Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Doutorado em Direito

A Participação Popular como Princípio no Procedimento de Decisão Administrativa

Thiago Reis Augusto Rigamonti

São Paulo - SP

2024

THIAGO REIS AUGUSTO RIGAMONTI

A PARTICIPAÇÃO POPULAR COMO PRINCÍPIO NO PROCEDIMENTO DE DECISÃO ADMINISTRATIVA

Tese apresentada ao curso de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como requisito para obtenção do título de Doutor em Direito, no núcleo de pesquisa em Direito Administrativo, orientado pelo Professor Doutor Márcio Cammarosano.

SÃO PAULO - SP

2024

AVALIAÇÃO: .....

BANCA EXAMINADORA:

Orientador Prof. Dr. Márcio Cammarosano: .....

Membro Prof. Dr. Maurício Garcia Pallares Zockun: .....

Membro Prof. Dr. Marcos de Lima Porta: .....

Membro Prof. Dr. Flávio Henrique Unes Pereira: .....

Membro(a) Prof(a). Dr(a). Irene Patrícia Nohara: .....

À Helena Batacline Rigamonti, cujo nascimento iluminou minha vida e os meus dias;

À Isabela Batacline Rigamonti, muita amada desde o ventre;

À Daniela Helena Batacline Rigamonti, pela paciência e apoio incondicionados;

Aos colegas Jader Aparecido Pereira Ferreira, Lucas Andre Netto Cardoso e Gustavo Freddi Toledo, pelo auxílio e companheirismo diários que em muito participaram na edificação deste estudo e de minhas ideias;

À Silvia Regina dos Reis Augusto, José Sérgio Rigamonti e Priscila Reis Augusto Rigamonti, pela minha formação enquanto estudante, profissional e ser humano;

Ao Professor Doutor Paulo Affonso Leme Machado, cuja inteligência e humanidade em sala de aula à época do Mestrado contribuíram tanto para o desenvolvimento de minha pesquisa, quanto para o meu aperfeiçoamento como ser humano;

Ao Professor Doutor Márcio Cammarosano, pela generosidade e confiança despendidos desde o início quando do honroso aceite de minha orientação no curso de Doutorado;

Ao Professor Doutor Ricardo Marcondes Martins, cuja sala de aula na disciplina de Metodologia e do Procedimento de Decisão Administrativa impactou como nunca em minha compreensão do Direito e, em especial, do Direito Administrativo.

Ao Professor Doutor Maurício Garcia Pallares Zockun, pelas valiosas contribuições, críticas e sugestões no Exame de Qualificação ao qual este texto se submeteu;

Aos Professores Doutores Marcos de Lima Porta, Irene Patrícia Nohara, Flávio Henrique Unes Pereira, Clóvis Beznos e Mariana Mencio pelo generoso aceite para integrarem a Banca Examinadora desta tese na condição de titulares e/ou suplentes.

RESUMO

A Democracia Participativa se situa como um dos conceitos normativos estruturais do conjunto jurídico constitucional, revelando-se enquanto elemento ideológico da Constituição, independentemente das visões de mundo ostentadas por seus intérpretes ou aplicadores. O exercício do poder estatal se subordina, sob tal premissa, à compreensão de seu caráter meramente instrumental de maneira a que possa ser concebido enquanto veículo de introdução de enunciados normativos que viabilizem a execução material de atividades que beneficiem o bem-estar coletivo e, portanto, os interesses dos indivíduos que compõem a comunidade em razão da qual é atribuída a competência bastante. A captação dos interesses em conflito e suscetíveis à ponderação enquanto fase do procedimento de decisão administrativa é invariavelmente necessária para que possa se cogitar adequado atendimento às premissas de motivação, impessoalidade, contraditório, justiça, dentre outros, que se revelam como princípios a serem obrigatoriamente otimizados no exercício da função administrativa, além do influxo do princípio democrático a reclamar, sempre que possível, o não exclusivismo no exercício do feixe de competências delegado pelo detentor do poder ao transitoriamente incumbido de seu múnus. Propõe-se a fundamentação dos aspectos relativos à significação da democracia e ao exercício do poder estatal, notadamente, neste aspecto, o influxo dos princípios jurídicos de forma a perfazer a participação popular como fase necessária do procedimento de decisão administrativa que culmine em efeitos gerais.

Palavras-chave: Democracia, Participação Popular, Ponderação, Procedimento de Decisão Administrativa.

ABSTRACT

Participatory Democracy is one of the structural normative concepts of the constitutional legal set, revealing itself as an ideological element of the Constitution, regardless of the world views held by its interpreters or enforcers. The exercise of state power is subordinated, under this premise, to the understanding of its merely instrumental character so that it can be conceived as a vehicle for introducing normative statements that enable the material execution of activities that benefit collective well-being and, therefore, the interests of the individuals who make up the community on the basis of which competence is attributed enough. The capture of conflicting interests and susceptible to consideration as a phase of the administrative decision procedure is invariably necessary so that adequate compliance with the premises of motivation, impersonality, contradiction, justice, among others, can be considered, which are revealed as principles that must be optimized in the exercise of the administrative function, in addition to the influence of the democratic principle to demand, whenever possible, non-exclusivism in the exercise of the range of competencies delegated by the holder of power to the person temporarily entrusted with its role. It is proposed to substantiate the aspects relating to the significance of democracy and the exercise of state power, notably, in this aspect, the influx of legal principles in order to make popular participation a necessary phase of the administrative decision procedure that culminates in general effects.

Keywords: Democracy, Popular Participation, Pondering, Administrative Decision Procedure.

INTRODUÇÃO 9

1. – DA DEMOCRACIA E DE SUA OTIMIZAÇÃO.....12

1.1. Estado Democrático de Direito na Constituição Brasileira de 1988.....12

1.2. Democracia e sua significação.....17

1.3. Princípio democrático.....26

1.4. Sistemas democráticos 35

1.4.1. Democracia indireta e sua fundamentação 37

1.4.1.1. Sistemas eleitorais e métodos representativos.....43

1.4.1.1.1. Sistema proporcional.....44

1.4.1.1.2. Sistema majoritário.....48

1.4.1.1.3. Sistema misto 49

1.4.2. Democracia semidireta.....50

1.4.3. Democracia direta e seus instrumentos.....51

1.4.3.1. Plebiscito.....59

1.4.3.2. Referendo 66

1.4.3.3. Lei por iniciativa popular 67

1.5. Democracia participativa 74

Conclusão Parcial 83

2. – DO EXERCÍCIO DO PODER ESTATAL.....87

2.1. Motivação e legitimação 87

2.2. Processo administrativo 98

2.3. Atos administrativos.....107

2.3.1. Atos administrativos de efeitos gerais.....114

Conclusão Parcial 119

3. – DO PROCEDIMENTO DE DECISÃO ADMINISTRATIVA.....122

3.1. Procedimento de decisão administrativa.....122

3.2. Ponderação.....136

3.2.1. Fórmula do Peso 148

3.3. Alguns adicionais princípios jurídicos otimizados e postulados normativos atendidos através do processo administrativo participativo.....160

3.3.1. Princípio da Impessoalidade.....160

3.3.2. Princípio do Contraditório 165

3.3.3. Princípio da Eficiência.....168

3.3.4. Postulado da Justiça.....176

3.3.5. Postulado da Razoabilidade 182

3.3.6. Princípio da Transparência.....186

3.3.7. Princípio da Moralidade.....190

3.4. Vias de participação.....203

3.4.1. Audiências e consultas públicas.....204

3.4.2. Referendos e plebiscitos administrativos 211

3.4.3. Conselhos consultivos e deliberativos 215

3.4.4. Parcerias com entidades sem fins lucrativos.....218

Conclusão Parcial 226

4. – DAS NORMAS DE PARTICIPAÇÃO POPULAR NA TOMADA DE DECISÃO ADMINISTRATIVA 230

4.1. Normativa geral 230

4.2. Normativas setoriais.....234

4.3. Participação popular em Portugal 244

4.4. Participação popular na Espanha.....249

4.5. Participação popular na Itália.....255

4.6. Participação popular na Argentina.....261

4.7. Participação popular na Colômbia.....266

4.8. Participação popular no Uruguai.....272

4.9. Segmentos de normatização com participação popular mitigada.....277

4.10. Padrões qualitativos e quantitativos da participação.....282

Conclusão Parcial.....290

5. – DO CONTROLE.....294

5.1. Controle de validade dos atos administrativos de efeitos gerais.....294

5.1.1. Controle em âmbito administrativo.....302

5.1.1.1. Efeitos do controle em âmbito administrativo.....305

5.1.2. Controle externo não judicial.....312

5.1.3. Controle judicial.....314

5.1.3.1. Efeitos do controle judicial.....318

Conclusão Parcial.....324

CONCLUSÃO.....327

REFERÊNCIAS.....330

INTRODUÇÃO

Reconhece-se que o engajamento da população, em geral, em assuntos que digam respeito à gestão da coisa pública e a interesses da comunidade é essencial para o amadurecimento democrático e decorrente aperfeiçoamento da sociedade e da maneira como seus mandatários exercem os seus ofícios públicos.

Sabe-se que o povo é o detentor primário do poder e o exerce através de seus representantes eleitos ou diretamente, nos termos do sistema normativo vigente (art. 1º, parágrafo único, da Constituição da República).

A democracia representativa (ou indireta) costuma ser indicada enquanto meio apropriado para a gestão pública em se considerando a densidade populacional da sociedade atual, os vastos limites territoriais e a complexidade das relações econômicas e sociais firmadas pelo Poder Público na contemporaneidade, o que inviabilizaria a adoção de contexto de consulta direta aos indivíduos quando da tomada de decisão.

Não se deve confundir tal fundamentação, contudo, com o habitual "esquecimento", fragilização ou obstaculização da essência democrática pertinente a sempre mais intensa permissão e instrumentalização da participação do cidadão nas decisões tomadas por seus representantes – que assim o fazem por mero caráter gerencial –, mas que àquele digam respeito.

A experiência junto à Administração Pública por vezes faz sentir o quão relevante é a participação popular em procedimentos de tomada de decisão, franqueando-se vias eficazes para a oferta de sugestões e críticas, com o devido (e temido) enfrentamento destas.

A mera ciência de que determinada decisão está sujeita a escrutínio público costuma trazer aos competentes para o processo decisório cautela e aprofundamento mais intensos na colheita dos interesses e dados em conflito visando à adequada elaboração das informações – técnicas e gestoras – que fundamentam a decisão que se pretende adotar.

Não se deve ignorar que há certa resistência no ambiente público, quiçá justamente pelo esforço ponderativo mais intenso que reclama, para exegeses ampliativas da participação popular, tal como se o sufrágio periódico, *per se*, fosse a face máxima da democracia e do consequente exercício do poder, o que comporta e motiva, ao nosso ver, a atualidade da abordagem da participação popular como o diálogo interativo lógico e fundamental para a escorreita conclusão de um procedimento de decisão cujos efeitos poderão ser sentidos por diversos sujeitos de direito, mormente para que sobre estes seja válida a decisão (então imperativa e exequível), à luz dos influxos necessários dos princípios democrático, de motivação, impessoalidade, contraditório e proporcionalidade no exercício da competência administrativa, notadamente da discricionária.

Não se ignora que o constituinte traçou relevantes hipóteses de exercício direto do poder pelo povo, das quais se destacam o referendo (art. 14, II, CF), o plebiscito (art. 14, I, CF) e a lei por iniciativa popular (art. 14, III, CF), além de ter estatuído diversas garantias individuais fundamentais que se relacionam à legitimidade de o cidadão promover controle, participação ou influência sobre atos estatais e os movimentos sociais que lhes são subjacentes, também se vislumbrando diplomas normativos e segmentos de normatização que reclamam prévia participação popular (não apenas através de representantes eleitos ou por estes nomeados), tais como em zoneamento de solo, orçamentos públicos, regulação de determinados serviços delegados, etc.

O amadurecimento cívico de relevante parcela da comunidade, o avanço tecnológico e da transmissão de informações, aliados à percepção sistemática do sistema normativo estão a reclamar a devida proteção e exegese acerca da participação popular nos procedimentos de tomada de decisão, relembrando-se os efeitos sensíveis no plano concreto (e não como mera norma programática condicionada) da premissa normativa básica (bastante difundida, mas pouco eficaz) de que a competência para exercício de poderes é secundariamente conferida a específicos agentes públicos (que a obtêm delegada por conveniência político-constitucional), mas repousa primariamente no povo,

detentor de todo poder, inviabilizando-se noções individualistas na sua execução.

Neste ínterim se situa, por conseguinte, o pertinente e então mencionado por mera exemplificação, a despeito de tímido, crescimento legislativo insculpido no art. 29 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (incluído através da Lei Federal n.º 13.655/2018), ao estabelecer, de maneira abrangente e na introdução do regime normativo nacional, o permissivo de que a consulta pública para manifestação de interessados, preferencialmente por meio eletrônico, seja estabelecida em qualquer órgão ou Poder quando da edição de atos normativos (sejam legislativos ou regulamentares), a qual será considerada na decisão.

O que se propõe no texto adiante elucidado é a fundamentação extraída do sistema normativo (posto, não de *lege ferenda*) vigente quanto à participação popular no procedimento de decisão administrativa com efeitos gerais não como mera faculdade, tampouco limitada aos segmentos em que a lei infraconstitucional a dita como regra expressa, mas comando normativo geral principiológico, ordinário e implícito aplicável aos procedimentos de decisão, irradiando-se no plano concreto e sujeitando o ato administrativo a controle na hipótese de descumprimento infundado.

1. DA DEMOCRACIA E DE SUA OTIMIZAÇÃO

1.1. Estado Democrático de Direito na Constituição Brasileira de 1988

A Constituição Federal estampa, no *caput* de seu artigo 1º, que a República Federativa do Brasil se constitui em "Estado Democrático de Direito", tendo como fundamentos a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político (incisos I a V), ultimando o dispositivo inaugural de seu teor normativo com a fixação de que "todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição" (parágrafo único).

Não bastasse tal potente previsão normativa inaugural, a Constituição é recheada de normas a se valerem da mesma expressão ("democracia") e de direitos individuais e coletivos que concedem ao cidadão potências de interferência e coparticipação na adoção de medidas que o afetem.

Referidas medidas de compulsória observância atinem à terminologia ora empregada para as decisões de Estado, quer-se dizer, adotadas pelo Poder Público, em suas variadas expressões de poder, partindo-se da premissa de que, em nossa ordem jurídica, é ao Estado a quem compete o atributo da imperatividade e o domínio da ordem de coação[1] ou, na terminologia de Friedrich Muller, o "poder-violência"[2].

Neste sentido, atraindo o indivíduo à participação na ordenação da coação (efetivada mediante o complexo de atos estatais[3]), a Constituição assegurou diversos direitos e garantias individuais e coletivos fundamentais a

---

1 KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 1998, p. 34.

2 MULLER, Friedrich. *Quem é o Povo? A questão fundamental da democracia*. Tradução de Peter Naumann, revisão de Paulo Bonavides. 3ª edição. São Paulo: Ed. Max Limonad, 2003, p. 51.

3 Não se olvida de normas privadas como também geradoras de obrigações, mas aqui se delimita a ordenação da coação ao Estado sob a perspectiva da competência de exercício da força coativa como via de satisfação das obrigações dos indivíduos, o que se legitima, via de regra, à estrutura estatal.

este título, com destaque à livre manifestação do pensamento (art. 5º, IV e IX, CF), inviolabilidade da liberdade de consciência e crença (inc. VI), acesso à informação e resguardo do sigilo da fonte (incs. XIV e XXXIII), liberdade de locomoção, reunião pacífica e de associação (incs. XV, XVI e XVII), asseguramento da legitimidade de peticionar junto ao órgão público (e obter a decorrente resposta) e de obter certidões (inc. XXXIV), acesso à Jurisdição, mediante o devido processo legal, assegurados o exercício do contraditório, ampla defesa e duração razoável do processo (incs. XXXV, LIV, LV e LXXVIII), sanção frente ao descumprimento de direitos individuais e liberdades fundamentais (inc. XLI), impetração de *habeas corpus* (inc. LXVIII), mandado de segurança individual ou coletivo contra ato de autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público (incs. LXIX e LXX), mandado de injunção para sanar lacuna legislativa que inviabilize exercício de direitos e liberdades constitucionais ou prerrogativas inerentes à nacionalidade, soberania e cidadania (inc. LXXI), *habeas data* para assegurar conhecimento sobre informações pessoais em bancos de dados públicos ou as retificar (inc. LXXII) e ação popular, com legitimidade do cidadão para impugnar atos lesivos ao patrimônio público, histórico e cultural, à moralidade administrativa ou ao meio ambiente (inc. LXXIII).[4]

A utilização da democracia como predicado a determinados deveres-poderes públicos foi reiterada nas previsões expressas de gestão democrática de serviços e políticas públicas[5], anotando-se os direitos participativos de sindicatos e trabalhadores (arts. 8º, VI, e 10), de usuários de serviços públicos (art. 37, § 3º), dos setores de produção, comercialização, armazenamento e transporte, bem como dos produtores e trabalhadores no planejamento e

---

4 Esta síntese dos direitos e garantias individuais e coletivos fundamentais consta em RIGAMONTI, Thiago Reis Augusto. Da Participação Pública na Tomada de Decisão Estatal e de Sua Consideração na Atuação Decisória. *In* MOURA, Grégore Moreira de (coord.); EISAQUI, Daniel Dela Coleta (coord.). *Direito público*: *liberdade, igualdade e fraternidade visto por Maçons e DeMolays*. Belo Horizonte: Ed. D'Plácido, 2020, p. 239-240.

5 Diante da relevante dificuldade em se conceituar políticas públicas, aqui se adota a abordagem de Ricardo Marcondes Martins (2018), no sentido de que "a política pública é o resultado do exercício de competência discricionária legislativa e/ou administrativa" (MARTINS, Ricardo Marcondes. "Políticas públicas" e Judiciário: uma abordagem neoconstitucional. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 18, n. 71, p. 145-165, jan./mar. 2018. DOI: 10.21056/aec.v18i71.875, p. 150).

execução da política agrícola (art. 187), a gestão democrática da seguridade social (art. 194, VII), da saúde (art. 198, III), da assistência social (art. 204, II), da cultura (art. 216, § 1º), do meio ambiente (artigo 225), participação de entidades não governamentais nas políticas de assistência integral à criança, adolescente e ao jovem (art. 227, § 1º), na gestão do Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza (art. 79, parágrafo único, ADCT) e nos Fundos de Combate à Pobreza Estaduais (art. 82, ADCT)[6], mencionando-se a ampliação da legitimidade para propositura de ações civis públicas com o escopo de proteção ao patrimônio público, meio ambiente e outros interesses difusos (art. 129, § 1º, CF).

Além das menções supracitadas, também se vislumbram outras normas constitucionais que estabelecem a perspectiva democrática como forma de organização das funções de Estado, muito além, portanto, de sua expressa enunciação a título axiológico (o que não é pouco), tal como quando prevê a cooperação de associações representativas no planejamento dos Municípios (artigo 29, XII), a colaboração da sociedade na promoção e incentivo à Educação (artigo 205), cujo serviço público contará com gestão democrática (artigo 206, VI), a conjugação de esforços do Poder Público e da coletividade na defesa do meio ambiente (artigo 225), a mobilização de todos os setores organizados da sociedade para eliminar o analfabetismo e universalizar o ensino fundamental (texto do *caput* do artigo 60 do ADCT, antes de sua modificação pela Emenda Constitucional n.º 14/1996)[7], bem como a articulação da Comissão competente com instituições públicas e privadas que desejem participar das comemorações do centenário da proclamação da República e da promulgação da primeira Constituição republicana do País (artigo 63, ADCT).

Não apenas do texto promulgado pelo constituinte originário, mas também do derivado, revelam-se inserções especialmente voltadas à

---

6 RIGAMONTI, Thiago Reis Augusto. Da Participação Pública na Tomada de Decisão Estatal e de Sua Consideração na Atuação Decisória. *In* MOURA, Grégore Moreira de (coord.); EISAQUI, Daniel Dela Coleta (coord.). *Direito público*: *liberdade, igualdade e fraternidade visto por Maçons e DeMolays*. Belo Horizonte: Ed. D'Plácido, 2020, p. 243.

7 PEREZ, Marcos Augusto. *A administração pública democrática: institutos de participação popular na administração pública*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2004, p. 55-56.

"participação do usuário da administração pública direta e indireta", com o dever de a lei disciplinar, especialmente, as reclamações relativas à prestação dos serviços públicos, o acesso dos usuários a informações e registros, bem como o direito de representação diante de exercício antijurídico de competência de agente público (artigo 37, § 3º), tratando-se de dispositivos inseridos na Constituição através da Emenda Constitucional n.º 19/1998, denominada de "Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado" e que contou com expressa exposição de motivos a título de instrumentalização de participação do cidadão como via de satisfação da qualidade do serviço.[8]

Ademais, esta mesma "reforma administrativa" incluiu o princípio da eficiência dentre aqueles que informam a Administração Pública (artigo 37, *caput*, da Constituição da República), o qual, ao lado, especialmente, do princípio da publicidade, não tem função outra que não designar a natureza instrumental dos deveres-poderes[9] do Estado ao enfrentamento das necessidades de quem não necessariamente integra a sua estrutura orgânica.

---

[8] Ibid, p. 57-58.

[9] Já se revela a utilização do termo "dever-poder" pelo jurista italiano Renato Alessi, enquanto premissa de ativação da competência de provimento pelo Poder Público: "enfim, os *deveres-poderes* (*potestá*) jurídicos verdadeiros e próprios, acenados há pouco, que se resolvem em *poderes jurídicos*, mas em relação aos quais, de um lado, falta o conteúdo de pretensão contra outros sujeitos (diferenciando-se, assim, dos direitos subjetivos, e pondo-se ao lado das faculdades), mas, podendo faltar também, de outro lado, como elemento essencial, o elemento facultativo (diferenciando-se de tal modo também das meras faculdades), uma vez que seu exercício ocorre não já pelo interesse do titular, mas, sim, por um interesse alheio, sendo que muito amiúde, como se disse, o exercício do dever-poder (potestá) se resolve em um dever para o titular. Desse modo, a noção de dever-poder (potestá), dentendida de tal maneira, se conecta à de *função*" (ALESSI, Renato. *A Revogação dos Atos Administrativos*. Tradução da 2ª edição [de 1956] por DAL POZZO, Antonio Araldo Ferraz; DAL POZZO, Augusto Neves; e MARTINS, Ricardo Marcondes. São Paulo: Ed. Contracorrente, 2022, p. 151-152). O termo percebeu difusão, entre nós, por Celso Antônio Bandeira de Mello: "A indisponibilidade dos interesses públicos significa que sendo interesses qualificados como próprios da coletividade – internos ao setor público – não se encontram à livre disposição de quem quer que seja, por inapropriáveis. O próprio órgão administrativo que os representa não tem disponibilidade sobre eles, no sentido de que lhe incumbe apenas curá-los – o que é também um dever – na estrita conformidade do que predispuser a 'intentio legis'" (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O Conteúdo do Regime Jurídico-Administrativo e Seu Valor Metodológico. *Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura*, vol. 1/2017, p. 347-374, abr-jun/2017, p. 4); "A valia do poder, a utilidade e o sentido dele, resumem-se em consistir em instrumento insuprimível, sem o qual o agente administrativo não teria como desincumbir-se desse dever posto a seu cargo: dever de concretizar a finalidade legal, isto é, dever de dar satisfação a um interesse alheio; no caso, o interesse da coletividade. Logo, o administrador não dispõe de poderes-deveres, como às vezes se diz, mas de *deveres-poderes*, locução que expressa com maior fidelidade que a anterior a verdadeira índole de suas competências."

A Emenda Constitucional n.º 45/2004 incluiu “ouvidorias de justiça” para receberes reclamações e denúncias no âmbito do Poder Judiciário (artigo 103-B, § 7º) e do Ministério Público (artigo 130-A, § 5º).

Cumpre ressaltar que, além das previsões estruturantes do exercício da competência estatal retrocitadas, o constituinte também estabeleceu, expressamente, ao inaugurar o capítulo dos Direitos Políticos, que a soberania popular perfaz não apenas o sufrágio universal (direito de voto) com vistas à eleição de representantes, mas também de modo a se decidir sobre plebiscitos, referendos e iniciativa popular de leis (artigo 14, I, II e III, CF).

Tampouco se olvida que a norma jurídica é caracterizada como uma linguagem de sobrenível, isto é, que não se limita a identificar o plano do ser (ôntico), mas traduz prognóstico voltado ao dever-ser (deôntico)[10], com caráter compulsório e prescritivo, atributos sobre os quais sequer é dada a faculdade da renúncia.[11]

Partindo da premissa, então, de que a prescritividade (isto é, a instituição do dever) se afigura como mote a perfazer a própria concepção do Direito[12], a organização das funções de Estado sob a perspectiva de sê-lo democrático perfaz a ordem coativa do sistema.

(MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. 2ª edição. São Paulo: Ed. Malheiros, 1993, p. 54).

10 “Em suma, o mundo do ‘ser’ é disciplinado pela causalidade natural, em que há relações de implicação exprimindo nexo formalmente necessário entre os fatos naturais e seus efeitos. Já no universo jurídico, inexiste necessidade lógica ou factualmente fundada de a hipótese implicar a consequência, sendo a própria norma quem estatui o vínculo implicacional por meio do dever-ser”. (CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário: linguagem e método*. 8ª ed. São Paulo: Ed. Noeses, 2021, p. 232).

11 “Vale dizer: a *imperatividade*, o atributo de se impor a terceiros independentemente de sua concordância, existe por uma exigência do interesse público e não do interesse governamental. Da mesma forma que o agente não pode renunciar ao interesse público, pois se trata de interesse alheio, não pode renunciar aos *atributos* inerentes a esse interesse, aos meios de que se vale o ordenamento para sua adequada tutela. Assim, não pode o agente, por sua vontade, renunciar à imperatividade”. (MARTINS, Ricardo Marcondes. Princípio da liberdade das formas no direito administrativo. *Revista Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 15, n.º 80, jul./ago. 2013, p. 16).

12 Hart credita o caráter compulsório do Direito a uma “norma de reconhecimento” (HART, Herbert Lionel Adolphus. *O Conceito de Direito*. 3ª edição. Lisboa: Ed. Fundação Calouste Gulbenkian, 1972, p. 111-123), que, para nós, seria como um axioma, um pressuposto para se conceber um sistema jurídico organizado. Aproxima-se, em nosso sentir, à Norma Fundamental professada por Hans Kelsen (KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João

1.2. Democracia e sua significação

Diante do contexto normativo supracitado, não se revelam dúvidas, bem menos controvérsias, quanto à forma de governo brasileira vinculada umbilicalmente à democracia, restando despicienda, justamente diante da essencial convergência, maior exposição a este título, mais proveitosa se revelando a pesquisa do alcance de tal premissa do ordenamento jurídico superior diante da realidade administrativa e de sua instrumentalização.

É fato que, ainda que o constituinte originário não tenha formulado um conceito, propriamente dito, de democracia, valeu-se da expressão sob o contexto de participação popular no exercício do poder, ao atribuir ao povo a titularidade de "todo o poder" (artigo 1º, parágrafo único, CF) e ao vincular a gestão democrática à participação de agentes públicos e privados nas mais diversas políticas públicas, inclusive aquelas centrais à ordem social, como antes dito (educação, saúde, meio ambiente, cultura, desenvolvimento econômico, etc.).

Os fins do Estado Democrático voltados a construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais, bem como

---

Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 1998, p. 32-33), como se houvesse um acordo tácito entre determinada comunidade para conceber o fundamento de validade das normas jurídicas como hábil e aceito para ordenar as relações inter-subjetivas. É o que estabelece a distinção, ainda em Kelsen, entre o Direito e uma ordem de um salteador para determinado sujeito entregar o seu bem, sob pena de dano (Ibid, p. 31-32), pois esta última não extrai o seu fundamento de validade de uma Norma Fundamental pressuposta como fundamento de validade: "Esta norma é (...) a norma fundamental de uma ordem jurídica estadual. Esta não é uma norma posta através de um ato jurídico positivo, mas - como o revela uma análise dos nossos juízos jurídicos - uma norma pressuposta, pressuposta sempre que o ato em questão seja de entender como ato constituinte, como ato criador da Constituição, e os atos postos com fundamento nesta Constituição, como atos jurídicos. Constatar esta pressuposição é uma função essencial da ciência jurídica. Em tal pressuposição reside o último fundamento de validade da ordem jurídica, fundamento esse que, no entanto, pela sua mesma essência, é um fundamento tão-somente condicional e, neste sentido, hipotético (...) A definição do Direito pressuposta na norma fundamental tem como consequência que apenas se deve considerar como juridicamente prescrita - ou, o que é o mesmo, como conteúdo de um dever jurídico - uma certa conduta, quando a conduta oposta seja normada como pressuposto de um ato coercitivo que é dirigido contra os indivíduos que por tal forma se conduzam" (KELSEN, Hans. *Op. cit.,* p. 32-33 e 36).

promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (artigo 3º, CF) atraem a percepção centrífuga das competências do Estado, voltadas a instrumentalizar as necessidades dos que extravasam a sua composição institucional.

Reconhecendo a força normativa do preâmbulo das normas ao menos sob o influxo interpretativo que oferece[13], a instituição do Estado Democrático pelos constituintes se destinou, expressamente (conforme preâmbulo da Constituição Federal), a assegurar o exercício dos "direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos", reforçando o caráter instrumental da função administrativa aos interesses dos indivíduos que não necessariamente integram a estrutura estatal.

E, como a onisciência não é dada a nenhum agente público, pressupõe-se, cediço, que o interesse dos indivíduos é percebido justamente através de sua oitiva, daí o estabelecimento do sufrágio universal, das vias constitucionais de participação direta (incisos do artigo 14 da Constituição Federal) e da gestão participativa dos variados e essenciais ramos do serviço público.

Tal perspectiva dogmática constitucional não se distanciou, em essência, da concepção hermenêutica da democracia.

Neste sentido, já Aristóteles reconheceu o significado central da democracia como o governo em que, idealmente, "todas as coisas sejam decididas por todos", também compreendendo serem democracias as espécies de governo em que tais decisões sejam objeto de divisão em turnos entre os cidadãos, que ocuparão as atribuições de magistrado (autoridade decisória)

---

[13] "Preâmbulo, ementa e exposição de motivos cumprem, de certo modo, o mesmo objetivo: fixam dêiticos de conteúdo que identificam aspectos relevantes da substância discursiva. (...) O tom prescritivo, todavia, está igualmente presente nas três figuras, porquanto quem legisla não está credenciado a manifestar-se de outra maneira que não seja a ordenadora de condutas. Ainda que o autor empregue meios sintáticos que sugiram a forma de relato descritivo, como é comum, sua função é, fundamentalmente, disciplinadora de comportamentos intersubjetivos." (CARVALHO, Paulo de Barros. *Op. cit.*, p. 441-442).

mediante eleição de suas respectivas regiões, com cargos ocupados por tempo predeterminado, ou até mesmo mediante segregação de funções com matérias decididas por todos os cidadãos (escolher altos magistrados, votar leis, definir sobre guerra e paz e fiscalizar as contas dos magistrados) e outras por funcionários eleitos ou sorteados entre os cidadãos, restringindo a sua ocupação com quem conheça do assunto.[14]

Afirma, ademais, que quando todos os cidadãos decidem sobre tudo se dá a "democracia extremada", enquanto que restringir o poder de deliberação a apenas algumas poucas pessoas caracterizará a "oligarquia", ao invés de democracia.[15]

É pertinente a observação do autor de que na democracia, em esforço de distinção de seus distintos níveis para a oligarquia e a monarquia, o governo pertence aos pobres[16], com a premissa implícita de serem em maior número e terem se rebelado em face dos poucos oligarcas, bem como a pertinente ressalva procedida pelo autor de que a simples decisão da maioria em todos os assuntos atrairá a tirania, ainda que exercida por várias pessoas e não por poucas[17], revelando-se a pertinência de mecanismos de proteção das minorais também nas democracias "extremadas" (valendo-se do termo do autor).

Rousseau reconhece na democracia a incumbência "do governo a todo o povo ou à maior parte dele, de tal forma que existam mais cidadãos magistrados do que particulares".[18]

Norberto Bobbio atribui à democracia o método precípuo de controle do poder despótico, de modo a direcioná-lo à satisfação dos interesses comunitários e a evitar o abuso, justificando-a sob o argumento "ético" de

---

14 ARISTÓTELES. *Política*. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Ed. Martin Claret, 2017, p. 164-165.

15 Ibid, p. 165.

16 ARISTÓTELES. *Política*. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Ed. Martin Claret, 2017, p. 111.

17 Ibid, p. 206.

18 ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social: princípios de direito político*. Tradução de Antônio P. Machado. Rio de Janeiro: Ed. Nova Fronteira, 2016, p. 77.

valorização da liberdade, “político” de controle do exercício do poder e “utilitário” no sentido de que os melhores intérpretes do interesse coletivo são os integrantes da coletividade a que se destinam as medidas de governo.[19]

Friedrich Muller atribui à democracia mais a percepção de “processo”, ao invés de um conceito estanque, isto pois, a despeito da origem etimológica do termo voltada ao “governo do povo”, o choque entre a concepção de Rousseau (democracia direta mediante assembleias: o que denomina o autor de plebiscitária) e de John Locke (democracia essencialmente representativa) atrai a percepção de que “mais” se realiza democracia mediante formas adicionais às eleições periódicas (a iniciativa popular e o referendo são citados pelo autor)[20], de modo que a democracia avançada não é simplesmente um determinado dispositivo técnico sobre como colocar em vigor textos normativos, mas é, em seus dizeres, um “nível de exigências atinentes à mediação democrática”:

> Além disso, ela é – e nesse sentido ainda ao nível da estrutura textual – o dispositivo organizacional para que prescrições postas em vigor de forma democrática também caracterizem efetivamente o fazer do Poder Executivo e do Poder Judiciário. É o dispositivo organizacional para que impulsos de normatização democraticamente mediados configurem aquilo para que eles

---

19 “Na medida em que um número sempre maior de indivíduos conquista o direito de participar da vida política, a autocracia retrocede e a democracia avança. Ao lado do argumento ético em favor da democracia entendida precisamente como a realização sobre o terreno especificamente político do valor supremo da liberdade, a avaliação positiva da democracia-autonomia frente à autocracia-heteronomia vale-se geralmente de outros dois argumentos, o primeiro mais propriamente político, o segundo genericamente utilitário. O argumento político funda-se numa das máximas mais compartilhadas pelo pensamento político de todos os tempos: a máxima segundo a qual quem detém o poder tende a dele abusar. Toda a história do pensamento político pode ser considerada como uma longa, ininterrupta e apaixonada discussão em torno dos vários modos de limitar o poder: entre eles está o método democrático. Um dos argumentos fortes em favor da democracia é que o povo não pode abusar do poder contra si mesmo, ou, dito de outra forma, onde o legislador e o destinatário da lei são a mesma pessoa, o primeiro não pode prevaricar sobre o segundo. O argumento utilitarista é o que se funda numa outra máxima (menos sólida, para dizer a verdade), aquela segundo a qual os melhores intérpretes do interesse coletivo são os que fazem parte da coletividade e de cujo interesse se trata, isto é, os próprios interessados” [BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo, Sociedade: Para uma Teoria Geral da Política*. Trad. por Marco Aurélio Nogueira. 4ª edição. Rio de Janeiro: Ed. Paz e Terra, 1995 (obra original de 1987), p. 145-146].

20 MULLER, Friedrich. *Op. Cit.*, p. 47 e 108-109.

> foram textificados e postos em vigor com tanto esforço: a realidade social cotidiana (e com isso também a realidade individual).
>
> A democracia avançada é assim – e nesse sentido ela vai também um bom pedaço além da estrutura de meros textos – um *nível de exigências*, além do qual não se pode ficar – e isso tendo em consideração a maneira pela qual as pessoas devem ser genericamente tratadas nesse sistema de poder-violência [Gewalt] organizado (denominado "Estado"): não como subpessoas [Unbter-Menschem], não como súditos [Untertanem], também no caso de grupos isolados, mas como membros do Soberano, do "povo" que legitima no sentido mais profundo a totalidade desse Estado. Essa democracia é portanto também um *status negativus* democrático e um *status positivus* democrático. Representa ela um nexo necessário, um nexo legitimador com a organização da liberdade e da igualdade. Isso não é direito natural idealista [inhaltliches Naturrecht]; isso se acha incorporado ao texto das constituições [in den Konstitutionem vertextet], das quais falamos. Democracia significa direito positivo – o direito de cada pessoa. (MULLER, Friedrich. *Quem é o Povo? A questão fundamental da democracia*. Tradução de Peter Naumann, revisão de Paulo Bonavides. 3ª edição. São Paulo: Ed. Max Limonad, 2003, p. 115).

A percepção da democracia como processo ("dispositivo organizacional para impulsos de normatização democraticamente mediados") se revela harmônica ao texto constitucional brasileiro (também observado pelo autor acima referido[21]), uma vez que não delimitou em conceito estanque a gestão do poder pertencente ao povo, mas, ao revés, fixou colunas mestras e diretrizes a serem atendidas e otimizadas nos processos que ao povo interessem.

Entre os constitucionalistas nacionais não se depreende distinção substancial de percepção da natureza democrática da forma de governo brasileira, assim informada, por todos, por Paulo Bonavides[22], Dalmo de Abreu

---

21 MULLER, Friedrich. *Op. Cit.*, p. 47-48.

22 "O princípio democrático outra coisa não é, do ponto de vista político, senão a ingerência dos governados na obra de governo ou a organização de um sufrágio que faça essa

Dallari[23], Luís Roberto Barroso[24], Manoel Gonçalves Ferreira Filho[25], dentre outros.

A democracia emerge e percorre trilha de consolidação no ocidente enquanto fruto revolucionário de controle do poder e, a princípio, consolidando a "liberdade" como mote principiológico, notadamente sobre a perspectiva civil, política e econômica.

Desde as inglesas Carta Magna, Petition of Right e Bill of Rights e a Declaração da Independência Norte Americana[26], todas sob a perspectiva de contenção e eliminação, respectivamente, do poder do Monarca (então centralizador das competências estatais), os ideais de liberdade e autonomia sustentados por Immanuel Kant[27] e a democracia participativa professada por

---

ingerência mediante canais representativos" (BONAVIDES, Paulo. *Teoria Geral do Estado*. 9ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 325 e 332).

23 "Sendo o Estado Democrático aquele em que o próprio povo governa (...)" (DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 6ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 1979, p. 134).

24 "*Democracia*, por sua vez, em aproximação sumária, traduz-se em soberania popular e governo da maioria" (BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 4ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2013, p. 111).

25 Reconhecendo que a democracia remonta à percepção, em síntese, de que o governo provém do povo e visa ao interesse geral, o autor estabelece a pertinente distinção quantitativa das formas de governo democráticas, conforme a maior intensidade aos seus valores básicos da liberdade e da igualdade, anotando a "opção liberal" (em que a liberdade predomina sobre a igualdade), a "democracia marxista" (com a acentuação à igualdade e em sua concretização material como mote, restringindo-se a liberdade formal quando fora da participação no poder estatal) e a "democracia providencialista ou social" (coexistindo a "liberdade-autonomia" e a "liberdade-participação" com mecanismos de otimização da igualdade) (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 34.ª ed. Ver. e atual. São Paulo: Ed. Saraiva, 2008, p. 100-105).

26 Destaca-se o seguinte trecho de suas frases iniciais: "(...) que para proteger tais direitos [vida, liberdade e a procura da felicidade] são instituídos os governos entre os homens, emanando seus justos poderes dos consentimentos dos governados" (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Declaração de Independência dos Estados Unidos da América*, 1776. Disponível em: <http://www.uel.br/pessoal/jneto/gradua/historia/recdida/declaraindepeEUAHISJNeto.pdf>. Acesso em: 02 jan. 2023).

27 Para quem a autoafirmação dos desígnios do homem, quando morais, perfaz "fim em si mesmo" para o homem e para os demais [KANT, Immanuel. *Metafísica dos Costumes*. Trad. por Grupo de Traduções Kantianas, formado por (primeira parte) Clélia Aparecida Martins, (segunda parte) Bruno Nadai, Diego Kosbiau e Monique Hulshof. 4ª reimpressão. Petrópolis/RJ: Ed. Vozes; Bragança Paulista/SP: Ed. Universitária São Francisco, 2013, p. 276-278].

Jean Jacques Rousseau[28] culminaram na francesa Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão[29], paradigma normativo ocidental (especialmente aos regimes jurídicos do "civil law") para o regime estatal com separação de poderes, supremacia da lei e sua edificação mediante representação popular[30].

---

[28] Remete-se o leitor a duas passagens do Contrato Social, exemplificativas da percepção de democracia direta e da liberdade e igualdade como premissas do governo e do legislador para Rousseau: "Aquele que redige as leis não tem, pois, nem pode ter direito algum legislativo, e o próprio voto, quando quiser, não pode despojar-se deste direito instransferível, porque, segundo o pacto fundamental, somente a vontade geral obriga aos particulares e não é possível ter certeza de que uma vontade particular está de acordo com a geral senão depois de tê-la submetido aos sufrágios livres do povo. (...) Se indagarmos em que consiste precisamente o maior bem de todos, que deve ser o fim de todo sistema de legislação, achar-se-á que se reduz a estes dois objetos principais: liberdade e igualdade. A liberdade, porque toda dependência particular é outro tanto de força tirada ao corpo do Estado; a igualdade, porque a liberdade não pode existir sem ela" (ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social: princípios de direito político*. Tradução de Antônio P. Machado. Rio de Janeiro: Ed. Nova Fronteira, 2016, p. 64 e 53).

[29] FRANÇA. *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789*. Disponível em: <https://www.ufsm.br/app/uploads/sites/414/2018/10/1789.pdf>. Acesso em: 02 jan. 2023.

[30] Vide, neste sentido, os artigos 1º, 4º, 5º, 6º, 11, 12, 14 e 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (de 1789):

"Artigo 1º. Os homens nascem e são livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem fundar-se na utilidade comum.

Artigo 4º. A liberdade consiste em poder fazer tudo aquilo que não prejudique outrem: assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão os que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados pela Lei.

Artigo 5º. A Lei não proíbe senão as acções prejudiciais à sociedade. Tudo aquilo que não pode ser impedido, e ninguém pode ser constrangido a fazer o que ela não ordene.

Artigo 6º. A Lei é a expressão da vontade geral. Todos os cidadãos têm o direito de concorrer, pessoalmente ou através dos seus representantes, para a sua formação. Ela deve ser a mesma para todos, quer se destine a proteger quer a punir. Todos os cidadãos são iguais a seus olhos, são igualmente admissíveis a todas as dignidades, lugares e empregos públicos, segundo a sua capacidade, e sem outra distinção que não seja a das suas virtudes e dos seus talentos.

Artigo 11. A livre comunicação dos pensamentos e das opiniões é um dos mais preciosos direitos do Homem; todo o cidadão pode, portanto, falar, escrever, imprimir livremente, respondendo, todavia, pelos abusos desta liberdade nos termos previstos na Lei.

Artigo 12. A garantia dos direitos do Homem e do Cidadão carece de uma força pública; esta força é, pois, instituída para vantagem de todos, e não para utilidade particular daqueles a quem é confiada.

Artigo 14. Todos os cidadãos têm o direito de verificar, por si ou pelos seus representantes, a necessidade da contribuição pública, de consenti-la livremente, de observar o seu emprego e de lhe fixar a repartição, a colecta, a cobrança e a duração.

Artigo 16. Qualquer sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos, nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição."

Convém explicitar que a exegese moderna de democracia ainda parte da premissa de que o seu contexto revolucionário de origem foi ampliado pela perspectiva de inserção social do indivíduo sob a ótica material, não mais bastando apenas a sua imunidade formal em face do exercício do poder estatal fora dos contornos legais.

Permitindo-se certo poder de síntese visando a não romper com o recorte do texto que se propõe, a participação cívica-legislativa com o mote substancial de delimitação dos contornos legais de atuação do Estado de modo a contê-lo (perspectiva liberal adotada pelos revolucionários franceses e por praticamente todo o ocidente ao longo do século XIX) passa a conviver com a produção normativa vocacionada à instrumentalização da ordem social do modo como prevista na Constituição Federal de 1988, ampliada, pois, à gestão e otimização de recursos e serviços públicos.

