

CRISTINA ANDRADE MELO

**A AUDIÊNCIA PÚBLICA
NA FUNÇÃO ADMINISTRATIVA**

Belo Horizonte
Universidade Federal de Minas Gerais
2012

CRISTINA ANDRADE MELO

**A AUDIÊNCIA PÚBLICA
NA FUNÇÃO ADMINISTRATIVA**

Dissertação apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre em Direito, sob orientação do Professor Doutor Florivaldo Dutra de Araújo.

Belo Horizonte
Universidade Federal de Minas Gerais

2012

M528a Melo, Cristina Andrade

A audiência pública na função administrativa / Cristina Andrade Melo. – Belo Horizonte: Programa de Pós-Graduação em Direito, UFMG, 2012.

170f.

Inclui referências.

1. Audiência pública. 2. Função Administrativa. 3. Direito Administrativo. 4. Deficiências. I. Florivaldo Dutra de Araújo. II. Título.

CDU 35.077.3

Dissertação intitulada “Audiência pública na função administrativa”, de autoria da mestranda Cristina Andrade Melo, foi pela banca examinadora constituída pelos seguintes professores:

Professor Doutor Florivaldo Dutra de Araújo (Orientador)

Professor(a) Doutor(a)

Professor(a) Doutor(a)

Prof. Dr. Giordano Bruno Soares Roberto
Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito

Belo Horizonte, de de 2012.

Ao Bosen, meu eterno amor.

“(...) Meu amor juro por Deus
Que a luz dos olhos meus
Já não pode esperar

Quero a luz dos olhos meus
Na luz dos olhos teus
Sem mais la ra ra...

Pela luz dos olhos teus
Eu acho meu amor que só se pode achar
Que a luz dos olhos meus precisa se casar”
(Tom Jobim)

AGRADECIMENTOS

Há na vida desses encontros e reencontros que nos marcam e, sem que percebamos, traçam nosso destino.

O Direito Administrativo foi-me apresentado pela Professora Maria Coeli Simões Pires no 5º período da Graduação do curso de Direito. Aquelas aulas iniciais, juntamente com o estágio na 3ª Vara da Fazenda Pública Estadual, de titularidade, à época, da querida Dra. Heloísa Combat, geraram em mim o encantamento pelo ramo do Direito que se ocupa da Administração Pública.

O aprendizado prosseguiu com o Professor Florivaldo Dutra de Araújo, nas aulas de Direito Administrativo III e Licitações, que me fascinaram de tal maneira que foram decisivas para a escolha do tema da monografia e do orientador.

Reencontrar o Professor Florivaldo em 2010, mais de 5 anos após a formatura na graduação, dessa vez como sua orientanda no Mestrado, foi o maior estímulo para dar início a uma nova etapa da minha vida no mundo do Direito.

Um ano depois, em 2011, reencontrar a Professora Maria Coeli Simões Pires, desta vez como Procuradora do Estado lotada na Secretaria de Estado de Casa Civil e de Relações Institucionais foi, para mim, uma honra. O tempo no Palácio Tiradentes foi um aprendizado que não se encontra em livros e me preparou para o novo desafio que a vida colocou em meu caminho: o Ministério Público de Contas. Lamento apenas a brevidade da minha passagem por lá.

Por todos esses encontros e reencontros, os primeiros agradecimentos vão para os meus queridos mestres e referências no Direito Administrativo: Professor Florivaldo e Professora Maria Coeli.

Aos meus pais, pelo amor e carinho incondicionais, por jamais medirem esforços para a minha formação pessoal, profissional e acadêmica, mesmo que isso lhes custasse sacrifícios. “Mais vale uma gota de exemplo que uma enxurrada de conselhos”, já dizia minha querida avó Aurora. Às minhas irmãs, Fernanda e Márcia, que, de longe e de perto, sempre me apoiaram e vibraram comigo a cada vitória conquistada.

Ao meu noivo, Flávio Boson Gambogi, pelo companheirismo em todas as acepções que essa palavra comporta. O período do mestrado, desde a preparação para as provas até o depósito desta dissertação, coincidiu com nosso namoro e noivado. Você foi meu maior incentivador nos estudos, mesmo que isso tornasse escasso o nosso tempo juntos, tão caro a nós dois. Agora, mais uma nos preparou o destino: a data limite para o depósito da dissertação é exatamente o dia do nosso casamento! Felicidade em dobro.

Ao Luís Carlos Balbino Gambogi, que, nos idos dos anos 2000, nas aulas de Metodologia da Pesquisa Científica, lançava naquela “menina” as primeiras luzes sobre a pesquisa jurídica, a qual sequer poderia imaginar que anos mais tarde teria o privilégio de tê-lo como sogro. Os agradecimentos se estendem à Patrícia, por ter, junto ao marido e filhos, me acolhido carinhosamente nessa família tão especial.

Às minhas A.M.I.G.A.S., por trazerem leveza à minha vida e repartirem comigo momentos felizes e tristes, inesquecíveis e banais, na saúde e na doença. Realmente somos uma família grande e feliz!

À amiga Bruna Colombarolli, meu anjo da guarda na Pós Graduação, serei sempre grata pelos valiosos auxílios no decorrer do mestrado.

Ao Daniel Cabaleiro, por me inspirar com sua mente inquietante e me ajudar a decifrar alguns enigmas que enriqueceram a dissertação.

À Deb, minha amiga que, de New York, me ajudou a desvendar o tratamento dado à audiência pública no Direito Comparado.

Ao Edgard, pelo apoio determinante na reta final, principalmente nos detalhes que fazem a diferença.

Belo Horizonte, outono de 2012.

Cristina Andrade Melo

RESUMO

O objeto da pesquisa relaciona-se à abertura da Administração Pública à participação social e ao compartilhamento de decisões com os cidadãos. Nesse contexto, questionou-se se a audiência pública no exercício da função administrativa constitui instrumento que contribui para a construção de uma Administração Pública democrática, permeável à participação dos cidadãos nos processos decisórios. A profusão de textos legislativos com previsão de realização de audiência pública no exercício da função administrativa, aliada à escassez de estudos aprofundados sobre o assunto impulsionaram a pesquisa dos contornos jurídico-normativos do instituto. Para tanto, a pesquisa utilizou como marco teórico a Teoria Discursiva do Direito e da Democracia, de Jürgen Habermas e, sob sua perspectiva, buscou-se analisar a dinâmica da audiência pública na função administrativa, a qual, agindo no âmbito da esfera pública como elemento de integração entre a periferia e o centro, na qualidade de canal institucionalizado pelo Direito, pode servir como filtro catalisador dos anseios da sociedade e transformá-los em influência para os processos decisórios da Administração Pública (o sistema administrativo). Fez-se um resgate histórico para buscar as origens do instituto no princípio "*right do be heard*", decorrente do princípio da justiça natural e sua consolidação no contexto do Estado Democrático de Direito (ou paradigma procedimental do direito, para Habermas). Na busca de institutos correlatos, visitou-se os ordenamentos dos Estados Unidos, Argentina e França. Foram abordados aspectos processuais da audiência pública, desdobrados em três pontos: linhas gerais sobre o *iter* processual, caráter vinculativo ou deliberativo e controle judicial. Na tentativa de sistematização da matéria, os assuntos sujeitos à audiência pública foram reunidos em sete grupos: (1) matéria de relevância, conforme previsão genérica da Lei Federal n. 9.784/99, (2) meio ambiente, (3) licitação, (4) saúde, (5) responsabilidade fiscal, (6) regulação e (7) política urbana. Não se olvidou de analisar as deficiências que comprometem a efetividade das audiências públicas e os mecanismos para combatê-la: sobre as deficiências inerentes à participação democrática na função administrativa, a análise foi feita em torno de quatro eixos principais: (1) ausência de cultura participativa da sociedade brasileira; (2) captura dos movimentos sociais pelo Estado; (3) manipulação por minorias articuladas e (4) complexidade da vida moderna. Para além desses obstáculos, somaram-se outros, específicos da audiência pública, cuja análise foi feita em torno de três eixos principais: (1) banalização do instituto; (2) risco de audiências previstas em caráter obrigatório tornarem-se mera formalidade e (3) desprezo às contribuições e sugestões colhidas no curso da audiência. A participação, assim como a própria democracia em si, são fenômenos em constante processo de evolução ao longo da história, cuja efetivação depende do decurso do tempo, da consciência dos cidadãos, do amadurecimento das instituições, de iniciativas estatais e da articulação entre Estado e sociedade civil. Diante desse panorama, pôde-se afirmar que a tendência é a participação popular – e, com ela, a audiência pública – firmar-se como importante instrumento de democratização da atividade administrativa, por permitir o acesso dos cidadãos ao processo de formação dos atos estatais.

PALAVRAS-CHAVE: AUDIÊNCIA PÚBLICA. FUNÇÃO ADMINISTRATIVA. PARTICIPAÇÃO. GOVERNANÇA DEMOCRÁTICA. TEORIA DISCURSIVA DO DIREITO E DA DEMOCRACIA. INFLUÊNCIA NOS PROCESSOS DECISÓRIOS. DEMOCRATIZAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. TRATAMENTO JURÍDICO-NORMATIVO. DEFICIÊNCIAS.

RÉSUMÉ

L'objet de la recherche traite de l'ouverture de l'Administration Publique à la participation sociale et au partage de décisions avec les citoyens. Dans ce contexte, on s'est interrogé si les débats publics dans l'exercice de la fonction administrative constituent un instrument qui contribue à la construction d'une administration publique démocratique, perméable à la participation des citoyens dans la prise de décision. La profusion de textes législatifs qui prévoient la réalisation de débats publics dans l'exercice de la fonction administrative, alliée à l'exigüité d'études approfondies sur le sujet ont impulsé la recherche des contours juridiques et normatifs de l'institut. À cette fin, la recherche a utilisé comme cadre théorique la «Théorie du Droit et de la Démocratie» de Jürgen Habermas, et de son point de vue, on a cherché à analyser la dynamique des débats publics dans le rôle administratif. Ces débats publics en agissant dans la sphère publique comme élément d'intégration entre la périphérie et le centre, dans la qualité de moyen institutionnalisé par le Droit, peut servir comme filtre catalyseur des aspirations de la société et les transformer en influence dans les processus décisionnels de l'Administration Publique (le système administratif). On a fait un dégagement historique pour chercher les origines de l'institut dans le principe «*right do be heard*», qui découle du principe de la justice naturelle et sa consolidation dans le contexte de l'État Démocratique de Droit (ou paradigme procédural du droit, pour Habermas). À la recherche d'instituts corrélatifs on a visité les ordres juridiques des États-Unis, de l'Argentine et de la France. Des aspects de procédure des débats publics ont été abordés et déployés en trois points: lignes générales sur le *iter* de procédure, caractère vinculatif ou délibératif et contrôle judiciaire. Dans une tentative de systématiser la matière, les sujets soumis aux débats publics ont été divisés en sept groupes: (1) les questions de pertinence, selon prévision générique de la Loi Fédérale n. 9.784/99, (2) l'environnement, (3) la licitation, (4) la santé, (5) la responsabilité fiscale, (6) la réglementation et (7) la politique urbaine. On n'a pas oublié d'analyser le défaut qui compromet l'efficacité des débats publics et les mécanismes pour le combattre: sur les défauts inhérents à la participation démocratique dans la fonction administrative, l'analyse a été réalisée autour de quatre axes principaux: (1) l'absence de la culture participative de la société brésilienne, (2) la capture des mouvements sociaux par l'État, (3) la manipulation par les minorités articulées et (4) la complexité de la vie moderne. Au-delà de ces obstacles, on y ajoute d'autres, spécifiques aux débats publics, dont l'analyse a été faite autour de trois axes principaux: (1) banalisation de l'institut, (2) le risque de débats prévus en caractère obligatoire devenir une simple formalité et (3) la méprise des contributions et suggestions recueillies au cours du débat. La participation, ainsi que la démocratie elle-même, sont des phénomènes en constant processus l'évolution au cours de l'histoire, dont l'efficacité dépend du cours du temps, de la conscience des citoyens, du mûrissement des institutions, des initiatives de l'État et de l'articulation entre l'État et la société civile. Dans ce contexte, on a pu affirmer que la tendance est la participation populaire – et avec elle, le débat public – s'affermir comme un instrument important de démocratisation de l'activité administrative, pour permettre l'accès des citoyens au processus de formation des actes de l'état.

MOTS-CLÉS: DÉBAT PUBLIC. FONCTION ADMINISTRATIVE. PARTICIPATION. GOUVERNANCE DÉMOCRATIQUE. THEORIE DU DROIT ET DE LA DEMOCRATIE. INFLUENCE DANS LA PRISE DE DECISION. DEMOCRATIZATION DE LA ADMINISTRATION PUBLIQUE. TRAITEMENT JURIDIQUE ET NORMATIF. DÉFAUTS.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO TEÓRICO-METODOLÓGICA.....	12
1.1 Tema problema e justificativa	12
1.2 Marco Teórico: A Teoria Discursiva do Direito e da Democracia.....	14
1.3 Hipótese.....	18
1.4 Objetivos	18
1.5 Estrutura e desenvolvimento do trabalho.....	19
2 O FENÔMENO PARTICIPATIVO	22
2.1 O “princípio participativo” ou “princípio da participação” no ordenamento jurídico.....	22
2.2 Fundamentos da participação administrativa	25
2.3 Escopos da participação	29
2.4 Densificação da “participação administrativa” e classificação.....	31
2.5 Participação e Governança.....	36
2.6 A experiência do Estado de Minas Gerais	38
3 AUDIÊNCIA PÚBLICA	42
3.1 Histórico	42
3.2 A audiência pública nas funções estatais.....	47
3.2.1 Poder e funções do Estado.....	47
3.2.2 Função legislativa	48
3.2.3 Função jurisdicional	49
3.2.4 Função administrativa	52
3.2.5 Ministério Público	55
4 AUDIÊNCIA PÚBLICA NA FUNÇÃO ADMINISTRATIVA	57
4.1 A audiência pública no Direito Comparado	57
4.1.1 Estados Unidos.....	57
4.1.2 Argentina.....	62
4.1.3 França.....	67
4.2 A audiência pública e os princípios da Administração Pública (art. 37, <i>caput</i> , CR/88).....	73
4.2.1 Legalidade.....	73
4.2.2 Impessoalidade.....	74
4.2.2.1 O princípio da imparcialidade no direito comparado	80

4.2.2.2 O conteúdo do princípio da imparcialidade segundo a teoria europeia.....	81
4.2.2.3 A audiência pública como contributo à imparcialidade	84
4.2.3 Moralidade.....	85
4.2.4 Publicidade	87
4.2.5 Eficiência	94
4.3 Aspectos processuais da audiência pública	99
4.3.1 Linhas gerais sobre o <i>iter</i> processual	99
4.3.2 Caráter consultivo ou deliberativo?.....	104
4.3.3 Controle judicial.....	112
4.3.3.1 Convocação	114
4.3.3.2 Desenvolvimento.....	116
4.3.3.3 Motivação	118
4.4 Matérias sujeitas à realização de audiência pública no direito positivo	119
4.4.1 Previsão genérica – Lei do Processo Administrativo e o Anteprojeto de Lei Orgânica da Administração Pública e Entes de Colaboração.....	120
4.4.2 Meio ambiente.....	123
4.4.3 Licitação.....	127
4.4.4 Saúde	131
4.4.5 Responsabilidade Fiscal.....	132
4.4.6 Regulação.....	135
4.4.7 Política urbana.....	137
4.5 A audiência pública e outros instrumentos participativos: as semelhanças e distinções com a consulta pública.....	139
4.6 Deficiências que comprometem a efetividade das audiências públicas.....	143
5 CONCLUSÃO.....	150
REFERÊNCIAS	157

1 INTRODUÇÃO TEÓRICO-METODOLÓGICA

1.1 Tema problema e justificativa

O tema problema objeto da presente pesquisa diz respeito à seguinte indagação: a audiência pública constitui instrumento que contribui para a construção de uma Administração Pública democrática, permeável à participação dos cidadãos nos processos decisórios?

A escolha do tema justifica-se pela reunião de alguns fatores. Primeiro, a “participação administrativa”, correspondente a todas as formas de colaboração dos cidadãos ou de grupos sociais legitimados a agir, em nome coletivo, na atividade administrativa desempenhada pela Administração Pública, vem sendo apontada pela doutrina como característica essencial de um Estado de Direito que se qualifique como Democrático. Encontra-se assente no universo jurídico que, além de apregoar-se a obediência à legalidade por parte do Estado, é necessário conferir maior legitimidade às decisões estatais, de modo a conquistar maior adesão dos particulares. A participação vem se firmando, portanto, como um dos pilares do processo de transição da Administração Pública autoritária, acostumada à execução de suas atividades por meio do ato administrativo unilateral e imperativo, para uma Administração democrática, tendente a processualizar a formação de seus atos e a abrir-se à influência dos interesses plurais existentes na sociedade.

Nesse contexto, a audiência pública constitui tema de especial interesse por revelar-se importante canal de comunicação institucionalizado pelo Direito entre o Estado e a sociedade civil que viabiliza a gestão administrativa fundada na participação, por meio do qual os particulares “exercem o direito de expor tendências, preferências e opções que possam conduzir o Poder Público a decisões de maior aceitação consensual” (MOREIRA NETO, 2007, p.251).

Segundo, porque o estudo da audiência pública no exercício da função administrativa é ainda incipiente na doutrina nacional. Especificamente sobre o assunto, poucos foram os trabalhos encontrados, os quais foram utilizados como ponto de partida para uma reflexão mais aprofundada e sistematizada sobre o instituto. A respeito da audiência pública no exercício da função administrativa, foram localizados os seguintes artigos: (i) “As audiências públicas e o processo administrativo brasileiro”, de Gustavo Henrique Justino de Oliveira (1997), aparentemente o estudo pioneiro sobre o assunto; (ii) “Audiências públicas”, de Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2007) (artigo publicado na coletânea “Mutações do

Direito Administrativo”); (iii) “A audiência pública no processo administrativo”, de Evanna Soares (2002); (iv) “Os efeitos processuais da audiência pública”, de Antônio Cabral (2006); (v) “Instrumentos da administração consensual: a audiência pública e sua finalidade”, de Lúcia Valle Figueiredo¹ (2007).

Terceiro, porque, embora o adequado tratamento jurídico do instrumento tenha sido pouco explorado pela doutrina, percebe-se que o legislador vem incorporando essa prática participativa em textos normativos relacionados aos mais diversos assuntos que envolvem a vida em sociedade, mormente a partir da primeira década do século atual. Além da previsão genérica encontrada na Lei Federal n. 9.784/99, atualmente existem previsões de realização de audiência pública em processos de licenciamento ambiental, em demandas no âmbito da Comissão Técnica Nacional de Biossegurança (CTNBio), na divulgação das propostas dos planos de saneamento básico, em licitações de grande vulto ou destinadas à concessão florestal, na gestão da política urbana, na prestação de contas ao público, no planejamento orçamentário-fiscal e no processo de regulamentação levado a efeito por agências reguladoras.

A profusão legislativa, contudo, não pode ter o efeito perverso de transformar a audiência pública em mera formalidade, perdida em textos legais sem condições efetivas de cumprir sua finalidade maior, que é permitir a participação popular no processo decisório e, via de consequência, conferir legitimidade às decisões estatais. Por isso, a pesquisa ora proposta buscou densificar mecanismos jurídico-normativos e sociais capazes de materializar o canal de comunicação proporcionado pela audiência pública, de sorte a garantir que os interessados disponham de efetivas condições de se fazerem ouvidos e influenciarem o Poder Público na tomada de decisões².

¹ A seleção, de caráter não exaustivo, engloba trabalhos que conferiram tratamento geral à matéria. Não considera, portanto, os trabalhos específicos, referentes a uma determinada modalidade de audiência pública, como, a título de exemplificação, o trabalho de Floriano de Azevedo Marques Neto, intitulado “Audiência pública: o alcance do disposto no art. 39, do Estatuto das Licitações”, de 2002, o qual, contudo, como tantos outros, não deixou de servir de parâmetro à pesquisa.

² Por fim, registre-se que, seguindo classificação de tipos gerais de pesquisa proposta por Pedro Demo, a pesquisa pode ser classificada como teórica – pois destinada a “formular ou rever teorias, conceitos, referências teórico-doutrinárias” (GUSTIN, 2010, p.39-40). Não obstante, para melhor percepção do fenômeno, a autora participou de três audiências públicas ao longo da pesquisa, sem pretensão de realização de um trabalho de campo de cunho sociológico. Foram elas: 14/03/2011: Audiência pública realizada pela BHTRANS a respeito da licitação para concessão da Rodoviária do Bairro São Gabriel; 22/03/2011: Audiência pública realizada pela Câmara Municipal sobre aspectos relacionados à cultura na capital mineira e 30/06/2011: Audiência pública realizada pela Assembleia Legislativa com o escopo de receber informações, debater a situação da população de rua em Belo Horizonte e verificar se existem ações imediatas no atendimento a este segmento.

1.2 Marco Teórico: A Teoria Discursiva do Direito e da Democracia

Levando em consideração o tema problema proposto, utilizou-se como marco teórico a Teoria Discursiva do Direito e da Democracia desenvolvida por Jürgen Habermas.

Na obra “Direito e democracia – entre faticidade e validade”, Habermas (2003) procura demonstrar que a legitimidade do direito não advém do direito posto, mas sim da opinião e formação de vontades discursivas dos cidadãos, reveladas por meio dos “canais de comunicação” institucionalizados entre o Estado e a sociedade civil. Sob esse ponto de vista, a legitimidade do direito está intimamente ligada à ideia de procedimento democrático, razão pela qual Habermas denomina o paradigma do Estado Democrático de Direito como “paradigma procedimental do direito”³.

O Estado Social (ou paradigma do direito materializado do Estado social) não foi suficiente para garantir autonomia pública (que engloba direitos políticos de participação) ao cidadão, na medida em que este se viu limitado na condição de cliente receptor de serviços e prestações por parte da Administração. A evolução para o Estado Democrático de Direito (ou paradigma procedimental do direito) pressupõe a existência de canais de comunicação que permitam a abertura da Administração à influência exercida pelos cidadãos nos processos de tomada de decisões envolvendo a execução da função administrativa.

Para Maria Tereza Fonseca Dias (2003), a instituição do paradigma procedimental do direito surge como forma de restabelecer a comunicação no sistema administrativo, enfraquecida pelas falhas apresentadas por este na modernidade, a saber: (i) centralização do poder administrativo, sobretudo no paradigma do direito materializado do Estado Social; (ii) fechamento do sistema administrativo ao poder comunicativo ou à comunicação pública; (iii) inversão do curso da comunicação pública, que se inicia no centro do sistema político e é por

³ Em interessante síntese, Maria Tereza Fonseca Dias esclarece os postulados do “paradigma procedimental do direito” no âmbito da Teoria Discursiva do Direito e da Democracia:

- o Estado Democrático de Direito é concebido como um paradigma de direito que somente opera mediante o direito legítimo;
- pressupõe-se a institucionalização de procedimentos comunicativos para uma formação de vontade e de opinião discursivas, a qual, por sua vez, habilita o exercício da autonomia política dos indivíduos;
- a realização dos direitos fundamentais é um processo que só assegura a autonomia privada dos cidadãos concomitantemente com a ativação de sua autonomia cívica;
- o substrato social para a realização do sistema de direitos consiste nos fluxos de comunicação e nas interferências públicas que emergirem na sociedade civil e na esfera pública política;
- os processos democráticos adquirem um peso diferenciado e um papel anteriormente negligenciado, na realização do sistema de direitos;
- o paradigma procedimental é formal no sentido de que simplesmente postula as condições necessárias sob as quais os sujeitos de direito, em seu papel de cidadãos, podem alcançar um entendimento entre si acerca de quais são seus problemas e de como eles devem ser resolvidos (2003, p.153-154).

ele regido, e não na periferia por meio de um curso espontâneo de comunicação; (iv) por fim, ausência de planejamento no sistema administrativo, o que acaba por gerar ineficiência.

O paradigma procedimental do direito surge, assim, em reação às distorções apresentadas pelos paradigmas anteriores e como forma de restabelecer a comunicação entre os segmentos. Segundo a autora, “Sob a égide de um novo paradigma, a sociedade civil deverá exercer influência sobre a esfera pública e o sistema administrativo” (DIAS, 2003, p.161-162).

Trabalhando com a ideia de que o público e o privado não se contrapõem, mas, ao revés, são co-originários, Habermas (2003) afirma que a esfera pública⁴ não se reduz à esfera estatal, embora o Estado seja seu centro, pois concentra a organização do sistema político. A esfera pública passa a ser entendida como um espaço discursivo entre o centro da esfera pública política (o sistema administrativo, o complexo parlamentar, o sistema judiciário e a opinião pública democrática) e a periferia (associações, grupos culturais, grupos de defesa do interesse público, igrejas ou organizações beneficentes, cf. DIAS, 2003, p.156).

Nesse cenário, exige-se do Estado de Direito a ligação do sistema administrativo, comandado pelo código do poder, ao poder comunicativo (comunicação pública), e mantê-lo longe da influência de interesses privilegiados. Por isso, afirma Habermas:

O poder administrativo não deve reproduzir-se a si mesmo e sim, regenerar-se a partir da transformação do poder comunicativo. Em última instância, o Estado de direito deve regular essa transferência, sem todavia tocar no próprio código do poder, o que o faria intervir na lógica da auto-orientação do sistema administrativo (2003a, p.190).

Para a teoria do discurso, a legitimidade das decisões depende dos “fluxos comunicacionais” originados da periferia rumo ao centro, por meio de procedimentos próprios à democracia (2003b, p.88-89). A esfera pública constitui, portanto, “uma rede adequada para a comunicação de conteúdos, tomadas de posição e *opiniões*; nela os fluxos comunicacionais são filtrados e sintetizados, a ponto de se condensarem em opiniões *públicas* enfeixadas em temas específicos” (2003b, p.92, grifos no original). Vale dizer: a esfera pública possui a função de captar e tematizar os problemas da sociedade como um todo.

Este é o sentido cognitivo do princípio do discurso, o qual, ao lado do sentido prático, compõe o princípio do discurso na teoria habermasiana:

⁴ Maria Tereza Fonseca Dias alerta que a “sociedade civil” jamais deve ser confundida com a “esfera pública”, visto que esta é o espaço aberto de comunicação (*locus*), enquanto aquela pode ser descrita como os agentes de comunicação (2003, p.154).

O princípio do discurso tem inicialmente o sentido cognitivo de **filtrar contribuições e temas, argumentos e informações, de tal modo que os resultados obtidos por este caminho têm a seu favor a suposição de aceitabilidade racional: o procedimento democrático deve fundamentar a legitimidade do direito.** Entretanto, o caráter discursivo da formação da opinião e da vontade na esfera pública política e nas corporações parlamentares implica, outrossim, o sentido prático de produzir relações de entendimento, as quais são “isentas de violência”, no sentido de H. Arendt, desencadeando a força produtiva da liberdade comunicativa (HABERMAS, 2003a, p.191, grifo nosso).

Assim, para a teoria do discurso e da democracia, a participação do povo no processo decisório e na formação dos atos de governo somente é possível mediante a ampliação dos canais de comunicação pública e uma visão procedimentalista na formação do direito (DIAS, 2003, p.152-153). Embora essa participação possa ocorrer por meios informais, surge a necessidade de o Estado institucionalizar “canais de comunicação” entre o centro e a periferia, entre o poder administrativo e o poder comunicativo ou, em outras palavras, entre a Administração Pública e o cidadão, visando a formação de decisões legítimas, que espelhem os anseios dos destinatários.

O poder comunicativo, contudo, não domina o poder administrativo, mas pode influenciar a formação da opinião e da vontade. Walter Reese-Schäfer, estudioso das obras de Habermas, realça a influência da sociedade civil para a racionalização discursiva das decisões:

Segundo a concepção da democracia deliberativa, de modo algum a influência da sociedade civil sobre procedimentos e pressupostos comunicacionais deve expor o processo de governo e de administração às vozes populistas de cidadãos ativistas, mas, ao contrário, contribuir para uma racionalização discursiva das decisões. [...] Porém, a racionalização por meio da discussão procedimentalmente controlada contribui também para a própria programação do poder político e para formar seus conteúdos. Somente o próprio sistema político pode tomar as decisões coletivamente obrigatórias e então implementá-las, ou seja, agir, em sentido clássico. [...] O poder comunicativo, por si mesmo, não pode exercer dominação, mas pode dar certos direcionamentos ao processo do exercício político da dominação através de sua influência no âmbito da sociedade civil (REESE-SCHÄFER, 2009, p.95).

A influência exercida pelo poder comunicativo somente se transforma em poder político quando passa pelas comportas do processo democrático e do sistema político em geral, instaurado na forma de Estado de Direito (HABERMAS, 2003b, p.56).

O efetivo exercício da autonomia pública pelos cidadãos, contudo, passa pela consciência transformadora dos indivíduos, que, de meros “sujeitos passivos”, devem passar a agir como “atores” de uma coletividade.

É nessa direção a lição constante no posfácio da mencionada obra de Habermas: “Para que o direito mantenha sua legitimidade, é necessário que os cidadãos troquem seu papel de sujeitos privados do direito e assumam a perspectiva de participantes em processos de entendimento que versam sobre as regras de convivência” (2003b, p.323).

Nesse sentido, a institucionalização de procedimentos comunicativos para uma formação de vontade e de opinião discursivas viabiliza o exercício da autonomia pública dos cidadãos, o que, segundo a teoria discursiva, somente o paradigma procedimental é capaz de garantir. Habermas reconhece a complementaridade entre a autonomia privada, que expressa as garantias liberais básicas, e a autonomia pública, expressão dos direitos de participação política. A autonomia privada é pressuposto para o exercício da autonomia pública, devendo ser assegurada para o exercício do direito de participação democrática. O exercício da autonomia política faz surgir o poder comunicativo, o qual, por sua vez, por meio de canais de comunicação, influencia e legitima o poder administrativo:

As instituições do Estado de direito devem garantir um exercício efetivo da autonomia política de cidadãos socialmente autônomos para que o poder comunicativo de uma vontade formada racionalmente possa surgir, encontrar expressão em programas legais, circular em toda a sociedade através da aplicação racional, da implementação administrativa de programas legais e desenvolver sua força de integração social – através da estabilização de expectativas e da realização de fins coletivos (HABERMAS 2003a, p.220).

Não se desconhece a posição de Maria Tereza Fonseca Dias no sentido de que a abertura de canais de participação na esfera pública não deve ser feita com a “iniciativa” da Administração Pública, mas sim partir dos cidadãos, que devem conscientizar-se do papel de participantes da vida pública (2003, p.166). Contudo, entende-se que esse seria o cenário ideal, que, por uma série de razões, algumas delas detalhadas no decorrer do presente trabalho, ainda não foi alcançado pela sociedade brasileira. Não se pode olvidar que se vive uma fase de transição de paradigmas e de consolidação do paradigma do Estado Democrático de Direito, em que se busca a democratização da Administração Pública e sua abertura à participação dos cidadãos nos processos de tomada de decisões. Se os cidadãos possuem um papel relevante nesse processo, o mesmo pode ser dito em relação à Administração Pública, que deve se preparar para receber os fluxos comunicacionais advindos da periferia da esfera pública, o que implica a institucionalização de canais de comunicação com a sociedade civil. É preciso que os cidadãos tenham espaço para exercer a autonomia pública, ainda que em um canal de comunicação institucionalizado pelo Estado e sob sua iniciativa. Assim, como se pretende demonstrar ao longo do trabalho, deve a Administração incentivar a participação e o

exercício rotineiro da cidadania e da autonomia pública, o que, a nosso ver, não descaracteriza a discursividade e a participação que se pretende no atual paradigma.

Por essas razões, entendeu-se que a Teoria Discursiva do Direito seria adequada como ponto de partida para a investigação pretendida e, sob sua perspectiva, buscou-se analisar a dinâmica da audiência pública na função administrativa, a qual, agindo no âmbito da esfera pública como elemento de integração entre a periferia e o centro, na qualidade de canal institucionalizado pelo Direito, pode servir como filtro catalisador dos anseios da sociedade e transformá-los em influência para os processos decisórios da Administração Pública (o sistema administrativo).

1.3 Hipótese

Considerando que o modelo discursivo procedimental de Jürgen Habermas defende que as ações do poder público devem ser legitimadas por meio de aparatos discursivos institucionalizados presentes nos processos decisórios da Administração Pública, pode-se afirmar que a audiência pública constitui canal que promove a interação entre o poder comunicativo e o poder administrativo e contribui para a legitimidade das ações do poder público e para o aperfeiçoamento de um modelo de administração pública democrática, desde que sejam respeitadas normas procedimentais previamente estabelecidas e viabilizada a ampla participação de todos os setores interessados da sociedade civil.

1.4 Objetivos

O objetivo geral do trabalho foi demonstrar que a audiência pública constitui canal institucionalizado pelo Direito que promove maior interação entre o poder comunicativo e o poder administrativo e, por consequência, contribui para a legitimidade das ações do poder público e para o aperfeiçoamento de um modelo de administração pública democrática.

Os objetivos específicos foram:

- a) evidenciar a participação popular na Administração Pública como característica do Estado Democrático de Direito;
- b) investigar a origem e a natureza jurídica do instituto da audiência pública e seus fundamentos principiológicos;
- c) interpretar o tratamento dado à matéria no direito comparado, especialmente nos ordenamentos dos Estados Unidos, Argentina e França;

- d) analisar a audiência pública no âmbito das três funções estatais e realçar o aprofundamento da pesquisa na audiência pública no exercício da função administrativa;
- e) traçar linhas gerais para o *iter* processual da audiência pública, desde a convocação de interessados até a elaboração de relatório final;
- f) investigar o caráter da audiência pública, se vinculante ou deliberativo;
- g) pesquisar a posição da jurisprudência sobre aspectos relacionados à audiência pública no exercício da função administrativa;
- h) reunir as modalidades de audiência pública no exercício da função administrativa sob o critério do direito positivo;
- i) diferenciar a audiência pública da consulta pública;
- j) identificar as deficiências que podem comprometer a efetividade da audiência pública e os mecanismos para combatê-las.

1.5 Estrutura e desenvolvimento do trabalho

Levando em consideração todos os aspectos anteriormente detalhados, a pesquisa estruturou-se em dois blocos: o primeiro destinado à reflexão de premissas necessárias para abordagem da matéria e o segundo dedicado à investigação detalhada dos principais pontos que a audiência pública na função administrativa pode suscitar.

Inicialmente, buscou-se analisar, em linhas gerais, o fenômeno participativo como princípio inerente ao Estado Democrático de Direito e seus contornos no âmbito da Administração Pública em torno de quatro vertentes: densificação e classificação; fundamento; escopos e governança. Ao final do primeiro capítulo, noticia-se a experiência do Estado de Minas Gerais e seus primeiros passos rumo à implementação de uma Administração Pública preocupada com a governança democrática.

No segundo capítulo, dedicado ao tema central da pesquisa, a abordagem foi realizada em torno de oito grandes temas:

(i) histórico: a pesquisa inicia-se com uma investigação sobre as origens do instituto da audiência pública, encontrada no princípio "*right do be heard*", decorrente do princípio da justiça natural e sua consolidação no contexto do Estado Democrático de Direito (ou paradigma procedimental do direito, para Habermas).

(ii) audiência pública nas funções estatais: a audiência pública alcança todas as funções do Estado, fazendo-se presente não só na formação do ato administrativo, mas também da sentença e da lei. No Judiciário, prevista legalmente em ações de controle

concentrado de constitucionalidade para ouvir pessoas com experiência e autoridade na matéria, a aplicação do instituto vem se alargando para alcançar demandas de grande repercussão na sociedade. Já no Poder Legislativo, a audiência pública possui assento em dispositivo constitucional, que confere às Comissões do Congresso Nacional a prerrogativa de realizar audiências públicas com entidades da sociedade civil (art. 58, § 2º, inciso II, Constituição da República). Também o Ministério Público possui a prerrogativa de convocar audiências públicas para coletar subsídios em prol de sua atuação coletiva (art. 27, parágrafo único, inciso IV, da Lei 8.625/93, que institui a Lei Orgânica do Ministério Público).

(iii) audiência pública no direito comparado: foram pesquisados institutos correlatos em três diferentes ordenamentos. As “*public hearings*” do direito norte-americano são comumente apontadas pela doutrina pátria como a origem do instituto da audiência pública no Brasil⁵. Na Argentina, tal qual no Brasil, o instituto de participação popular no processo de tomada de decisão da Administração Pública é chamado de “*audiencia pública*” e possui regulamentação legal e infralegal. Na França, entre os institutos de democracia participativa destacam-se a “*enquête publique*” e, mais recentemente, o “*débat public*”, ambos estreitamente relacionados à proteção do meio ambiente, impulsionada pelas convenções internacionais e diretivas da União Europeia que apregoam a participação dos cidadãos na condução das questões ambientais;

(iv) audiência pública e os princípios da Administração Pública (art. 37, *caput*, CR/88): nesse tópico foram analisadas as interfaces da audiência pública com os princípios reitores da Administração Pública (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência);

(v) aspectos processuais da audiência pública, desdobrado em três pontos: linhas gerais sobre o *iter* processual, caráter vinculativo ou deliberativo e controle judicial. Com relação à jurisprudência, a pesquisa restringiu-se à análise de decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal (STF), Superior Tribunal de Justiça (STJ) e Tribunais Regionais Federais (TRF's) das 5 regiões que abordaram de alguma forma a audiência pública no exercício da função administrativa;

(vi) matérias sujeitas à realização de audiência pública: adotando-se como critério a previsão no direito positivo pátrio, as matérias sujeitas à realização de audiência pública no exercício da função administrativa foram reunidas em torno de sete grupos: (1) matéria de relevância, conforme previsão genérica da Lei Federal n. 9.784/99, (2) meio ambiente, (3)

⁵ Nesse sentido: Diogo Figueiredo Moreira Neto (1992, p.128), Marcos Augusto Perez (2009, p. 169), Lúcia Valle Figueiredo (2007, p. 15), Evanna Soares (2002, p.261).

licitação, (4) saúde, (5) responsabilidade fiscal, (6) regulação e (7) política urbana;

(vii) a audiência pública e outros instrumentos participativos, em especial as semelhanças e distinções com a consulta pública: dos institutos participativos apontados pela doutrina, a consulta pública é o que mais se assemelha à audiência pública, o que justifica uma análise pormenorizada e comparativa entre eles, de modo a delinear os pontos de aproximação e distanciamento para a adequada utilização dos institutos e a clareza no diálogo com os interessados;

(viii) deficiências que comprometem a efetividade das audiências públicas e os mecanismos para combatê-la: sobre as deficiências inerentes à participação democrática na função administrativa, a análise foi feita em torno de quatro eixos principais: (1) ausência de cultura participativa da sociedade brasileira; (2) captura dos movimentos sociais pelo Estado; (3) manipulação por minorias articuladas e (4) complexidade da vida moderna. Para além desses obstáculos, somam-se outros, específicos da audiência pública, cuja análise foi feita em torno de três eixos principais: (1) banalização do instituto; (2) risco de audiências previstas em caráter obrigatório tornarem-se mera formalidade e (3) desprezo às contribuições e sugestões colhidas no curso da audiência.

Por fim, o último capítulo destina-se as conclusões deduzidas da pesquisa realizada.

2 O FENÔMENO PARTICIPATIVO

2.1 O “princípio participativo” ou “princípio da participação” no ordenamento jurídico

Participação, em seu sentido amplo, abarca todas as formas de colaboração dos cidadãos, na dimensão individual ou coletiva, desde a participação política até a colaboração nas demais atividades afetas ao Estado (legislativa, administrativa e jurisdicional). Ontologicamente, o fenômeno participativo encontra-se imbricado com a noção de democracia – mormente a participativa – e sob esse contexto deve ser analisado.

A ideia de democracia participativa surge para complementar a já consolidada democracia representativa, possuindo estreita ligação com o sentido contemporâneo de cidadania no Estado Social proposto por Fábio Konder Comparato, consistente “em fazer com que o povo se torne parte principal do processo de seu desenvolvimento e promoção: é a ideia de participação” (1993).

As primeiras manifestações da democracia participativa foram o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular, considerados formas semidiretas (que combinam instituições de participação direta e indireta) de participação popular na esfera pública. No direito estrangeiro encontra-se, ainda, o *recall*, instituto da democracia semidireta que permite à população decidir pela revogação ou não de determinado mandato político, suscitando, assim, consciência sobre a responsabilidade do titular de cargo político perante os eleitores⁶.

Concorda-se com Jacques Chevallier com o fato de os mecanismos de democracia semidireta não serem antagônicos à lógica do sistema representativo, mas, ao revés, complementares ao modelo tradicional. Segundo o autor, “utilizada como um complemento, ou acréscimo, do sistema representativo, ela permite consolidar as crenças que acompanham o funcionamento político e, portanto, no fim das contas, confortar a legitimidade dos representantes” (2009, p.230).

⁶ Diogo Figueiredo Moreira Neto noticia que o *recall* é instituto originário dos Estados Unidos, previsto pela primeira vez na Carta de Los Angeles de 1903 e, após, incorporado por outros países, como Suíça, Argentina e várias das antigas “democracias populares” (1992, p.119). Foi utilizado pela primeira vez na Califórnia, em 7 de outubro de 2003, ocasião em que foi cassado o mandato do governador do Estado (CHEVALLIER, 2009, p. 228). Acresça-se que por “democracias populares” designa-se um conjunto heterogêneo de sistemas de governo característico do período pós II Guerra Mundial, que guardam, em essência, pertinência, mais ou menos remota, com o sistema socialista de planejamento e intervenção estatais nos domínios da vida privada. Observe-se, porém, que, dentro deste espectro, houve uma multiplicidade de realidades políticas, que variaram desde os regimes da Iugoslávia, do Egito e da Índia, alegadamente participantes do Movimento dos Países Não-Alinhados, a realidades marcadamente carregadas pela ideologia soviética, como a Coreia do Norte, o Vietnã e as Repúblicas integrantes da União Soviética.

O mesmo autor introduz a noção de “democracia alargada”, que inclui a “democracia deliberativa”, presente em momento anterior à democracia representativa com o escopo de permitir a participação dos atores sociais (como modo de organização cita o autor os fóruns cívicos e os debates públicos), bem como a “democracia participativa”, exemplo de democracia forte (“*strong democracy*”) que se oporia à democracia fraca do sistema representativo (“*thin democracy*”) (CHEVALLIER, 2009, p.223)⁷.

Os instrumentos inerentes à democracia participativa em textos constitucionais surgem como uma resposta às falhas apresentadas pela democracia representativa⁸. No Brasil, os ares democráticos advindos da Constituição da República de 1988 proporcionaram a inserção de diversos canais democráticos de ligação entre a sociedade e o Estado no ordenamento jurídico, seja no nível constitucional ou legal, todos fundamentados na ideia central do regime democrático: “Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição” (art. 1º, parágrafo único, CR/88). No nível constitucional, podem ser citados, como exemplos: participação dos trabalhadores e empregadores nos colegiados dos órgãos públicos (art. 10); cooperação das associações representativas no planejamento municipal (art. 29, inciso XII); participação do usuário na Administração Pública direta e indireta, disciplinada por lei (art. 37, § 3º, com a redação dada pela EC n. 19/98)⁹, o primeiro dispositivo constitucional a prever explicitamente a participação administrativa do cidadão; denúncia de irregularidades ou ilegalidades perante

⁷ Segundo Chevallier, a influência concreta dos cidadãos sobre a coisa pública, proporcionada pela dita “nova democracia participativa”, faz surgir a imagem da “democracia do quotidiano”, consistente na interferência dos administrados no funcionamento dos serviços públicos que lhes são prestados (2009, p.230).

⁸ Em **Portugal**, o art. 267, nos itens 1 e 5, da Constituição consagra o princípio participativo: “1. A Administração Pública será estruturada de modo a evitar a burocratização, a aproximar os serviços das populações e a assegurar a participação dos interessados na sua gestão efectiva, designadamente por intermédio de associações públicas, organizações de moradores e outras formas de representação democrática. [...] 5. 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”. Na **Espanha**, o princípio foi previsto no art. 9º, 2: “Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la **participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social**. No art. 23, 1: Los ciudadanos tiene el derecho a **participar en los asuntos públicos**, directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal.” E, ainda, de maneira genérica no art. 105 da Constituição: “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 afecten. 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”.

⁹ Concorde-se com Patrícia Baptista, que afasta o carácter programático ou eficácia limitada da norma, na medida em que a interpretação sistematizada da Constituição autoriza afirmar a existência de um “direito genérico de participação dos administrados com estatuto constitucional, independente de qualquer concretização pelo legislador ordinário” (2003, p.153-154). O raciocínio aplica-se aos demais dispositivos, todos autoaplicáveis, razão pela qual a ausência de lei regulamentadora não é causa bastante a afastar o exercício do direito constitucional à participação.

o Tribunal de Contas da União por qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato (art. 74, § 2º); ouvidorias no Poder Judiciário e no Ministério Público (art. 103-B e art. 130-A); participação efetiva do setor de produção, envolvendo produtores e trabalhadores rurais, bem como dos setores de comercialização, de armazenamento e de transportes na política agrícola (art. 187); caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite na seguridade social, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados (art. 194, inciso VII); participação da comunidade na gestão da saúde (art. 198, inciso III); participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas de assistência social e no controle das ações em todos os níveis (art. 204, inciso II); colaboração da sociedade por meio da gestão democrática do ensino público, na forma da lei (art. 205 e art. 206, inciso VI); colaboração da comunidade na proteção do patrimônio cultural brasileiro (art. 216, § 1º), defesa e preservação do meio ambiente impostas à coletividade (art. 225); participação de entidades não governamentais, mediante políticas específicas, nos programas de assistência integral à saúde da criança, do adolescente e do jovem (art. 227).

Na verdade, todos esses dispositivos permitem afirmar a existência de um “princípio participativo”, que, nos dizeres de José Afonso da Silva se caracteriza “pela participação direta e pessoal da cidadania na formação dos atos de governo” (2007, p.141). Trata-se de princípio constitucional implícito, decorrente da democracia e da própria noção de Estado Democrático de Direito¹⁰. Segundo o autor, a Constituição brasileira tende para a “democracia participativa”, pois combina representação e participação direta desde o seu primeiro artigo: Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos (democracia representativa), ou diretamente (democracia participativa) (2007, p.137). Por isso, não sem razão, Paulo Bonavides considera a democracia participativa como a quarta geração de direitos (2008).

Sem olvidar do sentido ampliado do fenômeno participativo, que se estende para todas as funções do Estado, para o propósito do presente capítulo analisar-se-á, como pano de fundo para o desenvolvimento do objeto da pesquisa, a “participação administrativa”, ou seja, a participação relacionada ao exercício da função administrativa, ou, como quer Maria Sylvania Zanella di Pietro, a “participação popular” na Administração Pública (1993, p.26).

¹⁰ Referindo-se à participação procedimental e fazendo uma análise comparativa ao ordenamento de Portugal, Luísa Cristina Pinto e Netto (2009) afirma que, ao passo que em Portugal há consagração expressa do próprio direito à participação, no Brasil, tratando-se de participação individual em procedimentos sem caráter litigioso, é preciso fazer a sua adscrição, por meio dos incisos LIV e LV do art. 5º, CR/88, “bem como preceitos que veiculam o princípio democrático, a dignidade da pessoa humana, o direito de petição, o direito de informação, procedimentos específicos, a participação em diversas atuações relativas à ‘Ordem Social’ (2009, p.88).

2.2 Fundamentos da participação administrativa

Aquilatado o alcance da expressão, cumpre analisar o surgimento e desenvolvimento do fenômeno participativo no campo específico da Administração Pública.

Após a implantação e, em alguns países, a consolidação, da democracia representativa, as últimas décadas do século XX trouxeram à tona o déficit de legitimidade dessa forma de Governo na estrutura burocrática da Administração Pública. O distanciamento dos governantes eleitos dos agentes públicos responsáveis pela execução direta da atividade administrativa e o deslocamento da lei como eixo exclusivo fundamentador da atuação pública iniciaram um processo de questionamento da legitimidade de uma democracia cuja participação, periódica, ocorria apenas no momento do voto.

A respeito do déficit de legitimidade apresentado pelas estruturas administrativas tradicionais e a necessidade de introdução de novas formas de comunicação, escreveu Habermas:

Na medida em que, por exemplo, a implementação de programas teleológicos sobrecarrega a administração com tarefas relacionadas com o aprimoramento do direito e com a aplicação da lei, a base de legitimação das estruturas administrativas tradicionais não é mais suficiente. Então a lógica da divisão dos poderes precisa ser realizada em estruturas modificadas – por exemplo, através da introdução de formas de comunicação e de participação correspondentes ou através do estabelecimento de processos judiciais ou parlamentares, de processos da formação de compromissos, etc (2003a, p.239-240).

A insuficiência de legitimidade democrática impulsionou o crescimento do fenômeno da participação no âmbito da Administração Pública, até então infensa à colaboração dos cidadãos nos processos de tomada de decisões. Como bem observado por Patrícia Baptista (2003, p.127-128), nas últimas décadas, filósofos, políticos, jusfilósofos e juristas vem confiando no desenvolvimento de técnicas de participação, diretas ou não, como forma de superação do déficit democrático da Administração Pública, por meio de estruturas dialógicas que aumentem o grau de legitimação das decisões administrativas.

Realçando a importância da participação no contexto do paradigma procedimental do direito, Maria Tereza Fonseca Dias afirma que a expressão deixa de ser meramente retórica e “passa a representar a medida de legitimação da atuação administrativa mediante a ampliação dos canais de comunicação existentes na periferia da esfera pública para o centro¹ do subsistema administrativo” (2003, p.164).

Trata-se, contudo de mudança de caráter estrutural, e como sói acontecer em casos que tais, a transição é lenta e demanda decurso de tempo para a transformação de um modelo de Administração forjado no Estado Liberal, calcado no princípio da separação entre Estado e sociedade, fortemente hierarquizado, unilateral e impositivo, em um modelo mais consentâneo com o Estado Social Democrático de Direito e permeável à participação dos cidadãos nos processos decisórios. A respeito desse quadro de transição de paradigmas, Luciano Ferraz ressalta o abandono do Direito Administrativo “monológico” na contemporaneidade:

Daí que o Direito Administrativo Contemporâneo tende ao abandono da vertente autoritária para valorizar a participação de seus destinatários finais quanto à formação da conduta administrativa. O Direito Administrativo de mão única – monológico – caminha para modelos de colaboração: gestão associada, democrática e participativa (2006, p.263).

Segundo a teoria do discurso, a consolidação desse modelo dialógico e participativo passa pela implantação de canais institucionalizados e procedimentalizados capazes de estabelecer a comunicação entre a sociedade e o sistema administrativo (HABERMAS, 1995, p.117). Após discorrer sobre a legitimação do exercício do poder político do ponto de vista liberal e republicano, Habermas afirma que a teoria do discurso põe em cena uma terceira ideia:

[...] os procedimentos e pressupostos comunicativos da formação democrática da opinião e da vontade funcionam como as comportas mais importantes para a racionalização discursiva das decisões de uma administração limitada pela lei e pelo estatuto. A racionalização significa mais do que a mera legitimação, mas menos do que a constituição de poder político (1995, p. 119).

A democratização da Administração Pública passa pela evolução da noção democracia, a qual, se antes se constituía basicamente na escolha dos governantes pelo povo (democracia representativa), atualmente abrange também a escolha de como o povo quer ser governado (democracia participativa). Não se trata, por certo, de apregoar a substituição da democracia representativa pela participativa¹¹, mas sim de buscar um modelo democrático de Estado que concilie a racionalidade do sistema representativo, calcada no exercício periódico do direito ao voto, com os anseios de uma participação mais incisiva nos rumos tomados pela Administração Pública.

¹¹ A respeito da ideia de complementaridade entre a representação democrática e a técnica participativa, confira-se David Duarte (1996, p.112).

A consciência de que é necessário alargar o conceito de democracia, democratizando as relações do poder público com a sociedade civil, tem levado os doutrinadores¹² a afirmar que a participação na Administração Pública é característica essencial de um Estado de Direito que se qualifique como Democrático. Significa dizer que, muito além de apregoar-se a obediência à legalidade por parte do Estado, é necessário conferir legitimidade às decisões estatais, de modo a conquistar maior adesão dos cidadãos.

