AUDIÊNCIAS PÚBLICAS[1]

DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO

1. Conceito — 2. Fundamentos principiológicos — 3. Conveniência e sabedoria política — 4. Inserção constitucional — 5. Previsão infraconstitucional — 6. Conclusões.

1. *Conceito*

Em obra relativamente recente, mas que se tornou clássica e indispensável para compreender as transformações da administração pública no Estado contemporâneo, especialmente nos países que desenvolveram um direito administrativo na linha continental européia, MASSIMO SEVERO GIANNINI aponta dois fenômenos reitores de grande expressão: *a abertura do processo administrativo a qualquer portador de interesse e o desenvolvimento dos instrumentos de administração consensual.*[2]

O primeiro desses fenômenos prende-se ao conceito de *processualidade ampla,* no sentido de que na atividade estatal, embora não apenas nela, não basta disciplinar o ato que contém a manifestação da vontade, mas o *processo,* que é toda a seqüência de atividades que a ela conduzem. Neste sentido, o *processo* não é um fenômeno restrito ao âmbito da manifestação da vontade do Estado no exercício da *função*

1 Tese apresentada ao XXIII Congresso Nacional de Procuradores de Estado. Item 4 do Temário: *O Estado e a Integração Comunitária.*

2 *"Il più importante è la modificazione che ha subito il procedimento amministrativo, che è divenuto un procedimento aperto a qualunque portatore d'interessi"* (p.125) e *"Altro rilevante accadimento è l'aumento dei moduli convenzionali in uso per lo svolgimento di attività amministrative: com la locuzione 'moduli convenzionali: che è atecnica e volutamente generica, si intendono tutte quelle fattispecie in cui si impiega, come tecnica di azione, I 'addivenire fra gli interessatie le amministrazioni a soluzione concordate, evitandosi così soluzioni unilateralmente imposte in via autoritativa, ovvero soluzioni prese solitariamente"* (p. 126). MASSIMO SEVERO GIANNINI. *L 'Amministrazione Pubblica nello Stato Contemporâneo,* 1º Volume do *Trattato de Diritto Amministrativo,* dirigido por GIUSEPPE SANTANIELLO, Pádua, Ed. CEDAM, 1988.

jurisdicional, mas se estende, com idêntica importância, aos âmbitos de manifestação da vontade estatal no exercício de todas as demais funções: *a legislativa, a administrativa bem como as das advocacias públicas* (que, no sentido amplo, abrangem todas as *funções essenciais à justiça*).

Em brilhante monografia dedicada à processualidade no Direito Administrativo, ODETE MEDAUAR remonta a ADOLF MERKL, em sua Teoria Geral do Direito Administrativo, em 1927, a afirmação da existência de um *direito processual administrativo* e elenca na mesma linha ALDO M. SANDULLI, em 1940; VILLAR Y ROMERO, também em 1940; FELICIANO BENVENUTI, em 1952; GUY ISAAC, em 1968; ALBERTO XAVIER, em 1976; e HECTOR JORGE ESCOLA, 1981; lembrando ainda as contribuições mais recentes de MARIO NIGRO e de GIORGIO BERTI, ambos de 1986. Refere-se, ainda, a autora, na doutrina pátria, aos sistematizadores THEMÍSTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI, em 1938; JOSÉ CRETELLA JUNIOR, em 1969, e MANOEL DE OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO, em 1971, acrescentando os monografistas LAFAYETTE PONDÉ, em 1977, e CARLOS ARI SUNDFELD, em 1987.[3]

Uma vez assente a existência da *processualidade administrativa,* passa a ser facilmente assimilável a idéia matriz de sua *pertinência e indispensabilidade ao exercício do poder*[4], estabelecendo-se os correlatos princípios, preceitos e garantias, apropriados às relações intersubjetivas que se estabelecem no processo.

O segundo desses fenômenos de destacada expressão contemporânea é a expansão da *consensualidade* na atividade administrativa pública, não apenas substituindo as expressões imperativas tradicionais como as complementando vantajosamente.

Deve-se destacar que é precisamente no campo da administração pública que a consensualidade mais tem progredido, ainda porque a todo momento são identificadas novas atividades em que o Estado pode atuar mais eficientemente e com menores custos em relações de *coordenação* do que o faria nas clássicas relações de *subordinação*. Em outros termos, para o superior atendimento de inúmeros interesses públicos, é mais conveniente para o Estado atuar como *parceiro* do que como *órgão de coerção*.