Isto pois a mera liberdade formal (fruto da conquista revolucionária do final do século XVIII) não satisfez os anseios de igualdade material diante do aprofundamento da industrialização e da atividade econômica burguesa, mormente porque sequer é livre, de fato, aquele que nada tem[31], culminando nos movimentos que marcaram a segunda dimensão dos direitos humanos (da igualdade quanto aos direitos sociais, culturais e econômicos) e que sucederam a dimensão marcada pelas Revoluções Inglesa e Francesa e pela Independência dos Estados Unidos da América (dimensão da liberdade, antes referida), sendo que os marcos normativos da segunda dimensão

---

31 MARTINS, Ricardo Marcondes. *Estudos de Direito Administrativo Neoconstitucional*. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 145-157, com destaque à passagem: “a liberdade negativa, o não impedimento de fazer ou não fazer algo, só interessa para quem possui liberdade efetiva, a possibilidade real de fazer ou não fazer algo. O Estado liberal, ao garantir apenas a liberdade negativa, atendeu tão somente aos reclamos da burguesia, classe possuidora da liberdade efetiva. (...) De fato, não faz muito sentido propugnar pelo respeito à privacidade de quem mora na rua, embaixo de uma ponte. Daí a evolução: o Estado social assume a missão de garantir a liberdade efetiva a quem não tem. Nele não se impõe ao Estado um omitir (não impedir a liberdade de pensamento, não torturar, etc.), impõe-se ao Estado um fazer: realizar prestações materiais. Tem razão Ernesto Benda ao afirmar que enquanto no Estado liberal o valor maior é a liberdade, no Estado social valoriza-se a igualdade: o Estado busca reduzir a desigualdade social entre as pessoas privadas. Torna-se missão do Estado diminuir a diferença entre a liberdade efetiva dos riscos e poderosos e a liberdade efetiva dos fracos e oprimidos. Diminuir a diferença não é, porém, equiparar. Estado social não se confunde com Estado socialista: não é objetivo estatal equiparar as condições econômico-sociais privadas” (Ibid, p. 145-146).

revolucionária repousam nos textos que previram os primeiros direitos sociais enquanto deveres "positivos" atribuídos à comunidade (personificada no Estado) – dentre os quais merecem destaque as Constituições Mexicana de 1917, Russa de 1918 e Alemã (de Weimar) de 1919 –, encerrando o ciclo de liberdade individual como premissa maior (perspectiva de garantias – ou direitos negativos – frente ao Estado), temperando-a com as funções sociais (isto é, voltadas aos demais indivíduos além de seu titular) da propriedade, do contrato e do trabalho, bem como com os direitos a prestações estatais essenciais cujo dever de promoção compete ao Poder Público.[32]

O movimento se intensificou após a segunda guerra mundial e diante da potente crise humanitária decorrente, estendendo-se não apenas à perspectiva interna, mas às relações externas entre as nações soberanas, deflagrando-se o movimento normativo que marcou a chamada terceira geração dos direitos humanos (deveres de fraternidade), tendo como marco a Declaração dos Direitos Humanos de 1948[33], corroborada, na América, pela

---

[32] A doutrina é vasta quanto ao contexto histórico de surgimento do denominado Estado Social (promovedor de políticas públicas e comodidades materiais aos cidadãos, também denominado de Estado Providência ou "Welfare State"), e não apenas policial (responsável pela ordem, jurisdição e segurança interna e externa), registrando-se as seguintes obras a merecerem destaque: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 36.ª edição, revista e atualizada até a Emenda Constitucional n.º 128, de 22.12.2022, e a Medida Provisória n.º 1.154, de 1º.1.2023, que estabelece a organização básica dos órgãos da Presidência da República e dos Ministérios. Com a participação de ZOCKUN, Carolina Zancaner; ZOCKUN, Maurício; e ZANCANER, Weida. Belo Horizonte: Fórum, 2023, p. 38-54; MARTINS, Ricardo Marcondes. *Estudos de Direito Administrativo Neoconstitucional*. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 209-217; Id, *Regulação administrativa à luz da Constituição Federal*. São Paulo: Ed. Malheiros, 2011, p. 139-148; DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 6ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 1979, p. 129-133; BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 4ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2013, p. 110-126 e 257-264; KIM, Richard Pae. Titularidade dos Direitos Fundamentais Difusos e Coletivos. In KIM, Richard Pae (coord.); BARROS, Sérgio Resende de (coord.); KOSAKA, Fausto Kozo Matsumoto (coord.). *Direitos Fundamentais Coletivos e Difusos: questões sobre a fundamentalidade*. São Paulo: Ed. Verbatim, 2012, p. 13-16; BARROS, Sérgio Resende de. A Difusão dos Direitos Humanos Fundamentais. In KIM, Richard Pae (coord.); BARROS, Sérgio Resende de (coord.); KOSAKA, Fausto Kozo Matsumoto (coord.). *Ibid*, p. 40-45. Sobre uma síntese do impacto dos movimentos sociais internacionais nas reivindicações e estruturas de Poder no Brasil no início do século XX, culminando no também estabelecimento, no Brasil, de base normativa ao Estado social e prestador de políticas públicas, vide CANTISANO, Pedro. A ordem subterrânea do direito liberal. *In* BACHA, Edmar (coord.), et al (coord.). *130 anos: em busca da República*. Rio de Janeiro: Ed. Intrínseca, 2019, p. 62-65, e VIOLIN, Tarso Cabral. *Democratização dos Meios de Comunicação: Estado, Direito e Políticas Públicas*. Porto Alegre: Editora Fi, 2020, p. 28-34.

[33] Esta prevê, inclusive, que "todo ser humano tem o direito de fazer parte no governo de seu país diretamente ou por intermédio de representantes livremente escolhidos" (art. XXI).

Convenção Americana dos Direitos Humanos de 1969[34] (também denominada de Pacto de San José da Costa Rica).[35]

Atualmente, já se concebe o advento de novas dimensões de direitos humanos, voltadas à paz, ao exercício da democracia[36], à segurança digital, dentre outras perspectivas que nos olvidamos em virtude do recorte pretendido, sendo merecida a síntese histórica retrocitada para que o alcance do "processo" que predica a democracia não se circunscreva à perspectiva de produção legislativa ou exercício de funções eletivas, mas, ao revés, estenda-se às diversas atribuições que perfazem as competências estatais constitucionais no Brasil (em especial a função administrativa, objeto de estudo) e o exercício do dever-poder titularizado, na origem, pelo popular[37].

1.3. Do princípio democrático

---

[34] Da qual se destaca a previsão de seu artigo 23, 2, ao garantir a todos os cidadãos como direito político o de "participar da condução dos assuntos públicos, diretamente ou por meio de representantes livremente eleitos".

[35] KIM, Richard Pae. Titularidade dos Direitos Fundamentais Difusos e Coletivos. In KIM, Richard Pae (coord.); BARROS, Sérgio Resende de (coord.); KOSAKA, Fausto Kozo Matsumoto (coord.). *Op. cit*., p. 13-16.

[36] BONAVIDES, Paulo. *Teoria Constitucional da Democracia Participativa*. São Paulo: Ed. Malheiros, 2001, p. 9; SCHIER, Adriana da Costa Ricardo; MELO, Juliane Andrea de Mendes Hey. O Direito à Participação como Expressão do Estado Social e Democrático de Direito. *A & C – R. de Dir. Adm. Cons*., Belo Horizonte, ano 17, n. 69, p. 127-147, jul./set./, 2017, p. 133.

[37] "Entende-se que a liberdade a ser defendida em pleno século XXI, para que se garanta o mínimo de desenvolvimento e democracia substancial republicana, não deve ser mais a mesma liberdade do período das revoluções liberais, que tinha o intuito apenas de barrar o poder estatal e garantir as liberdades individuais-egoísticas como a propriedade privada e a liberdade de imprensa.

Na sociedade atual a liberdade deve vir junto com igualdade substancial, justiça social, bem-estar coletivos e interesse público/vontade geral; liberdade com relação ao Estado e ao mercado; liberdade para a escolha de representantes políticos, mas também para participação cidadã nos assuntos políticos e das políticas públicas; liberdade financeira; e liberdade para que a comunidade mais ampla possa se expressar e não apenas que uma pessoa física ou jurídica tenha garantida a sua manifestação.

Entre as liberdades existe e liberdade de expressão, e em uma democracia a população participa da tomada de decisões políticas, seja de forma direta ou indireta, em um governo do povo. Entretanto, uma democracia se faz não apenas com eleições livres e regulares e a participação da sociedade nas decisões de interesse público, mas também com liberdade de expressão e pluralidade de vozes no jogo político e comunicacional" (VIOLIN, Tarso Cabral. *Democratização dos Meios de Comunicação: Estado, Direito e Políticas Públicas*. Porto Alegre: Editora Fi, 2020, p. 70).

Por conseguinte, diante de tão elevada normatização da democracia no exercício das funções de Estado, sem a delimitação de contornos estanques e com a diretriz abstrata de sua realização, revela-se patente reconhecê-la justamente enquanto um dos mandamentos nucleares do sistema normativo e administrativo brasileiro, perfazendo uma das colunas principiológicas que sustentam o exercício e a legitimação da função administrativa.

A atração do conceito de "princípio constitucional" à democracia enquanto "dispositivo organizacional para impulsos de normatização democraticamente mediados"[38] não é mera retórica para lhe atribuir predicado que soe forte em sua inserção sistemática no ordenamento, mas, ao revés, é caractere que se presta a situar o princípio democrático sob específico regime científico atribuído a princípios jurídicos.

Merece menção o fato de que, a despeito de se revelar absolutamente consentâneo à exegese jurídica o reconhecimento de princípios e conceitos jurídicos "implícitos" no ordenamento, mormente de sua apreciação sistemática com vistas a formar, ao final, uma norma jurídica[39] – que pode ser tanto um

---

38 MULLER, Friedrich. *Op. Cit.*, p. 115.

39 Por todos, Ricardo Guastinni reconhece a presença das normas implícitas nos ordenamentos e as classifica em (a) normas que podem ser aferidas a partir de normas explícitas mediante raciocínio lógico; (b) normas que podem ser aferidas de normas explícitas, mas mediante o acréscimo de premissas de outras fontes (conceitos difundidos na doutrina e jurisprudência, por exemplo); e (c) normas que podem ser aferidas a partir de normas explícitas, mas mediante raciocínio não estritamente lógico (como conjecturas sobre a *ratio legis*, por exemplo). Não obstante integre as normas implícitas no ordenamento jurídico ("los ordenamentos no se agotan en el conjunto de normas explicitamente 'puestas', es decir, formuladas y dictadas por las distintas autoridades normativas. Todo ordenamento – se piensa – incluye tambíen, junto a las normas dictadas, las normas que, incluso em ausência de dictado, están sin embargo 'implícitas' en las normas dictadas. Entiéndase bien, que las normas implícitas sean normas 'no dictadas' no significa que sean tambíem normas 'no formuladas'. Uma norma no formulada simplesmente no existe. Una norma implícita adquiere existência cuando es formulada y, por tanto, cuando deja de ser 'implícita'"), fica evidente, portanto, que Guastinni credita as normas implícitas de categoria "a" a operações meramente lógicas (se apenas os maiores de 18 anos podem votar, é possível se afirmar serem maiores de idade todos os votantes – exemplo do autor), de categoria "b" às operações interpretativas e de categoria "c" às operações "criativas" (GUASTINI, Riccardo. *Distinguendo: estúdios de teoria y metateoría del derecho*. Barcelona: Ed. Gedisa, 1999, p. 357-358). Preferimos, à luz do regime jurídico brasileiro, reconhecer na norma extraída da conjugação dos textos normativos sem as operações puramente dedutivas e lógicas (que o autor atribui à investigação da finalidade da norma, por exemplo) não uma perspectiva "criativa", mas exclusivamente interpretativa que não atrai à norma implícita fonte que não os textos normativos, ainda que

princípio, como uma regra –, isto é, um comando sintetizado em linguagem extraído do conjunto dos textos veiculados no ordenamento[40], não cremos que afirmar a existência do princípio da democracia reclame a ativação de tal perspectiva sistemática e noção de implicitude de molde a se extrair norma jurídica de conjunto de textos contíguos, mas não dotados de significação literal suficiente[41].

---

tenham sido conjugados e melhor compreendidos à luz do influxo de outros mecanismos ou valores (unicidade e coesão do sistema, analogia, equidade, etc.) que não são, porém, estranhos ao ordenamento. Mencione-se que, no Brasil, por exemplo, compreender a finalidade social do texto normativo de modo a se concluir por um conteúdo prescritivo (norma jurídica) é diretriz expressa do artigo 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Neste sentido, melhor a elucidação de Ricardo Marcondes Martins: "Essa compreensão da interpretação jurídica acarreta dois desdobramentos teóricos importantes. Primeiro: a percepção de que o conjunto de normas jurídicas, editadas pelos agentes normativos, não se restringe às normas extraídas da literalidade dos textos normativos. Valho-me da feliz metáfora proposta por Friedrich Müller: o teor literal dos textos normativos é apenas a 'ponta do iceberg'. Imagine um enorme iceberg submerso nas águas do mar, em que apenas a ponta encontra-se emersa. As normas relativas ao sentido literal consistem apenas na ponta emersa. Boa parte do conjunto normativo que compõe o Direito está implícita nos textos literais. Apesar disso, não é o intérprete que constrói o iceberg, ele apenas o revela. Segundo: a analogia não é, propriamente, um processo de integração – e, pois, de construção –, mas de revelação – e, pois, de interpretação" (MARTINS, Ricardo Marcondes. Teoria Geral da Interpretação Jurídica: considerações críticas à obra de Black. *Revista de Direito Administrativa e Infraestrutura*, vol. 3, ano 1, p. 299-331. São Paulo: Ed. RT, out.-dez., 2017, p. 306). É elucidativa a abordagem, pelo autor, do exemplo da norma que "proíbe a entrada de passageiros no trem com cães", suscetível de se compreender também estar vedando a entrada com ursos, o que não traduz a proibição aos ursos como fruto de criação do intérprete, mas de apreciação interpretativa do texto normativo de modo a se estabelecer uma norma jurídica diante do caso concreto (sujeito acompanhado de urso com pretensão de uso do trem). (ibid, p. 303-304).

[40] No mesmo sentido, Paulo de Barros Carvalho: "Uma coisa são os enunciados prescritivos, isto é, usados na função pragmática de prescrever condutas; outras, as normas jurídicas, como significações construídas a partir dos textos positivados e estruturadas consoante a forma lógica dos juízos condicionais, compostos pela associação de duas ou mais proposições prescritivas" (CARVALHO, Paulo de Barros. *Op. cit.*, p. 133).

[41] Jean Riveró observa, inclusive, o fato de que o Direito é dotado de princípios gerais inerentes ao sistema normativo, os quais não reclamam, necessariamente, texto a positiva-los, pois que sua presença é pressuposto do Direito organizado e seguro ["Los principios no reposan sobre la ley escrita; el Juez afirma que son aplicables 'incluso en ausencia de texto', no buscando jamás reconducirlos por una exégesis más o menos sutil a una ley de la cual podría deducirse el principio, ni ligándolos tampoco a los textos constitucionales; incluso para aquellos formulados en las declaraciones de Derecho y cuyo valor jurídico está, por otra parte, muy puesto en duda, no se invoca jamás este origen. El principio se basta a sí mismo y la voluntad de los órganos investidos del poder legislativo o constituyente no altera para nada su autoridad" (RIVERÓ, Jean. Los princípios generales del derecho em el derecho administrativo francês contemporâneo, em *Revista de Administración Pública*, n.º 6, set-dez., 1951, p. 295-296). O autor francês exemplifica como a concepção de tais princípios gerais do sistema jurídico foram relevantes para satisfazer premissa básica de segurança jurídica diante das oscilações bruscas no Direito escrito francês entre os anos de 1940 e 1946 (período conhecido como França de Vichy, decorrente da ocupação nazista durante a 2ª Guerra Mundial), dividindo os princípios gerais em quatro grupos, o primeiro relativo à separação de poderes e à premissa

Isto pois o fato de que todo o poder emana do povo consta no parágrafo único, do artigo 1º, da Constituição Federal, franqueando-se a sua efetivação “por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”, vinculando a legitimidade do exercício do poder à mediação popular.

A afirmação do Estado “Democrático” de Direito é expressa no *caput* do mesmo artigo 1º, ainda no qual se depreendem a “cidadania” e o “pluralismo político” como fundamentos do mesmo Estado.

Além de a cidadania[42] atrair, *per se*, a noção de integração entre os cidadãos e o corpo político que os envolve[43], o pluralismo político reforça a

---

subjacente de liberdade em todas as suas faces (econômica, política, de associação, crença, etc.), o segundo atinente às técnicas de procedimento jurídico (irretroatividade do Direito, indenização face ao ilícito, vedação do enriquecimento sem causa, ampla defesa, etc), o terceiro referente a premissas morais universais (busca do bem comum, prevalência da verdade, boa-fé e vedação ao abuso de poder) e o quarto inerente à natureza das coisas (reconhecimento da competência ao meio por parte de quem tem o fim, continuidade do serviço público, atuação *praeter* ou *contra legem* na urgência, etc.) (RIVERÓ, Jean. Los princípios generales del derecho em el derecho administrativo francês contemporâneo, em *Revista de Administración Pública*, n.º 6, set-dez., 1951, p. 294-295).

42 Adota-se aqui, a percepção adequada de cidadania, merecendo menção a professada por Álvaro Luiz Valery Mirra: “(...) no Estado Democrático-Participativo, consagrado na Constituição de 1988, os próprios direitos políticos ganharam maior extensão e ultrapassaram o restrito campo da capacidade eleitoral ativa e passiva, do direito de votar e ser votado, para incluir a possibilidade de ampla participação popular nos assuntos de interesse comum. No Estado da democracia participativa, os direitos de participação política são direitos que agregam, à sua expressão individual tradicional, uma dimensão coletiva e social, por intermédio da abertura de canais de participação direta de indivíduos e da participação semidireta de grupos e instituições sociais secundários. Com isso, atualiza-se, igualmente, a concepção de cidadania, entendida como *cidadania social*, expressa na participação política ativa, direta e semidireta, na vida da sociedade, e não mais apenas como cidadania política, restrita ao exercício periódico do direito político de eleger e ser eleito. Cidadão, nesse sentido, à luz do art. 1º, II, da Constituição da República, é não só o indivíduo nacional capaz de eleger os seus representantes e ser eleito, como, ainda, o indivíduo, nacional ou estrangeiro, a quem se reconhece, para além da capacidade eleitoral ativa e passiva, a capacidade de participar ativa e diretamente, individualmente, em grupo ou por meio de representantes funcionais, nos assuntos do governo e da sociedade” [MIRRA, Álvaro Luiz Valery. *Participação, processo civil e defesa do meio ambiente no direito brasileiro*. Tese de Doutorado – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2010. Disponível em: <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-06102010-151738/pt-br.php>. Acesso em: 05 nov. 2021, p. 212].

43 Colabora à percepção ampliada da noção de cidadania (cuja significação etimológica é o pertencimento à cidade), que é a potência e o instrumental decorrente da noção substantiva de povo (detentor de todo o poder), a referência a Friedrich Muller, de cuja obra se revelam as diferentes perspectivas que consagram a concepção de povo, mencionando-se o “povo ativo”, em concepção relativa à totalidade dos atingidos pelas normas e que interagem, então, com a sua produção e aplicação; “povo como instância global de atribuição de legitimidade”, quando justificador das medidas estatais (conceito também presente quando se carece de

necessidade de convivência de distintas visões de mundo sob a mesma estrutura estatal, cuja mediação é inerente uma vez que a paz e a solução pacífica dos conflitos são princípios de atuação do Estado Brasileiro (artigo 4º, VI e VII: e se o são diante do exercício da soberania perante nações estrangeiras, que dirá em âmbito interno diante de seus próprios cidadãos), destacando-se que a igualdade, liberdade de expressão e de crença política são direitos individuais fundamentais (artigo 5º, *caput*, IV, VI, entre outros, combinados com o artigo 3º, I e IV), tudo o quanto "complementando" o espírito democrático afirmado "expressamente" no artigo 1º e cujos demais dispositivos constitucionais reforçam a sua irradiação e otimização através de mecanismos normativos que trazem consigo a mediação democrática como premissa óbvia, lógica e, diversas vezes, expressa.

Nesta toada, com poder de síntese porque já se tratou de tema abordado (capítulo 1.1.), a democracia ou gestão democrática foi expressamente ativada não apenas como premissa da formação do Estado, de seus fundamentos estruturais, objetivos e convívio[44] comunitário diante do plexo de direitos e garantias individuais fundamentais, mas também como instrumental de exercício da ordenação social, pelo Estado e pela comunidade, dos serviços públicos e fins sociais referentes à política agrícola (art. 187), seguridade social (art. 194, VII), saúde (art. 198, III), assistência social (art. 204, II), educação (arts. 205 e 206), cultura (art. 216, § 1º), assistência integral à criança, adolescente e ao jovem (art. 227, § 1º), garantindo-se ao cidadão a legitimidade ampla e perene para peticionar e se manifestar na defesa de direitos (próprios, coletivos e difusos) tanto em âmbito administrativo (direito de

---

democracia); "povo como ícone", quando manipulado como símbolo de destinatário e carente da pretensão estatal; "povo como destinatário de prestações civilizatórias do Estado", sob perspectiva do indivíduo como efetivamente atingido pelo direito e pelo ato decisório do poder estatal; classificação que induz o autor a concluir pela vedação à exclusão liberal e pela consagração ampliada do povo a título de "*todo* o povo dos generosos documentos constitucionais, da população, de todas as pessoas, inclusive das (até o momento) sobreintegradas e das (até o momento) excluídas: trata-se do povo enquanto destinatário das prestações estatais negativas e positivas, que a cultura jurídica respectiva já atingiu" (MULLER, Friedrich. *Op. Cit.*, p. 100).

44 "A ideia fundamental da democracia é a seguinte: determinação normativa do tipo de convívio de um povo pelo mesmo povo" (Ibid, p. 57).

petição: artigo 5º, XXXIV, “a”, CF) quanto em pretensão de lograr a tutela compulsória estatal pela Jurisdição (artigo 5º, XXXV, LXXIII e LXXVIII, CF).

A mediação do exercício do poder com o seu titular (povo) é premissa de formação do estado e de exercício (se adequado) de seus misteres, o que atrai ao “Democrático” que integra o título do Estado Brasileiro (*caput* do artigo 1º, da Constituição Federal) uma perspectiva dogmática de irradiação para praticamente todos os demais segmentos da ordenação social e do exercício dos direitos individuais e coletivos.[45]

Na caracterização deste termo textual (forma democrática de governo) como norma, então, acolhendo-se a classificação das normas jurídicas em princípios e regras, é a noção dos primeiros que melhor se harmoniza à compreensão do “democrático” que predica a ordem brasileira.

Explica-se[46]. A evolução do conceito de princípio é suscetível de verificação sob 03 (três) dimensões, a primeira tomando o termo como signo de “início”, matéria de estudo inicial na ciência do Direito, tendo como precursor Oswaldo Aranha Bandeira de Mello[47].

---

45 “De qualquer modo, é possível tratar os direitos fundamentais como elementos indissociáveis do Estado Social e Democrático de Direito, pois exercem uma função limitativa do poder e, ao mesmo tempo, uma função legitimadora do Estado e da Constituição, vinculando toda a atividade pública ao respeito e à promoção da dignidade da pessoa humana” (SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. *A Participação Popular na Administração Pública: o Direito de Reclamação*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2002, p. 31).

46 A exposição deste e dos próximos quatro parágrafos segue, em essência, o contido em RIGAMONTI, Thiago Reis Augusto. Do Procedimento de decisão administrativa: da fundamentação mediante ponderação. *Revista Brasileira de Infraestrutura – RBInf*, Belo Horizonte, ano 11, n. 22, p. 129-171, jul./dez. 2022, p. 141-142.

47 Trata-se de sistematização procedida por Ricardo Marcondes Martins, que se sintetiza: “A expressão ‘princípio jurídico’ é, na linguagem jurídica, reconhecidamente polissêmica. (...) Longe de pretender uma enumeração exaustiva, destacam-se apenas três significados, identificados aqui por ‘fases’. Na primeira, a expressão foi utilizada no Direito tendo em vista o sentido da palavra na linguagem comum ou natural: como princípio significa origem, início, a expressão foi utilizada para se referir às questões gerais de uma dada disciplina, aos temas que devem ser apresentados a quem inicia seu estudo. (...) Na segunda, a palavra foi dissociada do sentido comum ou natural e passou a ser empregada em sentido técnico para identificar apenas as ideias-chave, as vigas mestras, os alicerces do sistema normativo (*princípio-elemento estruturante*). Trata-se de um conceito da Teoria Geral dos Sistemas: os sistemas possuem uma parte-dirigente e tendem a centralizar-se ao redor dela. (...) Na terceira fase a expressão passa a ser utilizada para denominar as normas jurídicas que apenas estabelecem uma razão para uma decisão ou, noutros termos, impõem que seja concretizado um valor na maior medida possível (princípio-valor positivado)”. (MARTINS, Ricardo

A segunda dimensão é aquela de princípio como linha mestra, como núcleo essencial de dogmas jurídicos, que irradia sobre o conjunto normativo, fixando-lhe sentido, finalidade e solucionando questões interpretativas. Neste sentido é que bem discorre Celso Antônio Bandeira de Mello, intitulando os princípios como mandamentos nucleares de um sistema[48], também merecendo registro que em mesma toada de abordagem – de princípios como elementos nucleares a irradiarem na interpretação e compreensão do sistema normativo – discorrem Eduardo García de Enterría, José Afonso da Silva e Uadi Lammêgo Bulos[49].

Marcondes. Teoria dos princípios formais. *Revista Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 18, n. 98, p. 65-94, jul/ago., 2016, p. 65-68).

[48] "Princípio é, pois, por definição, *mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para exata compreensão e inteligência delas, exatamente porque define a lógica e a racionalidade do sistema normativo, conferindo-lhe a tônica que lhe dá sentido harmônico*. Eis porque violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio violado, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra" (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 36.ª edição, revista e atualizada até a Emenda Constitucional n.º 128, de 22.12.2022, e a Medida Provisória n.º 1.154, de 1º.1.2023, que estabelece a organização básica dos órgãos da Presidência da República e dos Ministérios. Com a participação de ZOCKUN, Carolina Zancaner; ZOCKUN, Maurício; e ZANCANER, Weida. Belo Horizonte: Fórum, 2023, p. 48).

[49] "Los princípios generales del Derecho son, como bien se sabe, uma condensación, a la vez, de los grandes valores jurídicos materiales que constituyen el substractum mismo del Ordenamiento y de la experiência reiterada de la vida jurídica" (ENTERRÍA, Eduardo García de. La Lucha Contra las Inmunidades Del Poder em el Derecho Administrativo (Poderes Discrecionales, Poderes de Gobierno, Poderes Normativos). *Revista de Administración Pública*, n.º 38, 1962, p. 159-208. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2112627>. Acesso em: 30 jan. 2023, p. 176).

"As normas são preceitos que tutelam situações subjetivas de vantagem ou de vínculo, ou seja, reconhecem, por um lado, a pessoas ou a entidades a faculdade de realizar certos interesses por ato próprio ou exigindo ação ou abstenção de outrem, e, por outro lado, vinculam pessoas ou entidades à obrigação de submeter-se às exigências de realizar uma prestação, ação ou abstenção em favor de outrem. Os princípios são ordenações que se irradiam e imantam os sistemas de normas, são [como observam Gomes Canotilho e Vital Moreira], 'núcleos de condensações nos quais confluem valores e bens constitucionais'. Mas, como disseram os mesmos autores, 'os princípios, que começam por ser a base de normas jurídicas, podem estar positivamente incorporados, transformando-se em normas-princípio e constituindo preceitos básicos da organização constitucional'". (SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 42ª edição, rev. e atual. até a emenda constitucional n. 99, de 14.12.2017. São Paulo: Editora Malheiros, 2019, p. 47).

"Concebendo-o como ponto de partida, *prima principia* (primeiro princípio), alicerce de alguma coisa, irremediavelmente, o princípio será a pedra angular da noção de sistema. Compreenda-se sistema como método de análise, lídima técnica para examinarmos, de

A terceira dimensão é a que ora adotamos como premissa, no sentido de princípio como elemento de otimização, isto é, essencial dentre os valores que compõem o sistema normativo e que reclama seja realizado na "maior medida do fática e juridicamente possível". O juridicamente possível é o limite frente aos demais princípios colidentes.

Trata-se de acolhimento do professado notadamente por Ronald Dworkin[50] e Robert Alexy, merecendo registro as lições deste último, que restam acolhidas e com profundos reflexos em nosso objeto de estudo:

> O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes.
>
> Já as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio.[51]

---

maneira útil e didática, a realidade circundante. Através dele, ordenamos, de modo analítico, uma dada esfera do saber, compreendendo-a lógica e coerentemente. É que o 'caráter orgânico das realidades componentes do mundo que nos cerca e o caráter lógico do pensamento humano conduzem o homem a abordar as realidades que pretende estudar, sob critérios unitários, de alta utilidade científica e conveniência pedagógica, em tentativa de reconhecimento coerente e harmônico da composição de diversos elementos em um todo unitário, integrado em uma realidade maior. A esta composição de elementos, sob perspectiva unitária, se denomina sistema' (Geraldo Ataliba, Sistema Constitucional tributário brasileiro, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1966, p. 4). (...) *Princípio constitucional é o enunciado lógico que serve de vetor para soluções interpretativas.* Quando examinado com visão de conjunto, confere coerência geral ao sistema, exercendo função dinamizadora e prospectiva, refletindo a sua força sobre as normas constitucionais. A violação de um princípio compromete a manifestação constituinte originária. Violá-lo é tão grave quando transgredir uma norma qualquer." (BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal Anotada*. 10° edição, rev., atual. e reformada até a Emenda Constitucional n.° 70/2012. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 47).

[50] DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 36.

[51] ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª edição, 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 90-91.

Referida força normativa de princípios não é professada apenas por Roberto Alexy ou Ronald Dworkin, tampouco é novidade na hermenêutica constitucional a possibilidade de sua cedência recíproca[52], de modo que aqui se expõe o conceito adotado exclusivamente a título de critério epistemológico permissivo de compreensão da causa e do consequente que se sustenta ao valor normativo da democracia, sem qualquer pretensão de se exaurir a profunda disciplina acerca dos princípios jurídicos constitucionais e suas concepções.

O princípio democrático[53] contido, então, na Constituição da República, revela-se enquanto elemento de otimização a ser objeto de busca constante de

---

[52] Neste sentido: "A abertura da norma constitucional, a estrutura principiológica não impede, porém, a existência de conteúdos 'constitucionalmente necessários' e 'constitucionalmente impossíveis'. Aqui reside a capacidade de excluir-se os conteúdos incompatíveis com as normas constitucionais principiológicas e exigir-se outros necessários" (BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Princípios constitucionais do processo administrativo disciplinar*. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 4); "Está hoje definitivamente superada a ideia da Constituição como um simples concentrado de princípios políticos, cuja eficácia era a de simples directivas que o legislador ia concretizando de forma mais ou menos discricionária. (...) A força normativa da Constituição expande-se até aos terrenos da ordem econômica e social. Mesmo nos domínios em que a Constituição tradicionalmente não penetrava ou em relação aos quais costumava ser olhada apenas como 'mensagem' ou 'utopia', reconhece-se hoje a força conformadora das normas constitucionais (...). quando o programa normativo de duas normas se choca mutuamente há que proceder à respectiva harmonização. Se verifica uma relação regra-exceção ou regra-geral especial, não se levantam particularidades, dificuldades, pois é evidente que a regra excepcional ou a regra especial prevalecem no respectivo âmbito. Diferente é a situação quando se trata de duas normas com idênticas pretensões de generalidade, como sucede frequentemente no terreno dos direitos fundamentais (por exemplo, entre a liberdade de imprensa, por um lado, e a defesa da vida privada ou o segredo de Estado). Nesses casos há que proceder a uma tarefa de *concordância prática*, comprimindo o alcance de ambas as normas, em proporção a apurar tendo em conta a ponderação constitucional de cada uma das normas conflituantes" (CANNOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos de direito constitucional*. Coimbra: Ed. Coimbra, 1991, p. 43 e 57, itálico no original); "contemporaneamente é pacífico o reconhecimento do status de norma aos princípios constitucionais, inclusive como exigência de concretização da supremacia constitucional (...). os princípios apresentam-se como normas de otimização do sistema que exigem graus distintos de concretização, de atividade mediadora do intérprete, de acordo com os condicionamentos fáticos e jurídicos" (SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. *A Participação Popular na Administração Pública: o Direito de Reclamação*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2002, p. 18 e 23).

[53] Também atribuem expressamente o predicado principiológico à democracia Marcos Augusto Perez (PEREZ, Marcos Augusto. *A administração pública democrática: institutos de participação popular na administração pública*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2004, p. 59), Gustavo Henrique Justino de Oliveira (OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. As audiências públicas e o processo administrativo brasileiro. R*evista de informação legislativa*, v. 34, n. 135, p. 271-281, jul./set./, 1997, p. 272), José Joaquim Gomes Canotilho (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 5.ª ed. Coimbra: Ed. Almedina, 1992, p. 421), Paulo Bonavides (BONAVIDES, Paulo. *Teoria Constitucional da Democracia Participativa*. São Paulo: Ed. Malheiros, 2001, p. 111), dentre outros.

máxima concretização diante dos fatos jurídicos que perfazem a sua incidência[54], premissa de exegese esta que é importante para as conclusões parciais e finais que doravante serão adotadas.

1.4. Sistemas democráticos

A consolidação da democracia enquanto princípio jurídico reclama a otimização do que Norberto Bobbio denominou de "democratização", entendida como "instituição e exercício de procedimentos que permitem a participação dos interessados nas deliberações de um corpo coletivo", voltados a "corpos diferentes daqueles propriamente políticos"[55].

Não obstante tal cláusula genérica a reclamar otimização, do sistema normativo também se revelam concretos e específicos procedimentos, direitos e deveres relativos à participação cívica dos cidadãos, os quais, ainda que não exaustivos, trazem traços marcantes de exercício do poder através de representantes eleitos ou diretamente pelos cidadãos, isto é, neste último caso, com participação individual em cada (ou nas principais) decisões que interessem ao coletivo.

Referido critério (da forma de exercício do poder pelo povo) se revela frequentemente adotado enquanto premissa classificatória dos sistemas

---

54 "Tais conceitos não são genéricos e abstratos, meros adornos metafóricos ao exercício do Poder Público. Ou bem existem de fato, ou não existirá real democracia. Um Estado que se pretenda democrático reporta-se ao sistema político assentado nos postulados da liberdade e da igualdade de todos os homens e voltado a assegurar que o governo seja o fruto de deliberações tomadas, direta ou indiretamente, pelo conjunto de seus membros. Essa formação democrática das decisões públicas tem assento no respeito às normas estabelecidas na Constituição (de forma implícita ou explícita). (...) O Estado brasileiro não é apenas especificado pela regência através de normas jurídicas elaboradas e executadas pelos representantes do povo, mas, fundamentalmente, pela necessidade de que tais mandamentos obedeçam ao conceito substancial de democracia e sejam passíveis de controle. O sistema jurídico pátrio e sua hermenêutica são instrumentos de satisfação da vontade popular. Este deve ser o norte à atividade administrativa". (MOREIRA, Egon Bockmann. *Processo Administrativo: princípios constitucionais e a lei n.º 9.784/1999 (com especial atenção à LINDB)*. 6.ª ed. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2022, p. 74-75).

55 BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo, Sociedade: Para uma Teoria Geral da Política*. Trad. por Marco Aurélio Nogueira. 4ª edição. Rio de Janeiro: Ed. Paz e Terra, 1995 (obra original de 1987), p. 155.

democráticos, dividindo-os em democracias indiretas (ou representativas), semidiretas ou diretas.

Neste sentido, na democracia indireta, também denominada de representativa, “o povo concede um mandato a alguns cidadãos, para, na condição de representantes, externarem a vontade popular e tomarem decisões em seu nome, como se o próprio povo estivesse governando”[56].

Trata-se do exercício do poder mediante a eleição de representantes, os quais, em nome dos eleitores, adotarão as decisões de Estado visando à satisfação do interesse público.[57]

O princípio da soberania do povo se traduz, então e neste caso, no sufrágio ampliado (direito de voto) e no fenômeno do associacionismo político (agregação de pessoas com propósitos afins visando alcançar o poder e exercê-lo: partidos políticos), perspectiva que se consolidou nas democracias modernas do ocidente.[58]

A democracia direta, não obstante, nunca deixou de figurar como o ideal democrático, compreendendo-se sob o termo “todas as formas de participação no poder, que não se resolvem numa ou noutra forma de representação”[59], isto é, quando o indivíduo participa do exercício do poder e das decisões sem a intermediação, exercendo o seu consentimento individual e pessoalmente.

Quando do regime normativo se depreende convívio entre a democracia indireta-representativa e instrumentos de democracia direta dá-se o título de “democracia semidireta”, mesclando-se a adoção de decisões por meio de

---

56 DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 6ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 1979, p. 137.

57 “Indireta é a democracia representativa. Nela os cidadãos escolhem aqueles que os representarão no governo. Os eleitos recebem um mandato. A participação das pessoas no processo político se dá, pois, na escolha dos representantes ou mandatários. A estes toca o mister de conduzir o governo, tomando as decisões político-administrativas que julgarem convenientes, de acordo com as necessidades que se apresentarem” (GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. Barueri/SP: Ed. Atlas, 2022, p. 69).

58 BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo, Sociedade: Para uma Teoria Geral da Política*. Trad. por Marco Aurélio Nogueira. 4ª edição. Rio de Janeiro: Ed. Paz e Terra, 1995 (obra original de 1987), p. 153-154.

59 Ibid, p. 154.

representantes eleitos e as denominadas decisões em assembleia, com participação ativa dos cidadãos diretamente e sem intermediários.[60]

O sistema brasileiro de exercício democrático é, no que atine à forma de exercício do poder, o denominado semidireto, havendo influxo da representação e de vias diretas de participação e tomadas de decisão.

1.4.1. Democracia indireta e sua fundamentação

A democracia indireta ou representativa tem como fundamento principal a inviabilidade gerencial de mobilização de toda a coletividade para a adoção de cada decisão de governo.[61]

Acresce-lhe o fundamento, menos confiável ou, no mínimo, contraditório, de eventual incapacidade (sob a perspectiva intelectual) de os cidadãos apreciarem e decidirem sobre temas de governo[62], ainda que, então, reconheça-se a possibilidade destes mesmos elegerem quem melhor a tenha.

Virgílio Afonso da Silva, em obra de fôlego, defende a pertinência da democracia representativa, sobre as premissas de que o exercício direto da democracia não afastaria a presença de intermediários, notadamente as plataformas transmissoras de informações e seus subjacentes algoritmos, além da dificuldade coordenativa indissociável do procedimento de tomadas de decisão:

> Muitas vezes se supõe que a democracia direta, não intermediada por eleições e sobretudo por partidos, é o modelo ideal de democracia e que a democracia representativa é, portanto, simplesmente um substituto imperfeito daquela, ao qual se recorre devido às dimensões do território e ao tamanho da população.

---

60 GOMES, José Jairo. Direito Eleitoral. Barueri/SP: Ed. Atlas, 2022, p. 71; FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 34.ª ed. Ver. e atual. São Paulo: Ed. Saraiva, 2008, p. 82-86.

61 Neste sentido, BOBBIO, Norberto. *Op. cit.*, p. 152-154; DALLARI, Dalmo de Abreu. *Op. cit.*, p. 137; FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Op. cit.*, p. 83-85.

62 Ibid, p. 85.

> Trata-se de um equívoco. A democracia representativa, especialmente a democracia partidária, tem vantagens comparativas que não permitem classificá-la como simples segunda opção diante da impossibilidade de um suposto ideal de democracia direta. Com o desenvolvimento tecnológico e dos meios de comunicação, esse equívoco e suas consequências ficam cada vez mais claros. Se até o fim do século XX grandes territórios e grandes populações implicavam a impossibilidade de comunicação de massa direta, isso não é mais verdade. (...) Esse contato direto despertou em muitos a impressão de que intermediários não são mais necessários e que estaríamos nos aproximando do suposto ideal de democracia direta. Essa impressão é equivocada, por várias razões.
>
> Em primeiro lugar, porque a ausência de intermediários é apenas aparente. As corporações que mantêm as plataformas no âmbito das quais a comunicação ocorre são claros intermediários entre a vontade popular e as decisões que são eventualmente por ela influenciadas. Essas plataformas não são neutras e tampouco o fluxo de comunicações é realmente livre, no sentido de não sofrer alguma influência. (...)
>
> Além disso, as tarefas desempenhadas pelos representantes são mais complexas do que muitos supõem. E essa complexidade demanda coordenação. (...) Essa coordenação só é possível por meios de corpos estáveis e profissionais, que organizam o fluxo de informações e o processo decisório: os partidos políticos. São os partidos – e não grupos desordenados de pessoas, influenciadas, em geral sem saber, por algoritmos e empresas que impulsionam conteúdos digitais – que são capazes de funcionar como interface entre a vontade popular e a tomada de decisões nas casas legislativas.[63]

Eduardo Fortunato Bim também recusa a imperatividade da fase participativa em processos administrativos, sustentando se calcar na discricionariedade do legislador instituí-la – posição sobre a qual adotamos postura crítica, à luz dos fundamentos integrados ao presente texto –, anotando desafios participativos a título da real colheita da vontade e das tendências contramajoritárias de parte dos direitos fundamentais.[64]

Não cremos, porém, que sejam adequados os fundamentos sustentados para eventual proeminência do sistema representativo.

---

63 SILVA, Virgílio Afonso da. *Direito Constitucional Brasileiro*. São Paulo: Ed. Edusp Livraria, 2021, p. 393-394.

64 BIM, Eduardo Fortunato. *Audiências Públicas*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014, p. 32 e ss.

Em primeiro, embora não se olvide de que, de fato, as plataformas digitais e seus algoritmos venham provocando um déficit potentíssimo a título de transmissão dialética, real e plural das informações (propiciando os ciclos viciados de seleção da informação desejada pelo usuário em prol de sua conectividade e subjacentes benefícios econômicos à plataforma[65]), tampouco se pode olvidar que os representantes, até porque poucos, revelam-se igualmente suscetíveis de "captação", e aí não apenas por aludidas plataformas, como por todos os demais veículos de mídia e comunicação social de massa (inclusive por perspectiva inconfessável de poder político e econômico)[66], por interesses empresariais[67], corporativos, eleitorais, etc.

Ademais, o cidadão é suscetível de influência pelos intermediários e veículos de informações não apenas enquanto ativo na participação política, mas também como mero eleitor, de modo que a crítica aos veículos de comunicação deve se dar como instrumento de seu aperfeiçoamento, mas jamais como elemento justificador da concentração aristocrática do poder.

---

65 Carlos Bastide Horbach bem sintetiza o fenômeno: "Enquanto o leitor de um jornal tradicional é exposto à opinião de diferentes articulistas, com concepções muitas vezes variadas, e as análises de jornalistas que examinam os mesmos fatos a partir de diferentes ângulos, na internet, o indivíduo seleciona o que quer ver a partir de suas próprias concepções e crenças políticas. O simples ato de folhear um jornal ou uma revista já expõe o leitor a informações que ordinariamente ele não buscaria, mas que - por diferentes razões - podem chamar a sua atenção. O mesmo não ocorre, ordinariamente, nos canais virtuais de informação ou nas redes sociais, o que - mais uma vez – contribui para a diminuição do senso crítico. (...) Os veículos que propagam as informações na internet não têm como função primordial informar, mas sim, fornecer diferentes tipos de entretenimento, de modo a manter o indivíduo conectado o maior tempo possível. Desse modo, as informações disponibilizadas são cuidadosamente selecionadas de acordo com os gostos do leitor, por meio de algoritmos de filtragem. Nesse contexto, o indivíduo que se informa pela internet somente obtém notícias que de algum modo lhe agradem, criando o que se tem chamado de 'câmaras de eco' e 'bolhas de conforto' (...)" (HORBACH, Carlos Bastide. Liberdade de Expressão nas Redes Sociais: o caso das fake news nas eleições presidenciais brasileiras de 2018. In CARCALHO NETO, Tarcísio Vieira de (coord.), COSTA, Daniel Castro Gomes da (coord.), FONSECA, Reynaldo Soares da (coord.), BANHOS, Sérgio Silveira (coord.). *Democracia, Justiça e Cidadania: desafios e perspectivas, Tomo I*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2020, p. 198).

66 VIOLIN, Tarso Cabral. *Op. cit.*, p. 117-139.

67 Muitas vezes o cidadão não participa diretamente nas relações de poder, mas as grandes empresas sim (conforme LIZARDO, Filippe Soares; ALMEIDA, Renato Ribeiro de; LOURA JÚNIOR, Juacy dos Santos. Financiamento Eleitoral e Ética Empresarial: a participação das empresas no processo eleitoral. *Anais do V Congresso Luso-Brasileiro de Direitos Humanos na Sociedade da Informação*, vol. 3, n.º 26, Curitiba, 2018, p. 292-313; CAGGIANO, Mônica Herman Salem. Corrupção e financiamento das campanhas eleitorais. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 10, n. 41, p. 215-240, out./dez. 2002).

Enfim, trata-se de vício social (desinformação) difusamente presente na sociedade e cujo combate, em rigor, sequer se revela mais facilitado pela concentração do poder, a qual, aliás, melhor se alinha à concepção aristocrática de seu exercício (por poucos "eleitos" em virtude de seu saber, autossuficiência, riqueza, descendência ou, de todo modo, qualquer suposto critério de discrímen), ao invés da democrática, em se adotando as noções de Aristóteles[68].