A ideia de complementaridade também permeia a suposta tensão entre o modelo burocrático e a abertura à participação. Segundo David Duarte, a “participação administrativa, que, na perspectiva organizacional, *consubstancia a superação do modelo burocrático*, determina-se como a participação que decorre no quadro da função administrativa” (1996, p.115, grifo nosso). Discorda-se do autor português porque se entende que a participação não representa a superação do modelo burocrático no sentido de “substituição”, o que seria deveras impensável. As estruturas burocráticas nas quais estão firmadas as bases da Administração Pública representam um avanço em relação à dita “Administração Patrimonial” e são necessárias para a racionalização e adequada materialização da atividade administrativa. O que ocorre é que a estrutura burocrática deve ser remodelada e adaptada para viabilizar a abertura de canais de comunicação decorrentes do fenômeno participativo. Os modelos, portanto, devem subsistir e complementar-se.

Assim, a necessidade de fortalecimento da democracia no âmbito da Administração Pública é ideia que permeia as reformas neoliberais desencadeadas a partir do último quarto do século passado, quando veio à tona a tensão entre burocracia e democracia antevista por Max Weber pelo fato de o estabelecimento de critérios rígidos e técnicos tender a afastar a Administração Pública do controle social e da participação popular direta (BENTO, 2003, p.83).

García de Enterría e Ramón Fernández enxergam na ideologia participativa um verdadeiro contraponto ao desenvolvimento dos sistemas burocráticos, pois contribui para a obtenção de um novo consenso, uma legitimidade nova, que permita superar a crise atual de autoritarismo nas esferas estatais:

As técnicas de participação eram, na realidade, várias e complexas e hoje tendem a desenvolverem-se ainda mais. Contribui para isso, por uma parte, a consciência da necessidade de uma interiorização (ou aproximação, ao menos) do poder na sociedade, substituindo a antiga separação entre sociedade e Estado, que foi a base da construção liberal, por uma “osmose” recíproca (Forsthoff). Em segundo lugar, e como um desenvolvimento do anterior, a exigência de “desalienar” o poder, de romper com o segredo e,

¹² Entre eles, destacam-se: DI PIETRO (1993, p.32), MOREIRA NETO (2007, p.257).

com ele, a autonomia burocrática, de lutar contra o risco imenso que o governo por burocratas supõe para nosso tempo, de trazer à luz a *Arkanverwaltung*, os *arcana principis*, onde se rompe a “identidade entre governantes e governados”, que é o grande dogma democrático e social contemporâneo. Finalmente, a conveniência, como técnica elementar de eficiência, de complementar, sem substituir, a tradição da Administração autoritária com uma Administração “participada” ou concertada¹³ (2006, p.84).

Diogo Figueiredo Moreira Neto também vislumbra a burocracia como elemento que distancia os indivíduos e grupos sociais das decisões que lhe dizem respeito. Segundo autor, “é a consciência desse distanciamento que tem provocado o crescente interesse em aperfeiçoar os métodos de participação existentes e em instituir novos, capazes de revertê-lo” (1992, p.19).

De fato, o modelo weberiano – embora tenha representado um grande avanço em relação ao pretérito modelo patrimonialista ao estabelecer critérios racionais para o exercício do poder, tais como competências oficiais fixas, princípio da hierarquia dos cargos e da sequência de instâncias, contratação impessoal de funcionários, que ingressam em um plano de carreira com previsão de estabilidade e vitaliciedade de seus cargos (BENTO, 2003, p. 82) – foi pensado e criado no contexto do Estado Liberal, calcado no princípio da separação entre sociedade e Estado, em que as atividades exercidas pelo Estado eram menos numerosas e complexas se comparadas àquelas que passaram a ser exercidas no Estado de Bem Estar Social. Como consequência, o Estado Social, ainda excessivamente atrelado ao modelo burocrático weberiano, tornou-se pesado e foi acusado de ineficiente.

No Brasil, após várias tentativas de reforma do aparelho estatal, o Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado (BRASIL, 1995) pretendeu reformar as estruturas estatais passando tanto pelo incremento da democracia participativa ou “mais direta” como pela substituição da administração pública burocrática pela gerencial. Segundo o ex-Ministro Luiz Carlos Bresser Pereira:

À medida que a proteção aos direitos públicos passava a ser dominante em todo o mundo, foi-se tornando cada vez mais claro que era preciso refundar a

¹³ No original: “Las técnicas de participación eran, en realidad, varias e complejas e hoy tienden a desarrollarse aún más. Contribuye a ello, por una parte, la conciencia de la necesidad de una interiorización (o acercamiento, al menos) del poder en la sociedad, sustituyendo la antigua separación entre sociedad y Estado, que fue base de la construcción liberal, por una “ósmosis” recíproca (Forsthoff). Em segundo término, y como un desarrollo de lo anterior, la exigencia de “desalienar” el poder, de romper el secreto y, con él, la autonomía burocrática, de luchar contra el riesgo inmenso que el gobierno por burocratas supone para nuestro tiempo, de sacar a la luz la *Arkanverwaltung*, los *arcana principis*, en donde se rompe la “identidad entre gobernantes y gobernados”, que es el gran dogma democrático y social contemporáneo. Finalmente, la conveniencia, como técnica elemental de eficiencia, de complementar, si no sustituir, la tradición de la Administración autoritaria con una Administración “participada” o concertada.”

República; que a reforma do Estado ganhava uma nova prioridade; que a democracia e a administração pública democrática – as duas instituições criadas para proteger o patrimônio público – tinham de mudar: **a democracia devia ser aprimorada para se tornar mais participativa ou mais direta**; e a administração pública burocrática devia ser substituída por uma administração pública gerencial (BRESSER PEREIRA, 1997, p.28) (grifo nosso).

O Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado previa como um dos objetivos para as “atividades exclusivas” o fortalecimento da adoção de mecanismos que privilegiassem a participação popular, seja na formulação, seja na avaliação de políticas públicas, viabilizando o controle social destas (BRASIL, 1995, p.46). Uma estrutura estatal moderna, ágil e permeável à participação popular é um dos objetivos do projeto de avaliação estrutural, sendo a participação popular, assim, vista como uma das formas de se alcançar a tão almejada eficiência da máquina estatal. Considerou o Plano Diretor que era necessário reformar o aparelho do Estado para o fim de garantir maior participação social e, como isso, melhor governança, entendida como “maior capacidade de governar, maior condição de implementar as leis e políticas públicas” (BRASIL, 1995).

Desde então, a “participação administrativa” vem despertando a atenção da doutrina brasileira e dos próprios governantes e legisladores, ainda que em atraso em relação ao desenvolvimento do assunto no direito comparado.

2.3 Escopos da participação

Muitos escopos são atribuídos à participação dos cidadãos no exercício da função administrativa. Sempre lembrado pela doutrina, o já mencionado incremento da legitimação da ação pública parece ser o núcleo central, do qual decorrem outros objetivos não menos relevantes.

O novo paradigma busca aliar o modelo tradicional da Administração Pública, calcado na imperatividade e unilateralidade dos atos administrativos, a formas mais participativas de administração, buscando, com isso, algumas vantagens dificilmente alcançadas de outro modo.

Heinrich Siendentopf, citado por Fabiana Menezes Soares (1997), bem sintetizou os objetivos da participação dos cidadãos em seis categorias: a) racionalização das decisões administrativas por meio de uma informação melhor e disponível; b) previsibilidade do cidadão quanto ao conteúdo das decisões administrativas; c) vontade reforçada da ação

administrativa por meio da publicidade e transparência; d) maior legitimação da decisão administrativa tomada; e) integração do cidadão e grupos de cidadãos à decisão administrativa tocada pelo bem comum; f) desenvolvimento da autodeterminação e da emancipação do cidadão na sua comunidade (1997, p.142).

Baseado nessa sistematização, David Duarte (1996) propõe a ordenação dos objetivos da participação em torno de três eixos principiológicos: princípio democrático (racionalização das decisões e controle da ação administrativa proporcionado pela abertura e transparência); princípio do Estado de Direito (previsibilidade do conteúdo da decisão pelo particular e possibilidade de defesa em tempo útil) e princípio do Estado Social (integração dos indivíduos na decisão do bem comum e desenvolvimento da sua autodeterminação e emancipação social) (1996, p.166).

Apesar de pouco mencionada pela doutrina, a autodeterminação e emancipação do cidadão em relação ao Estado são importantes escopos da participação administrativa, na medida em que a inserção do cidadão no processo decisório o torna corresponsável pela decisão, e não mero destinatário de algo que lhe foi imposto sem que pudesse, de alguma forma, influenciar o seu conteúdo. A questão foi analisada de forma apartada por David Duarte, para quem “A ideia fundamental é a de que, através da participação, ocorre um efeito social reflexo, verificável individualmente e que consiste na autorresponsabilização dos indivíduos participantes, na consequência da sua inserção nos processos decisórios” (1996, p.166).

Aos escopos listados e sistematizados pelos autores mencionados, acresça-se o papel que a participação exerce na busca pela melhor decisão possível para o caso concreto. A participação inicia uma relação comunicacional entre a Administração Pública e os particulares envolvidos; viabiliza a troca de informações por vezes desconhecidas de ambas as partes; antecipa eventuais equívocos que uma decisão unilateral e imposta poderia gerar e contribui para a formação compartilhada da decisão, na qual os interesses (públicos e privados) sejam adequadamente ponderados. Todos esses fatores somados influenciam para que a decisão assim tomada seja mais facilmente aceita pelos destinatários, porque precedida de processo dialógico e participativo.

A participação administrativa, como tudo que envolve a ciência do Direito, não pode ser tomada acriticamente pelos que se propõem a estudá-la. As vantagens e escopos da participação coexistem com os riscos que o fenômeno pode trazer para a adequada materialização da função administrativa. Os principais riscos, no que se relacionarem à disciplina da audiência pública, serão analisados no decurso do presente trabalho, mormente

aqueles relacionados à eficiência administrativa (item 4.2.5), à ausência de cultura participativa da sociedade brasileira; à captura dos movimentos sociais pelo Estado; à manipulação por minorias articuladas e à complexidade da vida moderna (item 4.6).

Longe de ser a solução para todos os problemas enfrentados pela Administração para realização da função administrativa, a participação do cidadão nos processos decisórios ao menos torna às claras o que sem ela seria feito em gabinetes, a “portas fechadas”. A participação de cidadãos em conselhos, a execução de parcela do orçamento de acordo com votação popular, a realização de consultas e audiências públicas para debates sobre assuntos relevantes da vida em comunidade, entre tantos outros canais participativos, tornam a atividade administrativa mais transparente na medida em que o público passa a conhecer e a ter acesso aos meandros burocráticos. Embora não seja o objetivo principal perseguido pela participação, a transparência talvez seja o efeito colateral mais notável do fenômeno participativo. Por isso, parece correto afirmar que a Administração que se abre à participação, no mínimo, expõe sua estrutura e publiciza sua intenção, o que se revela um interessante contraponto às críticas apostas à participação.

2.4 Densificação da “participação administrativa” e classificação

A análise a respeito do fenômeno participativo na Administração Pública deve passar pela densificação do que se entende por “participação”. Ainda que adstrito o estudo do fenômeno à participação na atividade administrativa, denominada “participação administrativa”, o termo permanece fluido, admitindo diversas formas e manifestações, a começar pela leitura dos mais variados institutos do Direito Administrativo sob o viés da participação. No sentido amplo, a “participação administrativa” corresponde a todas as formas de colaboração dos cidadãos ou de grupos sociais legitimados a agir em nome coletivo na atividade administrativa desempenhada pelo Estado. O âmbito dessa concepção varia, então, desde a participação do cidadão em processo administrativo que interfira em direito subjetivo por ele titularizado, decorrente do princípio do devido processo legal e seus consectários da ampla defesa e contraditório, até a participação por meio de canais de comunicação entre a Administração Pública e a sociedade, seja o indivíduo isolado, seja organizado em grupos e associações, na busca de interesses coletivos e difusos.

A questão da conceituação do instituto da participação passa, portanto, pela visão ampla ou restrita do fenômeno. Eduardo García de Enterría e Tomás-Rámon Fernández

distinguem a participação "*uti singulus*", do indivíduo na defesa de direitos subjetivos, da "*uti socius*" ou "*uti cives*", aquela relacionada ao interesse coletivo, esta última entendida como participação em sentido estrito (2006, p.83-84).

Por outro lado, Patrícia Baptista (2003), fazendo um contraponto à posição dos professores espanhóis, assevera que a "exclusão da defesa de direitos subjetivos do conceito de participação administrativa não é, porém, de todo sustentável", pois mesmo na participação guiada pelo direito subjetivo existe em alguma medida a defesa de interesses gerais, razão pela que algumas formas de defesa de direitos subjetivos não devem ser excluídas do conceito de participação administrativa (2003, p.169-170)¹⁴.

Contudo, entende-se que não se tratam de posições antagônicas, mas apenas de diferentes percepções do mesmo fenômeno. Na verdade, ambas as modalidades de participação fundamentam-se no "*right do be hearing*", que decorre do universal princípio da "*natural justice*". A participação "*uti singulus*", por sua vez, tem lugar em processos de caráter adversarial e fundamenta-se também no princípio do devido processo legal e seus consectários, incidentes na relação bilateral que se forma entre o Estado e o cidadão. Por esse motivo, diferentes amplitudes podem ter espaço no estudo do fenômeno participativo, a depender do objetivo proposto.

Trabalhando com o conceito de participação em sentido estrito (participação "*uti socius*" ou "*uti cives*"), os autores espanhóis propõem a seguinte classificação: a) participação orgânica: o cidadão se incorpora aos órgãos da Administração; b) participação funcional: o cidadão participa do exercício da função administrativa na qualidade de particular, sem incorporar-se a um órgão administrativa (os autores destacam as seguintes fórmulas administrativas: i) participação em "informaciones públicas", na hipótese de a Administração Pública tornar público um dado projeto para que os cidadãos emitam avaliações sobre ele¹⁵, ii) denúncias de diversos tipos, iii) exercício de ações populares e iv) petições ou propostas); c) participação cooperativa: o cidadão não se integra à organização pública, pois atua como sujeito privado, nem exercita funções materialmente pública, mas atividade estritamente privada. Envolve colaboração voluntária em programas ou atividades

¹⁴ Vale registrar que os autores espanhóis não negam o entrelaçamento entre as duas espécies de classificação propostas. Segundo eles, assim como quem luta pelo seu direito defende a ordem jurídica geral e impõe à Administração a observância do ordenamento, quem atua como cidadão, como membro da sociedade, o faz com frequência em atenção ao seu próprio interesse singular (ENTERRÍA e FERNÁNDEZ, 2006, p.83-84).

¹⁵ Explicam os autores que as "informaciones públicas" se tratam de procedimento que visa suscitar a formulação de demandas sociais sobre a matéria de que se trate, de antecipar os possíveis interesses que possam ser afetados, aceitação ou repulsa sobre um determinado projeto ou mesmo o conhecimento de eventuais alternativas que possam parecer preferíveis (2006, p.91).

que Administração Pública patrocina ou promove (fomento administrativo) (ENTERRÍA e FERNÁNDEZ, 2006, p.85-94).

Na verdade, quanto à classificação da participação administrativa, não há, na doutrina jurídica estrangeira e nacional, uniformidade no tocante à abordagem da matéria, encontrando-se diversas classificações, a depender do critério adotado por cada autor. Nesse sentido, Jean Pierre Ferrier, já no ano de 1974, relatava a diversidade de classificações desde Bernard Gény:

Há muito tempo, estes esboços de participação foram objeto de tentativas de classificação. Bernard Gény já distinguia as formas mais complexas de colaboração dos administrados da simples consulta, “colaboração das atividades privadas no âmbito do poder administrativo”. Mais precisas, outras classificações foram propostas conforme o modo de intervenção dos cidadãos ou do tipo da contribuição à tomada de decisão. Pode-se igualmente escolher como critério a natureza da decisão da qual pode participar o administrado, ato regulamentar ou individual, ou a natureza da participação, direta ou indireta (1974, p.667) (tradução livre)¹⁶.

Na tentativa de traçar um panorama sobre a matéria, passa-se a discorrer sobre as classificações elaboradas pelos principais autores que trataram do assunto.

David Duarte, após propor três tipos diferentes de participação administrativa (interna, externa e interorgânica), além da “participação oculta ou semi-institucionalizada”, afirma que o núcleo intenso da participação no procedimento¹⁷ é composto pela defesa procedimental e pela participação procedimental *stricto sensu*, sendo que nesta última estão os elementos fundamentais justificantes do incremento administrativo da participação, como o estreitamento da relação entre a Administração e a sociedade e a garantia de presença no procedimento dos destinatários afetados. Ainda segundo o autor, a diferenciação entre defesa procedimental e participação procedimental tem levado ao afastamento da primeira como

¹⁶ No original: “Depuis longtemps, ces ébauches de participation ont fait l’objet de tentatives de classification. Bernard Gény, déjà, distinguait les formes plus poussées de collaboration des administrés, de la simple consultation, ‘collaboration des activités privées à ‘la surface’ du pouvoir administratif’. Plus précises, d’autres classifications ont été proposées d’après le mode d’intervention des citoyens ou le type de leur apport à la prise de la décision. On peut également choisir comme critère la nature de la décision à laquelle peut participer l’administré, acte réglementaire ou individuel, ou la nature de la participation, directe ou indirecte”.

¹⁷ Para o autor, a “generalidade das categorias apontadas de participação administrativa podem ser incluídas no quadro de um denominador comum, referenciável como participação no procedimento ou participação procedimental em sentido amplo.” (1996, p.118). Não se olvide, ainda, a relação umbilical que une a participação ao procedimento, conforme registro por Luísa Cristina Pinto e Netto: “A ligação entre procedimento e participação é umbilical, o procedimento é o principal instrumento pelo qual os cidadãos participam do exercício da atividade administrativa.” (2009, p.80) A autora propõe o seguinte conceito de participação procedimental: “Neste contexto, a participação procedimental, espécie da participação administrativa, categoria medular do procedimento, pode ser entendida como intervenção do particular que, mantendo sua exterioridade em relação ao aparato administrativo, toma parte na atuação administrativa, colaborando no seu *iter*, pode ser levada a cabo individualmente, com caráter mais voltado à defesa de posições subjetivas, ou de forma coletiva, no sentido de colaborar com a atuação administrativa, como dito anteriormente” (2009, p.80).

técnica participativa, conforme posição praticamente consensual na doutrina espanhola (DUARTE, 1996, p.118 e 136)¹⁸.

Muitos autores, contudo, não partem do mesmo ponto de partida – diferenciação entre participação singular e social – utilizado pelos autores mencionados.

Jean Pierre Ferrier (1974) distingue três níveis de participação do cidadão na decisão administrativa, correspondente às três concepções da democracia: a participação ideológica, equivalente à clássica noção de democracia representativa, por meio da qual o cidadão elege o seu representante para ser seu mediador perante a Administração Pública, participando apenas mediatamente das decisões administrativas; a participação psicológica, que se refere à influência na decisão exercida pelo eleitor sobre o eleito, observável em pequenos territórios, como as comunas e, por fim, a participação direta, na qual não existe mediador entre a Administração e o cidadão. Segundo o autor francês:

Nesse caso, sem que o administrado tome ele mesmo a decisão – que pode se produzir, todavia, pela cogestão, ideal raramente realizado – lhe é reconhecido um papel, de consulta, no mais das vezes ou pelo menos um direito: de fazer conhecida sua opinião relativamente à uma decisão que lhe toca diretamente (1974, p.663) (tradução livre)¹⁹.

Utilizando o critério da natureza da participação, Ferrier subdivide o último nível de participação do cidadão na atividade administrativa em direta, a qual engloba o direito de defesa (*les droits de la défense*) e as enquetes, e indireta, correspondente à participação nos órgãos consultivos e na cogestão. Percebe-se que o autor classifica na mesma modalidade (“participação direta”) espécies que foram apartadas pelos autores espanhóis (participação “*uti socius*” e “*uti singulus*”).

No Brasil, Maria Sylvia Zanella Di Pietro (1993), uma das pioneiras na construção doutrinária da matéria no país, analisa a participação popular no Estado Liberal, Social e Democrático de Direito, afirmando que neste último ela ocorre por meio da atuação dos cidadãos diretamente na gestão e controle da Administração Pública. Por isso, a autora

¹⁸ No ponto, merece registro que o uso da expressão “participação no procedimento” ou “participação procedimental” é coerente com a tradição portuguesa de, diferentemente do Brasil, reservar a expressão “processo administrativo” para as ações judiciais manejadas “por ou contra entidades administrativas em relação a controvérsias tendo por objeto situações reguladas pelo Direito Administrativo”, conforme alerta feito por Sérvulo Correia no prefácio da obra “Participação administrativa procedimental – natureza jurídica, garantias, riscos e disciplina adequada”, de Luísa Cristina Pinto e Netto (2009, p.14). Para aprofundamento do emprego das expressões “procedimento administrativo” ou “processo administrativo”, confira-se a citada obra da administrativista (2009, p.53-61).

¹⁹ No original: “Dans ce cas, sans que l’administré prenne lui-même la décision – ce que peut se produire, toutefois, et l’on arrive alors à la cogestion, idéal rarement réalisé – on lui reconnaît un rôle, consultatif le plus souvent, ou tout au moins un droit: celui de faire connaître son opinion relativement à une décision que le concerne directement”.

defende que “a participação popular é uma característica essencial no Estado Democrático, porque ela aproxima mais o particular da Administração, diminuindo ainda mais as barreiras entre o Estado e a sociedade” (1993, p.32).

A administrativista trabalha com a divisão sugerida por Jean Pierre Ferrier (1974) entre a participação direta, realizada sem a presença de intermediários eleitos – por exemplo, o direito de ser ouvido e a enquete (consulta à opinião pública sobre assunto de interesse geral) – e a participação indireta, realizada por meio de intermediários, eleitos ou indicados, como, por exemplo, a participação popular em órgão de consulta e em órgão de decisão. A esses a autora acresce, ainda, a participação por meio do ombudsman²⁰ e por via do Poder Judiciário. Di Pietro propõe a instituição de um ombudsman no Brasil à semelhança do modelo escandinavo, por entender que “não tem produzido grandes resultados os ombudsman (sic) brasileiros disfarçados sob as vestes de Tribunal de Contas, Ministério Público, Congresso Nacional e órgãos esparsos” (1993, p.39).

Sob outro viés, Fabiana Menezes Soares (1997) entende que emergem duas formas de participação, uma na fase preparatória e outra na fase de decisão, as quais possuem dois graus de intensidade: participação não vinculante, que ocorre previamente nos processos decisórios por meio de informações propostas, exposições, protestos e consultas que não implicam necessariamente uma decisão conforme o conteúdo deliberado; e participação vinculante: participação no poder de decisão, o que implica limitações no exercício do poder de direção. Para a autora, neste caso, as consultas populares, audiências públicas e conselhos com representantes dos setores populares “intervêm diretamente na tomada decisão do Poder Público” (1997, p.153-154)²¹.

O presente trabalho cuidará de analisar o sentido restrito da “participação administrativa”, a participação “*uti socius, uti civis*”, na expressão empregada por García de Enterría e Tomás-Ramón (2006), isto é, voltada para a influência que a sociedade exerce, por meio de canais de comunicação institucionalizados, sobre os processos decisórios da Administração Pública na persecução de interesses públicos coletivos ou difusos e do bem

²⁰ Segundo Di Pietro, o “ombudsman nasceu nos países escandinavos e passou para outros países com denominações diversas, como mediador, ouvidor geral, defensor do povo, ‘prokuratura’. O ombudsman (intermediário, representante) é um órgão de proteção dos cidadãos ligado ao Parlamento e que detém uma série de prerrogativas de controle da Administração Pública. Embora designado pelo Parlamento, ele atua com independência e sem muito formalismo. Ele recebe as denúncias dos administrados mas pode agir *ex officio* quando toma conhecimento de irregularidades por outros meios, como inspeções ou simples leitura de jornais. Verificando a irregularidade, ele não tem poder repressivo nem pode anular ou revogar o ato praticado pela autoridade pública” (1993, p.36).

²¹ A respeito do caráter consultivo ou deliberativo da audiência pública, vide item 2.5.2 do capítulo 2 do presente trabalho.

comum, por se entender ser a mais didática e na qual se insere o objeto da presente pesquisa. A participação viabilizada por meio da audiência pública, assim, pode ser classificada como participação social “*uti socius, uti civis*” e funcional, na categoria de “informaciones públicas”, segundo a classificação dos autores espanhóis.

2.5 Participação e Governança

Como já ressaltado, o esgotamento do modelo tradicional de gestão herdado do Estado Liberal, fundado, entre outras características, na imperatividade, separação entre Estado e sociedade e concentração do poder, deu azo ao surgimento do fenômeno participativo no âmbito das Administrações Públicas do Ocidente. Esse contexto de transição de paradigmas foi propício ao surgimento da noção de “governança”, termo relacionado à nova postura do Estado no que diz respeito ao exercício do poder. Jacques Chevallier (2009), ao tecer considerações finais em seu ensaio sobre “O Estado pós moderno”, relaciona as noções de governabilidade e governança com as condições do exercício do poder estatal nas sociedades que ingressaram na era da pós-modernidade. Em suas palavras:

As técnicas clássicas de governo, caracterizadas pela imposição unilateral de uma dominação, não coincidem mais com os novos equilíbrios das sociedades contemporâneas: enquanto o princípio da soberania estatal tende a se erodir, as organizações de toda natureza estão à procura de novas tecnologias de poder, **que é doravante adequado de enquadrar sob o termo “governança”** (2009, p.273).

Chevallier alerta para os múltiplos sentidos que o vocábulo “governança” comporta, todos carregados de uma dimensão prescritiva. O autor cita três fórmulas, provenientes do “Além-Atlântico”: *Corporate Governance* (a governança de empresa); *Good Governance* (a boa governança); *Global Governance* (a governança global) (2009, p.273).

Aplicada no âmbito estatal, “governança” é a expressão utilizada para designar um novo modelo de exercício do poder pelo Estado na contemporaneidade, calcado, basicamente, na democratização de suas relações internas e externas no curso dos processos decisórios. Para tanto, o modelo propõe o compartilhamento de decisões tanto entre os atores estatais competentes para atuar nos processos decisórios – com a substituição, quando possível, de modelo de gestão fortemente hierarquizado e vertical, por outro, “transversal” e participativo – quanto entre os atores sociais interessados na construção conjunta do interesse público.

Pode-se afirmar que governança equivale à participação se considerarmos a expressão “participação” em sentido alargado, a envolver a abertura do aparato estatal à influência de outros atores, sejam eles internos ou externos, que passam a ser integrados e articulados aos processos decisórios.

Não se trata, por certo, como já se disse com relação à administração participativa, de substituição do modelo “tradicional” pela governança democrática. Os modelos coexistem, bastando lembrar que há inúmeras situações em que a imperatividade deve prevalecer para garantir a ordem social e a manutenção do interesse público. Como registrado por Jacques Chevallier, “os procedimentos de governança vêm se juntar às técnicas do governo clássicas, das quais eles adotam as formas e seguem os procedimentos; trata-se, portanto, bem mais de uma adaptação dessas técnicas ao novo contexto social do que de uma ruptura com as mesmas” (2009, p.276).

Chevallier, citando J. G. Padioleau, traz interessante distinção entre dois tipos de governança: “governanças instrumentais”, que visariam à eficácia da ação pública, e “governança procedimentais”, que tenderiam a abrir a ação pública aos cidadãos, aos grupos, às comunidades, na esteira da ideia de “democracia processual” de Habermas” (2009, p.276-277).

No direito brasileiro, o uso da expressão “governança” é relativamente recente. O Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado (BRASIL, 1995) tinha como uma de suas bandeiras o reforço à governança. O Plano partiu do princípio que o governo brasileiro carecia de governança – limitada que se encontrava pela ineficiência da máquina administrativa – e não de governabilidade.

Considerando esta tendência, pretende-se reforçar a governança - a capacidade de governo do Estado - através da transição programada de um tipo de administração pública burocrática, rígida e ineficiente, voltada para si própria e para o controle interno, para uma administração pública gerencial, flexível e eficiente, voltada para o atendimento do cidadão. O governo brasileiro não carece de “governabilidade”, ou seja, de poder para governar, dada sua legitimidade democrática e o apoio com que conta na sociedade civil. Enfrenta, entretanto, um problema de governança, na medida em que sua capacidade de implementar as políticas públicas é limitada pela rigidez e ineficiência da máquina administrativa (BRASIL, 1995, p.13-14).

Percebe-se que o sentido da expressão “governança” no Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado é diferente daquele utilizado por Chevallier (2009), pois se vincula à capacidade do Estado de governar com eficiência a máquina estatal. Por essa razão, dizia-se que um dos objetivos do Plano era incrementar a governança do Estado, isto é, a eficiência na execução das políticas públicas.

Mais recentemente, o tema veio à tona com o Anteprojeto de Lei Orgânica da Administração Pública Federal, cujas diretrizes nortearam a tentativa de remodelação da Administração Pública e sua readequação ao contexto do Estado Democrático de Direito. Maria Coeli Simões Pires, uma das juristas da Comissão responsável pela elaboração do anteprojeto, afirma que a governança consiste em um conjunto de meios e processos ou formatos de gestão que tendem a conferir maior transparência e legitimidade à atuação estatal por meio da participação dos atores sociais nas decisões públicas (PIRES, 2010, p.184). A autora realça os aspectos da articulação, transparência e participação inerente à governança pública:

Independentemente do modelo que assuma, uma governança pública democrática pressupõe articulação intensa e transparente dos diversos autores e núcleos de poder, participação responsável dos interessados (em processo de autorregulação) para a consecução da eficiência legítima, tudo com o propósito de construção de uma rede de tentáculos da ação pública, na acepção lata da expressão, a partir de matrizes cognitivas e normativas compartilhadas (PIRES, p.184).

A professora relaciona a ideia de governança democrática à necessidade de alteração de algumas práticas decisórias no âmbito do sistema administrativo, para que elas possam refletir o interesse público que emerge da complexidade social. “Nesse sentido, é a trilha da processualidade administrativa que se abre para o percurso de densificação do princípio dialógico discursivo” (PIRES, 2010, p.185).

Assim, a superação de práticas autoritárias e unilaterais e a abertura à participação social nos processos decisórios passa pela noção de governança democrática, que vem se firmando como uma tendência de gestão preocupada com o compartilhamento da autoridade e a democratização de suas estruturas.

2.6 A experiência do Estado de Minas Gerais

Dado esse panorama do fenômeno participativo, a experiência atual do Estado de Minas Gerais no tocante ao incentivo à participação social nos processos decisórios merece ser citada no presente trabalho, tendo em vista que, com esse propósito, após os modelos do “Choque de Gestão” (2003-2006) e do “Estado para Resultados” (2007-2010), a atual

administração avança na “Gestão para Cidadania”, voltada para o fortalecimento da governança democrática no âmbito do Poder Executivo²².

O novo modelo de gestão democrática vem sendo implementado no Estado de Minas Gerais por meio da organização do “Estado em Rede”²³, cujo propósito é articular atores públicos e privados, societários e empresariais na condução das decisões que envolvem o interesse público.

Nesse contexto, vários instrumentos de governança (chamados “instrumentos do modelo de Administração Transversal de Desenvolvimento”) foram institucionalizados pela Lei Delegada n. 180, de 20 de janeiro de 2011²⁴, a saber: (i) Comitês Temáticos; (ii) Fóruns Especializados de Políticas Públicas; (iii) Conferências Participativas de Políticas Públicas; (iv) Audiências Públicas; (v) Consulta Pública; (vi) Conselhos de Políticas Setoriais; (vii) Portais Institucionais, integrantes de sistemas oficiais, sistemas de informações e base de indicadores da governança; (viii) Agenda de Melhorias; (ix) Câmaras Multissetoriais de Políticas Públicas; (x) Unidades Administrativas Regionais; (xi) Desconcentração do Monitoramento da Estratégia Governamental, sob coordenação; (xii) Conferência de Serviços, além de “outros instrumentos correlatos, desde que oficializados ou integrados por processos colaborativos formais” (art. 5º) e dos sistemas setoriais e redes de integração institucional e social, tratados nos arts. 3º e 4º da Lei Delegada²⁵.

²² Art. 2º da Lei Delegada n. 180/2011: “Para a consecução dos objetivos de que trata o art. 1º desta Lei Delegada, o Poder Executivo, sem prejuízo da observância das diretrizes de equilíbrio fiscal e da gestão para resultados, adotará o modelo de gestão transversal de desenvolvimento, orientado pelas diretrizes de colaboração institucional e de intersetorialidade no âmbito governamental e extragovernamental; de transparência administrativa e participação social; de qualidade do gasto, eficiência e compartilhamento na gestão; e de melhoria dos indicadores institucionais, administrativos, econômicos, sociais e humanos, com ênfase nas prioridades estratégicas do Governo, regionais ou setoriais, observados o Plano Mineiro de Desenvolvimento Integrado - PMDI - e o Plano Plurianual de Ação Governamental - PPAG”.

²³ As expressões “sociedade em rede” e “Estado em rede” são atribuídas a Manuel Castells e possuem como pano de fundo a “Era da Informação” surgida a partir dos anos 60 e início dos anos 70, fruto da reunião de três eventos independentes: revolução da tecnologia da informação, crise econômica do capitalismo e do estatismo e apogeu de movimentos sociais culturais (OLIVEIRA e SCHWANKA, 2008, p.34). Os autores, citando Castells, afirmam que “Estado em rede é o Estado caracterizado pelo compartilhamento de autoridade em uma rede”.

²⁴ A Lei Delegada n. 180/2011 dispõe sobre a estrutura orgânica da Administração Pública do Poder Executivo do Estado de Minas Gerais e dá outras providências.

²⁵ Sistemas setoriais consistem na integração de órgãos e entidades agrupados nas áreas temáticas básicas da função administrativa e da governança institucional do Poder Executivo: de planejamento, gestão e finanças; de direitos sociais e cidadania e de desenvolvimento sustentável. Os sistemas setoriais poderão formar redes de integração institucional e social, as quais, organizadas de modo integrado e matricial, atuam em articulação com a sociedade civil e, no que couber, com órgãos e entidades de outras esferas federativas. Segundo o art. 4º, § 2º, da Lei Delegada em questão, são as seguintes as redes prioritárias da gestão transversal do desenvolvimento no âmbito do Poder Executivo: (I) Rede de Governo Integrado; (II) Rede de gestão eficiente e eficaz e de qualidade e equilíbrio do gasto; (III) Rede de atendimento em saúde; Rede de educação e desenvolvimento do capital humano e Rede de desenvolvimento social, proteção, defesa e segurança; (IV) Rede de infraestrutura; Rede de desenvolvimento rural; Rede de desenvolvimento sustentável e de cidades; Rede de tecnologia e inovação e Rede de identidade mineira.

Dos mencionados instrumentos, a Consulta Pública e a Conferência de Serviços foram regulamentados, com o escopo de fixar contornos mínimos acerca do *iter* processual de cada qual e uniformizar a atuação de todos os órgãos e entidades da estrutura do Poder Executivo²⁶:

(i) O Decreto n. 45.602, de 13 de maio de 2011, dispõe sobre o processo de Consulta Pública no âmbito da Administração Direta, Autárquica e Fundacional do Poder Executivo. Nos moldes em que delineada pelo Decreto, a consulta pública mineira restringe-se à participação de órgãos, entidades ou pessoas naturais na elaboração de atos administrativos normativos ou de anteprojetos de lei de interesse geral e caráter especial, além de atos administrativos concretos nos casos previstos em lei, como, por exemplo, a consulta pública anterior à aprovação do Plano Estadual de Parcerias Público-Privadas pelo Governador do Estado, prevista no art. 7º da Lei Estadual n. 14.868, de 16 de dezembro de 2003. A participação ocorre por meio de alegações escritas (meio eletrônico ou postal), o que corrobora uma das distinções entre a consulta pública e a audiência pública propostas no item 4.5 da presente pesquisa.

(ii) O Decreto n. 45.757, de 7 de outubro de 2011, dispõe sobre a Conferência de Serviços no âmbito do Poder Executivo. Segundo a regulamentação, a Conferência de Serviços é o instrumento de gestão transversal de desenvolvimento voltado para a decisão compartilhada, de caráter interinstitucional ou intersetorial, que simplifica a processualidade administrativa mediante participação concomitante de todos os agentes decisórios e dos responsáveis pela instrução técnico-jurídica, observada a natureza do objeto e a compatibilidade do procedimento e de sua formalização com a legislação pertinente. Em artigo intitulado “Governo Integrado”, Maria Coeli Simões Pires (2011) realça o fortalecimento do novo modelo de gestão proporcionado pela Conferência de Serviço, inspirado em experiências de gestão da Itália e de Portugal, com as adaptações próprias à realidade brasileira:

Essa inovação administrativa reforça a ruptura com o modelo clássico de gestão, rigidamente hierarquizado e verticalizado, para promover uma gestão compartilhada, de forma horizontal, com a participação dos agentes públicos envolvidos na ação governamental, assumindo responsabilidades comuns e cumprindo prazo, metas e objetivos (2011, p.7)²⁷.

²⁶ Além da Consulta Pública e da Conferência de Serviços, podem ser citados o projeto “Movimento Minas”, portal da internet que pretende viabilizar um espaço de diálogo com o cidadão mineiro, e o “Portal da Transparência”, que disponibiliza as receitas e despesas do Estado de Minas Gerais. Disponível em: <<http://www.movimentominas.com.br/>> e <<http://www.transparencia.mg.gov.br/>>. Acesso em: 26 jan. 2012.

²⁷ A Conferência de Serviços, não é demais registrar, encontra-se igualmente prevista no “Anteprojeto de Lei Orgânica da Administração Pública Federal e Entes de Colaboração”, na mesma linha daquela adotada pelo normativo mineiro. Analisando o instituto sob o prisma filosófico, Maria Coeli Simões Pires escreveu que a

O novo marco da administração estadual coaduna-se com os desafios enfrentados pelo Direito Administrativo na atualidade, mais especificamente na vertente que visa conferir maior relevo e importância à participação de atores sociais nos processos decisórios. Em artigo publicado na imprensa mineira, Antonio Augusto J. Anastasia realça a importância do diálogo e da transparência na (re)construção do Direito Administrativo no paradigma do Estado Democrático de Direito, efetivamente comprometido com a cidadania plena e a participação cidadã para a descoberta do interesse público constantemente transformado pela complexidade social. Ao final do ensaio, lembra o professor a saudosa lição de Paulo Neves de Carvalho: “ou o Direito Administrativo serve para a vida ou ele não serve” (ANASTASIA, 2011, p.9).

É nesse contexto de abertura da Administração Pública à participação social e ao compartilhamento de decisões com os cidadãos que se insere o objeto do presente estudo: a audiência pública no exercício da função administrativa.

“Conferência de Serviço pode responder aos dilemas que se apresentam no curso dos processos decisórios, sabendo-se, com Boaventura Santos, do caráter essencialmente trágico das escolhas no ciclo das políticas públicas, em campo pragmático” (PIRES, 2010, p.195).

3 AUDIÊNCIA PÚBLICA

3.1 Histórico

A origem das audiências públicas, tal como difundida nos dias atuais, remonta ao “direito de ser ouvido” (“*right to be heard*”, com as variações encontradas na doutrina estrangeira: “*right to a fair hearing*”, “*right to hearing*”).

O “direito de ser ouvido” é um dos princípios mais antigos do direito anglo saxão, sendo considerado, para além de uma vertente do princípio da justiça natural (“*natural justice*”), também um direito constitucional básico. Com base em uma pitoresca máxima do Direito, a doutrina costuma afirmar que a primeira aplicação do princípio ocorreu no Jardim do Éden. Bernard Schwartz relata que em sentença datada de 1723, um juiz inglês buscou no direito divino a necessidade de ouvir a parte interessada antes do julgamento, argumentando que até Deus não “sentenciou” sem antes conferir a Adão a oportunidade de defender-se (1991, p.224)²⁸.

Segundo Wade e Forsyth, o “*right to a fair hearing*” tem sido utilizado há séculos pelas Cortes inglesas como fundamento do procedimento administrativo justo, comparável ao “*due process of law*” da Constituição dos Estados Unidos, ao entendimento de que órgãos providos de poderes legais não podem exercê-los validamente sem antes ouvir a pessoa afetada (2009, p.402).

Como desdobramento do princípio da justiça natural, o “direito de ser ouvido” não se restringe ao âmbito dos Tribunais, estendendo-se a outras searas, estatais ou não, em que existam sujeitos investidos de autoridade cuja decisão possa afetar a esfera jurídica de outrem. Wade e Forsyth (2009) relatam que a doutrina do “direito de ser ouvido” encontrou vasto campo de aplicação na proteção dos direitos de membros de sindicatos (“*trade unions*”) contra expulsões injustas e outras penalidades. Entendia-se que os fundamentos do princípio da justiça natural estariam implícitos no contrato de admissão dos membros da associação (2009, p.404)²⁹.

²⁸ No original: “In 1723, an English judge traced the principle to divine law itself: “[E]ven God himself did not pass sentence upon Adam before he was called upon to make his defense. Adam (says God) where art thou? Hast thou not eaten of the tree, whereof I commanded thee that thou shouldst not eat” (1991, p.224).

²⁹ Os autores relatam a fala de Denning LJ perante o comitê dos sindicatos: “These bodies, however, which exercise a monopoly in an important sphere of human activity, with the power of depriving a man of his livelihood, must act in accordance with the elementary rules of justice. They must not condemn a man without giving an opportunity to be heard in his own defense: and any agreement or practice to the contrary would be invalid”(2009, p.404).

Segundo os autores, igualmente contribuiu para a ampla aplicação do princípio da justiça natural o alargamento do número de autoridades administrativas a partir do século XIX e XX e, conseqüentemente, dos poderes administrativos nas mãos dessas autoridades passíveis de afetar direitos e interesses dos indivíduos, os quais só poderiam ser validamente exercidos após a justa audiência da parte interessada (WADE e FORSYTH, 2009, p.405).

Na Inglaterra dos anos 50 observou-se um retrocesso do princípio da justiça natural em relação à ação administrativa. Em dois julgamentos³⁰, a “*House of Lords*” entendeu que o direito de ser ouvido não se aplicava à ação administrativa comum, a não ser que ela pudesse ser considerada “*judicial*” ou “*quasi-judicial*”. A respeito do significado da ação administrativa “*judicial*” e “*quasi-judicial*”, explicam Wade e Forsyth (2009) que a primeira é aquela que afeta direitos do indivíduo ou aplica sanções, ao passo que a segunda é um epíteto para os poderes que, embora administrativos, são exercidos como se fossem judiciais, isto é, de acordo com o princípio da justiça natural. Na década seguinte a confusão causada pelo uso artificial da palavra “*judicial*” para descrever funções administrativas foi superada e voltou-se a considerar que qualquer decisão que afete direitos individuais deve observar o princípio da justiça natural de oitiva prévia do indivíduo afetado, sob pena de ser considerada nula³¹. O mero fato de o poder ser passível de afetar direitos ou interesses individuais exige que seu exercício ocorra de acordo com o procedimento requerido pelo princípio da justiça natural (2009, p.407-415).

Em muitos casos as Cortes aplicam o princípio da justiça natural como forma de complementar os procedimentos legais que, embora prevejam a audiência da parte interessada, por vezes não prevêm de maneira detalhada o procedimento (WADE e FORSYTH, 2009, p.421)

Assim, observa-se que, em sua versão inicial, o “*right to be heard*” surge como proteção dos indivíduos isoladamente considerados que se encontrem em alguma situação de possibilidade de restrição de seus direitos. Abarca princípios que tutelam direitos individuais contra a força do Estado ou de entidades que detenham poderes sobre seus membros.

Segundo Agustín Gordillo (2003), a extensão do princípio da audiência individual para o princípio da audiência pública é verificada primeiramente no direito anglo saxão. No

³⁰ *Nakkuda Ali v. Jayaratne* (1951), sobre a cassação da licença de um comerciante têxtil, em que se considerou a desnecessidade do “*fair hearing*” e *R. v. Metropolitan Police Commissioner ex p. Parker* (1953), sobre a cassação da licença de um motorista de táxi sem que fosse permitido a este arrolar testemunhas para contraditar a acusação.

³¹ O caso emblemático do restabelecimento do “*right to be heard*” é *Ridge v. Baldwin* (1963), sobre a demissão de um chefe de polícia sem oportunidade de defesa prévia.

direito inglês, se fundamenta no princípio da justiça natural e, no direito norte-americano, na garantia do devido processo legal. Em suas palavras:

Mas o direito comparado já há muito introduziu uma segunda forma de cumprir o antigo princípio *audi alteram partem* e é a necessidade política e jurídica de escutar o público antes de adotar uma decisão, quando ela consistir em uma medida de caráter geral, um projeto que afeta o usuário ou a comunidade, o meio ambiente, etc (2003, p.XI-2)³².

Pode-se afirmar, portanto, que a audiência pública é fruto da evolução do princípio do devido processo legal, que, se inicialmente foi pensado em uma perspectiva estritamente individual, passa a enveredar-se em uma dimensão pública, a partir do momento em que se estende o “direito de ser ouvido” (“*right to be heard*”) aos cidadãos interessados na construção conjunta de uma decisão estatal. Trata-se também de uma evolução do secular princípio *audita altera parte*, segundo o qual se deve ouvir previamente o interessado antes da tomada de decisão que lhe afete, diretriz atualmente englobada pelo princípio do devido processo legal em seu sentido substantivo.

A própria etimologia da palavra indica o propósito das audiências públicas, já que “audiência” vem de “*audire*”, que significa ouvir, o que vai ao encontro da finalidade da audiência pública, que não é outra a não ser ouvir os cidadãos e os grupos sociais legitimados à atuação coletiva em matérias que lhes interessem, de modo que possam influenciar a tomada de decisão pela autoridade pública.

Na América Latina, pode-se afirmar que o surgimento da audiência pública como instrumento de participação popular é fenômeno relativamente recente, o que se justifica pelo passado marcado por ditaduras militares e pelo afastamento da população da vida pública. A inserção das audiências públicas no ordenamento coincide, portanto, com o processo de redemocratização dos países latino-americanos.

Em estudo publicado em 1981 sobre a participação na América Latina, Agustín Gordillo mostrava seu descontentamento com a ausência das audiências públicas nos textos legais e na prática administrativa:

No caso da audiência pública, não encontramos em geral reconhecimento constitucional ou legislativo e às vezes nem sequer doutrinário, tampouco expediência concreta generalizada, no sentido de que deve igualmente permitir-se expor razões e produzir provas aos destinatários da medida, antes que a administração emita uma norma geral ou aprove um projeto que afete um setor da comunidade (tipicamente os projetos que modificam o equilíbrio

³² No original: “Pero el derecho comparado ya de antano introduce una segunda forma de cumplir con el antiguo principio *audi alteram partem* y es la necesidad política y jurídica de escuchar al público antes de adoptar una decisión, cuando ella consiste en una medida de carácter general, un proyecto que afecta al usuario o a la comunidad, al medio ambiente, etc.”

ecológico, os projetos de reforma urbanísticas: rodovias, aeroportos, etc) (1981, p.35)³³.

No Brasil, a primeira tentativa que se tem notícia de incorporação da audiência pública ao exercício da função administrativa ocorreu em 1965, quando o Procurador Geral do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), Paulo Germano Magalhães, apresentou um projeto de Portaria instituindo a prática das audiências públicas na entidade, à semelhança do que já ocorria no “*Federal Trade Commission*” do sistema norte-americano. Por meio delas, seriam ouvidos “depoimentos voluntários a respeito de ocorrências passíveis de serem capituladas como abusos do poder econômico, ou de interesses para o exercício das atribuições do órgão, cometidas pela Lei n. 4.137, de 10 de setembro de 1962”, segundo o art. 1º do projeto de Portaria, que tramitou por meio de processo n. 20.429-65 (BRASIL, 1968).

Observa-se do voto do Conselheiro Relator, Raul de Góes, proferido em 27 de março de 1968, fundamentos de ordem material e política. Pelo primeiro, a Portaria foi rejeitada porque, segundo informado pelo Sr. Diretor-Executivo, “o CADE, no momento, não dispõe de instalações materiais para o atendimento das Audiências Públicas sugeridas pelo douto Procurador-Geral. Acresce a circunstância de o Pessoal do Conselho ser ainda insuficiente para êle se acrescer a incumbência da nova atividade proposta” (BRASIL, 1968, p.382). Pelo segundo, o projeto foi rejeitado porque apresentaria “dissonâncias inconciliáveis” com as normas que regulamentam o processo administrativo no CADE (Lei n. 4.137/62³⁴, Decreto n. 52.025/63 – Regulamento e Decreto n. 53.670/64 – Regimento Interno), que instituem o “critério reservado” das investigações preliminares. Nas palavras do Conselheiro Relator:

Ora, o projeto de Portaria oferecido pela Ilustrada Procuradoria, *data venia*, não encontrou respaldo na Lei ou no regulamento, senão que com os mesmos apresenta dissonâncias irreconciliáveis. Basta notar que, enquanto as investigações preliminares efetuadas pelo CADE, em busca, ainda, do real motivo para instauração do processo, obedecem a critério reservado, a ponto de não permitirem nem mesmo “a intervenção do indiciado”, o projeto de Portaria cuida, inicialmente, de uma “Audiência Pública”, aberta à “participação de todos os interessados, plenamente livre à ação da imprensa falada, escrita ou televisionada” (art. 5º). Prevê ainda o art. 8º do aludido

³³ No original: “En el caso de la audiencia pública no encontramos en cambio por lo general reconocimiento constitucional o legislativo y a veces ni siquiera doctrinal, ni tampoco por ende experiencia concreta generalizada, en el sentido de que debe igualmente permitirse exponer razones y arrimar pruebas a los destinatarios de la medida, antes que la administración emita una norma general, o *antes* de que apruebe un proyecto que va a afectar a un sector de la comunidad (típicamente, los proyectos que modifican el equilibrio ecológico, o los proyectos de reforma urbanística: autopistas, aeropuertos, etc)”.

³⁴ Embora a atual lei orgânica do CADE (Lei Federal n. 8.884/94) não preveja de forma expressa a realização de audiência pública, esta pode ser realizada pela autarquia com supedâneo na Lei Federal n. 9.784/99 (processo administrativo), atendidos os requisitos legais.

projeto que “as informações, pontos de vista e argumentos, apresentados oralmente ou por escrito, estarão à disposição de qualquer pessoa, no cartório do CADE, para vista a qualquer tempo” (BRASIL, 1968, p.383).

Mais adiante, ressaltando a “serenidade” dos julgamentos realizados pelo CADE, sentenciou o Conselheiro Relator:

A ser adotada a prática [...], teremos sem dúvida criado neste Conselho um ambiente emocional contrário à serenidade dos julgamentos, quando não viesse degenerar em pequenos comícios neste recinto, expondo-se desse modo, por vezes, pessoas e firmas que fossem, por qualquer interessado, conduzidas ao pelourinho da execração pública (BRASIL, 1968, p.383).

Ao fim e cabo, o acórdão recebeu a seguinte ementa: “Além de inconciliável com sua lei orgânica, é inconveniente a instituição de audiências públicas no CADE”.

O projeto, bastante inovador e democrático para a época, diga-se de passagem, foi rejeitado por argumentos frágeis, de cunho eminentemente ideológicos, que espelham, em verdade, a realidade ditatorial que o Brasil vivenciava à época, com o fechamento da Administração Pública à participação dos cidadãos no exercício de suas funções.

A primeira previsão normativa da audiência pública veio somente com o início do processo de redemocratização. Em 1987, o Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA) editou a Resolução n. 9, regulamentando a realização de audiência pública pelo órgão ambiental como etapa preliminar à concessão de licença ambiental para empreendimentos de grande impacto. Posteriormente, a Constituição da República de 1988, estruturada sob os pilares da soberania popular e participação democrática inerentes ao paradigma procedimental do Estado Democrático de Direito, previu de forma expressa a convocação de audiências públicas pelo Poder Legislativo para colheita de subsídios para o exercício de sua atividade fim. A partir daí, várias leis sucederam-se no ordenamento jurídico brasileiro com previsão de audiências públicas em diferentes nichos da Administração Pública, tais como licitação, saúde, responsabilidade fiscal, plano urbanístico, regulação e outros assuntos relevantes, como será detalhado mais adiante neste trabalho.