Com efeito, a *administração pública subordinativa* é unilateral, hierarquizada e linear, ao passo que a *administração pública coordenativa* é multilateral, equiordinada e radial, o que confere a esta modalidade um respeitável rol de vantagens sobre a tradicional, como, por exemplo:

3 ODETE MEDAUAR, *Processualidade no Direito Administrativo,* S. Paulo. Revista dos Tribunais. 1993. ps. 18 a 22. De minha parte, e como modesta contribuição ao desenvolvimento do conceito de processo administrativo em nosso País, desde a primeira edição de meu *Curso de Direito Administrativo,* em 1970, (Rio de Janeiro, Ed. Borsoi), dedicamos um item específico ao tema (nº 32, p. 138, 2º Volume), sendo que, a partir da 2ª edição, em 1974 (Rio de Janeiro, Ed. Forense), consignamos que o procedimento "*É espécie do gênero que envolve, também, procedimentos legislativos e judiciários.*" (nº 32, p. 117). Na atual 11ª ed., 2ª tiragem, de 1977, O assunto está tratado nos itens 33, p. 114 e 197, p. 441).

4 Também é ODETE MEDAUAR que excelentemente expõe essa pertinência necessária entre processualidade e exercício do poder, *in op. cit.*, p. 28, destacando-lhe a inerente *plurissubjetividade.*

• utiliza melhor o potencial criativo e operativo dos entes da constelação social, fomentando a *colaboração*;

• utiliza melhor o potencial criativo e operativo dos próprios entes e órgãos da constelação estatal, facilitando a *cooperação*;

• reduz os custos operativos do Estado, o que leva à *economicidade*;

• reduz e simplifica a máquina gestora do Estado, promovendo a *racionalidade*;

• reabilita e reforça a máquina reguladora do Estado, *republicizando* os serviços públicos;

• renova e aperfeiçoa as modalidades de prestação de serviços pelo Estado, prestando-se à *modernização*;

• passa a atender às novas demandas represadas com a obsolência dos modelos de Estado do Bem-Estar Social e Socialista, reavivando, com isso, a legitimidade dos governos;

• propicia uma paulatina correção das partilhas de competência entre entidades estatais de vários níveis políticos e administrativos, orientando os processos de reforma pelo princípio da *subsidiariedade*.[5]

Ora, na convergência desses dois fenômenos situa-se a *participação*, agora considerada, à luz da Política e do Direito, como um conceito comum a ambas as disciplinas e como algo mais que um direito criado e outorgado pelo Estado: na verdade, a tendência é vê-la como uma *expressão da liberdade fundamental* do homem em sociedade.

Neste sentido, em monografia publicada em 1992, já havíamos conceituado a *participação política* como um *fenômeno do poder*, ou seja, *uma manifestação de poder que atua sobre outra*. Assim é que existe participação no sentido juspolítico sempre que seja *reconhecida* pela ordem jurídica a possibilidade de atuação, mais ou menos formal, de indivíduos ou de grupos (poder individual ou grupal), na ação do Estado (poder estatal).

E como o Estado tem diversificadas as suas *funções*, encontrar-se-á, correspondentemente, em relação a cada uma delas, uma modalidade genérica de participação: *legislativa, judiciária e administrativa*, comportando falar-se também em participação, relativamente aos órgãos que desempenham *funções públicas essenciais à justiça* (Capítulo IV, Título IV, da Constituição Federal).

Assoma, assim, a *participação política*, como uma espécie de *reserva de poder* consubstancial à pessoa, transferível às suas criações personalizadas, que se expressa, basicamente, pela possibilidade de manifestação de uma vontade juridicamente eficaz sobre o poder estatal.

Existem institutos *polivalentes e univalentes*, ou específicos, de participação. Polivalentes são considerados aqueles que se dirigem à atuação de quaisquer Entes

5 V., de minha autoria, *Administração Pública Consensual*, artigo publicado na "Carta Mensal", da Confederação Nacional do Comércio, Vol. 42, nº 500, novembro de 1966, ps. 63 e ss.

ou Poderes do Estado, como o são a *representação política, a publicidade, a informação, a certidão e a petição.*[6]

Entre os institutos univalentes ou *específicos* para a *participação administrativa,* em lista não exaustiva, pode-se arrolar: *a coleta de opinião, o debate público, a audiência pública, o colegiado público, a co-gestão de órgão ou entidade, a assessoria externa, a delegação atípica, a provocação de inquérito civil, a denúncia aos tribunais ou conselhos de contas e a reclamação relativa à prestação de serviços públicos.*

De todas essas modalidades, as audiências públicas têm merecido destaque porque, tendo origem anglo-saxônica, sua institucionalização está conotada ao conceito formal do *devido processo da lei,* partindo-se da necessária existência de um *direito individual* que qualquer pessoa tem de ser ouvida em matéria em que esteja em jogo seu interesse, seja concreto seja abstrato *(right to a fair hearing).* Trata-se, assim, de *um princípio impostergável da ordem jurídica,* tido pelos publicistas norte-americanos como constitucionalmente essencial[7].

A audiência pública se caracteriza, e nisso se distingue dos institutos congêneres, pela *formalidade* de seu processo e pela *eficácia vinculatória* de seu resultado. Nessa condições, no direito brasileiro elas necessitam de previsão legal, uma vez que o *exercício direto do poder,* ou seja, com dispensa de representantes políticos, só se admite *nos termos da Constituição* (art. 1º, parágrafo único, *in fine*), através de *lei específica* (art. 48, X, no que respeita a *funções,* e XI, no que respeita a *órgãos*), sempre de iniciativa do Poder Executivo (art. 61, § 1º, II, *e*).

