade dos entes reguladores de mais bem explicitarem o modo de proceder nas audiências e consultas públicas, para um enquadramento de conduta que viesse a suprir com mais propriedade o déficit democrático da atuação normativa regulatória, garantindo maior racionalização, democratização e transparência no manejo dos instrumentos participativos.

Nesse sentido, é possível observar um movimento mais intenso de normatização interna da maioria das Agências Reguladoras, regulamentando matéria participativa a partir de 2011 (ANTT – Resolução 3705/2011, ANCINE – Resolução da Diretoria Colegiada 40/2011, ANA – Resolução 52/2011, ANEEL – Resolução Normativa 483/2012, ANATEL – Resolução Normativa 612/2013), que se poderia designar como um segundo momento da democratização da produção dos atos normativos no campo regulatório. Isto porque as Resoluções trazem disposições como o dever de divulgação, no ato de aviso de audiência pública ou de consulta pública, dos documentos produzidos pela Agência sobre a matéria objeto da convocação, para melhor entendimento e qualificação das contribuições da sociedade; etapa pública preparatória e anterior à audiência pública; elaboração e disponibilização ao público de Análise de Impacto Regulatório; expedientes eletrônicos como Audiências por videoconferências, apresentação das contribuições nas Consultas Públicas via eletrônica, via Rede Social na Web, além do correio postal; novas

modalidades participativas como Tomada de Subsídio, Reunião Participativa e Consulta após a Audiência Pública; apresentação por pessoa física ou jurídica de proposta normativa perante a Agência Reguladora; possibilidade de qualquer pessoa solicitar abertura de Audiência e Consulta Pública junto a Agência Reguladora; obrigatoriedade de elaboração de Relatório circunstanciado e motivado sobre as audiências ou consultas públicas.

Essa produtividade normativa infra-legal nos parece suficiente para demonstrar que a utilização dos instrumentos participativos são compatíveis com o eficiente funcionamento da máquina administrativa, tendo propiciado a criatividade neste setor com a descoberta de novos instrumentos e novos procedimentos, a se adequarem às mais variadas necessidades do desenvolvimento da função pública.

A pesquisa sobre as leis e os atos normativos administrativos editados demonstrou que, apesar da inovação na introdução de mecanismos participativos, em algumas Agências Reguladoras, as audiências e consultas públicas continuam preponderando na construção de atos normativos e decisões com relevância social com a participação da sociedade.

Apesar do avanço das normas internas de procedimentalização dos instrumentos participativos, nota-se uma heterogeneidade de conceitos utilizados em relação a um mesmo mecanismo, o que tem potencial para gerar dificuldade de compreensão, por parte da sociedade, sobre os instrumentos participativos de que tem direito de atuar. É o caso, por exemplo, de audiência pública, normalmente entendida como um instrumento participativo presencial, com debates orais, mas que segundo a ANAC pode, também, ser considerada um instrumento sem debates, se confundindo com a idéia de consulta pública, centrada na participação da sociedade através de contribuições não presenciais e por escrito⁴⁶³. Também em relação à consulta pública há diferenças, pois esse instrumento pode ser utilizado como uma fase pública anterior e preparatória da Audiência Pública (caso da ANEEL e ANP, por exemplo), como uma fase autônoma que esgota em si as possibilidades de produção normativa (caso da ANATEL e ANS, por exemplo), como um instrumento participativo a ser utilizado num grau inferior da hierarquia estrutural da

⁴⁶³ Conforme Instrução Normativa 18/2009, § 3º, 4º e 5º do artigo 1º.

Agência, como a Superintendência (caso da ANEEL, por exemplo) para a produção dos atos de competência do Superintendente, ou até mesmo como instrumento utilizado numa fase posterior à Audiência Pública realizada (como é o caso da ANTT).

Isso nos leva a ponderar que a solução dessa fragmentação poderia ser equacionada numa lei geral, que trouxesse os conceitos nucleares de cada instrumento participativo já criado, especialmente da audiência e consulta públicas.

Por outro lado, o movimento constatado neste trabalho, por parte das Agências Reguladoras, é o de uniformizar e racionalizar os seus procedimentos normativos, e não se configura razoável que ele ocorra somente no âmbito interno de cada uma delas.

Essa miríade de procedimentos próprios, novos instrumentos, conceitos distintos, ainda que válidos e necessários, pode vir a dificultar a compreensão e o controle social sobre as atividades das Agências. Ou seja, uma das mais contundentes e pertinentes críticas feitas quando da Reforma do Estado, de que a Administração se encontrava ensimesmada, protegida por um saber e proceder interno não tornado público nem compartilhado com a sociedade, não pode ser, ainda, satisfatoriamente neutralizada.