Essa evolução ganha espaço no contexto do Estado Democrático de Direito (ou paradigma procedimental do direito, para Habermas), que visa conferir autonomia privada e pública aos cidadãos, esta garantida por meio de direitos de participação democrática na formação da opinião e vontade institucionalizada. É ínsito ao paradigma procedimental do Estado Democrático de Direito a participação popular na vida pública para além da representação formal dos Parlamentos. Segundo Maria Tereza Fonseca Dias:

No Estado Democrático de Direito, é o princípio da soberania popular que impõe a participação efetiva e operante do povo a coisa pública, participação que não se exaure na simples formação das instituições representativas. Deve haver, portanto, a presença do elemento popular na formação da vontade do Estado e da Administração Pública (2003, p.151).

Nesse paradigma, os cidadãos (e não mais o participante privado do mercado do Estado Liberal ou o cliente do Estado Social) começam a participar “de discursos políticos, articulando e fazendo valer interesses feridos, e colaboram na formação de critérios para o tratamento igualitário de casos iguais e para o tratamento diferenciado de casos diferentes” (HABERMAS, 2003b, p.183).

3.2 A audiência pública nas funções estatais

3.2.1 Poder e funções do Estado

O Estado exerce seu poder – uno e indivisível – por meio das atividades administrativa, legislativa e jurisdicional, distribuídas pelos órgãos denominados Poder Executivo, Poder Legislativo e Poder Judiciário, conforme tradicional classificação dos três poderes. É lição corrente, contudo, que a relação entre as atividades (que caracterizam as funções do Estado) e os Poderes não é de exclusividade, mas sim de predominância (FAGUNDES, 2010, p.4). Determinada função, assim, é exercida de forma típica e predominantemente por determinado Poder, o que não a impede de ser exercida de forma atípica por outro.

A participação dos atores sociais no processo de formação dos atos estatais é fenômeno que vem ganhando espaço nas três funções do Estado, decorrente, sobretudo, da necessidade de conferir legitimidade democrática à atuação pública, seja ela administrativa, legislativa e jurisdicional.

O presente estudo possui por objeto a análise da audiência pública no âmbito da função administrativa. Far-se-á, contudo, um panorama das audiências públicas em cada uma das funções estatais, para, em seguida, aprofundar no regramento jurídico-dogmático do objeto da pesquisa, iniciando por um estudo do instituto no direito comparado.

3.2.2 Função legislativa

O primeiro texto constitucional da história brasileira a prever expressamente a realização de audiência pública foi a Constituição da República de 1988, que conferiu às comissões do Congresso Nacional a prerrogativa de realizar audiências públicas com entidades da sociedade civil de acordo com a matéria de sua competência (art. 58, § 2º, inciso II)³⁵. Assim, no âmbito do Poder Legislativo, a audiência pública possui assento em dispositivo constitucional, orientação também seguida pelo Estado de Minas Gerais, onde esse canal de comunicação exerce destacado papel na elaboração do Plano Mineiro de Desenvolvimento Integrado, no plano plurianual de ação governamental e na proposta orçamentária anual³⁶.

As audiências públicas requeridas e realizadas no âmbito do Poder Legislativo são um instrumento de participação democrática dos cidadãos, organizações da sociedade civil e autoridades públicas no exercício da função legislativa, seja no processo de elaboração de leis, seja na fiscalização exercida sobre os Poderes Executivo e Judiciário. Assim, de um modo geral, as audiências públicas realizadas no âmbito do Poder Legislativo possuem o escopo de colheita de subsídios não somente para o processo legislativo, de modo a fomentar a discussão de projetos de lei em andamento na Casa Legislativa que demonstrem “interesse público relevante”, mas também para os recorrentes casos de fiscalização exercida sobre os outros Poderes, dos quais são exemplos o atraso de obras e o descumprimento de legislação, entre tantos outros.

Os regimentos do Senado Federal³⁷ e da Câmara dos Deputados³⁸ prevêm a realização de audiência pública pelas respectivas comissões para instruir matéria de sua

³⁵ Art. 58: “O Congresso Nacional e suas Casas terão comissões permanentes e temporárias, constituídas na forma e com as atribuições previstas no respectivo regimento ou no ato de que resultar sua criação.

§ 1º Na constituição das Mesas e de cada Comissão, é assegurada, tanto quanto possível, a representação proporcional dos partidos ou dos blocos parlamentares que participam da respectiva Casa.

§ 2º Às comissões, em razão da matéria de sua competência, cabe:

I) discutir e votar projeto de lei que dispensar, na forma do regimento, a competência do Plenário, salvo se houver recurso de um décimo dos membros da Casa;

II) realizar audiências públicas com entidades da sociedade civil; (...).”

³⁶ No âmbito do Estado de Minas Gerais, a Constituição Estadual prevê a convocação de audiências públicas com entidades da sociedade civil e também para subsidiar o processo legislativo, observada a disponibilidade orçamentária (art. 60, § 2º, incisos II e III), bem como a elaboração do Plano Mineiro de Desenvolvimento Integrado, do plano plurianual de ação governamental e da proposta orçamentária anual (art. 157, § 5º). Nesse último caso, a audiência pública será regional, realizada a cada dois anos, ocasião em que serão sistematizadas e priorizadas as propostas resultantes de audiências públicas municipais realizadas pelos poderes públicos locais, e contará com a participação do Tribunal de Contas, do Poder Judiciário e do Poder Executivo (art. 157, § 6º).

³⁷ Resolução n. 93, de 1970, editada conforme Resolução n. 18, de 1989. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/legislacao/regsf/RegInternoSF_Vol1.pdf>. Acesso em: 22 mar 2011.

competência relativa a assunto de “interesse público relevante” (art. 93, inciso II, RISF e art. 255 RICD), sendo que o regimento deste último órgão regulamentou o procedimento de forma mais minuciosa³⁹.

Nas audiências públicas realizadas no exercício da função legislativa, a participação de órgãos e entidades do Poder Executivo possui caráter mais acentuado que a de indivíduos isoladamente considerados. A prática tem revelado que a maior parte das audiências públicas realizadas no país refere-se ao exercício da função legislativa pelo Poder Legislativo, seja ele municipal, estadual ou federal. A depender da condução dos trabalhos, há o risco de distorção do instituto, utilizado com viés político no jogo de poder entre oposição e situação para expor as mazelas do funcionamento da máquina pública.

3.2.3 Função jurisdicional

No Poder Judiciário, a audiência pública destina-se à abertura processual para oitiva de pessoas com experiência e autoridade na matéria antes da tomada de decisão de grande impacto para a sociedade.

A legislação atual prevê a convocação de audiência pública nas seguintes ações específicas: Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) e Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF),

³⁸ Resolução n. 17, de 1989. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/atividade-legislativa/legislacao/regimento-interno-da-camara-dos-deputados>>. Acesso em: 21 abr 2011.

³⁹ Art. 255. “Cada Comissão poderá realizar reunião de audiência pública com entidade da sociedade civil para instruir matéria legislativa em trâmite, bem como para tratar de assuntos de interesse público relevante, atinentes à sua área de atuação, mediante proposta de qualquer membro ou a pedido de entidade interessada.

Art. 256. Aprovada a reunião de audiência pública, a Comissão selecionará, para serem ouvidas, as autoridades, as pessoas interessadas e os especialistas ligados às entidades participantes, cabendo ao Presidente da Comissão expedir os convites.

§ 1º Na hipótese de haver defensores e opositores relativamente à matéria objeto de exame, a Comissão procederá de forma que possibilite a audiência das diversas correntes de opinião.

§ 2º O convidado deverá limitar-se ao tema ou questão em debate e disporá, para tanto, de vinte minutos, prorrogáveis a juízo da Comissão, não podendo ser apartado.

§ 3º Caso o expositor se desvie do assunto, ou perturbe a ordem dos trabalhos, o Presidente da Comissão poderá adverti-lo, cassar-lhe a palavra ou determinar a sua retirada do recinto.

§ 4º A parte convidada poderá valer-se de assessores credenciados, se para tal fim tiver obtido o consentimento do Presidente da Comissão.

§ 5º Os Deputados inscritos para interpelar o expositor poderão fazê-lo estritamente sobre o assunto da exposição, pelo prazo de três minutos, tendo o interpelado igual tempo para responder, facultadas a réplica e a tréplica, pelo mesmo prazo, vedado ao orador interpelar qualquer dos presentes.

Art. 257. Não poderão ser convidados a depor em reunião de audiência pública os membros de representação diplomática estrangeira.

Art. 258. Da reunião de audiência pública lavrar-se-á ata, arquivando-se, no âmbito da Comissão, os pronunciamentos escritos e documentos que os acompanharem.

Parágrafo único. Será admitido, a qualquer tempo, o traslado de peças ou fornecimento de cópias aos interessados”.

conforme Lei Federal n. 9.868/99 (art. 9º, § 1º)⁴⁰ e Lei Federal n. 9.882/99 (art. 6º, § 1º)⁴¹. No âmbito do Estado de Minas Gerais, após recente reforma constitucional, a possibilidade de convocação de audiência pública pelo Tribunal de Justiça nos processos envolvendo controle concentrado de constitucionalidade possui previsão na Constituição do Estado⁴².

Aliada à importância do direito em debate, a complexidade do assunto e a pluralidade de interesses envolvidos tem levado o Supremo Tribunal Federal a convocar audiências públicas com o escopo de buscar em outros “intérpretes da Constituição” auxílio na árdua tarefa de hermenêutica de dispositivos constitucionais. Até o momento, registra-se a realização de cinco audiências públicas no âmbito do Supremo Tribunal Federal (STF), a respeito dos seguintes temas⁴³: pesquisa científica com células tronco embrionárias (ADI 3.510), importação de pneus usados (ADPF 101), aborto de fetos anencéfalos (ADPF 54), políticas de ação afirmativa de acesso ao ensino superior (ADPF 186 e RE 597.285/RS) e saúde.

A utilização da audiência pública vem se alargando no âmbito do Supremo Tribunal Federal, alcançando situações desvinculadas do controle concentrado de constitucionalidade, como é o caso da audiência pública sobre o direito à saúde realizada em 2009. Segundo o Ministro Gilmar Mendes, embora apartadas de um processo de controle abstrato de constitucionalidade, as informações colhidas na audiência pública da saúde “servem para a instrução de qualquer processo no âmbito do Tribunal que discuta matéria relativa à aplicação de normas constitucionais em tema de saúde pública” (MENDES e DO VALE, 2008/2009). Nesse caso, a convocação da audiência pública, embora não prevista de forma expressa em texto legal, fundamenta-se no princípio da participação na formação dos atos estatais, que, de forma implícita, pode ser extraído da Constituição da República.

⁴⁰ Art. 9º: “Vencidos os prazos do artigo anterior, o relator lançará o relatório, com cópia a todos os Ministros, e pedirá dia para julgamento.

§ 1º Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria”.

⁴¹ Art. 6º: “Apreciado o pedido de liminar, o relator solicitará as informações às autoridades responsáveis pela prática do ato questionado, no prazo de dez dias.

§ 1º Se entender necessário, poderá o relator ouvir as partes nos processos que ensejaram a arguição, requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou ainda, fixar data para declarações, em audiência pública, de pessoas com experiência e autoridade na matéria”.

⁴² Art. 118, § 8º: “Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria” (Parágrafo acrescentado pelo art. 2º da Emenda à Constituição nº 88, de 2/12/2011).

⁴³ Pesquisa realizada no *site* www.stf.jus.br em 6 set 2011.

Ao convocar uma audiência pública, o Supremo Tribunal Federal, fortemente e positivamente influenciado pela teoria hermenêutica pluralista proposta por Peter Häberle (2002), emite claro sinal à sociedade, de que não pretende monopolizar a hermenêutica constitucional em assuntos tão plurais. Häberle, crítico da teoria tradicional da interpretação constitucional, propõe uma interpretação aberta e pluralista da Constituição, consentânea ao Estado Democrático de Direito e mais próxima da realidade, muitas vezes invisível aos olhos dos “intérpretes oficiais” do Estado. Em suas palavras:

Propõe-se, pois, a seguinte tese: no processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição (HÄBERLE, 2002, p.13).

Segundo o autor, seria um “empobrecimento ou um autoengodo” restringir a hermenêutica constitucional aos intérpretes “corporativos’ ou autorizados jurídica ou funcionalmente pelo Estado” (HÄBERLE, 2002, p.34). Não se trata, por certo, de transferência do poder decisório, mas sim de influência que os intérpretes da Constituição exercem sobre o órgão estatal responsável pela prestação jurisdicional. Vale dizer: a participação ocorre por meio da influência que os cidadãos e a sociedade civil trazem para o debate, e não da transferência em si do poder decisório.

De fato, os “intérpretes da Constituição” ouvidos no decorrer da audiência pública permitem ao Supremo Tribunal Federal elevar o debate a uma perspectiva mais ampla e ponderar todos os interesses relevantes que se encontram presentes na atual sociedade complexa e pluralista. Essa constatação se revela da maior importância, porquanto a interpretação constitucional é “uma atividade que, potencialmente, diz respeito a todos”, nos dizeres de Häberle (2002, p.24).

Assim, pode-se afirmar que, no Poder Judiciário, a audiência pública vem se firmando como importante instrumento possibilitador de uma interpretação pluralista e procedimental da Constituição, tal como proposto por Peter Häberle. Com Gilmar Ferreira Mendes,

é possível afirmar que a Jurisdição Constitucional no Brasil adota, hoje, um modelo procedimental que oferece alternativas e condições as quais tornam possível, de modo cada vez mais intenso, a interferência de uma pluralidade de sujeitos, argumentos e visões no processo constitucional (MENDES e DO VALE, 2008/2009).

3.2.4 Função administrativa

A Administração Pública passa por grandes transformações na atualidade, sintetizadas por Paulo Neves de Carvalho, em prefácio da obra de Florivaldo Dutra de Araújo (2005, p.xvii-xviii), em dois vetores principais: por um lado, a participação popular no processo político e no controle da Administração Pública e, por outro, a subordinação do Estado à lei, compreendida não como construção formal e abstrata, mas como expressão de Direito. Segundo o autor, esse é o caminho da democratização do direito administrativo, “de libertá-lo do autoritarismo e de se alcançar o justo equilíbrio entre as prerrogativas do Poder Público e as garantias do administrado”.

No Direito Administrativo vem ganhando força a ideia de que a procedimentalização torna a atividade administrativa permeável à participação dos cidadãos, sobretudo por viabilizar a audiência dos interessados antes da tomada de decisões pela Administração Pública.

Essa ideia, contudo, pode ser vista sob outro ângulo: o da própria Administração Pública. Não somente o cidadão deve possuir interesse em participar mais ativamente da vida pública, mas também a Administração deve empenhar-se em buscar nos cidadãos o conhecimento necessário para a tomada da melhor decisão possível. Segundo Hartmut Maurer, sobre a necessidade de oitiva prévia da parte interessada no processo administrativo, “[...] muitas vezes só o cidadão afetado possui conhecimento da matéria determinante para a decisão e suas informações, por isso, são indispensáveis para a tomada de decisão” (2006, p.542).

Essa troca de conhecimento na busca da melhor decisão possível pode ser materializada por meio da realização de audiência pública no exercício da função administrativa, que ostenta uma lógica dupla: ao mesmo tempo em que viabiliza a participação do cidadão na vida pública, garante ao Poder Público o necessário conhecimento da realidade para proferir a decisão mais correta, prestigiando, dessa forma, o princípio da boa administração⁴⁴. Sob a ótica da teoria do discurso habermásiana, a audiência pública pode ser entendida como “filtro” dos processos institucionalizados da formação democrática da

⁴⁴ Também Gustavo Henrique Justino de Oliveira vislumbra um “duplo papel informativo” das audiências públicas: “De um lado, propiciam a obtenção de dados por parte dos cidadãos; de outro, habilitam o órgão administrativo ‘decididor’, tornando-o apto a emitir um provimento mais acertado e mais justo, pois estabelece um maior conhecimento acerca da situação subjacente à decisão administrativa” (1997, p.162). Agustín Gordillo igualmente reconhece o fundamento duplo da audiência pública no devido processo: de um lado, serve ao interesse público de não se produzir atos ilegítimos e aos interesses particulares de poder influenciar a tomada de decisões e, por outro lado, serve para diminuir o risco de possíveis erros de fato e de direito nas decisões estatais, com ganho de eficácia e consenso na comunidade (2003, p.XI-6).

opinião e da vontade por meio do qual a influência pública transforma-se em poder comunicativo, apto a interagir com o poder administrativo.

Como a participação popular na atividade administrativa ainda é incipiente na realidade brasileira, os esforços para sua afirmação devem partir dos dois lados: tanto os cidadãos devem se interessar e se organizar, como a Administração deve incentivar e aprimorar os canais de comunicação com os cidadãos, entre os quais se inclui a audiência pública. Daí extrai-se outro aspecto do instituto, o pedagógico, no sentido de que a audiência pública pode ser manejada pelo Estado como treinamento para a prática rotineira de democracia participativa. Essa função pedagógica também foi realçada por Justino de Oliveira: “Deve ser salientado o caráter pedagógico dessas audiências, pois estabelece-se uma real oportunidade de conscientização e educação da população sobre as diretrizes e políticas públicas” (1997, p.161).

Na atual sociedade complexa, com incidência de múltiplos e distintos interesses, aliado a uma Administração Pública “prestacional”, são muitos os assuntos que podem despertar a conveniência ou mesmo a necessidade de participação popular por meio das audiências públicas. Por isso, o rol dos assuntos que podem figurar como objeto das audiências públicas é bastante amplo, podendo variar, a título de exemplificação, desde a discussão de um projeto de grande impacto ambiental até a proibição de utilização de determinada praça pública para realização de eventos. É essencial, contudo, que sejam levados ao público por meio de audiência temas relevantes cuja resolução seja suscetível de interferir na vida de um número significativo de pessoas, sob pena de desvirtuamento do instituto e baixa adesão dos destinatários. Assim, a audiência pública no contexto da função administrativa pode anteceder a formulação de uma política pública ou a tomada de decisão que afetará o cidadão não na sua esfera exclusivamente individual, mas como partícipe da sociedade.

A depender do regramento legal, a convocação de audiência pública pela autoridade competente pode ser um ato praticado no exercício de competência vinculada ou discricionária. Via de regra, a audiência pública é convocada e promovida pela própria Administração Pública, mas nada impede que a sociedade civil organizada pressione o aparato estatal a tanto, o que, caso acatado, conferirá maior legitimidade às decisões administrativas.

A audiência pública no exercício da função administrativa é, ao menos no Brasil, fenômeno relativamente recente, que se insere em um contexto de incentivo à democracia participativa, que surge para suprir o vácuo de legitimidade que a democracia representativa tem revelado. Diogo Figueiredo Moreira Neto, referindo-se especificamente às audiências

públicas, realça o aperfeiçoamento da legitimidade proporcionado pela participação popular, a qual, na linha de pensamento de Jean Rivero, contribui “[...] 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” (2007, p.257).

A legitimidade das decisões estatais é comumente apontada como um dos escopos da participação popular na Administração Pública. Segundo Habermas, a “chave da visão procedimental do direito” consiste na legitimidade conferida à ordem jurídica pelas formas de comunicação por meio das quais os cidadãos podem manifestar sua autonomia privada e pública (2003b, p.147). Por isso o autor realça a importância das práticas participativas para a legitimação das decisões:

No entanto, práticas de participação na administração não devem ser tratadas apenas como sucedâneo da proteção jurídica, e sim como **processos destinados à legitimação de decisões**, eficazes *ex ante*, os quais, julgados de acordo com seu conteúdo normativo, substituem atos da legislação ou da jurisdição (2003b, p.185).

Na doutrina brasileira, Diogo Figueiredo Moreira Neto, que se destaca pela realização de estudos aprofundados sobre o tema, propõe o seguinte conceito de audiência pública na função administrativa:

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 (2007, p.256).

Para o autor, a chamada “eficácia vinculatória” é considerada como elemento diferenciador da audiência pública de institutos correlatos, como a coleta de opinião e o debate público⁴⁵. Concordar-se-ia com o conceito proposto não fosse a mencionada “eficácia vinculatória” preceituada por lei, pois se entende que a participação popular nas audiências públicas ocorre por meio da influência que os cidadãos trazem para o debate, e não da transferência em si do poder decisório, conforme será abordado adiante, em tópico específico.

⁴⁵ Para o autor, a eficácia vinculatória será absoluta caso a lei instituidora da audiência pública a preveja de forma expressa, de modo que caberá ao administrador decidir em conformidade com o resultado final. Lado outro, a eficácia vinculatória será relativa caso não haja previsão expressa na lei instituidora. Nesse caso, ficará a cargo da Administração acatar ou não o resultado final extraído da audiência pública; contudo, em não o fazendo, deverá motivar suficientemente a decisão que dele discrepe.

Assim, para desenvolvimento do presente trabalho, propõe-se o seguinte conceito: a audiência pública na função administrativa é um processo administrativo, geralmente incidental a outro processo em curso, cujo objetivo é *ouvir* segmentos da sociedade antes da formulação de uma política pública ou da tomada de uma decisão e, com isso, *contribuir* para: (i) a construção conjunta da melhor decisão possível; (ii) o fortalecimento da autonomia pública dos cidadãos⁴⁶, por meio da participação democrática no processo de formação da decisão e vontade; (iii) a legitimidade da atuação estatal no exercício da função administrativa e (iv) aperfeiçoamento da transparência e do controle social da ação estatal.

3.2.5 Ministério Público

Ao lado da clássica divisão das três funções estatais, não se pode olvidar a função exercida pelo Ministério Público na defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. (art. 127 da Constituição da República). No exercício de seus misteres, também o Ministério Público possui a prerrogativa de convocar audiências públicas para coletar subsídios em prol de sua atuação coletiva (art. 27, parágrafo único, inciso IV, da Lei n. 8.625/93, que institui a Lei Orgânica do Ministério Público⁴⁷).

Além de auxiliar na coleta de subsídios, a audiência pública se presta a conferir legitimidade à atuação ministerial, de modo que ela possa reproduzir os anseios encontrados no âmbito da sociedade civil. Revela-se, portanto, como importante instrumento de comunicação entre os cidadãos e os agentes públicos responsáveis pela fiscalização da lei e defesa de interesses coletivos, ao abrir espaço para o diálogo e evitar atuações apartadas da realidade.

A audiência pública, nesse caso, é realizada no bojo do inquérito civil e conduzida pelo membro do Ministério Público responsável pelo caso, a quem compete a expedição do ato convocatório e do regulamento da audiência (SOARES, 2002, p.274). Por certo, trata-se a

⁴⁶ Procurou-se evitar a utilização do termo “administrado”, que tem sofrido atualmente severas críticas por parte da doutrina, que vê nele um resquício de subordinação e autoritarismo. Segundo Fabiana de Menezes Soares: “Seja qual for a forma do Estado, o que importa é a democratização das suas relações para com o cidadão. O cidadão é parceiro do administrador público e não servo do século XX, como sugere a obsoleta expressão *administrado*, que contribui para aumentar a infeliz distância entre a sociedade e o Estado. Expressão que mereceu a crítica feita por Cassese (1991), quando lembra que tal termo, forjado pela França, é desconhecido em outros sistemas normativos, como o da Inglaterra” (1997, p.169).

⁴⁷ Art. 27: Compete ao Ministério Público exercer a defesa dos direitos assegurados nas Constituições Federal e Estadual, sempre que se cuidar de garantir-lhe o respeito: [...] Parágrafo único: No exercício das atribuições a que se refere este artigo, cabe ao Ministério Público, entre outras providências: [...] IV – promover audiências públicas e emitir relatórios, anuais ou especiais, e recomendações dirigidas aos órgãos e entidades mencionadas no *caput* deste artigo, requisitando ao destinatário sua divulgação adequada e imediata, assim como resposta por escrito.

convocação de ato praticado no exercício de competência discricionária do membro do Ministério Público, a depender de seu juízo de conveniência e oportunidade no curso do inquérito civil.

4 AUDIÊNCIA PÚBLICA NA FUNÇÃO ADMINISTRATIVA

4.1 A audiência pública no Direito Comparado

4.1.1 Estados Unidos

As “*public hearings*” do direito norte-americano são comumente apontadas pela doutrina pátria como a origem do instituto da audiência pública no Brasil⁴⁸. A afirmação possui indício histórico em uma das primeiras tentativas de incorporação do instituto ao direito brasileiro: na decisão proferida pelo CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica) em 27 de março de 1968 no bojo do Processo n. 20.429-65, relatou-se que a proposta de introdução das audiências públicas no então órgão “baseia-se em sistema norte-americano, adotado pelo ‘Federal Trade Commission’, que seria assim iniciada no Brasil com grande proveito para o funcionamento deste órgão, segundo o entendimento daquele ilustre Procurador” (sic) (BRASIL, 1968, p.381). O *Federal Trade Commission (FTC)* é uma agência federal norte-americana criada em 1914 com o propósito de prevenir a concorrência desleal no comércio. Para o desenvolvimento de suas políticas, o órgão utiliza as “*hearings*”, “*workshops*” e conferências⁴⁹.

A “*public hearing*” encontra seu fundamento no “*right to a fair hearing*” (ou “*right to hearing*”, “*right to be heard*”, conforme variações encontradas na doutrina estrangeira), entendido como o direito de qualquer cidadão de ser ouvido antes da tomada de decisão que interfira em sua esfera jurídica de interesses. Aliado ao princípio da justiça natural, a “*public hearing*” possui essência constitucional, pois decorre igualmente da garantia fundamental do “*due process of law*”, que proíbe o Estado de privar o cidadão de sua vida, liberdade e propriedade sem o devido processo legal prévio (5ª e 14ª Emendas à Constituição dos Estados Unidos)⁵⁰.

⁴⁸ Nesse sentido: Diogo Figueiredo Moreira Neto (1992, p.128), Marcos Augusto Perez (2009, p.169), Lúcia Valle Figueiredo (2007, p.15), Evanna Soares (2002, p.261).

⁴⁹ Com o passar dos anos, as competências do órgão foram aumentando, de forma que, atualmente, “The FTC deals with issues that touch the economic life of every American. It is the only federal agency with both consumer protection and competition jurisdiction in broad sectors of the economy. The FTC pursues vigorous and effective law enforcement; advances consumers’ interests by sharing its expertise with federal and state legislatures and U.S. and international government agencies; develops policy and research tools through *hearings*, workshops, and conferences; and creates practical and plain-language educational programs for consumers and businesses in a global marketplace with constantly changing technologies”. Disponível em: <<http://www.ftc.gov>>. Acesso em: 7 set 2011.

⁵⁰ 5ª Emenda: “No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a Grand Jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the Militia,

Na história de formação do Direito Administrativo dos Estados Unidos, verifica-se o surgimento de diversos órgãos administrativos dotados de certa independência do poder central e investidos de poderes para editar regulamentos, aplicá-los e julgar os infratores. Entre eles podem ser citados as *Commissions, Offices, Boards e Agencies*, com destaque para as últimas. Após o *New Deal*, preocupado com o aumento do número das agências independentes e com os poderes a elas conferidos, o Governo determinou a realização de um relatório que serviria de base para a elaboração do “*Administrative Procedure Act (APA)*”, editado em 11 de junho de 1946. Trata-se de uma das mais importantes leis do Direito Administrativo Americano, que busca padronizar o procedimento de regulamentação pelas agências independentes e estabelecer a revisão de suas decisões pelas Cortes federais⁵¹.

De acordo com o “*Attorney General’s Manual on the Administrative Procedure Act*”, de 1947, são objetivos básicos do *APA*: (i) exigir que as agências mantenham o público informado da sua organização, procedimento e regras; (ii) proporcionar a participação do público no processo de regulamentação; (iii) estabelecer padrões uniformes para a condução dos processos de regulamentação formal e adjudicação (“*adjudicatory proceedings*”); (iv) definir o alcance da revisão judicial.

A depender do estatuto, além da função administrativa a agência pode exercer funções “quase-judiciais” e “quase-legislativas”: a primeira manifesta-se na “*adjudication*”⁵², que diz respeito a situações individuais específicas e passadas, e a segunda no processo de “*rule making*” (regulamentação), relacionada a situações gerais e futuras. Por meio do processo de regulamentação, a agência edita novas prescrições relacionadas às condutas futuras daqueles submetidos à sua autoridade, ao passo que a “*adjudication*” é o processo pelo qual as agências aplicam ou exercem o poder de polícia em casos particulares

when in actual service in time of War or public danger; nor shall any person be subject for the same offence to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation”.

14ª Emenda: “Section 1. All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws”.

⁵¹ O texto do *Administrative Procedure Act (APA)* é encontrado no título 5 do *United States Code*, a partir do Capítulo 5 (*Administrative Procedure*). O título 5 é intitulado *Government Organization and Employees* e divide-se em 3 partes: I – *The Agencies Generally*; II – *Civil Service Functions and Responsibilities*; III – *Employees*. O *U.S. Code* é uma compilação e codificação das leis federais permanentes dos Estados Unidos, publicado a cada 6 anos pelo *Office of the Law Revision Counsel of the House of Representatives*.

⁵² “The act of giving a judicial ruling such as a judgment or decree. The term is used particularly in bankruptcy proceedings, in which the order declaring a debtor bankrupt is called an adjudication.” Disponível em: <<http://dictionary.law.com/Default.aspx?selected=2328>>. Acesso em: 6 set 2011.

(SCHWARTZ, 1991, p.211). O *APA* reconhece essa distinção e estabelece procedimentos aplicáveis a ambos.

Com relação ao processo de regulamentação, o *APA* estabelece que sua proposta deve ser publicada no “*Federal Register*”, após o quê deve a agência abrir aos interessados a oportunidade de participar do processo por meio de alegações escritas, com ou sem apresentação oral (5 USCD § 553(b, c)). Bernard Schwartz afirma que a redação do dispositivo confere discricionariedade à agência para estabelecer o procedimento necessário à participação do público no processo de regulamentação (1991, p.196). O *APA* ainda exige a realização de uma “audiência administrativa”⁵³ se o estatuto exigir que a regulamentação se faça por registro (são as chamadas “*formal rule-making*”, que devem seguir o rito do processo “*adjudicatory*”), incluindo o direito de produção de provas e interrogatório.

Em regra, as reuniões realizadas pelos colegiados das agências devem ser abertas ao público, em observância ao “*The Government in the Sunshine Act*” (5 USCS § 552b), que busca estabelecer a prática de transparência das ações estatais na busca de confiança do público e a compreensão do processo de regulamentação (MODJESKA, 1982, p.91).

Embora o *APA* faça menção às “*hearings*”, a nomenclatura “*public hearings*” surgiu na prática administrativa provavelmente para diferenciar as audiências abertas à participação do público no processo de regulamentação (“*rulemaking proceedings*”) daquelas realizadas pelas agências reguladoras que dizem respeito a situações individuais específicas (“*adjudicatory proceedings*”)⁵⁴. A mesma terminologia é utilizada para as audiências realizadas pelo Poder Legislativo, como forma de colher subsídios para o exercício da função legislativa propriamente dita.

Já em 1952, em obra escrita em francês sobre o Direito Administrativo americano, Bernard Schwartz afirmava que o uso das audiências públicas no processo de formulação de regulamentos administrativos era tão frequente nos Estados Unidos que uma lista dos domínios em que elas são organizadas seria extremamente longa (1952, p.76). O autor

⁵³ No original: “*trial-type hearing*”, expressão que pode ser entendida como uma audiência administrativa (“*administrative hearing*”), que significa “a hearing before any governmental agency or before an administrative law judge. Such hearings can range from simple arguments to what amounts to a trial. There is no jury, but the agency or the administrative law judge will make a ruling.” Disponível em: <<http://dictionary.law.com/Default.aspx?selected=2333>>. Acesso em: 6 set 2011.

⁵⁴ O termo “*public hearing*” é usado pela doutrina. Confira-se, por todos, Bernard Schwartz (1991). Como exemplo do uso do termo “*public hearing*” na prática, pode ser citada a audiência pública realizada pelo *FDA* (*Food and Drug Administration*), agência federal, sobre a regulamentação de produtos médicos com a utilização da Internet e ferramentas de mídia social. Disponível em: <<http://www.fda.gov/aboutfda/centersoffices/cder/ucm184250.htm>>. Acesso em: 6 set 2011. E também a audiência pública realizada pelo *US EPA* (*United States Environmental Protection Agency*), agência federal de proteção ambiental, sobre a eliminação dos resíduos da combustão do carvão. Disponível em: <<http://www.epa.gov/wastes/nonhaz/industrial/special/fossil/ccr-rule/ccr-hearing.htm>>. Acesso em: 6 set 2011.

realçava a característica da audiência de dar voz a quem, não fosse essa oportunidade, não teria chances de manifestação:

O interesse maior da técnica americana das audiências reside no fato que elas permitem a participação na regulamentação de interesses e de indivíduos que, com outros métodos poderiam não ser consultados, pois todas as partes interessadas podem assistir a essas audiências e exprimir sua opinião. Além disso, a possibilidade de apresentar em público seu ponto de vista e seus argumentos tende, bem mais que os métodos de consulta, a passar aos interessados a impressão de participação efetiva na elaboração dos regulamentos. O uso das audiências públicas na edição de regulamentos tem um papel muito útil no processo administrativo americano (1952, p.77)⁵⁵.

Nos Estados Unidos existem dois tipos de “*public hearings*”: “*legislative public hearing*” e “*quasi-judicial public hearing*”. As chamadas “*quasi-judicial public hearings*” norte-americanas possuem nítido caráter adversarial, em contraposição aos institutos correlatos de países com forte influência europeia, no qual Brasil e Argentina se incluem. Como o próprio nome indica, as “*quasi-judicial public hearings*” apresentam procedimento híbrido, que congrega aspectos do processo judicial e administrativo em um só. Nelas o funcionário público responsável pela condução dos trabalhos deve ser imparcial e conferir as garantias do “*due process*” às partes, o que as torna mais formais que as “*legislative public hearings*”. Os apoiadores e opositores do projeto a ser debatido são representados por advogados e as partes, sob juramento, são tratadas como testemunhas, com oportunidade de interrogatórios.

As “*public hearings*” norte-americanas podem ser conceituadas como um processo que permite a participação dos mais variados atores da sociedade na tomada de decisão envolvendo a função administrativa ou legislativa. Assumem um importante papel na atual tendência de desenvolvimento da democracia participativa e permitem aos mais variados atores influenciar o debate público em alguma matéria e conferir legitimidade à decisão daí advinda.

Em linhas gerais, a “*quasi-judicial public hearing*” possui a seguinte estrutura: a audiência pública é convocada com base em previsão no estatuto ou se o governo local

⁵⁵ Tradução livre. No original, escrito em francês pelo autor americano: “L’intérêt majeur de la technique américaine des audiences reside dans le fait qu’elles permettent la participation à l’élaboration d’un règlement d’intérêts et d’individus qui, avec d’autres méthodes pourraient ne pas être consultés, puisque toute partie intéressée peut assister à ces audiences et y exprimer son opinion. De plus, la possibilité de présenter en public leur point de vue et leurs arguments tend, bien plus que les méthodes de consultation, à communiquer aux interesses l’impression de prendre effectivement part à l’élaboration des règlements. L’usage des audiences publiques relatives à la promulgation des règlements joue donc un rôle très utile dans la procédure administrative américaine”.

desejar a participação do público em alguma questão controvertida. A autoridade deve estabelecer previamente, e por escrito, o procedimento que deverá ser seguido na condução da audiência pública. Algum tipo de publicidade é obrigatória em todas as audiências, o que pode estar disciplinado no estatuto que prevê a sua realização. Caso não esteja, o ideal é que cada localidade ordene por ato normativo a publicidade que será utilizada nas audiências públicas. A doutrina da “aparência de justiça” (*appearance of fairness*) aplica-se à “*quasi-judicial public hearing*”, mas não à “*legislative public hearing*”, de modo que a autoridade presidente deve assumir uma postura imparcial e livre de preconceitos. A garantia do devido processo possui marcada influência no procedimento, que admite a oitiva de testemunhas do “proponente” e dos “opositores”, as quais devem previamente prestar juramento. Todos os testemunhos, comentários e documentos devem compor o registro da audiência pública, no qual a decisão final deve basear-se. Ao final, ocorre a deliberação e votação do requerimento colocado em audiência pública pelos membros do órgão, sendo que esta última deve ocorrer em sessão aberta. Após, deve ser preparado um relatório final das conclusões extraídas da audiência para fundamentar a decisão final (MEINIG, 1998).

Existem outros institutos de participação democrática similares às “*public hearings*”, tais como: “*public meetings*”, “*town meetings*” e “*public work-shops*”. Segundo Jean Mater, estes são utilizados quando a convocação de uma “*public hearing*” não é obrigatória, mas se pretende ouvir o que os cidadãos têm a dizer. Esses encontros encorajam a interação e discussão entre o público e o governo, o que os diferenciam das “*public hearings*”. Ao contrário do que se pode imaginar, estas não viabilizam o diálogo entre os cidadãos e os órgãos oficiais, mas sim a comunicação em uma só direção ao permitir que os cidadãos expressem suas opiniões em um espaço público (MATER, 1984, p.4).

Apesar de considerar a “*public hearing*” como importante instrumento de legitimação democrática das decisões governamentais, Jean Mater (1984) aponta algumas deficiências que o instituto pode apresentar: ausência de mecanismo de interação entre os grupos ou indivíduos, o que diminui a possibilidade de corrigir informações distorcidas e disseminar fatos; o formato da audiência pode transformá-la em um campo de confrontação, respostas negativas e manipulação, já que aqueles que discordam do assunto são mais suscetíveis de comparecer ao evento que aqueles que o apóiam; a disposição dos assentos na audiência cria uma atmosfera de confronto encontrada nas cortes judiciais; a “*public hearing*” pode transformar-se em parte do plano de “vender” ao público o projeto; a minoria organizada presente à audiência pode não representar a opinião do público em geral. Ao final, afirma o

autor que “Uma audiência pública orquestrada pode proporcionar uma animada noite de entretenimento” (MATER, 1984, p.8)⁵⁶.

A incorporação das agências reguladoras inspiradas no modelo americano ao ordenamento jurídico brasileiro, impulsionada pelo movimento de desestatização de determinados setores verificado a partir da década de 90 do século XX, trouxe com elas as audiências públicas e outros institutos congêneres, previstos em quase todas as leis instituidoras das agências brasileiras como etapa facultativa do processo de regulamentação. Embora a “*public hearing*” norte-americana e a audiência pública brasileira se apartem em vários aspectos, notadamente no que diz respeito ao caráter adversarial das primeiras, as deficiências apontadas pelo autor americano podem ser encontradas também na nossa realidade, tema que será abordado em tópico oportuno do presente trabalho.

4.1.2 Argentina

Na Argentina, tal qual no Brasil, o instituto de participação popular no processo de tomada de decisão da Administração Pública é chamado de “*audiencia pública*”.

Agustín Gordillo (2003), considerado um dos autores que desenvolveu o assunto com mais profundidade na doutrina argentina, vê com entusiasmo o instituto das audiências públicas. Segundo ele, para além de constituir um “critério de sabedoria política” dos administradores, que são os que mais se beneficiam, a audiência pública apresenta outras vantagens, tais como: (i) garantia objetiva de razoabilidade na atuação do Estado; (ii) formação de consenso da opinião pública antes da tomada de decisão; (iii) garantia objetiva de transparência da relação estatal com os permissionários e concessionários; (iv) elemento de democratização do poder, pois, como explica Rivero, a democracia não é só um modo de designação do poder, mas também um modo de exercício do poder; (v) modo de participação cidadã no poder público, como exigido tanto por princípios políticos e constitucionais como pelas normas supranacionais (GORDILLO, 2003, p.XI- 6).

Por isso, afirma o autor que o fundamento prático da audiência no âmbito da garantia do devido processo é dupla: de um lado, serve ao interesse público de não se produzir atos ilegítimos e, de outro, ao interesse dos particulares de influenciarem a tomada de determinada decisão (GORDILLO, 2003, p.XI-6).

⁵⁶ No original: “An orchestrated public hearing may provide a lively evening’s entertainment”.

A doutrina aponta que o princípio da audiência pública possui extração constitucional, seja de forma explícita, como na Constituição da Cidade de Buenos Aires (arts. 30, 63, 120 e 139), seja implícita, como a previsão de participação dos usuários e consumidores nos entes regulatórios de serviços públicos, prevista no art. 42 da Constituição Nacional Argentina⁵⁷. Gordillo (2003) aponta que essa participação somente pode dar-se no marco de uma audiência pública, sem prejuízo da necessária participação dos usuários nos corpos colegiados dos entes reguladores. A audiência pública seria, assim, o primeiro degrau imaginável e mínimo da participação dos usuários e consumidores nos entes regulatórios de serviços públicos (GORDILLO, 2003, p.XI-4/5). Corroborando o entusiasmo do mestre argentino, Carlos Francisco Balbín (2007) menciona que, das técnicas de participação dos indivíduos no Estado, em particular no Poder Executivo, a mais habitual é a participação no processo de tomada de decisões, com caráter consultivo, como as audiências e consultas públicas e os orçamentos com caráter participativo (BALBÍN, 2007, p.231)⁵⁸.

Além de todos os interessados portadores de interesses legítimos, admite-se a participação da figura do “*Defensor del Usuario*” nas audiências públicas, figura integrante dos quadros da entidade realizadora do evento e responsável pelo auxílio na defesa dos direitos dos usuários, experiência que Gordillo (2003) classifica como positiva, pois, tendo acesso à informação necessária dentro do ente público, pode atuar de forma eficaz em prol dos usuários. A atuação do “*Defensor del Usuario*” e de um fiscal *ad doc* são indispensáveis, sem prejuízo de eventual intervenção do “*Defensor del Pueblo de la Nación*” (GORDILLO, 2003, p.XI-15)⁵⁹.

⁵⁷ “Art. 42: Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno.

Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios.

La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control”.

⁵⁸ No colóquio internacional sobre o tema “Os procedimentos administrativos: princípios, prerrogativas públicas e direitos individuais no século XXI”, realizado na Faculdade de Direito da UFMG em 05 de julho de 2011, a professora Miriam M. Ivanega disse que, na Argentina, as audiências públicas são mais efetivas no âmbito local e citou, a título de exemplificação, a utilização do instituto para acordar com a comunidade local a prestação de um serviço público, como a coleta de resíduos sólidos. Também é realizada, em municípios pequenos, para elaboração do orçamento público. No âmbito nacional ainda é vista como etapa formal, obrigatória, principalmente em grandes processos de privatizações.

⁵⁹ Segundo o art. 86 da Constituição Argentina, “El Defensor del Pueblo es un órgano independiente instituido en el ámbito del Congreso de la Nación, que actuará con plena autonomía funcional, sin recibir instrucciones de ninguna autoridad. Su misión es la defensa y protección de los derechos humanos y demás derechos, garantías e

No precedente judicial “*Youssefian, Martín x Secretaría de Comunicaciones*”, julgado pela “*Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal (CNCAF)*”, sala IV, 1998/06/23, citado por Julio Rodolfo Comadira (2006), discutiu-se a necessidade de realização de audiência pública previamente à decisão do Poder Público de prorrogar o período de exclusividade das licenças do serviço básico telefônico nacional e internacional. Com fundamento no art. 42 da Constituição Nacional e em normas internacionais que garantem o direito à participação cidadã no processo de tomada de decisões (art. 21 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, art. 23 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, art. 25 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e art. 20 da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem), incorporados com hierarquia constitucional no ordenamento argentino (art. 75, inciso 22, § 2º, da Constituição Nacional), entendeu-se que essa participação pode realizar-se mediante audiência pública ou outro mecanismo que permita o conhecimento por parte dos usuários, consumidores e associações dos antecedentes fáticos e documentais relativos à decisão a ser adotada, bem como o oferecimento e produção da prova que estimem pertinente. Assim, decidiu-se que a realização prévia de audiência pública no caso analisado contribui para a eficácia e o acerto da ação estatal, além de ser uma oportunidade de realizar uma valoração preventiva das consequências políticas e sociais dos atos da Administração Pública, isto é, sua aceitação ou oposição (COMADIRA, 2006, p.762/763).

A realização de audiência pública para aperfeiçoamento do exercício da função legislativa e administrativa possui previsão na Constituição da Cidade de Buenos Aires (ARGENTINA, 1996), que estabelece sua obrigatoriedade para debater empreendimentos que causem impacto ambiental; assuntos de interesse geral, e projetos de normas de edificação, planejamento urbano, postos industriais ou comerciais e modificações do uso ou domínio de bens públicos⁶⁰.

intereses tutelados en esta Constitución y las leyes, ante hechos, actos u omisiones de la Administración; y el control del ejercicio de las funciones administrativas públicas.

El Defensor del Pueblo tiene legitimación procesal. Es designado y removido por el Congreso con el voto de las dos terceras partes de los miembros presentes de cada una de las Cámaras. Goza de las inmunidades y privilegios de los legisladores. Durará en su cargo cinco años, pudiendo ser nuevamente designado por una sola vez. La organización y el funcionamiento de esta institución serán regulados por una ley especial”.

⁶⁰ Artículo 30: “Establece la obligatoriedad de la evaluación previa del impacto ambiental de todo emprendimiento público o privado susceptible de relevante efecto y su discusión en audiencia pública.

Artículo 63: La Legislatura, el Poder Ejecutivo o las Comunas pueden convocar a audiencia pública para debatir asuntos de interés general de la ciudad o zonal, la que debe realizarse con la presencia inexcusable de los funcionarios competentes. La convocatoria es obligatoria cuando la iniciativa cuenta con la firma del medio por ciento del electorado de la Ciudad o zona en cuestión. También es obligatoria antes del tratamiento legislativo de proyectos de normas de edificación, planeamiento urbano, emplazamientos industriales o comerciales, o ante modificaciones de uso o dominio de bienes públicos”.

A legislatura da Cidade de Buenos Aires aprovou em 5 de março de 1998 a Lei n. 6, que regula o instituto da “*Audiencia Pública*” realizada em processo de tomada de decisão administrativa ou legislativa, classificando-a em três tipos: temáticas (arts. 6º a 16), de requisição cidadã (art. 17 a 20) e para designações e acordos (arts. 21 a 33). Merece transcrição os primeiros artigos da Lei n. 6/98 por representarem a positivação de alguns entendimentos que serão defendidos no presente trabalho, tais como a nulidade da decisão caso não precedida de audiência pública prevista legalmente de forma obrigatória e o caráter consultivo, e não vinculativo, das opiniões e sugestões colhidas no curso da audiência, remanescendo à Administração Pública, contudo, a obrigatoriedade de motivar sua decisão, declinando as razões pelas quais eventualmente as rejeita. Ei-los:

Título I – Objeto e finalidad

Artículo 1º - La presente Ley regula el Instituto de Audiencia Pública. La Audiencia Pública constituye una instancia de participación en el proceso de toma de decisión administrativa o legislativa en el cual la autoridad responsable de la misma habilita un espacio institucional para que todos aquellos que puedan verse afectado o tengan un interés particular expresen su opinión respecto de ella. El objetivo de esta instancia es que la autoridad responsable de tomar la decisión acceda a las distintas opiniones sobre el tema en forma simultánea y en pie de igualdad a través del contacto directo con los interesados.

Art. 2º - Las opiniones recogidas durante la Audiencia Pública son de carácter consultivo y no vinculante. Luego de finalizada la Audiencia, la autoridad responsable de la decisión debe explicitar, en los fundamentos del acto administrativo o normativo que se sancione, de qué manera ha tomado en cuenta las opiniones de la ciudadanía y, en su caso, las razones por las cuales las desestima.

Art. 3º - La omisión de la convocatoria a la Audiencia Pública, cuando ésta sea un imperativo legal, o su no realización por causa imputable al órgano convocante es causal de nulidad del acto que se produzca en consecuencia, quedando abierta la actuación judicial.

Art. 4º - El incumplimiento del procedimiento estipulado en la presente ley podrá ser causal de anulabilidad del acto, por vía administrativa o judicial.

No âmbito federal, o Decreto 1.172, de 3 de dezembro de 2003, aprova o “Regulamento Geral de Audiências Públicas para o Poder Executivo Nacional”, bem como de outros instrumentos de participação cidadã (Regulamento Geral para a Publicidade da Gestão de Interesses no âmbito do Poder Executivo Nacional; Regulamento Geral para a Elaboração Participativa de Normas; Regulamento Geral de Acesso à Informação Pública para o Poder Executivo Nacional e Regulamento Geral de Reuniões Abertas dos Entes Reguladores dos Serviços Públicos).

De um modo geral, ao menos pelo que se infere da construção doutrinária brasileira, o instituto argentino assemelha-se muito à versão brasileira: aqui como alhures, é

tido como um processo administrativo que admite a participação oral e por escrito do público em geral – pessoas físicas ou jurídicas, públicas ou privadas – como forma de construção da melhor decisão administrativa possível pela autoridade responsável.

Segundo o artigo 3º:

A Audiência Pública constitui uma instância de participação no processo de tomada de decisão, na qual a autoridade responsável habilita à cidadania um espaço institucional para que todo aquele que possa ver-se afetado ou tenha um interesse particular ou geral, expresse sua opinião.⁶¹

Como procedimento administrativo, sujeita-se aos princípios da igualdade, publicidade, oralidade, informalidade e gratuidade. O impulso para realização da audiência pública pode partir da sociedade, pois a realização da audiência pública pode ser solicitada por qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, mediante representação motivada, sobre a qual a autoridade convocante deve manifestar-se no prazo máximo de 30 (trinta) dias, por meio de ato administrativo motivado (art. 10).

O Decreto apresenta detalhamento do *iter* processual: o procedimento inicia-se com a publicação do ato administrativo de convocação, exarado pela autoridade máxima de determinada área; passa por uma “etapa preparatória”, na qual é realizado um “Registro” prévio dos participantes expositores; até chegar à audiência propriamente dita, durante a qual ao menos um funcionário da área em debate deve expor as questões submetidas à consideração dos cidadãos, seguido dos participantes inscritos, que têm direito a uma intervenção oral de duração de 5 (cinco) minutos, ao menos, e dos ouvintes da audiência, que podem manifestar-se por escrito.

Podem participar da audiência pública toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que invoque um direito ou interesse simples, difuso ou de incidência coletiva, relacionado com o tema da audiência (art. 11). O Decreto n. 1.172/2003 distingue os “participantes” dos “ouvintes”: somente aqueles, após inscreverem-se em um Registro prévio, possuem o direito de manifestar-se oralmente na audiência pública. Os ouvintes – pessoas que assistem à audiência sem inscrição prévia – podem participar unicamente por meio de perguntas formuladas por escrito, após as apresentações orais e sobre as quais o Presidente estabelecerá a modalidade de resposta (art. 30). A fim de evitar qualquer interpretação em sentido contrário, o Decreto foi taxativo ao dispor que as opiniões e propostas dos participantes não têm caráter vinculante (art. 6º). Ao final, finalizadas as intervenções de todas

⁶¹ No original: “La Audiencia Pública constituye una instancia de participación en el proceso de toma de decisión, en la cual la autoridad responsable habilita a la ciudadanía un espacio institucional para que todo aquel que pueda verse afectado o tenga un interés particular o general, exprese su opinión”.

as partes, o Presidente declara o encerramento da audiência pública, com a lavratura de uma ata. As notas taquigráficas devem compor os autos do procedimento, assim como um “informe” elaborado pela comissão organizadora contendo uma descrição sumária de todas as intervenções e incidências da audiência. A autoridade convocante pode ordenar a realização de estudos especiais relacionados ao tema tratado, a fim de gerar informações úteis para a tomada de decisão (art. 37) e deve, no prazo de até 30 (trinta) dias do recebimento do informe final, fundamentar sua resolução final e explicar de qual maneira levou em consideração as opiniões dos cidadãos ou, se for o caso, as razões pelas quais as rejeitou (art. 38).

A ampla publicidade de todo o procedimento é assegurada pelo Decreto em várias passagens: a autoridade convocante deve publicar durante 2 (dois) dias a convocatória da audiência pública, com uma antecedência mínima de 20 (vinte) dias contados da data da sua realização, no Boletim Oficial, em pelo menos 2 (dois) diários de circulação nacional e na página da *Internet* da área. A publicação deve conter as mesmas especificações exigidas para a convocatória e ser ampliada para meios locais ou especializados na matéria, quando a temática assim o exigir (art. 16). Ao final, o “informe” elaborado pela comissão de implementação deve ser publicado no Boletim Oficial e na página da *Internet* da autoridade convocante e do organismo coordenador, se for o caso, contendo: o objeto, as datas em que se realizou, funcionários presentes, quantidade de participantes, lugar onde os autos se encontram a disposição, os prazos e modalidade de publicidade da resolução final (art. 36).