Como se observa, essa *eficácia limitativa ou condicionadora* dos poderes da Administração, que decorrerá da vontade vinculatória expressa em audiência pública, terá que ser sempre prevista numa lei específica para cada tipo de atuação administrativa de que se cogite, com a manifestação de vontade conjugada dos Poderes Legislativo e Executivo, porque importa, afinal, numa renúncia de poder por parte do Estado.

Em suma, o instituto da *audiência pública é um processo administrativo de participação* aberto a indivíduos e a grupos sociais determinados, visando ao aperfeiçoamento da *legitimidade* das decisões da Administração Pública, criado por lei, que lhe preceitua a forma e a eficácia vinculatória, pela qual os administrados exercem o direito de expor tendências, preferências e opções que possam conduzir o Poder Público a decisões de maior aceitação consensual.[8]

A eficácia vinculatória, porém, não necessita ser *plena* para caracterizar-se uma audiência pública. Como bem esclarece o articulista GUSTAVO HENRIQUE JUS-

6 Para aprofundamento sobre o tema da participação e, notadamente sobre instrumentos *polivalentes* ou *específicos, remete-se* a meu *Direito da Participação Política, Legislativa, Administrativa, Judicial. Fundamentos e Técnicas Constitucionais da Democracia* (Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 1992).

7 BERNARD SCHWARTZ, *Administrative Law,* Boston, 1976, e H.W.R. WADE, *Administrative Law,* Oxford 1977.

8 Neste sentido, ODETE MEDAUAR averba a função participativa como a "identificação do interesse público de modo compartilhado com a população" (*O Direito Administrativo em Evolução,* S. Paulo, Revista dos Tribunais, 1992, p. 216.)

TINO DE OLIVEIRA, em recente e laureado trabalho sobre o instituto, há vários graus de intensidade e níveis de profundidade da vinculação da Administração aos resultados alcançados no processo consultivo, podendo-se distinguir dois grandes grupos: as audiências públicas que se dão numa fase *instrutória* e aquelas que ocorrem numa fase *decisória* da ação administrativa[9]. Embora ambas *eficazes*, sê-lo-ão distintamente para vincular a Administração Pública, pois as orientações substantivas colhidas na fase *instrutória* só poderão ser contrariadas pelo órgão público competente para decidir sob motivação realista e razoável, ao passo que as diretrizes recebidas em fase *decisória*, ao revés, não podem ser afastadas pela Administração, salvo por vício de forma.

Pelo exposto, se depreende que o instituto da audiência pública, embora não proibido pela ordem constitucional anterior, encontra hoje um amplíssimo campo para prosperar e realizar, no dia-a-dia da gestão dos interesses públicos cometidos ao Estado, o que se contém e se promete na afirmação de um *Estado Democrático de Direito*. De direito, porque fundado na *legalidade* do agir dos Poderes Públicos, e democrático, porque comprometidos com a *legitimidade* de suas decisões.

A audiência pública situa-se, assim, como um instrumento de vanguarda para o aperfeiçoamento da legitimidade, contribuindo para que a democracia não seja apenas uma técnica formal de escolha periódica de quem queremos que nos governe, mas, muito mais do que isso, uma escolha permanente de como queremos ser governados[10].

2. *Fundamentos principiológicos*

Por se tratar de um instituto de participação política, a audiência pública apresenta-se ponderavelmente embasada na ordem jurídica brasileira. Desde logo, destacam-se, entre os *princípios fundamentais*, apresentados no Título I da Constituição Federal, os seguintes: o *princípio democrático, o princípio da cidadania e o princípio da participação política.*

O *princípio democrático* manifesta-se especificamente como *princípio da legitimidade*, ou seja, da conformidade do agir do Estado com a vontade popular, o que, juntamente com o *princípio da legalidade*, que vem a ser a conformidade do agir do Estado à Lei, qualifica o Brasil como um Estado Democrático de Direito (art. 1º, *caput*). O princípio democrático se desdobra, por sua vez, nos dois que se lhe seguem no frontispício constitucional: *o princípio da cidadania* (art. 1º, II), que reconhece no povo o poder político elementar de decisão sobre a coisa pública, *e o princípio da participação política* (art. 1º, parágrafo único), que instrumenta esse poder, ora

9 GUSTAVO HENRIQUE JUSTINO DE OLIVEIRA. *As Audiências Públicas e o Processo Administrativo Brasileiro*, trabalho premiado no I Congresso de Direito Administrativo Sul-Americano, Foz do Iguaçu, PR, 18/20 de junho de 1997, *Suello*, p. 7.