As Agências Reguladoras correm o risco de seguir o mesmo caminho da praxe exclusivista no proceder administrativo no Brasil, agravado pelo fato de não haver um Código de Direito Administrativo no Brasil, pela dificuldade advinda do fato de que todos os entes componentes da Federação possuem competência para legislar sobre normas administrativas, mas também pela tradição no Brasil de se abordar matérias administrativas de forma específica (como licitação, concessão de serviço público, estrutura administrativa, processo administrativo, servidores públicos, por exemplo). Tudo conflui, em matéria administrativa, para um emaranhado de normas difícil de ser desvendado pelo cidadão a quem na maioria das vezes se dirige. Tudo contribui para o alijamento do cidadão da produção pela Administração Pública das decisões com relevância social e atos normativos. Nessas condições, a possibilidade de controle efetivo da atividade administrativa pelo cidadão torna-se bastante reduzida.

IV.IV. O Projeto de Lei do Senado 349/2015

No esforço de corrigir a incoerência sistêmica que permeia não só a produção da legislação administrativa, mas a produção do próprio direito público no Brasil, Carlos Ary Sundfeld e Floriano de Azevedo Marques Neto, elaboraram um anteprojeto de projeto de lei, acolhido pelo senador Antonio Anastasia e protocolado no Senador Federal como – Projeto de Lei do Senado, PLS nº 349/2015, atual Projeto de Lei 7448/2017, em trâmite na Câmara dos Deputados, com propósito de incluir na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei 4.657/1942, alterado pela Lei 12.376/2010), “*disposições para elevar o nível de segurança jurídica e de eficiência na criação e aplicação do direito público*”⁴⁶⁴.

São vários os dispositivos que se referem ao direito administrativo, dentre eles, a obrigatoriedade de abertura de consultas públicas na edição de regulamentos administrativos, nos seguintes termos:

Art. 28. Em qualquer órgão ou Poder, a edição de atos normativos por autoridade administrativa, salvo os de mera organização interna, **será** precedida de consulta pública para manifestação escrita de interessados, a qual será considerada na decisão.

§ 1º. A convocação conterà a minuta do ato normativo e fixará o prazo e demais condições da consulta pública, observadas as normas legais e regulamentares específicas, se houver.

§ 2º. É obrigatória a publicação das contribuições e de sua análise, juntamente com a do ato normativo.

§ 3º. Em caso de relevância e urgência, a consulta poderá se iniciar quando da edição do ato, que, se não confirmado na forma deste artigo, deixará automaticamente de vigorar em 120 (cento e vinte) dias. (reforço nosso)

Na tramitação no Senado Federal o Projeto de Lei do Senado sofreu modificações e a Emenda nº 14 da Comissão de Constituição e Justiça alterou alguns

⁴⁶⁴ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo & SUNDFELD, Carlos Ary. Uma nova lei para aumentar a qualidade jurídica das decisões públicas e de seu controle. Op. Cit. P. 277.

aspectos do artigo 28, como a sua passagem para a numeração 29 e modificação para dispor que a consulta pública ocorrerá em meio preferencialmente eletrônico e para substituir a expressão “autoridade administrativa” por “autoridade pública”.

Ocorre que no desenvolvimento da pesquisa se constatou que, sem qualquer justificativa, na redação do autógrafo assinado em 19 de abril de 2017, o verbo **será**, destacado acima na transcrição do artigo 28, foi alterado para **poderá**, modificando completamente o sentido dado originalmente pelo autor e aceito desta forma no relatório da CCJ, conforme consta na sua redação final enviada para o autógrafo⁴⁶⁵. O PLS 349/2015 com a redação injustificadamente alterada foi assim enviado e recebido na Câmara dos Deputados (atual PL 7448/2017), tendo já obtido parecer favorável terminativo da Comissão de Constituição e Justiça.⁴⁶⁶

Note-se que foi apresentado um recurso ao plenário pela Deputada Erika Kokay⁴⁶⁷, no sentido de requer o projeto que foi recebido com apreciação terminativa na Comissão de Constituição e Justiça, dada a sua importância e âmbito amplo de abrangência, seja colocada à apreciação dos outros deputados em plenário, para ampliar a discussão e aparo de algumas arestas, caso necessário.

Entende-se que o acolhimento deste recurso seria salutar e poderia trazer à luz essa alteração indevida no texto do Projeto de Lei.

Caso o Projeto de Lei for sancionado pelo Presidente da República, nos termos em que se encontra injustificadamente alterado, a obrigatoriedade originalmente prevista e que entendemos ter sido um avanço importante na consolidação da participação da sociedade ao menos na produção de atos normativos, acabou nada acrescentando ao que já consta no artigo 31 da Lei 9.784/99⁴⁶⁸.