Embora não se olvide que a coordenação da tomada de decisão seja mais facilitada, de fato, diante de um núcleo diretivo mais enxuto, tampouco se olvida das perspectivas que a tecnologia traz para tal gerenciamento em escalas ampliadas, além dos benefícios angariados sob outras perspectivas que eventualmente compensem ou otimizem os processos a título de eficiência no atingimento do fim e eleição dos meios (diminuindo-se os erros nas decisões adotadas em gabinetes fechados e refrigerados), legitimidade e decorrente consentimento no cumprimento das diretrizes decisórias, diminuição de propósitos antirrepublicanos, transparência, etc.[69], tudo o quanto à frente mais bem abordado.

---

68 Para Aristóteles, o governo dos "notáveis" é aristocrático e com tendência ao oligárquico (dos ricos): "todo governo aristocrático se inclina à oligarquia, [pois] nela os notáveis têm mais facilidade de fazer imensas fortunas" (ARISTÓTELES. *Política*. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Ed. Martin Claret, 2017, p. 192).

69 O jurista argentino Agustin Gordillho discorre sobre o que denomina Administração Paralela, que são os procedimentos alheio às normas jurídicas legitimamente positivadas, mas que induzem aos mesmos resultados através de ritos informais, de "abridores de portas", lobbys e práticas antirrepublicanas, adotados pelos mesmos sujeitos que também se valem dos ritos formais de estabelecimento de relações jurídicas (daí o convívio simultâneo – paralelo – de ambos os sistemas), esposando (o autor) justamente a participação popular e cívica como instrumento de legitimação, consenso e transparência a desestimular a administração paralela: "La custión, entonces, reside em que las normas del sistema no deben ser elaboradas unilateralmente por nadie, em la oscuridad de uma trastienda, sino que deben ser elaboradas a la luz del día, em la discusión y debate públicos, com la participación e intervención creadora y crítica de todos los cuidadanos, para que responsadan fielmente al pensamento de la sociedade y reflejen sus aspiraciones verdaderas y reales; de modo que cuenten entonces com el respaldo de la adhesión y el consenso comunitários, que son los que luego asegurarán el afectivo cumplimiento del sistema y no la creación del parasistema" (GORDILLO, Agustin. *Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas*, Tomo 6, 1ª edição, Libro II, La Administración Paralela – El parasistema jurídico-administrativo. Madrid: Ed. Cívitas, 2012, p. AP-III-3). O autor prossegue: "la mayoria de los habitantes sólo tendrá adhesión y consenso respecto de las normas sistemáticas que sean expresión de su sentir y que se hayan elaborado a través de la participatión y el debate em libertad. Faltando todos estos requisitos, lo más probable es que las normas sistemáticas sean produto de las ideas, convicciones y valores de

Sérgio Ferraz bem destaca como a tecnologia propicia o aperfeiçoamento dos mecanismos de participação popular, essencial para a compreensão material do interesse público como aquele integrado necessariamente por indivíduos cuja participação mediada legitima a atuação administrativa.[70]

Tanto que, neste diapasão, a crise de representatividade[71] é a pilastra da crise política que há décadas convive com a desenvoltura do poder no

---

sólo uma minoria, y que al no representar los de la cuidadanía em general, están em verdad creando de manera directa e imediata el parasistema" (Ibid, p. AP-III-14). No mesmo sentido, Christophe Testard observa como a "administração raramente decide sozinha", de modo que os "processos de democracia administrativa conduziram a uma renovação do grupo destes participantes" (TESTARD, Christophe. *Pouvoir de décision unilatérale de l'administration et démocratie administrative*. LGDJ, 2018, p. 380, tradução nossa).

70 "(...) segundo já expressamos antes, para nós duas realidades distanciam objetivamente nosso conceito de interesse público, daquele classicamente proclamado, a saber: - ele resulta da vontade manifestada pelo conjunto dos indivíduos, amparando-se no tradicional princípio majoritário, com a garantia de assegurar aos integrantes das correntes eventualmente vencidas o mínimo existencial (se possível, mais do que o mínimo) e os direitos subjetivos adquiridos; - não cabe ao Estado dizer qual é (e o que é) o interesse público. (...) A par disso, exatamente esse infindável e constante progresso tecnológico fortaleceu amplissimamente a avaliação da veracidade das manifestações individuais; e igualmente é cada dia mais segura a prevenção à cooptação das vontades individuais para manipulá-las em benefício de terceiros. Em suma, a chamada e clássica democracia direta de antanho sequer é inviável presentemente. (...) O Direito Administrativo do Indivíduo, tal como por nós reiteradamente apresentado, outorga, ademais, total *legitimação* à atuação administrativa e afasta a incidência do hoje tão comentado 'Direito Administrativo do Medo' (...), Exatamente porque ainda hoje interesse público é aquilo que a Administração e o Estado, como tal, qualificam (...)" [FERRAZ, Sérgio. *Tratado de Direito Administrativo Brasileiro (Parte Geral)*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2022, p. 186-187].

71 Escândalos de corrupção, motivações pouco republicanas, ausência de controle eficaz no exercício do mandato, autonomia de pautas e ideais da comunidade independentes às agremiações políticas diante da revolução tecnológica e ausência de vinculação programática dos mandatários e dos partidos ao publicizado em campanha eleitoral são causas à crise de representatividade anotadas por José Jairo Gomes (GOMES, José Jairo. Direito Eleitoral. Barueri/SP: Ed. Atlas, 2022, p. 69-70). Também neste sentido Cristina Andrade Melo: "Após a implantação e, em alguns países, a consolidação, da democracia representativa, as últimas décadas do século XX trouxeram à lona 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" (MELO, Cristina Andrade. *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, p. 25).

Brasil[72], cujos presidentes que assumiram o múnus após 1988 sofreram impeachments, foram presos e/ou penaram com grave rejeição popular ao término de seus mandatos, além das reeleições reiteradas dos não "impeachmados", revelando o impacto forte que a assunção da máquina administrativa traz em comparação aos demais cidadãos com pretensões políticas, eventualmente muito mais capazes, mas sem a mesma exposição midiática, reforçando-se as carências que o método representativo detém para se afirmar instrumental, *per se*, da soberania popular.

A natureza contramajoritária de parte dos direitos fundamentais tampouco elide a participação popular, seja porque igual paradoxo informa a perspectiva representativa (também eleita ou no mínimo suscetível, afinal, à perspectiva predominantemente majoritária), seja porque não se sustenta vinculação constante do Poder Público às maiorias, seja porque, ainda, permanecem ativas as instituições de índole controladora e garantidora da prevalência constitucional e de seus direitos e garantias.

Não se deve desconsiderar, por outro lado, que a administração pública, inclusive sob o influxo de suas atribuições sociais e prestacionais, revela-se de complexidade supina e a reclamar intensa atividade diária, técnica, política e gerencial hábil a propiciar eficiente adoção de todas as medidas necessárias à satisfação do interesse público e das questões cuja solução se mostre premente, de modo que não se afirma serem improcedentes os motivos que levam às democracias ocidentais a reclamarem a via representativa como a perspectiva "ordinária" do exercício democrático, mas sim aguçar a percepção

72 Não se trata de evento episódico brasileiro, mas de desafio democrático percebido nas democracias ocidentais. O déficit de representação real da maioria da população é bem anotado por Leonardo Garcia Jaramillo, na Colômbia (aqui a título de exemplo latino-americano), creditando-se tal fenômeno à percepção de independência dos representantes frente às verdadeiras necessidades comunitárias e adoção de decisões captadas muitas vezes por interesses políticos setoriais, empresariais, forças de mercado e lobistas, sem que os direitos políticos mínimos inerentes a uma "democracia eleitoral" (voto, oposição, pluralidade partidária, divisão de poderes e sistema de freios e contrapesos), ainda que operem razoavelmente bem, tenham se revelado suficientes ao desenvolvimento de uma "democracia real" (JARAMILLO, Leonardo García. Como pensar hoy la tensión entre constitucionalismo y democracia? Uma perspectiva desde el constitucionalismo democrático. *Revista da Faculdade de Direito – UFPR*, Curitiba, vol. 60, n. 2, maio/ago., 2015, p. 68).

pelo afastamento de qualquer compreensão pela suficiência de tal sistema[73], cuja fundamentação é bastante exclusivamente para as pilastras de sustentação "preliminar" do edifício democrático, mormente porque incapaz de satisfazer, sozinha, a premissa de instrumentalização otimizada do exercício do poder pelo povo e em seu benefício[74], para o que colabora a compreensão dos próprios métodos representativos, seus aspectos positivos e lacunas de insuficiência.

1.4.1.1. Sistemas eleitorais e métodos representativos

Os métodos representativos são as ferramentas adotadas por um determinado sistema jurídico-normativo eleitoral[75] em certo quadrante de tempo e local.

---

[73] Trata-se de exegese assemelhada à professada por Jean Jacques Rousseau em sua obra "Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens", em que narra que não procuraria uma república onde o povo se priva completamente de seus magistrados (o que teria sido a "constituição grosseira dos primeiros governos imediatamente saídos do estado de natureza e foi este também um dos vícios que puseram a perder a república de Atenas", mas "teria escolhido aquela em que, contentando-se em dar sanção às leis e em decidir, com o corpo e baseados no relatório dos chefes, aos mais importantes assuntos públicos, os particulares estabelecessem tribunais respeitados, distinguissem cuidadosamente os seus diferentes departamentos e elegesse, anos após ano, os mais capazes e mais íntegros de seus concidadãos para administrar a justiça e governar o Estado e, dando, assim, a virtude dos magistrados provas da sabedoria do povo, uns e outros se honrassem mutuamente" (ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*. São Paulo: EDIPRO, 2015, p. 32-33).

[74] Oligarquização dos partidos políticos, excessiva profissionalização da política, desinteresse dos eleitores pela participação política, incapacidade dos parlamentares para identificar e resolver os problemas complexos inerentes à atuação estatal nos domínios social e econômico, falta de educação política dos eleitores, levando-os a optar mais emotiva do que racionalmente, dificuldade de conter o abuso do poder econômico nas eleições, influência nociva dos meios de comunicação de massa, personalização excessiva do processo eleitoral, desprestígio da lei enquanto instrumento normativo, concentração de poderes nas mãos da burocracia do Executivo e cerceamento do debate parlamentar mediante a edição de atos normativos com força de lei pelo Executivo são os problemas vivenciados pela democracia representativa elencados por Marcos Augusto Perez (PEREZ, Marcos Augusto. *A administração pública democrática: institutos de participação popular na administração pública*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2004, p. 18).

[75] Adotamos, aqui, a percepção de sistema elucidada por Tácio Lacerda Gama: "Com o uso da expressão 'sistema', pretendemos significar a existência de um conjunto formado por elementos que se relacionam segundo certos padrões de racionalidade (...). Por isso, falar em 'sistema' é falar na totalidade de elementos reunidos por uma característica comum e organizados de acordo com certos padrões" (GAMA, Tácio Lacerda. *Competência Tributária:*

O enfoque aqui é restrito: busca-se a compreensão dos métodos através dos quais os eleitores escolhem os seus representantes e de como os votos são traduzidos em mandatos, sem apreciar, então, condições para exercício ativo ou passivo do direito de voto ou de ser eleito, respectivamente, inelegibilidades, competências e vias de controle.

Escolhe-se o quadrante de análise, pois, restrito ao sistema "eleitoral", reconhecido como o "conjunto de normas que define como o eleitor poderá fazer suas escolhas e como os votos serão contabilizados para ser transformados em mandato"[76], isto porque a concepção de tal ordem de coisas favorecerá a compreensão dos campos de otimização do princípio democrático.

Partindo de tal premissa, os sistemas eleitorais se dividem em proporcional, majoritário e misto.

1.4.1.1.1. Sistema proporcional

O sistema eleitoral proporcional visa distribuir entre os múltiplos partidos políticos as "vagas existentes nas Casas Legislativas, tornando equânime a disputa pelo poder e, principalmente, ensejando a representação de segmentos sociais minoritários"[77].

É o sistema adotado no Brasil para a representação parlamentar desde o Decreto-Lei n.º 7.586/1945 publicado após a redemocratização (e fim do período de governo Vargas denominado de Estado Novo), previsto expressamente na Constituição Federal para a composição da Câmara dos Deputados (artigo 45, CF) e, por simetria, das Assembleias Legislativas dos Estados e do Distrito Federal e das Câmaras de Vereadores dos Municípios.

---

fundamentos para uma teoria da nulidade. 2ª edição revista e ampliada. São Paulo: Ed. Noeses, 2011, p. 126).

76 NICOLAU, Jairo. *Sistemas Eleitorais*. 6.ª ed. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2012, p. 11.

77 GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. Barueri/SP: Ed. Atlas, 2022, p. 197.

Atende-se à distribuição de cadeiras do Parlamento proporcionalmente à votação percebida por cada agremiação política (partido político), mediante o cálculo do quociente eleitoral (quantidade de votos válidos apurados pelo número de cadeiras a preencher) e do preenchimento de cada cadeira conforme quantos quocientes tenham sido atingidos por cada partido político, ocupando-a os candidatos mais votados dentre o rol do partido político que atingiu o quociente.

Considerando que alguns partidos podem não ter atingido o quociente eleitoral de modo a ocupar, de plano, uma cadeira parlamentar, bem como que a divisão aritmética impacta, inexoravelmente, em sobras de votos (e de cadeiras) diante da não divisão exata entre o quantitativo de votos do partido e aquele que perfaz o quociente eleitoral, o legislador (artigos 106 a 113 da Lei Federal n.º 4.737/1965 - Código Eleitoral) estabelece metodologia de cálculo que preencha as cadeiras restantes conforme a maior média de votação dos partidos (total de votos válidos dividido pela quantidade de cadeiras preenchidas, mais uma), entrando na disputa também os que não atingiram uma fração inteira do quociente eleitoral (disputa das “sobras”).[78]

O Brasil adota o que se denomina de sistema eleitoral proporcional de listas abertas, no qual as cadeiras assumidas pelo partido político são ocupadas pelos sujeitos mais bem votados a este filiados. Distingue-se do denominado sistema eleitoral proporcional de listas fechadas, em que os eleitos são os primeiros de lista publicada previamente pelo partido político, de modo que os eleitores se limitam ao voto na legenda partidária, sem a escolha nominal (a qual é feita prévia e internamente apenas pelo partido), bem como do sistema proporcional de listas flexíveis, em que são permitidos também votos nominais, porém os votos de legenda se concentram nos candidatos que perfazem as primeiras posições da lista fechada, de modo que a lista partidária é privilegiada, mas se permite que acabe sendo alterada pelos eleitores caso os candidatos mais bem votados suplantem, em votos nominais, os privilegiados pelos votos de legenda em virtude da preferência partidária (aos

78 Ibid, p. 197-202.

quais são imputados os votos de legenda até o suficiente para as respectivas cadeiras).[79]

Sistemas eleitorais proporcionais por listas abertas (como o do Brasil) são adotados por Chile, Chipre, Dinamarca, Equador, Finlândia, Letônia, Luxemburgo, Panamá, Peru, Polônia, Suíça e Suriname, além do Brasil, enquanto adotam o sistema proporcional por listas fechadas países como Argentina, África do Sul, Colômbia, Croácia, El Salvador, Espanha, Israel, Itália, Paraguai, Portugal, Ucrânia, Uruguai, dentre outros, optando pelo sistema de listas flexíveis a Áustria, Bélgica, Grécia, Holanda, Islândia, Noruega e Suécia.[80]

As críticas ao sistema proporcional de listas abertas são fortes, dentre os quais a extensa fragmentação partidária (o Brasil é o país com mais partidos presentes no Congresso Nacional em comparação com todo o mundo) a atrair acordos inescusáveis (e eventualmente inconfessáveis) de modo a viabilizar coalização de governo, transferência de votos entre candidatos bem votados a outros com menor adesão popular e prejuízos decorrentes de uma eleição de caráter nacional, tais como elevados custos de campanha[81] e perda de "accountability" (dever de prestação de contas) diante da distância e pulverização do eleitorado do candidato.[82]

---

79 Os sistemas de lista aberta privilegiam o voto nominal (personificação do candidato), mas sem descurar da proporcionalidade em virtude do domínio da cadeira ser partidário; de lista fechada privilegiam o caráter programático dos partidos e obstaculizam a personificação do voto; enquanto os de lista flexível facilitam a eleição dos mais bem classificados na lista fechada do partido, mas permitem a oscilação do resultado final conforme os destinatários dos votos nominais suplantem os candidatos da lista fechada dos partidos, ainda que privilegiados com os votos de legenda até os necessários para atingirem as respectivas cadeiras (NICOLAU, Jairo. *Sistemas Eleitorais*. 6.ª ed. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2012, p. 61-69).

80 Ibid, p. 62-63.

81 Ana Luiza Backes discorre sobre a evolução dos custos de campanha no Brasil (e em todo o mundo) e sua correlação com o vertiginoso aumento do eleitorado após a segunda metade do século XX, sem que se tenha logrado êxito, via legislação, na coibição do abuso do poder econômico (BACKES, Ana Luiza. *Legislação sobre financiamento de partidos e de campanhas eleitorais no Brasil, em perspectiva histórica*. Estudo, dezembro/2001. Disponível em: <https://pdba.georgetown.edu/Parties/Brazil/Leyes/financiamento.pdf>. Acesso em: 08 fev. 2023, p. 7).

82 GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. Barueri/SP: Ed. Atlas, 2022, p. 202-204.

Não se deve ignorar que o poder político brasileiro não está de todo silente diante das críticas e vícios do sistema representativo proporcional de listas abertas, tendo sido adotadas medidas recentes e relevantes, tais como a vedação de doações financeiras por pessoas jurídicas a partidos políticos (ADI 4650, j. em: 17 set. 2015, Rel. Min. Teori Zavascki), proibição de formação de coligações em eleições proporcionais (a diminuir a fragmentação partidária, a perda de identidade programática com o eleitor e a crise de representatividade: Emenda Constitucional n.º 97/2017), fixação de cláusulas de desempenho como condicionantes de acesso a recursos do fundo público partidário e de horário gratuito eleitoral por partido político (mesma finalidade[83]: Emenda Constitucional n.º 97/2017), cláusulas de desempenho individual (evitando-se o efeito cascata decorrente de indivíduos com votações nominais exponenciais: casos “Enéias” e Tiririca”) para acesso à cadeira parlamentar (10% do quociente eleitoral e 20% do quociente se se tratar de divisão das sobras) e do partido quando da divisão das sobras (de atingimento do mínimo de 80% do quociente eleitoral), conforme artigos 108 e 109, § 2º, do Código Eleitoral[84], permissão de formação de federações partidárias (Lei Federal n.º 14.208/2021), estabelecimento de proporção mínima de candidaturas e respectivo financiamento voltados a candidatas mulheres (ADI n.º 5.617/DF, j. em: 15 mar. 2018, Rel. Min. Edson Fachin), medidas que se prestam como atenuantes dos problemas estruturais que assolam o sistema representativo proporcional.[85]

---

83 Neste sentido, REIS, Marisa Amaro dos. Cláusula de Desempenho e Fortalecimento dos Sistemas Representativo e Partidário no Brasil. *Estudos Eleitorais*, v. 9, n. 1, janeiro/abril, 2014, p. 98-102.

84 Registre-se que o Supremo Tribunal Federal restringiu a incidência das cláusulas de desempenho para a terceira fase de distribuição das sobras, em homenagem à proporcionalidade parlamentar (ADIs 7.228, 7.263 e 7.325, Rel. para acórdão Min. Ricardo Lewandowski, j. em 28 fev. 2024). Sobre o assunto: RIGAMONTI, Thiago Reis Augusto. Entenda o quociente eleitoral, usado para eleger os vereadores. Disponível em: <*https://jornalperiscopio.com.br/site/entenda-o-quociente-eleitoral-usado-para-eleger-os-vereadores/*> . Acesso em: 08 jul. 2024.

85 Neste sentido, PONTES, Roberto Carlos M. A interminável busca por um sistema eleitoral ideal para o Brasil: é hora de dar um tempo? *Cadernos Aslegis*, Brasília, n. 56, p. 63-82, 1. sem. 2019, p. 72-81.

1.4.1.1.2. Sistema majoritário

O sistema majoritário comporta o benefício da facilidade de compreensão de seus métodos.

Enfim, considera-se “eleito o candidato que alcançar o maior número de votos válidos em relação a seus concorrentes”, dividindo-se nas premissas de maioria absoluta de votos (metade mais um) ou maioria relativa de votos (perspectiva do mais votado, independentemente da intensidade da diferença para os demais e em comparação ao todo), que são as adotadas para a eleição em primeiro e segundo turnos, respectivamente, nas eleições para os Chefes do Executivo no Brasil (anotando-se que só há segundo turno nos Municípios com mais de 200.000 habitantes, restringindo-se o pleito à perspectiva da maioria simples como bastante à eleição nos demais Municípios).[86]

O sistema majoritário é adotado no Brasil, além de para as chefias do Executivo (Prefeitos, Governadores e Presidente, com seus respectivos vices), para a eleição dos Senadores.

O que comporta controvérsia é a circunscrição escolhida para a consideração dos candidatos mais bem votados, se realizada a divisão do território em distritos menores e eleitos os mais bem votados em cada distrito ou se todo o território se torna um distrito e simplesmente são eleitos os que receberam mais votos (denominado de “distritão” se adotado para as eleições proporcionais).[87]

Embora o sistema majoritário seja pertinente ao exercício das atribuições do Executivo (propiciando núcleo executivo programático), as críticas para a sua eventual adoção para a composição parlamentar são duras, destacando-se o desmonte das minorias (já que só os representantes das

---

86 GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. Barueri/SP: Ed. Atlas, 2022, p. 190-191.

87 NICOLAU, Jairo. *Sistemas Eleitorais*. 6.ª ed. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2012, p. 21-42.

maiorias lograrão vitória) e, no “distritão”, o elevado custo das campanhas nacionais, perda de proximidade e pertencimento regional com a subjacente “accountability”, benefício aos candidatos expostos midiaticamente, etc.[88]

Adotam o sistema majoritário em eleições parlamentares, mediante a maioria simples aferida em distritos que dividem o território (isto é, em distritos simples e não no “distritão”), democracias tradicionais como Estados Unidos, Reino Unido e Canadá, mencionando-se, a título de exemplo de país em desenvolvimento e também com extensão continental, a Índia.[89]

1.4.1.1.3. Sistema misto

O sistema misto é o que contempla a adoção de métodos com premissas majoritárias e proporcionais, simultaneamente, para as eleições parlamentares.

Uma parte das cadeiras será preenchida pelos candidatos mais bem votados em seus respectivos distritos, enquanto outra parte será assumida na proporção das votações dos partidos políticos, geralmente por listas fechadas.

Tem na Alemanha o grande exemplo de nação que o adota, lá se praticando o que se denomina de sistema misto de correção, em que se o partido tiver mais cadeiras na eleição majoritária do que lhe seria permitido pelo desfecho proporcional há o aumento do número de cadeiras do parlamento. [90]

O sistema misto de correção também é adotado em países como México, Nova Zelândia, Bolívia, Hungria, Albânia e Escócia. No sistema escocês, exemplifica Jairo Nicolau, se houver mais cadeiras assumidas na

---

88 Conforme LÔBO, Edilene. “Distritão” e dizimação das minorias políticas: o desserviço à democracia substancial. *Rev. de Teorias da Democracia e Direitos Políticos*, Maranhão, v. 3, n. 2, p. 111-130, jul./dez./ 2017, p. 116-123; PONTES, Roberto Carlos M. A interminável busca por um sistema eleitoral ideal para o Brasil: é hora de dar um tempo? *Cadernos Aslegis*, Brasília, n. 56, p. 63-82, 1. sem. 2019, p. 66-72; GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. Barueri/SP: Ed. Atlas, 2022, p. 192-194.

89 NICOLAU, Jairo. *Op. cit.*, p. 20.

90 NICOLAU, Jairo. *Op. cit.*, p. 78-79.

votação majoritária distrital do que aquelas que proporcionalmente seriam atribuídas a determinado partido político, o excesso é subtraído das cadeiras proporcionalmente atribuídas aos partidos que por último as receberam, de modo a, distintamente do regime alemão, não haver aumento de cadeiras.[91]

É possível a divisão estanque entre as cadeiras destinadas à votação majoritária por distrito e aquelas que serão preenchidas proporcionalmente conforme a votação partidária, sem que haja correção ou qualquer espécie de compensação entre as performances partidárias decorrentes dum ou doutro sistema, o que se denomina como sistema misto paralelo, adotado em democracias como as do Japão, Coreia do Sul, Filipinas, Taiwan, Senegal e Lituânia.[92]

O sistema misto busca obtemperar os benefícios e mitigar os aspectos negativos dos sistemas eleitorais representativos[93] e quiçá por isto já percebeu sugestão expressa de adoção por parte do Tribunal Superior Eleitoral, então sob a presidência do Ministro Luís Roberto Barroso, que recomendou a adoção de um sistema distrital misto, mas, distintamente do sistema alemão, não haveria hipótese de aumento de cadeiras, subtraindo-se das cadeiras proporcionalmente atribuídas, em sentido decrescente, aquelas porventura obtidas em excesso na eleição majoritária distrital em comparação à performance proporcional da agremiação (sistema escocês), adotando-se listas fechadas constituídas por critérios democráticos internos dos partidos.[94]

1.4.2. Democracia semidireta

---

91 NICOLAU, Jairo. *Op. cit*., p. 85-86.

92 NICOLAU, Jairo. *Op. cit.*, p. 79-81.

93 GOMES, José Jairo. *Op. cit.,* p. 208.

94 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Contribuição para o debate acerca da reforma do sistema eleitoral brasileiro: o sistema distrital misto como alternativa a ser testada*, 2019. Disponível em: <tse-propoe-ajustes-projetos-voto.pdf (conjur.com.br)> Acesso em: 09 jan. 2023.

A democracia semidireta é aquela cujo complexo de mecanismos de exercício da soberania popular contempla elementos típicos de democracia indireta (representativa) e de democracia direta, com influxo individual e pessoal do cidadão na tomada de decisão.[95]

Há quem intitule esta classificação como a aplicável ao regime normativo brasileiro[96], uma vez que a participação popular elencada na Constituição prevê expressamente, no capítulo constitucional dos "Direitos Políticos", tanto o sufrágio (instrumental básico da representação), como elementos de pessoal decisão a influir no ato estatal (artigo 14 da Constituição Federal), como o plebiscito, referendo e iniciativa legislativa popular.

Cremos, todavia, que o sistema jurídico brasileiro ostente a democracia como "nível de exigências" (atraindo a antes citada concepção de Friedrich Muller), como um "processo", o que destoa de mero arcabouço instrumental exaustivo e preconcebido ora de representação, ora de direta influência na decisão estatal, mas se constitui em otimização democrática nos procedimentos de tomada de decisão, atraindo a percepção do que se denomina de *democracia participativa*, ao invés de divisão estanque em institutos indiretos e diretos.

1.4.3. Democracia direta e seus instrumentos

Não obstante a crítica conceitual supracitada (quanto à delimitação e divisão da soberania popular em institutos indiretos e diretos), não se vislumbra qualquer obstáculo à adoção destes conceitos desde que não lhes seja

---

95 Desconhece-se controvérsia neste aspecto conceitual, conforme, por todos: DALLARI, Dalmo de Abreu. *Op. cit.*, p. 135; GOMES, José Jairo. *Op. cit.*, p. 71; FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Op. cit.*, p. 83.

96 "A democracia semidireta ou mista procura conciliar os dois modelos anteriores. O governo e o Parlamento são constituídos com base na representação: os governantes são eleitos para representar o povo e agir em seu nome em seu interesse. Todavia, são previstos mecanismos de intervenção direta dos cidadãos. (...) Esse último é o modelo consagrado na vigente Constituição Federal, que, já em seu artigo 1º, parágrafo único, impera: 'Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição'" (GOMES, José Jairo. *Op. cit.*, p. 71).

atribuído o predicado de delimitadores estanques ou exaustivos do instrumental da participação ou de exercício da soberania popular.

Adotada a cautela de não se classificar os institutos de democracia direta ou indireta como se elucidativos do instrumental exaustivo de participação política, fato é que representam núcleos expressos de vias de estabelecimento da soberania popular adotados pelo constituinte originário, ainda que desprezados (quanto aos de participação direta) no universo fenomênico (consoante dados adiante abordados), quiçá diante do constrangimento que atrai ao poder suscetível de ser exercido pelos representantes, em tese, independentemente de seu compartilhamento direto com os representados[97].

Ainda que, como retrocitado, as dimensões geográficas e de densidade populacional sejam constantemente citadas a título de fundamentos para eventual prevalência da democracia representativa, cremos, em via diametralmente distinta, que tais fatos reforçam ainda mais a pertinência de viabilização de instrumentos de democracia participativa e quiçá deliberativa.

Explica-se.

Em primeiro e à luz dos registros trazidos pelo jurista português Jorge Miranda, o início do desencanto com o sistema representativo diante de suas frequentes inclinações oligárquicas, na passagem do século XIX e XX, foi justamente o contexto de introdução de elementos de inovação na democracia e intervenção dos cidadãos, tendo se vislumbrado os institutos do referendo e da iniciativa popular em grande parte dos Estados Norte-Americanos, na

---

97 Também no México, María Teresa Villareal Martínez anota as resistências que os processos participativos encontram nos núcleos diretivos de poder estatal: “Estos câmbios hacia uma democracia participativa que ciudadaniza y hace públicos los processos de definición y diseno de políticas enfrentan siempre resistências fuertes por parte de actores acostumbrados a uma participación reducida y selecta, que no los obligue a dar razón a otros de las decisiones que se toman, o a revelar y someter a escrutínio los motivos por los que se favorece uma determinada política pública y, com ello, un determinado proyecto y futuro sociales” (MARTÍNES, María Teresa Villareal. Participatión Ciudadana y Políticas Públicas. *In Décimo Certamen de Ensayo Político*. Comisión Estatal Electoral de Nuevo León. Ed. Comisión Estatal Electoral de Nuevo León, 2012, p. 38. Disponível em: <https://www.ceenl.mx/educacion/certamen_ensayo/decimo/MariaTeresaVillarrealMartinez.pdf> . Acesso em: 08 fev. 2023).

Austrália e em alguns países nórdicos (observa o autor que foi justamente pela via referendária que a Noruega se separou da Suécia em 1905).[98]

Com presença difundida na Europa, referendos e plebiscitos constam, no período pós-segunda guerra, nas Constituições da Itália, Alemanha, França, Suécia e Espanha.[99]

Ainda que possa se criticar tais institutos pela ausência de ponderação pluralista típica do debate parlamentar, trata-se de contrapeso ao aparelho de poder e potente instrumento de segurança, integração e legitimação diante de crises políticas[100] ou, dizemos, de decisões difíceis e controversas com efeitos gerais.

Ademais, em âmbito federal brasileiro, por exemplo, o Congresso Nacional é composto por 513 (quinhentos e treze) deputados federais (que formam a Câmara dos Deputados), eleitos por cada Estado da Federação de modo proporcional à quantidade de habitantes, assegurando-se o mínimo de 8 (oito) deputados para os Estados menos populosos e o máximo de 70 (setenta) deputados para os com maior quantidade de habitantes.[101] O Senado Federal é integrado por 81 (oitenta e um) Senadores, 3 (três) para cada Estado e o Distrito Federal (artigo 46, § 1º, da Constituição Federal).

O cargo eletivo remanescente em âmbito federal é o do Presidente da República, cuja chapa é composta de 2 (dois) cidadãos brasileiros (Presidente e Vice-Presidente).

Ainda que, por evidente, referidos agentes políticos tenham as suas equipes e as estruturas técnico-burocráticas instrumentais à satisfação de suas elevadas atribuições, fato é que são 596 (quinhentos e noventa e seis) representantes que deliberarão, em última análise, e impulsionarão o conteúdo

---

98 MIRANDA, Jorge. O referendo e o plebiscito: a experiência portuguesa. *Cuestiones Constitucionales*, n. 19, julio-diciembre, 2008, p. 152.

99 Ibid, p. 152-153.

100 MIRANDA, Jorge. O referendo e o plebiscito: a experiência portuguesa. *Cuestiones Constitucionales*, n. 19, julio-diciembre, 2008, p. 153-154.

101 Conforme artigos 1º e ss. da Lei Complementar n.º 78/1993.

programático contido no ordenamento jurídico elegendo os meios e medidas suficientes.

Ainda que haja contornos normativos estabelecidos para os programas governamentais, inclusive à luz do dever de satisfação do mínimo existencial a todos os cidadãos no núcleo intangível necessário à dignidade da pessoa humana, não se crê haja vozes a discordar da extensíssima gama de segmentos em que cabe ao agente público o elenco de prioridades, adoção de decisões sob competência discricionária e, enfim, impulsionamento dos atos de governo à luz de sua visão de mundo.

Ocorre, todavia, que aqueles que detêm efetivamente o poder são mais de duzentos e quinze milhões de brasileiros[102], de modo a atrair milhares de pontos de vistas para cada segmento de atuação estatal, sob as mais diversas premissas, visões de mundo e objetivos individuais e coletivos.

Tampouco se deve olvidar que as eleições destas poucas centenas de representantes se dá em um ciclo de exposição intensa de ideias restrito ao lapso de 45 (quarenta e cinco) dias (artigo 36 da Lei Federal n.º 9.504/1997 – Lei das Eleições), detendo como instrumental precípuo a publicidade em vias de comunicação de massa, com os seus vícios inerentes, ainda mais sob o potente influxo das redes sociais e seus algoritmos, informações falsas, etc.

As restrições de tempo e de recursos impõem, como é lógico, a concentração do discurso em pontos gerais e, em tese, mais sensíveis à atenção popular (ainda que menos importantes frente às reais e específicas funções do cargo eletivo), com vantagem demasiada a figuras públicas ainda que não contem com proposta efetiva, clara ou pormenorizada dos meios e fins que pretendem atingir através do mandato popular.[103]

---

102 BRASIL. Senado Federal. *Número de eleitores aptos a votar na próxima eleição será recorde*. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/radio/1/noticia/2022/07/18/numero-de-eleitores-aptos-a-votar-na-proxima-eleicao-sera-recorde> . Acesso em: 16 jan. 2023.

103 Em 2021, por exemplo, o Senador da República mais bem votado foi Marcos Pontes (PL-SP), astronauta brasileiro que ganhou renome por tal atuação internacional, tendo ocupado, até a eleição, o cargo de Ministro da Ciência e Tecnologia do Governo Federal. O Deputado Federal mais bem votado foi Nikolas Ferreira (PL-MG), então vereador de Belo Horizonte, que ganhara repercussão nacional em virtude de sua atuação nas mídias sociais em

Não raramente, candidatos a deputado e senador têm poucos segundos na televisão e rádio em que simplesmente se apresentam e gritam palavras de ordem como “saúde”, “educação”, “segurança”, “família”, “Deus”, etc. Trata-se de fato notório a quem é atingido pelos veículos de comunicação, dispensando-se digressões.

Mesmo na própria atividade pública, notadamente no exercício da função parlamentar, as manifestações individuais não são habitualmente publicizadas ou, na atividade legiferante, ainda que o sejam, limitam-se quão vezes ao “sim” ou não” de aprovação ou negativa ao projeto em pauta, tanto que há quem afirme ser impossível se considerar a “vontade do legislador” na exegese jurídica diante da realidade legislativa, revelando-se possível apenas aferir a “vontade da lei”[104], embora nos pareça mais apropriado dizer que a vontade do legislador pode ter elementos exteriorizados colaborativos à sua perquirição e decorrente elucidação interpretativa[105], embora, de fato, com

---

apoio a pautas conexas com as defendidas pelo Governo Federal no período. O Deputado Estadual, em São Paulo, mais bem votado foi Eduardo Suplicy (PT-SP), que já fora deputado federal (1983-1987), vereador na capital paulista (1989-1991 e 2017-2022) e senador por três vezes (1991-2015). Enfim, ninguém que não gozasse de fama pré-concebida ao período de campanha eleitoral logrou as posições de melhor classificação no sufrágio. Não se recusa a lógica deste desfecho, mas deve ser destacado o reflexo deletério a se considerar a aptidão da representação para a efetiva adoção de medidas e fins que reflitam as perspectivas reais dos indivíduos quanto às questões que lhes afetam nos segmentos de atuação decisória do Poder Público.

104 É o que sustenta Ricardo Marcondes Martins, citando Tércio Sampaio Ferras Junior, Ronald Dworkin e Geraldo Ataliba, com a anotação quanto à insindicabilidade da vontade individual dos parlamentares e de como tal fator colabora à compreensão de que a finalidade a ser perseguida é a do ordenamento jurídico (da norma publicada e dos demais princípios e regras que influem em sua exegese) (MARTINS, Ricardo Marcondes. Teoria Geral da Interpretação Jurídica: considerações críticas à obra de Black. *Revista de Direito Administrativa e Infraestrutura*, vol. 3, ano 1, p. 299-331. São Paulo: Ed. RT, out.-dez., 2017, p. 313-314).

105 “Desse modo, descobrir a intenção legislativa passaria por compreender a chamada occasio legis, o contexto que originou a lei. Para isso, claro que são relevantes as exposições de motivos, preâmbulos, justificativas, informes e pareceres produzidos nas comissões, atas taquigráficas e registros das sessões com os debates parlamentares, ou seja, tudo que permita alcançar a ambição ou a justificativa que possa adequadamente ser reconhecida como a intenção do Parlamento. Assim concebida a intenção legislativa, seu valor será tanto maior quanto mais se olhe para o caráter essencialmente argumentativo da legislação como processo. Se na elaboração legislativa houve intercâmbio de argumentos, melhor para a análise da intenção legislativa. Todavia, se na atividade legislativa não foram dadas razões, e se a produção legislativa se deu mais em função do número de votos favoráveis, a intenção legislativa tende a se converter mais em metáfora do que em fato social passível de demonstração empírica”. (NASCIMENTO, Roberta Simões. O argumento da intenção do legislador: anotações teóricas sobre uso e significado. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 58, n. 232, p. 167-193, out./dez. 2021, p. 189. Disponível em:

exatidão não haja como se compreender quais os motivos e fins de cada um dos parlamentares cuja vontade perfez, afinal, o diploma normativo.

Justamente visando a que os elementos ponderativos dos agentes políticos sejam objeto de séria aferição e exteriorizados é que Ana Paula Barcellos propõe um devido procedimento na elaboração normativa, de modo que necessariamente o processo legislativo afira o mínimo conteúdo de justificação atinente às respostas às perguntas: qual o problema que a norma pretende enfrentar? Quais os resultados pretendidos com a medida proposta? Quais os custos e impactos da medida proposta?[106]

Mais será dito em relação ao procedimento proposto pela autora em referência, revelando-se oportuno, não obstante e nesta passagem, frisar a necessidade da otimização democrática diante da insuficiência da representação para, por si só, induzir à espécie de presunção de legitimação ou de satisfação democrática dos interesses dos representados, carentes, pois, de procedimento que assegure justificativa suficiente (o que a autora denomina de “direito fundamental a receber justificativas”) suscetível de ser percebida pela comunidade à qual se dirige a medida.[107]

Há de se destacar, por conseguinte, que, no Brasil, a despeito do estágio de ainda desenvolvimento da percepção material democrática (com críticas relativas ao acesso básico às condições materiais de participação

---

<https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/58/232/ ril_v58_n232_p167>. Acesso em: 16 jan. 2023).

106 BARCELLOS, Ana Paula de. *Direitos fundamentais e direito à justificativa: devido procedimento na elaboração normativa*. 3.ª ed. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2020, p. 165-191.

107 “a relação dos agentes políticos com a população envolve, de um lado, a delegação do exercício do poder político e, de outro, um permanente dever de prestar contas dos atos praticados ou que se pretende praticar, bem como das decisões tomadas. (...) Sua elaboração e expedição veiculam claro exercício do poder político delegado por parte do povo e, por isso mesmo, demandam justificação minimamente adequada (...) as pessoas, como titulares de uma dignidade que exige que elas sejam tratadas com respeito pelos demais, têm o direito de receber justificativas acerca dos atos que eventualmente as afetem, e devem igualmente poder influenciar a formação desse ato (...). como se vê, parece tranquilo concluir que a opção constitucional em matéria de democracia agrega ao seu conteúdo essencial, para além do voto, tanto a ampliação dos participantes quanto, sobretudo, a apresentação de razões por parte deles. E, se é assim, e se a apresentação de razões por parte dos agentes públicos é inerente à democracia, as instituições e as práticas públicas em um Estado democrático devem ser concebidas e desenhadas de forma a contribuir para esse resultado (Ibid., p. 103-106).

política: satisfação de necessidades vitais a título de habitação, alimentação, educação e saúde, acesso a informações, democratização do acesso a cargos públicos e às fontes de financiamento eleitoral, democratização partidária, participação na atuação decisória estatal, etc.), fato é que há um aumento exponencial quantitativo e qualitativo no leque de sujeitos partícipes (ao menos em tese e sob a ótica formal) da realidade política.[108]

Revela-se pertinente considerar os dados a este título de aumento de "representados" pelo sistema político, pois que representam a quantidade de vozes cuja oitiva há de ser refletida no sistema de governo.

Assim sendo, na última década do século XIX o Brasil tinha 14 milhões de habitantes, dos quais 82% eram analfabetos e apenas 10% viviam em áreas urbanas[109]

Em 1891, ainda diante da ampliação dos direitos políticos promovida pela Constituição do mesmo ano, inspirada pela República recém declarada, a participação ativa se revelava irrisória. A população de 1890 era estimada em 14,3 milhões de pessoas, das quais, excluídos os analfabetos, menores de 21 anos, estrangeiros e mulheres, votavam "efetivamente" menos de 3% até o ano de 1920, ampliando este percentual para cerca de 10% no início da década de 1930[110].

Os eleitores inscritos em 1940 eram 2,66 milhões de pessoas (6,45% do total de brasileiros), alcançando-se a marca de 11,45 milhões de pessoas (22,05% da população) em 1950[111].

---

108 Na Itália, Norberto Bobbio (1995) dá notícia de como os eleitores passaram de 2% dos habitantes a aproximadamente 60% após as ampliações de direitos políticos ocorridas em 1882, 1912, 1919 e 1946, sem contar a extensão do voto aos que tenham dezoito anos completos que se deu em 1975 (BOBBIO, Norberto. *Op. cit.*, p. 153).

109 MALAN, Pedro S. (coord.); BACHA, Edmar (coord.), et al. (coord.). *130 anos: em busca da República*. Rio de Janeiro: Ed. Intrínseca, 2019, p. 10.

110 Ibid., p. 16-17.

111 Ibid., p. 17.

Atualmente, o analfabetismo foi reduzido a 7% da população adulta e a habitação é predominantemente urbana, sob proporção de 86% (reduzindo-se, em rigor, distâncias e acesso a equipamentos públicos centrais)[112].

Nas eleições de 2022 o Tribunal Superior Eleitoral deu notícia de mais de 156,3 milhões de eleitores inscritos, o que representa aumento de 6,21% em comparação com as eleições de 2018[113].

O Brasil é, atualmente, a terceira maior democracia de massas urbanas do mundo, após a Índia e os Estados Unidos, sem que haja qualquer candidato a disputar essa colocação no horizonte de tempo previsível entre as grandes democracias mundiais.[114]

No âmbito formal, então, a nossa democracia representativa é significativa, especialmente no aspecto quantitativo ativo (eleitores).

Revela-se impraticável supor que as milhares de decisões públicas de efeitos gerais adotadas pelos 596 agentes políticos em âmbito federal de fato se harmonizem com as visões de mundo dos mais de 262.000 (duzentos e sessenta mil) eleitores que, proporcionalmente[115], cada um daqueles representa, em todas as questões às quais o Poder Público é convocado a planejar, deliberar e executar, em segmentos sensíveis e complexos como o papel do Estado e as subjacentes políticas públicas em matéria de orçamento público, tributação e cada uma de suas espécies e nuanças, saúde, educação, infraestrutura, segurança, administração penitenciária, administração da justiça, alimentação, relações internacionais, habitação, lazer, entretenimento, emprego, assistência social, etc.

---

112 Ibid., p. 10.

113 BRASIL. Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo. *Maior colégio eleitoral do país, São Paulo tem 34,6 milhões de eleitores aptos a votar nas Eleições 2022*. Disponível em: <https://www.tre-sp.jus.br/comunicacao/noticias/2022/Julho/maior-colegio-eleitoral-do-pais-sao-paulo-tem-34-6-milhoes-de-eleitores-aptos-a-votar-nas-eleicoes-2022> . Atualizado em: 18 ago. 2022. Acesso em: 02 mai. 2023.

114 MALAN, Pedro S. (coord.); BACHA, Edmar (coord.), et al. (coord.). *Op. cit.*, p. 17.

115 Se atraídos os agentes políticos eletivos no âmbito dos Estados e dos Municípios tal proporção pode ser amenizada, mas, por outro lado, haverá a também ampliação demasiada das competências decisórias, daí a impertinência da extensão do escopo de análise.

A representação, cediço, ainda mais diante dos limites inerentes à complexidade do sistema representativo, se for considerada como única ou precípua forma de governo (sem a otimização de instrumentos de participação direta) não poderá ser considerada, em rigor, como efetivo reconhecimento de soberania popular, bem menos de material democracia – a não ser que o texto constitucional seja reduzido a ruído –, melhor se amoldando à concepção de aristocracia e ao subjacente governo dos "notáveis" (se adotada de modo exclusivo, frise-se).