10 Ref. a JEAN RIVERO. *In "A propos des métamorphoses de l'administration d'aujourd'hui: démocratie et administration", in "Mélanges offerts à René Savatier", Paris, Dalloz*, 1965, p 827.

para a escolha dos dirigentes públicos (legisladores e governantes), ora para a escolha do *conteúdo político* ou *administrativo das decisões públicas*, consensualmente deliberadas, sendo que, neste segundo sentido, caracteriza-se como informativo da audiência pública.

Só muito recentemente se vem reconhecendo a necessidade de complementar a democracia representativa com a democracia participativa, especialmente na Administração Pública, cujos quadros têm sido tradicionalmente refratários à ingerência coletiva por parte da sociedade.[11]

Segue-se, no elenco constitucional, o *princípio da igualdade* (art. 5º, *caput*), que não permite que se trate diferentemente os que participem de uma audiência pública, entendidos como tais aqueles para tanto intitulados pela lei, e o seu consectário, *o princípio da reserva legal* (art. 5º, II), segundo o qual apenas nela se há de reconhecer a fonte de direitos e obrigações da Administração e dos participantes.

O *princípio associativo*, que resguarda a liberdade de manifestação gregária dos indivíduos, defluente de vários dispositivos constitucionais (art. 5º, XVI, XVII, XVIII, X1X, XX e XXI), é particularmente importante pelo reconhecimento da legitimidade das entidades, quando expressamente autorizadas, para representar seus filiados judicial e extrajudicialmente, o que valida a atividade desses entes sempre que intitulados a participar de processos administrativos no interesse dos respectivos associados.

De magna importância, também, no desenho do instituto da audiência pública, é o *princípio da publicidade*, aqui apreciado em seu viés do direito à informação, seja no interesse particular, seja no interesse coletivo ou geral (art. 5º, XXXIII), que é prestada com o intuito de fundamentar, o mais plenamente que for possível, as decisões individuais dos participantes. Concordo com GUSTAVO HENRIQUE JUSTINO DE OLIVEIRA que vislumbrou nas audiências públicas um "duplo papel informativo": de um lado, propiciando a obtenção de dados por parte do público e, de outro, levando a Administração a ter acesso a um mais amplo conhecimento acerca da situação, especialmente dos interesses simples e dos protegidos nela envolvidos[12], o que sempre possibilita uma atuação vestibular concorrente para consolidar a proteção devida aos direitos individuais e metaindividuais identificados.

E, nessa linha, como a audiência pública é uma espécie processual, naturalmente tem a informá-la o *princípio do devido processo legal* (art. 5º, LIV), prestando-se todo o respeito devido às garantias corolárias do *princípio do contraditório e do princípio da ampla defesa* (art. 5º, LV). Como lembra AGUSTIN GORDILLO, "A garantia de ouvir o interessado antes de prolatar uma decisão que possa afetar seus direitos e interesses é um princípio clássico do direito constitucional e administrativo" e, por isso, conclui o Mestre rioplatense, assemelha-se, o acesso e participação

11 ODETE MEDAUAR, mais de dois anos antes da Constituição de 1988, estranhava a ausência de preocupação do legislador com o "esquecimento da democracia administrativa". Ainda porque, "na verdade, esta deveria ser o reflexo necessário" da democracia política (Administração Pública ainda sem democracia, Revista Problemas Brasileiros, S. Paulo, ano 23, nº 256, mar./abr. 1986, p. 38).

12 GUSTAVO HENRIQUE JUSTINO DE OLIVEIRA. op *cit.*, p. 7.

do público, à própria garantia de defesa individual, entendida, assim, como uma segunda forma de cumprir-se o antigo *audi alteram pars*[13].

Mas, além dos princípios de expresso assento constitucional referidos, outros existem, inferíveis, todos realçados pela doutrina, que concorrem para informar a audiência pública e firmar-lhe os contornos jurídicos, como o da *realidade o da lealdade, o da motivação, o da proporcionalidade e o da prevenção de litígios.*

O *princípio da realidade* resulta particularmente atendido na audiência pública, porque o processo se beneficia abundantemente do senso comum dos participantes, de modo que se pode esperar que as decisões apresentem sempre as melhores condições possíveis de serem *efetivamente* executadas em favor dos interesses da sociedade[14].

O *princípio da lealdade* é decorrência da visão liberal do Estado como instrumento da sociedade, dele se exigindo atuar sempre respeitando a boa fé dos administrados e jamais dando prevalência a seus próprios interesses públicos derivados sobre o interesses públicos primários[15]. A Administração não deve empregar esse instituto senão com o intuito de expor francamente o problema administrativo que pretende solucionar e como pensa fazê-lo, nunca para mascarar ou encobrir suas reais intenções.

O *princípio da motivação,* que exige a enunciação expressa ou tácita das razões de ato e de direito que autorizam ou determinam a prática de um ato jurídico, também é destacadamente atendido nos processos de audiência pública. Com efeito, o que se pretende, afinal, é que resultem desses processos, do modo mais claro e inequívoco que seja possível, as razões de decidir do agente ou órgão administrativo competentes[16].