⁴⁶⁵ Conforme se verifica na tramitação do PLS 349/2015, disponível no site do senado federal, entrada de busca no google como “tramitação do Projeto de Lei 349/2015 no senado”. Acesso em 30 de dezembro de 2017.

⁴⁶⁶ Busca no google como “tramitação do PL 7448/2017 na Câmara dos Deputados”. Acesso em 30 de dezembro de 2017.

⁴⁶⁷ Recurso nº 269/2017, proposto em 01/11/2017.

⁴⁶⁸ A saber: “Art. 31. Quando a matéria do processo envolver assunto de interesse geral, o órgão competente poderá, mediante despacho motivado, abrir período de consulta pública para manifestação de terceiros, antes da decisão do pedido, se não houver prejuízo para a parte interessada”.

Alerte-se, portanto, que o PL7448/2017, com a redação alterada sem que a vontade de quaisquer dos legisladores envolvidos na apresentação do projeto e na sua análise tivesse contribuído para isto, corre o risco de ser assim colocado para votação em plenário, caso o recurso for acolhido, ou, caso não, corre o risco de obter a sanção do Presidente da República.

Ressalte-se, ainda, que a prática na intensa atividade normativa das Agências Reguladoras demonstra a tendência em uniformizar, ainda que internamente, a procedimentalização dos mecanismos de participação da sociedade, e de se consolidar essa participação num sentido de comando ao administrador obrigatório e não facultativo de abertura dos instrumentos democráticos, configurados preponderantemente na audiência e na consulta públicas. Tendência que se verifica, também, naqueles entes reguladores cujas leis instituidoras ou pela aplicação da Lei 9.784/99, deixaram como facultativa a chamada de audiências e consultas públicas.

Todas as dez Agências Reguladoras estando ou não obrigadas por lei a abrirem os mecanismos participativos, editaram resoluções, portarias, instruções normativas, para uniformizarem e racionalizarem os seus procedimentos na edição de atos normativos e decisões com relevância na sociedade. Os aspectos mais importantes que se constata dessa normatividade se traduzem no esforço de conceituação dos instrumentos participativos; a previsão de etapa pública pré-presencial, anterior e preparatória da audiência pública de apresentação de contribuições por escrito; apresentação de documentos produzidos ou não pela agência para informar e qualificar a contribuição da sociedade; a obrigatoriedade de apresentação de análise de impacto regulatório; obrigatoriedade de elaboração circunstanciada de relatório das contribuições com motivação do acolhimento ou rejeição e indicação dos dispositivos em que foram aproveitadas. Essas medidas adotadas, no entanto, não contam com a estabilidade necessária para se garantir a continuidade da sua aplicação por parte dos entes reguladores. A estabilidade, propugna-se, seria garantida com previsão legal, à semelhança do que fizeram os países estrangeiros aqui estudados.

CONCLUSÃO

O tema pesquisado se desenvolveu com foco nas questões relativas aos desafios da democracia participativa como pressuposto da atuação do Estado Democrático de Direito e na importância do processo administrativo, especialmente na previsão de audiência e consulta públicas nos casos de produção normativa e decisão relevante para a sociedade, por um lado como garantia da sociedade frente aos possíveis desvios e abusos que a Administração Pública possa incorrer no desenvolvimento das suas funções estatais, e por outro, a possibilidade de legitimação e consensualização das decisões e da normatização pela Administração Pública.

A construção da cidadania desafia países, governantes e sociedade, desde a sua origem na antiguidade clássica, com a experiência de democracia direta pelos atenienses, passando pela construção do Estado Liberal e Social, que deram ênfase à democracia representativa, até chegarmos ao atual Estado Democrático de Direito que, mantendo os termos da democracia representativa, avança e integra o princípio da democracia participativa. A democracia participativa irá, portanto, compartilhar com a representativa a dinâmica da soberania popular. Neste caminho, a vontade soberana do povo deve manifestar-se, também, por meios diretos, ressignificando a idéia de participação popular, que passa a ser essencial para a garantia de que o Estado distribua de forma justa e eficiente os seus recursos.

Empreender a democracia participativa no Estado brasileiro, conforme determina a Constituição de 1988 configura-se num desafio significativo, por conta dos vícios históricos existentes (patrimonialismo, nepotismo, personalismo, apropriação do público pelo interesse de grupos, por exemplo) na gestão dos interesses públicos.

Nesse contexto, a existência de um processo racional para a tomada de decisões que repercutem na esfera individual ou coletiva, tendem a garantir maior transparência, controle, consensualidade e legitimação dos atos administrativos, em especial aqueles dotados de maior discricionariedade. A processualização das atividades administrativas era o caminho mais coerente a ser tomado.