1.4.3.1. Plebiscito

Conceitualmente, o plebiscito é reconhecido como "consulta prévia à opinião popular. Dependendo do resultado do plebiscito é que se irão adotar providências legislativas, se necessário".[116]

De acordo com Uadi Lammêgo Bulos, trata-se de uma "consulta popular a todos os eleitores sobre um ou mais assuntos que antecede o processo de elaboração de determinada lei", de modo que o "eleitor responde apenas sim ou não a quantas indagações forem necessárias. Quem decide quantas perguntas serão feitas no plebiscito é o Congresso Nacional".[117]

O conceito corrente se compatibiliza com a origem etimológica do termo, atribuída à palavra, em latim, *plebiscitum*, cuja tradução é "decreto da plebe" e revela o instituto jurídico romano que tornou obrigatória a manifestação dos plebeus em determinados temas, enquanto medida de concerto entre as reivindicações populares e a classe política aristocrática que então compunha o senado.[118]

---

116 DALLARI, Dalmo de Abreu. *Op. cit.*, p. 153

117 BULOS, Uadi Lammêgo. *Op. cit.*, p. 492.

118 MUNIZ, Frederico Oderich; SOARES, Rodrigo Almeida. *O Plebiscito na América Latina*. Trabalho apresentado no 9.º Congresso Latinoamericano de Ciência Política, organizado pela Associação Latino-Americana de Ciência Política (ALACIP). Montevideo, 26 a 28 de julho de 2017, p. 4.

O plebiscito foi previsto nas Constituições brasileiras de 1937 e 1946 enquanto instrumento de consulta às populações diretamente interessadas nas hipóteses de incorporação, divisão ou desmembramento de Estados (artigos 5.º, parágrafo único, e 2.º, respectivamente). Na Constituição de 1937 houve a previsão normativa de que ela própria se submeteria a plebiscito popular (artigo 187), providência jamais ultimada.[119]

Voltou a figurar como instituto de status constitucional através da Constituição da República de 1988, estampado, então, como um dos instrumentos de exercício da soberania popular (artigo 14, § 1º), tendo sido prevista a competência para a sua autorização e convocação ao Congresso Nacional (artigo 49, Constituição Federal).

Por simetria, o instituto também se aplica aos demais entes federados, com análoga competência de autorização e convocação aos órgãos parlamentares respectivos (Assembleias Legislativas e Câmaras de Vereadores).[120]

A Lei Federal n.º 9.709/1998 regula o plebiscito, prevendo a sua natureza prévia ao ato legislativo ou administrativo sobre cuja consulta se pretende, dando-se a sua convocação mediante decreto legislativo por proposta de ao menos 1/3 dos membros do Congresso Nacional (artigo 3.º).

O plebiscito não atrai problematização conceitual, revelando-se, então, enquanto consulta prévia à população, pelo Parlamento, com vistas à percepção da vontade popular diante de determinado tema, justamente sob a perspectiva de que a mera ideologia (exteriorizada pelos candidatos eleitos) genericamente escolhida quando do sufrágio não reflete, necessariamente, a

---

119 LINHARES, Paulo Afonso. *A cidadania interativa: plebiscito, referendo e iniciativa popular na Constituição de 1988 e os impactos da revolução tecnológica da informação e comunicação na democracia brasileira*. Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas / Faculdade de Direito do Recife da Universidade Federal de Pernambuco como requisito parcial para obtenção do título de Doutor em Direito, p. 20. Disponível em: <https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/3763/1/arquivo366_1.pdf> . Acesso em: 22 mai. 2023.

120 Neste sentido, por exemplo, os artigos 20, XVIII, da Constituição do Estado de São Paulo e 14, X, da Lei Orgânica do Município de São Paulo.

percepção popular sobre determinada questão ou medida cuja deliberação está em pauta no órgão legislativo.

Os pontos que atraem atenção no instituto são outros, sob a perspectiva do recorte deste estudo.

O primeiro é sobre o influxo da sociologia.

Isto pois, a despeito de saltar aos olhos a potência instrumental do plebiscito para legitimar questões sensíveis que assolam o debate diuturno (critérios sobre o aborto, alcance da criminalização na política antidrogas, rupturas, estabelecimento ou manutenção de monopólios em questões como energias, combustíveis, correios e telégrafos, reforma administrativa, tributária, política, etc.), de modo a se captar o termômetro social antes mesmo da construção textual normativa, o instituto foi levado a efeito, no Brasil e em âmbito nacional, em apenas dois momentos históricos, ambos sobre a forma de governo.[121]

Em 1963 se consultou o povo sobre a manutenção do sistema parlamentarista, solução política adotada em 1961 para viabilizar a posse de João Goulart, tendo 82% dos eleitores optado pelo retorno ao presidencialismo.[122]

Em 1993 foi promovido o segundo plebiscito no Brasil para a escolha entre a forma (república ou monarquia constitucional) e sistema de governo (presidencialismo ou parlamentarismo).[123]

O resultado final indica, excluindo-se da menção os votos brancos ou nulos, 66,26% de optantes pela república contra 10,25% dos que detinham a

---

121 Christophe Testard observa como os baixes índices participativos são proporcionais ao desinteresse dos governantes em estimular tais expedientes: “os anúncios de inquéritos são publicados em caracteres tanto mais pequenos quanto mais importante é o projeto” (TESTARD, Christophe. *Pouvoir de décision unilatérale de l’administration et démocratie administrative*. LGDJ, 2018, p. 441, tradução nossa).

122 BRASIL. Senado Federal. *Referendos e plebiscitos na história*. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2005/02/25/referendos-e-plebiscitos-na-historia>. Acesso em: 16 jan. 2023.

123 BRASIL. Senado Federal. *Referendos e plebiscitos na história*. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2005/02/25/referendos-e-plebiscitos-na-historia> . Acesso em: 16 jan. 2023.

monarquia constitucional como preferência, bem como 55,67% de adesão ao sistema presidencialista contra 24,91% dos optantes pelo parlamentarismo.[124]

Foi realizado plebiscito regional (no Estado do Pará) para consultar a população sobre o eventual desmembramento do Estado, o que foi rejeitado pela população.

Merece registro o fato de que o plebiscito regional quanto à validação popular de desmembramento de Estados e Municípios representa condição constitucional para tal desiderato (artigo 18, §§ 3º e 4º, da Constituição Federal), de modo que a sua realização não é anotação histórica relevante a título de iniciativa parlamentar, haja vista o referido viés impositivo.[125]

O segundo ponto a merecer destaque é a defesa intransigente da vinculação do Parlamento ao resultado plebiscitário, a despeito de sua não previsão expressa na lei reguladora, mormente porque, em havendo clara percepção do desiderato popular, falece a competência do mandatário (parlamentar) para desatender ao comando decorrente da consulta, haja vista a titularidade do poder ser do povo consultado, inviabilizando a inversão

---

124 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Planilha com resultados detalhados sobre o plebiscito de 1993*. Disponível em: <https://www.justicaeleitoral.jus.br/++theme++justica_eleitoral/pdfjs/web/viewer.html?file=https://www.justicaeleitoral.jus.br/arquivos/plebiscito-de-1993/@@download/file/plebiscito-de-1993.pdf> . Acesso em: 16 jan. 2023.

125 O Supremo Tribunal Federal detém jurisprudência sobre a impositividade da consulta plebiscitária à toda a população do ente federado cujo desmembramento se analisa, citando-se: “Ação direta de inconstitucionalidade. Lei nº 3.196, de 15 de março de 1999, do Estado do Rio de Janeiro. Alteração dos limites territoriais dos Municípios de Cantagalo e de Macuco. Violação do art. 18, § 4º, da Constituição Federal. Precedentes. Ausência de convalidação pela Emenda Constitucional nº 57/2008. Lei nº 2.497, de 28 de dezembro de 1995, do Estado do Rio de Janeiro. Controle de norma de direito préconstitucional por ação direta. Impossibilidade. Não conhecimento. Ação da qual se conhece parcialmente e a qual se julga parcialmente procedente. 1. A Lei nº 3.196/1999 estabeleceu novos limites territoriais para os Municípios de Cantagalo e Macuco sem que fossem observadas as disposições do art. 18, § 4º, da Constituição Federal, inclusive sem a realização da imprescindível consulta popular. A jurisprudência da Corte se consolidou no sentido de que os requisitos constitucionais previstos no art. 18, § 4º, da Lei Maior devem ser sempre observados, mesmo quando não se trate propriamente de criação, mas de alteração ou retificação de limites, especialmente a exigência de realização de consulta plebiscitária. Precedentes: ADI nº 1.262/TO, Rel. Min. Sydney Sanches, DJ de 12/12/97; ADI nº 1.034/TO, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ de 25/2/2000; ADI nº 2.812/RS, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ de 28/11/03; ADI nº 2.632/BA, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 12/3/04; ADI nº 2.994/BA, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ de 4/6/04.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n.º 2.921/RJ, Relator do Acórdão Min. Dias Toffoli, Plenário, julgado em: 9 ago. 2017).

hierárquica que se daria na hipótese de divergência ativada pelo órgão legiferante.[126]

A sustação do processo legislativo ou da medida administrativa prevista pelo artigo 9º da Lei Federal n.º 9.709/1998 reforça tal exegese, mormente porque não faria sentido tal sustação se não fosse para adequar os atos em referência ao resultado aferido, ao final, pelo plebiscito, evitando-se a contradição de seus desfechos, mesma sorte das competências de "aprovar" ou "denegar o que lhe tenha sido submetido" previstas pelo legislador (artigo 2º, § 2º), articulando hermenêutica decisória, e não meramente opinativa, ao desiderato popular.

O terceiro ponto a se destacar[127], criticamente, é a duríssima iniciativa para a convocação de plebiscitos e referendos (objeto do capítulo subsequente), tendo a lei infraconstitucional (n.º 9.709/1998) previsto, como dito e a despeito de seu dever de otimização do princípio democrático, que a "iniciativa" do decreto-legislativo cujo conteúdo seja a convocação de plebiscito e referendo será de 1/3 dos membros da respectiva Casa do Congresso Nacional, isso em um contexto normativo constitucional que estabelece a iniciativa legislativa (quando sob competência originária do parlamento), via de regra, a qualquer membro do Congresso Nacional.

Note, a única iniciativa prevista na Constituição que reclama quórum tão agudo é nada menos do que uma proposta de Emenda à Constituição, ápice normativo brasileiro e cujo quórum para aprovação definitiva é duríssimo (3/5 em cada Casa do Congresso Nacional e em dois turnos).

Logo, a iniciativa exigida para uma mera convocação de plebiscito ou referendo foi igualada à dura iniciativa do ápice normativo piramidal, sendo que

---

126 Também neste sentido, por todos: LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 24.ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva Educação, 2020, p. 1.409-1.410.

127 Este terceiro ponto foi por nós abordado em RIGAMONTI, Thiago Reis Augusto. *Das Vias de Participação Popular nos Procedimentos Decisórios Estatais*. Minuta de artigo científico apresentada como condição para obtenção do título de Especialista em Direito Eleitoral, pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa - IDP, sob orientação do Prof. Dr. Roberto Carlos Martins Pontes, em mai. 2023, p. 9-12.

a contradição e a irrazoabilidade de tal excepcional iniciativa saltam aos olhos se considerarmos que a lei aprovada após o plebiscito ou referendo pode sê-lo por mera maioria simples (popular, se por referendo - artigo 10 da Lei Federal n.º 9.709/1998 -, ou do próprio parlamento, a depender do tema e após a aprovação plebiscitária) e que até mesmo leis complementares são aprovadas (não iniciadas, para o que basta qualquer membro do Congresso Nacional) por maioria absoluta (50% mais um).

O legislador ordinário endureceu a iniciativa para o mero projeto de convocação de plebiscito ou referendo bem além do que a iniciativa ordinária legislativa prevista na Constituição da República, tal como se desservindo, ao invés de servir, aos princípios democrático e republicano, tornando flagrante a sua inconstitucionalidade.

Mas não é só.

Quando da convocação de plebiscitos e referendos em âmbito Estadual ou Municipal, tomando-se a legislação do Estado de São Paulo como referência, reclama-se nada menos do que a manifestação, a título de requerimento, por 1% do eleitorado do Estado, dividido, ao menos, em cinco dentre os quinze maiores Municípios do Estado e com não menos de 0,2% em cada um deles, isto submetido, ainda, à deliberação do Tribunal Regional Eleitoral (artigo 24, § 3.º, 1 a 4, da Constituição do Estado de São Paulo).

No Município de São Paulo há a mesma exigência de requerimento por 1% do eleitorado (artigo 44, II, da Lei Orgânica do Município), havendo a contraditória exigência de 2% do eleitorado se relativo a “questões relevantes aos destinos do Município” (artigo 45, “caput”).

E tudo isto, frise-se, sem qualquer espécie de ferramenta tecnológica, nem mesmo análoga à regulamentada para o apoio à criação de partidos políticos (Resolução TSE n.º 23.571/2018, alterada pela Resolução TSE n.º 23.647/2021).

Se o Estado de São Paulo teve, em 2022, 34.667.793 eleitores[128], mais de 340.000 assinaturas físicas e válidas seriam necessárias para a mera iniciativa de requerimento de consulta popular, ainda sujeita à adequada distribuição entre os maiores Municípios e ao escrutínio do Tribunal Regional Eleitoral, dando conta de quão excepcional há de ser a mobilização e o engajamento popular, praticamente impossível sem um centro forte sensível ao tema, atraindo o seu cabimento exclusivamente diante de contextos de reivindicações classistas, empresariais e de instituições de grande porte, inviabilizando o seu alcance por grupos minoritários ou marginais, ainda que estes pudessem ter, afinal, a sua reivindicação aceita diante de sua racionalidade no convencimento da maioria.

Registre-se o trâmite do Projeto Legislativo n.º 112/2021 (autoria plúrima, englobando Deputados do PL, Republicanos, PT, PCdoB, MDB e PSD) - que “Institui o Código Eleitoral” -, o qual já fora aprovado pelo Plenário da Câmara dos Deputados e se sujeita, quando do fechamento deste texto[129], à deliberação plenária do Senado Federal[130], de cujo teor se revela a pretensão de revogação da Lei Federal n.º 9.709/1998, embora, do novo texto normativo pretendido, não se depreenda qualquer modificação sensível no regime jurídico dos plebiscitos e referendos.

O projeto legislativo se restringe aos plebiscitos e referendos em âmbito federal e permanece pleiteando a iniciativa de ao menos 1/3 dos membros da respectiva Casa Legislativa, passando a prever, não obstante, a possibilidade de convocação popular, sob os parâmetros, ainda agudos, de, para o plebiscito, 1% do eleitorado nacional distribuído por ao menos cinco Estados com não menos de 0,3% em cada qual (artigo 596, § 1.º) e, para o referendo,

---

128 Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo. *Maior colégio eleitoral do país, São Paulo tem 34,6 milhões de eleitores aptos a votar nas Eleições 2022*. Disponível em: <https://www.tre-sp.jus.br/comunicacao/noticias/2022/Julho/maior-colegio-eleitoral-do-pais-sao-paulo-tem-34-6-milhoes-de-eleitores-aptos-a-votar-nas-eleicoes-2022> . Atualizado em: 18 ago. 2022. Acesso em: 02 mai. 2023.

129 Em 08 de julho de 2024.

130 Câmara dos Deputados. *PL n.º 112/2021, que Institui o Código Eleitoral*. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_autores;jsessionid=node0n08an52e7ooo5vl9egiftnu3433915.node0?idProposicao=2292163> . Acesso em: 08 jul. 2024.

de 3% (!) do eleitorado nacional distribuído por ao menos cinco Estados com não menos de 0,3% em cada qual (artigo 598, § 2.º).

O projeto em referência prevê a louvável possibilidade de subscrição pelos eleitores e conferência eletrônicas, sob aferição final da Justiça Eleitoral (artigos 606 e seguintes), embora ainda permaneça uma incógnita sobre qual a "assinatura eletrônica qualificada, nos termos da Lei" que se exigirá e até que ponto será um obstáculo procedimental à efetividade da participação popular, além de que tal previsão normativa se circunscreve ao título "IV" do "Livro XVIII" do projeto, referente à "iniciativa popular" legislativa, fraqueando-se a infeliz dúvida (que não nos ocorre, diante da analogia frente aos pontos comuns dos institutos, mas, por outro lado, não se recusa a possibilidade da exegese, ainda mais em contexto de habitual intepretação contrária à otimização participativa) se tal previsão de regime preferencialmente eletrônico também se estende aos plebiscitos e referendos convocados popularmente.

1.4.3.2. Referendo

O referendo não atrai modificação conceitual sensível em comparação ao plebiscito, tratando-se, igualmente, de consulta popular, adotada, todavia, após a edição do ato cuja aprovação será, então, ratificada ou recusada pela população.

Enquanto o plebiscito antecede o processo legislativo, o referendo se dá sobre questão já aprovada pelo Congresso Nacional, de modo que "a sua incidência ocorre para confirmar ou rejeitar o projeto de lei aprovado pelo Legislativo"[131], também podendo se dar sobre emenda à constituição.

Tal como o plebiscito, a sua autorização é competência do Congresso Nacional (artigo 49, XV), não se vislumbrando margem para exegese que não a da vinculatividade deliberativa do projeto legislativo ou medida administrativa ao desfecho da consulta popular, mormente diante da previsão legislativa de

131 BULOS, Uadi Lammêgo. *Op. cit.,* p. 492.

que o resultado do referendo implica “ratificação” ou “rejeição” do ato, sem margem para destinação distinta (artigo 2º, § 2º, da Lei Federal n.º 9.709/1998).

Esta mesma natureza vinculativa - hábil a ratificar ou rejeitar o ato sob referendo - se revela do Projeto de Lei n.º 112/2021, retrocitado, sem prognóstico de mudança, então, em tal atributo dos referendos (vide artigo 596, § 4.º).

Também sob a mesma toada do plebiscito e revelando a cultura de concentração de poder, à revelia da otimização democrática constitucional, após a promulgação da Constituição da República de 1988 foi realizado um único referendo (em 2005), então referente à proibição do comércio de armas de fogo e munições no país, tendo a opção “não” (isto é, pela não proibição) sido vitoriosa em proporção de 63,94% contra 36,06% pelo “sim”[132], culminando na não vigência da proibição constante no Estatuto do Desarmamento (artigo 35, “caput” e § 1º, da Lei Federal n.º 10.826/2003).

Ao referendo é cabível a mesma crítica realizada quando da abordagem sobre o plebiscito no que atine à incompatibilidade entre a iniciativa especial do Decreto-Lei de convocação (de 1/3 dos membros da respectiva Casa do Congresso Nacional: vigente através do artigo 3.º da Lei Federal n.º 9.709/1998) e a otimização do princípio constitucional democrático.

1.4.3.3. Lei por iniciativa popular

A Constituição Federal prevê a “iniciativa popular” como instrumento de exercício da soberania popular (artigo 14, III), regulando-a na seção do Processo Legislativo, prevendo que a iniciativa popular legislativa reclama a apresentação de projeto de lei subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído por pelo menos cinco Estados, com não menos de três décimos por cento (0,3%) dos eleitores de cada um deles.

---

132 LENZA, Pedro. *Op. cit.*, p. 1.408.

Em âmbito infraconstitucional, a Lei Federal n.º 9.709/1998 estampa duas regras relevantes a influírem na iniciativa popular legislativa, no que atine à impossibilidade de sua rejeição por vício de forma a título de defeito de técnica legislativa ou de redação, bem como que, atendido o pressuposto quantitativo de subscrição do projeto, a Câmara dos Deputados "dará" (eliminando-se qualquer percepção sob competência discricionária) seguimento à iniciativa popular, consoante as normas de seu Regimento (artigos 13, § 2º, e 14).

A conjugação verbal no modo imperativo ("dará") atrai a noção, como dito, de vinculação do Parlamento à instauração do processo legislativo competente, o que já se revelaria de todo pertinente de ser compreendido diante da necessidade de exercício da função parlamentar em atenção à soberania popular, e não o contrário.

A provocação da iniciativa legislativa não significa, porém, eventual dever parlamentar de votação favorável ou promulgação da norma, bem menos de necessária sanção pelo Chefe do Executivo, mormente porque, a despeito do número intenso de subscrições para a propositura popular vinculativa à deflagração do processo legislativo, não significa maioria bastante para a vinculação de toda a comunidade à pretensão normativa, carecendo, então, de efetiva votação e aprovação pelo Parlamento.

Trata-se de instituto, em síntese, que "confere a um certo número de eleitores o direito de propor uma emenda constitucional ou um projeto de lei"[133].

Uadi Lammêgo Bulos afirma se tratar de "outra modalidade de consulta popular", sendo que através dela "o povo apresenta projetos de lei ao Poder Legislativo"[134].

Não nos parece ser uma espécie de "consulta popular", propriamente dita, haja vista que não há qualquer iniciativa consultiva pelo Parlamento (como se dá com o plebiscito ou referendo), mas, bem pelo contrário, a iniciativa é

---

133 DALLARI, Dalmo de Abreu. *Op. cit.*, p. 136.

134 BULOS, Uadi Lammêgo. *Op. cit.*, p. 493.

restrita aos eleitores subscritores do projeto legislativo, cujo intento pode ser até contrário e não encontrar eco, por hipótese, nos componentes do órgão legislativo.

Ademais, não é mera consulta porque a iniciativa legislativa é vinculativa, isto é, obriga à deflagração do processo legislativo.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho sintetiza que a iniciativa popular "consiste no poder conferido a parcela do eleitorado para propor direito novo", distinguindo a iniciativa em "não-formulada" e "formulada", consistindo a primeira espécie na apresentação de documento contendo a matéria e as diretrizes gerais, cabendo ao Legislativo compor a forma do projeto legislativo, enquanto a segunda modalidade traduz a apresentação de projeto já textualmente em formato de lei, com redação articulada e pronto para discussão e deliberação.[135]

O autor anota que a iniciativa popular é o instrumento democrático que mais bem atende aos interesses de participação, isto pois, a par de se impedir legislação não querida ou confirmar o propósito do Parlamento (fins substanciais do referendo e plebiscito), pode-se "conseguir impor uma verdadeira orientação governamental, configurando uma participação popular mais efetiva".[136]

Não se deve olvidar, todavia, da necessidade patente de modernização do instituto, à luz das funcionalidades tecnológicas quiçá instrumentais à viabilização de utilização efetiva da iniciativa popular legislativa.

Ora, o 1% (um por cento) dos eleitores reclamado para subscrição do projeto de lei por iniciativa popular representa mais de 1,5 milhão de assinaturas, tornando de todo complexo o processo de mobilização, recolhimento e comprovação dessas assinaturas, com identificação individual

---

135 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Op. cit.*, p. 98.

136 Ibid, p. 99.

do nome completo, endereço e dados do título de eleitor do subscritor[137], sem previsão normativa para sua otimização digital.

Fazendo um comparativo com outra hipótese que reclama vasta subscrição popular (0,5% do eleitorado para apoio à criação de partido político), há sistema eletrônico de votação e de conferência ("sistema de coleta de apoiamento") que viabiliza a operação de tão extenso rol de assinaturas.[138]

Sem um sistema análogo que vise operacionalizar a iniciativa popular legislativa, não é exagerado o predicado de "decorativo"[139] ao instituto.

Não se olvida que o Senado Federal implementou relevante ferramenta de percepção de "ideias legislativas" e apoio às ideias registradas ("e-Cidadania"), todavia, em consulta ao referido portal, depreende-se se tratar de um instrumento de participação popular, mas não de iniciativa popular legislativa vinculante propriamente dita, tanto que, a despeito de se veicular notícia dizendo que a ferramenta viabilizou o primeiro projeto de iniciativa popular[140], da consulta ao projeto, em si (PL n.º 4.399/2019[141]), a autoria está atribuída à Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa[142], isto é, não se trata, tecnicamente, de iniciativa popular com reconhecimento de atingimento de seus pressupostos.

---

137 Trata-se de pressuposto formal contido no artigo 252, I, do Regimento Interno da Câmara dos Deputados.

138 Conforme Resolução n.º 23.571/2018, alterada pela Resolução n.º 23.647/2021, ambas do Tribunal Superior Eleitoral.

139 LENZA, Pedro. *Op. cit.*, p. 664.

140 Senado Federal. *Senado aprova primeiro projeto de origem popular enviado pelo Portal e-Cidadania*. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/02/07/senado-aprova-primeiro-projeto-de-origem-popular-enviado-pelo-portal-e-cidadania> . Acesso em: 24 jan. 2023.

141 A ementa do projeto segue assim redigida, em seu texto de origem: "Altera a Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, que dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências, para incluir a fibromialgia no rol das doenças que asseguram a seus portadores a dispensa do cumprimento de período de carência para usufruir dos benefícios de auxílio-doença e aposentadoria por invalidez".

142 Senado Federal. *Projeto de Lei n.º 4.399, de 2019*. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/138057> . Acesso em: 24 jan. 2023.

Outro projeto noticiado como de iniciativa popular (com mais de 250.000 apoiadores), qual seja o Projeto de Lei n.º 222/2019, que tem por escopo vedar "o pagamento de auxílio, ajuda ou qualquer outra forma de retribuição a título de reembolso de despesas efetuadas com moradia a senador, deputado federal, deputado estadual, deputado distrital e vereador", também figura como de autoria da aludida Comissão e de diversos outros Senadores.[143]

A Câmara dos Deputados estampa página acessível sob o título "Sugira um Projeto", no qual são acessíveis as opções "Projeto de lei de iniciativa popular" e "Sugestão legislativa". O "link" do projeto de lei popular leva quem o acessa a um documento, em formato "pdf", denominado "lista de apoiamento", que nada mais é do que uma lista com campos de preenchimento de nome completo, endereço, título eleitoral e assinatura. O "link" para a sugestão legislativa revela a dinâmica de vinculação direta de sugestão, todavia restringe a sua realização, expressamente, a organizações não governamentais (ONGs), associações e órgãos de classe, sindicatos, entidades da sociedade civil, exceto partidos políticos, ou órgãos e entidades da administração direta e indireta, desde que tenham participação paritária da sociedade civil, reclamando o cadastramento e "upload" dos atos constitutivos da entidade, composição de seu corpo diretivo e ata da reunião relativa à sugestão[144], revelando nada haver de permissivo ao cidadão comum, pessoa natural,

---

143 "AUTORIA: Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa (1º signatário), Senador Acir Gurgacz (PDT/RO), Senadora Juíza Selma (PODEMOS/MT), Senadora Leila Barros (PSB/DF), Senador Alvaro Dias (PODEMOS/PR), Senadora Mailza Gomes (PP/AC), Senador Arolde de Oliveira (PSD/RJ), Senadora Soraya Thronicke (PSL/MS), Senadora Zenaide Maia (PROS/RN), Senador Dário Berger (MDB/SC), Senador Eduardo Girão (PODEMOS/CE), Senador Fabiano Contarato (REDE/ES), Senador Flávio Arns (REDE/PR), Senador Jayme Campos (DEM/MT), Senador Jorge Kajuru (CIDADANIA/GO), Senador Lasier Martins (PODEMOS/RS), Senador Lucas Barreto (PSD/AP), Senador Luis Carlos Heinze (PP/RS), Senador Major Olimpio (PSL/SP), Senador Marcos Rogério (DEM/RO), Senador Nelsinho Trad (PSD/MS), Senador Paulo Paim (PT/RS), Senador Paulo Rocha (PT/PA), Senador Randolfe Rodrigues (REDE/AP), Senador Reguffe (PODEMOS/DF), Senador Styvenson Valentim (PODEMOS/RN), Senador Tasso Jereissati (PSDB/CE), Senador Telmário Mota (PROS/RR), Senador Vanderlan Cardoso (PP/GO)." (BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei n.º 222, de 2019b. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8054927&ts=1674175910631&disposition=inline>. Acesso em: 24 jan. 2023).

144 Câmara dos Deputados. *Sugira um Projeto*. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/participe/sugira-um-projeto>. Acesso em: 24 jan. 2023.

distanciando-se das premissas jurídicas do instituto da iniciativa popular legislativa e de facilitação e otimização tecnológica referentes ao seu implemento.

Nesta toada, há registro histórico de quatro projetos legislativos de iniciativa popular[145], ainda que apenas dois tenham atendido, efetivamente, ao pressuposto de adequada subscrição por número bastante de eleitores (os outros acabaram encampados por autoridades legitimadas à iniciativa independentemente do pressuposto formal para sê-lo a título popular)[146], sendo mais conhecido e recente o que culminou na Lei da Ficha Limpa (Lei Complementar n.º 135/2010), que estabeleceu causas de inelegibilidade relacionadas à vida pregressa de pretensos candidatos a cargos eletivos, visando aos contornos concretos da proteção à probidade e à moralidade administrativas reclamada pelo constituinte (artigo 14, § 9º, da Constituição Federal).

Já faz mais de década sem que tenha sido promulgado qualquer projeto de lei por iniciativa popular, a despeito da intensa produção legislativa que caracteriza o fenômeno normativo nacional.

Há iniciativas particulares de ferramentas de articulação para a discussão e construção coletiva e colaborativa de políticas públicas, exemplificando-se com o aplicativo “Mudamos”, vencedor do Desafio de Impacto Social Google de 2016 e projetado pelo Instituto Sociedade do Rio (ITS Rio) (ITS, 2023), embora, em consulta ao aplicativo na “Play Store” (ferramenta difundida para consulta a aplicativos), na data de conclusão deste texto[147], sequer o “Mudamos” está atualizado e suscetível de “download”.[148]

---

145 Priscila de Oliveira Calegari e Luciana Gaspar M. Duarte fazem a pertinente observação de que, dos quatro projetos que culminaram em leis, dois versavam sobre temas relativos à corrupção, “demonstrando uma preocupação especial da população com a lisura dos seus agentes públicos” e “a falta de confiança na atuação dos representantes políticos” (CALEGARI, Priscilla de Oliveira; DUARTE, Luciana Gaspar Melquíades. Desafios da Participação Popular no Brasil. *Revista do Direito Público*, Londrina, v. 17, n. 2, p. 89-110, out. 2022, p. 96).

146 LENZA, Pedro. *Op. cit.*, p. 665-667.

147 Em 08 de julho de 2024.

Dois projetos legislativos tramitam para propiciar vias eletrônicas de subscrição e conferência das assinaturas em iniciativas populares.

Foi aprovado no Senado Federal o PL n.º 267/2016 (de iniciativa do Senador Regufre: sem partido/DF), o qual, tramitando à Câmara dos Deputados (onde percebeu o número n.º 9.115/2017), foi apensado ao PL n.º 7.005/2013[149], cujo teor versa sobre a simples inserção dos §§ 3.º e 4.º ao artigo 13 da Lei Federal n.º 9.709/1998, a preverem que "§ 3º - Para fins do disposto no caput serão contabilizadas as assinaturas manuais e eletrônicas dos eleitores" e "§ 4º - Os projetos que não lograrem alcançar o número mínimo de assinaturas tramitarão na forma de sugestões legislativas". São dez anos de trâmite do processo legislativo (PL 7.005/13), sem perspectiva de promulgação.

O já antes citado PL n.º 112/2021 prevê, ao seu turno, não apenas a autorização ao procedimento eletrônico de assinatura e conferência, como a sua adoção preferencial e possibilidade de utilização concomitante de instrumento físico de colheita de subscrições, sob a gestão regulamentar da Câmara dos Deputados e verificação de regularidade pela Justiça Eleitoral (artigos 606 a 608), embora muito se tenha delegado à outra "lei" e a "regulamento", inviabilizando-se aferir, de plano, a sua efetividade.

Enfim, a distinção patente entre a modernização das vias de percepção do apoio para a criação de partidos políticos e, por outro lado, o uso meramente simbólico e antiquado das vias de participação direta revelam o termômetro dos distintos interesses corporativos e orgânicos que fomentam a implementação de solução e a permanência de estado de latência, respectivamente.

---

148 Foi o que observamos em RIGAMONTI, Thiago Reis Augusto. *Das Vias de Participação Popular nos Procedimentos Decisórios Estatais*. Minuta de artigo científico apresentada como condição para obtenção do título de Especialista em Direito Eleitoral, pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa - IDP, sob orientação do Prof. Dr. Roberto Carlos Martins Pontes, em mai. 2023, p. 14-15.

149 Disponível em: <https://www.congressonacional.leg.br/materias/materias-bicamerais/-/ver/plp-112-2021> . Acesso em: 08 jul. 2024.

1.5. Democracia participativa

O regime jurídico constitucional não restringe a participação popular, como dito, a instrumentos estanques de democracia representativa, mediante eleição de alguns postos diretivos eletivos, e de democracia direta que viabilize a integração da população exclusivamente no processo legislativo determinando o seu início (iniciativa popular), validando ou fulminando a ideia legislativa (plebiscito) e ratificando ou vedando a promulgação da pretensão normativa em sua fase final (referendo).

O ordenamento jurídico constitucional vai bem além.

A Constituição estampa o regime democrático como a sua forma de governo, inviabilizando restringir o exercício diuturno do poder a alguns notáveis, ainda que eleitos.

Estabelece o dever, ademais, de gestão democrática dos substanciais pilares que perfazem a ordem social do Estado e da sociedade, fazendo-o quanto à seguridade social, saúde e assistência social (artigos 194, VII, 198, III e 204, II), educação (artigos 205 e 206, VI), cultura (art. 216, § 1º), meio ambiente (artigo 225), além das políticas de assistência à criança, adolescente e ao jovem (artigo 227, *caput* e § 1º).

Dos direitos e garantias individuais e fundamentais se depreende rol intenso não apenas de direitos de defesa (isto é, que reclamam a abstenção do Estado na restrição da liberdade e propriedade privadas), como também de pretensões positivas[150], todas, não obstante, fortemente relacionadas à influência e ao diálogo contínuo no âmbito político.[151]

---

150 Walter Claudius Rothenburg aborda a pertinente interconexão entre os direitos de liberdade clássicos (de defesa) e os sociais (prestacionais): “Na reivindicação judicial verificamos esse condicionamento recíproco, em que os direitos sociais podem depender, em certa medida, dos direitos de liberdade para obter efetivação. Abramovich e Courtis, ao tratarem das estratégias de exigibilidade judicial dos direitos sociais, apontam como uma alternativa prática essa estratégia de ‘tradução’ da violação de um direito social como violação de um direito civil, ou seja, por meio da proteção dos direitos ‘clássicos’ (de liberdade ou de defesa), a que estariam mais familiarizados os profissionais do Direito, obter-se-ia a proteção dos direitos sociais (prestacionais). São exemplos o direito à vida em relação ao direito à saúde, o direito de propriedade em relação ao direito à moradia, o direito de associação em

A publicidade é princípio nuclear da Administração Pública (artigo 37, *caput*, da Constituição Federal), sendo que não haveria sentido algum em se assegurar tal publicização – otimizada em âmbito infraconstitucional, frise-se – de atos estatais se não fosse para propiciar a sequência dialógica e suscetível ao escrutínio e controle constantes na execução da função administrativa.

Há competências para combate expresso e deflagrado entre cidadãos e os titulares do dever-poder representativo, com direito de petição, denúncia e promoção de ação popular com submissão do polo passivo à compulsória tutela judicial ou de controle, conforme o caso (*v*. artigos 5º, XXXIV e LXXIII, 74, § 2º, 103-B, §§ 5º, I, e 7º, e 130-A, §§ 3º, I, e 5º, da Constituição da República), havendo diversos dispositivos normativos constitucionais e infraconstitucionais que estampam a perda do mandato representativo na hipótese de cometimento de atos ilícitos (artigos 37, § 4º, 55, II, 86, § 1º, 95, I, dentre outros, da Constituição da República), tudo a revelar que o exercício do poder é um avançar dialógico sob a perspectiva democrática, de controle e de evolução social.

Ademais, os Direitos Políticos perfazem o Capítulo IV do Título II da Constituição (Dos Direitos e Garantias Fundamentais), insuscetíveis de redução pelo constituinte derivado através de emenda (artigo 60, § 4º), da mesma forma que o são a forma federativa de estado, o voto direto, secreto, universal e periódico e a separação dos Poderes, pilastras para a gestão democrática (cujo oposto seria a concentração de poder, contrária a todas estas premissas de desconcentração e compartilhamento).

Mas não é só.

É certo que a participação política reclama um nível básico de satisfação das necessidades vitais, educacionais e culturais de um sujeito.

---

relação aos direitos sindicais, o direito de manifestação em relação ao direito de greve, o direito à privacidade em relação ao direito a um ambiente ecologicamente equilibrado" (ROTHENBURG, Walter Claudius. *Direitos Sociais São Direitos Fundamentais: simples assim*. São Paulo: Ed. JusPodivm, 2021, p. 219-220).

151 A síntese de tais direitos e garantias individuais com influxo popular no exercício do poder já constou no item 1.1. do presente texto.

A grosso modo, aquele que se preocupa em obter o necessário ao jantar, para pouco (ou nada) além disso poderá se ater ao longo da tarde.

Ainda que ultrapassada a noção básica de sobrevivência nos moldes do caricato exemplo supracitado, há conexão lógica e forte entre a desenvoltura social da comunidade e a aptidão de seus membros à participação política.

Neste diapasão, Ricardo Marcondes Martins reconhece como logicamente livres as condutas que não sejam naturalmente necessárias, de modo que haja, então, efetiva possibilidade de escolha[152].

Sob tal perspectiva, a possibilidade de se efetivar escolhas no espaço público reclama que haja um quantitativo de condições que assegure interesse e possibilidade de exercício de efetiva liberdade política.

Condições de saúde, educação, cultura e acesso a meios de comunicação realmente plurais[153] perfazem premissas necessárias para que o sujeito tenha tempo, cognição e compreensibilidade para que dedique parte de seu tempo ao exercício da atividade política. Não se reclama estado de excelência universal em tais segmentos da vida, mas um nível de desenvolvimento que obstaculize que a doença, pobreza, ignorância e inaptidão agudas inviabilizem o exercício material da participação cidadã.[154]

---

152 MARTINS, Ricardo Marcondes. *Teoria Jurídica da Liberdade*. São Paulo: Ed. Contracorrente, 2015, p. 38.

153 A necessidade de meios plurais de comunicação, que abordem variados pontos de vista e não captados por poucos grupos oligárquicos e familiares, enquanto instrumento de otimização democrática é bem anotada por Tarso Cabral Violin (VIOLIN, Tarso Cabral. *Democratização dos Meios de Comunicação: Estado, Direito e Políticas Públicas*. Porto Alegre: Editora Fi, 2020, p. 140 e ss.).

154 "O antídoto para o desinteresse político é a educação. Quanto mais educado um povo, maior a possibilidade de uma cidadania efetiva e, pois, de uma democracia substancial. Justamente por isso José Horácio Meirelles Teixeira considerava a educação um pressuposto para a democracia (...). Assim, a garantia soberana da extinção do subconjunto *psi* – das condutas impossíveis ou necessárias cuja impossibilidade ou necessidade é atentatória à dignidade humana -, vale dizer, o dever soberano de garantir o mínimo existencial às pessoas privadas, não é apenas uma forma de o Estado tutelar a liberdade privada dos hipossuficientes. Vai muito além: é a única forma de se garantir a liberdade política para todos, para os pobres e para os ricos. Se não for garantido o mínimo essencial à maioria pobre, esta não terá a educação necessária para obtenção da cidadania" (MARTINS, Ricardo Marcondes. *Teoria Jurídica da Liberdade*, *op. cit.*, p. 168-169).

Neste sentido, Norberto Bobbio denomina de democracia substancial, distinguindo-a da meramente formal, aquela em que se propicia não apenas igualdade em sua perspectiva normativa, mas material (social e econômica, ao menos em parte). Ainda que o autor veja a possibilidade, em tese, de haver uma democracia formal que não substancial e predicados igualitários em um ambiente não formalmente democrático[155], reconhece que a democracia perfeita deve ser ao mesmo tempo formal e substancial.[156]

Robert Alexy observa que o direito geral de liberdade é de tal forma inserido no "estado global" de liberdade que devem ser assegurados os conteúdos necessários para a "independência da pessoa", isto é, um estado no qual não sejam todas as ações imagináveis proibidas ou obrigatórias[157], obtemperando que a sua obtenção não se resume "à simples maximização da liberdade negativa, no sentido de uma ausência de deveres e proibições", mas reclama outros elementos de ponderação volvidos à inexistência de privação econômica em certo grau e promoção positiva de ações de participação:

> Sem a liberdade contra intervenções da parte de sujeitos de direito de mesma hierarquia (liberdade negativa na relação entre iguais), sem as competências jurídicas para participar da formação da vontade coletiva (liberdade negativa democrática), sem um certo grau de inexistência de situações de privação econômica (liberdade negativa social) e também sem as ações de participação na comunidade política, baseadas ao mesmo tempo nas próprias convicções e na responsabilidade (liberdade positiva democrática), não é possível haver um estado global de liberdade. A isso se soma o fato de que não são apenas os direitos subjetivos, as competências e as ações individuais que são condições para sua existência, mas também inúmeras características da organização estatal e da sociedade, que vão desde a separação de poderes até a estrutura plural da mídia.[158]

---

155 O que é até possível mesmo, em tese, embora improvável, até pelo contexto histórico do viés democrático justamente combativo ao tendente abuso do poder político, econômico e social por seus titulares, quando poucos.

156 BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo, Sociedade: Para uma Teoria Geral da Política*. Trad. por Marco Aurélio Nogueira. 4ª edição. Rio de Janeiro: Ed. Paz e Terra, 1995 (obra original de 1987), p. 157-158.

157 ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª edição, 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 380.

158 Ibid., p. 379.

Cristina Andrade Melo bem sintetiza, com base em análise do pensamento de Habermas: “A autonomia privada é pressuposto para o exercício da autonomia pública, devendo ser assegurada para o exercício do direito de participação democrática”.[159]

Sob tal perspectiva é que a Constituição da República estabelece um conjunto base de direitos e obrigações voltados não apenas à perspectiva de direta participação democrática na gestão de assuntos de interesse público (retrocitados), como também de promoção de condições “positivas” e prestacionais que visam justamente à eliminação de intensas restrições sociais e econômicas.

Aliás, a própria designação de interesse público atrai que este seja emoldurado conforme o que, de fato, interesse à coletividade, mormente em se considerando versar sobre os interesses dos diversos indivíduos quando apreciados sob sua dimensão coletiva (do que é universalmente aceitável como benéfico à comunidade), inviabilizando-se sequer a sua regular delimitação sem a consulta, afinal, aos indivíduos que integram a “ficção” sociedade.[160]

---

159 MELO, Cristina Andrade. *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, p. 17.

160 “Trata-se, não apenas, de colocar o indivíduo no centro do sistema social, condutor, fiscalizador e controlador da atividade estatal, definidor de sua esfera de liberdade que só conhece os limites decorrentes da esfera da liberdade alheia e da lei. Daí decorre a igualdade entre o interesse particular e o tão decantado interesse público, cabendo, aliás, ao indivíduo, definir o que é o interesse público, o que se perfaz pelo princípio democrático da maioria. E não da maioria a todo preço, mas da maioria cuja prevalência não suprima ou exclua o interesse individual, impondo-se a utilização das vias compensatórias quando o sacrifício individual se mostrar excessivo. Em casos tais, o Estado, se posto a agir pelo indivíduo (ou por quem o represente, vocábulo aqui utilizado em lata acepção, não estritamente jurídica pois), pode comparecer como instância dirimente, atuando em prol do interesse individual que deva preponderar. Há que não esquecer: o indivíduo é uma realidade material; a sociedade é uma criação intelectual, partejada pelo indivíduo ou pelo conjunto de indivíduos. Em resumo: a sociedade existe em razão e para o benefício do indivíduo, não sendo aceitável que a criatura suplante sempre o criador” [FERRAZ, Sérgio. *Tratado de Direito Administrativo Brasileiro (Parte Geral)*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2022, p. 181].

Neste diapasão, a Constituição Federal estampa como seus fundamentos, além da soberania, cidadania e pluralismo político, a “dignidade da pessoa humana” e os “valores sociais do trabalho e da livre iniciativa” (artigo 1º, III e IV).

Tampouco se olvida que a dignidade da pessoa humana é maiormente concebida sobre a perspectiva de autonomia em o sujeito estabelecer seus propósitos e escolhas hábeis à sua felicidade[161], premissas para as quais, por senso óbvio, não basta apenas que o indivíduo conviva em ambiente em que ninguém o obrigue indevidamente a algo, mas também em que as opções ao seu alcance não sejam impossíveis ou impedidas por falta de mínimas condições socioeconômicas, haja vista que igualmente tal carência intensa lhe retira a autonomia decisória, inclusive política.

A construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a erradicação da pobreza e marginalização, a redução das desigualdades sociais e regionais e a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação perfazem, junto com o desenvolvimento nacional, os objetivos fundamentais da República (artigo 3º).

Por conseguinte, o estabelecimento da função social da propriedade, valorização do trabalho humano e da livre iniciativa tendo por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, a redução das desigualdades regionais e sociais, a busca do pleno emprego e o tratamento favorecido às microempresas e às empresas de pequeno porte, enquanto princípios até mesmo da ordem econômica e financeira, evidenciam a democracia “substancial” postulada pelo constituinte (artigo 170).