Não se olvidou dos gastos necessários à realização da audiência pública: segundo o Decreto, o orçamento deve ser aprovado pelo órgão competente da autoridade convocante (art. 13).

Em suma, pode-se afirmar, ao menos no que tange ao aspecto legislativo, que o instituto argentino apresenta-se mais desenvolvido que o correspondente brasileiro. Além de ser extraída implicitamente de normas que garantem a participação dos cidadãos na vida pública, a audiência pública encontra-se regulamentada na legislação infraconstitucional e infralegal.

4.1.3 França

Na França, entre os institutos de democracia participativa destacam-se a “*enquête publique*” e, mais recentemente, o “*débat public*”, ambos estreitamente relacionados à proteção do meio ambiente, impulsionada pelas convenções internacionais e diretivas da

União Europeia que apregoam a participação dos cidadãos na condução das questões ambientais⁶².

Tradicional instituto de participação popular na Administração Pública francesa, a “*enquête publique*” é um procedimento de participação prévio a decisões envolvendo grandes projetos de planejamento e infraestrutura, com o objetivo de dar conhecimento ao público e colher apreciações, sugestões e contraproposições sobre o tema e conferir à autoridade competente todos os elementos necessários à tomada de decisão (art. L123-3, *Code d'environnement*).

Na já mencionada obra escrita em 1952, Bernard Schwartz afirmava que as audiências públicas (“*public hearings*”) prévias à formulação de regulamentos pelas agências reguladoras nos Estados Unidos não encontravam correlato exato na França. Embora as partes interessadas fossem consideradas pelas autoridades administrativas francesas, os processos de consulta não apresentavam o desenvolvimento das frequentes audiências públicas norte-americanas. Provavelmente, referia-se o autor à enquete pública, instituto que remonta ao século XIX (SCHWARTZ, 1952, p.77).

Na mesma linha, embora reconhecendo a enquete pública como um meio prático de participação dos administrados na tomada de decisões que lhes interessem, Jean-Pierre Ferrier, já no ano de 1974, vislumbrava suas limitações, que classificou de duas ordens: por um lado, o fato de a participação, embora direta, ser recebida de forma indireta, por meio do “*commissaire-enquêteur*”, intermediário designado pelo Presidente do Tribunal Administrativo que se colocava entre a Administração e os administrados, e, por outro, a implementação da enquete, feita por métodos nada modernos e eficazes. Segundo Ferrier, citando Jean Rivero, o procedimento era regido por textos que ignoravam as técnicas modernas de informação: cartazes ilegíveis e documentos de consulta herméticos esvaziavam a consulta de sua substância e a reduziam a um rito (FERRIER, 1974, p.676). Por essas razões, o autor argumentava que na França o domínio da enquete pública era bastante limitado se comparado ao que ocorria nos países anglo saxões, onde as enquetes agregavam maior proveito (1974, p.674).

Mais recentemente, Michel Fromont (2006) também reconhece as limitações do instituto ao escrever que a enquete pública na França, ao contrário do modelo correlato inglês, não comporta um debate público, a não ser em casos excepcionais. Apontando a ironia da

⁶² Segundo o professor francês Pierre Devolvé, em colóquio ocorrido na Faculdade de Direito da UFMG em 19 de maio de 2010, o termo “*audience publique*” não guarda o mesmo sentido do correlato em português. O “*débat public*” francês corresponderia ao que no Brasil chamamos de “audiência pública”.

legislação, escreve o autor: “A coisa é ainda mais surpreendente porque o texto que modernizou este procedimento é a lei de 13 de julho de 1983, cujo título se refere à ‘democratização das enquetes públicas’” (2006, p.220)⁶³. Na realidade, a despeito das sucessivas reformas pelas quais passou ao longo dos anos, o procedimento da enquete pública sofreu muitas críticas e descrédito tanto por parte das associações de defesa do meio ambiente, que a acusaram de “*simulacre de démocratie*” como por parte dos eleitos, que não reconheciam legitimidade nos “*commissaires-enquêteurs*” encarregados de conduzi-la, frequentemente tidos por parciais pelas associações (BLATRIX, 2007, p.45).

Nesse contexto de insatisfação com as insuficiências apresentadas pela “*enquête publique*”, surge o “*débat public*”, fruto de um processo evolutivo que tem início em 1992, com a edição da “*circulaire Bianco*”⁶⁴ por ocasião dos debates em torno do projeto do TGV Mediterrâneo, em seguida, em 1995, positivado pela “*Loi Barnier*” no que concerne à proteção ao meio-ambiente, com a criação da “*Commission nationale du débat public*”, conhecida pela sigla CNDP, e, enfim, em 2002, enquadrado em uma lei mais geral que consagra o papel da CNDP como instituição de “democracia de proximidade”.

Embora seja o debate público fruto de um movimento evolutivo, o ano de 1995 (“*Loi Barnier*”) é o marco de referência encontrado na doutrina. Segundo Jacques Chevalier: “A partir de 1995, a realização dos grandes projetos de planejamento e infraestrutura é subordinado ao debate público, organizado sob a égide de uma ‘Comissão Nacional de Debate Público’ (CNDP)” (2009, p.226).

As enquetes e audiências públicas realizadas pelo BAPE (“*Bureau d’audiences publiques sur l’environnement*”), do Québec, Canadá, considerado referência em matéria de democracia participativa a partir de 1980, são consideradas fontes de inspiração para a *Commission nationale du débat public* na França. O objetivo do BAPE é instituir um direito à participação dos cidadãos no exame dos impactos ambientais causados por grandes projetos, tais como as rodovias, os equipamentos de produção, de transporte e repartição de energia elétrica e os projetos industriais. Em linhas gerais, o processo segue o seguinte rito: o Ministro do meio ambiente, aceitando o requerimento de audiência pública, confia um mandato ao BAPE para realizá-la em 4 meses. A intervenção do BAPE no processo de

⁶³ No original: “La chose est d’autant plus surprenante que le texte ayant modernisé cette procédure est la loi du 13 juillet 1983 dont l’intitulé fait référence à la ‘démocratisation des enquêtes publiques’.” A lei citada pelo autor (Lei 83-630, de 12 de julho de 1983) foi revogada pela Ordonnance n. 2000-914, de 18 de setembro de 2000 e codificada no Código Ambiental Francês.

⁶⁴ “Le 15 décembre 1992 paraît la circulaire relative à la conduite des grandes projets nationaux d’infrastructures, dite circulaire Bianco, qui s’inspire directement de ces recommandations et institue un débat préalable sur les ‘grandes fonctions de l’infrastructure’, avant toute étude de tracé, organisé sous l’autorité d’un préfet coordonnateur.” (BLATRIX, 2007, p.49).

avaliação do impacto ambiental é composta de duas fases: a primeira destinada à enquete e à pesquisa de informações, ao passo que a segunda consagra a coleta de opiniões por meio de memoriais verbais ou escritos. Terminada a fase da audiência pública, a comissão elabora um relatório sobre o projeto que servirá de base ao Ministro para recomendar ou não a adoção de um decreto (GAUTHIER et SIMARD, 2007, p.79-80). Baseando-se em estudos recentes, Mario Gauthier e Louis Simard, afirmam que, passado muito tempo, discute-se em Québec meios de aprimorar o processo de participação do público em torno dos dois eixos considerados deficientes: o momento tardio de intervenção no processo decisório, que ocorre após o planejamento e definição do projeto e acaba por diminuir a influência do público, e o caráter formal da consulta, frequentemente qualificada de “*quasi judiciaire*” e com pouco espaço para uma discussão livre entre os participantes (2007, p.89). No ponto, a audiência pública canadense assemelha-se à “*public hearing*” norte-americana, cujo procedimento possui nítido caráter controversial por acentuar a divisão entre opositores e apoiadores do projeto em debate.

Na França, o “*débat public*” é apontado pela doutrina como instituto político inédito no direito francês e palco para compreensão das transformações em curso na gestão pública na França, a qual, tradicionalmente marcada pela concentração dos poderes e distanciamento dos cidadãos, ranço da “Administração Bonapartista”, começa a abrir-se à concertação e participação destes no processo decisório envolvendo grandes escolhas nacionais.

A Comissão nacional do debate público (CNDP)⁶⁵ é autorizada a organizar debate público para discutir grandes projetos que apresentem forte repercussão sócio-econômico ou

⁶⁵ As características gerais da CNDP estão na Lei 2002-276, de 27 de fevereiro de 2002, relativa à democracia de proximidade, art. L121-1, modificado pela Lei n. 2010-788, de 12 de julho de 2010, art. 246 (Lei Grenelle II):

“La Commission nationale du débat public, autorité administrative indépendante, est chargée de veiller au respect de la participation du public au processus d'élaboration des projets d'aménagement ou d'équipement d'intérêt national de l'Etat, des collectivités territoriales, des établissements publics et des personnes privées, relevant de catégories d'opérations dont la liste est fixée par décret en Conseil d'Etat, dès lors qu'ils présentent de forts enjeux socio-économiques ou ont des impacts significatifs sur l'environnement ou l'aménagement du territoire.

La participation du public peut prendre la forme d'un débat public. Celui-ci porte sur l'opportunité, les objectifs et les caractéristiques principales du projet. Il porte aussi sur les modalités d'information et de participation du public après le débat.

La participation du public est assurée pendant toute la phase d'élaboration d'un projet, depuis l'engagement des études préliminaires jusqu'à la clôture de l'enquête publique réalisée en application des dispositions du chapitre III du titre II du livre Ier du présent code ou du chapitre Ier du titre Ier du code de l'expropriation pour cause d'utilité publique.

En outre, la Commission nationale du débat public veille au respect de bonnes conditions d'information du public durant la phase de réalisation des projets dont elle a été saisie jusqu'à la réception des équipements et travaux.

Elle conseille à leur demande les autorités compétentes et tout maître d'ouvrage sur toute question relative à la concertation avec le public tout au long de l'élaboration d'un projet.

impacto significativo sobre o meio ambiente envolvendo operações públicas de planejamento de interesse nacional do Estado, das coletividades territoriais, dos estabelecimentos públicos e das pessoas privadas. O debate gira em torno da oportunidade, objetivos e características principais do projeto e a participação do público é garantida durante toda a fase de sua elaboração, desde a produção dos estudos preliminares até o encerramento da enquete pública realizada por força da legislação ambiental ou de desapropriação por utilidade pública. A participação alargada do debate público, a partir da elaboração do projeto, intenciona superar a crítica direcionada às enquetes públicas, acusadas de proporcionar uma participação tardia na elaboração de projeto, quando já em fase adiantada, o que esvaziava a legitimidade do instituto.

A Comissão é qualificada como autoridade administrativa independente (AAI), com dever de neutralidade para interpor-se entre o público e a autoridade competente. Compõe-se de 25 membros, nomeados para um período de 5 anos ou pela duração do mandato. Entre eles, destacam-se os representantes de associações de proteção ao meio ambiente que exerçam suas atividades no âmbito do território nacional, os representantes de usuários e de personalidades qualificadas e os representantes dos sindicatos dos empregados e dos empregadores⁶⁶.

La Commission nationale du débat public a également pour mission d'émettre tous avis et recommandations à caractère général ou méthodologique de nature à favoriser et développer la concertation avec le public.

La Commission nationale du débat public et les commissions particulières ne se prononcent pas sur le fond des projets qui leur sont soumis”.

⁶⁶ A composição da Comissão nacional do debate público está descrita no artigo L121-3 da Lei 2002-276, de 27 de fevereiro de 2002, relativa à democracia de proximidade, art. L121-1, modificado pela Lei n. 2010-788, de 12 de julho de 2010, art. 246 (Lei Grenelle II):

“La Commission nationale du débat public est composée de vingt-cinq membres nommés pour cinq ans ou pour la durée de leur mandat. Outre son président et deux vice-présidents, elle comprend :

1° Un député et un sénateur nommés respectivement par le Président de l'Assemblée nationale et par le Président du Sénat ;

2° Six élus locaux nommés par décret sur proposition des associations représentatives des élus concernés;

3° Un membre du Conseil d'Etat, élu par l'assemblée générale du Conseil d'Etat ;

4° Un membre de la Cour de cassation, élu par l'assemblée générale de la Cour de cassation ;

5° Un membre de la Cour des comptes, élu par l'assemblée générale de la Cour des comptes ;

6° Un membre du corps des membres des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel, nommé par décret sur proposition du Conseil supérieur des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel ;

7° Deux représentants d'associations de protection de l'environnement agréées au titre de l'article L. 141-1 exerçant leur activité sur l'ensemble du territoire national, nommés par arrêté du Premier ministre sur proposition du ministre chargé de l'environnement ;

8° Deux représentants des consommateurs et des usagers, respectivement nommés par arrêté du Premier ministre sur proposition du ministre chargé de l'économie et du ministre chargé des transports ;

9° Deux personnalités qualifiées, dont l'une ayant exercé des fonctions de commissaire enquêteur, respectivement nommées par arrêté du Premier ministre sur proposition du ministre chargé de l'industrie et du ministre chargé de l'équipement ;

10° Deux représentants des organisations syndicales représentatives de salariés et deux représentants des entreprises ou des chambres consulaires, dont un représentant des entreprises agricoles, nommés par arrêté du Premier ministre sur proposition des organisations professionnelles respectives les plus représentatives.

Le président et les vice-présidents sont nommés par décret.

Para cada projeto específico é constituída uma Comissão, responsável pela organização do debate público. A duração de cada qual é limitada a 4 meses, podendo ser prorrogada por mais 2 meses por meio de decisão motivada da CNDP. Ao final, no prazo de 2 meses do encerramento do debate público, o Presidente da CNDP deve publicar um relatório e fazer um balanço do ocorrido. A CNDP não decide sobre a viabilidade do projeto de planejamento ou ambiental, mas sim prepara elementos hábeis a subsidiar a decisão que será tomada pela autoridade competente, sem caráter vinculante. Contudo, como esclarece o professor Pierre Devolvé, dificilmente a Administração decidirá contra a vontade de uma ampla maioria advinda do debate público⁶⁷. Assim, a CNDP, apesar de continuar funcionando como intermediário entre a sociedade e o Poder Público, exerce forte influência sobre a decisão a ser tomada pela autoridade competente.

A respeito do controle exercido pelo Conselho de Estado francês sobre o debate público, Raphaël Romi (2007) leciona que a decisão que determina sua abertura é passível de questionamento, uma vez que a concretização do princípio da participação produz efeitos jurídicos. Na mesma linha, o Conselho de Estado já entendeu que a decisão que rejeita a abertura do debate, privando os cidadãos de participar da elaboração do projeto, não pode ser caracterizada como medida preparatória, sujeitando-se, assim como a decisão que determina sua abertura, ao recurso de abuso de poder (*"recours pour excès de pouvoir"*)⁶⁸. Por outro lado, as decisões relativas à organização do debate são consideradas medidas preparatórias e, portanto, fora do alcance do Conselho de Estado, que já decidiu: "as diferentes decisões que a comissão pode tomar após decidir pela abertura do debate público, a respeito de suas modalidades, seu calendário e as condições de seu desenvolvimento não constituem decisões que causam prejuízo"⁶⁹. É apenas, então, afirma o autor, por ocasião da contestação da decisão *stricto sensu* que o debate público pode ser questionado, assim como as enquetes públicas e estudos de impacto (ROMI, 2007, p.64-65)⁷⁰.

Le mandat des membres est renouvelable une fois.

Le président et les vice-présidents exercent leurs fonctions à plein temps et sont rémunérés.

Les fonctions des autres membres donnent lieu à indemnité".

⁶⁷ Extraído do Colóquio ocorrido na Faculdade de Direito da UFMG em 19 de maio de 2010.

⁶⁸ CE 17 mai 2002, Association France Nature environnement e CE 14 juin 2002, Association pour garantir l'intégrité rurale restant.

⁶⁹ CE, 5 avril 2004, Association citoyenne intercommunale des populations concernées par le projet d'aéroport de Notre-Dame-des-Landes.

⁷⁰ Mesmo com essa limitação, o autor cita um caso em que o Tribunal Administrativo de Bordeaux (TA, 1º maio 2007) anulou uma decisão que determinou o início do contorno de uma rodovia, sem que a Comissão particular designada para realizar o debate público tivesse terminado seus trabalhos. Considerou-se que houve vício de procedimento substancial, o que, segundo Raphaël Romi, "reforça a percepção da participação e da legitimidade do procedimento do debate público" (2007, p.65).

4.2 A audiência pública e os princípios da Administração Pública (art. 37, *caput*, CR/88)

4.2.1 Legalidade

É noção corrente no Direito Administrativo que o princípio da legalidade, vetor basilar do Estado de Direito, não se exaure no respeito à lei em sentido formal, mas sim ao ordenamento jurídico como um todo, englobando a Constituição, os princípios gerais do Direito, as normas internacionais, os atos infralegais regulamentadores, entre outros. Por isso, para designar a observância não só da legalidade estrita, mas também de toda a principiologia que deve nortear a atuação da Administração Pública, vem sendo empregada pela doutrina a expressão “princípio da juridicidade”, que parece melhor representar essa ideia. Segundo Maria João Estorninho (2009), essa foi a primeira transformação sofrida pelo princípio da legalidade na passagem do Estado Liberal para o Social, no sentido de que a noção de subordinação à lei deve ser completada ou mesmo substituída pela de subordinação ao Direito, o que a doutrina francesa tem chamado de “*bloc legal*”. A passagem do Estado Liberal para o Social também provocou uma segunda transformação do princípio da legalidade, que passa a ser entendido não apenas como limite (concepção negativa), mas como fundamento da atuação pública (concepção positiva) (ESTORNINHO, 2009, p.175-176).

Atualmente muitos autores têm ressaltado a passagem da ideia de legalidade para a juridicidade. Entre eles, Paulo Otero, registrando o abandono de uma concepção positivista-legalista da legalidade administrativa, escreve que essa transformação revela que “o poder público não está apenas limitado pelo Direito que cria, encontrando-se também condicionado por normas e princípios cuja existência e respectiva força vinculativa não se encontram na disponibilidade desse mesmo poder” (2007, p.15). No Brasil, Gustavo Binbenojm (2007), constatando a “crise da lei”, defende a constitucionalização do direito administrativo. Segundo o autor, o regime jurídico administrativo deve ser costurado pela Constituição, seus princípios e especialmente seu sistema de direitos fundamentais. “A superação do paradigma da legalidade administrativa só pode dar-se com a substituição da lei pela Constituição como cerne da vinculação administrativa à juridicidade” (2007, p.515).

Imbuída nessa linha, a Lei Federal n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999 (Processo Administrativo Federal), embora tenha elencado o “princípio da legalidade” como de obediência obrigatória pela Administração Pública, dispõe que nos processos administrativos

serão observados os critérios de “atuação conforme a lei e o Direito” (art. 2º, parágrafo único, inciso I).

A realização de audiência pública no exercício da função administrativa está prevista em uma gama de leis específicas, ora como ato praticado no exercício de competência vinculada, ora discricionária. Para além desses casos específicos – tais como a legislação envolvendo meio ambiente, licitação, saúde, regulação, meio urbano e responsabilidade fiscal, como será visto adiante – há previsão genérica na Lei n. 9.784/99, como etapa da fase instrutória do processo administrativo, sempre que houver relevância da questão⁷¹.

À exceção da audiência pública realizada no curso do processo de licenciamento ambiental, em que a Resolução CONAMA n. 9/87 traçou contornos mínimos para essa modalidade, não há no ordenamento pátrio ato normativo que regulamente o procedimento da audiência pública no exercício da função administrativa, o que não significa dizer que esta não possa ser realizada pelo Poder Público. Nesse caso, a Administração deve munir-se de regulamento pontual e transparente, pautado em princípios norteadores da atuação pública.

Assim, ao realizar uma audiência pública e ditar seu procedimento por meio de regulamento interno, a Administração Pública subsume-se ao princípio da juridicidade em sua acepção ampla, na medida em que cumpre a lei em sentido estrito, que determina sua realização em situações gerais e específicas, bem como os princípios e valores fundadores do Estado Democrático do Direito – tais como o princípio da participação popular, da soberania popular e a democracia participativa – e convenções e declarações internacionais, que apregoam a participação do cidadão na gestão pública.

4.2.2 Impessoalidade

No campo jurídico, o princípio da impessoalidade encontra-se expressamente previsto art. 37, *caput*, da Constituição da República de 1988 desde a sua gênese, aparecendo pela primeira vez na história constitucional com dessa denominação. Desde então, vem sendo estudado pela doutrina pátria como um dos princípios orientadores da atividade administrativa, ao lado da legalidade, moralidade (com o qual possui limites tênues), publicidade e eficiência.

⁷¹ 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”.

No plano infraconstitucional, encontra-se referência à impessoalidade ou imparcialidade nos seguintes textos normativos⁷²: na Lei Federal n. 9.784/99, o princípio da impessoalidade não aparece de forma explícita, mas pode ser inferido do art. 2º, parágrafo único, inciso III e do próprio direito de ser ouvido (ampla de defesa e contraditório). Os arts. 18 e 19 do mesmo ato normativo trazem hipóteses de impedimento e suspeição que, por certo, referem-se à imparcialidade. A Lei Federal n. 8.429/92 previu expressamente o “dever de imparcialidade”, cuja violação configura ato de improbidade administrativa (art. 11). Na Lei Federal n. 8.666/93, o art. 3º estipula que nos procedimentos licitatórios devem ser observados, entre outros, os princípios da impessoalidade. A Lei Federal n. 8.987/95 apregoa, em seu art. 14, o respeito à impessoalidade. Já a Lei Federal n. 8.112/90, art. 150, determina que a comissão formada para apuração de infração disciplinar exercerá suas atividades com independência e imparcialidade.

O que vem dito, contudo, não significa que o princípio não seja um velho conhecido do ordenamento jurídico anterior, podendo-se afirmar que se encontra implícito na própria noção de Estado de Direito – que não se coaduna com a personalização do poder – e de República (*res publica*), que lhe serve de fundamento. Não sem razão, afirmou o Ministro Celso de Mello no julgamento da ADI n. 1.521-MC/RS: “[...] a concepção republicana de poder mostra-se absolutamente incompatível com qualquer prática governamental tendente a restaurar a inaceitável teoria do Estado patrimonial”.

Os contornos do princípio da impessoalidade começaram a ser definidos com o advento da Administração burocrática, quando a utilização de métodos racionais e objetivos na organização interna da máquina estatal tornou evidente a necessidade de separação entre o interesse público e os particulares dos detentores do poder. Embora passível de críticas, não há como negar que a Administração burocrática representou importante avanço em relação à patrimonial ao deslocar o eixo do interesse perseguido e alterar a ideia de “propriedade” para a de “administração” de coisa alheia⁷³.

Nesse ambiente o princípio da impessoalidade encontrou campo propício para proscurever condutas marcadas pela pessoalidade, favoritismos e perseguições no âmbito da Administração Pública, tudo em prol da eterna busca do interesse público. Uma das formas de

⁷² O alcance e a polêmica envolvendo as expressões “imparcialidade” e “impessoalidade” serão tratados adiante, neste tópico.

⁷³ Ressaltando a importância da Administração burocrática para afirmação do princípio da impessoalidade, afirmou o Min. Cezar Peluso no julgamento da ADC n. 12-MC/DF: “As necessidades da administração pública dependem daquilo que WEBER denominava ‘dominação burocrática da impessoalidade formalística’, cujo conteúdo relevava bem com a expressão latina *sine ira et studio*, ou seja, regida pelo dever jurídico estrito de não se deixar guiar, não se deixar conduzir, na tutela da coisa pública, nem por ódio, nem por amor”.

assegurar-se a impessoalidade na conduta administrativa é a atuação procedimental da Administração Pública, que impõe ao agente a utilização do processo administrativo para ouvir o cidadão e com ele dialogar, em decorrência da obrigatoriedade de motivação das decisões. Para Carlos Ari Sundfeld, os processos administrativos “são o mecanismo para a realização da Administração Pública impessoal” (2006, p.44).

Nesse contexto, pretende-se analisar se as audiências públicas – entendidas como um processo administrativo que visa assegurar a participação dos cidadãos na vida pública – podem contribuir para a afirmação do princípio da impessoalidade, na denominação escolhida pelo ordenamento jurídico pátrio, ou da imparcialidade, como encontrado alhures.

Sobre a impessoalidade, dois principais pontos podem ser destacados da doutrina nacional: o primeiro gira em torno da autonomia – ou não – do princípio em face de outros aplicáveis à Administração Pública (tais como finalidade, igualdade e legalidade); e o segundo diz respeito ao conteúdo propriamente dito do princípio.

Autores como Hely Lopes Meirelles (2007), José Afonso da Silva (2007) e Maria Sylvia Zanella di Pietro (2009) equiparam a impessoalidade ao princípio da finalidade. Para essa corrente da doutrina, a obrigatoriedade de atuação imparcial do administrador público encontra-se implícita na finalidade do ato estabelecida pelo legislador, vale dizer, o interesse público. Já outros, como Celso Antônio Bandeira de Mello⁷⁴, o equiparam ao princípio da igualdade, no sentido de que a Administração Pública está obrigada a tratar todos com igualdade de tratamento, sem discriminações, “benéficas ou detrimen-tosas” (2009, p.114).

Uma terceira corrente encontrada na doutrina nacional defende a autonomia do princípio da impessoalidade. Cármen Lúcia Antunes Rocha (1994) rejeita a “sinonímia” entre a impessoalidade administrativa e a finalidade pública que vincula a atividade estatal, como feito, por exemplo, por Hely Lopes Meireles. Na mesma linha, a autora não concorda com o entendimento segundo o qual o princípio da impessoalidade é o princípio da igualdade tomado como sinônimo pelo constituinte: primeiro, por não ser crível que o constituinte tenha preferido empregar mais de um termo para expressar a mesma e única ideia e, segundo, porque, embora ambos sejam de observância obrigatória pela Administração Pública, o da impessoalidade o é em caráter exclusivo, pois não desborda da esfera estatal. O princípio da

⁷⁴ O princípio em causa não é senão o próprio princípio da igualdade ou isonomia. Está consagrado explicitamente no art. 37, *caput*, da Constituição. Além disso, assim como ‘todos são iguais perante a lei’ (art. 5º, *caput*), *a fortiori* teriam de sê-lo perante a Administração (Bandeira de Mello, 2009, p.114).

igualdade possui amplitude maior, e se desdobra em outros princípios, como o da impessoalidade⁷⁵.

De fato, é possível vislumbrar pontos de encontro entre os princípios da impessoalidade e da igualdade, a começar pela vedação de tratamento particularizado a determinados indivíduos em decorrência de favoritismos ou de perseguições. Contudo, embora possa ser entendido como uma faceta do princípio da igualdade⁷⁶, o princípio da impessoalidade possui contornos próprios e independência, abarcando também as noções de neutralidade, objetividade, imparcialidade e transparência, verdadeiros deveres de conduta direcionados à Administração Pública, como defendido por Ana Paula Oliveira Ávila (2004) e abordado a seguir.

Quanto ao conteúdo, tradicionalmente, o princípio da impessoalidade tem sido externado pela doutrina por meio de duas vertentes, a depender do ponto de vista em que é analisado: do agente público ou do cidadão.

A primeira vertente veda a imputação de atos estatais ao servidor responsável pela sua prática, porquanto se vinculariam ao próprio órgão ou entidade pública de onde se originou. Pretende-se, com isso, extirpar da Administração Pública “marcas pessoais e particulares do administrador” (na expressão de Cármen Lúcia Antunes Rocha, 1994) e garantir uma gestão neutra e objetiva. Essa vertente pode ser extraída do próprio texto constitucional, que dispõe em seu art. 37, § 1º:

A publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos⁷⁷.

⁷⁵ Segundo a autora: “A igualdade é direito e seu titular é o indivíduo ou cidadão. A impessoalidade é dever e quem o titulariza é a Administração Pública. Ambas obrigam. Aquela obriga todas as pessoas públicas e privadas, físicas ou jurídicas. Esta obriga o Estado a ser neutro, objetivo e imparcial em todos os seus comportamentos. A impessoalidade garante que a Administração seja Pública não apenas no nome, mas principalmente em cometimentos, e que o bem politicamente buscado seja o de todos e não aquele comum a um grupo de pessoas eventualmente ocupantes dos cargos do Poder” (ROCHA, 1994, p.154).

⁷⁶ Nesse sentido, Onofre A. Batista Júnior, afirma que “(...) o Princípio da Impessoalidade firma, em essência, uma faceta do valor igualdade, que determina que o administrador público não pode privilegiar alguém, prejudicando, assim, toda a sociedade. Nesse sentido, a impessoalidade é um vetor marcante que orienta, principalmente, a relação entre o agente público e a AP” (2004, p.358).

⁷⁷ O Supremo Tribunal Federal acolhe essa orientação: “EMENTA Publicidade de atos governamentais. Princípio da impessoalidade. Art. 37, parágrafo 1º, da Constituição Federal. 1. O caput e o parágrafo 1º do artigo 37 da Constituição Federal impedem que haja qualquer tipo de identificação entre a publicidade e os titulares dos cargos alcançando os partidos políticos a que pertençam. O rigor do dispositivo constitucional que assegura o princípio da impessoalidade vincula a publicidade ao caráter educativo, informativo ou de orientação social é incompatível com a menção de nomes, símbolos ou imagens, aí incluídos slogans, que caracterizem promoção pessoal ou de servidores públicos. A possibilidade de vinculação do conteúdo da divulgação com o partido político a que pertença o titular do cargo público mancha o princípio da impessoalidade e desnatura o caráter educativo, informativo ou de orientação que constam do comando posto pelo constituinte dos oitenta. 2. Recurso extraordinário desprovido. (RE 191668, Relator(a): Min. MENEZES DIREITO, Primeira Turma, julgado em 15/04/2008, PUBLIC 30-05-2008)” (g.n.).

No direito pátrio, o precursor dessa vertente é José Afonso da Silva (2007), cujo entendimento é repetido à exaustão pelos autores que tratam do assunto⁷⁸.

A segunda vertente veda a atuação administrativa marcada por perseguições ou favoritismos, a sabor da inimizade/amizade do agente público com a parte interessada. Pretende-se, com isso, proscrever da realidade administrativa a consideração de interesses particulares irrelevantes nas tomadas de decisões e impor a igualdade de tratamento dos particulares perante a Administração. Por essa razão, essa vertente costuma ser equiparada ao princípio da igualdade.

Para além do conteúdo apontado – imputação dos atos estatais e vedação de favoritismos e perseguições – encontra-se doutrina nacional esparsa que defende noção ampliada do princípio da impessoalidade, com abrangência de outros princípios e deveres.

Segundo Ana Paula Oliveira Ávila, o princípio da impessoalidade não se esgota na imputação do ato ao ente estatal ou na vedação de tratamento personalizado, englobando igualmente as noções de objetividade, imparcialidade, neutralidade e transparência da Administração (2004, p.25). Assim, para a autora, o princípio, para além de limitar a atividade administrativa, impõe deveres de conduta à Administração Pública.

Cármem Lúcia Antunes Rocha (1994) também reconhece a neutralidade da atividade administrativa, mas como próprio objeto do princípio da impessoalidade. Para a autora, a neutralidade traduz-se na “ausência de marcas pessoais e particulares correspondentes ao administrador” e revela o “Estado não-César, contrário àquele que prevaleceu desde a Antiguidade e que tinha na figura do governante o seu padrão normativo e político” (1994, p.147). Para a autora, a neutralidade traduz o conteúdo positivo do princípio, ao lado da função limitadora da atuação administrativa, tida como conteúdo negativo.

O ato praticado com vício de pessoalidade⁷⁹ é inválido perante o ordenamento jurídico, podendo, contudo, haver convalidação de alguns efeitos para preservação das situações jurídicas consolidadas, bem como da boa-fé dos cidadãos não coniventes com a ilicitude. Seria o caso, por exemplo, da convalidação dos atos praticados por um funcionário nomeado em razão do grau de parentesco com outro agente público, muito embora o ato de nomeação que o alçou ao cargo seja anulado.

⁷⁸ “O princípio ou regra da impessoalidade da Administração Pública significa que os atos e provimentos administrativos são imputáveis não ao funcionário que os pratica mas ao órgão ou entidade administrativa em nome do qual age o funcionário. Este é um mero agente da Administração Pública, de sorte que não é ele o autor institucional do ato. Ele é apenas o órgão que formalmente manifesta a vontade estatal” (Silva, 2007, p.667).

⁷⁹ Segundo Cármem Lúcia A. Rocha, os vícios de pessoalidade mais comumente encontrados são: nepotismo, partidarismo, pessoalidade administrativa e elaboração normativa e promoção pessoal (1994, p.158-168).

No plano jurisprudencial, o princípio esteve recentemente em voga em função da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no julgamento da ADC-MC n. 12⁸⁰, que considerou constitucional a Resolução n. 7, editada pelo Conselho Nacional de Justiça, cujo objeto é a proibição de nomeação de parentes até o 3º grau de magistrados para cargos de chefia, direção e assessoramento no âmbito do Poder Judiciário. Segundo o STF, a vedação ao nepotismo independe de lei formal, pois decorre dos republicanos princípios da impessoalidade, da eficiência, da igualdade e da moralidade, todos dotados de auto-aplicabilidade. Posteriormente, no Recurso Extraordinário n. 579.951/RN⁸¹, em que o Ministério Público do Rio Grande do Norte requereu a anulação do ato de nomeação de dois servidores para os cargos em comissão de Secretário Municipal de Saúde e motorista pela prática de nepotismo, por serem, respectivamente, irmão de Vereador e do Vice-Prefeito do Município de Água Nova/RN, o entendimento foi estendido aos demais Poderes. Vale citar trecho do voto proferido pelo Min. Celso de Mello no mencionado recurso:

⁸⁰ EMENTA: “AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE, AJUIZADA EM PROL DA RESOLUÇÃO Nº 07, de 18.10.05, DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. ATO NORMATIVO QUE “DISCIPLINA O EXERCÍCIO DE CARGOS, EMPREGOS E FUNÇÕES POR PARENTES, CÔNJUGES E COMPANHEIROS DE MAGISTRADOS E DE SERVIDORES INVESTIDOS EM CARGOS DE DIREÇÃO E ASSESSORAMENTO, NO ÂMBITO DOS ÓRGÃOS DO PODER JUDICIÁRIO E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS”. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. 1. Os condicionamentos impostos pela Resolução nº 07/05, do CNJ, não atentam contra a liberdade de prover e desprover cargos em comissão e funções de confiança. As restrições constantes do ato resolutivo são, no rigor dos termos, as mesmas já impostas pela Constituição de 1988, dedutíveis dos republicanos princípios da impessoalidade, da eficiência, da igualdade e da moralidade. 2. Improcedência das alegações de desrespeito ao princípio da separação dos Poderes e ao princípio federativo. O CNJ não é órgão estranho ao Poder Judiciário (art. 92, CF) e não está a submeter esse Poder à autoridade de nenhum dos outros dois. O Poder Judiciário tem uma singular compostura de âmbito nacional, perfeitamente compatibilizada com o caráter estadualizado de uma parte dele. Ademais, o art. 125 da Lei Magna defere aos Estados a competência de organizar a sua própria Justiça, mas não é menos certo que esse mesmo art. 125, caput, junte essa organização aos princípios “estabelecidos” por ela, Carta Maior, neles incluídos os constantes do art. 37, cabeça. 3. Ação julgada procedente para: a) emprestar interpretação conforme à Constituição para deduzir a função de chefia do substantivo “direção” nos incisos II, III, IV, V do artigo 2º do ato normativo em foco; b) declarar a constitucionalidade da Resolução nº 07/2005, do Conselho Nacional de Justiça”. (ADC 12, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 20/08/2008, publicado em 18/12/2009).

⁸¹ EMENTA: “ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. VEDAÇÃO NEPOTISMO. NECESSIDADE DE LEI FORMAL. INEXIGIBILIDADE. PROIBIÇÃO QUE DECORRE DO ART. 37, CAPUT, DA CF. RE PROVIDO EM PARTE. I - Embora restrita ao âmbito do Judiciário, a Resolução 7/2005 do Conselho Nacional da Justiça, a prática do nepotismo nos demais Poderes é ilícita. II - A vedação do nepotismo não exige a edição de lei formal para coibir a prática. III - Proibição que decorre diretamente dos princípios contidos no art. 37, caput, da Constituição Federal. IV - Precedentes. V - RE conhecido e parcialmente provido para anular a nomeação do servidor, aparentado com agente político, ocupante, de cargo em comissão” (RE 579.951, Relator (a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 20/08/2008, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO PUBLIC 24-10-2008).

O pedido foi julgado parcialmente procedente para afastar do cargo o motorista irmão do Vice-Prefeito de Água Nova/RN, não alcançando, contudo, o Secretário Municipal de Saúde, por se tratar de cargo político. Posteriormente, esse entendimento deu ensejo à edição da Súmula Vinculante n. 13: “A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica, investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança, ou, ainda, de função gratificada na Administração Pública direta e indireta, em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal”.

O fato é um só, Senhor Presidente: quem tem o poder e a força do Estado, em suas mãos, não tem o direito de exercer, em seu próprio benefício, a autoridade que lhe é conferida pelas leis da República. O nepotismo, além de refletir um gesto ilegítimo de dominação patrimonial do Estado, desrespeita os postulados republicanos da igualdade, da impessoalidade e da moralidade administrativa. E esta Suprema Corte, Senhor Presidente, não pode permanecer indiferente a tão graves transgressões da ordem constitucional.

Outras referências ao princípio da impessoalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal podem ser encontradas em julgamentos de ações que questionam critérios para ingresso e remoção nos serviços notarial e de registro; alteração do edital no curso do processo de seleção; exame psicotécnico em concursos públicos, licitação, exercício do poder de polícia, entre outros.

4.2.2.1 O princípio da imparcialidade no direito comparado

Ao passo que a Constituição brasileira positivou o “princípio da impessoalidade”, outras fazem referência ao “princípio da imparcialidade” da Administração Pública. A título de exemplificação, podem ser citados o art. 267 da Constituição da República Portuguesa⁸² e art. 97 da Constituição Italiana⁸³.

Na Argentina, Agustín Gordillo (2003) informa que o princípio da imparcialidade é um dos princípios cardinais orientadores do processo administrativo, encontrando-se previsto no art. 4º, ‘b’ do Decreto n. 229/2000 (que institui a *Carta Compromisso con el Ciudadano*)⁸⁴. Segundo o autor: “También la Corte Suprema de Justicia de La Nación tiene sostenido que es requisito integrante de la garantía de la defensa que el caso sea considerado ‘por funcionarios imparciales’” (2003, p.IX-32).

Cármén Lúcia A. Rocha (1994), citando Massimo Severo Giannini, escreve que o princípio da imparcialidade, como denominado em Constituições de países europeus, surge

⁸² “1. A Administração Pública visa a prossecução do interesse público, no respeito pelos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos. 2. Os órgãos e agentes administrativos estão subordinados à Constituição e à lei e devem actuar, no exercício das suas funções, com respeito pelos princípios da igualdade, da proporcionalidade, da justiça, da **imparcialidade** e da boa fé”. (g.n.).

⁸³ Seção II - A Administração Pública. Art. 97: “Os órgãos públicos são ordenados segundo disposições de lei, de modo a serem assegurados o bom andamento e a **imparcialidade da administração**. No ordenamento das repartições públicas são determinadas as esferas de competência, as atribuições e as responsabilidades próprias dos funcionários. A admissão nos cargos públicos é realizada através de concurso, salvo os casos fixados pela lei”. (g.n.).

⁸⁴ “Imparcialidad: las unidades organizativas alcanzadas por el presente deben basar su comportamiento respecto a los ciudadanos em criterios de objetividad, justicia e imparcialidad. Las normas que regulan las condiciones generales y específicas de prestación de los servicios públicos devem ser interpretadas respetando esta obligación.”

no século XIX, na Inglaterra, como tentativa de conferir neutralidade política à ação administrativa, consolidando-se nos Estados Unidos no final do mesmo século (1994, p.149).

A origem do princípio remonta, portanto, à ideia de limitação da atividade desenvolvida pela Administração Pública, materializável por meio do princípio da “*natural justice*” do direito administrativo inglês, o qual compreende duas regras procedimentais fundamentais: primeira, a de que ninguém pode ser juiz em causa própria e, segunda, a de que todo homem tem direito de que sua defesa seja ouvida. O princípio da justiça natural permitia o controle do procedimento de formação dos atos administrativos a fim de garantir o “*fair procedure*” – um justo procedimento administrativo (ÁVILA, 2004, p.11-12).

Na verdade, pode-se entender que o princípio da imparcialidade, como denominado no estrangeiro, possui conteúdo semelhante ao princípio da impessoalidade adotado no Brasil. Para Onofre A. Batista Júnior, o princípio da impessoalidade veicula para a Administração Pública um “mandamento de imparcialidade na atuação administrativa” o qual impõe a “necessidade de o administrador público agir, neutra e objetivamente, apenas com vista à finalidade maior de atender o bem comum” (2004, p.357).

Assim, a noção de imparcialidade está incluída no âmbito de incidência do princípio da impessoalidade. Essa dimensão ampla do princípio, com alcance dos deveres conexos da objetividade, neutralidade, imparcialidade e transparência, é adotada no presente trabalho, na linha defendida por Ana Paula Oliveira Ávila (2004)⁸⁵.

4.2.2.2 O conteúdo do princípio da imparcialidade segundo a teoria europeia

O autor português David Duarte, após realizar um apanhado histórico das leituras da imparcialidade em vários ordenamentos jurídicos, conclui que o princípio possui como centro ativo a “proibição de favores e odia”⁸⁶, “tradição histórica que o princípio da imparcialidade incorpora e que está próxima do seu significado semântico corrente” (1996, p.287-288).

Segundo o autor, a ideia de que o princípio da imparcialidade é “complexo ou omnicompreensivo”, por incorporar diferentes dimensões normativas, está na base do

⁸⁵ Também Onofre A. Batista Júnior (2004, p.357) e Raquel Melo Urbano Carvalho (2008, p.168) parecem entender que a exigência de imparcialidade decorre do princípio da impessoalidade.

⁸⁶ *Odia* é o acusativo plural do substantivo neutro *odium*. A palavra aparece em muitos textos de autores latinos clássicos, como, por exemplo, nas expressões *odium Caepionis* (Cícero, De Oratore 2, 199) e *Antonius, odium omnium hominum* (“Antônio, objeto do ódio de todos os homens” Cícero, Filipicas, 14, 8). Para uma listagem das ocorrências, confira-se. GAFFIOT, 2005. Significa, literalmente, “ódios”. Na ocorrência, traduziu-se livremente como perseguições, discriminações ou preterições.

significado tradicional atribuído ao princípio, desenvolvido em duas vertentes fundamentais a partir do binômio isenção e igualdade. A primeira vertente impõe que a Administração atue com isenção, de modo a não sacrificar desnecessária e desproporcionalmente os interesses particulares. A segunda vertente exige igualdade de tratamento dos particulares por meio de um critério uniforme de prossecução do interesse público. Refere-se, portanto, à atividade administrativa na sua relação com os cidadãos (DUARTE, 1996, p.287).

No ponto, verifica-se que a segunda vertente tradicionalmente reconhecida pelo direito português ao princípio da imparcialidade – igualdade de tratamento dos particulares – coincide com aquela comumente atribuída ao princípio da impessoalidade no direito brasileiro, muito próxima do princípio da igualdade.

A diferença reside na nova apresentação da imparcialidade, consubstanciada na relação objetiva entre todo e parte, na medida em que a decisão administrativa é imparcial quando não representa apenas uma parte do seu todo, “o que se afere pelo cômputo dos factos e dos interesses que a sua previsão normativa na relação com o contexto concreto em que vai agir obriga a manifestarem-se nos momentos da sua elaboração”. Por isso, a formação da decisão impõe a ponderação (entendida como o “todo”) de todos os interesses (entendido como “partes”) que são relevantes no contexto decisório (DUARTE, 1996, p.290). A diferença – explica o autor, com o quê se concorda – dessa visão para a tradicional está na constatação de haver violação à imparcialidade não somente quando o administrador toma partido de determinado grupo ou particular, mas também quando deixa de considerar elementos relevantes que a decisão deve representar (DUARTE, 1996, p.290).

E por “interesses relevantes” deve-se entender todos aqueles juridicamente protegidos, sejam públicos ou particulares. Para melhor atender ao bem comum, deve a Administração ponderar todos os interesses encontráveis na sociedade – plural e complexa, diga-se – para munir-se de condições e conhecimento para a tomada da melhor decisão possível, a mais correta para o caso concreto. Por essa razão, Onofre A. Batista Júnior entende, levando em consideração a razoabilidade, ser possível que a opção adequada recaia na preservação de determinado interesse privado, mesmo que em detrimento de interesses públicos, sem que se fira, com isso, a essência da imparcialidade (2004, p.360).

Assim, o importante é que o interesse tenha sido objeto de ponderação, mesmo que não tenha sido determinante para a tomada da decisão tal ou qual. Os interesses relevantes devem ser ponderados no processo decisório, ao passo que os irrelevantes devem ser descartados. Nesse último sentido se vislumbra a vertente de proibição de preferências, equivalente à ponderação de interesses irrelevantes para o processo decisório.

A ausência de ponderação de todos os interesses relevantes viola o princípio da imparcialidade, como ensina Onofre A. Batista Júnior: “Se faltasse, na margem discricionária, essa ponderação, então a AP perseguiria um escopo parcial, comprometendo sua posição institucional” (2004, p.361).

Em suma, pode-se afirmar, com David Duarte, que o princípio da imparcialidade revela a proibição de tomar a parte pelo todo, seja pela proibição de ponderar somente uma parte dos interesses, deixando de considerar interesses relevantes, seja pela proibição de ponderar interesses irrelevantes, desconexos do todo (1996, p.326-327).

Prosseguindo, o autor também sustenta que o princípio da imparcialidade comporta uma vertente negativa e outra positiva (1996, p.295).

Pela vertente negativa, o administrador não deve ponderar interesses que, no contexto decisório, sejam irrelevantes. Essa vertente se desdobra em duas componentes, diferenciáveis pela intenção, ou não, de favorecer ou prejudicar alguém: a subjetiva, consubstanciada na proibição de “favores e odia”, segmento da imparcialidade que “proíbe expressamente a introdução no processo decisório de interesses valorizados na sua componente subjetiva”, por meio da intenção de favorecer ou prejudicar alguém; e a objetiva, mesma proibição de ponderação de interesses não relevantes, mas, “no entanto, englobando as decisões em que esses interesses irrelevantes são incluídos sem intenção deliberada de prejudicar ou favorecer um destinatário decisório ou terceiro”⁸⁷.

Já pela vertente positiva, o administrador deve ponderar todos os interesses relevantes no contexto decisório. David Duarte reconhece duas projeções a essa vertente: uma estática, que regula o momento da ponderação, do elenco dos interesses a ponderar, de modo que a não consideração de um interesse relevante afronta o princípio da imparcialidade e conduz à invalidade da decisão; e outra dinâmica, podendo também ser chamada de procedimental, segundo a qual os interesses relevantes devem ser captados procedimentalmente. Assim, o procedimento instrutório revela-se essencial para que os interesses possam ser manifestados e ouvidos pela Administração.

Em breves palavras, pode-se afirmar que o princípio da imparcialidade é entendido modernamente, para além da proscrição de privilégios e perseguições na atividade pública, também como obrigatoriedade de ponderação de interesses relevantes e

⁸⁷ Segundo David Duarte, citando Bernard Schwartz (*Administrative Law*), essa distinção entre a componente objetiva e subjetiva é suficientemente nítida nos direitos anglo-saxônicos. “Agora estão em causa as considerações irrelevantes (*irrelevant considerations*) que são elaboradas com base em apreciações objetivas e, portanto, independentemente da vontade psicológica do decisor (*decision-maker*) em relação à consideração pessoal dos interessados” (1996, p.295-296).

desconsideração de interesses irrelevantes na busca do interesse público, entendimento passível de ser absorvido pelo direito brasileiro no âmbito do princípio da impessoalidade. Para tanto, respeitando a denominação constitucional, propõe-se a análise do princípio da impessoalidade sob dois enfoques: um *lato sensu*, na forma do *caput* do art. 37, que englobaria tanto a proibição de tratamento impessoal em função do sujeito como a noção de imparcialidade/ponderação de interesses, e outro *stricto sensu*, na forma do art. 37, § 1º, que abarcaria a imputação dos atos estatais ao órgão ou entidade de origem, como costumeiramente apontado pela doutrina brasileira.

4.2.2.3 A audiência pública como contributo à imparcialidade

Da moderna acepção da imparcialidade como ponderação de interesses, infere-se que a vertente positiva do princípio da imparcialidade, em sua projeção dinâmica, invoca a procedimentalização da atividade administrativa, de modo “a proporcionar uma ampliação gradual e crescente do domínio da realidade conexas com o objeto da decisão por parte do decisor” (DUARTE, 1996, p.298).

David Duarte, citando Hans-Joachim Koch, faz referência a um “procedimento de ponderação, que relaciona a aquisição de factos, interesses e circunstâncias objectivamente relevantes, no sentido de individualizar as sucessivas soluções que vão pré-determinar a decisão final” (1996, p.298).

Sobre a procedimentalização da atividade administrativa, podem ser arroladas as seguintes funções, conforme o magistério de Luísa Cristina Pinto e Netto (2009): tutela dos particulares; facilitação do controle da atividade administrativa; aproximação entre Administração e os cidadãos (a procedimentalização da atividade administrativa permite uma maior participação dos cidadãos); legitimação e maior eficácia das decisões administrativas; sistematização das atuações administrativas (o procedimento possibilita uma racionalidade do processo decisório) e melhor conteúdo das decisões administrativas (2009, p.61-71).

Para além das funções destacadas pela mencionada autora, o procedimento administrativo presta-se igualmente como instrumento tendente a garantir a imparcialidade e a objetividade da ação administrativa por meio da participação e da colaboração dos cidadãos. Nesse sentido, a própria autora cita Francesco Caringella, para quem a concepção

parajurisdicional do procedimento administrativo⁸⁸ revela-se instrumento tendente a garantir a imparcialidade e a objetividade da ação administrativa por meio da participação e da colaboração dos interessados privados (PINTO e NETTO, 2009, p.52-53).

Assim, a ponderação de interesses relevantes operacionaliza-se pela atividade procedimental instrutória, por meio da qual a Administração Pública passa a ter condições de analisar todos os interesses relevantes incidentes sobre determinada questão, garantindo-se, dessa forma, a imparcialidade de sua atuação. Daí surge, naturalmente, a necessidade de fundamentação das decisões, para que possa ser averiguado por todos como os interesses relevantes foram ponderados para a conclusão do procedimento.

A participação procedimental pode ter caráter individual, na defesa de direitos subjetivos, ou coletivo, no sentido de colaboração com a atividade administrativa (PINTO E NETTO, 2009, p. 80). Nesse contexto, as audiências públicas se enquadrariam na participação procedimental “coletiva”, por corresponderem exatamente a um processo administrativo, no qual é facultado a indivíduos e grupos sociais legitimados à atuação coletiva⁸⁹ – detentores de interesses relevantes para o deslinde da questão – a participação e a possibilidade de influenciar a tomada de decisão pela autoridade pública.

Assim, pode-se considerar o processo administrativo das audiências públicas como um encadeamento de atos que concede ao administrador oportunidade de ponderar todos os interesses relevantes e excluir os interesses irrelevantes para a concretização do poder decisório da Administração Pública.

Sendo, portanto, a audiência pública um processo administrativo, pode-se vislumbrá-la como contributo à operacionalização da vertente positiva do princípio da imparcialidade, em sua projeção dinâmica, vale dizer, aquela que invoca a procedimentalização da atividade administrativa, por permitir captação procedimental dos interesses relevantes.

4.2.3 Moralidade

A história da Administração Pública brasileira é farta em exemplos de confusão entre o público e o privado, nos quais o aparato estatal é indevidamente utilizado para

⁸⁸ A autora pugna pela utilização da expressão “procedimento” administrativo e diz não se tratar de mera questão terminológica. Contrapõe-se à posição adotada por Odete Medauar e defende que a Constituição da República impôs a “procedimentalidade” da atividade administrativa e não sua “processualidade”.