Contudo, a Lei do Processo Administrativo Federal – Lei nº 9.784/99 – nasceu tardiamente não somente em relação à redemocratização ocorrida no Brasil com a Constituição de 1988, como também em relação às suas congêneres estrangeiras, com influência da experiência norte - americana, exercida através da *Administrative Procedure Act* – *APA* em 1946 e seus desdobramentos até a atualidade.

A Lei 9.784/99 nasceu no âmbito de implementação da Reforma do Estado brasileiro na década de 90, prevendo nos artigos 31 e 32 a facultatividade da Administração Pública abrir audiências e consultas públicas em decisões sobre questões relevantes e de interesse geral, num esforço semelhante ao de suas congêneres estrangeiras de colocar o cidadão no epicentro da vida democrática. Contudo, se demonstrou que a ampla e efetiva penetração do cidadão no aparelho do Estado como prática normal e necessária ainda não é uma realidade no Brasil. E isso se torna particularmente problemático, porque a LPA não obrigou, mas apenas facultou ao administrador público abrir ou não consultas e audiências públicas e ainda, caso o faça, deverá motivar as razões da abertura.

Por outro lado, a pesquisa trouxe dados de que a LPA se aplica na maior parte da federação brasileira, ou seja a maioria dos Estados e dos Municípios que sediam as capitais dos Estados não possuem a sua própria Lei de Processo Administrativo, o que ocasiona, por conta do regime de distribuição de competências constitucional, a aplicação subsidiária da LPA federal, pelo seu caráter de lei geral sobre processo administrativo.

Demonstou-se, por um lado, a ampla incidência da LPA nos entes federativos brasileiros, e por outro, a sua importância nacional como balizadora da conduta mesmo daqueles entes que editaram a sua própria legislação, vez que todos previram a participação popular em suas administrações com a mesma fórmula prevista na LPA federal.

Por isso uma questão se colocou, no sentido de se indagar em que termos o princípio da participação popular vem sendo efetivado na construção de uma Administração Pública democrática em que termos ocorre o controle dessa observação. Daí o estudo de dois casos que indicaram importantes pistas sobre as dificuldades da

Administração Pública, do Ministério Público e do Poder Judiciário na garantia da participação popular como um direito do cidadão: o Caso Ciclovias e o da Reorganização da Rede de Ensino. Constatou-se em ambos os casos, ter havido expressiva mobilização social, com reação negativa ou positiva da sociedade a depender dos interesses atingidos. E também o controle – pelo Ministério Público e Defensoria Pública através de Inquérito Civil e propositura de Ação Civil Pública – das possíveis violações ao direito de participação foi deflagrado a partir da movimentação de cidadãos contrários às decisões administrativas tomadas ou pelo Prefeito ou pelo Governador. Nas ações propostas a questão central foi a violação ao direito de participação na tomada de decisão pela Administração. Constatou-se estarem o Ministério Público e a Defensoria Pública atentos ao dever da Administração Pública de efetivar a participação democrática da sociedade. No entanto, o Ministério Público nos levou a cogitar ter usado a questão participativa como suporte para o que na verdade seria a discordância com o Governo Municipal Paulistano em relação ao programa ciclovitário. Isso porque as exigências significativas que fez em relação à participação popular numa gestão (Fernando Haddad), não se repetiu na nova (João Dória), o que nos pareceu apontar para o perigo de utilização indevida de um importante instrumento da democracia participativa ser manejado num sentido retórico ou formalista, desviado da sua finalidade maior. Se constatou, ainda, ter o Poder Judiciário conduzido as suas decisões a partir da sua tradicional contenção para não ultrapassar os limites da separação dos Poderes, em detrimento de fazer valer o direito de participação do cidadão (no caso ciclovias, decidindo não ser obrigatória a participação popular no momento da execução do programa ciclovitário e no caso da reorganização da rede de ensino, se retraindo sem acolher uma denúncia importante de descumprimento do Governo do Estado de decisão judicial de suspensão de implantação do programa sem discussão ampla com a comunidade escolar). Ainda assim, em ambas as ações foi possível constatar avanços na postura de garantir o direito de participação, como a ampla convocação de audiência pública para além das partes constituídas no processo, possibilitando o comparecimento da comunidade escolar com direito à voz, na tentativa de suprir a falha democrática da Administração Estadual, indeferimento de pedido de reintegração de posse

contra os estudantes que ocupavam escolas públicas, para garantir-lhes o direito de resistência. E, por fim, nas duas ações o Poder Judiciário entendeu haver necessidade, para dar guarida à pretensão dos autores, de uma clara disposição em legislação específica, a obrigar as Administrações à abertura da audiências pública, o que não acontecia nas legislações que cuidavam das matérias levadas ao contraditório, que previam a participação, mas em termos genéricos. Isso nos levou a considerar que a edição de uma legislação específica tratando dos instrumentos, incluindo a sua obrigatoriedade, no atual estágio da cultura democrática brasileira, talvez levasse o Poder Judiciário a estar mais confortável para decidir sobre ilegalidades ocorridas com a ausência ou insuficiência da participação popular nos processos de tomada de decisões relevantes pela Administração Pública.