---

161 Quanto à autonomia individual enquanto parâmetro precípuo da concepção da dignidade da pessoa humana disserta Luís Roberto Barroso (BARROSO, Luís Roberto. *A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo - A Construção de um Conceito Jurídico à Luz da Jurisprudência Mundial*. 3ª reimpressão. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2014, p. 81-86), havendo remansosa jurisprudência superior no sentido de que a inescusável “prerrogativa de concertas as próprias relações jurídicas é um atributo de todo sujeito livre e racional” quanto à sua vida sexual, contratual, à propriedade e autonomia de vontade em sentido amplo (COSTA NETO, João. *Dignidade humana: visão do Tribunal Constitucional Federal Alemão, do STF e do Tribunal Europeu*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2014, p. 139- 140).

Não se ignora, ademais, que as necessidades materiais básicas foram estabelecidas não apenas como obrigação comunitária, mas sob dever e tutela do Poder Público, formando-se uma ordem social com competências públicas voltadas à satisfação da seguridade social (saúde, previdência e assistência sociais), da educação, cultura, desporto (aqui se concentrando o constituinte nos deveres estatais de "fomento" e de "incentivo": artigo 217, CF), promoção e incentivo ao desenvolvimento da ciência, tecnologia e inovação, titularidade da comunicação social (a ser objeto de outorga de concessão, permissão e autorização, assegurada a complementaridade dos sistemas privado, público e estatal), defesa do meio ambiente, da família, criança, adolescente, jovem, idoso e dos índios.

Se é certo que ao Estado (enquanto extrato obtido das camadas culturais da própria comunidade em que inserido) não será a perfeição socioeconômica atingível (ao menos em uma estimativa conhecida de tempo), tampouco se pode alegar desprendimento dos valores democráticos atinentes a certo grau de igualdade sob as perspectivas econômica e educacional, premissas, ao menos a partir de certo nível, para a adequada e equitativa influência direta no exercício do poder pelos agentes públicos dotados da competência representativa bastante.

Neste sentido, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, celebrado no âmbito da Assembleia Geral das Nações Unidas em 1966 e ratificado pelo Brasil em 24 de janeiro de 1992 (Decreto Federal n.º 591/1992), previu, em seu preâmbulo:

> Reconhecendo que, em conformidade com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, o ideal do ser humano livre, liberto do temor e da miséria, não pode ser realizado a menos que se criem as condições que permitam a cada um gozar de seus direitos econômicos, sociais e culturais, assim como de seus direitos civis e políticos, (...) (BRASIL. *Decreto n.º 591, de 6 de julho de 1992*. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Promulgação. Brasília, 1992, p. 1).

O Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1988 e ratificado no Brasil na década subsequente (Decreto Federal n.º 3.321/1999), igualmente reconheceu a umbilical dependência entre os direitos econômicos, sociais e culturais enquanto instrumentais aos direitos civis e políticos[162], de modo que os Estados-Partes se comprometeram à aplicação máxima de recursos disponíveis visando à plena efetividade dos direitos atinentes, dentre outros, ao trabalho sob condições justas, equitativas e satisfatórias, à previdência social, à saúde visando ao "gozo do mais alto nível de bem-estar físico, mental e social" (artigo 10), ao meio ambiente sadio, à alimentação, à educação, à vida cultural e artística, ao gozo do progresso científico e tecnológico, tudo quanto a reforçar os pilares da real democracia, bem ostentados na Constituição da República de 1988.

O autor colombiano Leonardo García Jaramillo disserta no mesmo sentido, observando que a democracia reclama atendimento a valores e direitos fundamentais atinentes à igualdade material, justiça social, pluralismo, dignidade humana e solidariedade.[163]

---

162 Considerando a estreita relação que existe entre a vigência dos direitos econômicos, sociais e culturais e a dos direitos civis e políticos, por motivo de as diferentes categorias de direito constituírem um todo indissolúvel que tem sua base no reconhecimento da dignidade da pessoa humana, razão pela qual exigem tutela e promoção permanente, com o objetivo de conseguir sua plena vigência, sem que jamais possa justificar-se a violação de uns a pretexto da observação de outros; (BRASIL. *Decreto n.º 3.321, de 30 de setembro de 1999*. Promulga o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais "Protocolo de São Salvador", concluído em 17 de novembro de 1988, em São Salvador, El Salvador. Brasília, 1999, p. 2).

163 "Democracia no sólo significa em la actualidad respeto a la regla de mayorías y resguardo del derecho al voto, sino también respeto a los diques que estabelecen las constituciones. Además del reconocimiento a la máxima validez normativa a los derechos fundamentales y a princípios morales como igualdad material, justicia social, pluralismo, dignidade humana e solidaridad, tales diques son, en tanto elementos esenciales para assegurar a la fórmula política del estado democrático de derecho, el respeto por las reglas de juego electoral com la posibilidad real de alternância en el poder, el sistema de frenos y contrapesos, el principio de igualdad, el goce efectivo de los derechos, los controles interinstitucionales entre las ramas del poder público y el presupuesto de que entre los poderes del Estado debe haber um equilíbrio" (JARAMILLO, Leonardo García. Como pensar hoy la tensión entre constitucionalismo y democracia? Uma perspectiva desde el constitucionalismo democrático. *Revista da Faculdade de Direito – UFPR*, Curitiba, vol. 60, n. 2, maio/ago., 2015, p. 67-95, p. 74-75).

José Jairo Gomes observa que o debate eleitoral vigoroso e amplas liberdades públicas, dentre outros postulados eleitorais substanciais, não circunscrevem a democracia, a qual abarca também os direitos civis, individuais sociais e econômicos, sendo compreendida nos planos político (participação na formação da vontade estatal), social (acesso a benefícios sociais e políticas públicas), econômico (com acesso aos frutos da riqueza nacional a título de bens e produtos) e, além disso, "dá ensejo à organização de um sistema protetivo de direitos humanos e fundamentais", de modo que a cidadania abarca a promoção da vida digna, liberdade, igualdade, solidariedade, devido processo legal, direitos individuais, sociais, econômicos, coletivos, políticos, etc.[164]

Paulo Affonso Leme Machado discorre sobre o que reconhece como "princípio da participação", sustentando que a ausência de um conjunto de obrigações dos eleitos, previamente fixadas, tem reclamado uma participação contínua e mais próxima, observando, em acolhimento de lições de Gomes Canotilho, que o princípio democrático implica democracia participativa, isto é, a estruturação de processos que ofereçam aos cidadãos efetivas possibilidades de aprender a democracia, participar nos processos de decisão, exercer controle crítico na divergência de opiniões e produzir "inputs" políticos democráticos.[165]

Adriana Schier e Juliane Hey Melo observam que, não uma diretriz, a "participação popular consubstancia-se em um direito fundamental político", definido em normas constitucionais que decorrem diretamente dos princípios do Estado de Direito e Democrático[166], sustentando que o regime constitucional leva ao que denominam de "democracia econômica e social", em que haja "capacidade de participar efetivamente no exercício do poder político"[167],

---

164 GOMES, José Jairo. *Op.cit.*, p. 67-68.

165 MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 26.ª edição, revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Ed. Malheiros, 2018, p. 132 e 136.

166 SCHIER, Adriana da Costa Ricardo; MELO, Juliane Andrea de Mendes Hey. O Direito à Participação como Expressão do Estado Social e Democrático de Direito. *A & C – R. de Dir. Adm. Cons*., Belo Horizonte, ano 17, n. 69, p. 127-147, jul./set./, 2017, p. 132.

167 Ibid, p. 140.

mesma premissa hermenêutica adotada por Adriana Schier em obra própria, reconhecendo-se como a natureza limitativa do poder da Democracia é premissa para a fruição de todas as demais liberdades e direitos sociais.[168]

Evidencia-se, por todo o exposto, que a Constituição da República erigiu pilares normativos que reforçam o espírito democrático para muito além da representação e de vias estanques de democracia direta, mas, ao revés, reclamou a democracia enquanto "processo", um rito dialógico contínuo relativo a "dispositivo organizacional para impulsos de normatização democraticamente mediados"[169] visando à promoção dos direitos fundamentais a título civil, social, econômico, cultural e político, sendo que a tal nível se deve reconhecer a *democracia participativa constitucional*, verdadeiro princípio jurídico a ser otimizado nas relações jurídicas instrumentalizadas pelo Poder Público, de modo que os procedimentos *de tomada de decisão em seu âmbito sejam necessariamente mediados com otimização da participação popular*, enquanto premissa obrigatória de efetiva satisfação dos princípios democrático, republicano e de soberania popular, compensando-se os déficits inerentes à democracia representativa que a tornam insuficiente para se afirmar o exercício e o pertencimento do poder ao povo.

CONCLUSÃO PARCIAL

1. A Constituição da República previu regime democrático a informar a atuação do Estado Brasileiro, estabelecendo que todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes e diretamente, nos termos da Constituição.

---

168 "Assim, o direito de participação administrativa, em suas diversas acepções, constitui-se como direito fundamental implícito, no atual contexto como um direito de 4ª geração, decorrente do princípio que consagra, no Brasil, o Estado Social e Democrático de Direito. Transporta, portanto, para a esfera administrativa, mecanismos que asseguram os valores deste modelo de Estado" (SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. *A Participação Popular na Administração Pública: o Direito de* Reclamação, *op. cit.*, p. 34).

169 MULLER, Friedrich. *Op. Cit.*, p. 115.

2. Além de instrumentos concretos e expressos de democracia direta, tais como o plebiscito, referendo e iniciativa popular legislativa, a Constituição previu a gestão democrática dos serviços e das competências públicas que perfazem a ordem social constitucional, destacando-se tal previsão normativa no que atine aos direitos participativos de sindicatos e trabalhadores (arts. 8º, VI, e 10), no planejamento dos Municípios (artigo 29, XII), de usuários de serviços públicos (art. 37, § 3º), dos setores de produção, comercialização, armazenamento e transporte, bem como dos produtores e trabalhadores, no planejamento e execução da política agrícola (art. 187), da seguridade social (art. 194, VII), da saúde (art. 198, III), da assistência social (art. 204, II), a colaboração da sociedade na promoção e incentivo à Educação (artigo 205), cujo serviço público contará com gestão democrática (artigo 206, VI), da cultura (art. 216, § 1º), a conjugação de esforços do Poder Público e da coletividade na defesa do meio ambiente (artigo 225), participação de entidades não governamentais nas políticas de assistência integral à criança, adolescente e ao jovem (art. 227, § 1º), na gestão do Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza (art. 79, parágrafo único, ADCT) e nos Fundos de Combate à Pobreza Estaduais (art. 82, ADCT), mencionando-se a ampliação da legitimidade para propositura de ações civis públicas com o escopo de proteção ao patrimônio público, meio ambiente e outros interesses difusos (art. 129, § 1º, CF).

3. No rol de direitos e garantias individuais fundamentais é intensa a normatização de instrumentais de participação popular no exercício do poder, com destaque à livre manifestação do pensamento (art. 5º, IV e IX, CF), inviolabilidade da liberdade de consciência e crença (inciso VI), acesso à informação e resguardo do sigilo da fonte (incisos XIV e XXXIII), liberdade de locomoção, reunião pacífica e de associação (incisos XV, XVI e XVII), asseguramento da legitimidade de peticionar junto ao órgão público (e obter a decorrente resposta) e de obter certidões (inciso XXXIV), acesso à Jurisdição, mediante o devido processo legal, assegurados o exercício do contraditório, ampla defesa e duração razoável do processo (incisos XXXV, LIV, LV e LXXVIII), sanção frente ao descumprimento de direitos individuais e liberdades fundamentais (inciso XLI), legitimidade para impetração de *habeas corpus*

sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder (inciso LXVIII), mandado de segurança individual ou coletivo contra ato de autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público (incisos LXIX e LXX), mandado de injunção para sanar lacuna legislativa que inviabilize exercício de direitos e liberdades constitucionais ou prerrogativas inerentes à nacionalidade, soberania e cidadania (inciso LXXI), *habeas data* para assegurar conhecimento sobre informações pessoais em bancos de dados públicos ou as retificar (inciso LXXII) e ação popular, com legitimidade do cidadão para impugnar atos lesivos ao patrimônio público, histórico e cultural, à moralidade administrativa ou ao meio ambiente (inciso LXXIII).

4. Tal conjunto normativo torna flagrante a adoção do processo democrático enquanto princípio normativo da Constituição, de cuja classificação principiológica se extrai o conceito de mandado de otimização, a ser irradiado visando ao máximo implemento no plano concreto, limitando-se exclusivamente no confronto com outros princípios jurídicos porventura colidentes e que se revelem com prevalência diante da ponderação a ser levada a efeito pelo intérprete e agente competente.

5. O método representativo é uma das faces da democracia, enquanto instrumento a viabilizar a adoção das medidas contínuas, diárias e complexas da Administração Pública, não obstante seja incapaz de, *per se*, satisfazer o dever de soberania popular, mormente diante das vicissitudes do sistema proporcional brasileiro (custo das campanhas eleitorais em âmbito nacional, vícios do discurso, captação dos “notáveis” por interesses econômicos e orgânicos, arrastamento de votos, influência do poder econômico, político e de comunicação, limites ao pluralismo político e, por outro lado, influxo deletério na governabilidade em ambiente demasiadamente pluripartidário, etc.) e também daqueles suscetíveis de serem comparados (sistemas majoritário, distrital e misto).

6. O método representativo, apesar de ter no sistema proporcional um mecanismo relevante de representação das minorias, não detém sequer proporção quantitativa ou vinculação obrigatória do representante para se assegurar impulso forte efetivamente representativo da ideologia e dos interesses que cada um dentre as dezenas de milhares de representados ostenta diante das decisões estatais de efeitos gerais, inviabilizando sequer uma noção lógica de que apenas a democracia representativa atrai, de fato, a soberania popular no sentido de ser do povo o exercício do poder.

7. Em tal contexto, a despeito da relevância, revela-se histórico de baixa utilização dos mecanismos de democracia direta, dependentes, ademais, ora da iniciativa dos próprios representantes para a sua adoção, ora de pressupostos formais de quase impossível implementação sem o apoio tecnológico, indicando a sua também insuficiência para a satisfação do princípio democrático.

8. A prática democrática pressupõe, portanto, realidade dialógica e contínua de promoção não apenas dos direitos de liberdade negativos (defesa contra o Estado e delimitação de seu campo de atuação sobre o indivíduo), como também dos positivos e prestacionais (sociais, econômicos e culturais), umbilicalmente necessários à liberdade cívica e política – atraindo mais opções aos campos do não necessário, proibido ou obrigatório.

9. Deste modo, é imperativo de índole jurídica – com o predicado da coercibilidade que lhe é peculiar – que os cidadãos efetivamente possam participar do exercício político do poder detendo razoáveis condições materiais e sociais para se dedicar, quando necessário, à autônoma compreensão das controvérsias e decorrente fixação dos variados pontos de vista a se permitir um *procedimento de tomada de decisão mediado com otimização da participação popular*, forma satisfativa do “nível de exigências” em que se constitui o princípio democrático no âmbito de um Estado, sem o qual não são compensados os vícios do método representativo de forma a se afirmar o exercício e o pertencimento do poder ao povo.

2. DO EXERCÍCIO DO PODER ESTATAL

2.1. Motivação e legitimação

Tudo o quanto exposto no capítulo antecedente perfaz o percurso gerador de sentido para a assertiva seguinte de que o exercício de competências públicas é um mero instrumental à satisfação dos interesses e perspectivas daqueles a quem o poder efetivamente pertence: o povo.

Até mesmo no Direito Privado o contrato de mandato (cuja essência repousa justamente em um plexo obrigacional de representação) já atrai ao mandatário o dever de prestar contas das decisões e atos que adota, atribuindo ao mandante as vantagens provenientes do mandato, conforme regime contido no artigo 668 do Código Civil[170].

Também do Código Civil italiano se depreende análoga previsão normativa (vide artigos 1.712 e 1.713[171]), indicando ser de natureza ínsita à representação, até mesmo em ambiente privado de disponibilidade de interesses, a prestação de contas e a notícia, por iniciativa do mandatário, da execução das operações que perfazem o objeto do mandato e de suas contas subjacentes.

Tal paralelo com o regime contratual privado se dá para demonstrar, em princípio de retórica, como se depreende o resultado lógico de que o mandatário, que executa competências em nome de quem é titular dos direitos sobre os quais delibera, "deve", por iniciativa própria, inclusive, dar notícia de sua execução de poderes e atribuir os rendimentos a quem de direito.

Nem haveria como ser diferente com as competências públicas, as quais reclamam, portanto, perene explicação de seu exercício pelos agentes públicos que, por representação, ocupam competências primariamente pertencentes ao

---

170 Art. 668. O mandatário é obrigado a dar contas de sua gerência ao mandante, transferindo-lhe as vantagens provenientes do mandato, por qualquer título que seja.

171 Art. 1.712. O mandatário deve informar sem demora o mandante da execução do mandato. (tradução nossa)

Art. 1.713. O mandatário deve prestar ao mandante as contas de sua operação e remeter tudo que tiver recebido em virtude do mandato. (tradução nossa)

povo, a quem os representantes devem, portanto, “explicar” o exercício de seu mandato.

É pertinente destacar que a concepção ora exposta não se aplica apenas aos detentores de mandato eletivo, mas a todo e qualquer agente público que, de igual modo, ainda que sua forma de provimento não seja eletiva, ocupe, afinal, um feixe de competências previsto em lei, democraticamente outorgado (atraindo a mesma percepção, afinal, de representação), então, pelo povo para que seja exercido pelo agente, que o ocupa na forma da lei, em nome de seu verdadeiro e primário titular: povo.

Não por outra razão o exercício da função administrativa reclama, então e não apenas pela autoridade eletiva, a explicação constante das razões e modo de execução das competências atribuídas ao agente público e de que modo ela beneficia o representado, dando-lhe notícia, pois, das “vantagens provenientes” (em pertinente adoção da terminologia contida no diploma civil) do exercício dos deveres-poderes pelo agente representante.

Neste sentido discorre Celso Antônio Bandeira de Mello, anotando que a motivação detém status de princípio da Administração Pública[172], uma vez que é reclamado “como afirmação do direito político dos cidadãos aos esclarecimentos do ‘porquê’ das ações de quem gere negócios que lhe dizem respeito por serem titulares últimos do poder”, bem como a título de “direito individual a não se assujeitarem a decisões arbitrárias, pois só têm que se conformar às que forem ajustadas às leis”[173].

Também da obra de Hely Lopes Meirelles se depreende a assertiva de que a motivação reclama a indicação dos fatos (pressupostos de fato) que

---

172 “Dito princípio implica para a Administração o dever de justificar seus atos, apontando-lhes os fundamentos de direito e de fato, assim como a correlação lógica entre os eventos e situações que deu por existentes e a providência tomada, nos casos em que este último aclaramento seja necessário para aferir-se a consonância da conduta administrativa com a lei que lhe serviu de arrimo.” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo, op. cit.*, p. 93). No mesmo sentido, denominam a motivação como “princípio” da Administração Pública, por todos, Márcio Cammarosano (CAMMAROSANO, Márcio; HUMBERT, Georges Louis Hage. *Direito Público: estudos e pareceres*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2011, p. 79) e Maria Sylvia Zanella Di Pietro (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 37.ª ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2024, p. 92-94).

173 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, *op. cit.*, p. 94.

ensejam o ato e os preceitos jurídicos (pressupostos de direito) que autorizam a sua adoção, perfazendo, então, a causa e os elementos determinantes da prática do ato administrativo, visando instrumentalizar que o administrador público "justifique" sua ação administrativa.[174]

Anote-se que a exteriorização dos fundamentos (motivação) da decisão administrativa é exigência constitucional expressa, tendo o constituinte reclamado que fossem "motivadas" todas as decisões administrativas de tribunais (artigo 93, X) e "fundamentados" todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário.

Trata-se, ademais, de exigência constitucional implícita, decorrente da eleição dos princípios republicano, democrático e da publicidade como as colunas a informarem a Administração Pública.[175]

Do acesso ao devido processo administrativo, sob duração razoável e necessária observância das garantias do contraditório e da ampla defesa, com os meios e recursos inerentes (como decorre das normas contidas nos incisos LV e LXXVIII, do artigo 5º, da Constituição Federal), a exposição das razões de decidir pela autoridade é até mesmo o reflexo lógico de tal influxo procedimental, pois que é a consumação inteligente da competência decisória de modo a propiciar, também, a cognição da parte quanto ao exercício de eventual pretensão recursal ou, por outro lado, acolhimento da ponderação decisória[176].

---

174 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 39.ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 107.

175 "O fundamento constitucional de motivar está – como se esclarece de seguida – implícito tanto no art. 1º, II, que indica a cidadania como um dos fundamentos da República, quanto no parágrafo único deste preceptivo, segundo o qual todo o poder emana do povo, como ainda no art. 5º, XXXV, que assegura o direito à apreciação judicial nos casos de ameaça ou lesão de direito" (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo, op. cit.*, p. 94).

176 Em mesmo sentido, quanto à necessidade de percepção do percurso gerador de sentido para a própria deliberação sobre as cabíveis pretensões por parte do destinatário da medida, anota Nelson Jorge Junior: "Assim, percebe-se que a motivação dos atos jurisdicionais exigida pela Constituição acarreta a limitação dos poderes exercidos pelo magistrado, exigindo-se adequada aplicação do princípio da legalidade, demonstrando-se não ter aquele descumprido os direitos fundamentais, ou decidido contra a lei ou ter extrapolado de suas funções. Dessa forma tem o jurisdicionado assegurado a garantia de conhecer as razões que convenceram o juiz a julgar, cuja decisão, se correta, será aplicada em virtude da aplicação

Neste sentido, ainda que sob a perspectiva das decisões judiciais, mas com exegese absolutamente aplicável à atuação decisória administrativa, José Miguel Garcia Medina observa que a fundamentação, a motivação e a justificação das decisões judiciais são deveres da autoridade decisória, observando-se que "fundamentar é apresentar, racionalmente, as bases fáticas e jurídicas da decisão". Por meio da fundamentação é que é possível se compreender a decisão como um ato de inteligência, declaração e resposta, sendo o primeiro predicado consagrado na "exposição de como o juiz chegou à norma com base na qual o problema haverá de ser solucionado e de como o juiz compreendeu os fatos, à luz das alegações das partes e das provas", constituindo-se em resposta às partes. O ato de declaração é aquele em que "se revela com exatidão o sentido da norma, de modo que seu significado mais preciso é obtido ao se interpretar/aplicar o direito aos fatos", cujo papel de relevo na sociedade deve ser ponderado pelo intérprete, mormente porque a sociedade em geral tem interesse em como decidem os agentes competentes. O ato de resposta, na medida em que encerra o ciclo de debates entre as partes, é "decorrência da estrita observância do princípio do contraditório", concluindo-se que "o necessário diálogo que deve ter havido ao longo do processo só será considerado íntegro se sua conclusão manifestar-se através de uma resposta jurisdicional fundamentada". Ainda sob a perspectiva do autor, sustenta que as decisões sem fundamento são inexistentes e que as que possuam fundamentação deficiente são nulas.[177]

---

dos efeitos do princípio da coisa julgada. A motivação das decisões judiciais espelha, repercute a vereda do pensamento empregado pelo juiz para alcançar a conclusão apresentada para a solução do caso conflituoso e caso contenha erro será este prontamente verificado pelo conteúdo da motivação, podendo ser impugnada". (JORGE JUNIOR, Nelson. O princípio da motivação das decisões judiciais. *Revista Eletrônica da Faculdade de Direito da PUC-SP*. São Paulo: PUC-SP, v. 1, 2008, p. 6).

177 MEDINA, José Miguel Garcia. *Curso de direito processual civil moderno*. 4.ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2018, p. 716-720, conforme síntese de seu pensamento que constara em RIGAMONTI, Thiago Reis Augusto; REMÉDIO, José Antônio. A motivação como elemento necessário na formação e transparência da decisão estatal judicial ou administrativa. *In Processo, jurisdição e efetividade da justiça I*, organização CONPEDI/CESUPA, Coordenadores ARAÚJO, José Henrique Mouta; TAVARES NETO, José Querino. Florianópolis: CONPEDI, 2019, p. 16.

Ainda que não tenha se tratado de processo sob o crivo do contraditório, seja por seu âmbito de jurisdição voluntária (se judicial), seja pela ausência do viés restritivo de direitos a atrair a concepção de "defesa" ao processo administrativo, nada se afasta no dever de motivação, haja vista a ainda necessidade de explicação da atuação estatal, embora, então, exteriorizando-se a ponderação sobre elementos de fato e de direito cujo influxo afeta e dirige a decisão então adotada, ao invés de sob a dialética da "acusação *versus* defesa".

Uadi Lammego Bulos traz a pertinente anotação de que a norma constitucional que reclama a motivação das decisões detém natureza sancionatória, uma vez que fulmina de invalidade os atos que não a observem.[178]

Ricardo Marcondes Martins discorre como a motivação é princípio no sentido estruturante do sistema normativo (2ª fase de evolução do conceito), viga-mestra do regime jurídico-administrativo, de modo que não deve ser percebido como mandamento de otimização, mas a título de regra, pois nada deve ser ponderado, mas atendida a exigência de motivação, como desdobramento dos elementos estruturantes relativos ao Estado de Direito, República e Democracia, que reclamam o dever de os agentes justificarem o seu agir aos verdadeiros titulares do interesse, inclusive para viabilizar a

---

178 "Para que uma decisão seja motivada não basta a menção pura e simples aos documentos da causa, às testemunhas ou à transcrição dos argumentos dos advogados. O requisito constitucional só será satisfeito se existir análise concreta de todos os elementos e demais provas dos autos, exaurindo-lhes a substância e verificando-lhes a forma. Só assim a higidez de um *decisum* se aferirá, compatibilizando-se com a mensagem insculpida no preceito em epígrafe. Não raro, juízes e tribunais incorrem no mau vezo de não fundamentar suas decisões, ensejando a nulificação dos atos jurisdicionais por infringência direta à Constituição. Esquecem-se, muitas vezes, que devem justificar a tese que estão defendendo nos autos, e caso haja alguma lacuna normativa, podem se valer dos mecanismos previstos (...) na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (...). Seja para deferir ou indeferir dada matéria, deverá explicar as razões pelas quais decidiu. A motivação das decisões judiciais (jurisdicionais e administrativas) corrobora um princípio tão sério e magnânimo, que o legislador prescreveu, no inciso em destaque [art. 93, IX], uma norma *sancionatória*". (BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal Anotada*. 10° edição, rev., atual. e reformada até a Emenda Constitucional n.º 70/2012. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 1.013).

prerrogativa de tais titulares (o povo) controlarem o exercício das competências públicas.[179]

Justamente sob esta perspectiva de controle é que atualmente mais se aborda a ótica não apenas da publicidade como a veiculação em vias de imprensa oficial de atos administrativos, mas de ´"transparência" a título de disponibilidade perene de atos, de seus fundamentos e quiçá dos documentos que perfizeram o procedimento de tomada de decisão e subjacente percurso gerador de sentido, de modo que possam ser acessados pelo cidadão independentemente de provocação ou de iniciativa de publicação (quão vezes ininteligível ou demasiadamente sintética) em órgãos de imprensa pouco consultados no cotidiano comunitário.[180]

---

179 MARTINS, Ricardo Marcondes. Motivação dos atos administrativos: conteúdo da motivação e consequências da motivação insuficiente – justificativa do preço na contratação direta; retroatividade da jurisprudência do Tribunal de Contas. *R. Bras. de Infraestrutura – RBINF*, Belo Horizonte, ano 4, n. 7, p. 227-257, jan./jun./, 2015, p. 229-230.

180 Conforme Paulo Affonso Leme Machado: "Entendo que publicidade e transparência são princípios autônomos, mas que se completam e interagem. A publicidade, se existir sozinha, já por si só tem uma função de alta relevância. Quando há a obrigação de ser publicado o pedido de um licenciamento ambiental no jornal oficial, já se atinge um estágio de publicidade satisfatório. Se esse mesmo pedido também for noticiado na Internet, aí se estará implementando o princípio da transparência" (MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito à informação e meio ambiente*. 2.ª ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2018, p. 66-67). Em sentido análogo, discorre Fabrício Motta: "Publicidade e transparência não são sinônimos. O princípio da publicidade, a propósito, não se confunde com a regra que impõe a publicidade oficial. Dessa forma, a publicidade na imprensa oficial é requisito de eficácia dos atos da administração pública, mas não cumpre as demais exigências jurídicas do princípio da publicidade. Na sistemática de Alexy, adepto da tese forte da separação entre regras e princípios, reconhecendo a existência entre eles de uma distinção qualitativa e excludente no âmbito normativo, a publicação na imprensa oficial seria regra, não passível de ponderação, e não princípio. A publicidade oficial, por si só, não é capaz de garantir a difusão e o conhecimento da informação. Trata-se de requisito necessário, mas não suficiente para que se prestigie a publicidade em seu aspecto material. A difusão da informação deve ser feita da forma mais ampla possível e assegurada com a utilização dos meios adequados, dependendo de seu objetivo e de seus destinatários. Além da adequação dos meios, deve-se propugnar por uma conexão sistemática com o direito fundamental à informação e com o princípio democrático. Com efeito, para que uma informação possa ser efetivamente apreendida, é necessário que seja transmitida em linguagem adequada ao pleno entendimento por parte do receptor da informação. (...) O princípio da publicidade pode, sim, ser correlacionado com transparência: exige não somente quantidade (assim entendida a divulgação no maior número possível de meios disponíveis), mas qualidade de informação. Ofende o princípio a disponibilização de informações em linguagem hermética, confusa, tecnicizada além do necessário para a sua correta compreensão. As informações devem ser repassadas com clareza e objetividade para que se possa reforçar o controle e a participação democrática da administração. Sob essa ótica, pode-se falar em transparência como substrato material do princípio da publicidade. Entende-se a publicidade como característica do que é público, conhecido, não mantido secreto. Transparência, ao seu turno, é atributo do que é transparente,

O termo “transparência”, com a sua carga semântica, foi o adotado, ademais, pelo constituinte derivado sob a perspectiva de acesso público e controle sobre atos de gestão relativos a novos regimes próprios de previdência social, fundos de suporte a políticas públicas na Educação e ao sistema nacional da cultura (vide artigos 40, § 22, VII, 212-A, X, “d” e 216-A, § 1º, IX), por exemplo, além de o consagrado na Lei Nacional de Acesso à Informação (n.º 12.527/2011), intitulando a gestão “transparente” da informação, “propiciando amplo acesso a ela e sua divulgação”, como a primeira premissa a ser assegurada pelos órgãos e entidades do poder público (artigo 6º, I).

Neste diapasão, Robert Alexy promove classificação dos vícios no exercício do poder discricionário, distinguindo-os em a) vícios do resultado e do processo, b) vícios jurídico-ordinários e jurídico-constitucionais, c) vícios da subsunção e da ponderação (falta de ponderação, déficit de ponderação e/ou desproporção da ponderação) e d) vícios quanto ao conteúdo e estruturais (não concordância entre fundamentação e motivação, deficiência do poder discricionário, falta de ponderação e/ou déficit de ponderação).[181]

O autor reconhece estarem dentre os vícios de resultado aqueles em que o ato desatende conteúdo jurídico vigente e são vícios do processo os referentes às falhas do “processo de ideias, de vontade e de argumentação que conduzem ao resultado”, denominados de vícios de “fundamentação” e de “motivação”.[182]

Para o autor alemão, a fundamentação representa os fatores que tenham sido exteriorizados e expressados como argumento, enquanto a

límpido, cristalino, visível; é o que se deixa perpassar pela luz e ver nitidamente o que está por trás. A transparência exige não somente informação disponível, mas também informação compreensível” (MOTTA, Fabrício. Notas sobre publicidade e transparência na Lei de Responsabilidade Fiscal no Brasil. *A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 7, n. 30, p. 91-108, out./dez. 2007, p. 2-3. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/638/465>. Acesso em: 29 jan. 2024).

181 ALEXY, Robert. Vícios no Exercício do Poder Discricionário. *Doutrinas Essenciais de Direito Administrativo*. Vol. 2, p. 1.213-1.261, nov/2012, p. 9-17.

182 Ibid., p. 10-11.

motivação é o móbil interno do agente competente, é o “pensado e querido”. A despeito da distinção conceitual, ambos os vícios (de fundamentação e de motivação, que integram o gênero dos vícios de processo) induzem à antijuridicidade do ato total, embora haja uma primazia dos vícios da fundamentação em virtude de sua cognoscibilidade prática.[183]

A perspectiva do autor para a compreensão da possibilidade de um vício de motivação, apenas (sem que haja de fundamentação), é explicada como a incompatibilidade entre o expressado e o intimamente pretendido, o que mais se aproxima da concepção de desvio de poder[184], tanto que o exemplo dado por Alexy é justamente o da recusa de uma autorização por fins “político-eleitorais”.[185]

De todo modo, o importante é o registro de como a fundamentação é elemento de primazia no controle notadamente do exercício do poder discricionário (quando há duas ou mais medidas que igualmente satisfariam o interesse público e se motiva qual a, afinal, adotada), ainda que, registre-se, igualmente deva estar presente no exercício de competência vinculada, justificando-se a efetiva captação dos fatos e sua subsunção à norma incidente, tornando possível se compreender, não obstante, uma intensificação do dever de motivação quando da competência discricionária, justamente

---

183 ALEXY, Robert. Vícios no Exercício do Poder Discricionário. *Doutrinas Essenciais de Direito Administrativo*. Vol. 2, p. 1.213-1.261, nov/2012, p. 11.

184 Neste sentido, Afonso Rodrigues Queiró conceitua o desvio de poder, em geral, como o “exercício pela administração de um poder discricionário, com fim diverso daquele para que a lei o concedeu” (perspectiva de vício de “legalidade”), também o reconhecendo, atribuindo-lhe dupla natureza jurídica, como vício de “discricionariedade” quando, afastando-se da percepção objetiva de competência, aprecia o desvio sob a perspectiva subjetiva do agente (“é o caso de desvio de poder com um fim de animosidade pessoal, de caráter privado, etc”). Sintetiza o autor: “No primeiro caso [vício de legalidade] a autoridade é incompetente; no segundo [vício de discricionariedade] é competente, mas a lei (ou outra fonte de direito) preocupa-se com os motivos à face dos quais se usa da competência conferida, concedendo a determinados agentes, com funções fundamentalmente hierárquicas, mas decidindo em forma contenciosa, o poder de vigiar a adaptação da atividade administrativa a certas normas não jurídicas, a que se pode chamar normas de moralidade administrativa ou de boa e justa administração” (QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. Teoria do “Desvio de Poder” em Direito Administrativo. *Boletim da Faculdade de Direito (suplemento so vol. XVI) da Universidade de Coimbra*, Portugal, 1942, p. 68, 77 e 78. Disponível em: <Vista do A teoria do "desvio de poder" em direito administrativo (fgv.br)>. Acesso em: 14 fev. 2023).

185 ALEXY, Robert. Vícios no Exercício do Poder Discricionário. *Doutrinas Essenciais de Direito Administrativo*. Vol. 2, p. 1.213-1.261, nov/2012b, p. 11.

quanto à escolha pela opção adotada e não circunscrita *a priori* à diretriz concreta da lei.

Registre-se que a distinção conceitual procedida por Robert Alexy, supracitada, entre a fundamentação e a motivação, tal como se esta última se delimitasse ao móbil psicológico do agente, revela-se, em nosso sentir, incompatível com a perspectiva normativa brasileira, isto pois a Lei Federal n.º 9.784/1999, que dispõe sobre o processo administrativo em âmbito federal, consagrou a motivação como um elemento estruturante dos atos administrativos, a qual é formada pela indicação dos fatos e dos "fundamentos" jurídicos, atentando-se aos "fundamentos" de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas (artigo 50, *caput* e § 1º), de modo que a percepção conceitual adotada pelo legislador nacional partiu da premissa de a motivação ser o elemento estruturante, que é integrada por fundamentos, em relação de gênero e espécie, respectivamente.

Neste sentido discorrem Irene Patrícia Nohara e Thiago Marrara, ao sustentarem a motivação como inerente aos atos administrativos em contexto normativo democrático[186], pois ela é o "discurso destinado a justificar o ato motivado".[187]

Em nada tal divergência conceitual afasta, registre-se, a possibilidade de que o vício no elemento subjetivo do agente igualmente seja compreendido

---

186 "A motivação é fundamental numa democracia, em que o titular do poder exercido pelo Estado é, em essência, o povo. É por meio da justificação que se presta contas da atividade do Estado. Quanto mais transparentes forem as medidas estatais, do ponto de vista de suas justificativas, menos autoritárias serão. Ademais, conforme dito, a motivação se coaduna com a exigência de ampla defesa, pois as pessoas só podem impugnar um ato se tiverem conhecimento de suas razões.

No ato administrativo, ainda, de acordo com a teoria dos motivos determinantes, a motivação faz com que a validade do ato se vincule à veracidade dos fatos alegados, conforme será exposto com maior profundidade" (NOHARA, Irene Patrícia; MARRARA, Thiago. *Processo administrativo: Lei n.º 9.784/99 comentada*. São Paulo: Ed. Atlas, 2009, p. 317).

187 "Motivo não se confunde, contudo, com motivação, pois esta abrange a explicitação dos motivos. Motivação é um discurso destinado a justificar o ato motivado. Compreende nos termos da lei a 'indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos' que fundamentaram a prática de determinado ato. Enquanto o motivo é considerado, via de regra, como um dos elementos do ato administrativo, a motivação diz respeito à sua forma, em outros termos, trata-se de uma formalidade do ato" (NOHARA, Irene Patrícia; MARRARA, Thiago. *Processo administrativo: Lei n.º 9.784/99 comentada*. São Paulo: Ed. Atlas, 2009, p. 318).

como defeito do ato administrativo, embora aqui melhor nos reportemos à noção de “desvio de poder”, ao invés de “vício de motivação”, como dito, para o que reforçam não apenas as noções doutrinárias retrocitadas, mas também, novamente, a lei brasileira, mencionando-se o conceito de “desvio de finalidade” acolhido pela Lei Federal n.º 4.717/1965 (que dispõe sobre a ação popular) a título de se verificar “quando o agente pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência” (artigo 2º, parágrafo único, alínea “e”).

Ao fim, ainda que o quanto exposto seja bastante para elucidar a incontrovérsia da motivação como elemento principiológico estruturante do exercício do poder estatal, tampouco se deve olvidar de seu conteúdo dialógico, não apenas sob a perspectiva da cognoscibilidade hábil ao exercício de pretensões recursais, de defesa e de controle pelo cidadão (antes referidas), como também sob a ótica da otimização da percepção de legitimidade à medida estatal e decorrentes consenso e resignação dos destinatários.

É que a compreensão dos fundamentos adotados pela medida estatal e de sua razoabilidade[188], ainda que não atraia uma concordância plena e necessariamente obtida de modo fácil em um contexto social de pluralismo político e de convivência simultânea de diversas visões de mundo, induvidosamente legitima a hierarquia superior da linguagem jurídica e estimula

[188] Adota-se, aqui, a noção de razoabilidade que compatibiliza a sua percepção com o contexto social reconhecido em um quadrante cultural de tempo e de lugar, isto pois é esse o conceito de razoabilidade (vinculado à conduta socialmente aceitável) que aqui se buscou exprimir, haja vista que é essa a sua concepção que colabora ao consenso ou ao acolhimento de determinada medida estatal como justa, razoável ou, enfim, suscetível de refletir uma decisão possível pelo padrão do cidadão médio e não manifestamente descabida, de modo a inexistir razão para o excepcional confronto frente às instituições ordinariamente reconhecidas como as legítimas para o exercício da coação estatal. É o conceito professado, por todos, pelo português Mário Aroso de Almeida, para quem, em síntese e sem prejuízo da recomendação da leitura de sua vasta análise do instituto jurídico em referência, notadamente sob a perspectiva da constituição portuguesa, o melhor entendimento sobre o conceito de razoabilidade “associa genericamente o razoável à conduta que a comunidade assume como aceitável, segundo um padrão de normalidade fundado na experiência comum” (ALMEIDA, Mário Aroso de. *O princípio da razoabilidade como parâmetro de atuação e controlo da Administração Pública*. Coimbra: Ed. Edições Almedina, 2020, p. 57).

o seu cumprimento ou, no mínimo, desestimula a deliberada repulsa e o descumprimento.[189]

A interação séria e dialética entre as perspectivas da Administração e dos particulares interessados induz à consensualidade ou, ainda que esta não ocorra (parcial ou integralmente), à compreensão do peso dos valores jurídicos colidentes e maiores chances de cumprimento espontâneo.[190]

---

189 Neste diapasão, Niklas Luhmann observa como a expectativa e o simbolismo de justiça corroboram ao consenso e à aceitabilidade da decisão, anotando como elementos essenciais, para tal desiderato e em severa síntese – as lições do autor serão retomadas adiante –, a assunção de seu papel por cada parte no processo livre de coação, a imparcialidade do juiz (a garantia da incerteza do resultado provoca a cooperação), a oportunização de participação e a fundamentação (LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo Procedimento*. Trad. de Maria da Conceição Corte Real. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1980, p. 55-177).

Christophe Testard anota a intensificação da democracia administrativa como decorrência da crise de legitimidade da lei e, por ricochete, do ato administrativo, pois o "ato administrativo apreendido apenas no seu aspecto técnico cria uma distância com o constituinte, que o recebe como o produto de uma burocracia, ou mesmo de uma tecnocracia" (TESTARD, Christophe. *Pouvoir de décision unilatérale de l'administration et démocratie administrative*. LGDJ, 2018, p. 380 e 382).

No mesmo sentido, Luiz Moreira, em sistematização do pensamento de Jurgen Habermas em suas diversas obras, leciona como o autor compreende que o procedimento jurídico não se legitima por si só, nem mesmo exclusivamente por sua origem democrática parlamentar, mas reclama a fundamentação de atendimento de premissas morais concomitantes à aplicação da norma jurídica diante do contexto, sustentando a dupla natureza do Direito sob os seus vieses positivo e ético-moral, de modo que a fundamentação instrumentaliza a legitimação do sistema jurídico e sua conexão com o mundo da vida, destacando-se, neste diapasão, a passagem que propicia poder de síntese da longa sistematização das ideias do jurista: "A característica básica do Direito moderno (...) é a exigência, a um só tempo, de positivação e de fundamentação, o que, para ele [Habermas], vai possibilitar o aumento das vias de fundamentação, como também a de um apelo não apenas à esfera jurídica quando da pergunta pela fundamentação, mas à pergunta pela instância moral que dá sustentação e validade ao ordenamento jurídico" (MOREIRA, Luiz. *Fundamentação do Direito em Habermas*. 4.ª ed. São Paulo, Ed. Contracorrente, 2019, 2019, p. 63).

190 Assim também compreende Egon Bockmann Moreira: "Ou seja: é pacífico que o cidadão tem o direito democrático de participar ativamente da formação das decisões administrativas do Estado, especialmente aquelas que incidirão sobre seus interesses (diretos ou indiretos). E a Administração tem o dever de facilitar o acesso do cidadão ao processo administrativo, bem como proferir decisões revestidas de legitimidade (processual e material), as quais atentem para o que efetivamente passa no mundo dos fatos (inclusive quanto às suas consequências práticas). É importante também, destacar que a compreensão da função democrática do processo administrativo se presta igualmente à chamada 'legitimação pelo procedimento'. (...) Na medida em que o cidadão possa verdadeiramente influenciar a formação da decisão administrativa, isso tende a gerar uma decisão quase consensual (ou mesmo consensual), que possui maiores chances de ser espontaneamente cumprida. O dever de obediência transforma-se em espontânea aceitação, em concordância devido à uniformidade de opiniões (ou ao menos devido à participação e ao convencimento recíproco)." [MOREIRA, Egon Bockmann. *Processo Administrativo: princípios constitucionais e a lei n.º 9.784/1999 (com especial atenção à LINDB)*. 6.ª ed. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2022, p. 78].

A participação é anotada como um dos pilares modernos de transição da Administração Pública dantes autoritária, outrora acostumada à execução de suas atividades por meio de atos administrativos unilaterais e imperativos, passando a uma Administração democrática, "tendente a processualizar a formação de seus atos e a abrir-se à influência dos interesses plurais existentes na sociedade".[191]

Exaurida a premissa, portanto, de que os atos estatais devem ser motivados, o ponto é compreender o conteúdo desta motivação e o procedimento que culmina na angariação dos elementos de fato e de direito bastantes à justificação do agir do agente público competente, o que nos atrai ao capítulo subsequente.

2.2. Processo administrativo

Consoante a linha argumentativa adotada no capítulo antecedente, deve se consolidar a premissa de que a motivação é o elemento que exterioriza os fundamentos que conectam a norma jurídica aos fatos de maneira a justificar a razoabilidade de sua incidência frente a padrões de eficiência e de justiça, o que perfaz aspecto essencial para se assegurar a juridicidade da medida administrativa e a sua justificabilidade frente aos quadrantes de condutas socialmente aceitáveis.[192]

---

191 MELO, Cristina Andrade. *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, p. 12.

192 Sustentando a origem comum e a complementaridade dos campos da Moral e da Positividade, Luiz Moreira professa, sob a perspectiva das lições de Jurgen Habermas, como a própria revogabilidade da norma positiva exige a constante fundamentação de sua incidência de modo a se justificar e legitimar a sua permanência: "Esses direitos fundamentais têm como escopo avaliar se o ordenamento jurídico é ou não legítimo. Como membros e fundadores de uma comunidade jurídica, os sujeitos de direito dispõem sobre que leis devem regular a sua conduta na base de uma simetria que permite a cada um ter acesso a iguais oportunidades de deliberar acerca de uma pretensão de validade criticável. Assim, à institucionalização das iguais liberdades subjetivas corresponde um reconhecimento intersubjetivo dos coautores do Direito. Na medida em que os referidos direitos fundamentais [à maior medida possível de iguais liberdades subjetivas de ação] são institucionalizados, assegura-se que a formação

A questão que se revela de tal premissa é que, se juridicamente aceitável, a motivação afinal adotada pela medida administrativa se revelará certamente integrada por elementos ponderativos que permitam a ampla percepção dos fatos e do conjunto normativo incidente.