O *princípio da proporcionalidade,* que também pode ser considerado como um aspecto do princípio, mais geral, da razoabilidade, transmite um sentido finalístico ao processo da audiência pública de modo a limitar o máximo dos sacrifícios gerais advenientes da ação administrativa às correlatas vantagens coletivas esperadas, bem como, a limitar o máximo de sacrifício individual por ventura exigido, a uma correspondente compensação, individual ou coletivamente auferida[17].

Ainda aqui, cabe uma referência ao *princípio da prevenção de litígios,* prudente concepção que recomenda esgotar-se todo elenco de meios com o fito de evitarem-se os inúmeros inconvenientes dos conflitos e das demandas. A audiência pública concorre positivamente para que as fontes de litígios sejam pré-identificadas e as possíveis soluções, equacionadas e até adiantadas.

Finalmente, vale lembrar que, dada a natureza *processual* do instituto, todos os princípios constitucionais, infraconstitucionais e doutrinários que se imponham aos

13 AGUSTÍN GORDILLO, *Después de le Reforma del Estado,* B. Aires. Ed. Fundación de Derecho Administrativo, 1996, VII-1, *El Procedimiento de Audiencia Pública.*

14 *V.* DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, *Curso de Direito Administrativo,* Rio Janeiro, Ed Forense, 11ª edição, p. 63.

15 V. *Idem, Ibidem,* p. 83.

16 V. *Idem, Ibidem,* p. 67.

17 V. *Idem, Ibidem,* p 74.

processos administrativos sobre ele incidem plenamente, como, desde logo, o do *devido processo, com seus consectários; o da publicidade,* é da própria essência da atividade pública; o da *oralidade,* que abre oportunidade para os debates; o da *instrução,* permitindo o interrogatório dos participantes; e o da *economia processual*[18]; bem como o da *oficialidade,* que rege a impulsão de ofício, o da *verdade material,* que exige a investigação fatos como realmente o são e não como se apresentem em suas versões, o do *formalismo moderado,* que recomenda a simplicidade suficiente "para propiciar um grau de certeza, segurança, respeito aos direitos dos sujeitos, o contraditório e a ampla defesa"[19].

3. *Conveniência e sabedoria política*

A *participação política* gênero no qual se insere o subgênero da *participação administrativa* e a espécie, em estudo, da *audiência pública,* é um tema muito antigo, podendo confundir-se com a própria democracia, enquanto técnica social de aplainar controvérsias e tomar decisões consensualmente aceitas.

Sua importância, todavia, tem progredido com grande visibilidade desde a expansão da politização das massas, da tomada de consciência dos interesses metaindividuais e de que, *efetiva* e não apenas *retoricamente,* todo o poder emana do povo.

Todos esses fenômenos políticos adquiriram essa relevância com a explosão das comunicações, motivando e tornando praticáveis um sem-número de novas modalidades participativas, além de ter facilitado sobremaneira o exercício das formas tradicionais de auscultação da vontade popular.

A *motivação* é o fator psicossocial da participação, sem o qual restariam inúteis a *admissibilidade,* o fator juspolítico, e a *praticabilidade,* o fator científico-tecnológico.

Por isso, ouvir os interessados para melhor ir ao encontro de seus interesses e aspirações é, sobretudo, "um critério de sabedoria política"[20] porquanto *"o fair play* na administração arrastará a simpatia do cidadão e reduzirá enormemente a fricção com que funciona a maquinaria do governo."[21]

Em síntese, a aplicação criteriosa e oportuna das audiências públicas apresenta inúmeras vantagens sobre as práticas tradicionais, predominantemente unilaterais e inquisitoriais, quando não autoritárias, capitalizando para os governantes que delas se vale respeito e popularidade, pois:

18 Esses princípios são mencionados e examinados por AGUSTÍN GORDILLO em *Después de la Reforma des Estado, op. cit,* ps. VIII-8 e ss.

19 Esses outros princípios do processo administrativo foram colhidos, com a citação final, da obra da autorizada ODETE MEDAUAR, *Processualidade no Direito Administrativo,* São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1993, ps. 95 e ss.

20 AGUSTIN GORDILLO, *op. cit.,* p. VIII-2.

21 H.W.R. WADE, *Towards Administrative Justice,* p. 19, *apud* AGUSTÍN GORDILLO, *op. cit.*

- evidencia sua intenção de produzir a melhor decisão;
- galvaniza o consenso em reforço da decisão que vier a ser tomada;
- manifesta o cuidado com a transparência dos processos administrativos;
- renova permanentemente o diálogo entre agentes eleitos e seus eleitores.

Mas existe ainda um outro importante motivo para que a audiência pública, como, de resto, outras técnicas participativas, venham a ser adotadas: o seu *conteúdo pedagógico* para o aperfeiçoamento da democracia, tomada em sua plena acepção de técnica social de acesso ao poder e de exercício do poder[22].