Na evolução da construção do processo administrativo, os Estados Unidos da América do Norte tornaram-se paradigma na matéria para diversos países. Pela influência que exerce no desenvolvimento da matéria no âmbito das atividades da Administração Pública no Brasil foram trazidos os aspectos principais sobre a evolução do conceito do devido processo legal, iniciada com a edição da *Administrative Procedure Act* – APA, em 1946.

Recentemente, a Espanha, Portugal, Itália e Argentina editaram novas legislações sobre processo administrativo, num movimento de aprofundamento das questões relativas à gestão pública democrática e a interlocução com a sociedade, especialmente em matérias sobre transparência, governo eletrônico, decisões com repercussão ampla na sociedade e expedição de atos normativos pela Administração Pública. Os dados principais dessa legislações foram trazidos para este trabalho e contribuíram para a reflexão sobre o atual estágio de desenvolvimento do processo administrativo brasileiro, em especial no tocante à sua abertura para a participação da sociedade, apontando para um deslocamento da fase inicial de previsão de facultatividade para a fase atual que prevê obrigatoriedade de abertura de audiências e consultas públicas pela Administração.

Finalmente, foi estudada a normatização prevista para as Agências Reguladoras brasileiras sobre participação da sociedade na produção dos atos normativos. Verificou-se, então, que das dez agências federais, apenas seis (ANEEL, ANATEL, ANP, ANTT, ANTAQ e ANAC) possuem em suas leis instituidoras previsão de participação da sociedade por meio de consultas e audiências públicas. Nessas leis também constou a obrigatoriedade de abertura do instrumento participativo previsto, a saber: audiências públicas (ANEEL, ANP, ANTT, ANTAQ e ANAC) e consulta pública (ANATEL).

Nas outras quatro Agências Reguladoras (ANVISA, ANS, ANA e ANCINE) as leis instituidoras não trouxeram dispositivos participativos, acarretando na aplicação subsidiária da Lei 9.784/99 que prevê, nos artigos 31 e 32, os mecanismos de consultas e audiências públicas nos casos de decisões de interesse geral ou relevantes, como uma faculdade do administrador em delas se utilizar, portanto, sem o caráter de obrigatoriedade.

Muitas disposições das legislações estrangeiras estudadas encontram semelhança nos procedimentos normativos internos das Agências Reguladoras.

Constatou-se, ainda, um movimento intenso de normatização por parte da maioria das entidades, no sentido de racionalizar e uniformizar os seus procedimentos participativos, o que levou a algumas constatações: (1) a utilização dos instrumentos participativos são compatíveis com o eficiente funcionamento da máquina administrativa, tendo propiciado a criatividade neste setor com a descoberta de novos instrumentos e novos procedimentos, a se adequarem às mais variadas necessidades do desenvolvimento da função pública; (2) as audiências e consultas públicas continuam preponderando na previsão dos instrumentos participativos; (3) há uma heterogeneidade de conceitos utilizados em relação a um mecanismo tradicional causando dificuldade de compreensão pelo cidadão que encontra-se distante da dinâmica da agência; (4) a solução dessa fragmentação poderia ser resolvida por uma lei geral que trouxesse os conceitos nucleares de cada instrumentos participativo já existente, em especial a audiência e a consulta pública; (5) a miríade de procedimentos próprios, somados às legislações instituidoras também próprios, dificulta a compreensão e o controle social sobre as agências; (6) a normativa interna das agências demonstram a necessidade de racionalização e

uniformização dos seus procedimentos na edição de atos normativos e decisões com relevância na sociedade; (7) essas medidas adotadas não contam com suficiente estabilidade, por isso a necessidade de que fossem garantidas em legislação, à semelhança das legislações estrangeiras aqui estudadas.

Trouxe também a pesquisa informação de que já se iniciou um esforço concreto no sentido de corrigir a incoerência sistêmica que permeia não só a produção da legislação administrativa, mas a produção do próprio direito público no Brasil. O Projeto de Lei federal 349/2015 do senado, atual 7448/2017 em fase final de tramitação na Câmara dos Deputados, que visa introduzir na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, várias disposições para aumentar a segurança jurídica e a eficiência na aplicação do direito público, dentre as quais, figura no artigo 28 a obrigatoriedade de consulta pública para a edição de atos normativos por autoridade administrativa de qualquer órgão ou poder público, com dever de considerar na decisão a manifestação escrita do participante.