Há, pois, um percurso dialógico gerador de sentido que tem na medida administrativa um ato final ou até mesmo intermediário, mas que, de todo modo, raramente será o inicial (exceto se voltado justamente à adoção de medidas subsequentes que objetivem a colheita dos dados instrumentais à motivação final).

A decisão final reclama um diálogo, ainda que não sobre interesses contrapostos, mas que culmine em adequada ponderação sobre o quanto levado em consideração.

O procedimento ponderativo é algo que integra capítulo futuro do presente texto, mas, o que se revela premente seja destacado desde já é que a medida administrativa fundamentada, afinal, integra-se, necessariamente, em uma sequência de despachos, aferições, diagnósticos, prognósticos, petições, pareceres, enfim, em uma sequência dialógica que permita se legitimar e fundamentar uma medida administrativa (ou ato, já antecipando o adequado *nomen juris*).

Preferimos adotar a terminologia “processo administrativo” enquanto concepção desta sequência de atos e documentos que integram uma análise

---

discursiva da opinião e da vontade seja determinante do grau de legitimidade do sistema jurídico. Determinante, uma vez que a normatividade, proveniente da legalidade, tem que estar acoplada a uma pretensa revogabilidade, toda vez que não se mostrar compatível com os direitos fundamentais ou, ainda, quando contrariar disposição contida na vontade discursiva dos cidadãos. Essa tensão entre o factual e o universal, entre facticidade e validade, é estabilizada pelo Direito uma vez que esse realiza, através da compreensão discursiva dos direitos, a composição entre direitos humanos e soberania do povo. Em uma palavra, através da compreensão de que o direito emana do povo” (MOREIRA, Luiz*. Fundamentação do Direito em Habermas*. 4.ª ed. São Paulo, Ed. Contracorrente, 2019, p. 169). É pertinente destacar que o mesmo autor descreve, como derivados do direito fundamental à maior medida possível de iguais liberdades subjetivas de ação, também os direitos fundamentais de “configuração politicamente autônoma do status de um membro numa associação voluntária de parceiros do direito”, da “possibilidade de postulação judicial de direitos”, “à participação, em igualdade de chances, em processos de formação da opinião e da vontade, nos quais os civis exercitam sua autonomia política e através dos quais eles criam direito legítimo” e, finalmente, “a condições de vida garantidas social, técnica e tecnologicamente, na medida em que isso for necessário para um aproveitamento, em igualdade de chances, dos direitos elencados” (Ibid., p. 168-169).

instrumental a uma decisão administrativa, que vise veicular um conteúdo normativo suficiente ao cumprimento da norma de competência.

Não que sejamos indiferentes à distinção entre a terminologia "processo" ou "procedimento" administrativos, mas consideramos que o primeiro termo foi o adotado pelo legislador nacional há mais de 20 (vinte) anos[193] e não comporta qualquer antinomia com as concepções do constituinte, que não reservou ao termo processo o status dialógico contencioso.

Neste sentido, ainda que o termo "litigantes" tenha sido utilizado quando o constituinte denominou o "processo judicial ou administrativo" (artigo 5º, LV, da Constituição Federal)[194], não houve o mesmo tom ao se assegurar a duração razoável do "processo" em âmbito administrativo (inciso LXXVIII), permitir a retificação de dados em "processo" administrativo" (inciso LXXII, "b"), valendo-se da mesma designação ("processo") para o eleitoral (artigo 16), legislativo (artigos 27, § 4º, 59 e seguintes), licitatório (artigo 37, XXI), seletivo de pessoal (artigo 198, § 4º), dentre outros de cujo teor não se revela uma beligerância de início, necessária ou conceitual.

O termo "procedimento" se revela, ademais, recorrentemente utilizado em contexto de explicação de rito e ordem[195], ao invés da concepção geral dialógica que designa o "processo", revelando-se possível a adoção de uma descrição do "procedimento do processo", por exemplo, de modo que o primeiro contém o descritivo do instrumental, enquanto o segundo é a sequência dialógica, em si mesma considerada.

---

193 Lei Federal n.º 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que "Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal". A mesma terminologia foi adotada pela lei estadual paulista do processo administrativo, de n.º 10.177/1998, que "Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Estadual".

194 Também utilizam a mesma terminologia para "processos administrativos" de cunho precipuamente litigioso os artigos 41, § 1º, II, 51, I, 53, § 5º, 86, § 1º, II, § 2º, 103-B, § 4º, III, V e VI, § 5º, 130-A, § 2º, III e IV, e 247, parágrafo único, todos da Constituição Federal.

195 Vide, neste sentido, que a "lei estabelecerá o procedimento para desapropriação (...) (artigo 5º, XXIV), é competência da União legislar sobre "procedimentos em matéria processual" (artigo 24, XI), o servidor público deve se submeter a "procedimento de avaliação periódica" (artigo 41, § 1º, III), etc.

Se é fato que o constituinte também utiliza, por vezes, o termo "procedimento" em contextos em que seria utilizável o sentido aqui designado para "processo" (tal como ao descrever a função institucional do Ministério Público ao expedir notificações nos "procedimentos administrativos de sua competência": artigo 129, VI), não se vislumbra, de todo modo, a incompatibilidade da concepção ora empregada com a Constituição, pelos motivos supracitados, além de se revelar em precisa harmonia ao diploma de referência em âmbito infraconstitucional.

Também se revela respaldo nas lições, por todos, de Celso Antônio Bandeira de Mello, ainda que o autor tenha salientado o conceito preferido expressando a impertinência, em seu entender, de discussões mais ampliadas sobre a terminologia, tanto que adotou, em seu curso, indistintamente, os termos "processo" e "procedimento".[196]

Egon Bockmann Moreira defende, em mesmo sentido, que a relação jurídica de natureza continuada perfaz matéria normativa de índole processual (dinâmica), e não material (estática), sujeitando-se, então, à natureza de Direito Público "porque envolve exercício de poder público e sua regulação normativa, bem como o direito-garantia de o cidadão participar na formação das decisões públicas", defendendo que a presença decisória da Administração não retira o dever de imparcialidade do agente público competente e, pois, do subjacente influxo das normas processuais a ponto de se suscitar não ser o processo administrativo digno do rótulo "processual".[197]

---

196 "cremos que a terminologia adequada para designar o objeto em causa é 'processo', sendo 'procedimento' a modalidade ritual de cada processo. (...) Dizem eminentes mestres que esta sucessão de atos tendentes a uma finalidade é um *processo* e que há, sem dúvida, formas específicas de realizá-lo, isto é, aspectos externos dele, os quais constituem os *procedimentos*. Por força disto muitos sustentam, ao nosso ver com razão, consoante dantes dissemos, que o chamado procedimento administrativo melhor se denominaria 'processo', por ter realmente esta natureza, o que, de resto, é exato". (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo, op. cit.*, p. 383).

197 Outros fundamentos foram abordados pelo autor, tendo sido apenas sintetizados na passagem supra. Vide, neste sentido: MOREIRA, Egon Bockmann. *Processo Administrativo: princípios constitucionais e a lei n.º 9.784/1999 (com especial atenção à LINDB)*. 6.ª ed. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2022, p. 32-50.

O que se visa, de todo modo, não é a profundidade da distinção terminológica, mas a clara explicação dos sentidos aqui adotados e sua subjacente justificativa.

Isto posto, fato é que entre a lei e o ato administrativo há um intervalo e sequência dialógica de fatos e atos jurídicos, pois que o ato administrativo afinal adotado não surge como um passe de mágica ou "do nada".[198]

E não surge do nada porque o atuar da Administração Pública reclama uma provocação de origem, seja de ofício, seja por iniciativa de determinado sujeito, deflagrando o início de um concatenado de aferições, certidões, despachos, pareceres, influxo participativo e, enfim, a introdução de norma jurídica que dê cumprimento à lei diante da conformação dos fatos no plano concreto.

Além de decorrência lógica de um percurso gerador de sentido necessário à adequada motivação da atuação decisória estatal, acentua-se a perspectiva do processo administrativo a título de via de controle da adequada formação das decisões, aferindo-se o que, de fato, tomou-se ou não em conta, a sua valoração e adequada subsunção aos contornos normativos prescritivos.[199]

Maria Sylvia Zanella Di Pietro discorre em sentido análogo, notadamente no que atine aos conceitos e fins atribuíveis ao processo administrativo, distinguindo-os daqueles inerentes à concepção de procedimento, estabelecendo ao primeiro o sentido de instrumento indispensável à documentação da série de atos materiais e jurídicos que foram apreciados e que instruem, preparam e fundamentam o ato final, enquanto o procedimento

---

198 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo, op. cit.*, p. 385.

199 Por todos, ibid., p. 506. A passagem de Adriana Schier sintetiza o raciocínio: "Assim, concretizou-se a esfera de procedimentalização do agir administrativo, vinculando toda a atividade do poder público não somente a um fim a ser alcançado, mas também a um procedimento que deve ser observado para a prática dos atos, o que permite a fiscalização de cada etapa cumprida pelo administrador" (SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. *A Participação Popular na Administração Pública: o Direito de Reclamação*, *op. cit.*, p. 106).

representa o rito e a forma a delimitarem o trâmite processual[200]. Ainda que não nos interesse, aqui, a questão da terminologia, em si, os conceitos abordados pela autora propiciam a adequada elucidação acerca da composição necessária de um processo administrativo enquanto percurso indissociável da geração de sentido que legitima e fundamenta a medida administrativa.

Ricardo Marcondes Martins promove aprofundada análise da concepção de processo e de procedimento administrativos. Distingue os conceitos, atribuindo aos primeiros a noção dialógica sob o contraditório, mas não contraditório apenas sob a perspectiva de defesa e irresignação frente a uma pretensão restritiva de direitos, mas também no sentido de participação dos interessados no exercício do poder, o que exige, para a sua implementação, um rito de modo que o ato de decidir decorra de vários atos, exigindo-se, então, um procedimento.[201]

Logo, conclui o autor, aqui com esforço de síntese, que o que faz do "procedimento um processo é o direito de participação: ou seja, o conjunto de situações jurídicas atribuídas ao interessado que lhe permitem influir na obtenção do produto, fruto do exercício do poder". "Processo é um mecanismo democrático de tomada de decisões, ou seja, de exercício do poder", apoiando-se sobre a noção básica de que o exercício do poder só é legítimo se possibilitar a participação dos interessados. O procedimento é, ao seu turno, "o conjunto de todos os requisitos procedimentais do ato administrativo final".[202]

---

200 "O primeiro [processo] existe sempre como instrumento indispensável para o exercício de função administrativa; tudo o que a Administração Pública faz, operações materiais ou atos jurídicos, fica documentado em um processo; cada vez que ela tomar uma decisão, executar uma obra, celebrar um contrato, editar um regulamento, o ato final é sempre precedido de uma série de atos materiais ou jurídicos, consistentes em estudos, pareceres, informações, laudos, audiências, enfim, tudo o que for necessário para instruir, preparar e fundamentar o ato final objetivado pela Administração. O procedimento é o conjunto de formalidades que devem ser observadas para a prática de certos atos administrativos; equivale a rito, a forma de proceder; o procedimento se desenvolve dentro de um processo administrativo" (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 37.ª ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2024, p. 708).

201 MARTINS, Ricardo Marcondes. O Conceito Científico de Processo Administrativo. *R. Dir. Adm.*, Rio de Janeiro, 235: 321-381, Jan./Mar., 2004, p. 331.

202 Ibid., p. 339 e 349.

Viu-se, então, como o autor se posiciona fortemente pela natureza dialógica do processo administrativo e da subjacente "necessidade" de oportunização real de tal diálogo e de sua não delimitação ao organismo do ente público, atraindo à sua perspectiva conceitual o influxo forte do princípio democrático como elemento legitimador da juridicidade do exercício da competência através da decisão estatal e do ato que a veicula.[203]

Carlos Ari Sundfeld reconhece como mais pertinente do que o condicionamento conceitual a noções de processo ou procedimento (afirmando que no primeiro se emprega mais força ao influxo dos princípios protetivos aos direitos individuais e coletivos - ampla defesa, contraditório, motivação, recurso, etc.) a ideia de que "a atividade decisória como um todo da Administração Pública é sujeita a condicionamentos jurídicos de tipo adjetivo" (processual), relativos ao modo como ela decide. Assim, a atuação decisória administrativa se subordina a direitos de natureza processual, individuais ou coletivos, tais como, na listagem exemplificativa do autor, os atinentes à ampla publicidade ou à informação pessoal prévia, à manifestação, à motivação da decisão, de impugnar ou recorrer, etc.[204]

Conclui o autor, ao fim, que sob tal perspectiva o ponto é que o conceito amplo de processo administrativo "deve necessariamente coincidir com o conceito de atividade administrativa decisória", enquanto o modo em que a Administração Pública decide e a sua sujeição ao regime jurídico-administrativo.[205]

Paulo de Barros Carvalho atribui a procedimento administrativo o significado que ora empregamos a processo administrativo (o autor fixa este termo apenas à solução de litígios em âmbito jurisdicional), reconhecendo-se,

---

203 O excerto das exposições do autor merece destaque: "Processo, pois, é uma série ordenada de atos destinada a prolação do ato final, ato conclusivo consistente numa decisão (concretização do exercício do poder estatal), e uma relação jurídica entre o Poder Público e os diretamente interessados na decisão, de modo que estes tenham instituída, a seu favor, uma série de situações jurídicas que lhes permitam influenciar no processo psicológico de escolha das alternativas próprio do ato de decidir" (Ibid., p. 349).

204 SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para Céticos*. 2.ª edição. São Paulo: Ed. Malheiros, 2017, p. 309.

205 Ibid., p. 310.

de todo modo, que a atividade decisória estatal se insere na “conjugação de atos e termos, organizados harmonicamente, para obtenção de resultado” que consiste num ato expressivo e final da vontade do Estado, enquanto Poder Público, no desempenho de suas funções administrativas.[206]

Relevante é a vinculação forte que o autor promove entre o processo (ou, para ele, “procedimento”) administrativo e o controle da juridicidade dos atos decisórios decorrentes, haja vista que o processo propicia a compreensão da adequada subsunção dos atos e das formalidades empregadas pela Administração aos cânones das normas jurídicas incidentes.[207]

O autor português David Duarte utiliza o termo “procedimento administrativo” para a sequência de atos que instrumentaliza a atuação decisória, reconhecendo-o como “instrumento de correcção decisória”, com “estrutura integratória de interesses”, isto pois visa à amortização dos interesses jurídicos postos sob disputa ponderativa de modo a fundamentar a adoção de decisão administrativa imparcial hábil ao apaziguamento de conflitos[208], em seus termos:

> É por este meio que, em termos globais, o procedimento administrativo funciona como um centro de apaziguamento de conflitos e consegue ser, ao mesmo tempo, uma garantia dos dois objetivos essenciais que assistem ao fenômeno participatório: proteção de interesses particulares e colaboração exterior na tarefa de realização do interesse público. Abertura procedimental, apaziguamento dos conflitos e filtragem da relevância dos elementos introduzidos aparecem, assim, como um trítono demonstrativo das contradições e da permanente transformação formal e substancial que o procedimento administrativo encerra na ligação cruzada entre legalidade e ilegalidade, interesses públicos e interesses particulares.

---

206 CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário: linguagem e método*. 8ª ed. São Paulo: Ed. Noeses, 2021, p. 928.

207 Ibid., p. 930-931.

208 DUARTE, David. *Procedimentalização, Participação e Fundamentação: para uma concretização do princípio da imparcialidade administrativa como parâmetro decisório*. Coimbra: Livraria Almedina, 1996, p. 100-105.

> (...) O procedimento administrativo, como estrutura de integração de interesses, faz ressaltar o equilíbrio entre os dois polos procedimentais e a unidade do procedimento. [209]

Christophe Testard bem observa a conexão do procedimento administrativo não contencioso com o desenvolvimento dos procedimentos de negociação e de consulta, haja vista a noção difundida de que a "operação de emissão de um ato administrativo unilateral ou de celebração de um contrato administrativo é uma operação processual".[210]

Irene Patrícia Nohara discorre como o processo administrativo é um "meio" para alcançar determinado fim, conceituável enquanto conjunto de atos coordenados para a obtenção de um provimento individualizado, adotando o conceito abrangente de modo a não lhe restringir à função atípica da Administração relacionada a julgamentos, mas se consubstanciando em forma de atuar da Administração também no desempenho de sua função típica (administrativa).[211]

A autora também assinada ao procedimento o significado de índole ritualística: "procedimento é o modo de realização do processo, ou seja, o rito processual".[212]

É certo, pois, que o exercício da atuação decisória estatal reclama a formação de processo administrativo no âmbito do qual sejam exteriorizados os elementos de ponderação, tanto os que serviram à origem do processo, quanto os que instruíram as variadas opções decisórias (se existir mais do que uma) reconhecidas como pertinentes ou impertinentes e, afinal, os termos da norma

---

209 DUARTE, David. *Procedimentalização, Participação e Fundamentação: para uma concretização do princípio da imparcialidade administrativa como parâmetro decisório*. Coimbra: Livraria Almedina, 1996, p. 100-105, p. 103-104.

210 TESTARD, Christophe. *Pouvoir de décision unilatérale de l'administration et démocratie administrative*. LGDJ, 2018, p. 374.

211 NOHARA, Irene Patrícia Diom. *Direito Administrativo*. 12.ª ed. Barueri: Ed. Atlas, 2023, p. 226-228.

212 Ibid., p. 227.

jurídica veiculada no plano concreto (ato administrativo) e os elementos que perfazem a sua fundamentação.

E é inviável supor adequada e suficiente instrução processual – a contar com os todos os interesses contrapostos – sem a participação, afinal, dos interessados nas medidas e detentores primários do poder para adotá-las.

2.3. Atos administrativos

A Administração Pública exerce os seus misteres através da expedição de atos administrativos, enquanto deliberações funcionais aptas a gerarem "efeitos jurídicos, produzida[s] no exercício de função administrativa"[213].

Premissa relevante que ora se adota, para a adequada compreensão epistemológica do recorte do estudo, portanto, é que a atuação decisória estatal, tão citada nos capítulos antecedentes, materializa-se, em rigor, através da concepção geral de atos administrativos.

Adota-se, aqui, uma noção ampla de tal instituto (atos administrativos), não pela impertinência do estudo de suas espécies sob a perspectiva unilateral (revogações, anulações, licenças, autorizações, sanções, etc.), bilateral (contratos, convênios, parcerias, permissões, concessões, etc.) ou regulamentar (decretos, instruções normativas, portarias, etc.), mas pelo fato de que o que mais se revela oportuno é a compreensão da adoção de uma decisão administrativa que implique uma norma jurídica a afetar (seja no plano abstrato, seja no plano concreto) o mundo do "dever ser" e de qual o procedimento juridicamente adequado para tanto, sendo menos importante a intitulação, pois, do veículo introdutor da norma jurídica e do regime jurídico que, especificamente, o informe.

É evidente que um procedimento de decisão administrativa pode se revelar diferente conforme se trate de uma pretensão de concessão de uma

---

213 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 12ª edição, rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2016, p. 219.

licença a um particular (para explorar uma atividade, por exemplo) ou de expedição de um Decreto, todavia o estudo exaustivo de cada espécie de ato administrativo e de seus procedimentos decisórios subjacentes sem dúvida extravasaria o mote pretendido e quiçá mitigaria a percepção ora proposta quanto a haver um princípio jurídico participativo, de observância e suscetibilidade obrigatória à ponderação para *todos os processos administrativos dos quais resulta a adoção de decisão administrativa que veicule norma jurídica com efeitos gerais*.

Estabelecida esta premissa, é pertinente que se atraia, à percepção da "decisão administrativa" que ora reiteradamente se menciona, o conceito "amplo" de "ato administrativo", isto não apenas pelo prestígio do nome ou do título, mas pela atração de seu pertinente regime jurídico.

Nesta toada, as ordens, requerimentos, notificações, contratos, regulamentos, enfim, os atos linguísticos através dos quais o Poder Público exterioriza a sua competência e introduz norma jurídica percebem, aqui, a concepção que se dá a ato administrativo, em sentido amplo[214], que é aquela adotada para se afirmar ser toda a declaração do Estado, "no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante providências jurídicas complementares da lei a título de lhe dar cumprimento, e sujeitas a controle de legitimidade por órgão jurisdicional".[215]

---

214 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, *op. cit.*, p. 303.

215 Sobre a distinção entre os conceitos amplo e restrito de ato administrativo, discorre Celso Antônio Bandeira de Mello: "é possível conceituar ato administrativo como: *declaração do Estado (ou de quem lhe faça as vezes - como, por exemplo, um concessionário de serviço público), no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante providências jurídicas complementares da lei a título de lhe dar cumprimento, e sujeitas a controle de legitimidade por órgão jurisdicional*. (...) O conceito que acaba de se dar corresponde a uma noção de ato administrativo em sentido amplo. Abrange, pois, atos gerais e abstratos, como costumam ser os regulamentos, as instruções (e muitas resoluções), e atos convencionais, como os chamados contratos administrativos. Ao lado deste conceito pode-se formular um conceito de ato administrativo em sentido estrito. Assim, restringe-se a noção a uma categoria menor de atos, associados por uma quantidade maior de traços de afinidade, excluindo-se dela tanto os atos abstratos (como os regulamentos, instruções etc.) quanto aos atos convencionais (como os "contratos administrativos"). Em acepção estrita pode-se conceituar ato administrativo com os mesmos termos utilizados, acrescendo as características: concreção e unilateralidade. Daí a seguinte noção: declaração unilateral do Estado no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante comandos concretos complementares da lei (ou, excepcionalmente, da própria Constituição, aí de modo plenamente vinculado) expedidos a título de lhe dar

Vladimir da Rocha França elucida, com peculiar destreza para a compreensão do escopo pretendido, serem os atos administrativos "normas concretas que têm por escopo a realização do interesse público no caso específico", encontrando-se "subordinados às leis – por força do princípio da legalidade – e sujeitos ao controle do Poder Judiciário – injunção do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional".[216]

O autor adota, não obstante, o conceito estrito de ato administrativo, distinguindo o exercício da função administrativa entre a mera produção de fatos jurídicos executivos (cumprimento de uma ordem de prisão, por exemplo) e a expedição de atos que, "ao dar execução a uma norma jurídica superior, estabelecem outra norma da qual também, derivam obrigações e direitos"[217], reconhecendo, nestes últimos, pois, os atos administrativos propriamente ditos, recortando-os ainda mais mediante a exclusão de atos que ostentem "grandes diferenças de regime jurídico", tais como os atos convencionais (contratos administrativos e, entre eles, os concebidos sob normas de direito privado) e os atos produtores de normas gerais e abstratas.[218]

Da obra de Hely Lopes Meirelles se revela o reconhecimento do ato administrativo sob a sua perspectiva restrita, pois que o conceitua como toda manifestação "unilateral" de "vontade"[219] da Administração Pública, que, agindo nessa qualidade, "tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir,

---

cumprimento e sujeitos a controle de legitimidade por órgão jurisdicional" (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo, op. cit.,* p. 303-304).

216 FRANÇA, Vladimir da Rocha. Classificação dos Atos Administrativos Inválidos no Direito Administrativo Brasileiro. *Revista Diálogo Jurídico*, número 14 – junho/agosto de 2002 – Salvador – Bahia – Brasil, p. 2.

217 FRANÇA, Vladimir da Rocha. A preservação dos efeitos dos atos administrativos viciados. *Revista Brasileira de Infraestrutura - RBINF*, Belo Horizonte, ano 9, n. 18, p. 23-56, jul./dez. 2020, p. 25-27.

218 Ibid., p. 26-27.

219 Critica-se a menção à "vontade" da Administração. A Administração não tem vontade, mas um dever de melhor exercício da função administrativa. A noção de "vontade" poderia induzir à percepção de possibilidade de renúncia, de celebração de negócios desvantajosos, enfim, de "liberdade" que, de fato, não se coaduna à Administração, ao menos não sob o significado linguístico comum atribuído ao termo. Neste sentido e pela crítica à percepção de "vontade" na Administração: MARTINS, Ricardo Marcondes. A Administração Pública pode realizar controle de constitucionalidade? *R. Int. de Dir. Público – RIDP*, Belo Horizonte, ano 5, n. 9, p. 9-27, jul./dez. 2020, p. 17.

modificar, extinguir e declarar direitos, ou impor obrigações aos administrados ou a si própria".[220]

Paulo de Barros Carvalho denomina os atos administrativos como os "instrumentos secundários" de regulação das condutas humanas, por estarem com juridicidade imediatamente condicionada às disposições "legais":

> A lei e os estatutos normativos que têm força de lei são os únicos veículos credenciados a promover o ingresso de regras inaugurais no universo jurídico brasileiro, sendo por isso designados "instrumentos primários". São eles: lei constitucional, lei complementar, lei ordinária, lei delegada e até mesmo as medidas provisórias, além das resoluções e dos decretos-legislativos.
>
> Todas as demais normas reguladoras das condutas humanas intersubjetivas, neste país, têm juridicidade condicionada às disposições legais, quer emanem de preceitos gerais e abstratos, quer individuais e concretos. Por essa razão, recebem o nome de "instrumentos secundários". Não possuem, por si só, a força vinculante capaz de alterar as estruturas do mundo jurídico-positivo. Realizam, simplesmente, os comandos que a lei autoriza e na precisa dimensão que lhes foi estipulada. São normas complementares das leis e a elas subordinadas, representadas por decreto regulamentar, instrução ministerial, instrução normativa, circular, ordem de serviço, ato declaratório e outros atos administrativos expedidos pelas autoridades administrativas.[221]

O ato administrativo visa estabelecer uma relação jurídica aos seus destinatários, seja mediante a delimitação de regime em relações intersubjetivas de natureza privada, seja fazendo-o em relações a se perfazerem sob o regime publicista, entre agentes privados e o Poder Público ou apenas entre órgãos que compõem a órbita deste último.

---

220 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 42 ª Ed., atualizada até a emenda constitucional 90, de 15.09.2015. Editora Malheiros, 2016, p. 173.

221 CARVALHO, Paulo de Barros. *Op. cit.*, p. 230.-231.

A despeito de seu caráter infralegal, tal delimitação de âmbito não o torna, sabe-se, irrelevante, isto pois, diante da infinidade de hipóteses fenomênicas à luz da complexidade tecnológica e social, cada vez mais se aumenta o âmbito decisório estatal quanto aos meios e/ou fins suscetíveis, *a priori*, de serem objeto de ponderação quanto à sua juridicidade[222] para informar a decisão administrativa, mormente diante da impossibilidade frequente de integral subsunção literal e imediata dos fatos aos genéricos padrões conceituais das leis (em sentido estrito).

Ainda quando meramente o permitem (isto é, não estatuem determinada relação jurídica como obrigatória ou proibida), os atos administrativos gozam do atributo da imperatividade, que é a qualidade pela qual "se impõem a terceiros, independentemente de sua concordância"[223], pois que, se se permite determinada conduta, estabelece-se a premissa deôntica (de "dever-ser", e não apenas de "ser") atinente ao permitido, concedendo-se a faculdade e inibindo o "proibido" ou o "obrigatório".

É possível se reconhecer na imperatividade, ademais, um dos atributos nucleares da atuação estatal, quando unilateralmente lhe é dado influir na

---

222 A pertinência do termo juridicidade é bem defendida por Gustavo Binembojm ao sustentar a evolução de quatro paradigmas dogmáticos de Direito Público, "da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade", "da vinculação positiva à lei ao princípio da juridicidade administrativa", "da dicotomia ato vinculado *versus* ato discricionário à teoria dos graus de vinculação à juridicidade" e "do Executivo unitário à Administração Pública policêntrica", em seus dizeres, quando à defesa do paradigma da juridicidade: "Esta postura científica assenta na superação do dogma da imprescindibilidade da lei para mediar a relação entre a Constituição e a Administração Pública. Com efeito, em vez de a eficácia operativa das normas constitucionais – especialmente as instituidoras de princípios e direitos fundamentais – depender sempre de lei para vincular o administrador, tem-se hoje a Constituição como fundamento primeiro do agir administrativo. (...) A Constituição, assim, deixa de ser mero programa político genérico à espera de concretização pelo legislador e passa a ser vista como norma diretamente habilitadora da competência administrativa e como critério imediato de fundamentação e legitimação da decisão administrativa. Talvez o mais importante aspecto dessa *constitucionalização* do direito administrativo seja a ligação direta da Administração aos princípios constitucionais, vistos estes como *núcleos de condensação de valores*. (...) Como assinala Santamaria Pastor, as bases profundas do direito administrativo são de corte inequivocadamente autoritário; até que fosse atraído para a zona de irradiação do direito constitucional, manteve-se ele alheio aos valores democráticos e humanistas que permeiam o direito público contemporâneo". (BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo – Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*. 2ª ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2008, p. 36-37).

223 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, *op. cit.*, p. 328.

esfera jurídica dos administrados[224], enquanto prerrogativa insuscetível de renúncia.[225]

Neste aspecto, é intuitivo que os atos administrativos se assemelham às leis, ao tempo em que igualmente dotados de referido caráter essencialmente prescritivo, com a distinção singular quanto à subordinação daqueles ao conteúdo material que seja estritamente para dar fiel execução aos comandos destas[226]. Neste aspecto também se relacionam com os negócios jurídicos privados de natureza pessoal, que obrigam aos seus contraentes e "criam normas válidas particulares"[227], exigindo-se aqui, porém e para a sua celebração, o consentimento de ambos[228].

Referidas emanações prescritivas representam, no geral, precisamente a marca de distinção entre a linguagem comum e a linguagem jurídica, reconhecida como de sobrenível ou metalinguagem formulada através de normas jurídicas enquanto "mensagens" produzidas e dirigidas aos interessados da comunidade social[229], as quais vêm animadas pelo tom da "juridicidade, isto é, são prescritivas de condutas, orientando o comportamento das pessoas de tal modo que se estabeleçam os valores presentes na consciência coletiva".[230]

---

224 MARTINS, Ricardo Marcondes. Princípio da liberdade das formas no direito administrativo. *Revista Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 15, n.º 80, jul./ago. 2013, p. 16.

225 "Vale dizer: a *imperatividade*, o atributo de se impor a terceiros independentemente de sua concordância, existe por uma exigência do interesse público e não do interesse governamental. Da mesma forma que o agente não pode renunciar ao interesse público, pois se trata de interesse alheio, não pode renunciar aos *atributos* inerentes a esse interesse, aos meios de que se vale o ordenamento para sua adequada tutela. Assim, não pode o agente, por sua vontade, renunciar à imperatividade" (Ibid., p. 16).

226 Daí a célebre afirmação de Seabra Fagundes de que "administrar é aplicar a lei de ofício" (FAGUNDES, Seabra. *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1979, p. 4-5).

227 VERNENGO, Roberto José. *Teoría General Del Derecho*. 2ª edição, 4ª reimpresión. Buenos Aires: Ediciones Depalma Buenos Aires, 1995, p. 366, tradução nossa.

228 Pertinente citar o conceito do autor a ato jurídico: "hecho humano voluntario produtor de normas" (Ibid., p. 390).

229 CARVALHO, Paulo de Barros. *Op. cit.*, p. 168.

230 Paulo de Barros Carvalho sintetiza a sua exegese, neste sentido, através de profícuo exemplo. Aborda que ao soltarmos o lápis ele inexoravelmente cai no chão, formando-se uma

A prescritividade (isto é, a instituição do dever) se afigura como mote a perfazer a própria concepção do Direito e das normas jurídicas dele decorrentes.[231]

Sob estas premissas é que se vem a acolher a pertinente elucidação de Ricardo Marcondes Martins a conceituar ato administrativo como o "nome dado ao veículo introdutor de toda norma administrativa. Por metonímia, chama-se de ato administrativo tanto o veículo introdutor como a norma introduzida"[232].

Os atos administrativos se revelam, então, como veículos introdutores de normas jurídicas, tais como seriam o contrato (no âmbito privado)[233], a lei, a emenda constitucional, a medida provisória[234], enfim, o instrumento através do qual se insere conteúdo de norma jurídica no sistema[235], ainda que os atos

---

lei física decorrente da causalidade natural. Agora, ao se fixar uma placa em estabelecimento com o enunciado "não fume", ninguém crerá ser impossível, sob a ótica natural, acender um cigarro no local (CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário: linguagem e método*. 8ª ed. São Paulo: Ed. Noeses, 2021, p. 232). A causalidade decorrente da placa no estabelecimento é, então, puramente jurídica (deôntica), e não necessariamente natural: "Em suma, o mundo do 'ser' é disciplinado pela causalidade natural, em que há relações de implicação exprimindo nexo formalmente necessário entre os fatos naturais e seus efeitos. Já no universo jurídico, inexiste necessidade lógica ou factualmente fundada de a hipótese implicar a consequência, sendo a própria norma quem estatui o vínculo implicacional por meio do dever-ser" (Ibid., p. 232).

231 KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 1998, p. 14-23; HART, Herbert Lionel Adolphus. *O Conceito de Direito*. 3ª edição. Lisboa: Ed. Fundação Calouste Gulbenkian, 1972, p. 26-31.

232 MARTINS, Ricardo Marcondes. Contratos administrativos. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 5, n. 18, p. 117-168, jul./set. 2007, p. 134.

233 "Hans Kelsen contribuiu sensivelmente para o tema, elaborando a chamada *teoria normativa dos negócios jurídicos*: estes são *veículos introdutores* de *normas jurídicas* elaboradas pelos indivíduos. A base do *direito privado* é a *vontade*, daí a célebre distinção privada entre atos e fatos jurídicos: os primeiros, ao contrário dos segundos, são manifestações de vontade. Porém, enquanto nos *atos jurídicos em sentido estrito* os efeitos jurídicos são previamente determinados pela ordem jurídica; nos negócios jurídicos os efeitos jurídicos são determinados pela vontade das partes. Negócios jurídicos, enfim, são veículos introdutores de normas jurídicas editadas pelos particulares, fruto da chamada *autonomia privada*" (Ibid., p. 119).

234 CARVALHO, Paulo de Barros. *Op. cit.*, p. 146-147.

235 "Seguindo o degrau das estruturas normativas, perceberemos que tanto a norma geral e abstrata quanto a norma individual e concreta pressupõem um ato ponente de norma, juridicizado pela competência jurídica de inserir norma no sistema que lhe prescreve o direito positivo. Torna-se preciso, como pede a teoria das fontes do direito, que um veículo introdutor (ato jurídico-administrativo do lançamento, por exemplo) faça a inserção da regra no sistema. Significa dizer: unidade normativa alguma entre no ordenamento sem outra norma que a conduza. O preceito introduzido é a disciplina dos comportamentos inter-humanos pretendida pelo legislador, independente de ser abstrata ou concreta e geral ou individual, ao passo que a

administrativos detenham, como antes dito, a subordinação e a delimitação de seu conteúdo material ao quadrante permitido pela lei cuja fiel execução lhes compete, além do regime jurídico próprio de Direito Administrativo que perfaz os seus pressupostos e atributos, inclusive o procedimento publicístico hábil à sua formação.

Pertinente se registrar, neste ínterim, o fato, que não passa despercebido pela doutrina, de cada vez mais se ampliar o leque e o quadrante regulamentar (a se operar por ato administrativo, em sua concepção ampla), inclusive mediante genéricos permissivos por parte da lei, notadamente em virtude da tecnicidade, volatividade e agilidade reclamadas pela atuação regulamentar nas variadas e ampliadas (especialmente no decorrer do século XX) funções adotadas pelo Estado.[236]

Adota-se, portanto e como premissa a compor as concepções doravante propostas quanto a atos administrativos, que os mesmos serão concebidos a título não apenas do veículo introdutor, mas também do conteúdo normativo inserido no sistema, bem como o seu regime jurídico e significação devem ser atraídos sempre que mencionada a adoção de decisão administrativa, cujo conteúdo perfaz um ato administrativo (entendido, reitere-se, tanto a título do veículo introdutor da decisão, quanto de seu conteúdo material, e sob a sua conceituação doutrinária em perspectiva ampla).

2.3.1. Atos administrativos de efeitos gerais

Estabelecida a premissa conceitual atribuída a ato administrativo, cumpre ressaltar, por conseguinte e adotando o caráter bimembre da norma

---

entidade introdutora é igualmente norma, porém concreta e geral. Lembremo-nos de que a regra incumbida de conduzir a prescrição para dentro da ordenação positiva é de fundamental importância para montar a hierarquia do conjunto, axioma do próprio sistema jurídico" (Ibid., p. 146-147).

236 SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para Céticos*. 2.ª edição. São Paulo: Ed. Malheiros, 2017, p. 247-248.

jurídica que a distingue em seu antecedente e consequente[237], interessar-nos os atos administrativos que detenham em seu “consequente”, isto é, na consequência atribuída à sua “hipótese”, o caráter “geral”, quer-se dizer, a não individualização do sujeito ou da relação jurídica sobre a qual incidirá, estendendo-se à possibilidade de imputação a todos aqueles que se subordinarem ao seu “antecedente” (hipótese).

Revela-se pertinente, neste diapasão, a análise classificatória, ainda que brevemente, das normas jurídicas conforme os seus antecedentes e consequentes, visando à adequada delimitação do espectro de abrangência pretendido.

Desta feita, adotando-se a exposição de Autora Tomazini de Carvalho, as normas jurídicas se classificam, quanto ao seu antecedente, em abstratas ou concretas, sendo as primeiras referentes às que descrevem fatos futuros e incertos, que podem ocorrer e, amoldando-se ao enunciado do antecedente, subsomem-se; as segundas (concretas), ao seu turno, versam sobre um fato passado, delimitado, propulsor dos efeitos concebidos no consequente.[238]

Quanto ao consequente, as normas são classificadas como individuais ou gerais, sendo as primeiras as que detêm precisa identificação dos sujeitos e/ou da relação sobre os quais incidem, enquanto as segundas, ainda em acolhimento dos dizeres de Aurora Tomazini de Carvalho, caracterizam-se:

> quando seu consequente não individualiza os sujeitos da relação, regulando o comportamento de uma classe indeterminada de pessoas (ex: a norma de indenização por dano, disposta no Código Civil, que prescreve ter "o sujeito que provocou o dano, dever de indenizar o sujeito lesado, na

---

237 “Norma jurídica, tomada na sua acepção sintática, é uma estrutura bimembre constituída de um antecedente e de um consequente, capaz, minimamente, de regular condutas” [LINS, Robson Maia. O Supremo Tribunal Federal e Norma Jurídica: aproximação com o constructivismo lógico-semântico. In HARET, Florence (coord.); CARNEIRO, Jerson (coord.). *Vilém Flusser e juristas: comemoração dos 25 anos do grupo de estudos Paulo de Barros Carvalho*. São Paulo: Ed. Noeses, 2009, p. 372].

238 CARVALHO, Aurora Tomazini de. *Curso de teoria geral do direito: o constructivismo lógico-semântico*. São Paulo: Ed. Noeses, 2009, p. 368.

> proporção do dano causado" - as classes "sujeito que provocou o dano" e "sujeito lesado" só serão determináveis quando verificado o dano).[239]

Diante de tal recorte classificatório e considerando a norma jurídica em sua completude no que atine à potência de servir à formação da relação jurídica deôntica - a perfazer, então, o seu antecedente e consequente -, propõem-se as classificações finais das normas como (i) gerais e abstratas - com antecedente abstrato e consequente geral -, (ii) gerais e concretas - com antecedente concreto (fato determinado e passado) e consequente geral (uma coletividade indeterminada que com ele se relacionou ou se relacionará) -, (iii) individuais e abstratas - com antecedente abstrato, mas com consequente individualizado -, e (iv) individuais e concretas - com antecedente concreto e consequente individualizado.[240]

Alguns exemplos podem colaborar para elucidar a incidência classificatória sob a ótica dos atos administrativos. São gerais e abstratos os Decretos e Instruções Normativas que regulamentem, por exemplo, as condições de determinada exação fiscal ou que disponham sobre o modo de execução de determinado rito licitatório, cujo antecedente é composto de enunciados linguísticos que se referem a eventos (passados ou futuros) não descritos e concretamente identificados, submetendo-se ao consequente uma generalidade de sujeitos (todos que vierem a se relacionar ao antecedente por tempo indeterminado).

São gerais e concretos aqueles que têm a identificação do antecedente já consumado, tais como Decreto Municipal que disponha sobre prazo adicional para pagamento do Imposto sobre Propriedade Territorial Urbana para os que não o fizeram até dezembro de 2020, em virtude do cenário epidêmico, por exemplo, destinando-se, então e quanto ao consequente, à generalidade daqueles que se identificarem com o antecedente (todos os devedores que não adimpliram tempestivamente).

---

239 Ibid., p. 369.

240 Ibid., p. 369-370.

Individuais e abstratos são aqueles atos que, a despeito da abstratividade do antecedente, percebem a identificação do destinatário do consequente, tal como se revela em uma consulta fiscal.

Os individuais e concretos detêm, ao seu turno, precisa identificação do fato jurídico que forma o seu antecedente e dos sujeitos a comporem a relação jurídica prescrita pelo consequente, como um ato de adjudicação de licitação pública, de lançamento tributário, de autuação sanitária, de licença ou autorização para construir, de alvará de funcionamento, etc.

Revela-se intuitiva a razão pela qual, à luz de nosso objeto de estudo, perseguem-se os atos administrativos de efeitos gerais (no consequente) e seus procedimentos decisórios subjacentes.

Isto pois os atos administrativos individuais (em seu consequente) e com decorrente identificação de seus destinatários subordinam-se à perspectiva processual, conforme o caso, do contraditório e da ampla defesa, da competição, da oferta prévia, enfim, reclamam uma relação jurídica de interesse precipuamente individual que atrai a si influxos principiológicos menos condizentes com, necessariamente, o democrático-participativo.

Quer-se dizer, os indivíduos cujos interesses identificados serão ampliados ou restringidos pelo ato administrativo muito provavelmente participaram ou participarão do processo administrativo que antecede a decisão e isto em virtude da incidência especial de outras normas (concorrenciais ou de defesa, respectivamente e por exemplo).

Não que não haja interesse público e coletivo nos atos administrativos dos quais resultem efeitos *a priori* individualizados, mas apenas se quer dizer que a participação popular que com eles se relaciona mais se visualiza sob a perspectiva do “controle” (popular, inclusive), e não de ponderação de interesses contrapostos vigendo simultaneamente na sociedade, de modo que os efeitos substancialmente individuais e identificados incitam a participação dos interessados singularizados já por mote de defesa ou concorrência, conforme antes exposto, sem o influxo significativo de outros interesses na fase ponderativa prévia à decisão.

Isto pois não se propõe, no presente estudo, uma democracia direta generalizada em assembleia constante (inviável em um país em que as pessoas cuidam essencialmente de sua própria sobrevivência), mas participativa, de modo que os interesses, quando predominantemente *comunitários* dos afetados ou interessados pela decisão, sejam, necessariamente, objeto de arguição e de adequada ponderação, compartilhando-se o exercício dos deveres-poderes estatais.

Decisões cotidianas e diuturnas inerentes ao exercício da função administrativa que interessem, diretamente, a apenas indivíduos *a priori* reconhecidos, de fato não atraem a premissa democrática ao seu procedimento decisório, mas substancialmente aos seus partícipes. Isto nada elide, anote-se, a perspectiva de controle (prévio, concomitante ou posterior) e de direito de petição (artigo 5º, XXXIV, "a", CF) mesmo a quem não integrado aos interesses objeto de deliberação, mas *infirma a possibilidade de otimização democrática a um processo que interessa, ao menos substancialmente, a sujeitos individualizados*, o que atrairia a desproporcionalidade de um fluxo procedimental participativo generalizado a cada passo da função administrativa.

Por outro lado, nos procedimentos de decisão administrativa de cuja medida se vislumbre afetação a interesses de sujeitos plurais e não determinados, de uma coletividade ou à toda a comunidade indistintamente, evidente que se revelará desproporcional recusar que o titular do poder (povo) participe, afinal, da decisão que afeta a si mesmo.

Ainda que outros princípios jurídicos também atraiam influxo participativo para os atos administrativos de efeitos gerais (sobre os quais adiante nos debruçaremos: eficiência, contraditório, impessoalidade, dentre outros), é o democrático que atrai peso bastante ao rigor da instrumentalização participativa.

Registre-se que o consequente geral do ato administrativo atrai referida fase participativa ao processo administrativo independentemente de seu antecedente ser de índole concreta (identificação do fato ou evento

consumado) ou abstrata, isto pois, para ambos, a pluralidade de interessados suscita a sua participação e influência de modo prévio à ponderação estatal.