Não por outro motivo, AGUSTIN GORDILLO, apoiando-se na autoridade de monografistas da participação política, como P.L. ZAMPETTI e SANCHEZ MORÓN, estabelece uma sinonímia entre *democracia e participação,* lembrando que "todas as sociedades desenvolvidas têm mais sistemas participativos de diferentes tipos que as subdesenvolvidas"[23].

A participação política, como o demonstram os estudos de Ciência Política, atende ao que se convencionou denominar de *responsividade,* dimensão ético-pragmática da ação política que complementa a *responsabilidade política.* Os dois conceitos são talvez os mais importantes da teoria democrática porque, em conjunto, trazem a chave da conciliação, sempre problemática, entre a expressão da vontade democrática e a racionalidade da ação política.

É por isso que o termo *responsividade* é apresentado em Política como complementar à *responsabilidade:* se se deseja que o Governo *responda* à influência válida dos governados, a solução há de estar na *participação,* pois tanto ela é instrumento de responsabilidade política, ou seja, de racionalidade, como de responsividade política, ou seja, de legitimidade.

Finalmente, recolhendo as duras lições da História recente, o preço do sacrifício da participação em aras de "eficiência" administrativa é muito alto, pois, como bem nos lembrou HAROLD LASSWELL, "o triunfo automático da democracia não pode ser tido como garantido, mas deverá ser o resultado de uma ainda maior, brilhante e disciplinada aplicação da vontade e da inteligência, do que até então tem sido."[24]

4. *Inserção constitucional*

A Constituição de 1988 tem mais de uma centena de dispositivos matriciais de um Direito de Participação *in fieri,* principiando com a norma principiológica da democracia representativa e participativa do seu art. 1º, parágrafo único: "Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou *diretamente,* nos termos desta Constituição" (n/grifo).

22 JEAN RIVERO. *Droit Administratif,* Paris, Ed. Dalloz, 4ª edição, 1970. p. 827.
23 AGUSTÍN GORDILLO, *Participation in Latin America* New York Vintage Press, 1982, ps. 1 a 5.
24 HAROLD LASSWELL, *Power and Personality* N. York The Norton Library, 1943, p. 126.

A participação administrativa, especificamente, apresenta três institutos afins: a *coleta de opinião, o debate público e a audiência pública.*

A *coleta de opinião* é um processo de participação administrativa aberto a grupos sociais determinados, identificados por certos interesses coletivos ou difusos, visando à legitimidade da ação administrativa pertinente a esses interesses, formalmente disciplinado, pelo qual o administrado exerce o direito de manifestar sua opção, orientadora ou vinculativa, com vistas à melhor decisão do Poder Público[25].

O *debate público,* por sua vez, é um processo de participação administrativa, aberto a indivíduos e grupos sociais determinados, visando à legitimidade da ação administrativa, formalmente disciplinado, pelo qual o administrado tem o direito de confrontar seus pontos de vista, tendências, opiniões, razões e opções com os de outros administrados e com os do próprio Poder Público, com o objetivo de contribuir para a melhor decisão administrativa[26].

A *audiência pública,* já conceituada, acresce às características dos dois institutos anteriores um *maior rigor formal* de seu procedimento, tendo em vista a produção de uma *específica eficácia vinculatória,* seja ela absoluta, obrigando a Administração a atuar de acordo com o resultado do processo, seja relativa, obrigando a Administração a motivar suficientemente uma decisão que contrarie aquele resultado.

Nessas condições, as *audiência públicas* só poderão ser realizadas mediante *lei instituidora* que lhes defina o *processo e a eficácia,* até mesmo nos casos em que o *legislador constitucional* já lhes deu previsão, como são os casos do art. 29, XII, que preconiza a cooperação das associações representativas no planejamento municipal; do art. 194, parágrafo único, VII, que prevê a participação da comunidade na seguridade social; do art. 198, III, que indica a participação da comunidade nas ações e serviços públicos de saúde; do art. 204, II, que prescreve a participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis na assistência social; e, implicitamente, do art. 225, *caput,* ao impor à coletividade o dever de atuar para defender e preservar o meio ambiente.

Por derradeiro, vale recordar que no campo da *participação legislativa,* a Constituição foi adiante dessas previsões genéricas de *participação administrativa* e adotou nominadamente, no art. 58, § 2º, II, as *audiências públicas* "com entidades da sociedade civil", como processo congressual contemplado nos trabalhos das Comissões do Congresso Nacional e de suas Casas.

5. *Previsão infraconstitucional*

Têm sido raras as previsões legais de *audiências* públicas.

Em *matéria de licitações e contratação administrativa* há um dispositivo, o art. 39, *caput,* da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, que obriga a sua realização,

25 DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO. *Direito da Participação Política,* Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 1992, p. 126

26 DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO. *op. cit.,* ps. 127 e 128.

BIBLIOTECA MARIO HENRIQUE SIMONSEN
FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS

iniciando o processo licitatório, sempre que o valor estimado para uma licitação ou para um conjunto de licitações simultâneas ou sucessivas for superior a 100 (cem) vezes o limite previsto no art. 23, inc. I, alínea *c*, dessa Lei.