De modo que podemos assim sintetizar:

A Lei 9784/99 configura-se numa importante orientação processual administrativa federal, tratando de implementar os princípios constitucionais de um Estado Democrático de Direito. Como lei geral, aplica-se subsidiariamente nos casos de omissão de legislação especial ou de falta de lei própria editada pelos entes federativos. Nesse sentido, a realidade legislativa brasileira demonstrou que a LPA se aplica na grande maioria dos entes federativos e, também em boa parte das Agência Reguladoras. A sua ampla incidência a reger os atos administrativos no país demonstram a sua importância no atual debate nacional sobre a democratização da Administração Pública.

Nessas quase duas décadas de vigor da LPA a demanda por uma Administração Pública mais transparente, eficiente e com produção legítima e consensual das suas atividades que impactam diretamente a sociedade foi colocada na ordem do dia não só no Brasil, como também no exterior. Por outro lado, houve grande produção normativa sobre o tema em que leis específicas dispuseram genericamente a participação da sociedade na Administração (o que ainda leva o Judiciário a se tornar reticente em decidir sobre a caracterização ou não da participação ou o momento da atividade

administrativa em que deve ser aberto o instrumento participativo), como também, por parte das Agências Reguladoras nacionais na forma de atos normativos internos. Há uma miríade legislativa sobre participação popular, o que prejudica a compreensão da sociedade sobre o assunto, causando insegurança jurídica e problemas no controle da ação administrativa. Por essa realidade interna e acompanhando o movimento legislativo estrangeiro, conclui-se que a tendência atual, e que deve constar do debate nacional, aponta para a abertura maior dos instrumentos participativos, no caso audiências e consultas públicas, no sentido da sua obrigatoriedade nos casos de decisões relevantes que impactaram a sociedade, de atos normativos editados pela Administração Pública, bem como de anteprojetos de lei a serem apresentados ao Poder Legislativo.

A forma dessa modificação poderia ocorrer mediante modificação jurisprudencial, numa linha evolutiva, na edição de uma lei geral sobre a procedimentalização dos instrumentos participativos, ou, ainda, através de lei que introduzisse nos artigos 31 e 32 da LPA a modificação necessária.

BIBLIOGRAFIA

ARAGÃO, Alexandre dos Santos. *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

ARAÚJO, Edmir Netto de. O direito comparado nos cursos de pós-graduação in TORRES, Vivian de Almeida Gregori & CAGGIANO, Alvaro Theodor Herman Salem. *Estudos de Direito Constitucional: homenagem à Professora Mônica Herman Salem Caggiano*. São Paulo: IELD, 2014. p. 161.

_____. *Curso de Direito Administrativo*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BINENBOJM. Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 3ªed.. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BRUNA, Sérgio Varella. *Agências Reguladoras: poder normativo, consulta pública, revisão judicial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOITEUX, Elza Antonia Pereira Cunha. *A liberdade no mundo antigo*, in TORRES, Vivian de Almeida Gregori; CAGGIANO, Alvaro Theodor Herman Salem. *Estudos de Direito Constitucional: homenagem à Professora Monica Herman Salem Caggiano*. São Paulo: IELD, 2014.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006

_____. *Curso de Direito Constitucional*. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. *Do Estado Liberal ao Estado Social*, 9ª edição. São Paulo: Malheiros, 2009.

BONAVIDES, Paulo & ANDRADE, Paes. *História Constitucional do Brasil*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

- BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. A Reforma do estado dos anos 90: a lógica e mecanismos de controle. Brasília: Cadernos Mare da reforma do estado, 1998.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. Direito Administrativo e Políticas Públicas. São Paulo: Malheiros, 2002.
- CARBONEL, Eloísa & MUGA, José Luís. Agencias y Procedimiento Administrativo en Estados Unidos de América. Madrid: Marcial Pons, 1996.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo, 23ª ed.. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- COELHO, Vera Schattan P & NOBRE, Marcos (orgs). Participação e Deliberação. São Paulo: Editora 34, 2004.
- COMPARATO, Fábio Konder. Ética: direito, moral, e religião no mundo moderno. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.
- _____. Direito Público: estudos e pareceres. São Paulo: Saraiva, 1996.
- CROUZET, Maurice. História Geral das Civilizações. Versão brasileira sob orientação Profº E. Simões de Paula. Tradução de Pedro Moacyr Campos. Vol II. Tomo I. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1957.
- _____. História Geral das Civilizações. Versão brasileira sob a orientação do Prof. E. Simões de Paula. Vol. II, Tomo III, A Idade Média: O período da Europa Feudal, do Islã Turco e da Ásia Mongólica, os tempos difíceis. Trad. J. Ginsburg e Vítor Ramos. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1957.
- CUÉLLAR, Leila. As Agências Reguladoras e seu poder normativo. São Paulo: Dialética, 2001.
- DEL GATTO, Sveva. La Partecipazione ai procedimenti di regolazione delle Autorità indipendenti. Giornale di diritto amministrativo, 9/2010.
- DIDIER JR., Fredie & ZANETTI JR, Hermes. Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo. 11ª ed. Salvador: Jus Podium, 2017.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. A Instrumentalidade do Processo. 15ª edição. São Paulo: Malheiros, 2013.

- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública: Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização e outras formas*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 1999.
- _____. *Discrecionariiedade Administrativa*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- _____. *Direito Regulatório: temas polêmicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2003.
- _____. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2013.
- _____. *A Lei de Processo Administrativo: sua idéia matriz e âmbito de aplicação*. In NOHARA, Irene Patrícia & MORAES FILHO, Marco Antonio Paredes de. *Processo Administrativo: Temas Polêmicos da Lei nº 9.784/99*. São Paulo: Atlas, 2011.
- DORDA, Rosa Comella. *Límites del Poder Regulamentar en el Derecho Administrativo de los Estados Unidos: evolucion de los modelos tradicionales, control judicial ly técnicas de negociación*. Barcelona: Cedecs Editorial, 1997.
- DROMI, José Roberto. *Constituicion, Gobierno y Control*. Argentina: Ediciones Ciudad Argentina, 1983.
- ENTERRÍA, Eduardo Garcia; FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- FARIA, José Eduardo. *Retórica Política e Ideologia Democrática: a legitimação do discurso jurídico liberal*. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1984.
- FERRAZ, Sérgio & DALLARI, Adilson Abreu. *Processo Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2001.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 36ª edição revisada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2010.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Estado de Direito e devido processo legal*, *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, V. 209, P.7-18, março de 2015.
- _____. *Un punto de vista sobre la nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas Y de Procedimiento Administrativo Común de 1992*. *Revista de Administración Pública*, número 130, Enero-abril, 1993.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo & RAMÓN FERNÁNDEZ, Tomás. *Curso de direito administrativo*. trad. José Alberto Froes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

GORDILLO, Augustin. Tratado de Derecho administrativo y obras selectas. Tomo 2. Sección IV. Cap.XI. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2006.

_____. Tratado de Derecho Administrativo. 10ª edição., t II. Buenos Aires: Fundacion de Derecho Administrativo, XI, v. 13.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti, Teoria dos Serviços Públicos e sua transformação. *In* SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). Direito Administrativo Econômico. São Paulo: Malheiros, 2000.

GUELHORN, Ernest & LEVIN, Ronald M. Administrative Law and Process, 4a ed. St. Paul: West Group, 1997.

HOBSBAWM, Eric. Era dos Extremos: o breve século XX (1914-1991). Tradução Marcos Santarrita. 2º ed. São Paulo: Cia das Letras, 1995.

JUSTEN FILHO, Marçal. O direito das Agências Reguladoras Independentes. São Paulo: Dialética, 2002.

_____. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

LESSA MATTOS, Paulo Todescan. Regulação Econômica e Social e Participação Pública no Brasil, *In* P. COELHO, Vera Schattan e NOBRE, Marcos (orgs). Participação e Deliberação: teoria democrática e experiências institucionais no Brasil Contemporâneo. São Paulo: Editora 34, 2004.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo & SUNDFELD, Carlos Ary. Uma nova lei para aumentar a qualidade jurídica das decisões públicas e de seu controle. *In* SUNDFELD, Carlos Ary (org). Contratações Públicas e seu controle. São Paulo: Malheiros, 2013.

MARRARA, Thiago. Direito Administrativo brasileiro: Transformações e Tendências. *In* MARRARA, Thiago (org). Direito Administrativo Transformações e Tendências. São Paulo: Almeida, 2014.

MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, José Luis. La Elaboración de los Reglamentos. *In* LÓPEZ MENUDO, Francisco (Director). Innovaciones en el procedimiento administrativo común y el régimen jurídico del sector público. Colección Instituto García Oviedo Núm. 3. Sevilla: Editorial Universidad Sevilla, 2016.