É evidente que a natureza concreta do antecedente do ato administrativo pode permitir a identificação, eventualmente até de modo individual, dos afetados pela medida administrativa, o que apenas pode servir como discrímen relacionado ao enfoque participativo, alterando-se para a sua fundamentação precípua do direito de defesa e de exercício do contraditório se houver prévia identificação individual e estanque dos afetados, prevalecendo-se, em caso contrário, o rito participativo sob a índole democrática e participativa, seja o ato administrativo concreto, seja abstrato, desde que igualmente seja geral o seu consequente.

CONCLUSÃO PARCIAL

1. A despeito da expressa adoção - pelo ordenamento jurídico - da motivação como princípio a ser atendido pela atuação decisória estatal, a exteriorização dos fundamentos e do percurso gerador de sentido da decisão administrativa é consequência lógica dos princípios democrático e republicano, que impõem que aquele que adota decisões em nome de outrem explique o porquê da medida que visa adotar e do fim que pretende instrumentalizar.

2. Com correlação umbilical aos princípios da publicidade, moralidade, legalidade e eficiência, a exposição dos fundamentos da decisão representa instrumento de controle, inclusive popular, hábil à percepção dos elementos de fato e de direito adotados para a ponderação a culminar no quanto afinal foi considerado a ótima medida administrativa.

3. Evidencia-se, então, que a motivação aglutina fatos e interesses captados do universo fenomênico e do conjunto normativo jurídico, de modo que há um natural percurso formador da decisão que é apenas condensado em uma decisão administrativa final, mas antecedido, então, de prospecções, constatações, opiniões, pareceres, requerimentos, petições, etc., que

demonstrem a racionalidade da decisão e a legitimem como medida justa, harmônica às normas democraticamente reputadas como ideais e que reclame, então e em consenso (ou ao menos na mitigação da negação da ordem), resignação e cumprimento.

4. Até com o propósito de trazer inteligibilidade à atuação estatal, ao conjunto de atos complementares, conectados e sucessivos atribui-se a formação do processo administrativo, reconhecido, justamente, como o procedimento através do qual são colhidos os elementos bastantes e necessários, sob os parâmetros do conjunto normativo incidente, para que se revele possível adotar uma decisão administrativa consentânea à proporcionalidade e à justa medida prevista no ordenamento jurídico.

5. Reconhece-se no processo administrativo o título dado à sequência de atos e textos que visam a atender aos parâmetros normativos que propiciem a adoção de hígida decisão, enquanto no procedimento administrativo se reconhece a denominação da ritualística, das fases e medidas obrigatoriamente adotadas para a formação do processo.

6. A atuação administrativa se dá, afinal, pela introdução de normas jurídicas que visem determinar, com potência prescritiva, as medidas instrumentais à satisfação do interesse público, mediante a veiculação de atos administrativos, em seu conceito amplo, intitulação que se dá, por metonímia, tanto ao veículo introdutor da norma jurídica quanto ao seu conteúdo material decisório.

7. A noção ampla de ato administrativo, abrangendo os unilaterais, bilaterais (ou convencionais) e regulamentares, revela-se mais pertinente ao objeto de estudo, considerando os pontos comuns que informam o seu procedimento de decisão toda que vez que se tratar de atos administrativos (normas jurídicas) cujo consequente seja geral, isto é, não seja individualizado, mas represente hipótese de subsunção a uma coletividade ou sob perspectiva difusa de incidência.

8. Nestas hipóteses e daí o recorte epistemológico que ora se justifica e se conceitua, a premissa participativa se dá o sob o influxo precípuo dos

princípios democrático e republicano, a propiciar que os sujeitos de direito cujos interesses (individuais ou metaindividuais) são suscetíveis, em tese, de afetação participem do exercício do poder estatal que também lhes pertence, assegurando-se, afinal, a adequada ponderação diante dos interesses que a pretensa decisão administrativa possa afetar no meio comunitário.

3. DO PROCEDIMENTO DE DECISÃO ADMINISTRATIVA

3.1. Procedimento de decisão administrativa

Já antes foi exposta (capítulo 2, subcapítulo 2.2.) a premissa de se adotar a concepção de procedimento de decisão enquanto a determinação da forma e rito através dos quais são colhidos os elementos bastantes e necessários, sob os parâmetros do conjunto normativo incidente, para que se revele possível adotar uma decisão administrativa (veiculada no ordenamento através de ato administrativo) consentânea à proporcionalidade e à justa medida prevista no sistema jurídico.

Ultrapassada a delimitação do que se pretende com a adoção do termo "procedimento de decisão administrativa", visa-se não necessariamente a que o leitor concorde com a concepção que compartilhamos, mas que a entenda e, isto feito, possa igualmente compreender as hipóteses sucessivas que doravante serão abordadas, ainda que o faça sobre distintos títulos ou nomes que integrem o vernáculo.

Não se olvida que o procedimento decisório sofre influxo conforme a natureza do processo administrativo que integra, definida à luz das pretensões que revelem caráter ampliativo da esfera jurídica de seus destinatários, restritivo desta e se o faz tendo destinatários individuais ou gerais (adotando-se a concepção de individual e geral no consequente da medida que se compreenda de possível adoção, conforme ponderações contidas no capítulo anterior).

Sob tal perspectiva, Celso Antônio Bandeira de Mello bem distingue os processos administrativos entre os "internos", que interessam exclusivamente à vida intestina da Administração, e os "externos", que são os que atraem, de algum modo, a participação dos administrados.[241]

Menciona o autor se interessar no aprofundamento do estudo dos processos externos, o que acolhemos de pronto, haja vista que, de fato,

---

241 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo, op. cit.,* p. 390.

processos que culminem em decisões com substancial interesse afeito apenas aos aspectos internos do órgão (lotação, férias e licenças de servidores, composição e distribuição de ambientes físicos e fluxos de trabalho, etc.) não atraem pertinência, como regra, que justifiquem o recorte na tese que se propõe. Quanto aos processos externos, então, Celso Antônio Bandeira de Mello os distingue em “ampliativos” ou “restritivos” sob a perspectiva da esfera jurídica do particular (complexo de suas relações jurídicas).[242]

Os ampliativos comportam a subdivisão, quanto à iniciativa, em “de iniciativa do próprio interessado” ou “de iniciativa da Administração” e, quanto à existência ou não de caráter competitivo, distingue-os entre os “concorrenciais” ou “simples ou não concorrenciais”. Quanto aos processos restritivos de direitos, distingue-os entre os “meramente restritivos” (ou “ablativos”), que são os revogadores, em geral, e os “sancionadores”.[243]

Partindo da premissa de que aqui se busca o estabelecimento de cânones gerais para procedimentos de decisão, olvidando-se, então, por razões óbvias de limitação do recorte epistemológico, do influxo específico que cada subespécie de processo possa eventualmente atrair ao procedimento decisório diante da natureza concreta da controvérsia ou da pretensão (por exemplo: se processos licitatórios e sob qual modalidade ou se processos disciplinares) ou à luz de leis locais, compreende-se haver pertinência, na classificação supracitada, da divisão geral entre a iniciativa (se do interessado ou da Administração) e entre a natureza competitiva (se existente ou não), sem que haja, dentre os restritivos, distinção entre os meramente revogatórios ou os sancionadores, haja vista que ambos, do mesmo modo, afetam os destinatários e reclamam, pois, a sua oitiva. Nestes, a distinção mais relevante não nos parece ser quanto à sua natureza revogatória ou sancionadora, mas sim quanto ao seu consequente, se geral ou individualizado, o que delimita o espectro participativo.

---

242 Ibid., p. 390-391.

243 Ibid., p. 391.

Independentemente da classificação dos processos administrativos, Celso Antônio distingue o seu procedimento em 5 (cinco) fases, que intitula de a) propulsória ou de “iniciativa”, b) instrutória (de colheita dos elementos de fato e de direito e, inclusive, oitiva dos interessados), c) dispositiva (na qual se decide), d) controladora (suscetibilidade à apreciação por autoridade distinta da que decidiu) e e) de comunicação (em que se instrumentaliza a publicidade ao conteúdo decisório).[244]

Por conseguinte, Maria Sylvia Zanella Di Pietro professa que, no Brasil, existe apenas o processo administrativo gracioso, que é aquele em que se adotam providências visando ao cumprimento concreto da lei, com vistas à satisfação dos fins que estão confiados ao Poder Público, isto pois a outra fase processual, qual seria a contenciosa, exigiria a perspectiva da coisa julgada sobre a lide entre a Administração e o administrado, o que seria incompatível com o sistema dual processual brasileiro (administrativo e jurisdicional) e perfaz atributo apenas do trâmite judicial da controvérsia (artigo 5º, XXXV, Constituição Federal).[245]

Compreendendo que apenas são possíveis processos graciosos, a administrativista os distingue em técnicos e jurídicos, conforme as suas fases decisórias sejam marcadas por ponderações relativas à eleição técnica do melhor modo de satisfazer o interesse público ou se trate da percepção jurídica atinente à formação de uma relação jurídica com sujeito distinto do que decide.[246]

Ao final, a despeito da distinção classificatória em comparação com Celso Antônio Bandeira de Mello, Di Pietro aborda fases procedimentais análogas, apenas as simplificando até a etapa decisória (excluindo a controladora e de comunicação), professando se dividir em a) instauração, b)

---

244 Ibid., p. 391-392.

245 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo, op. cit.,* p. 709-710.

246 Ibid., p. 709-710.

instrução e c) decisão[247], sem distinção conceitual em cada etapa que mereça abordagem.[248]

Em nosso sentir, revela-se inviável a concentração classificatória dos processos e seus decorrentes procedimentos apenas em graciosos. Ainda que, de fato, resguarde-se à jurisdição a perspectiva da última análise da juridicidade de qualquer norma jurídica (entre elas os atos administrativos que veiculam o conteúdo decisório), tal fato não afasta, em rigor, a aptidão da decisão administrativa em resolver uma controvérsia, inclusive com efeitos jurídicos ampliativos ou restritivos de direitos, sujeição a prazos prescricionais e decadenciais estabilizadores de seus efeitos, dentre outras consequências reais e exequíveis.

Vigiando-se para não extravasar o recorte epistemológico deste texto, no mínimo a ponderação levada a efeito pela administração perfaz um elemento ponderativo de obrigatória percepção pelo Magistrado a acrescer peso (a título de princípio formal) à manutenção do ato administrativo.[249] A doutrina professa,

---

247 Ibid., p. 710-711.

248 Fabrício Motta e Jordana Morais Azevedo descrevem procedimento análogo, ainda que sob o enfoque de processos administrativos sancionatórios em licitações públicas, compreendendo haver as fases procedimentais de notificação, defesa, decisão e execução: "Resumidamente, na *notificação*, o licitante ou contratado é comunicado do ato que lhe é atribuído, de seu enquadramento como infração e da respectiva sanção cabível. A *defesa*, imposição constitucional, configura etapa em que se abre ao licitante ou contratado a possibilidade de manifestar-se a respeito do ato que lhe foi imputado, defendendo-se ou justificando-se. Ao seu turno, a *decisão* é o momento em que a autoridade competente avalia os argumentos da notificação e instrução – comumente apresentados pelo fiscal do contrato – e os contrapõe à defesa apresentada para, motivadamente, aplicar, ou não, a sanção. Finalmente, na fase de *execução* a penalidade é efetivada, após comunicação ao penalizado" (MOTTA, Fabrício; AZEVEDO, Jordana Morais. Devido Processo e Aplicação de Sanções nas Licitações e Contratos, *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 11, n. 132, dez/2012). As fases descritas como de notificação e de defesa poderiam ser substituídas, dado o seu conteúdo efetivo, pelas nomenclaturas de iniciativa e instrução, respectivamente, se transportada a realidade sancionatória específica para os processos administrativos sob uma perspectiva geral.

249 Robert Alexy vincula os princípios formais, ao professar a doutrina dos princípios jurídicos, à permissão para adoção de decisão, pelo legislador, diante da incerteza do sopesamento, quando não há como afirmar a prevalência de um princípio material em virtude das dúvidas epistêmicas e de prognóstico, de modo que a competência decisória vincula o princípio formal relativo ao seu exercício ao princípio material que a medida adotada visa satisfazer (ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais, op. cit.*, p. 611-627). No mesmo sentido, em classificação hierárquica dos princípios formais que acrescem peso aos princípios materiais defendidos pela medida produto da ponderação: "Compete ao administrador, observados os postulados, as normas constitucionais e o peso do princípio formal que dá primazia às ponderações legislativas, realizar ponderações no plano concreto, em

inclusive (embora não sem críticas respeitáveis e quiçá hábeis à reforma da percepção[250]), haver um princípio de presunção relativa de veracidade e de legitimidade das decisões administrativas.[251]

Se a decisão administrativa concluir, ao final e ainda que diante da controvérsia patente e belicosa com um particular, em proveito deste, há prazo decadencial reconhecido pelo legislador para que possa se dar a revisão de tal medida, estabilizando-se a relação jurídica, exceto se comprovada a má-fé do destinatário (artigo 54, da Lei Federal n.º 9.784/1999).

---

concretização dos valores constitucionais. A discricionariedade administrativa é a mais reduzida do sistema [em comparação com a do constituinte e do legislador]. Há, pois, um princípio formal fundamental que dá primazia às ponderações da Administração Pública" (MARTINS, Ricardo Marcondes.Teoria dos princípios formais. *Revista Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 18, n. 98, p. 65-94, jul/ago., 2016, p. 76).

250 Por todos, referenciamos Alexandre Santos de Aragão: "Em nossa opinião, por força do devido processo legal e dos princípios da publicidade, da finalidade e da motivação, a administração pública tem de demonstrar os fatos que ensejaram sua atuação, com o que, portanto, não concordamos com um princípio da veracidade dos fatos alegados pela administração, salvo em casos excepcionais em que essa prova seria, para ela, de impossível realização (a chamada 'prova diabólica'). (...) Cremos, por outro lado, ser compatível com a nossa Constituição um princípio de presunção apenas de legitimidade (compatibilidade com o direito) dos atos do Estado em geral, inclusive dos atos administrativos, sob pena de se comprometer sua autoexecutoriedade e a ordem social. É a mesma lógica pela qual as leis são dotadas de presunção de constitucionalidade. (...) O princípio da veracidade dos fatos invocados pela administração pública na edição dos seus atos deve, contudo, a nosso ver, apesar de tradicionalmente invocado entre nós — e hábitos muitas vezes levam tempo para serem revistos —, ser considerado como não recebido pela Constituição redemocratizadora de 1988, especialmente em face dos princípios da motivação e da presunção de inocência." (ARAGÃO, Alexandre Santos de. Algumas notas críticas sobre o princípio da presunção de veracidade dos atos administrativos. *Revista de Direito Administrativo - RDA*, v. 259, p. 73-87, jan./abr. 2012, p. 78 e 85).

251 "Os atos administrativos, qualquer que seja sua categoria ou espécie, nascem com a *presunção de legitimidade*, independentemente de norma legal que a estabeleça. Essa presunção decorre do *princípio da legalidade* da Administração (art. 37 da CF), que, nos Estados de Direito, informa toda a atuação governamental. Daí o art. 19, II, da CF proclamar que não se pode 'recusar fé aos documentos públicos'. Além disso, *a presunção de legitimidade e veracidade dos atos administrativos* responde a exigências de celeridade e segurança das atividades do Poder Público, que não poderiam ficar na dependência da solução de impugnação dos administrados, quanto à legitimidade de seus atos, para só após dar-lhes execução. Já a presunção de veracidade, inerente à de legitimidade, refere-se aos fatos alegados e afirmados pela Administração para a prática do ato, os quais são tidos e havidos como verdadeiros até prova em contrário". (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 39.ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 168).

"Salientem-se entre os atributos dos atos administrativos os seguintes: (...) *Presunção de legitimidade* - é a qualidade, que reveste tais atos, de se presumirem verdadeiros e conformes ao Direito, até prova em contrário. Isto é, milita em favor deles uma presunção *juris tantum* de legitimidade; salvo expressa disposição legal, dita presunção só existe até serem questionados em juízo". (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo, op. cit.,* p. 328).

Enfim, ainda que, no Brasil, não se possa dizer de um processo administrativo contencioso que encerre, em absoluto, a controvérsia, em virtude da inafastabilidade da jurisdição, isto não significa que o seu desfecho administrativo seja “um nada” a ponto de nem merecer recorte classificatório, pelas sintéticas razões retrocitadas que reforçam potentes efeitos oriundos apenas do ato administrativo porventura contencioso (isto é, adotado sob “resistência” e “contradição” do destinatário da medida).

Em sequência, Ricardo Marcondes Martins distingue os processos administrativos consoante os que se classifiquem como de “defesa” ou de “participação”. São de defesa aqueles em que o direito de participação do interessado perfaz característica de garantia individual fundamental a título de exercício do contraditório e da ampla defesa, em virtude de haver controvérsia sobre um direito seu, o que lhe atrai prerrogativas de performances próprias do direito de defesa (mencionamos: participação em todos os atos instrutivos, como regra, legitimidade de pretensão recursal, etc.). Já nos processos de participação, não há controvérsia sobre um direito específico e individualizado do administrado, mas a sua participação pode se dar enquanto cidadão por força do princípio democrático, de modo a participar do juízo ponderativo que perfará a edição do ato ao final.[252]

O autor discorre sobre o procedimento de decisão administrativa independentemente da classificação do processo administrativo em que seja levado a efeito, reconhecendo o referido procedimento decisório enquanto “conjunto de trâmites que devem ser seguidos pelo agente para obtenção do resultado final, para a edição do ato”, pormenorizando-o com fase inicial relativa à apuração das condições de fato, examinando se se encaixam no suporte fático de uma regra abstrata (ou mais do que uma) ou se não se encaixam[253].

---

252 MARTINS, Ricardo Marcondes. *Efeitos dos Vícios dos Atos Administrativos*. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 154-155.

253 MARTINS, Ricardo Marcondes; BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Ato administrativo e procedimento administrativo. In DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (coord.). *Tratado de Direito Administrativo, Vol. V*. 2ª edição. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2019, p. 103. A síntese das lições de Ricardo Marcondes Martins consta, quanto às fases do procedimento de decisão

Em não se encaixando no suporte fático de regra jurídica alguma, a segunda etapa do procedimento de decisão administrativa deve consistir na verificação dos princípios incidentes, promovendo-se, na terceira etapa, o sopesamento, acrescendo-se à omissão da medida o princípio formal da primazia da omissão administrativa diante do silêncio do legislador (a acrescer peso material no princípio satisfeito pela omissão), resguardada a hipótese de que a medida detenha peso suficiente para exigir a edição de um ato administrativo a despeito de referida omissão legislativa e do acréscimo do peso do princípio formal a ela relativo[254].

Se, porém, os fatos identificados se encaixarem no suporte fático de regra(s) jurídica(s), a segunda etapa consistirá na identificação dos princípios concretizados pela(s) regra(s) jurídica(s), enquanto a terceira etapa revelará os outros princípios colidentes, promovendo-se, na quarta etapa, o sopesamento entre os princípios, com o acréscimo àqueles concretizados na regra legal do princípio formal da primazia da ponderação legislativa, tornando-se medida excepcional a sua suplantação, isto é, a fixação da prevalência (a ser concretizada pelo ato administrativo) no sentido oposto ao concretizado pelo legislador[255].

Será na terceira etapa (em inexistindo regra jurídica a revelar concretização pelo legislador) ou na quarta etapa (em havendo) que se procederá ao sopesamento hábil a revelar atendimento aos pressupostos da proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, repousando neste último subprincípio a aferição das leis da ponderação, sobre as quais abordaremos doravante) e da razoabilidade.

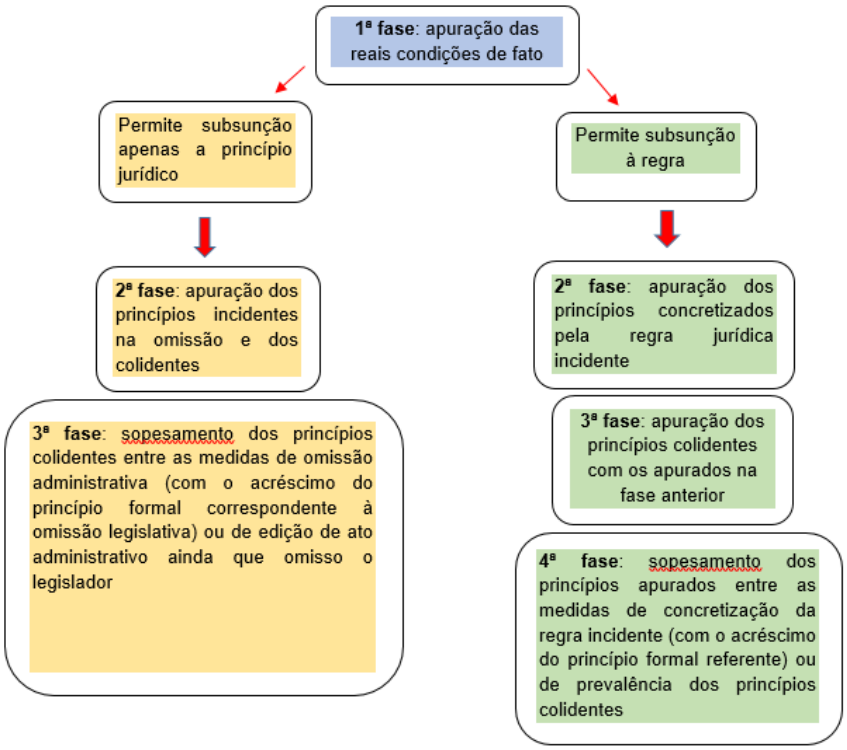
---

administrativa, em RIGAMONTI, Thiago Reis Augusto. Do Procedimento de decisão administrativa: da fundamentação mediante ponderação. *Revista Brasileira de Infraestrutura – RBInf*, Belo Horizonte, ano 11, n. 22, p. 129-171, jul./dez. 2022, p. 154-156.

254 MARTINS, Ricardo Marcondes; BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Ato administrativo e procedimento administrativo. In DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (coord.). *Tratado de Direito Administrativo*, *op. cit.,* p. 103-104.

255 Ibid., p. 104-105.

O entendimento do autor pode ser elucidado sob a seguinte esquematização[256]:



Sob premissas análogas, professa Luís Roberto Barroso no sentido de que, para o procedimento de adoção de decisão, tem-se como primeira etapa que o intérprete detecte as normas relevantes para a solução do caso e proceda, em segunda etapa, ao exame dos fatos e às circunstâncias concretas que interajam com os elementos normativos, encerrando-se, em terceira etapa, com a ponderação[257]:

> Pois bem: nessa fase dedicada à decisão, os diferentes grupos de normas e a repercussão dos fatos do caso concreto estarão sendo examinados de forma conjunta, de modo a apurar os pesos que devem ser atribuídos aos diversos elementos em disputa e, portanto, o grupo de normas que deve preponderar no caso. Em seguida, será preciso ainda decidir quão intensamente esse grupo de normas – e a solução por ele indicada – deve

256 Autoria própria.

257 BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 4ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2013, p. 360-362.

> prevalecer em detrimento dos demais, isto é: sendo possível graduar a intensidade da solução escolhida, cabe ainda decidir qual deve ser o grau apropriado em que a solução deve ser aplicada.[258]

José Maria Rodríguez de Santiago estabelece pertinente distinção entre a ponderação como resultado e a ponderação como procedimento da decisão administrativa[259]. Aqui a explicitamos como procedimento, diante do recorte do estudo em destaque.

Estabelece o autor espanhol o desencadeamento do procedimento decisório nas fases de a) identificação dos interesses em jogo e dos valores jurídicos que amparam cada qual[260], b) atribuição de seus pesos no plano concreto e abstrato[261] e c) e formulação e promoção da "regra de prevalência condicionada", que expressa as condições em que as normas jurídicas que amparam determinada medida administrativa prevaleçam sobre as colidentes, obtendo-se, afinal, o resultado decisório[262].

Egon Bockmann Moreira distingue os processos administrativos (no âmbito dos quais se dão decisões sujeitas a procedimentos decisórios) em três espécies. A primeira envolve os processos em que o particular defende seus

---

258 BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 4ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2013, p. 362.

259 SANTIAGO, José María Rodríguez. *Metodología Del Derecho Administrativo - Reglas de racionalidade para la adopción y el control de la decisión administrativa*. Spanish Edition. Ed. Marcial Pons, 2016, p. 138-139.

260 "al passo prévio a toda ponderação consiste em constatar que en el caso examinado resultan relevantes o aplicables dos princípios em pugna. Em otras palavras, antes de ponderar es preciso subsumir, constatar que el caso se haya incluído em el campo de aplicación de dos princípios, es decir, que estos resultan relevantes para resolver dicho caso. Desde la perpectiva de los hechos, la idea puede también expresarse diciendo que qualquer juicio de ponderación presupone la respuesta a la previa pregunta relativa a que hechos se situán bajo el âmbito de protección de um principio; o dicho de outra manera, qué relato fáctico activa el mandato de optimización em que consiste el principio" (Ibid., p. 135-136).

261 O autor exemplifica com o traço de uma estrada que passará pelo ambiente ecológico com espécies únicas remanescentes na Europa, enquanto que, por outro lado, tal estrada será uma das menos transitadas na região, fazendo com que, ainda que pesados no plano abstrato, no plano concreto o princípio de proteção ambiental revela peso superior ao da segurança viária, atraindo a prevalência daquele por ausência de impacto efetivo no princípio colidente conforme a desafetação do ônus ao meio ambiente (Ibid., p. 136-137).

262 Ibid., p. 137-139.

direitos, sob a perspectiva das garantias do devido processo legal, contraditório e ampla defesa, com controle negativo, marcados pela notificação inicial (de ofício ou por provocação) e a instrumentalização da defesa e subjacente instrução.[263]

A segunda espécie é a dos ampliativos de direitos, sem que haja litígio, acusação ou investidas públicas contra a liberdade ou a propriedade, visando, o particular, a criação de vantagem e satisfação de direitos fundamentais de segunda e de terceira dimensão.[264]

A terceira espécie de processo administrativo relaciona-se àqueles em que há a colaboração entre a Administração e o particular na elaboração normativa, buscando-se à satisfação de vantagens coletivas e/ou difusas, com o cumprimento de direitos fundamentais de quarta dimensão (informação, democracia e pluralismo político na formação das decisões públicas), exemplificando com os processos normativos no âmbito das agências reguladoras.[265]

Independentemente da espécie do processo administrativo, destaca o autor que o que há de essencial (comum às três espécies) é a "efetiva participação das pessoas privadas na formação dos atos estatais", pois o que se põe é o dever de "informar e respeitar a participação direta na formação da vontade estatal", despedindo-se de caracteres de unilateralidade e antagonismos para ser o processo compreendido como um meio participativo de promoção de soluções equitativas e eficientes.[266]

Ato contínuo, a Lei Federal n.º 9.784/1999 - que regula o processo administrativo em âmbito federal - traz dispositivos com influxo pertinente no processo administrativo e no procedimento decisório, ao tempo em que elenca como legitimados no processo administrativo os interessados não apenas

---

263 MOREIRA, Egon Bockmann. *Processo Administrativo: princípios constitucionais e a lei n.º 9.784/1999 (com especial atenção à LINDB)*. 6.ª ed. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2022, p. 53.

264 Ibid, p. 53-54.

265 Ibid., p. 54-55.

266 Ibid., p. 54.

titulares primários e diretos de direitos ou interesses, como também os que tenham interesses que "possam ser afetados pela decisão a ser adotada"[267], as organizações e associações representativas, no tocante a direitos e interesses coletivos e as pessoas ou associações legalmente constituídas quanto a direitos ou interesses difusos (artigo 9º, II, III e IV), prevendo o direito dos interessados em ter ciência da tramitação dos processos administrativos, bem como formular alegações e apresentar documentos antes da decisão (artigo 3º, II e III).

Previu o legislador, ademais, a necessidade de que as atividades de instrução se destinem a averiguar e comprovar os dados "necessários à tomada de decisão", "sem prejuízo do direito dos interessados de propor atuações probatórias" e de que a sua atuação (interessados) se dê do modo que lhes seja menos oneroso (artigo 29, *caput* e § 2º), estampando, no mais, o permissivo geral à participação de terceiros quando se tratar de matéria de interesse geral, mediante abertura de período para consulta pública (artigo 31, *caput*), com o direito do administrado comparecente em obter resposta fundamentada quanto às questões que suscite.

Diante do exposto, revela-se possível adotar premissas parciais relativas à classificação dos *a)* processos administrativos como aqueles que sejam *(a.i)* ampliativos ou que sejam *(a.ii)* restritivos de direitos.

Dentre os ampliativos de direitos, a classificação, quanto à competitividade, dentre os que não sejam concorrenciais e os que sejam, não atrai influxo *necessário* quanto à fase participativa em seus procedimentos.

Exemplifica-se: um processo administrativo ampliativo de direitos e não concorrencial, mas sob a perspectiva individual de seu consequente (autorização ou licença para construir imóvel residencial ou para uso de bem

---

267 Christophe Testard discorre acerca de mesmo movimento normativo na França, de modo que nos procedimentos administrativos não contenciosos a perspectiva de interesse é voluntária, no sentido de o próprio participante decidir se interessar pela decisão administrativa futura, sem que o interessado se delimite nas pessoas cujos direitos ou situação sejam efetivamente afetados (TESTARD, Christophe. *Pouvoir de décision unilatérale de l'administration et démocratie administrative*. LGDJ, 2018, p. 395).

público, por exemplo), não atrai a participação ordinária de cidadãos sob o influxo democrático.

Bem diferente será se tal processo autorizativo, ainda que não concorrencial, for para construção de uma barragem que afete uma comunidade e determinado nicho ambiental especial com a inundação de sua área, de modo que seu prognóstico perde o caractere individual, assumindo o geral e atraindo a perspectiva participativa.

Um processo competitivo ordinário (um Pregão, por exemplo), uma vez encerrada a fase de credenciamento, não atrai, em rigor, novos competidores, mas, quando da decisão administrativa pelos termos do Edital Convocatório, pode (ou seria deve?) se dar a participação comunitária se houver efetivo influxo sobre direito coletivo ou difuso (vide artigo 21 da Lei Federal n.º 14.133/2021[268], por exemplo).

Logo, a natureza competitiva (ou não) do processo não traz consigo pertinência classificatória sob a perspectiva participativa democrática.

A iniciativa do processo provoca ainda menos influxo em seu procedimento, alterando-se exclusivamente quem primeiro nos autos oficia ou qual interesse foi antes ativado pela perspectiva da adoção de decisão administrativa.

Os processos ampliativos de direitos até podem se classificar como concorrenciais ou não, mas exclusivamente sob a ótica da submissão a um procedimento competitivo específico previsto em lei.

A perspectiva participativa reclama, ao seu turno, classificação própria, distinguindo-se, pois, entre os processos administrativos ampliativos de direitos

---

[268] Art. 21. A Administração poderá convocar, com antecedência mínima de 8 (oito) dias úteis, audiência pública, presencial ou a distância, na forma eletrônica, sobre licitação que pretenda realizar, com disponibilização prévia de informações pertinentes, inclusive de estudo técnico preliminar e elementos do edital de licitação, e com possibilidade de manifestação de todos os interessados.

Parágrafo único. A Administração também poderá submeter a licitação a prévia consulta pública, mediante a disponibilização de seus elementos a todos os interessados, que poderão formular sugestões no prazo fixado.

com (*a.i.1*) efeitos individuais ou (*a.i.2*) com efeitos gerais e, então, participativo.

Quanto aos *(a.ii)* processos restritivos de direitos, uma vez se compreendendo que revogações também reclamam, igualmente, participação do interessado (já que são nada menos do que novos atos que extinguem o anterior e, pois, atraem a mesma afetação da esfera jurídica do particular tal como o ato antecedente[269]), não se acolhe o discrímen professado por Celso Antônio Bandeira de Mello (entre revogatórios e sancionatórios), já que não atrai, em rigor, modificação procedimental por se tratar de uma revogação em comparação a uma restrição nova a um direito.

Ultrapassado este ponto, os processos restritivos de direitos podem produzir restrição individualmente aferida desde o princípio, de modo que tal(is) sujeito(s) destes participe *defendendo-se* da pretensão administrativa, com os meios e recursos inerentes (artigo 5º, LV, da Constituição Federal), atraindo a percepção dos *(a.ii.1)* processos restritivos de direito e de defesa do particular.

Diferente são os processos restritivos com efeitos gerais (nova regulamentação de normas sancionatórias, tributárias ou de atividades econômicas, expropriações de repercussão comunitária, etc.), dos quais, ainda que não se negue o influxo do contraditório e da ampla defesa, a afetação, ainda que não identificada e individualizada (resíduos socioeconômicos), da esfera jurídica do particular, justifica a sua oitiva *prévia* sob a perspectiva

---

269 Neste sentido: "Como se viu, a revogação, substancialmente, não é senão uma ulterior modificação de uma relação da qual a administração revogante seja atualmente titular, com a particularidade de que a modificação ulterior consiste na eliminação dos efeitos produzidos, referentes à própria relação, de um precedente provimento editado pela própria administração, de modo a reestabelecer a situação jurídica antecedente" [ALESSI, Renato. A *Revogação dos Atos Administrativos*. Tradução da 2ª edição (de 1956) por DAL POZZO, Antônio Araldo Ferraz; DAL POZZO, Augusto Neves; e MARTINS, Ricardo Marcondes. São Paulo: Ed. Contracorrente, 2022, p. 224]; "Por sua vez, a revogação não visa ao controle da regularidade das normas produzidas, mas apenas a mudança de regulamentação de determinada conduta (mesmo que seja para o permitido negativamente), sem que ingresse no âmbito de a enunciação ter ocorrido conforme ou não as regras de produção normativa. (...) Enquanto a anulação visa a determinado ato de fala deôntico, voltando-se para o fato de o falante ter preenchido (ou não) certas condições normativamente estabelecidas para sua regular emissão (enunciação), a revogação se volta, não para as condições de felicidade, mas para o próprio ato de fala deôntico, com vistas a sua transformação deliberada" (MOUSSALLEM, Tárek Moysés. *Revogação em Matéria Tributária*. 2.ª ed. Ed. Noeses, 2011, p. 245 e 247).

democrática, caracterizando-se os *(a.ii.2)* processos administrativos restritivos de direitos e participativos.

Independentemente da classificação dos processos administrativos, não há razão para se distinguir as suas fases ordinárias procedimentais que não em 1) iniciativa (deflagração do processo pelo interessado ou pela Administração, com as suas causas de pedir e pedidos), 2) instrução, em que se dá a coleta de dados, fatos, pareceres, projetos, informações e a oitiva dos interessados, 3) decisão e 4) vias de publicidade e transparência.

O aspecto principal que precisa ser destacado é que, no momento da decisão, como exposto (fase "3" do processo administrativo), o procedimento decisório atrai invariavelmente a a) identificação dos fatos sobre os quais se busca prescrever norma jurídica, com os decorrentes resultados e prognósticos suscetíveis de serem atingidos, b) identificação das normas jurídicas que amparem as variadas medidas decisórias disponíveis e c) a decisão, afinal e mediante sopesamento, da medida prevalente.

E referido procedimento de decisão, integrado à terceira fase do processo administrativo e reclamando necessariamente a percepção dos pontos de vista quanto aos fatos reais, suas medidas de mitigação ou otimização e prognósticos, bem como atingindo um sem número de cidadãos, deve angariar elementos ponderativos quiçá exaurientes ou que, no mínimo, legitimem a racionalidade decisória diante do seu conteúdo dialógico frente aos que compartilham da titularidade do poder decisório.[270]

Sendo assim, nos processos administrativos participativos ("a.i.2" e "a.ii.2", quais sejam os "processos administrativos ampliativos de direitos com efeitos gerais e participativo" e os "processos administrativos restritivos de direitos e participativos", respectivamente), para que se torne possível a

---

[270] Neste sentido: "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" (MELO, Cristina Andrade. *Op. cit.*, p. 85).

adoção de procedimento administrativo de decisão completo a fase processual antecedente (de instrução: fase “2”) tem que ter amealhado os interesses colidentes de modo participativo, diante da natureza geral do consequente da medida em análise e, por consequência, da exigibilidade de fundamentação dialógica democrática e racional.

3.2. Ponderação

À luz do já observado nos capítulos anteriores, a função administrativa pressupõe autorização do sistema normativo que, democraticamente promulgado, delimita o espectro de atuação do agente. Quanto mais buscar se fundamentar no sistema normativo, mais se exerce adequadamente a função pública. Não há espaço para a vontade do agente. Quando muito, se ela existir – diante da indeterminação da norma e/ou de sua valoração no caso concreto a permitir mais de uma medida justa[271] –, será sob limites normativos (competência, legalidade, finalidade, etc.) e vinculada à satisfação do interesse público.

---

[271] Aqui há o que se denomina discricionariedade: “Na atuação discricionária, a Administração, diante de determinado caso concreto, tem mais de uma alternativa a sua escolha, qualquer delas inserindo-se dentro dos limites da legalidade. Pode-se, portanto, definir a discricionariedade administrativa como a *faculdade de que a lei confere à Administração para apreciar o caso concreto, segundo critérios de oportunidade e conveniência, e escolher uma dentre duas ou mais soluções, todas válidas perante o direito*” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade Administrativa*. 3ª edição. São Paulo: Ed. Atlas, 2012, p. 62). Em pertinente defesa da ausência de vinculação “necessária” entre conceitos normativos fluidos e discricionariedade, sustenta Ricardo Marcondes Martins: “A doutrina costuma confundir a discricionariedade e a vinculação, respectivamente, com a incompletude e a completude normativas. Segundo esse entendimento, quando a regra abstrata não deixa margem de liberdade à Administração, há vinculação; quando deixa margem de liberdade - ou seja, nas hipóteses há pouco examinadas -, há discricionariedade. Esse entendimento, porém, não é correto. Registre-se: a forma como a regra abstrata foi redigida - se de forma precisa ou imprecisa, se completa ou incompleta, se deixa margem à apreciação da Administração ou não deixa - configura, quando muito, um indício de discricionariedade. A discricionariedade só surge no plano concreto, jamais no plano abstrato; e, por isso, é absolutamente equivocado falar em ‘discricionariedade no plano abstrato’ e em ‘discricionariedade no plano concreto’. A regra abstrata pode ser redigida de tal forma que não deixe, aparentemente, qualquer liberdade à atuação administrativa e, apesar disso, haja indiscutível discricionariedade; do mesmo modo, a regra abstrata pode ser redigida de tal forma que, aparentemente, deixe total liberdade à atuação administrativa e, apesar disso, haja indiscutível vinculação”. (MARTINS, Ricardo Marcondes. *Efeitos dos Vícios dos Atos Administrativos*. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 180-181).

E o sistema normativo - ao qual se sujeitam os agentes competentes para decidir - não é composto apenas de comandos pormenorizados, específicos e sujeitos à precisa subsunção, pelo contrário. Ele detém cláusulas gerais, precisamente para que possa o Direito dar a solução diante de uma infinitude de relações sociais e jurídicas possíveis.

Daí a doutrina reconhecer, de maneira pacífica (como já dito), a divisão do sistema normativo entre princípios e regras.

Os princípios são os mandamentos normativos de otimização, ressentidos, geralmente, de maior grau de predeterminação específica de incidência, e as regras as prescrições que visam, justamente, instrumentalizar aqueles, dotadas, não obstante, de maior grau de concretude e especificidade.[272]

Os limites da otimização reclamada pelos princípios são aqueles estabelecidos pela afetação (no sentido de diminuição, restrição) dos princípios e regras colidentes, sendo necessário, diante do caso concreto, estabelecer-se a justa medida, isto é, o ponto de maior satisfação de um mediante a menor afetação doutro, o que Robert Alexy denomina, por todos, de ponderação[273].

---

272 CAMMAROSANO, Márcio. COVID-19 – desafios jurídicos: supremacia do interesse público, bem comum, legalidade e competência regulamentar. In CAMMAROSANO (coord.); DAL POZZO (coord.). *As Implicações da COVID-19 no direito administrativo*. São Paulo: Ed. Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 125.

273 "As colisões entre princípios devem ser solucionadas de forma completamente diversa. Se dois princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com o outro, permitido –, um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é de que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta. Isso é o que se quer dizer quando se afirma que, nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com o maior peso têm precedência. Conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto as colisões entre princípios – visto que só princípios válidos podem colidir – ocorrem, para além dessa dimensão, na dimensão do peso" (ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais, op. cit.*, p. 93-94).

"Princípios consistem na positivação de um valor. A dignidade da pessoa humana, por exemplo, é considerada importante e é, nesse sentido, um valor. Enquanto valor possui caráter axiológico (âmbito do bom). Quando positivado, o valor é introduzido no ordenamento por intermédio de um princípio, passa do plano axiológico para o deôntico (âmbito do dever-ser). O princípio determina que o valor por ele positivado seja concretizado da melhor maneira possível e essa 'melhor forma possível' sempre dependerá do caso concreto, das

Princípios não se aplicam na modalidade do tudo ou nada[274]. O nada faria falecer a sua juridicização e o mandamento de otimização nela contido. O tudo certamente afrontaria ou afetaria em demasia princípios colidentes.

Diante do caso concreto é que se mostra possível, portanto, estabelecer-se uma justa ponderação[275] e descobrir, pois, a vontade, não do agente competente, mas do Direito (composto de regras e princípios).

Neste sentido bem discorre Luís Roberto Barroso, anotando que a técnica de subsunção (que por muito tempo informou o Direito e ainda lhe é importante) se mostra insuficiente[276] - a mera subsunção, sem consideração do influxo de princípios e cláusulas gerais, foi o que justificou, juridicamente, as

---

circunstâncias. Diante destas, outros valores, também positivados, ou seja, outros princípios podem incidir. Necessitar-se-á efetuar uma ponderação e apurar, diante das circunstâncias, se e em que medida o valor protegido poderá ser implementado". (MARTINS, Ricardo Marcondes. *Abuso de Direito e a Constitucionalização do Direito Privado*. São Paulo: Editora Malheiros, 2010, p. 18).

274 "Como regra geral, no direito não há espaço para absolutos. (...) De acordo com Dworkin, princípios são normas que contêm 'exigências de justiça ou equidade ou alguma outra exigência de moralidade'. Ao contrário das regras, eles não se aplicam na 'modalidade tudo ou nada', e em certas circunstâncias podem não prevalecer devido à existência de outras razões ou princípios que apontem para uma direção diferente. Os princípios têm uma 'dimensão de peso' e quando eles colidem é necessário considerar a importância específica de cada um deles naquela situação concreta". (BARROSO, Luís Roberto. *A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo - A Construção de um Conceito Jurídico à Luz da Jurisprudência Mundial*. 3ª reimpressão. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2014, p. 64-65). Também neste sentido discorre Paulo Affonso Leme Machado, em acolhimento das lições de Gomes Canotilho: "os princípios, ao constituírem exigências de optimização, 'permitem o balanceamento de valores e interesses (não obedecem, como as regras, à 'lógica do tudo ou nada'), consoante o seu peso e ponderação de outros princípios eventualmente conflitantes'". (MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 26.ª edição, revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Ed. Malheiros, 2018, p. 59).

275 "Os princípios, assim, devem ser apanhados diante da problemática concreta e esclarecidos à luz do confronto entre casos paradigmáticos, devendo ser convalidados à luz da experiência histórica. Formulados e convalidados, os mesmos princípios devem ser aplicados a outros casos para que tenham, então, sua existência confirmada nas consequências práticas de sua aplicação, manifestando-se abundantemente". (MEDINA, José Miguel Garcia. *Curso de direito processual civil moderno*. 4.ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2018, p. 93).

276 BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 4ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2013, p. 360-361.

atrocidades do holocausto, por exemplo[277] - para a colisão de princípios e direitos fundamentais:

> Como consequência, a interpretação constitucional viu-se na contingência de desenvolver técnicas capazes de produzir uma solução dotada de racionalidade e de controlabilidade diante de normas que entrem em rota de colisão. O raciocínio a ser desenvolvido nessas situações haverá de ter uma estrutura diversa, que seja capaz de operar multidirecionalmente, em busca da regra concreta que vai reger a espécie. Os múltiplos elementos em jogo serão considerados na medida de sua importância e pertinência para o caso concreto. A subsunção é um quadro geométrico, com três cores distintas e nítidas [silogismo: premissa maior + premissa menor = conclusão]. A ponderação é uma pintura moderna, com inúmeras cores sobrepostas, algumas se destacando mais do que outras, mas formando uma unidade estética. Ah, sim: a ponderação malfeita pode ser tão ruim quanto algumas peças de arte moderna.[278]

Nem as regras escapam à pertinência jurídica da ponderação.[279] Ao contrário, elas nada mais são do que as ponderações promovidas pelo agente competente no plano abstrato[280], buscando-se a concretização dos princípios que lhes são subjacentes, subordinando-se à possibilidade de invalidação ou inaplicabilidade, seja no plano abstrato (via de controle concentrado de

---

277 MARTINS, Ricardo Marcondes. Neoconstitucionalismo: perscrutação sobre a pertinência do prefixo. *Revista Int. de Dir. Público – RIDP*, Belo Horizonte, ano 2, n. 3, p. 9-37, dez. 2017, p. 19-20.

278 BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 4ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2013, p. 361.