O texto legal não define a eficácia esperada dessa audiência pública, não se podendo inferir, portanto, o efeito vinculatório. Não obstante, ela deve ser realizada, ainda que com caráter meramente informativo (art. 39, *caput, in fine*), sob pena de nulidade de todo o processo, o que se afigura como a boa doutrina.[27]

Em *matéria ambiental,* a ampla previsão participativa constitucional, do art. 225, *caput,* se regula através de dispositivo legal, o art. 8 º, II, da Lei n º6.938, de 31 de agosto de 1931, que autoriza o CONAMA — Conselho Nacional do Meio Ambiente, órgão por ela instituído, a determinar, sempre que necessário, a convocação de entidades privadas para atuar informativamente para apreciação de estudos de impacto ambiental.

O CONAMA regulou, por seu turno, essa previsão na Resolução nº 009/87, dispondo no seu art. 2º, *caput,* que a providência acima autorizada seria processada como audiência pública, "sempre que julgar necessário ou quando for solicitado por entidade civil, pelo Ministério Público, ou por 50 (cinqüenta) ou mais cidadãos", cominando de inválida a licença ambiental que vier a ser outorgada no caso de, tendo sido regularmente solicitada, não for realizada.

Em *matéria de defesa do consumidor,* hipótese interessante, na qual se previa *consulta* na formulação de políticas públicas para o setor, constava de dispositivo vetado do Projeto que veio a ser sancionado como Lei nº 8.078, de 11 de outubro de 1990. Essa previsão, que seria o inciso IX, do art. 6º, foi equivocadamente vetada por FERNANDO COLLOR sob a alegação de que "contrariava o princípio da democracia representativa", com lamentável desconhecimento de toda a evolução doutrinária e da progressiva compatibilização alcançada entre as duas vertentes da prática democrática: a representativa e a participativa. O erro veio a ser ainda mais gritante pois no Projeto sequer se havia cogitado de atribuir eficácia vinculante à participação proposta... inexistindo, assim, no caso, o também alegado exercício direto do poder pelo povo.

Felizmente, prosseguindo orientação diametralmente oposta, o atual Governo houve por bem enviar Projeto de Lei ao Congresso Nacional regulando o *processo administrativo* no âmbito federal (Projeto de Lei nº 2.464, remetido com a Mensagem nº 1.002, de 22 de outubro de 1996), no qual quatro dispositivos tratam especificamente de institutos de participação administrativa:

- o art. 31, que trata de *consulta pública* em matérias que envolvam assuntos de interesse geral;
- o art. 32, que prevê a realização de *audiência pública* para debater questões relevantes sobre matéria do processo antes da tomada de decisão;

27 V. AGUSTÍN GORDILLO. *Después de la Reforma del Estado, op. cit.*, p. VII-7; LUCIA VALLE FIGUEIREDO, *Direito dos Licitantes,* S. Paulo, Malheiros, 1994, 4ª ed., p. 95, e GUSTAVO HENRIQUE JUSTINO DE OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 8.

• o art. 33, que deixa em aberto a opção por *outros meios de participação dos administrados;* e

• o art. 34, que determina 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.[28]

Ainda assim, como bem pondera GUSTAVO HENRIQUE JUSTINO DE OLIVEIRA, melhor seria se existisse uma previsão, genérica que fosse, mas indubitavelmente com elevado sentido pedagógico, outorgando legitimidade a entidades associativas ou mesmo a grupos qualificados para formular requerimento de realização de audiências públicas[29].

Finalmente e também como indicação de que se processou uma clara evolução do conceito de participação administrativa, pode-se mencionar o tratamento dado à *matéria de concessões e permissões de serviços públicos,* nas Leis 8.897, de 13 de fevereiro de 1995, e nº 9.074, de 7 de julho de 1995. Na primeira delas, o art. 3º estende a *fiscalização das concessões e permissões,* de competência do respectivo Poder Concedente ou Permitente, à *cooperação dos usuários,* o que tacitamente autoriza a sua regulamentação específica pelo Poder Executivo para optar, discricionariamente, pelos institutos participativos que venha a considerar mais adequados. Essa interpretação pode-se dizer autêntica, pois veio a ser confirmada poucos meses depois no segundo Diploma, em seu art. 33, ao transferir, agora explicitamente, ao Poder Concedente, a escolha da *forma de participação dos usuários* na execução dessa fiscalização.

6. *Conclusões*

A participação administrativa é uma realidade em ascensão e deve ser melhor conhecida, até mesmo para que sua adoção não seja desencaminhada ou prejudicada, mormente por aqueles que pensam favorecer o interesse geral e incentivar o instituto ao propor sua aplicação indiscriminada.