- MEDAUAR, Odete. A Processualidade no Direito Administrativo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
- _____. Direito Administrativo Moderno. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- MENDES, Gilmar Ferreira & BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 8ª ed.. São Paulo: Saraiva, 2013.
- MENEZELLO, Maria D'Assunção Costa. Agências Reguladoras e o direito brasileiro. São Paulo: Atlas, 2002.
- MODESTO, Paulo. A nova Lei de Processo Administrativo. Revista Pública Gerencial. Salvador: Talento, ano I, vol.22, junho/julho, 1999.
- MOREIRA, Egon Bockmann. Processo Administrativo: princípios constitucionais, a Lei 9.784/1999 e o Código de Processo Civil/2015, 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2017.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Mutações do Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- NAVARRO MACHADO, Cristina Maria da Silva Lopes. A decisão administrativa eletrônica - Emergência da regulação do procedimento administrativo eletrônico. Dissertação (Mestrado Em Direito), Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, Lisboa, 2010.
- NEGRÃO, João José. Para conhecer o neoliberalismo. São Paulo: Publisher, 1989.
- NÉSTOR, Baragli. Elaboración participada de normas: Un espacio abierto para el debate de las decisiones públicas. 2ª ed. Buenos Aires: Oficina Anticorrupción, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2007.
- NETO, Orlano Celso da Silva. Noções gerais sobre o controle das agências regulatórias no direito norte-americano. In DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). Direito Regulatório Temas Polêmicos. São Paulo: Fórum, 2003.
- NOBRE, Marcos. Participação e Deliberação na Teoria Democrática: uma introdução, in COELHO, Vera Schattan P.; NOBRE, Marcos (orgs). Participação e Deliberação: teoria democrática e experiências institucionais no Brasil contemporâneo. São Paulo: Editora 34, 2004.
- NOHARA, Irene Patrícia. Direito Administrativo. São Paulo: Atlas, 2011.

_____. Participação Popular No Processo Administrativo: consulta, audiência pública e outros meios de interlocução comunitária na gestão democrática dos interesses públicos. *In* NOHARA, Irene Patrícia; MORAES FILHO, Marco Antonio Praxedes de (orgs). Processo Administrativo: Temas Polêmicos da Lei 9.784/ 99. São Paulo: Atlas, 2011.

_____. Reforma Administrativa e Burocracia. São Paulo: Atlas, 2012.

NOHARA, Irene Patrícia & MARRARA, Thiago. Processo Administrativo: Lei 9784/99 comentada. São Paulo: Atlas, 2009.

PAULA, Ana Paula Paes de. Por uma nova gestão pública: limites e potencialidades da experiência contemporânea. Rio de Janeiro: FGV, 2005.

PEDREIRA, Ana Maria. A regulação do ensino superior no Brasil e a necessidade de adoção de um novo modelo. Tese (Doutorado em Direito), Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017.

PEREZ, Marcos Augusto. A Administração Pública Democrática: Institutos de Participação Popular na Administração Pública. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

QUADROS, Fausto de. A revisão do Código do Procedimento Administrativo: principais inovações. *In* Novo Código de Procedimento Administrativo. Conferências do CEJ 2014-2015.Ed: Centro de Estudos Judiciários, Lisboa, 2016.

RODRIGUEZ DE SANTIAGO, José Maria. La Administración del Estado Social, Madrid: Marcial Pons, 2007.

ROUSSEAU, Jean Jacques. O Contrato Social: princípios do direito político. 4ªed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). Democratizar a Democracia: os caminhos da democracia participativa. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

_____. Para uma revolução democrática da justiça. 2ª ed. São Paulo: Cortez, 2008.

SANTOS, Milton. Território e Sociedade. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2000.

SCHWANITZ, Dietrich. Cultura Geral: tudo o que se deve saber. Tradução Beatriz Silke Rose e outros. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

SILVA, José Afonso da. Comentário Contextual à Constituição de 1988. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. Curso de Direito Constitucional Positivo. 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

SOARES, Evanna. Audiência pública no processo administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 229, p. 259-284, jul. 2002.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. Direito Administrativo Regulatório. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

SUNDFELD, Carlos Ari. Palestra proferida no I Seminário de Direito Administrativo - Tribunal de Contas do Município de São Paulo em 29/09/2003. Disponível em https://www.tcm.sp.gov.br/legislacao/doutrina/29a_03_10_03/1carlos_ari4htm. Acesso em 29 de setembro de 2017.

TACITO, Caio. A Reforma do Estado e a Modernidade Administrativa. *Revista de Direito Administrativo*, vol.215, jan/marc, 1999.

TOCQUEVILLE, Alexis. A democracia na América - Sentimentos e opiniões: de uma profusão de sentimentos e opiniões que o estado social democrático fez nascer entre os americanos. Livro II. Tradução Eduardo Brandão. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014

TORRES, Vivian de Almeida Gregori. O terceiro setor, instrumento de aprimoramento democrático. O papel da sociedade civil organizada e a implementação da cidadania. Tese (Doutorado em Direito), Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

UZARTE, Pedro Salazar. Que participação e para qual democracia. In COELHO, Vera Schattan P.; NOBRE, Marcos (orgs). Participação e deliberação: teoria democrática e experiências institucionais no Brasil contemporâneo. São Paulo: Editora 34, 2004.

VILLELA SOUTO, Marcos Juruena. Direito Administrativo Regulatório. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.