⁸⁹ O processo administrativo subjacente à determinada audiência pública não apresenta dualidade de interesses contrapostos como nos processos judiciais ou mesmo em alguns processos administrativos. Ao revés, pode apresentar diferentes interesses de cidadãos e das mais variadas organizações da sociedade civil.

satisfação de fins particulares por parte daqueles que deveriam concretizar os fins sociais do Estado. Lembrando uma das facetas da imoralidade impregnada na organização estatal até os dias atuais, objeto de pronunciamento vinculante pelo Supremo Tribunal Federal, Cármen Lúcia A. Rocha, com apoio na histórica carta de Pero Vaz Caminha ao Rei de Portugal, escreve que “O nepotismo desembarcou em terras brasileiras com as primeiras navegações aqui chegadas. E esta bandeira não parou mais de ser desfraldada (talvez mais certo fosse dizer “desfraudada”...)” (1994, p.160).

Longe de ser uma exclusividade brasileira, a carência de moralidade pública é um mal que afeta praticamente todos os países, em maior ou menor grau. No Brasil, o passado marcado por condutas imorais no seio da Administração Pública impulsionou o Constituinte de 1988 a conferir juridicidade expressa à moralidade administrativa ao elencá-la como um dos princípios orientadores e vinculantes da atuação da Administração Pública (art. 37, *caput*, CR), deixando clara a interface de aspectos da Moral na seara do Direito.

A constitucionalização do princípio da moralidade administrativa deixa expresso no direito posto o que já era velha lição conhecida: o administrador deve adotar meios éticos e honestos na persecução da finalidade de interesse público à qual se encontra vinculado, sob pena de incorrer em desvio de poder. Esse entendimento é fruto dos pioneiros estudos formulados no início do século passado por Hauriou sobre a moralidade administrativa, que a distinguia da moral comum por referir-se à “disciplina interna” da Administração. Nesse sentido, ensina Cármen Lúcia A. Rocha que a moral, comum ou administrativa, liga-se diretamente aos fins da pessoa. O que difere uma da outra são os fins buscados pelo ser humano em sua esfera de liberdade e os fins necessariamente de interesse público perseguidos pela Administração (1994, p.192)⁹⁰.

O princípio engloba noções de boa-fé, lealdade, probidade administrativa e boa administração. Esse último dever foi realçado por Hauriou em comentário a acórdão proferido pelo Conselho de Estado em 1917⁹¹, oportunidade em que afirmou que, enquanto a legalidade dos atos administrativos é verificada pelo recurso baseado na violação da lei, o princípio da “boa administração” é fiscalizado pelo recurso baseado no desvio de poder, sobre o qual incide a “moralidade administrativa” (BRANDÃO, 1951, p.457). O desvio de poder é noção correlata ao abuso de direito encontrada no direito civil, pois ambos possuem a mesma causa:

⁹⁰ A autora assim conceitua a moralidade administrativa: “A moralidade administrativa é o princípio segundo o qual o Estado define o desempenho da função administrativa segundo uma ordem ética acordada com os valores sociais prevalentes e voltada à realização de seus fins. Esta moral institucional, consoante aos parâmetros sociais, submetem o administrador público” (sic) (1994, p.192).

⁹¹ Do recurso de desvio de poder, criado pela jurisprudência do Conselho de Estado Francês, surgiram as primeiras observações em torno da moralidade administrativa e seu controle (ROCHA, 1994, p.211).

“imoralidade da intenção do agente, levando à escolha de fim metajurídico irregular” (BRANDÃO, 1951, p.464).

Se a moralidade administrativa surgiu para abarcar determinadas situações em um contexto em que o positivismo jurídico não conseguia alcançar, atualmente, contudo, entende-se que o desvio de poder acarreta vício na própria legalidade do ato, porquanto a finalidade constitui elemento intrínseco a ele⁹².

Nesse contexto, a realização de audiência pública no exercício da função administrativa, paralelamente às suas finalidades próprias, pode servir como forma de demonstrar o emprego de meios, além de legais, também morais para alcance da finalidade pública e contribuir para a boa administração e demais deveres conexos – lealdade, boa-fé e probidade –, mormente em se considerando que a audiência pública deve gerar, ao final, um relatório com motivação suficiente a respeito do acolhimento, ou não, das sugestões reunidas no curso do processo. O que faz lembrar a importância da motivação dos atos administrativos para a moralidade da conduta pública, bem realçada por Florivaldo Dutra de Araújo, para quem a motivação é um meio apto a denunciar a prática de condutas imorais, nas quais não há correspondência entre os meios e os fins (2005, p.100).

Ademais, a audiência pública, como instituto de participação democrática, viabiliza o controle social sobre a atividade administrativa e força a Administração Pública, no mínimo, a preocupar-se com a moralidade dos atos que serão postos ao acesso dos cidadãos e submetidos ao debate. Enfim, com a boa administração dos interesses públicos por ela tutelados. Com ainda mais razão, a “nova” Administração Pública participativa, que vem se formando no paradigma do Estado Democrático de Direito, deve buscar extirpar de seus meandros os vestígios de imoralidade, utilizando-se, entre tantos outros instrumentos e nos casos previstos no ordenamento, da audiência pública.

4.2.4. Publicidade

Na esfera privada as consequências da manutenção de um segredo – sejam elas positivas ou negativas – remanescem no âmbito das relações interpessoais, em que há apenas interesses particulares envolvidos e as pessoas gozam de liberdade para decidir sobre o

⁹² O exemplo de desvio de poder frequentemente utilizado pela doutrina é o ato de remoção de servidor para outra localidade, aparentemente justificado pela necessidade do serviço, mas na verdade praticado para prejudicar a pessoa. Nesse caso há vício na finalidade do ato, o que acarreta sua ilegalidade (ARAÚJO, 2005, p.99-100).

destino de suas vidas. A “casa”, expressão utilizada por David Francisco Lopes Gomes para referir-se ao espaço privado,

é o lugar da vida privada, das palavras privadas, dos atos privados, da ausência principiologicamente de toda publicação, de toda publicização e de toda publicidade. É o lugar das justificações privadas para atos privados e, portanto, é o lugar em que justificação alguma é necessária para ato algum (2011, p.14).

Por isso, a “casa”, espaço privado livre de justificações e publicidade, contrapõe-se à “rua”, ao espaço público, onde o segredo não se compadece com o princípio da publicidade, que obriga a Administração Pública a divulgar seus atos e decisões ao conhecimento do público, a fim de garantir uma atuação transparente e a todos acessível na eterna busca do interesse público. Nesse âmbito, o segredo – fora das exceções constitucionais – é pernicioso e pode ocultar favoritismos e perseguições ou esconder condutas ímprobas e criminosas contra o erário.

Parte da doutrina afirma que o princípio da publicidade deriva da república⁹³. Como cediço, essa forma de governo caracteriza-se primordialmente pelo fato de os governantes serem eleitos – direta ou indiretamente – para o exercício de mandato com duração limitada, a partir do entendimento de que o poder emana do povo e não de hereditariedade ou mesmo de autoridade divina. Essa seria, segundo Reinhold Zippelius, a principal característica da república:

A principal característica da república residiria, segundo a concepção mais moderna, na falta de um chefe de Estado ligado a uma dinastia ou fundador da mesma. Mas tendo em conta o significado textual da palavra, pode entender-se pelo conceito de “república” também um Estado vinculado ao bem comum e à supremacia do direito (1997, p.209).

A eleição dos Chefes de Estado e o mandato limitado no tempo garantem a alternância do poder, no que a república opõe-se à monarquia. Os fundamentos da república, contudo, não permitem afirmar que o princípio da publicidade seja inerente ou necessariamente decorrente dessa forma de governo, mormente considerando que a histórica é rica em exemplos de repúblicas que conviveram com ditaduras e seus atos estatais cobertos sob o manto do segredo. Por outro lado, não sendo decorrente da forma de governo

⁹³ Confira-se, por todos, ROCHA, Cármen Lúcia Antunes, 1994. Segundo a autora, “Tendo sido a República opção da sociedade brasileira sobre a sua forma de governo, a publicidade passa a fundamentar a institucionalização do Poder segundo aquele modelo. Por isso a publicidade nomeia o Estado brasileiro, que é uma ‘República Federativa’. A remissão à Administração Pública repete o que se contém no próprio título do Estado brasileiro, fosse possível – e não o é – um Estado contemporâneo, no qual a publicidade não fosse princípio fundamental, portanto obrigatório, a informar o sistema que o constitui” (p. 241, grifos no original).

republicana, o princípio da publicidade pode encontrar abrigo em monarquias parlamentares democráticas, por exemplo.

Por isso, parece-nos mais correto afirmar que o princípio da publicidade é decorrência lógica do Estado Democrático do Direito, que preza a permeabilidade do aparato estatal à participação dos cidadãos no processo de tomada de decisões, gestão e controle dos atos estatais, independente da forma de governo adotada pelo país.

Assim, nos modelos de governo democráticos, sejam eles republicanos ou monárquicos, o princípio da publicidade vincula a visibilidade da atuação estatal, por meio de uma atuação estatal pautada pela transparência e que permita aos cidadãos o acesso às informações pertinentes ao exercício de sua função, seja ela administrativa, legislativa ou jurisdicional. Por isso, Fabrício Motta, além de vincular o princípio da publicidade ao princípio democrático, afirma ser aquele um direito fundamental do cidadão, que comporta um substrato positivo – dever estatal de promover o amplo acesso à informação – e outro negativo – proibição do segredo na seara pública, à exceção da segurança da sociedade e do Estado e o direito à intimidade (2007, p.92).

O princípio da publicidade exerce importante papel na concretização do novo paradigma que se pretendeu inaugurar com a Constituinte de 1988, por lançar luz sobre o primeiro passo para democratização da relação entre o Estado e a sociedade: o conhecimento dos atos estatais. A transparência na relação entre o Estado e o cidadão e o acesso às informações oficiais – núcleos centrais do princípio da publicidade – são pressupostos basilares do controle social e da participação popular na vida pública, na medida em que não é possível imaginar como estes poderiam viabilizar-se sem o conhecimento, por parte dos cidadãos, do que se passa nos meandros da burocracia estatal. Nesse sentido, o magistério de Cármen Lúcia A. Rocha: “Não se exige que se fiscalize, se impugne o que não se conhece. O acesso a quanto praticado administrativamente pelo Estado é que oferece os elementos para o exercício dos direitos do cidadão” (1994, p.241).

A transparência dos atos estatais é considerada pelo documento “*Gestión Pública Iberoamericana para el Siglo XXI*”, aprovado pelo *Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo (CLAD)*, como o ponto de partida para o processo de democratização do Poder Público, por meio de mecanismos que abrem ao público as informações e o processos decisórios governamentais⁹⁴. A transparência relaciona-se também

⁹⁴ Por isso, a administrativista argentina Miriam M. Ivanega insere a transparência no rol dos direitos humanos, no âmbito do “direito à não corrupção”. Segundo a professora: “Su consagración en instrumentos internacionales, en la Constitución - aún cuando no contiene una disposición específica - y en normas legales,

à “*accountability*”, termo inglês que, embora sem exata tradução para o português, modernamente tem sido utilizado para designar a obrigação dos órgãos governamentais de prestar contas, seja a instâncias controladoras, seja aos próprios representados. Corresponde à ideia de “responsabilização” e “prestação de contas” que recai sobre a utilização do dinheiro público colhido dos contribuintes.

Por sua vez, o acesso à informação é garantido pela Constituição da República em alguns dispositivos do art. 5º: inciso XIV (acesso à informação, resguardado o sigilo da fonte); inciso XXXIII (direito de recebimento dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado); inciso XXXIV (direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder e a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal, independentemente do pagamento de taxas).

Por isso costuma-se afirmar que o Estado Democrático de Direito não se coaduna com o segredo, de modo que aos atos estatais deve ser dada ampla e irrestrita divulgação, ressalvados os “atos sigilosos” que envolvem a segurança da sociedade e do Estado (art. 5º, inciso XXXIII, CR/88) ou aqueles que, acaso divulgados, violariam a intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas (art. 5º, inciso X, CR/88). Não por outra razão, a publicidade, juntamente com a legalidade, impessoalidade, moralidade e eficiência, foi alçada a princípio orientador da atividade desenvolvida pela Administração Pública, de observância obrigatória (art. 37, CR/88)⁹⁵.

Embora atualmente possa parecer de uma obviedade afirmar que a Administração Pública vincula-se ao princípio da publicidade, a sua importância para o desenvolvimento de um Estado que se pretenda democrático deve ser ressaltada, mormente considerando-se que a atual Constituição é a primeira no curso da história constitucional brasileira a prever de forma expressa e inequívoca o princípio da publicidade como vetor da atuação administrativa, talvez justamente pelos desmandos ocorridos no recente passado. Por isso, afirma Odete Medauar que “A Constituição de 1988 alinha-se à tendência de publicidade ampla a reger as atividades da Administração, invertendo a regra do segredo e do oculto que predominava” (2010, p.132).

convierte a aquel principio en un imperativo de actuacion pública.” Esclarece, contudo, não se tratar de entendimento pacífico, havendo quem entenda que a transparência não é um “direito humano”, principalmente por não haver sanção alguma para o caso de não fornecimento de informação (2011).

⁹⁵ Anos depois, a Lei Federal n. 9.784/99 previu, no âmbito do processo administrativo, a divulgação oficial dos atos administrativos, ressalvadas as hipóteses de sigilo previstas na Constituição (art. 2º, parágrafo único, V).

Nesse sentido, o princípio da publicidade comporta duas leituras, uma geral e outra restrita. A primeira é a publicidade direcionada indistintamente a todos os cidadãos, enquanto integrantes da sociedade, materializada por meio da publicação dos atos estatais nos meios oficiais escolhidos por cada Administração⁹⁶. A segunda é aquela destinada à comunicação de pessoa diretamente interessada em determinado ato administrativo, como a notificação e intimação pessoais, utilizadas principalmente em casos de restrição de direitos subjetivos. Apenas em caso de interessados indeterminados, desconhecidos ou com domicílio indefinido admite-se somente a publicação oficial (art. 26, § 4º, Lei Federal n. 9.784/99).

Quanto à extensão, vale a pena mencionar a ressalva feita por Cármen Lúcia A. Rocha (1994), no sentido de que o princípio é mais amplo que a publicidade oficial feita pela Administração Pública por meio dos órgãos próprios. Na verdade, a publicidade a que está atrelada a atuação estatal não se exaure na mera publicação oficial dos atos, porquanto se estende à garantia de manutenção da disponibilidade dos dados aos interessados. Segundo a autora: “Não se cuida, aqui, da propagação de dados, mas de mantê-los em público e para o público todo o tempo. Este princípio incide sobre a prática dos atos administrativos, mas não se exaure, nem tem nestes o seu contingente” (1994, p.244). Assim, para além da publicação dos atos em jornais oficiais, o princípio da publicidade impele a Administração Pública a manter seus atos e documentos à disposição do público ou, ao menos, regulamentar seu acesso, no caso de atos sigilosos.

O princípio da publicidade dos atos estatais tem merecido a mais alta atenção do Supremo Tribunal Federal. Em decisão que afastou o sigilo de determinado processo penal, o Min. Celso de Mello prestigiou o princípio ao elevá-lo a “fator de legitimação das decisões e atos governamentais”, como se extrai do seguinte trecho:

[...] Não custa rememorar, tal como sempre tenho assinalado nesta Suprema Corte, que os estatutos do poder, numa República fundada em bases democráticas, não podem privilegiar o mistério.

Na realidade, a Carta Federal, ao proclamar os direitos e deveres individuais e coletivos (art. 5º), enunciou preceitos básicos cuja compreensão é essencial à caracterização da ordem democrática como um regime do poder visível, ou, na expressiva lição de BOBBIO (“O Futuro da Democracia”, p. 86, 1986, Paz e Terra), como “um modelo ideal do governo público em público”.

⁹⁶ No âmbito federal, o Decreto n. 4.520/2002 impõe ao Poder Executivo, por intermédio da Imprensa Nacional da Casa Civil da Presidência da República, a obrigação de publicar no Diário Oficial da União e no Diário da Justiça as leis e os demais atos resultantes do processo legislativo previsto na Constituição; os tratados, convenções e outros atos internacionais aprovados pelo Congresso Nacional; e os atos oficiais, excetuados os de caráter interno.

A Assembléia Nacional Constituinte, em momento de feliz inspiração, repudiou o compromisso do Estado com o mistério e com o sigilo, que fora tão fortemente realçado sob a égide autoritária do regime político anterior. Ao dessacralizar o segredo, a Assembléia Constituinte restaurou velho dogma republicano e expôs o Estado, em plenitude, ao princípio democrático da publicidade, convertido, em sua expressão concreta, em fator de legitimação das decisões e dos atos governamentais. [...] (Petição n. 4.848, publicada em 03/02/2011).

Com o escopo de garantir a efetiva publicidade dos atos estatais, a autoridade responsável deve utilizar todas as mídias comunicativas na medida proporcional à dimensão e importância do objeto em discussão, inclusive as modernas ferramentas tecnológicas em clara tendência de massificação, que podem servir como valioso reforço aos tradicionais meios de comunicação impressos.

Ainda em 1994, Cármen Lúcia A. Rocha afirmava que a “publicação tem sofrido modificações, nos últimos tempos, em razão de novas tecnologias e do aumento de atos que dela dependem para a sua validade e eficácia. [...] A tendência é que os bancos de dados cresçam e a sua consulta passe a ser rotineira para o cidadão” (1994, p.246). De fato, como previsto pela autora, na atual realidade de trocas velozes e praticamente instantâneas de informações, a rede internacional de computadores pode contribuir sobremaneira para a publicidade dos atos estatais, devendo ser usada pela Administração Pública com o escopo de atingir o maior número de cidadãos possível. Assim, novos meios de comunicação proporcionados pela *internet* – tais como *sites* oficiais, *e-mails*, *blogs* e redes sociais – devem ser manejados para potencializar o número de pessoas receptoras da informação que se pretende comunicar.

Esse fenômeno vem sendo chamado pela doutrina especializada como “democracia eletrônica” ou “e-democracia”. Segundo Tiago Peixoto e Tobias Wegenast em estudo intitulado “Democracia eletrônica no Brasil e no mundo”:

Entende-se por democracia eletrônica o uso de Tecnologias da Informação e Comunicação (TICs) como meios para aumentar a transparência de processos políticos, facilitar a participação cidadã nos sistemas de tomada de decisão e, finalmente, melhorar a qualidade do processo de formação de opinião na esfera pública, a partir da abertura de novos espaços de informação e deliberação (2010/2011, p.153)⁹⁷.

⁹⁷ O estudo mencionado constitui uma das etapas do projeto *Direcionamento Estratégico da Assembléia Legislativa de Minas Gerais 2010/2020*, realizado com o objetivo de analisar práticas de democracia eletrônica que sejam relevantes para as casas legislativas nos âmbitos federal, estadual e municipal. Assenta-se em premissas básicas: democracia participativa, publicidade e transparência dos atos estatais.

Entre essas Tecnologias da Informação e Comunicação (TCIs) podem ser citadas, na linha do mencionado estudo: interação bilateral (ex. troca de e-mail entre um cidadão e um funcionário), interação multilateral, que proporciona o debate entre diversos atores (ex. bate-papo, fórum) e aplicativos da Web 2.0, que possibilitam aos usuários gerar conteúdos e interagir entre si (redes sociais, *wikis*, *blogs*, plataformas de compartilhamento de conteúdo de texto, vídeo ou áudio). As vantagens de utilização dos recursos 2.0, segundo os autores, são a possibilidade de ir ao encontro do usuário em espaço que ele já se encontra interagindo e o baixo custo de operacionalização, o que representa um atrativo para a incorporação desses tipos de ferramentas pelo Poder Público (PEIXOTO e WEGENAST, 2010/2011, p.158).

Assim, a publicação eletrônica pode ser utilizada como reforço, complementação à publicação impressa⁹⁸. Analisando o Decreto Federal n. 4.520, de 16 de dezembro de 2002, Gustavo Binenbojm entende que a edição eletrônica do Diário Oficial da União e do Diário de Justiça possui caráter meramente subsidiário em relação à edição impressa, sendo sua função “apenas a de facilitar e ampliar o acesso às informações publicadas em papel, sem valor de intimação oficial” (2008, p.644).

Nesse contexto, o uso responsável da Tecnologia da Informação e Comunicação pode contribuir para a efetividade do princípio da publicidade dos atos estatais por facilitar e ampliar o acesso à informação e aumentar a transparência da atuação pública, de modo talvez sequer imaginado pelo constituinte da década de 80.

Em se tratando das audiências públicas, o princípio da publicidade revela-se especialmente importante em alguns momentos do procedimento. O primeiro é preliminar à audiência pública e diz respeito à divulgação da própria realização do evento. A autoridade responsável deve garantir ampla publicidade do aviso ou edital de convocação⁹⁹, utilizando, para tanto, todas as mídias comunicativas na medida proporcional à dimensão e importância do objeto em discussão, que podem variar desde os tradicionais meios de comunicação – como publicação no Diário Oficial e jornais de grande circulação, afixação de cartazes nas casas legislativas, repartições públicas, igrejas e estabelecimentos relacionados ao assunto,

⁹⁸ No ponto, vale mencionar a ressalva feita por Raquel Carvalho: “Cumprir frisar que a obrigatoriedade de divulgação eletrônica e a possibilidade desta substituir a publicidade em diário oficial depende de expressa exigência do ordenamento. Se não há norma permissiva específica neste sentido, tem-se a regra geral: obrigatoriedade da divulgação no órgão oficial e a facultatividade da publicidade eletrônica.” (2009, p.176).

⁹⁹ No julgamento do AgRg na STA n. 29/DF, Rel. Ministro Edson Vidigal, Corte Especial, julgado em 25/10/2004, DJ 06/12/2004, o Superior Tribunal de Justiça considerou a convocação para audiência pública como serviço de publicidade obrigatório. Segundo a ementa do acórdão: “[...] 3. Estando a Administração obrigada a dar publicidade a seus atos, configura lesão à ordem pública, compreendida na ordem administrativa, decisão que inviabiliza os serviços de publicidade obrigatórios, tais como publicação de editais de licitação, avisos, notificações, convocações para audiências públicas, etc”.

distribuição de panfletos e anúncios em rádio e televisão – até as modernas ferramentas tecnológicas disponíveis na rede mundial de computadores. Pode-se mesmo afirmar que a publicidade *revela-se* como o primeiro fator responsável pela efetividade da audiência pública, dela decorrendo, a depender de sua amplitude, a maior ou menor participação dos cidadãos interessados.

Se necessário, na data designada para oitiva do público, o administrador pode lançar mão da presença virtual de cidadãos situados em locais distantes, o que se pode facilmente imaginar nas audiências públicas ambientais referentes a danos potenciais que possam atingir mais de uma localidade. Nesse sentido, Habermas sugere a presença virtual, como forma de ampliar as reuniões do espaço público (denominadas pelo autor pelos termos “foros”, “palcos” ou “arenas”):

Além disso, as esferas públicas ainda estão muito ligadas aos espaços concretos de um público presente. Quanto mais elas se desligam de sua presença física, integrando também, por exemplo, a presença virtual de leitores situados em lugares distantes, de ouvintes ou espectadores, o que é possível através da mídia, tanto mais clara se torna a abstração que acompanha a passagem da estrutura espacial das interações simples para a generalização da esfera pública (2003b, p.93).

Dessa forma, a publicidade do próprio evento em si, por meio da mídia telepresencial, pode contribuir para a inclusão de cidadãos e associações domiciliados em localidades distantes, que, não fosse dessa maneira, não poderiam participar desse momento democrático.

Ainda, o princípio da publicidade revela-se elementar ao fim do processo da audiência pública no que diz respeito à transparência e divulgação do resultado final, tais como atas e relatórios contendo as motivações necessárias.

Pode-se afirmar que, se por um lado o princípio da publicidade é insito ao processo de audiência pública, relacionado à própria razão de ser do instituto, por outro a audiência pública auxilia na publicidade dos atos estatais na medida em que garante a transparência da relação entre o Estado e o cidadão e facilita o acesso às informações oficiais.

4.2.5 Eficiência

Os questionamentos em torno da eficiência da máquina estatal remontam ao alargamento das atividades desenvolvidas pela Administração Pública decorrentes do advento do Estado Social. Se no liberalismo o Estado contentava-se em garantir a fruição dos direitos

políticos, não intervindo na esfera privada dos cidadãos, no Estado Social a Administração Pública passa a assumir uma variada gama de novas atividades econômicas e sociais, o que altera o seu modo de atuação para satisfação do interesse público bem como suas relações com os cidadãos.

Nas expressões utilizadas por Maria João Estorninho, citando Dupuis e Guédon, se no Estado Liberal a Administração se limitava a "*laisser faire*", no Estado Social a Administração propõe-se a "*faire elle-même*", porquanto passa a assumir ela própria a realização de certas atividades econômicas (2009, p.36).

O incremento das atividades desenvolvidas pela Administração Pública a partir do Estado do Bem Estar Social veio acompanhado da necessidade de se garantir eficiência à atuação administrativa. Como a atuação intervencionista nem sempre se revela adequadamente materializável por meio da organização burocrática tradicional da Administração Pública, os Estados passam a buscar modelos de atuação mais flexíveis, que permitam a inserção da ideia de eficiência no seio da máquina pública. Assim, o princípio da eficiência entra na cena jurídica como forma de garantir que a atividade administrativa, notadamente os serviços públicos, seja prestada de maneira eficaz aos cidadãos.

No Brasil, a eficiência administrativa é o epicentro do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado (BRASIL, 1995). A ineficiência é vista como o grande entrave da Administração Pública burocrática weberiana, ao passo que a eficiência, entendida pelo binômio custo x qualidade (necessidade de redução de custos e aumento na qualidade dos serviços, tendo o cidadão como beneficiário), é tida como personagem principal da Administração Pública gerencial que se pretendia implementar. Por essa razão, a dita "Reforma Administrativa" culminou na introdução, pela Emenda Constitucional n. 19/98, do princípio da eficiência no rol dos princípios de observância obrigatória pela Administração Pública.

Em um primeiro momento, a participação popular no exercício da atividade administrativa pode ser vista pelos agentes estatais como contrária à eficiência, por retardar a marcha processual e impedir a rápida tomada de decisões que a complexidade da vida moderna exige. Esse receio é encontrado na fala de Jean Pierre Ferrier, que relata: "As exigências da vida administrativa (rapidez, tecnicidade, imparcialidade) podem justificar às

vezes a recusa da Administração de ouvir o interessado. O gosto tradicional dos funcionários franceses pelo segredo a explica” (1974, p.668)¹⁰⁰.

O desfazimento desse discurso passa pela resposta à seguinte indagação: a participação dos atores sociais no processo de tomada de decisões públicas, em típico “modelo deliberativo”, na expressão de Chevallier (2009), contraposta ao “modelo representativo”, é capaz de conferir legitimidade à ação estatal e, com isso, torná-la mais eficiente?¹⁰¹

A insuficiência da mera representatividade do sistema democrático tradicional para garantir legitimidade às ações estatais no paradigma procedimental do Estado Democrático de Direito é noção decantada pela doutrina. Não mais se tolera que os indivíduos, a quem o Estado deve direcionar sua atuação, sejam tratados como meros súditos, administrados ou clientes da atividade pública, sem qualquer possibilidade de influenciar o poder administrativo na tomada de decisões.

De acordo com a teoria discursiva do direito e da democracia, o poder administrativo não encontra sua legitimidade no direito positivo. Para legitimar-se, deve permitir a influência do poder comunicativo no processo de tomada de decisões. Segundo a teoria, a participação deve ser garantida por meio da abertura de canais de comunicação que permita a procedimentalidade no fenômeno de formação do direito – ideia chave para a legitimidade do direito segundo a teoria habermasiana.

Sob esse enfoque, a abertura da Administração Pública à influência da sociedade civil passa pela institucionalização de canais de comunicação entre cidadãos e o Poder Público para além dos períodos eleitorais, tais como os institutos de democracia semi-direta (referendo, plebiscito, *recall*), que surgem para minimizar o déficit de legitimidade causado pelo distanciamento do Estado no modelo representativo. Outros institutos, específicos da função administrativa, tais como orçamento participativo, conselhos, audiências e consultas públicas, entre outros, formam o mosaico que vem se denominando de “Administração

¹⁰⁰ No original: “Les exigences de la vie administrative (rapidité, technicité, impartialité) peuvent justifier parfois ce refus de l’Administration d’entendre l’intéressé. Le goût traditionnel des fonctionnaires français pour le secret l’explique davantage”.

¹⁰¹ Walter Reese-Schäfer traz o seguinte conceito de legitimidade em seu Glossário: “A legitimidade de decisões políticas e legislações foi atribuída no direito clássico da razão à vontade unificada do povo e, com isso, em última instância, à aprovação de todos. Habermas propõe buscar a legitimidade já na universalidade procedimental, portanto, na racionalidade do procedimento da legislação. Nesse sentido, ele pode dar às formas procedimentais do estado de direito uma interpretação teórico-discursiva, a qual expõe como simplificação a redução positivista de leis a ordens, decisões ou fórmulas negociadas de acordo do legislador. A racionalidade procedimental tem uma qualidade de legitimação moral” (2009, p.176).

Pública participativa”, que busca a legitimidade de sua atuação na participação, no consenso e no diálogo.

Jacques Chevallier explica como o consenso pode conduzir à tomada de decisões legítimas:

Crença também nas virtudes da discussão; com efeito, a discussão pressiona os participantes a justificar sua posição por meio do recurso a procedimentos de argumentação, a levar em consideração o ponto de vista do outro, enfim, a explorar as vias de um acordo; conduzindo à busca do melhor compromisso possível entre os interesses presentes e orientada à busca do consenso, a deliberação seria, enquanto racionalização discursiva da decisão, garantia da sua legitimidade (2009, p.225).

Referindo-se aos debates públicos realizados na França em torno de grandes escolhas coletivas, a exemplo do debate organizado pelo CNDP, que, à semelhança da audiência pública brasileira, promove discussões com atores sociais antes da tomada de decisões relevantes, Chevallier (2009) ressalta a legitimação da ação pública decorrente da vasta troca entre os diversos segmentos, “em que todos os interesses sociais puderam expressar-se e foram levados em consideração” (veja-se, aí, o contributo da audiência pública para a concretização do princípio da imparcialidade no âmbito estatal, como ressaltado anteriormente). Por isso, afirma o autor: “o debate público aparece assim como um poderoso operador ideológico, permitindo construir o consenso necessário em torno da ação pública” (2009, p.227).

Por certo, a legitimidade da atuação estatal por meio desses canais pressupõe a ocorrência do seguinte binômio: efetividade da participação, que não pode ser meramente formal, e permeabilidade da Administração à influência daí advinda. Partindo desse pressuposto, por meio dos debates promovidos na audiência pública, pode-se antecipar eventuais equívocos que uma decisão monológica poderia carregar consigo, caso tomada sem a oitiva dos interessados, dos destinatários. Estes podem levar à Administração informações relevantes e que de fato interfiram na tomada de decisão, tornando-a mais adequada, próxima da realidade e compatível com o interesse público. Nesse sentido, a participação procedimental proporcionada pela audiência pública, calcada no diálogo, contribui para a construção de decisões legítimas, que se aproximam da expectativa daqueles a que se destinam e, por essa razão, tendem a ser aceitas e acatadas pelos destinatários.

Nesse sentido, a eficiência é afetada pela legitimidade das ações estatais: quanto maior o grau de aceitabilidade, maior a eficiência que as decisões baseadas no consenso produzem, por trazerem para a arena de considerações da Administração Pública interesses

por vezes imperceptíveis para o agente que se encontra no gabinete. Por isso, pode-se afirmar que as decisões serão mais eficientes se corresponderem aos anseios da sociedade.

Jacques Chevalier enxerga o reforço à eficácia da ação pública proporcionado pelos modos de organização da “democracia deliberativa”¹⁰² (fóruns cívicos e debates públicos): para o autor, o debate aperfeiçoa o conteúdo da decisão, permite enriquecer a informação disponível e melhor delimitar as expectativas sociais, o que favoreceria, até mesmo, sua aceitabilidade (2009, p.227).

Outros autores relacionam a ideia de participação à eficiência da atuação estatal. Entre eles, cita-se Luísa Cristina Pinto e Netto (2009), trabalhando com a noção de participação no procedimento, vislumbra a tensão dialética entre eficiência e participação e afirma que esta pode: fragilizar a racionalização dos meios pela excessiva abertura procedimental; alongar e encarecer os processos decisórios; levar a formalismo excessivo e engessar a atividade administrativa (2009, p.124). Contudo, considerando a dupla finalidade do procedimento (boa atuação administrativa e proteção dos indivíduos), a autora defende a compatibilização de tendências aparentemente opostas por meio da disciplina legal do procedimento segundo parâmetros de proporcionalidade, o que “pode oferecer um equilíbrio adequado dos valores e bens envolvidos, considerando o influxo dos direitos fundamentais sobre a matéria” (2009, p.128).

Segundo Onofre Alves Batista Júnior (2007), a eficiência administrativa no Estado Democrático de Direito “não é aferida pela simples perfeição técnica da decisão administrativa em seu preparo e concepção, senão pela sua adequação às demandas sociais e por sua aceitação pelo corpo social previamente investigada” (2007, p.70). O autor cita, ainda, o “princípio da aproximação dos serviços à população”, segundo o qual as decisões administrativas devem guardar consonância com as necessidades locais manifestadas pelos próprios cidadãos. Por isso, a “decisão administrativa deve ser tomada onde é ótimo o nível de informação, ou seja, onde se produzem os fatos ou se revelam as necessidades, com a máxima participação possível dos afetados” (2007, p.71).

Ainda, é possível vislumbrar imbricações entre a participação popular e o “princípio da boa administração” – segundo o qual a Administração deve sempre agir da melhor maneira possível –, porquanto aquela pode ser utilizada como meio para realização material do princípio. Vale dizer: se as necessidades são melhor externalizadas por quem as

¹⁰² Chevallier entende que o modelo da representação tornou-se caduco e vislumbra sua evolução para a democracia deliberativa, em que a deliberação não se limita aos estreitos limites do parlamento, mas se abriria a diferentes canais na sociedade. Assim, um momento deliberativo anterior à tomada de decisão serviria para reforçar a democracia representativa (2009, p.224).

vive no cotidiano, nada mais natural que a Administração Pública busque, por meio do incremento à participação popular, subsídios diretos para a tomada da melhor decisão administrativa, que melhor atenda ao bem comum.

Ainda, há de se levar em consideração que a ideia de permeabilidade da Administração Pública à participação popular, com vistas à formação de decisões calcadas no diálogo, não conduz à abdicação da imperatividade inerente ao ato administrativo, mormente nos atos que inspiram urgência na atuação estatal. A participação popular deve, sim, ser utilizada pela Administração como instrumento auxiliar na passagem de uma administração autoritária para outra participada ou concertada, de modo a proporcionar uma decisão mais eficaz e, com isso, melhor aceita pelos destinatários.

Dessa forma, pode-se afirmar que a participação popular viabilizada pela audiência pública proporciona maior eficiência à atuação estatal, na medida em que contribui para a tomada de decisões mais adequadas à realidade e às necessidades sociais e, por isso, mais facilmente aceitas pelos destinatários.

4.3 Aspectos processuais da audiência pública

4.3.1 Linhas gerais sobre o *iter* processual

A realização da audiência pública é prevista de forma genérica na Lei Federal n. 9.784/99 (Processo Administrativo Federal), como etapa facultativa da fase instrutória do processo administrativo, sempre que houver relevância da questão¹⁰³, e em outras legislações específicas, a depender do assunto tratado (meio ambiente, licitação, saúde, regulação, responsabilidade fiscal e política urbana, como será visto adiante). Não há, contudo, ato normativo de caráter nacional que disponha sobre normas gerais do processo administrativo da audiência pública¹⁰⁴.

O professor argentino Agustín Gordillo ensina que o debate na audiência pública deve, por sua própria natureza, ser oral e informal, mas logicamente ordenado pelo órgão que o preside (2003, p.XI-10). Por isso, o autor defende que se deve evitar a regulamentação minuciosa, pois o excesso de previsão normativa pode retirar do administrador público a

¹⁰³ 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”.

¹⁰⁴ Daniela C. Libório Di Sarno entende que seria salutar a edição de normas gerais pela União a respeito dos instrumentos de gestão democrática, para garantir minimamente a regularidade em sua aplicação e resultado (DI SARNO, 2007, p.63).

necessária liberdade de decisão e transformá-lo em um burocrata a mais (GORDILLO, 2003, p.XI-18). Nesse sentido, a omissão do legislador brasileiro no detalhamento de regras evita o engessamento do processo subjacente à audiência pública, o qual, por sua própria natureza, deve ser dinâmico e flexível.

A ausência de regulamentação e de regras rigidamente preestabelecidas, contudo, não significa que o processo não deva seguir um itinerário mínimo e conhecido, capaz de contribuir para sua efetividade. A regulamentação, embora não seja, por si só, garantia de efetividade do instituto, faz-se necessária para trazer previsibilidade e segurança jurídica aos participantes.

Assim, a inconveniência de um regramento fixo e único não afasta a possibilidade de se buscar regras comuns aplicáveis a todas as modalidades de audiência pública e que sirvam de orientação à atuação do administrador público. Por isso, um trabalho acadêmico sobre o tema não poderia se furtar em traçar linhas gerais a respeito do processo da audiência pública.

A primeira observação que se faz é no sentido de que a racionalização da participação por meio de processo previsível e preordenado presta-se a compatibilizar a audiência pública à atuação célere que se espera da Administração Pública. Luísa Cristina Pinto e Netto realça o papel da disciplina legal do procedimento como forma de compatibilizar tendências aparentemente opostas entre si: maximização das oportunidades de manifestação e eficiência administrativa. Segundo a autora, tal disciplina legal, “[...] se arquitetada segundo parâmetros de proporcionalidade, pode oferecer um equilíbrio adequado dos valores e bens envolvidos, considerando o influxo dos direitos fundamentais sobre a matéria” (2009, p.128).

Em se tratando a audiência pública de um processo administrativo, deve a Administração guiar-se pelos princípios gerais a ele aplicáveis, tais como legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência (art. 2º, Lei Federal n. 9.784/99). Igualmente auxilia na fixação do *iter* processual a analogia com outros processos administrativos específicos, que fogem à regulamentação da Lei Federal n. 9.784/99, tais como o licitatório.

O processo da audiência pública é composto por duas fases: interna e externa. A fase interna inicia-se com a decisão da autoridade competente de convocar uma audiência pública no âmbito de órgão ou de entidade da Administração Indireta, seja diante da relevância da questão a ser decidida, seja por obrigatoriedade disposta em ato normativo, e

culmina com a publicação do aviso de abertura no órgão oficial da imprensa. À exceção da Resolução CONAMA n. 9/87, que dispõe sobre a solicitação de audiência pública por entidade civil ou 50 (cinquenta) ou mais cidadãos, e da Resolução n. 25/2005, do Conselho das Cidades, que prevê a possibilidade de a audiência pública ser convocada pela própria sociedade civil quando solicitada por no mínimo 1% (um por cento) dos eleitores do município, a legislação não prevê a provocação popular para abertura de audiência pública¹⁰⁵, o que não impede, contudo, que associações e cidadãos organizem-se e pleiteiem nesse sentido junto à Administração Pública, fundamentados no constitucional direito de petição ao Poder Público na defesa de direitos (art. 5º, XXXIV, 'a', CR/88). Ainda que em algumas hipóteses a convocação da audiência pública seja ato praticado no exercício de competência discricionária, conforme será abordado mais adiante, a recusa da proposta popular deve ser devidamente motivada pela autoridade competente.

Caso a decisão de abertura de audiência pública seja tomada no bojo de processo administrativo principal, como, por exemplo, um processo licitatório, ela suspende o curso deste até a divulgação do relatório final pela comissão organizadora, com a compilação das contribuições e sugestões colhidas no processo participativo, que servirá de “condicionante” à decisão a ser proferida pela autoridade competente.

No ato que convoca a realização da audiência pública, a autoridade administrativa competente deve delimitar de forma precisa o tema que será objeto de debate público e designar a comissão de servidores responsáveis pela organização e elaboração do regulamento aplicável especificamente à audiência que se pretende realizar. Não há óbice na coincidência entre a autoridade competente para a tomada da decisão e aquela responsável pela condução do processo da audiência pública. Nessa etapa, a comissão designada deve deliberar sobre a data de realização do evento e o espaço físico adequado, as modalidades de mídia que serão utilizadas na divulgação do evento, bem como sobre a sequência dos atos do processo, a qual deve ser clara, transparente e bem estabelecida, tais como a previsão de exposição do tema pelo presidente da comissão e especialistas convidados, a fixação dos tempos de fala dos inscritos, a possibilidade de recebimento de documentos, a obrigatoriedade de consolidação do resultado obtido, enfim, a sequência preordenada de todos os atos que devem compor o processo da audiência pública, desde sua abertura até a conclusão. Também o regulamento pode delimitar o número mínimo de participantes para início dos trabalhos, as condições de

¹⁰⁵ Por isso, Gustavo Henrique Justino de Oliveira apresenta a seguinte crítica ao texto do projeto de lei que culminou na Lei Federal n. 9.787/99: poderia ter sido prevista a legitimidade de entidades associativas ou mesmo grupos de cidadãos para formular requerimento de realização de audiências públicas, a exemplo do que já ocorre na área ambiental (1997, p.165).

acessibilidade (em sentido amplo) dos portadores de necessidades especiais, a transcrição por taquigrafia ou gravação em áudio/vídeo, entre outros.

Concorda-se com Marcos Augusto Perez no sentido de que a audiência pública deve possibilitar o acesso de todos os interessados, tendo em vista o próprio caráter “público” da audiência e a isonomia entre os interessados, que possuem igual direito a influir nos processos de decisão (2009, p.171). Não cabe falar aqui em participação condicionada a pertinência temática, devendo ser permitida a participação de cidadãos, reunidos em grupos ou associações, e também de órgãos da Administração, representantes de outros Poderes e dos órgãos essenciais à administração da Justiça¹⁰⁶. No mesmo sentido, deve-se afastar a cobrança de taxas, tendo em vista o princípio da gratuidade (à exceção dos custos com eventual extração de cópias do processo, por certo).

O aviso de convocação é o ato que simboliza oficialmente o momento em que a Administração torna pública sua intenção de conferir aos cidadãos a oportunidade de participar e colaborar na tomada de alguma decisão relevante. Juntamente como o regulamento, deve ser publicado no órgão da imprensa oficial com antecedência razoável em relação ao dia designado para realização da audiência pública.

Publicado o aviso de abertura e o regulamento, inicia-se a fase externa do processo, com a imperativa etapa de ampla divulgação da realização da audiência pública para a população – que atualmente podem alcançar as mais variadas formas, inclusive meios eletrônicos, na chamada “e-democracia” – o que pode contribuir de forma determinante para o sucesso ou fracasso da audiência pública. Assim, a realização da audiência pública deve ser divulgada por meio das mais variadas mídias para alcançar o maior número de pessoas possível. A pauta da audiência pública deve ser comunicada de forma clara, de modo a permitir que os cidadãos possam se preparar com antecedência com contribuições e sugestões adequadas e pertinentes à temática em debate. Em estudo sobre os efeitos processuais da audiência pública, Antônio Cabral destaca o papel da publicidade prévia para a efetividade do instituto:

Impõe-se, portanto, uma ampla publicidade prévia à realização da audiência para que seja permitida a maior participação possível e para que todos compareçam cientes do tema objeto do debate e preparados a partir de uma pré-compreensão e reflexão detida, para prestar sua contribuição à discussão (2006, p.791).

¹⁰⁶ No mesmo sentido, José dos Santos Carvalho Filho, para quem: “Na consulta, os intervenientes terão, como regra, algum interesse pertinente à matéria discutida no processo; na audiência pública, a sessão é realmente pública, ou seja, dela poderão participar quaisquer pessoas, tenham ou não interesse direto relacionado ao assunto relevante objeto da discussão” (2009, p.204).

Iniciada a audiência, a autoridade pública formalmente designada para presidi-la deverá fazer uma exposição do assunto a ser debatido, com todas as variáveis envolvidas. Sobre a postura que deve ser assumida pela autoridade presidente, Marcos Augusto Perez cita três princípios básicos de condução das audiências públicas que os britânicos expressam como *openness, fairness and impartiality* (abertura, lealdade e imparcialidade). Nesse sentido, a autoridade que preside a audiência pública não deve assumir uma posição inflexível ou tomar a defesa da posição divulgada pela Administração, que deve ser feita por técnicos presentes ao evento. A autoridade deve estar aberta à opinião popular, ser leal ao preservar as regras preestabelecidas do debate e imparcial, como o magistrado no processo judicial, possibilitando a igualdade dos debatedores (PEREZ, 2009, p.172-173).

A fala do presidente da sessão deve ser seguida da exposição de técnicos e especialistas no assunto convidados pela Administração Pública. Após, segue-se a abertura da palavra ao público, para a participação oral dos cidadãos inscritos. O modelo argentino prevê uma fase de “registro de participantes”, aberta com antecedência mínima de 15 dias e destinada à inscrição para fala durante a realização do evento público. O registro prévio garante aos participantes inscritos o direito a uma intervenção oral de pelo menos 5 minutos. Contudo, entende-se que submeter o direito de fala a uma prévia inscrição, em momento anterior ao do evento, parece burocratizar de forma desnecessária o processo, o que acaba por dificultar a participação oral dos cidadãos, que é o escopo maior da audiência pública. Por isso, a fim de que o processo ocorra de forma ordenada e dialógica, pois, como lembrado por Marcos Augusto Perez, “é da natureza do instituto que haja discussão dos assuntos e não o monólogo de alguns, ou uma baderna generalizada” (2009, p.171), parece ser suficiente que as inscrições para fala sejam feitas durante o evento, com delimitação do tempo previsto no regulamento.

Nessa fase do processo, norteadas pelo princípio da oralidade, os participantes devem ter oportunidade de expor suas contribuições, apresentar questionamentos e esclarecer dúvidas. Os debates são a razão de ser da audiência pública e, por isso, imprescindíveis para sua efetividade, devendo ser conduzidos e incentivados pela autoridade presidente da sessão. Em respeito ao princípio do contraditório, os participantes devem também ter o direito à palavra para apresentar eventual réplica às falas posteriores. Eventualmente, as perguntas que não foram respondidas de imediato devem ser feitas por escrito, em momento posterior à audiência, com ampla publicidade. Se algum dos participantes apresentar documentos que irão compor os autos do processo, após o dia designado para a audiência deve ser

oportunizado prazo certo para aqueles que queiram ter conhecimento ou sobre eles se manifestar, em respeito ao princípio da ampla defesa e contraditório.

A Lei Federal n. 9.784/99 cuidou de dispor que os resultados audiência pública deverão ser apresentados com a indicação do procedimento adotado (art. 34). Portanto, ao final, a comissão designada deve elaborar um relatório final com a compilação dos dados colhidos no curso da audiência pública, o qual deverá ser publicado e encaminhado à autoridade competente para a tomada da decisão.

A decisão tomada pela autoridade competente, como qualquer decisão administrativa, deve ser devidamente motivada. Nesse caso, a motivação confere o caráter dialógico ao instituto da audiência pública, seja para acolher ou para rejeitar as contribuições e sugestões dos participantes.

4.3.2 Caráter consultivo ou deliberativo?

Tema intrigante no tocante à audiência pública diz respeito à vinculação, ou não, da Administração Pública às contribuições obtidas com a sua realização. Na doutrina nacional, poucos autores trataram de forma detalhada do assunto, limitando-se a maioria a afirmar o caráter consultivo desse instituto de participação.

Fabiana de Menezes Soares (1997) classifica a participação dos cidadãos na Administração Pública em três vertentes: “participação não-vinculante”, que não conduz necessariamente a uma decisão conforme o conteúdo deliberado, “participação vinculante”, que limita o exercício do poder de direção, e “participação vinculativa autônoma”, para a hipótese de mudança profunda nas relações de poder e de domínio, conforme exemplos portugueses do “setor social autogerido” e das “Comissões de Trabalhadores”¹⁰⁷. A autora, defendendo posição pouco encontrada na doutrina, inclui as consultas populares, audiências públicas e conselhos representativos no segundo grupo, argumentando que tais instrumentos “intervêm diretamente na tomada de decisão do Poder Público”, o que significa “uma mudança de poder, ou uma mudança de estilo de direção” (1997, p.153-155). Mais adiante, escreve a autora que “a não vinculação da autoridade administrativa à vontade popular

¹⁰⁷ Segundo a autora, “setor social autogerido” relaciona-se à exploração coletiva da propriedade por trabalhadores. Encontra previsão no art. 82, 4, “c”, da Constituição de Portugal: “4. O sector cooperativo e social compreende especificamente: [...] c) Os meios de produção objecto de exploração colectiva por trabalhadores [...]”. Já as “Comissões de Trabalhadores”, considerada menos radical, inauguraram um “modelo empresarial democrático”, conforme previsto no art. 54 da Constituição de Portugal. Destaca-se, no item 5, as alíneas “b” e “c” do dispositivo: 5. “Constituem direitos das comissões de trabalhadores: [...] b) Exercer o controlo de gestão nas empresas; c) Participar nos processos de reestruturação da empresa, especialmente no tocante a acções de formação ou quando ocorra alteração das condições de trabalho; [...]” (SOARES, 1997, p.155).

manifestada nos processos participativos, não alcança plenamente o fim da participação, bem como o exercício direto da soberania consagrado na CRFB/88, art. 1º, parágrafo único” (SOARES, 1997, p.161).

Em posição que pode ser considerada intermediária, cita-se Diogo Figueiredo Moreira Neto (2007) e Gustavo Henrique Justino de Oliveira (2007), os quais entendem, com sutis peculiaridades entre cada qual, pela possibilidade de a audiência pública revestir-se de “eficácia vinculatória”, na expressão empregada pelo primeiro autor. Como forma de contribuir para a discussão, passa-se à análise crítica do posicionamento desses autores para, ao final, chegar à conclusão que melhor se coaduna com a natureza do instituto.

Para Diogo Figueiredo Moreira Neto, a eficácia vinculatória do resultado final da audiência pública é possível desde que prevista de forma expressa na lei instituidora, pois, nos termos da Constituição da República, o exercício direto do poder só é admitido por meio de lei específica, de iniciativa do Poder Executivo. Lembra o autor ser necessária uma lei específica para cada tipo de atuação administrativa de que se cogite, por importar em renúncia parcial de poder por parte do Estado (2007, p.256). Segundo esse entendimento, a eficácia vinculatória será absoluta caso a lei instituidora da audiência pública a preveja de forma expressa, de modo que caberá ao administrador decidir em conformidade com o resultado final. Lado outro, a eficácia vinculatória será relativa caso a lei instituidora obrigue a Administração motivar suficientemente a decisão que discrepe daquele resultado. O autor ainda vai além ao afirmar que a chamada “eficácia vinculatória” é o elemento diferenciador da audiência pública de institutos correlatos, como a coleta de opinião e o debate público (2007, p.265).

Por sua vez, Justino de Oliveira (1997) defende a existência de diferentes graus de intensidade e níveis de profundidade da vinculação dos resultados produzidos pela audiência pública, a depender da fase do processo administrativo em que é realizada: fase instrutória (preparatória ou pré-decisional) ou fase decisória. Se realizada na fase instrutória, com o objetivo de possibilitar uma ampla instrução do feito, entende o autor que a audiência pública possuirá um forte sentido informativo, de sorte que, salvo disposição legal, seu resultado final não vincula os órgãos públicos. Contudo, admite o autor que funciona como um “elemento de limitação da liberdade de atuação da Administração”, razão pela qual as contribuições colhidas na audiência pública devem ser minuciosas e expressamente consideradas na decisão. Lado outro, o resultado da audiência realizada na fase decisória será vinculante para a Administração, no mesmo molde defendido por Moreira Neto, isto é, desde que haja previsão legal nesse sentido (OLIVEIRA, 1997, p.162-163).

A primeira dificuldade que se percebe nesse raciocínio é delimitar o que se entende por “resultado final” da audiência pública. A prática tem demonstrado que a maioria das audiências públicas são verdadeiros debates públicos, em que é disponibilizada a vários setores da sociedade, na dimensão individual ou coletiva, a oportunidade de expor opiniões sobre o assunto em pauta. Por isso, em regra, o “resultado final” não é um resultado único, que represente posições polarizadas entre “sim” e “não”, como, por exemplo, a aceitação ou rejeição de determinada obra. Nesse caso apenas uma votação, à semelhança de plebiscitos e referendos, seria capaz de captar a vontade de maioria e, a partir disso, falar-se em “resultado único” da audiência pública, o que, por certo, não é seu propósito. Assim, tem-se que é impossível falar, *a priori*, em resultado único obtido por meio de audiência pública.