Por outro lado, esbatem-se as fronteiras, outrora nítidas, entre o interesse público e o privado, dano azo à emergência de categorias intermédias diferenciadas, que vão

28 O referido Projeto de Lei foi elaborado por uma Comissão de Juristas, constituída sob a coordenação do Professor CAIO TÁCITO, composta inicialmente pelas Professoras ODETE MEDAUAR e MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO e pelos Professores INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO, DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, ALMIRO DO COUTO E SILVA e JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, nomeados pela Portaria nº 1.104, de 17 de outubro de 1995, posteriormente ampliada, conforme Portaria Conjunta MJ/MARE, de nº 47, de 31 de janeiro de 1996, com a inclusão dos Professores ADILSON ABREU DALLARI, JOSÉ JOAQUIM CALMON DE PASSOS, PAULO EDUARDO GARRIDO MODESTO e CÁRMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA.

29 Embora em princípio de acordo com a ponderação, a porta não ficou fechada; ao contrário, como o próprio Projeto de Lei reza, em disposição final esclarecedora, no seu art. 68, que "os processos administrativos específicos continuarão a reger-se por lei própria, aplicando-se-lhes apenas subsidiariamente os preceitos desta Lei", previsões de provocação popular, qualificada ou não, estarão implicitamente admitidas desde que instituídas por leis especiais.

sendo batizadas como interesses coletivos, interesses difusos, interesses gerais, interesses sociais e tantas outras.

Mesmo os que insistem na pureza da vetusta *summa divisio*, entre o público e o privado, acabam aceitando, diante das circunstâncias, que o interesse público não é mais homogêneo nem, tampouco, unitário, como proclama com todo seu peso MASSIMO SEVERO GIANNINI[30].

Nessas condições, não se deve estranhar que, cada vez mais, a sociedade civil, por seus membros ou por suas entidades organizadas, até especialmente para defender esses interesses *públicos, mas não mais necessariamente estatais*, se proponha a colaborar no processo decisório administrativo[31].

Os profissionais de direito de países que não possuem familiaridade histórica com os institutos de participação política, especialmente administrativa, de que aqui se trata, podem encontrar, principalmente nos procedimentos das agências independentes anglo-saxônicas, vívidos e testados exemplos da praticidade e da excelência das audiências públicas.

Essa comparação de experiências deve estender-se pelo estudo dos modelos de processos administrativos já adotados na Argentina (até mesmo com vistas a uma futura harmonização ou padronização no âmbito do MERCOSUL), na Espanha, na Itália, em Portugal e na Venezuela, bem como do referido Projeto de Lei nº 2.464/96, ora em curso na Câmara dos Deputados.

Diante do exposto, três conclusões podem ser extraídas e oferecidas, à guisa de recomendação, para um seguro desenvolvimento e aperfeiçoamento do instituto da audiência pública no Brasil:

1º Intensificação dos estudos jurídicos dos institutos da participação política, especialmente da participação administrativa, preferentemente como tema de pós-graduação.

2º Identificação de tipos de processos administrativos federais, estaduais ou municipais que poderiam se beneficiar, em termos de aprimoramento da legalidade, da legitimidade e da licitude de suas respectivas decisões, com a adoção de institutos de participação administrativa, especificamente a audiência pública.

3º Apresentação de sugestões e de anteprojetos aos Poderes Públicos federais, estaduais e municipais visando à aplicação das audiências públicas a diversas e específicas hipóteses administrativas.

São esses, seguramente, luzentes balizamentos para a ampliação das sendas democráticas.

30 MASSIMO SEVERO GIANNINI. *Diritto Amministrativo*, Milão, Giuffrè, 1988, Vol. I, p. 109.

31 Para maior desenvolvimento desses conceitos. recomenda-se a leitura de MARIO NIGRO (*Il nodo della partecipazione, in* Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, Milão, 34ª, n. 1, mar. 1980, p. 228), M. SANCHEZ MORÓN (*La Participación del Ciudadano en la Administración Pública*, Madri, C.E.C., 1980), GIORGIO PIVA (*L'Amministratore pubblico nella società pluralista, in* Scritti in Onore de Massimo Severo Giannini, Milão, Giuffrè. Vol. II, p. 485) e, entre nós, ODETE MEDAUAR (*O Direito Administrativo em Evolução*, S. Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1992, notadamente o Capítulo 5 — Linhas de Transformação de Matrizes Clássicas, ps. 174 a 203.)



Ref. 0072
Brochura
388 págs.
Form. 14x21
1994

DIREITO CONSTITUCIONAL INTERNACIONAL

Celso D. de Albuquerque Mello

Obra pioneira no Brasil. Versa sobre as normas constitucionais de alcance internacional. São estudados: direitos do homem, extradição, nacionalidade, conclusão dos tratados, inconstitucionalidade de tratados, princípios de política externa, imunidade de jurisdição de Estado estrangeiro etc. É feito um estudo comparado com os direitos norte-americano e francês. O DI Público, em virtude da integração econômica, passou a influenciar diretamente o Direito Constitucional que precisou se adaptar a ele. No Brasil, o Direito Constitucional Internacional tem sido ignorado, e pode-se mesmo dizer que a Constituição de 1988 nem sempre se adapta ao DIP vigente na sociedade internacional.