Não sendo único, o “resultado final” pode ser um apanhado de sugestões, por vezes até contraditórias entre si. Edis Milaré, referindo-se à audiência pública na área ambiental, realça essa possibilidade de coexistência de posições diversas sobre determinado assunto posto em debate:

Nesse contexto, não é de surpreender o fato de a audiência pública ser marcada por posições diferentes, contrárias ou mesmo contraditórias. Ela, como procedimento democrático, deve acolher quantos queiram manifestar-se legitimamente sobre o objeto da convocação. Audiência pública não é um comício em que determinado partido se promove ou apresenta seu programa. Não é, também, um plebiscito em que participantes estão circunscritos ao ‘sim’ ou ‘não’, até mesmo porque a audiência pública não tem caráter deliberativo, mas, ao contrário, é um procedimento estritamente consultivo (2007, p.390).

Nesse contexto, nem mesmo uma lei poderia prever a “eficácia vinculatória” absoluta da audiência pública, a significar que a Administração Pública vincula-se ao “resultado final” obtido, pois seria inócuo em caso de posições e sugestões desconexas ou até mesmo contraditórias entre si, ou, imaginando outro cenário, equivaleria a travesti-la de plebiscito, à margem de previsão constitucional, sem o comparecimento obrigatório dos eleitores e o acompanhamento e controle pela Justiça Eleitoral.

Lado outro, desnecessária seria uma lei instituindo a denominada “eficácia vinculatória relativa” da audiência pública, porquanto nada mais significa que o dever de motivação dos atos administrativos ao qual se sujeita a Administração Pública, atualmente livre de discussões por força da obrigatoriedade inserta na Lei Federal n. 9.784/99.

Por essas razões, entende-se que a participação popular na audiência pública deve ocorrer por meio da influência que os cidadãos trazem para o debate, e não da transferência em si do poder decisório. Por meio dela, o cidadão pode expor suas ideias, contrapô-las com

as de outros cidadãos ou mesmo com as advindas do poder público e, com isso, contribuir para o debate e para a tomada da melhor decisão possível em prol do interesse público.

Nessa linha, Jacques Chevallier (2009), dissertando sobre o “debate público” francês, instrumento de participação análogo à nossa audiência pública, escreve que o referencial comum decorrente das discussões “pesa” sobre o titular do poder de decidir: “[...] a influência do debate sobre a decisão resulta não da dimensão coercitiva, nem mesmo da força persuasiva das opiniões, mas da produção de um quadro axiológico, delimitando o universo das decisões possíveis” (2009, p.227).

A ideia de influência da sociedade civil sobre a formação da opinião e da vontade institucionalizada permeia a teoria do discurso proposta por Habermas. Segundo ela, a formação democrática da opinião e da vontade conduz à racionalização discursiva das decisões governamentais tomadas pelo poder administrativo, influenciado, mas não dominado, pela opinião pública. Nas palavras do autor: “A opinião pública, transformada em poder comunicativo segundo processos democráticos, não pode ‘dominar’ por si mesma o uso do poder administrativo, mas pode, de certa forma, direcioná-lo” (2003b, p.23)¹⁰⁸.

Habermas, seguindo Cobb, Ross e Ross, representa a influência que circula entre a esfera pública e o sistema político em três modelos: modelo de acesso interno (*inside access model*), modelo de mobilização (*mobilization model*) e modelo de iniciativa externa (*outside initiative model*). Enquanto os dois primeiros pertencem ao sistema político, o último modelo encontra-se fora da estrutura governamental e luta por pressionar os detentores do poder de decisão, inscrevendo a matéria de interesse na agenda formal do Governo. Entretanto, alerta o autor, “[...] o fato de ter adquirido o status de uma agenda formal não significa necessariamente que a decisão final das autoridades ou que a atual política de implementação corresponderão às pretensões do grupo de formulara a demanda” (2003b, p.114). Isso ocorre porque o poder comunicativo, onde a sociedade civil insere-se, não domina o poder administrativo, mas pode direcioná-lo por meio de sua influência no processo de formação da opinião e da vontade.

Em democracias ainda incipientes, como é o caso da brasileira, não se desconhece o risco de manipulação das massas por minorias detentoras de interesses corporativos, contrapostos ao interesse público. A passividade e a ausência de uma cultura sólida de participação popular podem tornar o cidadão presa fácil de movimentos sociais de interesses

¹⁰⁸ Na mesma linha de argumentação, Walter Reese-Schäfer escreveu sobre a teoria habermasiana: “O poder comunicativo, por si mesmo, não pode exercer dominação, mas pode dar certos direcionamentos ao processo do exercício político da dominação através de sua influência no âmbito da sociedade civil” (2009, p.95).

minoritários. Onofre Alves Batista Júnior (2007) parece trilhar o mesmo caminho ao dissertar sobre o risco de a participação “deslocar o poder de decisão para grupos de interesses mais fortes, com a desvalorização prática dos grupos de fraco poder associativo, além de poder determinar prejuízos ao princípio da igualdade” (2007, p.69).

Afastar a vinculação automática do resultado obtido nas audiências públicas evita, portanto, que as decisões recaiam sobre uma minoria fortemente articulada, a qual, no mais das vezes, pode não representar o real interesse público. Com isso, a não vinculação automática do “resultado final” obtido na audiência pública, seria uma forma mesmo de evitar que este importante instrumento da democracia participativa apresente as mesmas distorções do modelo de democracia representativa, o qual se revelou insuficiente para atender os anseios e interesses da sociedade.

Assim, a audiência pública possui caráter consultivo¹⁰⁹, pois a participação viabilizada por meio desse processo participativo dá-se por meio da influência na captação do interesse público em relação a determinado assunto. O mesmo raciocínio aplica-se à audiência pública realizada pelos Poderes Judiciário e Legislativo, na medida em que também nesses espaços o instituto traduz-se em canal de comunicação hábil a permitir a influência dos cidadãos sobre o magistrado e o parlamentar e tornar o exercício da função jurisdicional e legislativa mais legítima e democrática.

Por certo as opiniões tornadas públicas por meio da audiência exercerão influência sobre a decisão final tomada pelo administrador público, o qual deverá, em não acatando o resultado colhido publicamente, declinar de modo suficiente os motivos que o levaram a tanto. A tendência é seguir a vontade captada por meio das sugestões, mormente em se considerando que o não atendimento dos reclames expostos na audiência pode trazer como consequência a indignação e descrédito da população na Administração local.

Esse entendimento sobre o caráter consultivo da audiência pública também é encontrado no direito comparado. Agustín Gordillo (2003), fazendo um paralelo entre os conselhos (*cuerpos colegiados de la administración*) e as audiências públicas, sustenta o caráter consultivo das últimas: “[...] na audiência pública, o público se limita a defender, mas não tem voto na decisão administrativa a ser adotada posteriormente; a importância da audiência pública é material, pois nela restará demonstrada a sustentação fática, ou a carência

¹⁰⁹ Na doutrina nacional, vários autores adotam esse entendimento: Evanna Soares (2002, p.261); Fernanda de Salles Cavedon e Silvia Domingos (2004, p.3803), Marcos Augusto Perez (2009, p.168), Antônio Cabral (2006, p.792), Lúcia Valle Figueiredo (2007, p.3).

dela, da direção a adotar-se” (GORDILLO, 2003, p.XI-5)¹¹⁰. O caráter consultivo da audiência pública foi positivado pela Lei de Buenos Aires n. 6/1998¹¹¹ e pelo Decreto Federal n. 1.172/2003¹¹².

Também na França, as conclusões da *Commission nationale du débat public* (CNDP) não possuem caráter vinculante, mas servem de subsídios para a decisão que será tomada pela autoridade competente.

O direito de influenciar a formação da decisão estatal no processo administrativo é apontado por Antônio Cabral como o primeiro grande efeito processual da audiência pública, decorrente do princípio do contraditório (2006, p.791).

Sabe-se que tradicionalmente o princípio do contraditório é entendido como critério para distinguir “processo” de “procedimento”. É clássica a lição de Fazzalari no sentido de que processo é o procedimento realizado em contraditório, com participação daqueles em cuja esfera jurídica o ato final é destinado a desenvolver efeitos (2006, p.118).

Segundo o autor, caracteriza a estrutura do contraditório a participação simétrica dos destinatários finais no processo, como se infere da seguinte passagem de sua obra:

Tal estrutura consiste na participação dos destinatários dos efeitos do ato final em sua fase preparatória; na simétrica paridade das suas posições; na mútua implicação das suas atividades (destinadas, respectivamente, a promover e impedir a emanação do provimento); na relevância das mesmas para o autor do provimento; de modo que cada contraditório possa exercer um conjunto – conspícuo ou modesto, não importa – de escolhas, de reações, de controles, e deve sofrer os controles e as reações dos outros, e que o autor do ato deva prestar contas dos resultados (FAZZALARI, 2006, p.119-120).

Como exemplo, cita o autor a fase que precede a prolação de sentença civil condenatória, na qual devem participar aqueles que se beneficiarão do ato final e os que a ele se submeterão, “em contraditório entre eles, isto é, desenvolvendo simétricas atividades entre eles, destinadas a fornecer ao juiz – que não poderá abster-se – elementos a favor e contrários àquela emanação” (FAZZALARI, 2006: 120).

¹¹⁰ No original: “Una forma de participación no excluye la otra, aunque la participación decisoria em los cuerpos colegiados de la administración, con voz y voto, es posiblemente de mayor entidad que la audiencia pública, pues en ella el público se limita a defender pero no tiene voto em la decisión administrativa que se adopte con posteridad; la importancia de la audiencia pública es material pues en ella quedará demostrado el sustento fáctico, o carencia de él, de la decisión a adoptarse.” (GORDILLO, 2003, p.XI-5).

¹¹¹ Art. 2º: “Las opiniones recogidas durante la Audiencia Pública son de carácter consultivo y no vinculante. Luego de finalizada la Audiencia, la autoridad responsable de la decisión debe explicitar, en los fundamentos del acto administrativo o normativo que se sancione, de qué manera ha tomado en cuenta las opiniones de la ciudadanía y, en su caso, las razones por las cuales las desestima.

¹¹² Art. 6º: “Las opiniones y propuestas vertidas por los participantes en la Audiencia Pública no tienen carácter vinculante”.

Tal como elaborado, com realce para a posição simétrica entre as partes, o conceito de contraditório de Fazzalari aplica-se ao processo judicial, no qual o caráter adversarial exige a participação paritária entre as partes do processo.

Nos processos administrativos de caráter difuso ou coletivo – como o da audiência pública – não há nítidos interesses contrapostos, razão pela qual a essência do princípio do contraditório é melhor explicada pela tríade: informação, manifestação e motivação¹¹³. A disponibilização da informação é pressuposto para garantia efetiva do contraditório, pois sem a ampla e adequada publicidade dos atos processuais a parte interessada não terá sequer oportunidade e conhecimento necessário para se valer da garantia constitucional. A manifestação em si pode ser considerada a própria essência do contraditório, pois é o momento em que a parte poderá expor suas razões, trazer novas informações e documentos aos autos, contradizer o que foi dito em seu desfavor e tentar influenciar a formação da decisão que será proferida pela autoridade competente¹¹⁴. Por fim, a motivação é a natural consequência para a efetividade do contraditório, pois é dever da autoridade apontar na decisão as razões pelas quais acolhe ou não a argumentação desenvolvida pelas partes do processo.

Com base nesses elementos, a doutrina vem apontando o direito de influenciar como decorrência do princípio do contraditório. Antônio Cabral ressalta o direito de influenciar como insito à própria concepção do contraditório, no sentido que guarda na atualidade:

Contraditório, na atualidade, representa o direito de influenciar, condicionar as decisões do Estado, a partir do direito de expressão aberto e pluralista. É o princípio, na sua decomposição contemporânea, pressupõe: 1) informação prévia (*Recht auf Benachrichtigung*); 2) direito de manifestação (*Recht auf Äusserung*); e 3) o direito de ver seus argumentos levados em consideração (*Recht auf Berücksichtigung*), correlato ao dever de atenção imposto à autoridade responsável pela decisão (2006, p.791).

Em trabalho sobre as novas perspectivas para o contraditório, Bruno Resende Rabello delinea a evolução do princípio, que, de mera garantia de ser ouvido, passa a “ênfatar o diálogo travado entre os sujeitos processuais e possibilidade de *influenciar* o

¹¹³ Na linha da argumentação de Odete Medauar, são desdobramentos mais diretos do contraditório: informação geral, ouvida dos sujeitos e motivação (2008, p.110).

¹¹⁴ A respeito do contraditório nos processos administrativos de caráter coletivo ou difuso, leciona Odete Medauar: “Em processos administrativos referentes a questões coletivas e difusas, o contraditório se expressa na possibilidade de fazer emergir os diferentes interesses em jogo e de confrontá-los adequadamente em presença dos respectivos titulares, antes da decisão final. É o caso, v.g., do licenciamento ambiental” (2008, p.102).

desenvolvimento do processo, especialmente no que diz respeito à construção das decisões” (2011, p.63, grifos no original).

Entender o direito de influenciar a formação da decisão final do processo como decorrência do princípio do contraditório passa por uma noção mais ampla deste último, construída sobre as bases de uma perspectiva democrática. O contraditório é visto, assim, como direito que as partes possuem de influenciar o julgador no processo decisório.

A audiência pública no exercício da função administrativa, ao possibilitar o acesso à informação e viabilizar a manifestação de amplo leque de interessados, seja oralmente no dia designado para a oitiva pública, seja por meio de juntada de documentos ou de réplica àqueles levados por outros, é uma das ferramentas garantidoras do princípio do contraditório no processo administrativo principal, de caráter difuso ou coletivo.

As conclusões extraídas da audiência pública não são vinculantes, mas “condicionantes”, nos dizeres de Antônio Cabral (2006, p.792). São balizas que devem nortear a tomada de decisão pela autoridade competente, a qual não deve descuidar da motivação de suas escolhas. Por isso, continua o autor, outro importante efeito da audiência é a imposição do “ônus argumentativo” aos órgãos públicos caso se afastem da conclusão popular.

No que tange ao ônus argumentativo, gera a audiência pública uma presunção em favor de sua conclusão, fazendo alguns setores doutrinários aludir, talvez não com total precisão técnica, a uma espécie de “inversão do ônus da prova” para o administrador. Vale dizer, fixado o interesse público em certo sentido a partir do resultado da audiência, se a autoridade administrativa optar por decidir de maneira contrária, terá de empreender um trabalho de justificação, na motivação do ato administrativo, em maior grau do que o exigido em decisões semelhantes (2006, p.794).

O “ônus argumentativo” a que se refere ao autor pode ser traduzido pela motivação, requisito procedimental do ato administrativo que inclui não somente “a manifestação dos motivos, mas também de todos os elementos que influem na legalidade e finalidade do ato, bem como a correspondência entre o motivo deste e seu conteúdo”¹¹⁵, nas palavras de Florivaldo Dutra de Araújo (2005, p.90). O professor lembra que a motivação deve atender aos requisitos “congruência, exatidão, suficiência e clareza”, sem os quais pouco valerá e, citando os autores Enterría e Fernandez e José Osvaldo Gomes, afirma que a suficiência exclui o uso das chamadas fórmulas “*passerpartout*”, que servem para qualquer circunstância. Por isso, a motivação deve referir-se ao caso concreto, de modo que a

¹¹⁵ Florivaldo Dutra de Araújo defende o sentido amplo expressão. Por isso, entende o autor ser preferível não colocar divisórias entre os significados de fundamentação, justificação e motivação (2005, p.90-91).

ocorrência de algum conceito jurídico indeterminado (tais como “conveniência geral”, “interesse público”, “imperativo categórico”, entre outros) seja demonstrada concretamente (ARAÚJO, 2005, p.122).

A motivação assume caráter ainda mais relevante na audiência pública, pois, além de justificar o teor de sua decisão, com a correspondência entre os pressupostos fáticos e o direito, o administrador obriga-se a motivar as razões pelas quais acolhe ou rejeita as contribuições levadas ao debate pela sociedade. A motivação contribui para a legitimidade da ação estatal e completa o ciclo iniciado com a abertura da Administração, pois a participação popular que se espera no paradigma procedimental não se exaure no momento em que o cidadão exprime sua opinião na sessão pública. Para além de ser dada oportunidade aos cidadãos de se fazerem ouvir, deve ser-lhes dada a garantia de que seus argumentos foram levados em consideração, de que todos os interesses, e não apenas parte deles, foram ponderados antes da tomada da decisão pela autoridade competente. Nesse contexto, vem a calhar a finalidade da motivação sintetizada pelo professor mineiro: “Poder-se-ia resumir a finalidade do dever de motivar o ato administrativo nas seguintes palavras: democratização do exercício da função administrativa” (ARAÚJO, 2005: 109).

Assim, o raciocínio deve ser deslocado do eixo “vinculação do resultado final” para a “ponderação de todos os interesses”. Mesmo que a decisão seja contrária a alguns pontos de vista revelados no decorrer da audiência, o importante é que todos tenham sido objeto de ponderação pelo administrador antes da tomada de decisão, a qual, repita-se, deve ser suficientemente motivada.

Não se olvide, ainda, a relevância da motivação para o controle do ato administrativo, seja social ou judicial, pois permite ao seu destinatário o conhecimento de seu suporte fático e jurídico¹¹⁶. Sobre o controle judicial da audiência pública, passa-se a discorrer no tópico seguinte.

4.3.3 Controle judicial

Algumas condutas comissivas ou omissivas da Administração Pública podem invalidar o processo da audiência pública e, por conseguinte, a decisão final tomada pela

¹¹⁶ Florivaldo Dutra de Araújo disserta sobre a relação entre motivação e o controle do ato administrativo. Segundo o autor: “E, ao final, a motivação desembocará nos canais de controle do ato, desde os internos até os mais amplos e difusos (opinião pública), onde se fecha o círculo de legitimidade, dentro do qual se deve conter a atividade do administrador, infundindo confiança e certeza da legalidade de suas decisões” (2005, p.110).

autoridade competente com fundamento no processo viciado. Entre elas, Daniela C. Libório Di Sarno cita alguns exemplos que podem gerar vícios no processo da audiência pública: “De toda forma, a mácula na convocação, na consulta dos documentos, na escolha do local, na falta de garantia de participação proporcional entre os presentes ou qualquer outro elemento que integre uma das fases da audiência pública poderá caracterizar a existência de vício no ato praticado” (DI SARNO, 2007, p.69). Com relação à falta de “garantia de participação proporcional”, embora a autora não explicita, parece referir-se à igualdade de tempo de fala conferido a cada segmento da sociedade presente à audiência pública. Corrobora esse entendimento passagem anterior de seu texto, na qual, escrevendo sobre a influência do princípio da oralidade no processo da audiência pública, afirma a autora que o equilíbrio do encontro presencial depende da “eficácia dos princípios da proporcionalidade e da isonomia como forma de franquear a palavra e a participação dos presentes equitativamente” (2007, p.65).

Nesse contexto, para evitar ou reparar vícios no processo da audiência pública, para além do poder de autotutela da Administração Pública sobre seus próprios atos, abre-se ao interessado a possibilidade do controle judicial pelo Poder Judiciário, cuja análise pode ser feita por meio de três eixos principais, relacionados a diferentes momentos do processo: convocação, desenvolvimento e motivação da decisão final¹¹⁷.

¹¹⁷ O assunto ainda não foi objeto de pronunciamentos relevantes pelo Supremo Tribunal Federal. Em pesquisa realizada em 14 de novembro de 2011, foram localizados 8 acórdãos na busca pela expressão “audiência pública” no *site* do STF. Afora os que se referem à audiência pública no processo do júri e à audiência pública realizada no STF sobre o direito à saúde, merece menção apenas o MS 23.800, no qual a ementa menciona que foi comprovado nos autos a realização da audiência pública de que trata o art. 22, § 2º, da Lei 9.985/2000, que regulamenta o art. 225, § 1º, incisos I, II, III e VII da Constituição da República, institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza (SNUC) e dá outras providências. O artigo, contudo, dispõe que criação de Unidades de Conservação deve ser antecedida de estudos técnicos e de *consulta pública*, e não audiência pública. No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, em pesquisa realizada na mesma data no *site* do Tribunal, foram localizados 12 acórdãos na busca pela expressão “audiência pública”. Destes, destacam-se três casos: (1) AgRg na STA n. 29, que considerou como serviço de publicidade obrigatório a convocação de audiência pública; (2) REsp n 757.895/PR, que noticiava a concessão de liminar em 1º grau para suspender a realização de audiência pública convocada pelo MPT para discutir a redefinição do valor do repasse de verbas municipais a entidades e ONG’s que cuidam de crianças e adolescentes, e (3) REsp n. 604.725/PR, que responsabilizou o Estado do Paraná por dano ambiental por não ter requerido o Estudo de Impacto Ambiental e Relatório de Impacto Ambiental e audiência pública antes da obra. Tendo em vista a escassez de julgados nos Tribunais Superiores, os precedentes citados no presente trabalho são provenientes dos Tribunais Regionais Federais, conforme pesquisa realizada no *site* do Conselho da Justiça Federal, no tópico “Jurisprudência Unificada”. A busca pelo termo “audiência pública” encontrou 71 resultados, a maioria no contexto do licenciamento ambiental. Disponível em: <<http://columbo2.cjf.jus.br/juris/unificada/?>>. Acesso em: 14 nov 2011.

4.3.3.1 Convocação

Quanto ao primeiro ponto, é preciso distinguir entre a convocação obrigatória por força de lei e a facultativa.

A realização da audiência pública, nas hipóteses em que prevista na legislação como etapa obrigatória, ostenta o *status* de condição de validade do processo administrativo. Significa dizer que, em sua ausência, a decisão tomada no processo principal é inválida, não havendo que se falar em convalidação do vício por ato posterior da Administração.

Quanto ao ponto, parece não haver dissonância na doutrina. A respeito da audiência pública no processo licitatório, prevista no art. 39 da Lei n. 8.666/93 sempre que o valor estimado seja superior a 100 (cem) vezes o limite previsto para realização das concorrências públicas, Lúcia Valle Figueiredo entende que sua ausência ou mesmo invalidade gera a nulidade do procedimento licitatório. Segundo a autora, “[...] se a lei impuser a audiência pública, afigura-se que sua falta, ou, então, sua realização de forma viciada, invalida o procedimento” (2007, p.14). Marcos Augusto Perez entende que, nos casos especificados em lei, a realização de audiência pública é formalidade essencial, pois se relaciona à devida instrução da decisão administrativa, razão pela qual sua ausência invalida o processo (2009, p.169). Gustavo Justino compartilha o entendimento, estendendo o raciocínio para a hipótese de a audiência ter sido requerida por interessados legitimados e deferida pela Administração. Nesse caso, a realização da audiência torna-se obrigatória e, não sendo realizada por responsabilidade da Administração, o provimento final será nulo (1997, p.163-164).

Tratando-se de meio ambiente, a legislação é expressa ao cominar de invalidade a licença concedida sem realização da audiência pública solicitada pela entidade civil, pelo Ministério Público ou por 50 (cinquenta) ou mais cidadãos (art. 2º, § 2º, da Resolução CONAMA n. 9/87)¹¹⁸. Por essa razão, Edis Milaré afirma que “no sistema brasileiro, a audiência pública, quando cabível, é requisito formal essencial para a validade da licença” (2007, p.387).

No mesmo sentido, o magistério de Agustín Gordillo (2003), que reforça a importância do controle judicial para evitar que uma medida seja tomada sem prévia audiência pública ou mesmo para declarar a nulidade absoluta e insanável de toda decisão

¹¹⁸ Art. 2º, § 2º: “No caso de haver solicitação de audiência pública e na hipótese do Órgão Estadual não realizá-la, a licença concedida não terá validade”.

que, devendo ser precedida de audiência pública, não o foi (2003, p.XI-4). Esse entendimento foi positivado pela Lei de Buenos Aires n. 6/1998¹¹⁹.

De fato, se a legislação prevê a realização obrigatória do processo participativo da audiência pública concernente a determinado assunto, a sua ausência deve mesmo sofrer consequências jurídicas, como a invalidade da decisão tomada no processo principal subjacente. Considerar inválida a decisão tomada sem prévia realização de audiência pública obrigatória reforça a importância do instituto para a consolidação de uma Administração participativa e comprometida com valores democráticos, além de infundir a prática entre os gestores públicos, o que denota o caráter pedagógico da orientação.

Considerando a obrigatoriedade da audiência pública na área ambiental, o Tribunal Regional Federal (TRF) da 2ª Região entendeu que a Comissão Estadual do Meio Ambiente não poderia dispensar a audiência pública requerida pelo Ministério Público Federal, na qualidade de defensor do meio ambiente, para discussão e conhecimento do EIA-RIMA das obras na Linha Vermelha, no Rio de Janeiro¹²⁰.

Assim, considerando que a convocação de audiência pública, quando obrigatória, é ato praticado no exercício de competência vinculada da autoridade competente, não há óbice algum para que o Poder Judiciário determine sua realização ou mesmo anule a decisão tomada pela Administração Pública sem o respaldo de prévia audiência pública.

Além de determinar a convocação de audiência pública, há julgados que determinam sua suspensão ou cancelamento. O TRF da 4ª Região respaldou o cancelamento da convocação de audiências públicas em 3 municípios pelo fato de não haver comprovação de que somente esses, de um total de 23 de municípios que compõem a Bacia Hidrográfica, seriam os únicos a sofrer influência direta do empreendimento¹²¹.

Quanto à data designada pelo Poder Público para realização da audiência pública, o TRF da 4ª Região já considerou inválida a data estabelecida pelo IBAMA pelo descumprimento do art. 2º, § 1º, da Resolução CONAMA n. 9/87¹²², o que impossibilitou a eficaz participação dos interessados. Consignou-se, contudo, que o IBAMA não estaria

¹¹⁹ Art. 3º: “La omisión de la convocatoria a la Audiencia Pública, cuando ésta sea un imperativo legal, o su no realización por causa imputable al órgano convocante es causal de nulidad del acto que se produzca en consecuencia, quedando abierta la actuación judicial”.

¹²⁰ Apelação em Mandado de Segurança n. 93.02.19060-9. TRF da 2ª Região. Relatora: Desembargadora Federal Tania Heine. 1ª Turma. Publicação: 23/06/1994.

¹²¹ Agravo de Instrumento n.º 2006.04.00.005410-2/PR. TRF da 4ª Região. Relatora: Juíza Vânia Haek de Almeida. Publicação: 13/09/2006.

¹²² Art. 2º, § 1º: “O Órgão de Meio Ambiente, a partir da data do recebimento do RIMA, fixará em edital e anunciará pela imprensa local a abertura do prazo que será no mínimo de 45 dias para solicitação de audiência pública”.

impedido de designar, conforme os ditames legais, outra audiência com a mesma finalidade¹²³.

Há casos, contudo, que a lei faculta à Administração Pública a realização de audiência pública. Cite-se, por exemplo, a Lei Federal n. 9.784/99, que dispõe que, a juízo da autoridade, diante da relevância da questão, poderá ser realizada audiência pública para debates sobre a matéria do processo. Para além do verbo “poderá”, o emprego da expressão “a juízo da autoridade” indica que a convocação de audiência pública é ato praticado no exercício de competência discricionária do administrador público, a depender da relevância da questão, o que afasta a possibilidade de controle em caso de não convocação de audiência pública facultativa¹²⁴.

4.3.3.2 Desenvolvimento

Quanto ao desenvolvimento da audiência pública, a questão que se coloca é que não basta sua mera realização formal para a validade do processo administrativo principal; é necessário que seja efetiva e que garanta a participação de todos os interessados. Por essa razão, eventuais falhas no curso processual que interfiram na efetividade do instituto podem ser objeto de controle pelo Poder Judiciário.

Assim, não somente a convocação da audiência pública quando expressamente prevista na legislação afigura-se condição de validade do processo administrativo, mas também a sua efetiva realização, com ampla participação e apreciação das contribuições apresentadas pelos participantes, de forma que, convocada a audiência pública, seja ela obrigatória ou facultativa, seu desenvolvimento submete-se também ao controle judicial. A possibilidade de controle judicial nessa hipótese é pacífica e encontra pleno amparo doutrinário. Marçal Justen Filho (2005), ao tratar da audiência pública nas licitações, entende que “Os vícios, se não forem espontaneamente eliminados pela autoridade administrativa,

¹²³ “PROCESSO CIVIL. DIREITO AMBIENTAL. NULIDADE DE AUDIÊNCIA PÚBLICA. DESCUMPRIMENTO DO PRAZO FIXADO NA RESOLUÇÃO DO CONAMA Nº 9/87. - O Estudo de Impacto Ambiental, assim como o respectivo Relatório de Impacto Ambiental, são norteados pelos princípios da publicidade e da participação pública que visam a ampla discussão da comunidade acerca da obra ou atividade a ser licenciada. - O art. 2º, parágrafo 1º, da Resolução nº09/87 do CONAMA, prevê 45 dias, contados a partir da data de recebimento do RIMA, para ser fixado edital e anunciado, pela imprensa local, a abertura de prazo para a solicitação de audiência pública. - Impossibilitada a eficaz participação na audiência pública da autora por descumprimento do prazo legal, é ineficaz a convocação e a designação da audiência na data estabelecida pelo IBAMA. - Remessa oficial improvida” (REO 200072010006078, TRF da 4ª Região, Relatora: Desembargadora Sílvia Maria Gonçalves Goraieb, 3ª Turma. Publicação: 22/09/2004).

¹²⁴ Para Justino de Oliveira: “Por outro lado, estando a Administração meramente facultada a promover a audiência pública, com as ressalvas de previsões legislativas em contrário, nenhuma implicação haverá de sua não realização” (1997: 163).

autorizarão o recurso ao Poder Judiciário. Idêntica solução será viável quando a autoridade administrativa negar-se a prestar os esclarecimentos” (2005, p.381).

O grande desafio que se coloca aos gestores responsáveis pela convocação e condução das audiências públicas é garantir a participação ativa e efetiva dos cidadãos interessados, e não meramente passiva e formal, como se testemunhas de um espetáculo fossem. A esse respeito, Agustín Gordillo distingue a “pública audiência” ou “sessão pública” da “audiência pública”, justamente para realçar a participação ativa que se espera da segunda. Em suas palavras:

Cabe distinguir a ‘pública audiência’ ou sessão pública para enfatizar que na audiência pública não se trata meramente de celebrar uma sessão administrativa com assistência passiva e muda do público, rádio, televisão, periódico, etc., mas sim de realizar uma audiência na qual o público é parte interessada e ativa, com direitos de natureza procedimental a respeitar dentro da concepção agora expandida do devido processo constitucional; com direito de oferecer, produzir prova e controlar a que se produz, alegar, etc (2009, p.XI-8)¹²⁵.

Sob esse ponto de vista extraem-se várias possibilidades de controle. Diante de casos concretos, a jurisprudência tem estabelecido os limites do controle judicial, afastando searas nas quais se considera invasão na esfera de competência da Administração Pública.

O Tribunal Regional Federal da 3ª Região já considerou válido o desdobramento da audiência pública em razão de o lugar escolhido pela Administração não suportar o número de participantes presentes, mesmo não havendo previsão legal para tanto. Entendeu-se que “Foi exatamente o adiamento da audiência que possibilitou a ampla participação popular e o extenso debate que, como dantes afirmado, se estendeu por quase 07 horas, garantindo total legitimidade ao processo”. E ainda: “É o interesse público quem dita tais regras. O que a legislação veda é a surpresa, a surdina, simulacro de audiência visando burlar o interesse da coletividade”¹²⁶.

Em outra situação, a Corte Especial do TRF da 1ª Região entendeu que a decisão sobre o número de audiências públicas que serão convocadas a respeito do mesmo objeto, o local e o momento propício para sua realização remanesce na esfera de competência da Administração Pública, não devendo haver interferência judicial. Nesse sentido:

¹²⁵ No original: “Cabe distinguir la ‘pública audiencia’ o sesión pública para enfatizar que en la audiencia pública no se trata meramente de celebrar una sesión administrativa con asistencia pasiva y muda del público, radio, televisión, periodismo, etc., sino de realizar una audiencia en la cual el público es parte interesada y activa, con derechos de naturaleza procedimental a respetar dentro de la coepción ahora expandida del debido proceso constitucional; con derecho de ofrecer, producir prueba y controlar la que se produce, alegar, etc”.

¹²⁶ Apelação Cível nº 0004538-57.2008.4.03.6100/SP. TRF da 3ª Região. Relator: Desembargador Federal Márcio Moraes. Publicação: 18/07/2011.

II - Ao determinar a realização de grande quantidade de audiências públicas, a decisão de primeiro grau invade a esfera de competência da administração pública, pois cabe ao IBAMA, órgão responsável pela realização das políticas públicas nacionais ligadas ao meio ambiente, decidir, com base nos critérios de conveniência e oportunidade, a quantidade, o local e momento propício para a sua realização¹²⁷.

Sobre a competência da ANVISA para regulamentar o mercado de publicidade de cigarros, há entendimento do TRF da 1ª Região no sentido de que empresas não possuem legitimidade para questionar a edição de ato normativo não antecedido de audiência pública, pois o interesse é dos consumidores.

[...] 4. A advertência contida nas embalagens de cigarros destinam-se aos usuários, efetivos e potenciais, logo, é no interesse destes que se recomenda a realização de consultas e audiências públicas. As indústrias fumígenas não têm, a rigor, legitimidade para arguir nulidade de ato baixado sem tal formalidade. [...] 7. Agravo de instrumento a que se nega provimento¹²⁸.

Discorda-se, contudo desse posicionamento, na medida em que as indústrias fumígenas são igualmente destinatárias do ato normativo da ANVISA que exige a inserção de advertência nas embalagens de cigarros, por sofrerem restrição à livre condução da atividade econômica. E, como tal, deveriam ser consideradas parte legítima para questionar judicialmente o ato editado sem antecedência de consulta ou audiência pública.

4.3.3.3 Motivação

Com relação à motivação da decisão final, se parece certo que a Administração não se encontra vinculada às contribuições colhidas no decorrer do evento público, não menos certo que se encontra obrigada a motivar as decisões fruto do diálogo, mormente nos casos de afastamento das sugestões apresentadas pelos participantes.

Caso contrário, isto é, caso as contribuições sejam apenas documentadas e anexadas aos autos do procedimento, não sendo consideradas caso a caso por meio de cotejo analítico com o objeto de discussão, se sujeita a Administração Pública ao controle exercido pelo Poder Judiciário, que poderá anular a audiência pública e determinar a realização de outra, com repetição de todos os atos processuais, desta vez com obediência ao devido processo legal em seu sentido substantivo. Nesse sentido, escreve Daniela C. Libório Di

¹²⁷ AGRSLT 0067730-48.2009.4.01.0000/PA, Relator Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian, Publicação: 26/04/2010.

¹²⁸ AG 2009.01.00.011626-9/DF, Rel. Desembargador Federal João Batista Moreira, 5ª Turma, Publicação: 03/07/2009.

Sarno que a desconsideração do conteúdo da audiência pública enseja nulidade do ato decisório:

Com isto, afirmamos que a decisão final está vinculada à etapa da audiência pública, aos seus debates, a questões e dúvidas. [...] Desconsiderar imotivadamente fatos novos e não albergados pelo projeto expostos na audiência pública vicia o ato decisório (2007, p.68)¹²⁹.

Assim, a desconsideração das sugestões e contribuições colhidas no curso da audiência pública comina de nulidade a decisão tomada pela autoridade competente. Sobre a inafastabilidade da motivação da decisão fruto da audiência pública, o TRF da 4ª Região já decidiu:

[...] 3. O órgão licenciador não está vinculado às conclusões da audiência pública, na decisão, mas deve levar em consideração, na decisão, as colocações que nela são feitas, a finalidade da participação pública no procedimento apenas é atingida se as manifestações foram fundadas e efetivas. O princípio da participação pública assegura ao cidadão o direito de intervir na tomada da decisão devidamente informado, participação desinformada não é participação e o direito à informação deve ser dar no momento adequado, na profundidade necessária e com clareza suficiente¹³⁰.

Além da desconsideração da participação no ato decisório final, o controle abrange também a insuficiência ou deficiência dos motivos adotados pela Administração Pública para acolher ou recusar as contribuições levadas à audiência pública, o que ocorre pelo não atendimento dos requisitos da congruência, exatidão, suficiência e clareza. Mais uma vez a doutrina respalda a possibilidade de controle nessa hipótese:

É perfeitamente possível que as respostas fornecidas pelos gestores da coisa pública sejam reputadas insuficientes ou não satisfatórias. Nesse caso, tudo deverá constar da ata, facultando-se ao particular promover o questionamento cabível na via apropriada – inclusive recorrendo, se for o caso, ao Poder Judiciário (JUSTEN FILHO, 2005, p.381).

4.4 Matérias sujeitas à realização de audiência pública no direito positivo

A audiência pública possui fundamento no próprio texto constitucional, que lança as bases de um Estado Democrático de Direito fundado na democracia participativa, na soberania popular e no “princípio participativo”, o qual, nos dizeres de José Afonso da Silva,

¹²⁹ Ao afirmar que a “a decisão final está vinculada à etapa da audiência pública, aos seus debates, a questões e dúvidas”, a autora parece utilizar a palavra “vinculada” no sentido de que está a Administração Pública obrigada a levar em consideração o debate público na tomada de decisão, motivando sua decisão final.

¹³⁰ APELRREX 200171010014971. Relatora: Desembargadora Marga Inge Barth Tessler, 4ª Turma. Publicação: 18/01/2010.

caracteriza-se “pela participação direta e pessoal da cidadania na formação dos atos de governo” (2007, p.141).

A legislação infraconstitucional e infralegal cuidou de prever a convocação de audiência pública em determinados assuntos merecedores da abertura democrática. A análise do arcabouço normativo atual permite distinguir as audiências públicas no exercício da função administrativa a depender da matéria colocada em debate, razão pela qual, com o escopo de sistematização, propõe-se a reunião das audiências públicas em torno de sete grupos, a saber: previsão genérica na fase instrutória do processo administrativo, a depender da “relevância da questão”, meio ambiente, licitação, saúde, regulação, responsabilidade fiscal e plano urbanístico¹³¹.

4.4.1 Previsão genérica – Lei do Processo Administrativo e o Anteprojeto de Lei Orgânica da Administração Pública e Entes de Colaboração

A audiência pública encontra-se genericamente prevista na Lei Federal 9.784/99, que regula o processo administrativo federal, especificamente nos arts. 32 e 34, inseridos no capítulo X, que trata da instrução do processo administrativo.

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.

Art. 34: Os resultados da consulta e audiência pública e de outros meios de participação de administrados deverão ser apresentados com a indicação do procedimento adotado¹³².

Extrai-se do texto legal que a autoridade pública, antes de tomar decisão em matéria de relevância, poderá convocar audiência pública para debates sobre a matéria do

¹³¹ Para tanto, levou-se em consideração apenas a legislação pátria que prevê de forma expressa a realização de audiências públicas.

¹³² No Estado de Minas Gerais a audiência pública encontra-se prevista na Lei Estadual n. 14.184/2002, que regula o processo administrativo estadual, nos arts. 31 e 33:

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

§ 3º Os resultados de consulta, audiência pública ou outro meio de participação de administrados serão apresentados com a indicação do procedimento adotado (...)”.

Art. 33: “Antes da decisão, a juízo da Administração, pode ser realizada audiência pública para debate sobre a matéria do processo”.

Ainda, o art. 5º da Lei Delegada n. 180, de 20 de janeiro de 2011 – que dispõe sobre a estrutura orgânica da Administração Pública do Poder Executivo do Estado de Minas Gerais e dá outras providências – elenca a audiência pública como um dos instrumentos do modelo de Administração Transversal de Desenvolvimento.

processo. O verbo “poderá” contido no art. 32 indica que a convocação de audiência pública é uma possibilidade que se abre à autoridade competente diante da relevância da matéria. Contrapõe-se à obrigatoriedade definida em lei em situações específicas (como, por exemplo, nas licitações envolvendo contratações de alto valor). A facultatividade nesse caso justifica-se porque questões relevantes são decididas a todo o momento no âmbito da Administração Pública. O que a legislação prevê é que, em juízo de conveniência e oportunidade, ocasião em que deve ser levado em conta, entre outros fatores, a urgência da decisão, pode a Administração convocar uma audiência pública para debater a matéria do processo com os interessados. Pode-se imaginar uma questão para a qual, embora relevante, não seja conveniente a convocação de uma audiência pública, por demandar decisão imediata do Poder Público, por exemplo.

Quanto à “relevância da questão”, pressupõe-se, de início, que se diferencia do “assunto de interesse geral” que justifica a abertura de consulta pública, segundo o art. 31 da mesma lei, na medida em que o legislador utilizou expressões distintas para justificar a convocação de institutos assemelhados em dispositivos subsequentes.

Não é tarefa fácil, contudo, distinguir, as expressões legais. Em um primeiro momento, há que se buscar a distinção ontológica das expressões, com o escopo de alcançar as características que fazem com que uma determinada questão seja considerada de “relevância” ou de “interesse geral”.

Sobre o assunto, José dos Santos Carvalho Filho relaciona a ideia de “relevância” com a de “interesse coletivo de reconhecida importância”. Por isso, argumenta o autor: “Não basta que haja interesse geral; é importante que a decisão no processo possa realmente influir na esfera de interesses de outras pessoas na coletividade” (2009, p.205). Embora se concorde que a decisão possa influir na esfera de interesses de outras pessoas, não há como ver nisso a diferenciação de “interesse geral” e “relevância da questão”. Parece ser, na verdade, a característica comum às expressões: em ambos os casos, a matéria objeto do processo deve transcender o interesse das partes inicialmente afetadas, o que justifica a abertura do processo à participação dos demais interessados. E, para a audiência pública, deve a matéria destacar-se das demais corriqueiras no âmbito da Administração Pública pela importância e impacto que pode gerar no contexto social e estatal.

Por fim, em reforço à modalidade genérica prevista na Lei do Processo Administrativo, lembre-se que o “Anteprojeto de Lei Orgânica da Administração Pública

Federal e Entes de Colaboração”¹³³ destacou, ao lado do tradicional controle público da Administração Pública (autocontrole e controle externo), o controle social como vetor estruturante da Administração Pública, juntamente com o planejamento e a articulação da atividade administrativa.

O controle social consiste naquele exercido pela sociedade civil sobre atos praticados pelo Poder Público em coexistência com os tradicionais mecanismos de controle exercido pelos poderes constituídos (jurisdicional, administrativo e parlamentar). É, portanto, um controle não institucionalizado, pois exercido por pessoas e organizações alheias à estrutura funcional da Administração Pública. Membro da Comissão de Juristas responsável pela elaboração do Anteprojeto, Floriano de Azevedo Marques Neto lembra a importância adquirida pelo controle social nos últimos anos, “como forma de os administrados exercem seu direito subjetivo público à fiscalização adequada das atividades exercidas na Administração” (MARQUES NETO, 2010, p.225).

Florivaldo Dutra de Araújo menciona essa espécie de controle ao dissertar sobre a função da motivação no controle do ato administrativo:

Além dos controles jurisdicional, administrativo e parlamentar, existe o controle pela opinião pública, que pode se perfar não só depois de exauridos os efeitos do ato, mas em todo o processo de formação da vontade administrativa, dependendo dos mecanismos que compõem os canais de ligação entre o Estado e a sociedade (2005, p.111).

O controle social vincula-se, portanto, aos canais de ligação instituídos entre o Estado e a sociedade, por meio dos quais a estrutura burocrática torna-se permeável à participação e fiscalização populares. Os canais de ligação entre o Estado e a sociedade, decorrentes do “princípio democrático” e do “princípio participativo”, são aberturas previstas no ordenamento que permitem à sociedade civil ter acesso aos meandros decisórios da máquina estatal, exercendo, via de consequência, controle social sobre a Administração Pública. O controle social está diretamente atrelado, portanto, à permeabilidade da Administração Pública à participação popular: quanto mais ela se democratiza, buscando decisões baseadas no consenso e decorrentes de diálogo, maior será o controle exercido pela sociedade civil.

¹³³ Com o escopo de unificar a legislação sobre a estrutura orgânica da Administração Pública Federal e sua relação com entes colaborativos, o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão instituiu uma Comissão de Juristas (Portaria n. 426, de 6 de dezembro de 2007) e a ela incumbiu a função de elaborar o “Anteprojeto de Lei Orgânica da Administração Pública Federal e Entes de Colaboração”, cujo resultado final foi entregue em 16 de julho de 2009. Participaram da Comissão: Almiro do Couto e Silva, Carlos Ari Sundfeld, Floriano de Azevedo Marques Neto, Paulo Eduardo Garrido Modesto, Maria Coeli Simões Pires, Sergio de Andréa e Maria Sylvia Zanella di Pietro.

Com o escopo de viabilizar o controle social, o Anteprojeto prevê, em rol não exaustivo, alguns “meios de controle social”, tais como: participação em consulta ou audiência pública, exercício do direito de petição ou de representação, denúncia de irregularidades, atuação do interessado nos processos administrativos e participação em órgãos colegiados, na forma da lei¹³⁴. Na linha do que vem apontando a doutrina, o Anteprojeto reforça o papel de controle social exercido pela audiência pública e demais canais de ligação com o Estado.

4.4.2 Meio ambiente

A área ambiental é precursora no direito brasileiro no que toca à realização de audiências públicas. Antes mesmo da atual Constituição da República prever o compartilhamento da função ambiental entre Estado e comunidade, o Conselho Nacional de Meio Ambiente (CONAMA) já previa a necessidade de realização de audiência pública pelo órgão ambiental competente (estadual ou municipal) para discussão do RIMA (Relatório de Impacto Ambiental) e informação sobre o projeto e seus impactos ambientais antes da concessão da licença ambiental, conforme art. 11, § 2º, da Resolução n. 1, de 23 de janeiro de 1986. Posteriormente, o dispositivo foi regulamentado pela Resolução n. 9, de 3 de dezembro de 1987¹³⁵, primeiro diploma normativo nacional a regulamentar o processo da audiência pública realizada no âmbito da função administrativa, lançando linhas gerais a serem seguidas em se tratando de matéria ambiental.

¹³⁴ Art. 66. “Controle social dos órgãos e entidades estatais é o exercido pela sociedade civil, por meio da participação nos processos de planejamento, acompanhamento, monitoramento e avaliação das ações da gestão pública e na execução das políticas e programas públicos.

Parágrafo único. O controle social visa ao aperfeiçoamento da gestão pública, à legalidade, à efetividade das políticas públicas e à eficiência administrativa”.

Art. 67. “São meios de controle social, entre outros:

I - participação em consulta pública ou audiência pública;

II - exercício do direito de petição ou de representação;

III - denúncia de irregularidades;

IV - atuação do interessado nos processos administrativos;

V - participação em órgãos colegiados, na forma da lei”.

Art. 68. “As entidades estatais buscarão manter ouvidorias, com o objetivo de receber, examinar e encaminhar reclamações, elogios e sugestões.

§ 1º. O ouvidor terá acesso a todos os assuntos e contará com o apoio administrativo de que necessitar.

§ 2º. O ouvidor produzirá anualmente ou, quando oportuno, relatório contendo apreciações críticas sobre a atuação estatal, publicando-o por meio eletrônico e encaminhando-o à autoridade superior”.

¹³⁵ A Resolução foi publicada no Diário Oficial da União em 5 de julho de 1990. Tramita no CONAMA proposta de revisão da Resolução n. 9/87 desde 2001, ainda sem definição. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/conama/processo.cfm?processo=02000.000631/2001-43>>. Acesso em: 18 dez 2011.

Antecipou-se o CONAMA também à Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, fruto da Conferência ambiental realizada no Brasil no ano de 1992, cujo “Princípio 10” preconiza que a melhor maneira de tratar as questões ambientais é assegurar a participação, no nível apropriado, de todos os cidadãos interessados¹³⁶, papel comumente atribuído às audiências públicas, já previstas no ordenamento jurídico à época. Dada a importância histórica do pioneirismo, entende-se por bem transcrever na integralidade o texto da Resolução CONAMA n. 9/87:

Art. 1º: A Audiência Pública referida na Resolução CONAMA nº 1/86, tem por finalidade expor aos interessados o conteúdo do produto em análise e do seu referido RIMA, dirimindo dúvidas e recolhendo dos presentes as críticas e sugestões a respeito.

Art. 2º: Sempre que julgar necessário, ou quando for solicitado por entidade civil, pelo Ministério Público, ou por 50 (cinquenta) ou mais cidadãos, o Órgão de Meio Ambiente promoverá a realização de audiência pública.

§ 1º: O Órgão de Meio Ambiente, a partir da data do recebimento do RIMA, fixará em edital e anunciará pela imprensa local a abertura do prazo que será no mínimo de 45 dias para solicitação de audiência pública.

§ 2º: No caso de haver solicitação de audiência pública e na hipótese do Órgão Estadual não realizá-la, a licença concedida não terá validade.

§ 3º: Após este prazo, a convocação será feita pelo Órgão licenciador, através de correspondência registrada aos solicitantes e da divulgação em órgãos da imprensa local.

§ 4º: A audiência pública deverá ocorrer em local acessível aos interessados.

§ 5º: Em função da localização geográfica dos solicitantes, e da complexidade do tema, poderá haver mais de uma audiência pública sobre o mesmo projeto de respectivo Relatório de Impacto Ambiental - RIMA.

Art. 3º: A audiência pública será dirigida pelo representante do Órgão licenciador que, após a exposição objetiva do projeto e do seu respectivo RIMA, abrirá as discussões com os interessados presentes.¹³⁷

¹³⁶ Princípio 10: “A melhor maneira de tratar as questões ambientais é assegurar a participação, no nível apropriado, de todos os cidadãos interessados. No nível nacional, cada indivíduo terá acesso adequado às informações relativas ao meio ambiente de que disponham as autoridades públicas, inclusive informações acerca de materiais e atividades perigosas em suas comunidades, bem como a oportunidade de participar dos processos decisórios. Os Estados irão facilitar e estimular a conscientização e a participação popular, colocando as informações à disposição de todos. Será proporcionado o acesso efetivo a mecanismos judiciais e administrativos, inclusive no que se refere à compensação e reparação de danos”.

¹³⁷ Acórdão do TRF da 1ª Região distingue a audiência pública prevista na Resolução do CONAMA da consulta feita pelo Congresso Nacional, prevista no art. 231, § 3º, da Constituição da República. “[...] 9. O impacto do empreendimento deve ser analisado em laudo antropológico e estudo de impacto ambiental prévios à autorização prevista no § 3º, do artigo 231 da CF/88. 10. Antes de autorizar a UHE de Belo Monte o Congresso necessita de dados essenciais para saber a extensão dos danos ambientais e sociais que ocorrerão e as soluções para poder atenuar os problemas que uma hidrelétrica no meio de um grande rio trará. 11. A audiência pública prevista no artigo 3º da Resolução CONAMA não se confunde com a consulta feita pelo Congresso Nacional nos termos da Constituição. 12. A FUNAI, os índios, ribeirinhos, comunidades urbanas, ambientalistas, religiosos etc, todos podem ser ouvidos em audiência pública inserida no procedimento de licenciamento ambiental. Tal audiência realizada pelo IBAMA para colher subsídios tem natureza técnica. A consulta realizada pelo Congresso às comunidades indígenas afetadas por obras em suas terras tem por objetivo subsidiar a decisão política. 13. Concluído o estudo de impacto ambiental e o laudo antropológico, o Congresso consultará os índios. 14. Agravo parcialmente provido”. (Agravo de Instrumento n. 20061000177368, Relatora Desembargadora Selene Maria de Almeida. TRF da 1ª Região, 5ª Turma. Data da decisão: 13/12/2006. Data da publicação: 05/02/2007) (grifos nossos).

Art 4º: Ao final de cada audiência pública será lavrada uma ata sucinta.
 Parágrafo único. Serão anexadas à ata, todos os documentos escritos e assinados que forem entregues ao presidente dos trabalhos durante a seção.
 Art. 5º: A ata da(s) audiência(s) pública(s) e seus anexos, servirão de base, juntamente com o RIMA, para a análise e parecer final do licenciador quanto à aprovação ou não do projeto.
 Art. 6º: Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação.

Posteriormente, a Resolução CONAMA n. 237/1997 considerou a audiência pública, quando cabível, como “etapa do procedimento de licenciamento ambiental”, realizada nos termos da regulamentação em vigor. A convocação de audiência pública, portanto, nos casos mencionados pelo art. 2º da Resolução CONAMA n. 9/87, revela-se conduta obrigatória relacionada ao exercício de função administrativa típica (concessão de licença ambiental), a fim de que “a decisão do órgão ambiental seja motivada não só em critérios técnico-científicos, mas também nas considerações da coletividade, enquanto titular dos bens ambientais em discussão” (CAVEDON e DOMINGOS, 2004, p.3798).

Além de proporcionar a participação popular na formação da vontade decisória relacionada ao meio ambiente pelo Poder Público, a audiência pública exerce outros importantes papéis, pois serve como contribuição para a formação da cidadania ambiental¹³⁸, confere publicidade ao EIA/RIMA de atividades potencialmente danosas ao meio ambiente, como exigido pelo art. 225, § 1º, inciso IV, da Constituição da República¹³⁹, e, via de consequência, garante o acesso à informação do conteúdo do projeto a todos interessados.

A realização da audiência, quando solicitada por entidade civil, pelo Ministério Público ou por 50 (cinquenta) ou mais cidadãos, é condição de validade do processo administrativo de licenciamento ambiental, o que atesta a imprescindibilidade da participação dos cidadãos no processo decisório, conforme disposto no art. 2º, § 2º, da Resolução CONAMA n. 9/87. Contudo, pode-se ir além: a efetiva realização da audiência pública como condição de validade da licença ambiental, pois seria inócua e não exerceria seu papel máximo a audiência pública realizada apenas para cumprir formalidades, sem que haja efetivo diálogo entre o órgão ambiental e os cidadãos, com colheita de sugestões e críticas dos participantes.

¹³⁸ Segundo CAVEDON e DOMINGOS, a natureza do bem tutelado (meio ambiente) exige o envolvimento direto dos cidadãos, moldando uma nova concepção de cidadania: a cidadania ambiental. (2004, p.3799).

¹³⁹ Art. 225. “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público: [...]

IV) exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade; (...).”

Não se pode desconsiderar, contudo, as dificuldades que o caráter técnico-científico do EIA/RIMA colocado em debate e a manipulação exercida por empresários e políticos interessados podem trazer para o pretendido diálogo entre o Poder Público e a sociedade. É alto o risco de a população afetada e desprovida de subsídios técnicos ser “seduzida com promessas de desenvolvimento e emprego, já que não tem condições de avaliar as implicações negativas a longo prazo, em termos de qualidade ambiental” (CAVEDON e DOMINGOS, 2004, p.3809). A participação da comunidade torna-se, portanto, dependente de “talentos individuais” isolados ou da representação de grupos ambientalistas (ONG’s, associações, etc) que possuam condições de realizar análise técnico-científica do EIA/RIMA e contribuir com críticas e sugestões para a formação da vontade decisória do órgão ambiental.

Essas e outras dificuldades – tais como a intimidação exercida pela linguagem técnica e o poder econômico e/ou político do proponente no que refere ao encaminhamento de questionamentos – levaram as autoras Fernanda Cavedon e Silvia Domingos a constatar que, de um modo geral, a audiência pública realizada no bojo do licenciamento ambiental não atende a sua finalidade por significar apenas o cumprimento de um requisito normativo (2004, p.3809).

Por essas razões, há o risco de as audiências públicas ambientais na atualidade servirem muito mais como informação (mesmo assim precária, pois dependente da assimilação por parte de quem a recebe) que como debate propriamente dito das questões que envolvem licenciamento ambiental. Essa, aliás, é uma crítica que pode ser estendida a várias outras situações em que a legislação confere obrigatoriedade à realização da audiência pública, deficiência agravada pela ainda incipiente cultura participativa da democracia brasileira, o que será abordado de maneira mais detida em tópico oportuno.

Na área ambiental, merece destaque, ainda, a previsão facultativa de realização de audiência pública pela Comissão Técnica Nacional de Biossegurança (CTNBio), garantida a participação da sociedade civil (art. 15, Lei Federal n. 11.105, de 24 de março de 2005, que dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança)¹⁴⁰, e obrigatória para divulgação das

¹⁴⁰O Decreto 5.591/2005, que regulamenta a Lei Federal n. 11.105/2005, dispõe minimamente sobre a audiência pública realizada pela CTN Bio. *In verbis*:

Art. 43: “A CTNBio poderá realizar audiências públicas, garantida a participação da sociedade civil, que será requerida:

I - por um de seus membros e aprovada por maioria absoluta, em qualquer hipótese;

II - por parte comprovadamente interessada na matéria objeto de deliberação e aprovada por maioria absoluta, no caso de liberação comercial.

§ 1º A CTNBio publicará no SIB e no Diário Oficial da União, com antecedência mínima de trinta dias, a convocação para audiência pública, dela fazendo constar a matéria, a data, o horário e o local dos trabalhos.

propostas dos planos de saneamento básico (art. 51 da Lei Federal n. 11.445, de 5 de janeiro de 2007, que estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico, entre outras providências)¹⁴¹.

4.4.3 Licitação

Em licitações envolvendo grande monta, acima de R\$ 150.000.000,00 (cento e cinquenta milhões de reais), deve o processo licitatório ser iniciado, obrigatoriamente, com uma audiência pública realizada com antecedência mínima de 15 (quinze) dias úteis da data prevista para a publicação do edital, divulgada pelos mesmos meios previstos para a publicidade da licitação, à qual terão acesso e direito a todas as informações pertinentes e a se manifestar todos os interessados, conforme art. 39 da Lei Federal n. 8.666/93¹⁴². Nessa hipótese, a relevância da questão e o interesse público na realização da audiência pública são presumidos pelo legislador por meio de critério objetivo. Assim, nas licitações estimadas em mais de 100 (cem) vezes o limite do art. 23, inciso I, alínea 'c' da Lei Federal n. 8.666/93 (limite previsto para realização das concorrências públicas), é obrigatória a realização de audiência pública, sendo irrelevante o objeto do certame.

A primeira observação que se faz é que a audiência pública mencionada no art. 39 da Lei Federal n. 8.666/93 pode ser realizada também pelos Poderes Legislativo e Judiciário e pelo Ministério Público, na hipótese de exercerem a função administrativa de forma atípica.

§ 2º A audiência pública será coordenada pelo Presidente da CTNBio que, após a exposição objetiva da matéria objeto da audiência, abrirá as discussões com os interessados presentes.

§ 3º Após a conclusão dos trabalhos da audiência pública, as manifestações, opiniões, sugestões e documentos ficarão disponíveis aos interessados na Secretaria-Executiva da CTNBio.

§ 4º Considera-se parte interessada, para efeitos do inciso II do caput deste artigo, o requerente do processo ou pessoa jurídica cujo objetivo social seja relacionado às áreas previstas no caput e nos incisos III, VII e VIII do art. 6º.

¹⁴¹ Art. 51. "O processo de elaboração e revisão dos planos de saneamento básico **deverá** prever sua divulgação em conjunto com os estudos que os fundamentarem, o recebimento de sugestões e críticas por meio de consulta ou audiência pública e, quando previsto na legislação do titular, análise e opinião por órgão colegiado criado nos termos do art. 47 desta Lei.

Parágrafo único. A divulgação das propostas dos planos de saneamento básico e dos estudos que as fundamentarem dar-se-á por meio da disponibilização integral de seu teor a todos os interessados, inclusive por meio da internet e por audiência pública".

¹⁴² Art. 39. "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, inciso I, alínea "c" desta Lei, o processo licitatório será iniciado, **obrigatoriamente**, com uma audiência pública concedida pela autoridade responsável com antecedência mínima de 15 (quinze) dias úteis da data prevista para a publicação do edital, e divulgada, com a antecedência mínima de 10 (dez) dias úteis de sua realização, pelos mesmos meios previstos para a publicidade da licitação, à qual terão acesso e direito a todas as informações pertinentes e a se manifestar todos os interessados (g.n.)".

Contudo, tendo em vista a expressividade do valor da contratação, a hipótese mais comum relaciona-se à concessão de obra e prestação de serviço público¹⁴³.

Percebe-se a preocupação do legislador em assegurar, por um lado, a ampla publicidade e o acesso à informação e, por outro, a participação de todos interessados, de modo a ampliar a competitividade do certame. É o momento, portanto, que os cidadãos, isoladamente ou representados por associações, podem tomar conhecimento do projeto, esclarecer dúvidas e debater a forma de execução do objeto a ser licitado enquanto partícipes da sociedade, devendo ser feito o registro fiel em ata e gravações de áudio e/ou vídeo, materiais que deverão compor os autos do processo licitatório. Assim, trata-se de um ambiente voltado ao debate sobre a contratação de grande vulto a ser promovida pelo Poder Público no exercício da função administrativa, geralmente obras viárias de grande impacto na sociedade. É pertinente a observação feita por Marçal Justen Filho, no sentido de que a “audiência pública não equivale a um plebiscito sobre a realização da contratação, nem cabe promover a uma votação destinada a determinar o destino a ser dado aos recursos públicos” (2005, p.381). Tampouco se trata de debate sobre matéria técnico-jurídica, a respeito da obrigatoriedade, dispensabilidade, inexigibilidade ou vedação da licitação, porquanto a solução encontra-se nos textos legais, conforme observação feita por Jessé Torres Pereira Júnior (2009, p.480).

A audiência pública deve ser realizada com antecedência mínima de 15 (quinze) dias úteis da data prevista para a publicação do edital, o que significa que o evento servirá para a Administração conferir publicidade e transparência à sua pretensão de iniciar licitação de grande vulto e apresentar uma minuta do edital, com todas as condições da futura contratação. A realização da audiência pública antes da publicação do edital possui a vantagem de permitir a alteração de sua minuta a depender do teor das contribuições e sugestões dos participantes e contribuir para a efetividade da participação, o que dificilmente ocorreria caso o edital fosse apresentado em sua versão definitiva, depois de publicado. Como bem lembrado por Floriano Azevedo Marques Neto, uma das finalidades da audiência pública é colher as manifestações dos interessados, o que “seria absolutamente inútil e despropositada caso a intenção do dispositivo fosse a de apresentar o edital licitatório ou de torná-lo, uma vez divulgado, inalterável, a menos que se fizesse realizar uma nova audiência” (2002, p.356).

Por força legal, a audiência pública foi alçada a condição de validade do processo licitatório estimado em mais de R\$ 150.000.000,00 (cento e cinquenta milhões de reais). Até

¹⁴³ Registre-se que a Lei Federal 8.987/95 prevê em diversas passagens a participação dos usuários na fiscalização e controle do serviço delegado – arts. 3º, 7º, inciso II, 29, inciso XII e 30, parágrafo único.

aqui não parece haver controvérsias na doutrina, todos convergindo no sentido de que sua ausência ou invalidade acarreta a nulidade do processo licitatório, pela própria Administração Pública ou pelo Judiciário, acaso provocado¹⁴⁴.

Marçal Justen Filho (2005) levanta a hipótese de a nulidade ser conhecida após a formalização do contrato com o licitante vencedor, questão espinhosa, aliás, que não se restringe à ausência da audiência pública obrigatória, alcançando todas as demais hipóteses de nulidade da licitação. Segundo o autor, a solução comumente adotada em casos que tais, qual seja, decretação da nulidade e indenização do contratado (art. 59, parágrafo único, Lei n. 8.666/93), não atende ao interesse público, pois representará gastos superiores ao planejado e maior dispêndio de tempo. Por isso, prossegue, não havendo má-fé do contratado ou ofensa ao princípio da economicidade, deve-se preservar a licitação e, via de consequência, o contrato administrativo, pois “anular a contratação por vício na audiência representaria transformá-la em solenidade bastante em si mesma, cuja utilidade prática não seria fundamento de sua obrigatoriedade” (2005, p.382). Assim, o vício, por si só, não acarretaria vício do procedimento, mas sim indício de irregularidade, perseguido pela responsabilização administrativa do servidor faltoso.

Contudo, entende-se que a solução deve ser perquirida caso a caso, por meio da ponderação de valores incidentes na hipótese concreta. Caso a nulidade seja conhecida logo após a formalização do contrato, sem que o contratado tenha despendido recursos consideráveis na execução do objeto licitado, deve a Administração Pública, tendo em vista seu dever-poder de satisfação do interesse público, no qual se inclui a participação popular nos processos decisórios relevantes, decretar a invalidade do processo licitatório e do contrato eventualmente firmado com o licitante vencedor diante da ausência de audiência pública considerada etapa obrigatória pelo legislador. Por outro lado, caso a invalidação da licitação na hipótese tratada conduza a atraso inaceitável nas obras e a prejuízo financeiro para a Administração Pública, devido ao pagamento de indenização ao contratado e aos custos com a execução de nova licitação – lembrando que o processo de licitação, em casos que tais, costuma ser complexo e demorado –, a solução razoável parece convergir no sentido da convalidação do vício, preservando-se os atos do processo licitatório e instaurando-se processo administrativo disciplinar visando à responsabilização do servidor que, devendo ter convocado a audiência pública obrigatória em lei, omitiu-se.

¹⁴⁴ Nesse sentido: Lúcia Valle Figueiredo (2007), para quem “[...] se a lei impuser a audiência pública, afigura-se que sua falta, ou, então, sua realização de forma viciada, invalida o procedimento” (p.14); Gustavo Henrique Justino de Oliveira (1997, p.163); Marçal Justen Filho (2005, p.382) e Jessé Torres Pereira Júnior (2009, p.481).

E nem se argumente que nesse caso estaria sendo privilegiado o interesse público secundário da Administração em detrimento do interesse público primário. Tal raciocínio remonta à controvertida distinção levada a efeito pela doutrina italiana, segundo a qual o interesse público primário seria aquele pertinente à sociedade, à “dimensão pública dos interesses individuais”, nos dizeres de Bandeira de Mello (2009, p.65), enquanto o interesse público secundário seria aquele que o Estado titulariza enquanto pessoa jurídica, visando satisfazer seus interesses individuais e particulares.

Ocorre que não pode o Estado titularizar interesses como qualquer sujeito de direito porque possui o dever impostergável de sempre satisfazer os interesses coletivos, como bem observado pelo professor Florivaldo Dutra de Araújo, que leciona:

Ocorre que só faz sentido pensar em Estado, em Administração Pública, se se tiver em vista a coletividade. Aquele só existe e só pode mesmo existir em função desta, perseguindo interesses que não são seus, senão da coletividade. Nem sequer podemos admitir a atenção a interesses secundários quando estes ‘coincidam’ com os interesses primários, pois *não há nada, absolutamente nada* que a Administração possa fazer, se não tiver como objetivo o exercício do *dever*, que tem, de curar satisfatoriamente os interesses coletivos, que são os únicos existentes para ela. Enxergar dois interesses onde só pode haver um é desacerto jurídico que pode levar a graves conseqüências. A Administração não pode ter interesses ‘como qualquer sujeito de direito’, pelo simples fato de que ela é concebível apenas como sujeito curador de interesses coletivos (2005, p.35-36) (grifos do autor).

Nesse sentido, o afastamento de prejuízo financeiro de grande monta por meio da convalidação do vício descoberto após a formalização do contrato não deixa de ser solução que atende ao interesse público, que deve ser entendido em sua unicidade.

Ademais, a responsabilização do servidor faltoso cumpre o papel pedagógico de incentivar os administradores públicos a cumprirem a dicção do art. 39 da Lei Federal n. 8.666/93, contribuindo, com isso, para o fortalecimento e consolidação de um importante instrumento da democracia participativa em nossa sociedade.

Para além da obrigatoriedade da realização de audiência pública atrelada ao critério objetivo do valor da contratação, há ainda outra previsão, com o mesmo caráter, na licitação destinada à concessão florestal, independente do valor ofertado como pagamento pela outorga da concessão. Segundo a legislação, a publicação do edital de licitação de cada lote de concessão florestal deverá ser precedida de audiência pública, por região, amplamente divulgada e convocada com antecedência mínima de 15 (quinze) dias, dirigida pelo Serviço Florestal Brasileiro, sem prejuízo de outras formas de consulta pública (art. 8º e 20 da Lei

Federal n. 11.284, de 2 de março de 2006 c/c art. 30 do Decreto Federal n. 6.063, de 20 de março de 2007)¹⁴⁵.

4.4.4 Saúde

A Constituição da República assegura o caráter democrático na gestão da seguridade social, com participação dos trabalhadores, empregadores, aposentados e do Governo nos órgãos colegiados (art. 194, VII). No tocante à saúde, um dos direitos mais caros à sociedade, o Sistema Único de Saúde (SUS) foi criado e organizado sobre três pilares primordiais: descentralização, atendimento integral e participação da comunidade (art. 198). A participação popular na gestão da saúde pode ocorrer por meio de variados instrumentos, tais como: ouvidorias, conselhos municipais, estaduais e federal, audiências e consultas públicas e orçamentos participativos.

Anos após a criação do SUS, a Lei Federal n. 8.689/93¹⁴⁶ determinou ao gestor em cada esfera de governo a apresentação trimestral de relatório detalhado da gestão pública perante o conselho de saúde respectivo e em audiência pública nas Câmaras Municipais e Assembleias Legislativas, contendo dados sobre o montante e a fonte de recursos aplicados, as auditorias concluídas ou iniciadas no período, bem como sobre a oferta e produção de serviços na rede assistencial própria, contratada ou conveniada.

A medida antecipa as exigências da Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF) publicada anos mais tarde, que prevê a demonstração de cumprimento das metas fiscais a cada quatro meses por parte do Poder Executivo. O dever imposto pelo art. 12 da Lei Federal n.

¹⁴⁵ Art. 30. "A publicação de edital de licitação de lotes de concessão florestal será precedida de audiência pública, amplamente divulgada e convocada com antecedência mínima de quinze dias, e será dirigida pelo Serviço Florestal Brasileiro.

§ 1º O Serviço Florestal Brasileiro realizará as audiências públicas no local de abrangência do respectivo lote, considerando os seguintes objetivos básicos:

I - identificar e debater o objeto da concessão florestal e as exclusões;

II - identificar e debater os aspectos relevantes do edital de concessão, em especial, a distribuição e forma das unidades de manejo e os critérios e indicadores para seleção da melhor oferta;

III - propiciar aos diversos atores interessados a possibilidade de oferecerem comentários e sugestões sobre a matéria em discussão; e

IV - dar publicidade e transparência às suas ações.

§ 2º As datas e locais de realização das audiências será divulgada pelos meios de comunicação de maior acesso ao público da região e pela Internet.

§ 3º Os documentos utilizados para subsidiar a audiência pública serão disponibilizados para consulta na Internet e enviados para as prefeituras e câmaras de vereadores dos Municípios abrangidos pelo edital".

¹⁴⁶ Art. 12. "O gestor do Sistema Único de Saúde em cada esfera de governo apresentará, trimestralmente, ao conselho de saúde correspondente e em audiência pública nas câmaras de vereadores e nas assembleias legislativas respectivas, para análise e ampla divulgação, relatório detalhado contendo, dentre outros, dados sobre o montante e a fonte de recursos aplicados, as auditorias concluídas ou iniciadas no período, bem como sobre a oferta e produção de serviços na rede assistencial própria, contratada ou conveniada".

8.689/93, contudo, subsiste mesmo após a publicação da LRF, pois o relatório detalhado de que trata o primeiro ato normativo prevê a análise e ampla divulgação de outros dados à sociedade, para além dos estritamente orçamentários, tais como o resultado ou andamento das auditorias e os serviços oferecidos na rede pública de saúde.

Ainda na área da saúde, em tentativa de conter a propalada “judicialização da saúde”, a Lei Federal n. 8.080/90, que dispõe sobre o SUS, foi alterada para incluir a previsão de audiências públicas antes da tomada de decisão em processos envolvendo a incorporação, exclusão e alteração de novos medicamentos, produtos e procedimentos no âmbito do SUS, bem como a constituição ou a alteração de protocolo clínico ou de diretriz terapêutica, se a relevância da matéria justificar o evento (art. 19-R).

4.4.5 Responsabilidade Fiscal

Na Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar n. 101/2001), a realização de audiência pública é prevista como forma de controle social dos gastos públicos e do planejamento orçamentário-fiscal¹⁴⁷.

A cada quatro meses, até o final dos meses de maio, setembro e fevereiro, o Poder Executivo deve demonstrar e avaliar o cumprimento das metas fiscais do quadrimestre, em audiência pública na comissão competente do Poder Legislativo (art. 9º, § 4º). Nessa hipótese, a audiência pública não se presta a colher subsídios para a tomada de decisão da Administração Pública, mas sim para a fiscalização exercida pelo Poder Legislativo sobre a atividade administrativa.

No tocante às leis orçamentárias, a participação popular e a realização de audiência pública durante os processos de elaboração e discussão dos planos, lei de diretrizes orçamentárias e orçamentos são previstas como forma de transparência da gestão fiscal¹⁴⁸, juntamente com a liberação ao pleno conhecimento e acompanhamento da sociedade, em tempo real, de informações pormenorizadas sobre a execução orçamentária e financeira, em

¹⁴⁷ O direito do cidadão de exigir a prestação de contas do Poder Público remonta a 1789, na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão: “Art. 15: La Société a le droit de demander compte à tout Agent public de son administration.”. Disponível em: <<http://www.legifrance.gouv.fr>>. Acesso em: 15 dez 2011.

¹⁴⁸ “O Portal da Transparência, lançado pela Controladoria-Geral da União (CGU) em novembro de 2004, constitui-se em um canal pelo qual o cidadão pode acompanhar a execução financeira dos programas de governo, em âmbito federal. Nesse *site* estão disponíveis informações sobre os recursos públicos federais transferidos pelo Governo Federal a estados, municípios e Distrito Federal - para a realização descentralizada das ações do governo - e diretamente ao cidadão, bem como dados sobre os gastos realizados pelo próprio Governo Federal em compras ou contratação de obras e serviços, por exemplo”. Disponível em: <<http://www.portaltransparencia.gov.br>>. Acesso em: 15 dez 2011.

meios eletrônicos de acesso público¹⁴⁹ e a adoção de sistema integrado de administração financeira e controle, que atenda a padrão mínimo de qualidade estabelecido pelo Poder Executivo da União e ao disposto no art. 48-A (art. 48, parágrafo único).

Embora a audiência pública durante os processos de elaboração e discussão do Plano Plurianual, da Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e da Lei Orçamentária Anual possa ser realizada tanto pelo Poder Executivo, antes do envio do anteprojeto de lei¹⁵⁰, como pelo Poder Legislativo, a modalidade é realizada com mais frequência nesse último, sob a responsabilidade da comissão responsável pelo assunto.

A convocação de audiência pública é condição de validade do processo legislativo que tenha por objeto os planos, lei de diretrizes orçamentárias e orçamentos, porquanto, para além de a participação popular ser princípio decorrente do texto constitucional, a legislação¹⁵¹ determina sua realização como forma de conferir transparência à gestão fiscal do ente federativo¹⁵².

A abertura da discussão dos anteprojeto ou projetos de leis orçamentárias à participação popular é fenômeno recente na história brasileira, denominado de “orçamento participativo”. Como lembrado por Marcos Augusto Perez, o orçamento participativo compreende a realização de diversas audiências públicas, geralmente regionalizadas, “por vezes acompanhadas da eleição de representantes para diferentes conselhos deliberativos, os quais têm o objetivo de preparar, sob a coordenação da Administração, o projeto de lei orçamentária enviado pelo Executivo ao Legislativo” (2009, p.107-108). Percebe-se, portanto, uma interface entre a audiência pública e o orçamento participativo, na medida em que

¹⁴⁹ Art. 48-A. “Para os fins a que se refere o inciso II do parágrafo único do art. 48, os entes da Federação disponibilizarão a qualquer pessoa física ou jurídica o acesso a informações referentes a:

I – quanto à despesa: todos os atos praticados pelas unidades gestoras no decorrer da execução da despesa, no momento de sua realização, com a disponibilização mínima dos dados referentes ao número do correspondente processo, ao bem fornecido ou ao serviço prestado, à pessoa física ou jurídica beneficiária do pagamento e, quando for o caso, ao procedimento licitatório realizado;

II – quanto à receita: o lançamento e o recebimento de toda a receita das unidades gestoras, inclusive referente a recursos extraordinários”.

¹⁵⁰ Segundo o art. 165 da Constituição da República, as leis orçamentárias são de iniciativa do Poder Executivo.

¹⁵¹ Art. 48. “São instrumentos de transparência da gestão fiscal, aos quais será dada ampla divulgação, inclusive em meios eletrônicos de acesso público: os planos, orçamentos e leis de diretrizes orçamentárias; as prestações de contas e o respectivo parecer prévio; o Relatório Resumido da Execução Orçamentária e o Relatório de Gestão Fiscal; e as versões simplificadas desses documentos.

Parágrafo único. A transparência será assegurada também mediante:

I – incentivo à participação popular e realização de audiências públicas, durante os processos de elaboração e discussão dos planos, lei de diretrizes orçamentárias e orçamentos; (...).”

¹⁵² No mesmo sentido, Gilberto Nardi Fonseca (2003, p.302). O autor ainda defende que deve o Tribunal de Contas exigir a comprovação de que a audiência pública prevista na Lei de Responsabilidade Fiscal e no Estatuto da Cidade foi efetivamente realizada, como condição para a emissão de certidão negativa e aprovação das contas (2003, p.302).

aquelas podem ser realizadas em rodadas prévias para escolha das opções sujeitas à votação¹⁵³.

O orçamento participativo é considerado importante meio de participação popular na Administração Pública, por meio do qual os próprios cidadãos decidem o destino de parte da execução orçamentária, sinalizando para o Poder Público quais serviços públicos e investimentos são considerados prioritários pela comunidade. O orçamento participativo apresenta boa aceitação por parte da sociedade, mormente após sua versão “digital”. O desafio que se coloca à Administração Pública é incentivar gradativamente sua prática e não permitir que se torne meramente um espetáculo responsável por inexpressiva parcela do orçamento público.

A Organização das Nações Unidas considera a experiência do orçamento participativo como uma das 40 (quarenta) melhores práticas de gestão pública urbana no mundo, ao passo que o Banco Mundial reconhece o processo de participação popular desenvolvido em Porto Alegre como um bem sucedido exemplo de ação comum entre Governo e sociedade civil¹⁵⁴.

Chevallier (2009) cita a experiência do orçamento participativo em Porto Alegre como “modelo de uma democracia municipal regenerada”, em que o orçamento é votado pela Câmara Municipal após consulta das prioridades no nível dos bairros, ocasião em que os cidadãos têm a oportunidade de manifestar quais serviços e investimentos consideram prioritários para a comunidade. O autor relata que o modelo brasileiro inspira projetos de reforma da gestão local no estrangeiro: na França, aproxima-se do orçamento participativo o “sistema dos limites orçamentários de bairros” (*enveloppes budgétaires de quartiers*) por “reforçar o direito de participação dos habitantes sobre as operações que vão atingi-los diretamente” (2009, p.232). Segundo Marçal Justen Filho, tradutor da obra de Chevallier, o sistema dos *enveloppes budgétaires de quartiers* consiste na fixação de limites globais ou setoriais de despesas pela lei orçamentária, com competência discricionária para o

¹⁵³ Tradicionalmente reconhece-se o pioneirismo de Porto Alegre/RS na implantação do orçamento participativo, realizado pela primeira vez em 1989. O regramento do orçamento participativo é flexível, podendo variar de acordo com a localidade. Em Porto Alegre/MG, o ciclo do orçamento participativo caracteriza-se por três grandes momentos prioritários: as reuniões preparatórias, a rodada única de Assembleias Regionais e Temáticas e a Assembleia Municipal. Na legislação federal, o orçamento participativo foi incorporado pelo Estatuto das Cidades (Lei n. 10.257, de 10 de julho de 2001), que o previu como instrumento da política urbana de planejamento municipal (gestão orçamentária participativa).

¹⁵⁴ Disponível em: <http://www2.portoalegre.rs.gov.br/op/default.php?p_secao=1>. Acesso em: 15 dez 2011.

administrador alocar efetivamente as verbas, sem descuidar, contudo, dos objetivos e metas de qualidade (2009, p.231, nota do tradutor n. 91)¹⁵⁵.

4.4.6 Regulação

A Constituição consagra o princípio da participação dos cidadãos na gestão e controle da atividade administrativa e remete à lei a disciplina das formas de participação do usuário na Administração Pública direta e indireta, conforme disposto no art. 37, § 3º, CR/88, com a redação dada pela Emenda Constitucional n. 19/98¹⁵⁶. Ao menos no que toca à atividade regulatória, pode-se afirmar que a audiência pública, juntamente com a consulta pública, foi escolhida como uma das formas de concretização da participação de que trata o art. 37, § 3º, CR/88. Tais canais de comunicação estão previstos em várias leis instituidoras das agências reguladoras brasileiras como etapa obrigatória do processo de regulamentação¹⁵⁷.

A audiência pública na atividade regulatória possui franca inspiração na “*public hearing*” norte-americana, tendo aportado no Brasil juntamente com a criação das agências

¹⁵⁵ Segundo informação constante do *site* oficial de Porto Alegre/RS, “todo ano, representantes de prefeituras brasileiras e estrangeiras, entre estudiosos do mundo inteiro, chegam à Capital com o objetivo de conhecer o OP, falar com lideranças comunitárias e conhecer obras decididas pela população. Muitas dessas prefeituras adotaram a participação popular, como é o caso de Saint-Denis (França), Rosário (Argentina), Motevidéu (Uruguai), Barcelona (Espanha), Toronto (Canadá), Bruxelas (Bélgica), Belém (Pará), Santo André (SP), Aracaju (Sergipe), Blumenau (SC) e Belo Horizonte (MG)”. Disponível em: <http://www2.portoalegre.rs.gov.br/op/default.php?p_secao=1>. Acesso em: 15 dez 2011.

¹⁵⁶ Art. 37, § 3º: “A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente:

I - as reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral, asseguradas a manutenção de serviços de atendimento ao usuário e a avaliação periódica, externa e interna, da qualidade dos serviços; II - o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5º, X e XXXIII;

III - a disciplina da representação contra o exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função na administração pública”.

¹⁵⁷ Lei Federal n. 9.427/96 (ANEEL): Art. 4º. “A ANEEL será dirigida por um Diretor-Geral e quatro Diretores, em regime de colegiado, cujas funções serão estabelecidas no ato administrativo que aprovar a estrutura organizacional da autarquia. [...] § 3º O processo decisório que implicar afetação de direitos dos agentes econômicos do setor elétrico ou dos consumidores, mediante iniciativa de projeto de lei ou, quando possível, por via administrativa, **será precedido de audiência pública** convocada pela ANEEL” (g.n.).

Lei Federal n. 9.478/97 (ANP): Art. 19. “As iniciativas de projetos de lei ou de alteração de normas administrativas que impliquem afetação de direito dos agentes econômicos ou de consumidores e usuários de bens e serviços da indústria do petróleo **serão precedidas de audiência pública** convocada e dirigida pela ANP” (g.n.).

Lei Federal n. 10.233/01 (ANTT e ANTAQ): Art. 68. “As iniciativas de projetos de lei, alterações de normas administrativas e decisões da Diretoria para resolução de pendências que afetem os direitos de agentes econômicos ou de usuários de serviços de transporte **serão precedidas de audiência pública**” (g.n.).

Lei Federal n. 11.182/05 (ANAC): Art. 27. “As iniciativas ou alterações de atos normativos que afetem direitos de agentes econômicos, inclusive de trabalhadores do setor ou de usuários de serviços aéreos, **serão precedidas de audiência pública** convocada e dirigida pela ANAC” (g.n.).

As legislações das demais agências (ANVISA (Lei Federal n. 9.782/99), ANA (Lei Federal n. 9.984/00), ANCINE (Medida Provisória n. 2.228-1), ANS (Lei Federal n. 9.961/00)) não prevêem expressamente a realização de audiência pública, o que não as impede de convocá-la para discussão de assunto relevante.

reguladoras na década de 90 do século XX. No modelo americano, costuma-se afirmar que as agências, além da função administrativa, exercem também funções “quase-judiciais” e “quase-legislativas”, ou seja, exercem o poder de polícia em casos particulares e editam normas relacionadas às condutas futuras daqueles submetidos à sua autoridade. A “*public hearing*” insere-se no processo de “*rule making*” das agências reguladoras e visa colher a participação dos mais variados atores da sociedade para subsidiar a tomada de decisão pela autoridade competente.

No Brasil, verifica-se larga previsão de realização de audiências públicas no âmbito das agências reguladoras. Aqui, a participação popular foi pensada para conferir maior legitimidade aos regulamentos elaborados pelas agências no seu campo de atuação, bem como às decisões tomadas pela autoridade competente nos casos concretos.

Nas agências reguladoras os atos normativos são editados por dirigentes que não foram eleitos pelo povo, mas indicados pelo Poder Executivo. Por isso, a previsão de participação popular no processo de elaboração de atos normativos objetiva atenuar o “déficit de legitimidade” imputado às agências reguladoras, detentoras de poder normativo à margem do modelo representativo que legitima a atuação do Poder Legislativo.

Nesse contexto, os instrumentos de democracia participativa, entre os quais se inclui a audiência pública, visam, portanto, conferir legitimidade à atividade regulatória.

Sobre as dificuldades de “importação” do modelo norte-americano de agências reguladoras à realidade brasileira, a professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro alerta para a ausência de obrigatoriedade da participação: “A participação ou não é prevista para o processo de elaboração de normas pelas agências ou é prevista sem caráter de obrigatoriedade, o que retira grande parte da legitimidade democrática da atuação das agências” (2009, p.34). Contudo, é intuitivo que a mera previsão de abertura de participação em caráter obrigatório, seja por meio de audiência ou consulta pública, não garante legitimidade democrática às agências reguladoras, tudo a depender da efetividade do instrumento participativo utilizado. E a efetividade depende de vários fatores, inclusive do empenho da própria Administração Pública em incorporar práticas democráticas à burocracia estatal, ampliando e qualificando a participação por meio da disponibilização de informações claras e objetivas ao público, exercendo verdadeiro papel de educadora para a cidadania. Por outro lado, a ausência de viés obrigatório da participação na legislação da agência não impede o gestor de convocar audiência ou consulta pública como etapa do processo de regulamentação, porquanto encontra respaldo seja no texto constitucional, mormente no princípio participativo, seja na Lei do Processo Administrativo, de forma genérica.

4.4.7 Política urbana

Na esteira de todos os avanços advindos do Estatuto da Cidade (Lei Federal n. 10.257/2001) destaca-se a positivação de instrumentos de gestão democrática da política urbana, tais como órgãos colegiados nos três níveis da federação, debates, audiências e consultas públicas, conferências sobre assuntos de interesse urbano, também nos três níveis, e iniciativa popular de projetos de lei e de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano (art. 43)¹⁵⁸.

A audiência pública foi prevista em outros dispositivos legais, ora como diretriz geral da política urbana nos processos de implantação de empreendimentos ou atividades com efeitos potencialmente negativos sobre o meio ambiente natural ou construído, o conforto ou a segurança da população (art. 2º, inciso XIII), ora como etapa obrigatória do processo de elaboração do Plano Diretor e na fiscalização de sua implementação (art. 40, § 4º, inciso I). A participação dos municípios também foi garantida na gestão orçamentária, por meio da realização de debates, audiências e consultas públicas sobre as propostas do plano plurianual, da lei de diretrizes orçamentárias e do orçamento anual, como condição obrigatória para sua aprovação pela Câmara Municipal (art. 44). Em respeito ao comando legal, são realizadas rodadas de audiências públicas que antecedem o denominado “orçamento participativo”, instrumento que viabiliza a participação cidadã nas decisões envolvendo alocação de recursos destinados à implementação da política urbana. Nessa hipótese, assim como na elaboração do Plano Diretor, percebe-se a interface entre o Poder Legislativo e Executivo na promoção de audiências públicas, cada qual devendo utilizar desse instrumento de gestão democrática da política urbana para execução de suas atividades típicas.

Nesse contexto, a audiência pública exerce um papel limitador da discricionariedade da Administração Pública na aprovação de projetos e elaboração do Plano Diretor e leis orçamentárias, na medida em que viabiliza a construção conjunta de decisões envolvendo a atividade urbanística por meio da participação dos municípios.

A audiência pública no processo de elaboração do Plano Diretor encontra contornos mínimos na Resolução n. 25, de 18 de março de 2005, editada pelo Conselho das

¹⁵⁸ Fabiana de Menezes Soares, citando Irene Wilson, relata o pioneirismo da Inglaterra na participação dos cidadãos no processo de elaboração dos planos urbanísticos. Segundo a autora, a profissão de urbanista é regulamentada desde 1959, o que faz do britânico um dos sistemas mais evoluídos de planejamento urbano (1997, p.164).

Cidades¹⁵⁹ com o escopo de estabelecer orientações e recomendações aos municípios na elaboração de seus Planos Diretores, como determinado pelo Estatuto da Cidade. Segundo o ato normativo, as audiências públicas no processo de elaboração de plano diretor, têm por finalidade informar, colher subsídios, debater, rever e analisar o conteúdo do Plano Diretor Participativo, e deve atender aos seguintes requisitos: (I) ser convocada por edital, anunciada pela imprensa local ou, na sua falta, utilizar os meios de comunicação de massa ao alcance da população local; (II) ocorrer em locais e horários acessíveis à maioria da população; (III) serem dirigidas pelo Poder Público Municipal, que após a exposição de todo o conteúdo, abrirá as discussões aos presentes; (IV) garantir a presença de todos os cidadãos e cidadãs, independente de comprovação de residência ou qualquer outra condição, que assinarão lista de presença; (V) serem gravadas e, ao final de cada uma, lavrada a respectiva ata, cujos conteúdos deverão ser apensados ao Projeto de Lei, compondo memorial do processo, inclusive na sua tramitação legislativa (art. 8º). Ainda, prevê a Resolução que a audiência pública poderá ser convocada pela própria sociedade civil quando solicitada por no mínimo 1% (um por cento) dos eleitores do município (art. 9º).

A participação independente da comprovação de residência justifica-se pelo fato de o ordenamento urbano ser um bem indivisível que a todos aproveita, de modo que qualquer cidadão deve possuir legitimidade para exercer o papel de fiscalização do Poder Público na execução da atividade urbanística¹⁶⁰.

Daniela Libório di Sarno realça a necessidade de igualdade no acesso às informações e no andamento do processo entre os setores interessados (sociedade e empreendedores) para que a audiência pública alcance sua finalidade (2007, p.61). Deve o Poder Público cuidar de bem informar a população sobre o Plano Diretor ou projeto que se pretende aprovar, distribuindo e colocando à disposição material em linguagem compatível com o público alvo.

O legislador conferiu tal importância à participação dos munícipes no processo de formação da opinião e da vontade do Poder Público na gestão da política urbana que

¹⁵⁹ Segundo o Decreto n. 5.790, de 25 de maio de 2006, o Conselho das Cidades possui competência para emitir orientações e recomendações sobre a aplicação do Estatuto da Cidade e dos demais atos normativos relacionados ao desenvolvimento urbano (art. 3º, inciso IV). No caso da Resolução n. 25/2005, trata-se de orientação porque os próprios municípios possuem competência para editar seus atos normativos visando regulamentar o processo da audiência pública. Os municípios que não os possuem devem guiar-se pela Resolução do Conselho das Cidades.

¹⁶⁰ Nesse sentido, Daniela Campos Libório di Sarno: "Dentro desse raciocínio, é possível afirmar que o trato do espaço urbano interessa a todos, se não particularmente, de maneira difusa, isto é, de maneira indistinta, pois o ordenamento urbano não é um bem apropriável de forma exclusiva. Sua titularidade é genérica, seu objeto é indivisível e a plena realização do desenvolvimento urbano aproveita a todos em conjunto, sejam ou não munícipes" (2007, p.51).

sancionou como improbidade administrativa a omissão dos gestores em garantir a realização de audiências e debates no processo de elaboração do Plano Diretor e na fiscalização de sua implementação¹⁶¹, em mais uma tentativa de evitar a “formação da cidade ilegítima, vale dizer, a que se forma à margem da lei”, na expressão utilizada por Sérgio Túlio Santos Vieira (2010, p.89).

4.5 A audiência pública e outros instrumentos participativos: as semelhanças e distinções com a consulta pública

Ao lado da audiência pública, o ordenamento jurídico prevê diversos institutos de participação dos cidadãos no exercício da função administrativa. O arrolamento desses institutos, contudo, encontra divergência na doutrina, sendo que a variação decorre da percepção ampla ou restrita do fenômeno.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (1993) arrola desde as concessões do serviço público (surgidas no Estado Liberal), fomentos (Estado Social), até as modalidades do Estado Democrático de Direito (direito de ser ouvido, enquete, órgãos de consulta, co-gestão, ombudsman e Poder Judiciário).

Diogo Figueiredo Moreira Neto (1992) arrola treze institutos de participação administrativa, cujas características variam desde a simples influência do cidadão na decisão do Poder Público, até a vinculação no processo decisório. São eles: representação política; plebiscito; referendo; coleta de opinião; debate público; audiência pública; colegiado público; cogestão de paraestatal; assessoria externa; delegação atípica; provocação do inquérito civil; denúncia aos tribunais ou conselhos de contas; reclamação relativa à prestação de serviços públicos. Segundo o autor, a maioria dos institutos são de corte recente, originados em países de estável tradição democrática (1992, p.124-125).

Onofre Alves Batista Júnior (2007) cita doze mecanismos de participação popular direta: plebiscito e referendo; coleta de opinião; debate público; audiência pública; colegiado público de consulta; co-gestão; assessoria externa; delegação atípica; provocação do inquérito civil; denúncia às comissões do Congresso Nacional ou a órgãos de proteção dos cidadãos; reclamação relativa à prestação de serviços públicos; provocação do Poder Judiciário (2007, p.65).

¹⁶¹ Lei Federal n. 10.257/2001, art. 52, inciso VI.

Marcos Augusto Perez defende noção restrita dos institutos participativos, arrolando: conselhos, comissões ou comitês participativos, audiência pública, consultas públicas, orçamento participativo, ouvidoria pública, referendo e plebiscito administrativo e organizações sociais (2009).

Seja qual for a classificação adotada, dos institutos listados a consulta pública é o que mais se assemelha à audiência pública, o que justifica uma análise pormenorizada e comparativa entre eles no presente estudo. O conhecimento das diferenças é essencial para a adequada utilização dos institutos e a clareza no diálogo com os interessados. Acerca da importância da definição dos limites diferenciadores, Daniela Campos Libório Di Sarno, ainda que se referindo à política urbana, escreve:

Não são poucas as situações fáticas em que as autoridades públicas têm confundido tais formas, relegando a um plano inferior detalhes diferenciadores que possibilitariam o aprofundamento e aperfeiçoamento na percepção da vontade popular pelo Poder Pública. Assim, a audiência pública tem sido utilizada para circunstâncias que se igualam a debates ou consultas. Tal descuido enfraquece esses instrumentos, pois ao não se respeitar a forma, ao se confundir objetos, a finalidade última, a vontade popular, fica obscurecida pelo processo confuso com que foram estabelecidos (DI SARNO, 2007, p.53).

Sobre as semelhanças, pode ser dito que, assim como a audiência pública, a consulta pública encontra-se genericamente prevista na Lei Federal n. 9.784/99¹⁶² e em algumas legislações esparsas, notadamente as leis instituidoras das agências reguladoras¹⁶³. Ambas podem ser conceituadas como processo administrativo participativo que visa contribuir para: (i) a construção conjunta da melhor decisão possível; (ii) o fortalecimento da autonomia pública dos cidadãos por meio da participação democrática no processo de

¹⁶² 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.

§ 1º A abertura da consulta pública será objeto de divulgação pelos meios oficiais, a fim de que pessoas físicas ou jurídicas possam examinar os autos, fixando-se prazo para oferecimento de alegações escritas.

§ 2º 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 ser comum a todas as alegações substancialmente iguais" (g.n.).

¹⁶³ Como exemplo, no âmbito federal, cita-se a Lei n. 11.079/04 (PPP), art. 10, inciso VI, que condiciona a abertura do processo licitatório à submissão da minuta de edital e do contrato à consulta pública; art. 19, III, Lei n. 9.472/97, que submete a consulta pública os atos normativos produzidos pela Agência Nacional de Telecomunicações; Lei n. 9.985/00 (SNUC), que condiciona a criação de unidade de conservação à realização de estudos técnicos e consulta pública (art. 22, § 2º); Lei n. 10.233/01, que prevê a colocação em consulta pública das condições básicas do edital de licitação para concessão outorgada pela ANTT e ANTAQ; art. 43, II, da Lei 10.257/01 (Estatuto das Cidades); Lei 11.445/07 (Saneamento básico), que prevê o recebimento de sugestões e críticas por meio de consulta ou audiência pública sobre o processo de elaboração e revisão dos planos de saneamento básico; Lei n. 12.401/11, que prevê a realização de consulta pública para divulgação do parecer emitido pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS.

formação da decisão e vontade; (iii) a legitimidade da atuação estatal no exercício da função administrativa e (iv) aperfeiçoamento da transparência e do controle social da ação estatal.

Assemelham-se os institutos também no tocante ao caráter consultivo das contribuições, que não vinculam automaticamente a atuação do gestor público, mas geram o dever de motivação da decisão tomada, ou de “resposta fundamentada, que poderá ser comum a todas as alegações substancialmente iguais”, de acordo com o art. 31, § 2º, da Lei Federal n. 9.784/99. Da mesma maneira, a não realização de consulta pública, quando prevista com caráter obrigatório na legislação, é causa de invalidade da decisão tomada sem a prévia abertura participativa. O *iter* processual, a começar pela ampla publicidade da consulta pública, deve ser previsto com antecedência em ato normativo interno do ente realizador, como forma de garantir transparência e segurança aos participantes. Assim como a audiência pública, a consulta pública sujeita-se ao controle do Poder Judiciário¹⁶⁴.

Quanto às diferenças, a participação na consulta pública ocorre por meio de alegações escritas entregues durante o período determinado no edital, e não pela própria presença física dos interessados em determinado local previamente designado. Por isso, a oralidade vem sendo apontada pela doutrina como aspecto diferenciador das audiências e consultas públicas, uma vez que nestas inexistem sessões públicas de debates orais (cf. PEREZ, 2009, p.176; FORTINI, 2011, p.139; CARVALHO FILHO, 2009, p.204; MARQUES NETO, 2010, p.226).

A ausência da oralidade nas consultas públicas acaba por torná-la um instrumento mais ágil se comparado às audiências públicas, mormente se tomarmos em conta que a consulta ao público efetiva-se, no mais das vezes, pelo meio eletrônico da *internet*, onde é possível ter acesso aos próprios termos da consulta e às contribuições enviadas pelos cidadãos. Por essa razão, Marcos Augusto Perez vislumbra no instituto impressionante prática de “*government in the sunshine*”, ou seja, de transparência administrativa (2009, p.178).

¹⁶⁴ No Superior Tribunal de Justiça, destaca-se o MS n. 14.449/DF, em que a discussão girou em torno das condições de acessibilidade (em sentido amplo) da consulta pública promovida pelo Ministério das Comunicações para implementação do recurso tecnológico denominado audiodescrição nas emissoras de televisão aberta brasileira. Entendeu o STJ que os documentos disponibilizados na consulta pública aberta para a implementação de tal recurso tecnológico nas emissoras de televisão aberta brasileira devem estar de modo acessível aos portadores de deficiência visual, de forma a possibilitar a obtenção de contribuições e sugestões, com a real participação dos interessados e da sociedade como um todo no processo de implementação. (MS 14449/DF, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, 1ª Seção, julgado em 23/06/2010, DJe 02/08/2010) O Conselho Nacional dos Centros de Vida Independente (CVI/Brasil) e outras entidades impetraram mandado de segurança perante o Superior Tribunal de Justiça sob o argumento de que o Ministério das Comunicações, ao abrir a consulta pública para a implantação do recurso, não garantiu o acesso a esse público, por ter publicado oito arquivos em PDF depois de terem sido digitalizados com imagens de cada página, os quais não têm como ser lidos pela tecnologia assistiva ou tecnologia de apoio denominada leitor de telas, “que, como o próprio nome diz, fala o que está escrito na tela dos computadores”. Dessa forma, alegam, os deficientes visuais não puderam enviar contribuições por não terem tido acesso aos documentos, alguns em outros idiomas.

Contudo, se se ganha em agilidade por um lado, perde-se por outro, porquanto a audiência pública possui teor democrático mais elevado por ser inerente a ela a participação presencial dos participantes, que podem contribuir diretamente e de forma mais informal para o processo decisório. No ponto, vale registrar a opinião de Juarez Freitas (2006) a respeito da obrigatoriedade de realização de consulta pública no processo licitatório das Parcerias Público-Privadas, para quem, embora louvável a exigência, melhor seria – e constitucionalmente mais pertinente – se tivesse sido prevista a realização de audiência pública, por se tratar a consulta pública em “mecanismo passivo (nada interativo), que se traduz, no geral das vezes, em simples e inócuo envio de sugestões” (2006, p.166).

No que toca à previsão no processo administrativo, uma segunda diferença pode ser apontada, levando em consideração a diferença ontológica entre as expressões utilizadas pelo legislador, como já apontado no tópico anterior: enquanto a audiência pública é prevista como etapa de processo que envolva questão relevante, a consulta pública encontra lugar em processo envolvendo assunto de interesse geral.

Uma terceira diferenciação pode ser pensada na forma como a Administração promove sua abertura à participação popular. Na consulta pública, a Administração coloca à disposição dos interessados por prazo determinado um documento por ela previamente elaborado e sobre ele solicita contribuições, sugestões e críticas. Na doutrina é comum encontrar afirmações no sentido de que a consulta pública presta-se a proporcionar a manifestação dos interessados sobre minuta de ato normativo (PEREZ, 2009, p.177; MARQUES NETO, 2010, p.227). A constatação, contudo, não representa a totalidade dos casos, porquanto há na legislação previsão de colocação em consulta de edital de licitação para celebração de Parcerias Público-Privadas, de proposta de criação de unidades de conservação ambiental, de plano de saneamento básico e de parecer emitido pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS. Assim, embora seja mais frequente a colocação em consulta pública de minutas de atos normativos, mormente pelas agências reguladoras, não é inteiramente correto afirmar que a consulta limita-se a essa hipótese.

A audiência pública, embora também possa comportar o debate sobre documento previamente divulgado pela Administração Pública, compreende também uma participação mais livre, por meio da qual os interessados podem opinar e contribuir livremente sobre os pontos controversos delimitados e postos em debate.

Não há impedimento de convocação de uma audiência pública no curso do processo de consulta pública, para realização de debates orais entre os interessados. Por isso, José dos Santos Carvalho Filho enxerga a audiência pública como modalidade da consulta: “A

audiência pública é, na verdade, modalidade de consulta, só que com o especial aspecto de ser consubstanciada fundamentalmente através de debates orais em sessão previamente designada para esse fim” (2009, p.204).

A prática tem revelado a preferência da Administração Pública pela consulta pública para debates de caráter técnico, nos quais se busca a participação de profissionais especializados que possam contribuir notadamente para o aprimoramento do conteúdo de atos normativos, por meio da disponibilização ao público de minutas de atos¹⁶⁵. Por isso, na consulta pública é possível vislumbrar a limitação da participação à pertinência temática.

Embora sejam institutos congêneres, a audiência e consulta pública apartam-se em alguns aspectos, o que deve ser observado pela Administração Pública para melhor aproveitamento das potencialidades de cada qual.

4.6 Deficiências que comprometem a efetividade das audiências públicas

A audiência pública vem se firmando, no plano formal, como instrumento de contribuição para a formação da autonomia pública dos cidadãos por garantir a participação democrática nos processos de decisão estatais. De forma intensa a partir da primeira década do atual século, percebe-se que o legislador vem incorporando essa prática participativa em textos normativos relacionados aos mais diversos assuntos que envolvem a vida em sociedade.

No plano material, contudo, o instituto apresenta uma série de deficiências, no geral inerentes à ausência de cultura participativa da sociedade brasileira e todas as implicações que este fato social sugere. Como bem apontado por Paulo Modesto, a participação política não se trata de questão meramente jurídico-normativa, relacionada unicamente à definição de instrumentos normativos de participação, mas, sobretudo, uma questão política, tendo em vista a interface com o grau de desenvolvimento e efetivação da democracia (2005, p.3). A preocupação com a efetividade do instituto e, mais amplamente, da própria participação na função administrativa, é assunto presente em várias obras doutrinárias nacionais e estrangeiras¹⁶⁶ e também da jurisprudência dos Tribunais¹⁶⁷.

¹⁶⁵ É o caso do Estado de Minas Gerais, no âmbito do qual a consulta pública é prevista como procedimento administrativo que permite a participação de órgãos, entidades ou pessoas naturais na elaboração de atos administrativos normativos: anteprojetos de lei de interesse geral e caráter especial, bem como na elaboração de atos administrativos concretos nos casos previstos em lei (art. 3º, Decreto Estadual n. 45.602, de 13 de maio de 2011).

¹⁶⁶ Para Maria Tereza Fonseca Dias: “Hoje as Administrações Públicas têm-se utilizado de mecanismos de consulta prévia aos administrados antes da realização de alguns procedimentos administrativos, tais como a

A crítica que se faz aos riscos da participação não pode vir distanciada da percepção de não ser esta última a solução para todos os problemas que envolvem a execução da atividade administrativa. A participação deve ser vista e entendida como uma forma de superação da atuação exclusivamente unilateral e hermética para uma abertura do aparato estatal a formas mais consensuais e transparentes de administração, contribuindo, com isso, para a legitimidade da atuação pública.

Nesse contexto, pretende-se fazer uma análise dos obstáculos que comprometem a efetividade da participação popular na função administrativa como fenômeno amplo e, mais restritivamente, da própria audiência pública para, ao final, levantar algumas proposições na tentativa de solução do problema.

Sobre as deficiências inerentes à participação democrática na função administrativa, a análise por ser feita em torno de quatro eixos principais: (i) ausência de cultura participativa da sociedade brasileira; (ii) captura dos movimentos sociais pelo Estado; (iii) manipulação por minorias articuladas e (iv) complexidade da vida moderna.

A primeira deficiência que se pode constatar é a propalada ausência de cultura participativa da sociedade, decorrente da recente redemocratização do país, que até pouco tempo encontrava-se sob a égide de uma opressiva ditadura militar, do baixo nível educacional da população e da falta de interesse pela vida política. Ainda é corrente a ideia de participação limitada aos períodos eleitorais, ocasião em que a população deposita no Chefe do Poder Executivo eleito toda a responsabilidade pela condução das questões públicas.

Diogo Figueiredo Moreira Neto (1992) distingue o estrato político do estrato apolítico, esse último subdividido em três níveis: apatia, abulia e acracia políticas, fenômenos da ciência política ligados ao afastamento do cidadão da vida pública que impedem o aperfeiçoamento democrático. Explica o autor que a apatia política é a falta de sensibilidade, de interesse para com o político; a abulia é a falta de desejo de atuar politicamente, hipótese

realização de referendo, audiências públicas, entre outros mecanismos de consulta aos administrados pela Administração Pública, mas esses, em sua maioria, são meros procedimentos formais e não efetivamente participativos" (2003, p.164).

¹⁶⁷ [...] "15. A importância das audiências públicas reside exatamente em dar oportunidade a que os consumidores possam ser informados, com especificidade, sobre todas as questões de seu interesse, uma das quais, sem dúvida, é a relativa ao custo (o que inclui a forma de composição desse valor) dos serviços que lhes são prestados. Além disso, abre espaço a que os usuários possam formular requerimentos e apresentar propostas, o que concretizaria a real noção de participação, idéia que está no alicerce do novo modelo de Administração Pública de que se fala. Entretanto, o que se tem constatado é que as audiências públicas se converteram em mera formalidade, esvaziadas por falta de integração popular, derivada essa, de seu lado, pelos baixos níveis educacionais e pela ausência de esclarecimento por parte do Poder Público. Os ditos representantes da sociedade civil que comparecem a esses atos públicos fazem presentes, em verdade, apenas determinadas categorias, com interesses particularizados, caracterizando-se um déficit democrático de graves conseqüências" (ARSLAP 20050500016192501 ARSLAP - Agravo Regimental em Suspensão de Liminar em Ação Civil Pública - 3577/01. Desembargador Federal Francisco Cavalcanti. TRF da 5ª Região. Presidência. DJ - Data: 12/07/2005).

em que o interesse não motiva suficientemente para a ação; a acracia é a falta de condições para agir na prossecução de interesses políticos, o que se relaciona diretamente à falta de consciência cidadã (1992, p.23).

Como consequência dessa inércia política, há uma tendência de aceitação incontestada de tudo que vem do “Estado”, como se não houvesse alternativa possível, além do risco de abertura de espaços “para as falsas lideranças, para o extremismo, para a demagogia e para o aventureirismo políticos, que constituem a patologia dos regimes democráticos” (MOREIRA NETO, 1992, p.23).

O segundo aspecto diz respeito à incorporação e neutralização de movimentos sociais pelo Estado. As associações devem ser livres para representar o real interesse de seus representados, livres da influência neutralizadora que a máquina estatal pode apresentar. Marcos Augusto Perez chama atenção para o risco de “cooptação” dos movimentos sociais pelo Governo por meio da abolição das fronteiras que delimitam esses espaços e da transformação da sociedade em nada mais que um setor do Estado (2009, p.226-227). Segundo o autor:

Essa captura importa numa involução do caráter democrático e representativo dos movimentos e organizações sociais e torna os mecanismos de participação falhos e ineficientes, pois os canais de veiculação dos interesses da sociedade passam a simplesmente ecoar a política governamental, deixando de desempenhar o papel que lhes deveria caber no processo decisório (2009, p.227).

A crítica é pertinente e pode ser estendida ao que atualmente ocorre com entidades do terceiro setor, que vem se afastando da filantropia para se tornar quase que um braço estatal.

Não se pode olvidar também do risco de manipulação da população por minorias articuladas e com poder associativo, que pretende dar ares de interesse público a interesses de grupos minoritários. Cidadãos desinformados e desestimulados a participar podem sofrer influência negativa de movimentos sociais que, embora organizados, representem interesses minoritários, por vezes não coincidentes com o interesse público. É o que Diogo Figueiredo Moreira Neto chama de “paradoxo sociológico do ativismo”¹⁶⁸ que a democracia carrega consigo (1992, p.190).

¹⁶⁸ Segundo o autor, por ativista indicou-se não apenas o cidadão ativo, cuja participação é desejável, mas também o cidadão arregimentado para excluir a participação dos contrários. O autor lembra, ainda, “que os sociólogos costumam emprestar a essa expressão ‘ativismo’ tanto uma conotação positiva, sublinhando a militância permanente, quanto uma conotação negativa, que nasce das diretrizes dadas por LENIN às militâncias operárias, em que se destaca, na expressão de S. M. LIPSET, um ‘estilo de contestação de ação política.’” (Moreira Neto, 1992, p.190).

Soma-se a isso a complexidade da vida moderna, o que acaba por dispersar o cidadão do interesse pela vida pública. Habermas fala das limitações sistêmicas que interferem na comunicação, acrescentando a elas as desigualdades encontradas no tocante às capacidades individuais. Segundo o autor:

As fontes da participação em comunicações políticas são geralmente escassas, ou seja: o tempo do qual cada indivíduo dispõe é exíguo; a atenção prestada aos temas, que têm a sua própria história, é episódica; a disposição e a capacidade de dar contribuições próprias para esses temas é pouca; finalmente, existem enfoques oportunistas, afetos, preconceitos, etc., que prejudicam uma formação racional da vontade (2003b, p.54).

Lembrando que essas observações foram pensadas para uma sociedade alemã, no ano de 2003, elas potencializam-se para a sociedade brasileira já na segunda década desse milênio, a qual ainda dá os primeiros passos rumos à efetivação do direito de participação dos cidadãos na via pública em meio à realidade hipercomplexa com suas diversificadas obrigações que atropelam o tempo de todos.

Para além desses obstáculos, somam-se outros, específicos da audiência pública, cuja análise por ser feita em torno de três eixos principais: (i) banalização do instituto; (ii) risco de audiências previstas em caráter obrigatório tornarem-se mera formalidade e (iii) desprezo às contribuições e sugestões colhidas no curso da audiência.

Já se escreveu que a finalidade da audiência pública encontra-se na própria etimologia da palavra, já que “audiência” vem de *audire*, que significa ouvir. Presta-se o instituto a ouvir os cidadãos e os grupos sociais legitimados à atuação coletiva em matérias que lhes interessem, de modo que possam influenciar a tomada de decisão pela autoridade pública.

A prática tem revelado, contudo, que as audiências públicas muitas vezes são realizadas pela Administração Pública no formato de palestras, apresentação de projetos ou mesmo de discursos políticos, o que inviabiliza a construção de espaço destinado à participação popular por meio de efetivo diálogo entre os cidadãos e o Estado. Embora seja louvável que a Administração se preocupe com a divulgação de informação e transparência de seus atos, a realização de audiência pública em evento desprovido de oportunidade de intervenção efetiva dos participantes pode conduzir à banalização e descrédito do instituto.

Esse aspecto também foi notado por Evanna Soares: “Se a intenção do administrador for outra, como, meramente, colher opiniões especializadas ou transmitir informações aos particulares, há de lançar mão de outra modalidade de evento, tais as reuniões, consultas, seminários, congressos, etc., e não da audiência pública” (2002, p.268).

Quanto ao caráter conferido pelo legislador, viu-se que em algumas situações a convocação da audiência pública insere-se no juízo discricionário do administrador. Em outras, contudo, está a Administração obrigada a realizá-la em caso de ocorrência da hipótese legal, tais como contratações de alto vulto, prestação de contas pelo gestor público a cada três meses, elaboração de atos normativos por algumas agências reguladoras, etc. Ocorre que nesses casos há o risco de a audiência pública ser tratada como formalidade pela própria Administração Pública e, via de consequência, com menor grau de efetividade. Por certo, audiências “impostas” pela Administração tendem a reunir menor número de pessoas em comparação àquelas cuja convocação é feita não por força legal, mas em resposta aos anseios da sociedade. Nesse sentido, o relato de Daniela Campos Libório di Sarno no tocante à audiência pública na política urbana:

Não são poucos os relatos de audiências públicas que se transformam em bate-boca ou, no pólo oposto, se transformam numa sessão de cinema na qual os expectadores (sic) (a população) assistem sentados a uma belíssima projeção de cidade ideal em *Power Point*, finalizando com café e bolachas (DI SARNO, 2007, p.64)

Por fim, sabe-se que a participação ocorre por meio da influência que os cidadãos exercem para a tomada de decisão, de modo que a autoridade competente não se encontra vinculada às contribuições decorrentes da audiência pública. O caráter consultivo, todavia, não afasta o dever de motivação dos atos administrativos, nesse caso potencializado, pois engloba a exposição dos motivos que levaram à rejeição ou acolhimento de determinada proposição. Nesse contexto, a efetividade do instituto pode ser comprometida caso as contribuições colhidas no decorrer da audiência pública sejam desprezadas sem, ao menos, serem divulgados os motivos pelos quais a Administração optou por não acatar as sugestões.

A superação das deficiências ora relatadas, sejam relacionadas à participação democrática como fenômeno amplo, sejam afetas especificamente ao instituto da audiência pública, depende de mudanças estruturais e comportamentais dos atores envolvidos: Administração Pública e sociedade.

Embora a falta de efetividade da audiência pública esteja fortemente relacionada com a incipiência da democracia na realidade brasileira, o Poder Público pode minimizar esse quadro incentivando práticas democráticas de gestão e estimulando a população a participar, exercendo papel pedagógico de democracia. Nesse sentido, já se falou que a publicidade revela-se como o primeiro fator responsável pela efetividade da audiência pública, dela decorrendo, a depender de sua amplitude, a maior ou menor participação dos cidadãos interessados. Além do esforço na ampla publicidade, deve a Administração preocupar-se com

a acessibilidade da linguagem, mormente em casos de licenciamento ambiental. A Administração deve aproximar o cidadão da linguagem.

No paradigma do Estado Democrático de Direito, pode-se afirmar que a participação é um princípio de organização da Administração Pública (PEREZ, 2009, p.223). Para permitir a operacionalização da participação, bem como sua convivência com a burocracia da máquina estatal, compete ao legislador e também à Administração normatizar no plano infraconstitucional e infralegal os canais de comunicação que visem garantir a permeabilidade da estrutura estatal à participação da sociedade. Embora não seja garantia de efetividade, a previsão normativa é o primeiro passo para a abertura do aparato estatal e orientação dos servidores responsáveis pela operacionalização dos institutos participativos.

A mudança do paradigma passa pela mudança da mentalidade dos cidadãos também, que não podem se comportar como antes o faziam diante de um Estado meramente provedor de prestações materiais. Maria Tereza Fonseca Dias realça o papel decisivo dos cidadãos na abertura de canais de comunicação na esfera pública:

Considerando que a maioria das administrações públicas ainda não se “adaptou” nem mesmo à realidade do Estado social de direito, como se depreende dos relatos dos administrativos europeus (Estorninho, 1999; Rabault, 1997; Chevallier, 1998b), e bem se observa na configuração e na *práxis* das administrações públicas brasileiras, a formação e consolidação de uma Administração Pública no paradigma do Estado Democrático de Direito longe ainda estão de se experimentarem, enquanto os cidadãos não ocuparem os postos de participantes dos discursos políticos, visto que a abertura dos canais de comunicação na esfera pública não deve ser feita com a “iniciativa” da Administração Pública (2003, p. 166).

A consciência dos cidadãos de sua importância na formação do Estado Democrático de Direito por meio da participação é um processo que demanda tempo. Nesse sentido, Diogo Figueiredo Moreira Neto (1992) afirma que a participação política, principalmente a legislativa e a administrativa, demanda gradualidade em sua admissão no direito e na prática políticos:

Se é certo que só se aprende política exercitando os direitos políticos, o *learning by doing*, daí a dimensão pedagógica da democracia, não é menos certo que o aprendizado é um processo cultural, que exige tempo e paciência para vencerem-se as etapas necessárias para a plena e sadia conquista dos institutos de participação (1992, p.190).

A participação, assim como a própria democracia em si, são fenômenos em constante processo de evolução ao longo da história, cuja efetivação depende do decurso do tempo, da consciência dos cidadãos, do amadurecimento das instituições, de iniciativas

estatais e da articulação entre Estado e sociedade civil. Diante desse panorama, pode-se afirmar que a tendência é a participação popular – e, com ela, a audiência pública – firmar-se como importante instrumento de democratização da atividade administrativa, por permitir o acesso dos cidadãos ao processo de formação dos atos estatais.

5 CONCLUSÃO

Da pesquisa elaborada podem ser extraídas as seguintes conclusões:

1. Participação, em seu sentido amplo, abarca todas as formas de colaboração dos cidadãos, na dimensão individual ou coletiva, desde a participação política até a colaboração nas demais atividades afetas ao Estado (legislativa, administrativa e jurisdicional).

2. A análise a respeito do fenômeno participativo na Administração Pública deve passar pela densificação do que se entende por “participação”. No sentido amplo, a “participação administrativa” corresponde a todas as formas de colaboração dos cidadãos ou de grupos sociais legitimados a agir em nome coletivo na atividade administrativa desempenhada pelo Estado. O âmbito dessa concepção varia, então, desde a participação do cidadão em processo administrativo que interfira em direito subjetivo por ele titularizado, decorrente do princípio do devido processo legal e seus consectários da ampla defesa e contraditório, até a participação por meio de canais de comunicação entre a Administração Pública e a sociedade, seja o indivíduo isolado, seja organizado em grupos e associações, na busca de interesses coletivos e difusos.

3. No presente trabalho cuidou-se de analisar o sentido restrito da “participação administrativa”, a participação *“uti socius, uti civis”*, na expressão empregada por García de Enterría e Tomás-Ramón, isto é, voltada para a influência que a sociedade exerce, por meio de canais de comunicação institucionalizados, sobre os processos decisórios da Administração Pública na persecução de interesses públicos coletivos ou difusos e do bem comum, por se entender ser a mais didática e na qual se insere o objeto da presente pesquisa.

4. O fenômeno participativo possui imbricações com a “governança”, expressão utilizada para designar um novo modelo de exercício do poder pelo Estado na contemporaneidade, calcado, basicamente, na democratização de suas relações internas e externas no curso dos processos decisórios. Para tanto, o modelo propõe o compartilhamento de decisões tanto entre os atores estatais competentes para atuar nos processos decisórios – com a substituição, quando possível, de modelo de gestão fortemente hierarquizado e vertical, por outro, “transversal” e participativo – quanto entre os atores sociais interessados na construção conjunta do interesse público.

5. Pode-se afirmar que governança equivale à participação se considerarmos a expressão “participação” em sentido alargado, a envolver a abertura do aparato estatal à influência de outros atores, sejam eles internos ou externos, que passam a ser integrados e articulados aos processos decisórios. Assim, a superação de práticas autoritárias e unilaterais e a abertura à participação social nos processos decisórios passa pela noção de governança democrática, que vem se firmando como uma tendência de gestão preocupada com o compartilhamento da autoridade e a democratização de suas estruturas.

6. No que concerne às audiências públicas, sua origem remonta ao “direito de ser ouvido” (“*right to be heard*”, com as variações encontradas na doutrina estrangeira: “*right to a fair hearing*”, “*right to hearing*”). O “direito de ser ouvido” é um dos princípios mais antigos do direito anglo saxão, sendo considerado, para além de uma vertente do princípio da justiça natural (“*natural justice*”), também um direito constitucional básico.

7. O primeiro texto constitucional da história brasileira a prever expressamente a realização de audiência pública foi a Constituição da República de 1988, que conferiu às comissões do Congresso Nacional a prerrogativa de realizar audiências públicas com entidades da sociedade civil de acordo com a matéria de sua competência (art. 58, § 2º, inciso II). Assim, no âmbito do Poder Legislativo, a audiência pública possui assento em dispositivo constitucional, orientação também seguida pelo Estado de Minas Gerais, onde esse canal de comunicação exerce destacado papel na elaboração do Plano Mineiro de Desenvolvimento Integrado, no plano plurianual de ação governamental e na proposta orçamentária anual.

8. No Poder Judiciário, a audiência pública destina-se à abertura processual para oitiva de pessoas com experiência e autoridade na matéria antes da tomada de decisão de grande impacto para a sociedade. A legislação atual prevê a convocação de audiência pública nas seguintes ações específicas: Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) e Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), conforme Leis Federais n. 9.868/99 (art. 9º, § 1º) e n. 9.882/99 (art. 6º, § 1º).

9. A audiência pública na função administrativa é um processo administrativo, geralmente incidental a outro processo em curso, cujo objetivo é *ouvir* segmentos da sociedade antes da formulação de uma política pública ou da tomada de uma decisão e, com isso, *contribuir* para: (i) a construção conjunta da melhor decisão possível; (ii) o fortalecimento da autonomia

pública dos cidadãos, por meio da participação democrática no processo de formação da decisão e vontade; (iii) a legitimidade da atuação estatal no exercício da função administrativa e (iv) aperfeiçoamento da transparência e do controle social da ação estatal.

10. As "*public hearings*" do direito norte-americano são comumente apontadas pela doutrina pátria como a origem do instituto da audiência pública no Brasil. A "*public hearing*" encontra seu fundamento no "*right to a fair hearing*", entendido como o direito de qualquer cidadão de ser ouvido antes da tomada de decisão que interfira em sua esfera jurídica de interesses. Aliado ao princípio da justiça natural, a "*public hearing*" possui essência constitucional, pois decorre igualmente da garantia fundamental do "*due process of law*", que proíbe o Estado de privar o cidadão de sua vida, liberdade e propriedade sem o devido processo legal prévio (5ª e 14ª Emendas à Constituição dos Estados Unidos).

11. Na Argentina, tal qual no Brasil, o instituto de participação popular no processo de tomada de decisão da Administração Pública é chamado de "*audiencia pública*". A realização de audiência pública para aperfeiçoamento do exercício da função legislativa e administrativa possui previsão na Constituição da Cidade de Buenos Aires (1996), que estabelece sua obrigatoriedade para debater empreendimentos que causem impacto ambiental, assuntos de interesse geral, projetos de normas de edificação, planejamento urbano, postos industriais ou comerciais e modificações do uso ou domínio de bens públicos.

12. Na França, entre os institutos de democracia participativa destacam-se a "*enquête publique*" e, mais recentemente, o "*débat public*", ambos estreitamente relacionados à proteção do meio ambiente, impulsionada pelas convenções internacionais e diretivas da União Europeia que apregoam a participação dos cidadãos na condução das questões ambientais.

13. A audiência pública no exercício da função administrativa relaciona-se diretamente com cada um dos princípios norteadores da Administração Pública dispostos no art. 37, *caput*, da Constituição da República.

14. Ao realizar uma audiência pública e ditar seu procedimento por meio de regulamento interno, a Administração Pública subsume-se ao princípio da legalidade em sua acepção ampla, na medida em que cumpre a lei em sentido estrito, que determina sua realização em

situações gerais e específicas, bem como os princípios e valores fundadores do Estado Democrático do Direito – tais como o princípio da participação popular, da soberania popular e a democracia participativa – e convenções e declarações internacionais, que apregoam a participação do cidadão na gestão pública.

15. O processo administrativo das audiências públicas concede ao administrador oportunidade de ponderar todos os interesses relevantes e excluir os interesses irrelevantes para a concretização do poder decisório da Administração Pública, o que favorece o princípio da impessoalidade ou da imparcialidade, como encontrado na doutrina estrangeira.

16. A audiência pública, como instituto de participação democrática, viabiliza o controle social sobre a atividade administrativa e força a Administração Pública, no mínimo, a preocupar-se com a moralidade dos atos que serão postos ao acesso dos cidadãos e submetidos ao debate. Enfim, com a boa administração dos interesses públicos por ela tutelados.

17. Se por um lado o princípio da publicidade é insito ao processo de audiência pública, relacionado à própria razão de ser do instituto, por outro a audiência pública auxilia na publicidade dos atos estatais na medida em que garante a transparência da relação entre o Estado e o cidadão e facilita o acesso às informações oficiais.

18. A participação popular viabilizada pela audiência pública proporciona maior eficiência à atuação estatal, na medida em que contribui para a tomada de decisões mais adequadas à realidade e às necessidades sociais e, por isso, mais facilmente aceitas pelos destinatários.

19. A respeito do *iter* processual, não há ato normativo de caráter nacional que disponha sobre normas gerais do processo administrativo da audiência pública. A ausência de regulamentação e de regras rigidamente preestabelecidas, contudo, não significa que o processo não deva seguir um itinerário mínimo e conhecido, capaz de contribuir para sua efetividade. A regulamentação, embora não seja, por si só, garantia de efetividade do instituto, faz-se necessária para trazer previsibilidade e segurança jurídica aos participantes. Assim, a inconveniência de um regramento fixo e único não afasta a possibilidade de se buscar regras comuns aplicáveis a todas as modalidades de audiência pública e que sirvam de orientação à atuação do administrador público.

20. A audiência pública possui caráter consultivo, pois a participação viabilizada por meio desse processo participativo dá-se por meio da influência na captação do interesse público em relação a determinado assunto. As opiniões tornadas públicas por meio da audiência exercerão influência sobre a decisão final tomada pelo administrador público, o qual deverá, em não acatando o resultado colhido publicamente, declinar de modo suficiente os motivos que o levaram a tanto.

21. Quanto à discussão em torno do caráter consultivo ou deliberativo da audiência pública, o raciocínio deve ser deslocado do eixo “vinculação do resultado final” para a “ponderação de todos os interesses”. Mesmo que a decisão seja contrária a alguns pontos de vista revelados no decorrer da audiência, o importante é que todos tenham sido objeto de ponderação pelo administrador antes da tomada de decisão, a qual deve ser suficientemente motivada.

22. Para evitar ou reparar vícios no processo da audiência pública, para além do poder de autotutela da Administração Pública sobre seus próprios atos, abre-se ao interessado a possibilidade do controle judicial pelo Poder Judiciário, cuja análise pode ser feita por meio de três eixos principais, relacionados a diferentes momentos do processo: convocação, desenvolvimento e motivação da decisão final.

23. A análise do arcabouço normativo atual permite distinguir as audiências públicas no exercício da função administrativa a depender da matéria colocada em debate, razão pela qual, com o escopo de sistematização, propôs-se o agrupamento das audiências públicas em torno de sete eixos, a saber: previsão genérica na fase instrutória do processo administrativo, a depender da “relevância da questão”, meio ambiente, licitação, saúde, regulação, responsabilidade fiscal e plano urbanístico.

24. Embora sejam institutos congêneres, a audiência e consulta pública apartam-se em alguns aspectos, o que deve ser observado pela Administração Pública para melhor aproveitamento das potencialidades de cada qual.

25. A audiência pública vem se firmando, no plano formal, como instrumento de contribuição para a formação da autonomia pública dos cidadãos por garantir a participação democrática nos processos de decisão estatais. De forma intensa a partir da primeira década do atual

século, percebe-se que o legislador vem incorporando essa prática participativa em textos normativos relacionados aos mais diversos assuntos que envolvem a vida em sociedade.

26. No plano material, contudo, o instituto apresenta uma série de deficiências, no geral inerentes à ausência de cultura participativa da sociedade brasileira e todas as implicações que este fato social sugere.

27. Sobre as deficiências inerentes à participação democrática na função administrativa, a análise foi feita em torno de quatro eixos principais: (i) ausência de cultura participativa da sociedade brasileira; (ii) captura dos movimentos sociais pelo Estado; (iii) manipulação por minorias articuladas e (iv) complexidade da vida moderna.

28. Para além desses obstáculos, somam-se outros, específicos da audiência pública, cuja análise foi feita em torno de três eixos principais: (i) banalização do instituto; (ii) risco de audiências previstas em caráter obrigatório tornarem-se mera formalidade e (iii) desprezo às contribuições e sugestões colhidas no curso da audiência.

29. A participação, assim como a própria democracia em si, são fenômenos em constante processo de evolução ao longo da história, cuja efetivação depende do decurso do tempo, da consciência dos cidadãos, do amadurecimento das instituições, de iniciativas estatais e da articulação entre Estado e sociedade civil.

30. A democracia participativa não é fruto pronto e acabado, mas um processo em contínuo desenvolvimento que depende de estímulos e condições para se concretizar no mundo fático. Por certo, a utilização dos instrumentos postos à disposição para concretização da participação popular pressupõe cidadãos conscientes de seu papel no processo de democratização da Administração Pública, vale dizer, de uma "cultura" democrática e participativa, o que começa a se desenvolver em nosso país, ainda que de forma bem incipiente.

31. A plenitude da participação democrática na Administração, cremos, talvez somente advenha com o tempo. Mas o importante é que, quando esse tempo chegar, as instituições estejam fortalecidas e ainda mais permeáveis à participação dos cidadãos, deixando para o museu do direito administrativo o "gosto tradicional pelo segredo", nos dizeres de Ferrier (1974).

32. Diante desse panorama, pode-se afirmar que a tendência é a participação popular – e, com ela, a audiência pública – firmar-se como importante instrumento de democratização da atividade administrativa, por permitir o acesso dos cidadãos ao processo de formação dos atos estatais.

REFERÊNCIAS

- ANASTASIA, Antonio Augusto Junho. Desafios do direito administrativo. **Jornal Hoje em Dia**, Belo Horizonte, 5 dez. 2011, 1º Caderno, p. 9.
- ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. **Motivação e controle do ato administrativo**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- _____. **Negociação coletiva dos servidores públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- ARGENTINA. Ley n. 6, de 5 de marzo de 1998. La legislatura de la ciudad autónoma de Buenos Aires. Disponível em: <<http://www.legislatura.gov.ar>>. Acesso em: 9 ago 2011.
- _____. **Constitución Argentina**. Disponível em: <<http://www.senado.gov.ar>>. Acesso em: 13 ago 2011.
- _____. **Constitución de la ciudad de Buenos Aires**. 1996 Disponível em: <http://www.buenosaires.gov.ar/areas/com_social/constitucion/constitucion.php>. Acesso em: 22 mar 2011.
- ÁVILA, Ana Paula Oliveira. **O princípio da impessoalidade na administração pública: para uma administração imparcial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- AVRITZER, Leonardo *et al.* (Org.). **Corrupção: ensaios e críticas**. Belo Horizonte: UFMG, 2008.
- _____. *et al.* (Org.). **A dinâmica da participação local no Brasil: pensando a democracia participativa**. São Paulo: Cortez, 2010. v.3.
- BALBÍN, Carlos Francisco. **Curso de derecho administrativo**. Buenos Aires: La Ley, 2007.
- BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. **Transações administrativas: um contributo ao estudo do contrato administrativo como mecanismo de prevenção e terminação de litígios e como alternativa à atuação administrativa autoritária, no contexto de uma administração pública mais democrática**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.
- _____. **Princípio constitucional da eficiência administrativa**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- BAPTISTA, Patrícia. **Transformações do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br>>. Acesso em: 23 jan 2008.

BENTO, Leonardo Valles. **Governança e governabilidade na reforma do Estado: entre eficiência e democratização**. São Paulo: Manole, 2003.

BINENBOJM, Gustavo. **Temas de direito administrativo e constitucional: artigos e pareceres**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. A constitucionalização do direito administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A reconstrução democrática do direito público no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

BLATRIX, Cécile. Genèse et consolidation d'une institution: le débat public en France. In: REVEL, Martine [et al.], (Org.). **Le débat public: une expérience française de démocratie participative**. Paris: La découverte, 2007 (Collection: Recherches).

BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa**. São Paulo: Malheiros, 2008.

BRANDÃO, Antônio José. Moralidade administrativa. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro/São Paulo, n. 25, jul./set., 1951, p. 454-467.

BRASIL. **Anteprojeto de Lei Orgânica da Administração Pública Federal e entes de colaboração**. Brasília: Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, 2009.

_____. Câmara dos Deputados. Resolução n. 17, de 1989. Dispõe sobre o regimento interno da Câmara dos Deputados. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/atividade-legislativa/legislacao/regimento-interno-da-camara-dos-deputados>>. Acesso em: 21 abr 2011.

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Processo n. 20.429-65 e 20.375-65. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 93: 381-384, outubro, 1968.

_____. Conselho das Cidades. Resolução n. 25, de 18 de março de 2005. Dispõe sobre a participação popular na elaboração dos planos diretores dos municípios. Disponível em: <<http://www.cidades.gov.br>>. Acesso em: 9 nov 2011.

_____. Conselho Nacional do Meio Ambiente. Resolução n.1 de 23 de janeiro de 1986. Dispõe sobre as definições, as responsabilidades, os critérios básicos e as diretrizes gerais para uso e implementação da Avaliação de Impacto Ambiental como um dos instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/conama/res/res86/res0186.html>>. Acesso em: 9 nov 2011.

_____. Conselho Nacional do Meio Ambiente. Resolução n. 9, de 3 de dezembro de 1987. Dispõe sobre as regras da audiência pública no âmbito do Conama. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br>>. Acesso em: 9 nov 2011.

_____. Conselho Nacional do Meio Ambiente. Resolução n. 237 de 19 de dezembro de 1997. Dispõe sobre a regulamentação de aspectos do licenciamento ambiental estabelecidos na Política Nacional de Meio Ambiente que ainda não foram definidos. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/conama/res/res97/res23797.html>>. Acesso em: 15 dez 2011.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**, 1988. Brasília: Senado Federal, Centro Gráfico, 1988.

_____. Presidência da República. Decreto n. 52.025 de 20 de maio de 1963. Aprova o regulamento da Lei número 4.137, de 10 de setembro de 1962, que regula a repressão ao abuso do poder econômico. Disponível em: <<http://br.vlex.com/vid/regulamento-regula-abuso-economico-34146952>>. Acesso em: 22 mar 2011.

_____. Presidência da República. Decreto n. 53.670 de 9 de março de 1964. Aprova o Regimento Interno do Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/116267/decreto-53670-64>>. Acesso em: 15 dez 2011.

_____. Presidência da República. Decreto n. 4.520 de 16 de dezembro de 2002. Dispõe sobre a publicação do Diário Oficial da União e do Diário da Justiça pela Imprensa Nacional da Casa Civil da Presidência da República, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/99008/decreto-4520-02>>. Acesso em: 15 dez 2011.

_____. Presidência da República. Decreto n. 5.591 de 22 de novembro de 2005. Regulamenta dispositivos da Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005, que regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/Decreto/D5591.htm>. Acesso em: 22 mar 2011.

_____. Presidência da República. Decreto n. 5.790 de 25 de maio de 2006. Dispõe sobre a composição, estruturação, competências e funcionamento do Conselho das Cidades - ConCidades, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/Decreto/D5790.htm>. Acesso em: 22 mar 2011.

_____. Presidência da República. Decreto n. 6.063 de 20 de março de 2007. Regulamenta, no âmbito federal, dispositivos da Lei nº 11.284, de 2 de março de 2006, que dispõe sobre a gestão de florestas públicas para a produção sustentável, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Decreto/D6063.htm>. Acesso em: 15 dez 2011.

_____. Presidência da República. Lei Complementar n. 101 de 4 de maio de 2000. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp101.htm>. Acesso em: 9 nov 2011.

_____. Presidência da República. Lei n. 4.137 de 10 de setembro de 1962. Regula e repressão ao abuso do Poder Econômico. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4137.htm>. Acesso em: 6 nov 2011.

_____. Presidência da República. Lei n. 8.080 de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18080.htm>. Acesso em: 22 mar 2011.

_____. Presidência da República. Lei n. 8.112 de 11 de dezembro de 1990. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8112cons.htm>. Acesso em: 15 dez 2011.

_____. Presidência da República. Lei n. 8.429 de 2 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429.htm>. Acesso em: 9 nov 2011.

_____. Presidência da República. Lei n. 8.625 de 12 de fevereiro de 1993. Institui a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, dispõe sobre normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8625.htm>. Acesso em: 6 nov 2011.

_____. Presidência da República. Lei n. 8.666 de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 9 nov de 2011.

_____. Presidência da República. Lei n. 8.689 de 27 de julho de 1993. Dispõe sobre a extinção do Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social (Inamps) e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/108464/lei-8689-93>>. Acesso em: 9 nov 2011.

_____. Presidência da República. Lei n. 8.884 de 11 de junho de 1994. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8884.htm>. Acesso em: 6 nov 2011.

_____. Presidência da República. Lei n. 8.987 de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8987cons.htm>. Acesso em: 22 mar 2011.

_____. Presidência da República. Lei n. 9.427 de 26 de dezembro de 1996. Institui a Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, disciplina o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9427cons.htm>. Acesso em: 22 mar 2011.

_____. Presidência da República. Lei n. 9.472 de 6 de julho de 1997. Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9472.htm>. Acesso em: 15 dez 2011.

_____. Presidência da República. Lei n. 9.478 de 6 de agosto de 1997. Dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9478.htm>. Acesso em: 15 dez 2011.

_____. Presidência da República. Lei n. 9.782 de 26 de janeiro de 1999. Define o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária, cria a Agência Nacional de Vigilância Sanitária, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9782.htm>. Acesso em: 15 dez 2011.

_____. Presidência da República. Lei n. 9.784 de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm>. Acesso em: 22 mar 2011.

_____. Presidência da República. Lei n. 9.868 de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm>. Acesso em: 9 nov 2011.

_____. Presidência da República. Lei n. 9.882 de 3 de dezembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9882.htm>. Acesso em: 6 nov 2011.

_____. Presidência da República. Lei n. 9.961 de 28 de janeiro de 2000. Cria a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.leidireto.com.br/lei-9961.html>>. Acesso em: 9 nov 2011.

_____. Presidência da República. Lei n. 9.984 de 17 de julho de 2000. Dispõe sobre a criação da Agência Nacional de Águas - ANA, entidade federal de implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos e de coordenação do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9984.htm>. Acesso em: 15 dez 2011.

_____. Presidência da República. Lei n. 9.985 de 18 de julho de 2000. Regulamenta o art. 225, § 1º, incisos I, II, III e VII da Constituição Federal, institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9985.htm>. Acesso em: 15 dez 2011.

_____. Presidência da República. Lei n. 10.233 de 5 de junho de 2001. Dispõe sobre a reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre, cria o Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte, a Agência Nacional de Transportes Terrestres, a Agência Nacional de Transportes Aquaviários e o Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes, e dá outras providências. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10233.htm>. Acesso em: 22 mar 2011.

_____. Presidência da República. Lei n. 10.257 de 10 de julho de 2001. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10257.htm>. Acesso em: 22 mar 2011.

_____. Presidência da República. Lei n. 10.257 de 10 de julho de 2001. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10257.htm>. Acesso em: 15 dez 2011.

_____. Presidência da República. Lei n. 11.079 de 30 de dezembro de 2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/11079.htm>. Acesso em: 15 dez 2011.

_____. Presidência da República. Lei n. 11.105 de 24 de março de 2005. Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio, dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança – PNB, revoga a Lei nº 8.974, de 5 de janeiro de 1995, e a Medida Provisória nº 2.191-9, de 23 de agosto de 2001, e os arts. 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10 e 16 da Lei nº 10.814, de 15 de dezembro de 2003, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/11105.htm>. Acesso em: 22 mar 2011.

_____. Presidência da República. Lei n. 11.182 de 27 de setembro de 2005. Cria a Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www3.dataprev.gov.br/sislex/paginas/42/2005/11182.htm>>. Acesso em: 22 mar 2011.

_____. Presidência da República. Lei n. 11.284 de 2 de março de 2006. Dispõe sobre a gestão de florestas públicas para a produção sustentável; institui, na estrutura do Ministério do Meio Ambiente, o Serviço Florestal Brasileiro - SFB; cria o Fundo Nacional de Desenvolvimento Florestal - FNDF; altera as Leis nºs 10.683, de 28 de maio de 2003, 5.868, de 12 de dezembro de 1972, 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, 4.771, de 15 de setembro de 1965, 6.938, de 31 de agosto de 1981, e 6.015, de 31 de dezembro de 1973; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11284.htm>. Acesso em: 15 dez 2011.

_____. Presidência da República. Lei n. 11.445 de 5 de janeiro de 2007. Estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico; altera as Leis nºs 6.766, de 19 de dezembro de 1979, 8.036, de 11 de maio de 1990, 8.666, de 21 de junho de 1993, 8.987, de 13 de fevereiro de 1995; revoga a Lei nº 6.528, de 11 de maio de 1978; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/111445.htm>. Acesso em: 15 dez 2011.

_____. Presidência da República. Lei n. 12.401 de 28 de abril de 2011. Altera a Lei no 8.080, de 19 de setembro de 1990, para dispor sobre a assistência terapêutica e a incorporação de tecnologia em saúde no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/1027556/lei-12401-11>>. Acesso em: 9 nov 2011.

_____. Presidência da República. Câmara da Reforma do Estado. **Plano diretor da reforma do aparelho do Estado**. Brasília: Ministério da Administração Federal e da Reforma do Estado, 1995.

_____. Presidência da República. Medida Provisória n. 2.228-1 de 6 de setembro de 2001. Estabelece princípios gerais da Política Nacional do Cinema, cria o Conselho Superior do Cinema e a Agência Nacional do Cinema - ANCINE, institui o Programa de Apoio ao Desenvolvimento do Cinema Nacional - PRODECINE, autoriza a criação de Fundos de Financiamento da Indústria Cinematográfica Nacional - FUNCINES, altera a legislação sobre a Contribuição para o Desenvolvimento da Indústria Cinematográfica Nacional e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/2228-1.htm>. Acesso em: 15 mar 2011.

_____. Portal da Transparência. Apresenta informações sobre os atos da Administração Pública Federal e os recursos empenhados neles. Disponível em: <<http://www.portaltransparencia.gov.br>>. Acesso em: 15 dez 2011.

_____. Senado Federal. Resolução n. 93, de 1970, editada conforme Resolução n. 18, de 1989. Dispõe sobre o regimento interno do Senado Federal. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/legislacao/regs/RegInternoSF_Voll.pdf>. Acesso em: 22 mar 2011.

BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. Estratégia e estrutura para um novo Estado. *Revista de Economia Política*, vol.17, n.3 (67), jul./set., 1997. Disponível em: <<http://www.rep.org.br/pdf/67-3.pdf>>. Acesso em: 22 jun 2010.

CABRAL, Antônio. Os efeitos processuais da audiência pública. *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, v.22, n.7, 2006, p.789-800.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed., 6. reimp. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Processo administrativo federal: comentários à Lei n. 9.784, de 29/1/1999*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. **Curso de direito administrativo – parte geral: intervenção do Estado e estrutura da administração**. Salvador: Jus Podivm, 2008.

CAVEDON, Fernanda de Salles; DOMINGOS, Silvia. A audiência pública como instrumento de participação pública e acesso à informação nos processos decisórios de licenciamento ambiental: espaço de cidadania ambiental? **Revista de Direitos Difusos**, São Paulo, v.27, p.3797-3811, set./out., 2004.

CHEVALLIER, Jacques. **O Estado pós-moderno**. Tradução de Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

COMADIRA, Julio Rodolfo. **Elementos del derecho administrativo**. Buenos Aires: La Ley, 2006. (Colección de Análisis Jurisprudencial).

COMPARATO, Fábio Konder. A nova cidadania. **Lua Nova: Revista de Cultura e Política**, São Paulo, n. 28-29, 1993.

DALLARI, Adilson Abreu. Município e participação popular. **Revista de Direito Público**, n. 57-58.

DI SARNO, Daniela Campos Libório. Audiência Pública na gestão democrática da política urbana. In: DALLARI, Adilson Abreu; DI SARNO, Daniela Campos Libório (Coord.). **Direito urbanístico e ambiental**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

DIAS, Maria Tereza Fonseca. **Direito administrativo pós-moderno: novos paradigmas do direito administrativo a partir do estudo da relação entre o Estado e a Sociedade**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

_____. **Terceiro setor e Estado: legitimidade e regulação – por um novo marco jurídico**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Participação popular na Administração Pública. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v.191, p.26-39, jan./mar., 1993.

_____. **Direito administrativo**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

DUARTE, David. **Procedimentalização, participação e fundamentação: para uma concretização do princípio da imparcialidade administrativa como parâmetro decisório**. Coimbra: Almedina, 1996.

ESPAÑA. **Constitución Española**. Disponível em: <<http://www.congreso.es>>. Acesso em: 17 jan 2012.

ESTADOS UNIDOS. **United States Code**. Disponível em: <<http://uscode.house.gov>>. Acesso em: 30 ago 2011.

_____. **Attorney general's manual on the administrative procedure act, 1947**. Disponível em: <<http://www.law.fsu.edu/library/admin/1947cover.html>>. Acesso em: 30 ago 2011.

_____. **The United States Constitution.** Disponível em: <http://www.house.gov/house/Constitution/Constitution.html>. Acesso em: 31 ago 2011.

ESTORNINHO, Maria João. **A fuga para o direito privado: contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública.** Coimbra: Almedina, 2009.

FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário.** 8. ed. atualizada por Gustavo Binenbojm. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual.** Tradução de Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.

FERRAZ, Luciano. Novas formas de participação social na administração pública: conselhos gestores de políticas públicas. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n.94, p.259-272, jul./dez., 2006.

FERRAZ, Luciano; MOTTA, Fabrício (Coord.). **Direito público moderno.** Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

FERRIER, Jean Pierre. La participation des administrés aux décisions de l'administration. **Revue du Droit Public et la Science Politique**, Paris, n.3, 1974.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Instrumentos da Administração Consensual: a audiência pública e sua finalidade. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo (REDAE)**, Salvador, n.11, ago./set./out., 2007. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>. Acesso em: 12 ago 2009.

FONSECA, Gilberto Nardi. A participação popular na administração pública: audiências públicas na elaboração e discussão dos planos, lei de diretrizes orçamentárias e orçamentos dos municípios. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 40, n.160, p.291-305, out./dez., 2003.

FORTINI, Cristiana; PEREIRA, Maria Fernanda Pires de Carvalho; CAMARÃO, Tatiana Martins da Costa. **Processo administrativo: comentários à Lei n. 9.784/1999.** 2. ed. rev. e atualiz. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

FRANÇA. Legifrance. **Le service public de la diffusion du droit.** Disponível em: <http://www.legifrance.gouv.fr/>. Acesso em: 23 set 2011.

_____. **Commission nationale du débat public (CNDP).** Disponível em: <http://www.debatpublic.fr/>. Acesso em: 27 set 2011.

FREITAS, Juarez. **Discrecionariade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública.** São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. Parcerias público-privadas (PPPs) e desafios regulatórios. **Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 6, n.23, jan./mar., 2006.

FROMONT, Michel. **Droit administratif des états européens.** Paris: Presses Universitaires de France, 2006.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomas Ramón. **Curso de derecho administrativo**. Buenos Aires: La Ley, 2006, v.2 (Primera Edición anotada 2006 de la novena edición, con notas de Agustín Gordillo).

GAFFIOT, Félix. **Dictionnaire latin française**. 5. ed. Paris: Hachette, 2005.

GAUTHIER, Mario et SIMARD, Louis. Le BAPE et l'institutionnalisation du débat public au Québec: mise en oeuvre et effets. In: REVEL, Martine [et al.], (Org.). **Le débat public: une expérience française de démocratie participative**. Paris: La découverte, 2007 (Collection: Recherches).

GOMES, David Francisco Lopes. A casa, a rua, o mercado. **Voz Acadêmica: Faculdade de Direito da UFMG**. Edição de maio de 2011, p. 14.

GORDILLO, Agustín. **Tratado de derecho administrativo**. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey e Fundación de Derecho Administrativo, 2003. (tomo 2: La defensa del usuario y del administrado).

_____. Ideas sobre participación en América Latina. **Revista de Direito Público – Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano XIV, n.57-58, jan./jun., 1981.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re) pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição – contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre faticidade e validade**. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 2.ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003a. v.1.

_____. **Direito e democracia: entre faticidade e validade**. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003b. v.2.

_____. Três modelos normativos de democracia. **Cadernos da Escola do Legislativo**, Belo Horizonte, v.5, n.3, p.105-122, jan./jun., 1995.

IVANEGA, Miriam Mabel. La administración pública del siglo XXI: entre la utopía y la realidad. **Revista Jurídica La Ley**, Buenos Aires, marzo, 2011.

_____. Reflexiones acerca de los contratos administrativos para el Derecho. **Revista Jurídica de El Derecho**, Buenos Aires, junio, 2011.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. São Paulo: Dialética, 2005.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Audiência pública: o alcance do disposto no art. 39, do Estatuto das Licitações. **Boletim de Licitações e Contratos**, v.15, n.6, p.353-357, jun., 2002.

_____. Os grandes desafios do controle da administração pública. In: MODESTO, Paulo (Coord.). **Nova organização administrativa brasileira**. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

MATER, Jean. **Public hearings: procedures and strategies**. Englewood Cliffs, New Jersey: Prentice-Hall, Inc, 1984.

MAURER, Hartmut. **Direito administrativo geral**. Tradução de Luís Afonso Heck. Barueri, SP: Manole, 2006.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. **A processualidade no direito administrativo**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MEINING, Bob. **Public hearings: when and how to hold them**. Washington: Municipal Research and Services Center – MRSC, 1998. Disponível em: <<http://www.mrsc.org/focuspub/hearings.aspx>>. Acesso em: 6 set 2011.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

MENDES, Gilmar Ferreira; DO VALE, André Rufino. O pensamento de Peter Häberle na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. **Observatório da Jurisdição Constitucional**. Brasília, Ano 2, 2008/2009.

MILARÉ, Edis. **Direito do ambiente: a gestão ambiental em foco**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MINAS GERAIS. Governo do Estado. Decreto n. 45.757 de 7 de outubro de 2010. Dispõe sobre a Conferência de Serviços no âmbito do Poder Executivo. Disponível em: <<http://www.casacivil.mg.gov.br/userfiles/file/gerenciado/decreto%2045757-2011.pdf>>. Acesso em: 22 mar 2011.

_____. Governo do Estado. Lei Estadual n. 14.184 de 31 de janeiro de 2002. Dispõe sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Estadual. Disponível em: <http://www.almeidamelo.com.br/index.php?option=com_content&task=view&id=4620&Itemid=36>. Acesso em: 6 set 2011.

_____. Governo do Estado. Lei n. 14.868 de 16 de dezembro de 2003. Dispõe sobre o Programa Estadual de Parcerias Público-Privadas. Disponível em: <<http://portalpbh.pbh.gov.br/>>. Acesso em: 15 mar 2011.

_____. Governo do Estado. Lei Delegada n. 180 de 20 de janeiro de 2011. Dispõe sobre a estrutura orgânica da administração pública do poder executivo do Estado de Minas Gerais e dá outras providências. Disponível em: <http://www.fazenda.mg.gov.br/secretaria/legislacao_institucional/lei_delegada/LEI_DELEGADA_180.html>. Acesso em: 6 nov 2011.

MODESTO, Paulo. Participação popular na administração pública: mecanismos de operacionalização. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo – REDAE**, Salvador, n.2, abril/maio/junho, 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 9 dez 2011.

MODJESKA, Lee. **Administrative law – practice and procedure**. West Group, 1982.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito administrativo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

_____. **Direito da participação política: legislativa, administrativa, judicial – fundamentos e técnicas constitucionais da legitimidade**. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

_____. Novos institutos consensuais da ação administrativa. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v.231, p.129-156, jan./mar., 1993.

MOTTA, Fabrício. Notas sobre publicidade e transparência na Lei de Responsabilidade Fiscal no Brasil. **Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 7, n. 30, out./dez. 2007.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. As audiências públicas e o processo administrativo brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v.209, p.153-167, jul./set., 1997.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de; SCHWANKA, Cristiane. A administração consensual como a nova face da Administração Pública no século XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação. **Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 8, n.32, abr./jun., 2008.

OTERO, Paulo. **Legalidade e administração pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade**. Coimbra: Almedina, 2007.

PEIXOTO, Tiago; WEGENAST, Tobias Albuquerque. Democracia eletrônica no Brasil e no mundo. **Revista do Legislativo**, Belo Horizonte, n.43, p.153-165, jan./2010 a jan./2011.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. **Comentários à lei das licitações e contratações da administração pública**. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

PEREZ, Marcos Augusto. **A administração pública democrática – institutos de participação popular na administração pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

PINTO E NETTO, Luísa Cristina. **Participação administrativa procedimental – natureza jurídica, garantias, riscos e disciplina adequada**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

PIRES, Maria Coeli Simões. Esgotamento do modelo de desenvolvimento excludente no Brasil e ressemantização das atividades de planejamento e articulação governamentais à luz do paradigma democrático. In: MODESTO, Paulo (Coord.). **Nova organização administrativa brasileira**. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

_____. Governo integrado. **Jornal Estado de Minas**, Belo Horizonte, 11 out 2011. 1º Caderno, p.7.

PORTUGAL. Constituição da República de Portugal. Disponível em: <<http://www.parlamento.pt>>. Acesso em: 17 jan 2012.

RABELLO, Bruno Resende. **Novas perspectivas e potencialidades para o contraditório**. 2011. 173f. Tese. (Doutorado em Direito Processual Civil) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011.

REESE-SCHÄFER, Walter. **Compreender Habermas**. Tradução de Vilmar Schneider. 2. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2009.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais da administração pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

ROMI, Raphaël. Le débat public dans le droit positif. In: REVEL, Martine [et al.], (Org.). **Le débat public: une expérience française de démocratie participative**. Paris: La découverte, 2007 (Collection: Recherches).

SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SCHWARTZ, Bernard. **Administrative law**. 3. ed. Boston: Little, Brown and Company, 1991.

_____. **Le droit administratif américain – Notions Générales**. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1952.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SOARES, Evanna. A audiência pública no processo administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v.229, p.259-283, jul./set. 2002.

SOARES, Fabiana de Menezes. **Direito administrativo de participação – cidadania, direito, Estado e Município**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

SUNDFELD, Carlos Ari. Processo administrativo: um diálogo necessário entre Estado e cidadão. **A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional**. Belo Horizonte, ano 6, n.23, p.39-51, jan./mar., 2006.

TÁCITO, Caio. Direito administrativo participativo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v.209, p.1-6, jul./set., 1997.

VIEIRA, Sérgio Túlio Santos. A democracia deliberativa e a gestão democrática no Estatuto da Cidade – consoante entendimento jusfilosófico habermasiano. **Revista EMERJ – Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro**, v.13, n.52, p.69-94, 2010.

ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria geral do Estado**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

WADE, William; FORSYTH, Christopher. **Administrative law**. New York: Oxford, 2009.