279 Foi o que mencionamos, com análoga argumentação e referências, neste aspecto, em RIGAMONTI, Thiago Reis Augusto. Do Procedimento de decisão administrativa: da fundamentação mediante ponderação. *Revista Brasileira de Infraestrutura – RBInf*, Belo Horizonte, ano 11, n. 22, p. 129-171, jul./dez. 2022, p. 144-146.

280 Que é o Poder Legislativo, via de regra. Há exceções. Por exemplo: pelo Judiciário, em mandado de injunção (art. 5º, LXXI, da Constituição Federal c.c. art. 9º, § 1º, da Lei Federal n.º 13.300/2016); pelo Executivo, quando expede Medida Provisória (art. 62, Constituição Federal). Neste sentido: "Logo, toda regra jurídica, seja abstrata ou concreta, individual ou geral, concretiza um ou mais princípios (valores positivados). Os conceitos alteraram, também, a compreensão sobre a aplicação do Direito: antes, restringida à subsunção, agora, abrangente da ponderação. Nos termos já explicados, ato administrativo é uma norma jurídica; como toda norma, concretiza um princípio, ou seja, um valor positivado expressa ou implicitamente na Constituição" (MARTINS, Ricardo Marcondes. Teoria do ato administrativo nos trinta anos da Constituição de 1988: o que mudou? *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 6, n. 2, p. 449-477, maio/ago, 2019, p. 458).

constitucionalidade), seja no plano concreto (via de controle difuso de constitucionalidade ou quando submetidas, neste plano e à luz da realidade em que incidente, à ponderação[281]).

Mas não é só.

Além de o próprio sistema normativo atrair, por sua formação e dicotomia entre princípios e regras, a pertinência do sopesamento de forma a estabelecer a regra condicionada de prevalência no caso concreto, não se deve olvidar do forte influxo dos "fatos" e "interesses" contrapostos e da necessidade de bem captá-los e estabelecer a sua incidência sobre os elementos passados, presentes e os decorrentes prognósticos suscetíveis de influenciarem a decisão estatal.

---

[281] Registre-se ser sereno o reconhecimento da possível prevalência de princípios constitucionais sobre regras, quando na realidade concreta. Cite-se, por exemplo, a impertinência de reconhecer a perda do direito (decadência) de se expor vicissitudes de ato administrativo em virtude de atraso dum ou outro dia (o que se daria, a teor do art. 41, § 2º, da Lei Federal n.º 8.666/93 – com texto análogo, ainda que excluída a infeliz expressão "decairá", na nova Lei de Licitações, n.º 14.133/21, art. 164). No sentido desta premissa: "O direito passou a ser considerado não apenas um conjunto de normas jurídicas, mas uma 'ordem objetiva de valores'. Aplicar o direito pressupõe subsumir os fatos às regras, mas também sopesar os valores relacionados ao caso. Eis a premissa fundamental do chamado 'neoconstitucionalismo'. A edição de qualquer norma jurídica pressupõe esse sopesamento. A edição de toda norma jurídica dá-se a partir da ponderação dos princípios constitucionais. A regra se aplica aos atos administrativos, que, conforme afirmado, são normas jurídicas. Vigora no sistema normativo um princípio formal segundo o qual as decisões do legislador devem ser respeitadas na maior medida possível. Assim, quando o legislador edita uma lei, o princípio material concretizado na lei (P1) é acrescido de um peso adicional, decorrente do princípio formal que dá primazia às ponderações do legislador ('Pf'). Na ponderação em concreto, quando da edição do ato administrativo, deve o administrador público decidir se princípios opostos afastam o princípio material e o princípio formal referentes à lei (P2 > P1 + Pfl). Esse afastamento é excepcional, tendo em vista o peso do referido princípio formal. Por isso, a regra geral é que a administração pública execute a lei, mas excepcionalmente, em respeito à Constituição, ela deve atuar na falta de lei e, até mesmo, contra a lei. Em qualquer hipótese, a edição de um ato administrativo é fruto de uma ponderação administrativa". (MARTINS, Ricardo Marcondes. A Administração Pública pode realizar controle de constitucionalidade? *R. Int. de Dir. Público – RIDP*, Belo Horizonte, ano 5, n. 9, p. 9-27, jul./dez. 2020, p. 268-269; do mesmo autor, no mesmo sentido, vide MARTINS, Ricardo Marcondes. Teoria Constitucional das Empresas Estatais - 1ª Parte. *Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura*, vol. 14/2020, p. 211-262, jul-ago/2020, p. 9-27). Merece registro a criteriosa análise das lições de Peter Haberle por Gilmar Ferreira Mendes, pela sociedade aberta de intérpretes da Constituição a permitir o enfrentamento diuturno de controvérsias à luz da Constituição: MENDES, Gilmar Ferreira. *Homenagem à doutrina de Peter Haberle e sua influência no Brasil*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalstfinternacional/portalstfagenda_pt_br/anexo/homenagem_a_peter_haberle__pronunciamento__3_1.pdf> . Acesso em: 25 mai. 2021).

Não por outro motivo é que se concluiu, ao final do capítulo antecedente, que o procedimento de decisão atrai, necessariamente, a percepção dos pontos de vista quanto aos fatos reais, suas medidas de mitigação ou otimização e prognósticos, bem como deve angariar elementos ponderativos quiçá exaurientes ou que, no mínimo, legitimem a racionalidade decisória diante do seu conteúdo dialógico frente aos que compartilham da titularidade do poder decisório, concertando os interesses contrapostos.

Aliás, a ordenação dos interesses contrapostos (impossivelmente reduzidos à unanimidade em uma comunidade racional e plural [282]) é justamente o predicado básico de uma estrutura social justa.[283]

O português David Duarte bem desenvolve a percepção do procedimento (denominação adotada pelo autor) administrativo como "estrutura integratória de interesses"[284], seja pela perspectiva de proteção dos direitos individuais, seja pela abertura participativa que permite conciliar racional e fundamentadamente os variados interesses e pontos de vista:

> É por esse meio que, em termos globais, o procedimento administrativo funciona como um centro de apaziguamento de conflitos e consegue ser, ao mesmo tempo, uma garantia dos dois objetivos essenciais que assistem ao fenómeno participatório:

---

282 John Rawls já observa que a unanimidade é uma premissa frágil e inviável para o estabelecimento de medidas e princípios de justiça, a qual propiciaria a tomada de decisão apenas em situações muito óbvias (RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 1997, p. 152).

283 "uma concepção de justo deve impor às reivindicações conflitantes uma ordenação. Essa exigência nasce diretamente do papel de seus princípios no ajuste de exigências concorrentes" (Ibid., p. 144).

284 "O fornecimento ou integração procedimental de dados susceptíveis de diminuir a margem de dúvida decisória é apenas um estádio intermédio da relação de adequação entre instrução e decisão. À moldura de ordenação em que consiste o procedimento administrativo, acresce, assim, aquela vertente dinâmica da noção de estrutura, na qual não está em causa apenas este elemento exterior de cobertura, mas também a relação com a materialidade interior, os interesses que, na consequência da lógica estruturalista, representam o objecto de transformação e de conflito que o procedimento administrativo delimita. O procedimento administrativo como estrutura de integração de interesses, faz ressaltar o equilíbrio entre os dois pólos procedimentais e a unidade do procedimento. Factos e interesses, na sua relação de acessoriedade, são do mesmo modo o objeto da instrução e da decisão" (DUARTE, David. *Procedimentalização, Participação e Fundamentação: para uma concretização do princípio da imparcialidade administrativa como parâmetro decisório*. Coimbra: Livraria Almedina, 1996, p. 105).

> proteção dos interesses particulares e colaboração exterior na tarefa de realização do interesse público. Abertura procedimental, apaziguamento dos conflitos e filtragem da relevância dos elementos introduzidos aparecem, assim, como um trítono demonstrativo das contradições e da permanente transformação formal e substancial que o procedimento administrativo encerra na ligação cruzada entre legalidade e ilegalidade, interesses públicos e interesses particulares.[285]

Diante da inevitabilidade de juízos próprios de valoração na atuação administrativa, "a ponderação pode ser definida como um tipo de discurso jurídico através do qual se resolvem conflitos entre princípios através da criação de regras"[286], mitigando-se a influência isolada dos desígnios íntimos, mentais e por vezes nem exteriorizados apenas dos agentes competentes.

Neste sentido e à luz do que professa Márcio Cammarosano, é certo que "dos princípios se pode dizer que são mandamentos de otimização, que ensejam aplicação mediante ponderação, com dimensão de peso, que consubstanciam diretrizes valorativas a serem atingidas"[287], conforme o caso concreto que lhes reclame subsunção.

São premissas que forçam a concluir[288]: a interpretação e a aplicação do Direito mediante a atuação decisória reclamam ponderação, isto pois o sistema normativo é formado por normas com variados conteúdos axiológicos suscetíveis de conflito e de necessária definição da justa medida de precedência diante dos fatos e interesses contrapostos colhidos na instrução do processo administrativo e delimitados e sopesados no procedimento de decisão administrativa.

---

285 Ibid, p. 103-104.

286 ALMEIDA, Mário Aroso de. *O princípio da razoabilidade como parâmetro de atuação e controlo da Administração Pública*. Coimbra: Ed. Edições Almedina, 2020, p. 32.

287 CAMMAROSANO, Márcio. COVID-19 – desafios jurídicos: supremacia do interesse público, bem comum, legalidade e competência regulamentar. In CAMMAROSANO (coord.); DAL POZZO (coord.). *As Implicações da COVID-19 no direito administrativo*. São Paulo: Ed. Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 125.

288 Trata-se de conclusão antes adotada, agora complementada em sua fundamentação, em RIGAMONTI, Thiago Reis Augusto. *Do Procedimento de decisão administrativa: da fundamentação mediante ponderação, op. cit.*, p. 145.

Nesta toada, aspecto relevante a ser observado quando se diz da necessidade de ponderação é a distinção que Robert Alexy expõe entre princípios formais e materiais.

Princípios materiais são aqueles que revelam o valor ou o conteúdo do direito a ser otimizado (dignidade da pessoa humana, livre iniciativa, presunção de inocência, indisponibilidade do interesse público, etc.).

Há, porém, circunstâncias de incerteza na "cognição daquilo que é obrigatório, proibido ou facultado em virtude dos direitos fundamentais"[289]. O autor exemplifica com a hipótese de produtos derivados de "cannabis", quanto à duvida sobre a adequação e necessidade de eventual intervenção proibitiva do Estado sobre a liberdade dos membros da comunidade em eventualmente decidirem, autonomamente, se farão ou não uso de substância derivadas[290].

É o que o autor denomina de discricionariedade epistêmica, isto é, da dúvida sobre as premissas empíricas (do mundo do ser) e normativas que possibilita a adoção de qualquer uma dentre as decisões disponíveis no universo fenomênico e normativo (pode ser razoável estabelecer limites e parâmetros mínimos e máximos de consumo, como pode ser razoável proibir). Em hipóteses como tais, antes da adoção de medida administrativa pelo agente ou de controle pelo Juiz, impõe-se a consideração de princípios formais que estabelecem maior peso aos princípios materiais que tenham sido concretizados pelo agente competente[291].

No exemplo da "cannabis", se porventura o legislador proibir, na colisão entre a salubridade pública (e a precaução[292] subjacente) e a liberdade dos

---

289 ALEXY, Robert. Alexy. *Teoria dos Direitos Fundamentais, op. cit.*, p. 612.

290 Ibid., p. 612-613.

291 Ibid., p. 614-617.

292 "Em caso de certeza do dano ambiental, este deve ser prevenido, como preconiza o princípio da prevenção. Em caso de dúvida ou de incerteza, também se deve agir prevenindo. Essa é a grande inovação do princípio da precaução. A dúvida científica, expressa com argumentos razoáveis, não dispensa a prevenção. 'O princípio da precaução consiste em dizer que não somente somos responsáveis sobre o que nós sabemos, sobre o que nós deveríamos ter sabido, mas, também, sobre o de que nós deveríamos duvidar' – assinala o jurista Jean-Marc Lavieille. Aplica-se o princípio da precaução ainda quando existe a incerteza, não se aguardando que esta se torne certeza". (MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 26.ª edição, revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Ed. Malheiros, 2018, p. 108).

indivíduos, ao primeiro princípio deve ser acrescido o peso do princípio formal da prevalência da deliberação do legislador.[293]

Registrem-se ao menos cinco princípios formais que podem acrescer peso a princípios materiais que lhes estejam vinculados, em ordem decrescente de peso, quais sejam (*i*) princípio formal que dá primazia às ponderações do constituinte originário (Pfco), (*ii*) às ponderações do reformador da Constituição (Pfr), (*iii*) às ponderações do legislador (Pfl), (*iv*) às ponderações do administrador (Pfa) e (*v*) às ponderações privadas no âmbito da autonomia da vontade[294].

Acresça-se à referida listagem o princípio formal do precedente[295], quando a dúvida diante do caso concreto (em face dos valores jurídicos colidentes) tiver sido dantes resolvida em um determinado sentido pela Administração Pública[296] ou pelo Judiciário[297], exigindo-se ônus argumentativo

---

Também neste sentido, o nosso RIGAMONTI, Thiago Reis Augusto. *Da Desnecessidade da Lesividade Material na Ação Popular*. São Paulo: Ed. LiberArs, 2020, p. 73-83.

293 Exemplo por nós referenciado em RIGAMONTI, Thiago Reis Augusto. Do Procedimento de decisão administrativa: da fundamentação mediante ponderação. *Revista Brasileira de Infraestrutura – RBInf*, Belo Horizonte, ano 11, n. 22, p. 129-171, jul./dez. 2022, p. 146.

294 MARTINS, Ricardo Marcondes. Teoria dos princípios formais. *Revista Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 18, n. 98, p. 65-94, jul/ago., 2016, p. 78.

295 Ibid., p. 88-90.

296 Pela vinculação da Administração Pública aos seus precedentes administrativos, discorre José Maria Rodríguez de Santiago: "Debe ahora dirigirse la atención al precedente administrativo. El critério com el que la Administración concretó la norma em el caso anterior A no vincula diretamente a la Administración al adoptar la decisión em el caso B, posterior y semejante. Pero el eventual cambio de critério puede indirectamente determinar la invalidez de la decisón del caso B a través de su integración em el supuesto de hecho de ciertas normas de control utilizadas por los órganos judiciales para revisar este tipo de comportamento de la Administración: si no se motiva suficientemente la separación del critério seguido em actuaciones precedentes [arts. 54.1.c) LRJPAC y 35.1.c) LPAC], o si concurren los requisitos para considerar que el cambio de critério vulnea el principio de igualdad en la aplicación de la ley (art. 14 CE), la interdicción de la arbitrariedade (art. 9.3 CE) o la protección de la confianza legítima (principio derivado de la seguridad jurídica, art. 9.3 CE). (SANTIAGO, José María Rodríguez. *Metodología Del Derecho Administrativo - Reglas de racionalidade para la adopción y el control de la decisión administrativa*. Spanish Edition. Ed. Marcial Pons, 2016, p. 109). Gustavo Marinho de Carvalho sustenta exegese em mesmo sentido: "Ora, se considerarmos que os precedentes administrativos são normas jurídicas e possuem eficácia vinculante, ou seja, se a Administração Pública deve observar a decisão tomada em situação substancialmente semelhante, fácil concluir que a inobservância do precedente aplicável ao caso ocasionará a invalidação do ato administrativo expedido. Assim, além de poder ser invalidado por colidir com uma norma jurídica (regra ou princípio) constitucional ou infraconstitucional, um ato administrativo também poderá ser invalidado quando contrariar

para eventual mudança da regra de precedência antes definida[298], em homenagem, inclusive, aos princípios da segurança jurídica, boa-fé, confiança legítima e igualdade[299].

A princípio, Robert Alexy defendeu que princípios formais "só podem superar princípios materiais de direitos fundamentais se conectados a outros princípios materiais"[300], mas, em estudo posterior, denominou este método ponderativo de "modelo formal-material misto" (ou apenas "modelo da combinação") e passou a sustentar a possibilidade de um princípio formal colidir, sozinho (sem servir como apoio a princípio material), em face de um princípio material, exemplificando com a hipótese de o princípio formal da segurança jurídica sustentar a manutenção de uma antiga sentença, ainda que ela leve à injustiça, já que, se esta não for extrema, a ascendência, no caso concreto, pode ser do princípio formal da segurança jurídica (prevalência da resposta jurídica do Judiciário estabilizada) em detrimento do princípio material da Justiça, no modelo ponderativo que Alexy denominou de "modelo formal-material puro", que vige simultaneamente ao "modelo formal-material misto".[301]

---

determinado precedente administrativo". (CARVALHO, Gustavo Marinho de. *Precedentes Administrativos no Direito Brasileiro*. São Paulo: Ed. Contracorrente, 2015, p. 172).

297 Pela necessária justificação diante de eventual modificação jurisprudencial e proteção da confiança legítima: ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica: Entre Permanência, Mudança e Realização no Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 482-490.

298 David Duarte observa como o princípio da igualdade reflete em que a primeira decisão perfaça aspecto relevante quando da ponderação na segunda decisão sobre mesma matéria, à luz do princípio da igualdade (DUARTE, David. *Procedimentalização, Participação e Fundamentação: para uma concretização do princípio da imparcialidade administrativa como parâmetro decisório, op. cit.,* p. 312-318).

299 HACHEM, Daniel Wunder. Vinculação da Administração Pública aos precedentes administrativos e judiciais: mecanismos de tutela igualitária dos direitos sociais. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 15, n. 59, p. 63-91, jan./mar. 2015, p. 66-69.

300 ALEXY, Robert. Alexy. *Teoria dos Direitos Fundamentais, op. cit.*, p. 625.

301 ALEXY, Robert. Alexy. Princípios Formais. *In O Debate sobre a teoria dos princípios formais de Robert Alexy*. Rio de Janeiro: Ed. Marcial Pons, 2022, p. 117-119. No mesmo sentido a exegese levada a efeito por Martins Borowski: "Princípios formais dependentes conduzem ao modelo da combinação, princípios formais independentes, por sua vez, podem ser ponderados sozinhos ou de forma independente contra um princípio material, entre os independentes não. Nesse sentido, princípios formais independentes não presumem o modelo da combinação, eles podem ser ponderados no âmbito do modelo formal-material puro, para usar a nomenclatura de Alexy. Com a 'independência' do princípio formal no modelo formal-material puro de Alexy, parece implícito que Alexy, em última análise, baseia-se nos 'princípios

Sob tal perspectiva, a necessidade de concerto e sopesamento dos valores jurídicos se vincula umbilicalmente à possibilidade de tais valores juridicizados se conectarem com os fatos e os interesses contrapostos dos sujeitos que se interessem, direta ou indiretamente, sobre a decisão administrativa, tanto que a insuficiência da ponderação, seja sob a perspectiva de inadequada desconsideração dos fatos sobre os quais incide, seja pela incompleta percepção das normas jurídicas incidentes e de seus pesos, é anotada como vício da atuação decisória estatal quando delibera acerca da medida afinal justa.

Neste sentido, Robert Alexy elenca o "déficit de ponderação" como um vício no exercício da competência discricionária (acrescemos: é um vício na atuação decisória, e não apenas discricionária, até porque a percepção quanto a ser a competência vinculada - única medida justa - ou discricionária é *posterior* ao juízo ponderativo, mais ou menos complexo conforme a relevância e a dificuldade do caso reclamarem), distinguindo-o dentre a desconsideração de um ponto de vista ("vício de consideração"), em sua consideração incompleta ("vício de fundamentação que considera incompletamente"), consideração do que não deve ser considerado mediante o sopesamento com pontos de vista que não devem influenciar a decisão ("sobra de ponderação") e a desproporção de ponderação, que é o "vício de conteúdo" em si ponderativo.[302]

Daí José María Rodríguez de Santiago eleger, em procedimento decisório que vise à ponderação e adoção da medida justa, ser a primeira fase ponderativa a relativa à identificação dos interesses e dos princípios, fins e

---

formais independentes' ou 'princípios formais não acessórios'." (BOROWSKI, Martins. O Terceiro Modelo de Princípios Formais de Alexy. *In O Debate sobre a teoria dos princípios formais de Robert Alexy*. Rio de Janeiro: Ed. Marcial Pons, 2022, p. 230). O autor critica esta nova visão de Alexy, anotando, dentre outros argumentos, que há tempos foi superada a possibilidade arbitrária de o mero princípio democrático autorizar que o legislador atentasse contra direitos fundamentais, de modo que o modelo epistêmico (da "combinação") ainda é o que merece aprofundamento como mecanismo de reconstrução da ponderação no âmbito do conceito de direito (Ibid., p. 240-253).

302 ALEXY, Robert. Vícios no Exercício do Poder Discricionário. *Doutrinas Essenciais de Direito Administrativo*. Vol. 2, p. 1.213-1.261, nov/2012, p. 15-16.

mandamentos de otimização em jogo[303], sucedendo-se a fase de atribuição de peso ou importância a cada um dos interesses em atenção às circunstâncias do caso e aos mandados de otimização que predicam cada qual.[304]

Trata-se de procedimento decisório semelhante, afinal, ao que observamos no antecedente capítulo (3.1), evidenciando-se a vinculação entre a ponderação e o procedimento necessário à decisão administrativa.

O próprio conceito de justiça, como "um equilíbrio adequado entre reivindicações concorrentes"[305], e o conteúdo da justiça, "como um conjunto de princípios correlacionados com a identificação das causas principais que determinam esse equilíbrio"[306] reforçam, invariavelmente, a perspectiva participativa e seus decorrentes interesses contrapostos como elementos indeclináveis à promoção concreta de norma jurídica justa.

Neste diapasão e sob tal perspectiva, Maria Sylvia Zanella Di Pietro bem observou, já há 30 (trinta) anos, que o Estado plural reclama a consideração não do "interesse público apenas", mas de "vários interesses públicos, representativos dos vários setores da sociedade civil"[307], de modo que, em tal contexto de fato e à luz do sistema normativo democrático:

> a participação do particular já não se dá mais nem por delegação do poder público, nem por simples colaboração em uma atividade paralela. Ela se dá mediante a atuação do particular diretamente na gestão e no controle da Administração Pública. É nesse sentido que a participação popular é uma característica essencial do Estado Democrático, porque ela aproxima mais o

303 "Desde la perspectiva de los hechos, la idea puede también expresarse diciendo que cualquier juicio de ponderación presupone la respuesta a la previa pergunta relativa a que hechós se sitúan bajo el ámbito de prioteccion de um principio; o, dicho de outra manera, qué relato fáctico activa el mandato de optimización em que consiste el principio" (SANTIAGO, José María Rodríguez. *Metodología Del Derecho Administrativo - Reglas de racionalidade para la adopción y el control de la decisión administrativa*. Spanish Edition. Ed. Marcial Pons, 2016, p. 136)

304 Ibid., p. 136-137.

305 RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 1997, p. 11.

306 Ibid., p. 11.

307 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Participação popular na Administração Pública. *R. Dir. Adm.*, Rio de Janeiro, 191:26-39, jan./mar. 1993, p. 30.

> particular da Administração, diminuindo ainda mais as barreiras entre o Estado e a sociedade.[308]

Se dúvida não há quanto à necessidade, então, de percepção dos interesses colidentes, sua subsunção aos princípios e regras incidentes e seu posterior sopesamento como instrumento indeclinável de procedimento decisório compatível ao ordenamento jurídico, diferentemente é quanto à eleição de qual o método hábil, objetivo, sindicável e racional a exteriorizar os valores e significações adotados pelo intérprete para o sopesamento dos interesses sob cura.

Embora se reconheça, de todo modo, que o mero procedimento decisório concatenado, colhedor dos interesses contrapostos e com a exteriorização dos pontos de vista sob ponderação e de seus respectivos mandamentos de otimização já em muito colabore para a sindicabilidade da decisão estatal e para a mitigação de suas injustiças, não se olvida haver lacuna e, por outro lado, pertinências normativa e fenomênica suficientes para avançarmos na elucidação do critério ponderativo suscetível de ser acolhido como instrumento racional bastante.

3.2.1. Fórmula do Peso

É intensa a preocupação com a ponderação e as vias para adotá-la e exteriorizá-la.[309]

Isto pois, estando diante de princípios jurídicos que guardam certa elasticidade linguística quanto ao seu espectro de incidência[310], a sua

---

308 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Participação popular na Administração Pública. *R. Dir. Adm.*, Rio de Janeiro, 191:26-39, jan./mar. 1993, p. 32.

309 A explanação que ora fazemos sobre a fórmula do peso, com alterações e complementos, constou, sintetizada, em RIGAMONTI, Thiago Reis Augusto. *Do Procedimento de decisão administrativa: da fundamentação mediante ponderação, op. cit.,* p. 147-153.

310 Observação que antes fizemos em RIGAMONTI, Thiago Reis Augusto; MIALHE, Jorge Luís. As alterações na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e seu influxo no Direito

manipulação genérica ou desprovida de discurso racional acaba por legitimar possibilidades de discursos rasos e em variados sentidos ao alvitre (quão vezes previamente enviesado) do intérprete, havendo referência à utilização de princípios, na prática jurídica, tal como se fossem "caixa de ferramentas" à disposição dos defensores de distintos interesses:

> Um sistema jurídico não é mau nem bom pelo fato de, em seus processos, princípios serem usados com muita frequência. O problema não está neles, mas na comodidade que podem oferecer para os espertos e para os preguiçosos.
>
> O oportunista, cujo interesse é adiar eternamente o pagamento de suas dívidas, invoca em juízo apenas o princípio do acesso à jurisdição e pede para não pagar, até o fim do processo principal: "Negar a liminar" – diz ele – "é cassar meu direito à Justiça". É um esperto, com um argumento cômodo, ocultando a fragilidade de sua pretensão de mérito.
>
> O juiz que não queira o trabalho de analisar a plausibilidade do direito de fundo pode simplesmente aceitar o tal princípio e conceder a liminar ou invocar o princípio da obrigatoriedade dos contratos e negá-la. É um preguiçoso, usando fundamentos fáceis para esconder a superficialidade de sua decisão.
>
> Espertos e preguiçosos sempre existirão: o mal é que sua esperteza fique oculta, por conseguirem iludir os espectadores com truques de mágica – com a simples declaração de princípios.
>
> Para que, no debate jurídico, os princípios não sirvam como armas de espertos e preguiçosos é preciso impor, a quem os emprega, os ônus que lhes são inerentes.[311]

Os "ônus" reclamados por Sundfeld quando da utilização de princípios na retórica jurídica são aqueles atinentes à adequada argumentação (ônus argumentativo), isto é, exposição lógica de como a ponderação entre princípios colidentes ou o afastamento de regras concretas permite se chegar à determinada conclusão e que esta é a correta.

Administrativo. *Revista do Direito Público*, Londrina, v. 16, n. 1, p. 97-118, abr. 2021, p. 102-103.

311 SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para Céticos*. 2.ª edição. São Paulo: Ed. Malheiros, 2017, p. 215.

A menção à dura crítica promovida por Sundfeld se revela pertinente para que se compreenda precisamente a importância de, em sendo indissociáveis a ponderação e a metodologia da decisão administrativa, buscar-se a melhor maneira de exteriorizar o sopesamento, enquanto instrumento de validação das premissas adotadas na atuação decisória estatal.

Registrem-se, neste ínterim, produções legislativas recentes que buscaram versar precisamente sobre a exteriorização da ponderação, revelando a preocupação que o tema merece diante da utilização frequente de princípios jurídicos enquanto instrumento decisório, de modo a racionalizar a sua incidência a título de pressuposto da regra de prevalência afinal determinada pela norma jurídica concreta (sentença ou ato administrativo, por exemplo).

Neste sentido, o § 2º, do art. 489, do Código de Processo Civil de 2015, ao versar sobre os elementos essenciais da sentença e em sendo o caso de colisão entre normas, determinou que o juiz "deve" justificar o objeto e os "critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão".

E o legislador o fez, aliás, no contexto de nova lei adjetiva intensamente preocupada com a fundamentação das decisões judiciais, tanto que o § 2º, supracitado, insere-se em um artigo com detalhamento do quanto necessário para se considerar fundamentada qualquer decisão judicial (§ 1º), fazendo de sua insuficiência, então, um vício de fundamentação, atraindo-se a consequência da nulidade[312], conforme artigo 93, IX, da Constituição Federal.

O art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, incluído neste diploma - reconhecido como a norma das normas[313] - através da Lei Federal n.º 13.655/2018, estatuiu que decisões (administrativas e judiciais) com

---

312 BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal Anotada*. 10° edição, rev., atual. e reformada até a Emenda Constitucional n.º 70/2012. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 1.013.

313 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil, Vol. 01 – Parte Geral*. 10.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 48-49.

base em valores jurídicos abstratos deverão considerar as suas consequências práticas, bem como demonstrar, na motivação, a "necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação", inclusive em face das possíveis alternativas (art. 20, "caput" e parágrafo único).

E é relevante a menção à "adequação" e à "necessidade" por parte do legislador, isto pois, tratando-se tais títulos (adequação e necessidade) de subprincípios que informam o princípio da proporcionalidade, o legislador atraiu a necessidade de justificação expressa que indique o percurso gerador de sentido quanto à proporcionalidade da medida afinal adotada, evitando-se a manipulação genérica de valores jurídicos abstratos no sentido "eleito" pela autoridade decisória, ao invés de no sentido racionalmente compreendido como o de correta prevalência diante do peso atribuído aos valores juridicizados que predicam os fatos controversos sobre os quais se decide.

Registre-se, adiante e por todos, a sintetização de Willis Santiago Guerra Filho quanto à decomposição do princípio da proporcionalidade nos subprincípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.[314]

Conforme referido autor, na adequação se avalia se a pretensa medida é apta para a satisfação da finalidade. Se é meio hábil, então, ao atingimento do fim.

---

314 "O princípio da proporcionalidade, entendido como um mandamento de otimização do respeito máximo a todo direito fundamental, em situação de conflito com outro (s), na medida do jurídico e faticamente possível, tem um conteúdo que se reparte em três 'princípios parciais' (*Teilgrundsätze*): 'princípio da proporcionalidade em sentido estrito' ou 'máxima do sopesamento' (*Abwägungsgebot*), 'princípio da adequação' e 'princípio da exigibilidade' ou 'máxima do meio mais suave' (*Gebot des mildesten Mittels*). O 'princípio da proporcionalidade em sentido estrito' determina que se estabeleça uma correspondência entre o fim a ser alcançado por uma disposição normativa e o meio empregado, que seja juridicamente a melhor possível. Isso significa, acima de tudo, que não se fira o 'conteúdo essencial' (*Wesensgehalt*) de direito fundamental, com o desrespeito intolerável da dignidade humana, bem como que, mesmo em havendo desvantagens para, digamos, o interesse de pessoas, individual ou coletivamente consideradas, acarretadas pela disposição normativa em apreço, as vantagens que traz para interesses de outra ordem superam aquelas desvantagens. Os subprincípios da adequação e da exigibilidade ou indispensabildiade (*Erforderlichkeit*), por seu turno, determinam que, dentro do faticamente possível, o meio escolhido se preste para atingir o fim estabelecido, mostrando-se, assim, 'adequado'. Além disso, esse meio deve se mostrar 'exigível', o que significa não haver outro, igualmente eficaz, e menos danoso a direitos fundamentais." (GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. 5.ª ed. rev. e ampl. São Paulo: RCS Editora, 2007, p. 88-89).

Na necessidade o objeto de análise é a menor gravidade possível (a direitos fundamentais) da medida a ser adotada para se atingir o fim com igual eficiência, inquirindo-se se há via menos onerosa e que igualmente fomente a finalidade que se pretende com a medida.

Encerra-se a análise da proporcionalidade com o último subprincípio, da proporcionalidade em sentido estrito, avaliando-se se os ônus da medida se justificam diante da importância dos fins. É a justa medida[315] entre meios e fins. Aqui é o espaço precípuo da ponderação[316], onde devem ser confrontados os princípios colidentes e buscar a via que, satisfazendo um deles, em menor medida ou na medida perfeita - que se justifique em face da importância do princípio satisfeito - afete o princípio preterido.

A proporcionalidade pode ser reconhecida, neste sentido, como verdadeiro postulado normativo e não apenas um mandado de otimização, haja vista que, em rigor, não se vislumbra uma possibilidade de desproporcionalidade que lhe sirva, pois, como princípio colidente legítimo ou sequer possível.

A proporcionalidade, pois e do modo como a abordamos, serve como uma premissa de racionalidade que antecede a própria lei[317] e que informa o sistema normativo e como ele é interpretado[318].

---

315 Trata-se de termo adotado por Celso Antônio Bandeira de Mello: "Costuma-se decompor o princípio da proporcionalidade em três elementos a serem observados nos casos concretos: a *adequação*, a *necessidade* e a *proporcionalidade em sentido estrito*. Conforme expressões de Canotilho, a adequação 'impõe que a medida adotada para a realização do interesse público deve ser apropriada à prossecução do fim ou fins a ele subjacentes'; o princípio da necessidade ou menor ingerência possível coloca a tônica na ideia de que 'o cidadão tem direito à menor desvantagem possível' e o princípio da proporcionalidade em sentido estrito é 'entendido como princípio da justa medida'. Meios e fins são colocados em equação mediante um juízo de ponderação, com o objetivo de se avaliar se o meio utilizado é ou não desproporcionado em relação ao fim. Trata-se, pois, de uma questão de 'medida' ou 'desmedida' para se alcançar um fim; pesar as desvantagens dos meios em relação às vantagens do fim". (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo, op. cit.,* p. 92-93).

316 "La ponderación es el corazón del tercer subprincípio del principio de la proporcionalidad, el principio de la proporcionalidad en sentido estricto" (ALEXY, Robert. *Ensayos sobre la teoria de los princípios y el juicio de proporcionalidad*. Lima: Palestra Editores, 2019, p. 337).

317 Neste sentido a pertinente observação de Jean Riveró, quanto ao caráter independente de positivação para os princípios gerais de Direito: "Los principios no reposan sobre la ley

A fórmula do peso, objeto de intensa decodificação por Robert Alexy, representa um caminho possível da perquirição pela justa medida, tornando objetivos e racionais os aspectos avaliativos que assegurem a justa (ou a mais justa possível) ponderação e a exteriorização de seus elementos de fundamentação.

A fórmula pressupõe três equações.

Na primeira, também denominada de "primeira lei da ponderação", o sopesamento[319] implica que "quanto maior for o grau de não-satisfação ou de

---

escrita; el Juez afirma que son aplicables 'incluso en ausencia de texto', no buscando jamás reconducirlos por una exégesis más o menos sutil a una ley de la cual podría deducirse el principio, ni ligándolos tampoco a los textos constitucionales; incluso para aquellos formulados en las declaraciones de Derecho y cuyo valor jurídico está, por otra parte, muy puesto en duda, no se invoca jamás este origen. El principio se basta a sí mismo y la voluntad de los órganos investidos del poder legislativo o constituyente no altera para nada su autoridad" (RIVERÓ, Jean. Los princípios generales del derecho em el derecho administrativo francês contemporâneo, em *Revista de Administración Pública*, n.º 6, set-dez., 1951, p. 295-296).

318 "Sendo assim, conforme já demonstramos, um princípio geral de direito, o princípio da proporcionalidade não padece lesão sem que ocorra dano irreparável à natureza e integridade do sistema constitucional. A lesão ao princípio é indubitavelmente a mais grave das inconstitucionalidades, porque sem princípio não há ordem constitucional e sem ordem constitucional não há garantia para as liberdades, cujo exercício somente se faz possível fora do reino do arbítrio e dos poderes absolutos. (...) Poder-se-á enfim dizer, a esta altura, que o princípio da proporcionalidade é hoje axioma do Direito Constitucional, corolário da constitucionalidade e cânone do Estado de direito, bem como regra que tolhe toda a ação ilimitada do poder do Estado no quadro de juridicidade de cada sistema legítimo de autoridade. A ele não poderia ficar estranho, pois, o Direito Constitucional brasileiro. Sendo, como é, princípio que embarga o próprio alargamento dos limites do Estado ao legislar sobre matéria que abrange direta ou indiretamente o exercício da liberdade e dos direitos fundamentais, mister se faz proclamar a força cogente de sua normatividade". [BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 32ª edição, atualizada (em apêndice a CF/1988, com as Emendas Constitucionais até a de n. 95, de 15.12.2016). São Paulo: Editora Malheiros, 2017, p. 444 e 446].

319 Este termo também é abordado por Almiro do Couto e Silva: "Os princípios meramente indicam caminhos para soluções ou decisões que só serão tomadas após processo de ponderação com outros princípios. Todos eles são comparados e 'sopesados' a fim de que se apure com que 'peso' ou em que 'medida' deverão ser aplicados ao caso concreto, por vezes se verificando, ao final desse processo, que só um deles é pertinente à situação em exame, devendo afastar-se o outro ou os outros, sem que haja, assim, revogação de um princípio por outro" [SILVA, Almiro do Couto e. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no Direito Público Brasileiro e o direito da Administração Pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei n. 9.784/1999). *Revista de Direito Administrativo - FGV*, Rio de Janeiro, 237:271-315, jul./set. 2004, p. 289].

afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro"[320].

A fórmula deve revelar, neste primeiro aspecto, a preponderância do peso do princípio satisfeito em face do preterido.

Os níveis de afetação são medidos em leve, moderado e grave, atribuindo-lhes o peso "1", "2" e "4", respectivamente.

Do outro lado, quanto à importância do princípio satisfeito, mede-se o nível de sua afetação caso não adotada a medida, nos mesmos panoramas (leve, moderado e grave).

Alexy exemplifica com a medida que fixou dever de os fabricantes de tabaco imprimirem em seus produtos as notícias quanto aos efeitos nocivos do fumo para a saúde[321]. A afetação ao princípio da livre iniciativa (no nosso Direito consagrado no art. 1º, IV, da Constituição Federal, adiante denominado de P^1) é serenamente caracterizada como leve, no máximo moderada (grave seria a proibição da venda, por exemplo). Por outro lado, a importância da manutenção da saúde pública (adiante denominada P^2), isto é, o nível de sua afetação se não adotada a medida, caracterizar-se-ia como grave, já que em nada se preveniria o consumo e se noticiaria quanto às suas consequências.

Em P^1 estando do lado de cima da fórmula, o resultado superior a 1,0 indica a necessidade de sua prevalência diante do caso concreto (não adotando a medida ou buscando outra, que se mostre possível diante da fórmula), enquanto o resultado inferior a 1,0 revela a pertinência de prevalência de P^2[322].

O autor utiliza a letra "G" para simbolizar o "peso"[323]. Utilizaremos, em língua portuguesa, os termos "A" para "afetação" e "I" para "importância". A

---

320 ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais, op. cit.*, p. 593.

321 Ibid., p. 595-596.

322 Ibid., p. 606.

323 Ibid., p. 604.

fórmula, simplificadamente e neste primeiro aspecto, fica assim designada: $G= AP^1/IP^2$.

Em nosso caso exemplar, G=1/4, então G=0,25. Prevalência, portanto, de P^2 (saúde pública), justificando-se a medida hábil à sua proteção.

Mas não há como parar por aí. Isto pois o sistema normativo revela variados valores que não detêm mesmo peso no plano abstrato. Por exemplo: o princípio democrático não detém mesmo peso que o dever de fomento ao desporto[324].

Se os pesos abstratos forem distintos, eles devem passar a integrar uma segunda coluna na fórmula, pois que medidas mais intensas (de maior afetação) podem ser consideradas proporcionais caso o valor protegido seja mais pesado – importante frente à ideologia do sistema normativo – do que o colidente afetado, no plano abstrato. Logo, P^1 e P^2 também assim devem ser comparados, acrescendo-se à fórmula os seus pesos abstratos (em português: "PAP^1" e "PAP^2"), valorados também em "1", "2" ou "4", conforme sejam "leves", "moderados" ou "sérios".

Assim: $G=(AP^1/IP^2).(PAP^1/PAP^2)$.

Se fôssemos nos manter no exemplo retrocitado (de veiculação de notícia dos efeitos do fumo nas embalagens de tabaco), parece-nos racional atribuir tanto à livre iniciativa (consagrada nada menos do que a título de fundamento da República Brasileira, base informadora da premissa de liberdade social e econômica), quanto à saúde (inerente à vida humana), os pesos de sérios.

Há, ainda, uma terceira coluna que integra a fórmula. Robert Alexy identifica, corretamente, que nem sempre as interferências em direitos se dão sob plena certeza acerca dos fatos que as justificam (incerteza empírica) ou das normas que as autorizam (incerteza normativa).

---

[324] A dignidade da pessoa humana não possui o mesmo peso que a economicidade (MARTINS, Ricardo Marcondes. Neoconstitucionalismo: perscrutação sobre a pertinência do prefixo. *Revista Int. de Dir. Público – RIDP*, Belo Horizonte, ano 2, n. 3, p. 9-37, dez. 2017, p. 25).

Por exemplo. Deve o Poder Público se submeter a uma cláusula de exclusiva responsabilidade civil na hipótese de aquisição de determinado medicamento, tido como instrumento pertinente, todavia, para a satisfação imediata da saúde pública, diante da hipótese, incerta, de eventual prejuízo a ativar referida responsabilidade patrimonial? Sem dúvida os níveis de certeza de eficiência do medicamento e, por outro lado, de certeza quanto aos riscos colaterais que porventura implique são essenciais para se aferir, afinal, qual a medida justa. Quer-se dizer, isoladamente um adquirente não se submete, racionalmente, a uma excludente de responsabilidade civil do vendedor. Mas, por outro lado e racionalmente, não se deixa de implementar um instrumental necessário à proteção da saúde pública. Enfim, os níveis de tais seguranças empíricas formam base absolutamente essencial para a completude ponderativa.

Um segundo exemplo ilustrativo: o risco, incerto quanto ao seu momento e efetiva ocorrência, de um prédio ruir, permite (ou obriga) a já adoção de medidas pela Administração Pública[325]? A interdição do prédio, neste caso, já é proporcional, ou é necessária uma análise técnica mais profunda antes de fazê-lo?

Ora, ninguém interdita um prédio (com a afetação aos princípios da propriedade e ao direito de habitação correlatos) em virtude de uma rachadura. Seria irracional. Do mesmo modo, ninguém deixaria de fazê-lo diante de um tremor que implique flagrante risco de ruína.

O ponto, porém, é que entre tais zonas de certeza que atraem uma única medida como a racional há um leque de dúvida ou de níveis de segurança nos quais, igualmente, a autoridade decisória é chamada para integrar os interesses e exarar norma jurídica concreta, não podendo se recusar a decidir.

É o que Robert Alexy define como a segunda lei da ponderação, intitulada “lei epistêmica do sopesamento”, a teor da qual “Quanto mais pesada

---

325 Ibid., p. 32.

for a intervenção em um direito fundamental, tanto maior terá que ser a certeza das premissas nas quais essa intervenção se baseia”[326].

O nível das seguranças empíricas e normativas (adiante denominado “S”, de “segurança”) diz respeito “àquilo que as medidas em exame significam para a não-realização de P^1 e para a realização de P^2”[327]. Os níveis serão da certeza ou “garantia” (g) das premissas de afetação de P^1 (e da importância de satisfação de P^2), da “plausibilidade” (p) ou de “não evidentemente falsas” (e), atribuindo-se as notas de “4”, “2” ou “1”, respectivamente, conforme favoreçam os princípios cuja afetação (P^1) ou importância (P^2) estiver assentada em mais firmes seguranças.

A fórmula final, então, dita-se: “$G=(AP^1/IP^2).(PAP^1/PAP^2).(SP^1/SP^2)$”, com as adequações quanto às siglas[328] com o que cremos ser mais compatível à língua portuguesa e aos termos eleitos como paradigmas.

Sobre o resultado final, deve ser observado se princípios formais acrescem peso e favorecem P^1 ou P^2, de maneira a que o desfecho da fórmula apenas preterirá o princípio material que seja suscetível de acréscimo de princípio formal se revelar resultado intensamente maior a favor do colidente, isto é, se demonstrar a excepcionalidade hábil a suplantar, como medida de justa ponderação diante do caso concreto, o acréscimo do peso do princípio formal ao peso do princípio material sob ponderação (excepcionalidade mais intensa conforme mais pesado for o princípio formal: a prevalência da ponderação do constituinte é mais pesada do que a prevalência da ponderação privada na formulação contratual decorrente da autonomia da vontade, por exemplo).[329]

Feita a ressalva acima, o resultado superior a 1,0 favorecerá o princípio afetado (P^1), enquanto o inferior a 1,0 definirá a regra de precedência do

---

326 ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais, op. cit.*, p. 617.

327 Ibid., p. 619.

328 No mesmo sentido do que expusemos em RIGAMONTI, Thiago Reis Augusto. *Do Procedimento de decisão administrativa: da fundamentação mediante ponderação, op. cit.*, p. 153.

329 Ibid., p. 153-154.

princípio satisfeito na parte baixa da fórmula (P^2). O empate revela a discricionariedade, isto é, a possibilidade de adoção, ou não, da medida, revelando-se possível tanto afetar P^1, quanto privilegiá-lo, ambas as hipóteses justas e sobre valores jurídicos igualmente importantes, submetendo-se ao juízo do agente competente.[330]

---

330 "A fórmula evidencia que o peso concreto de um princípio nunca é apurado de modo isolado, sempre tem em vista o princípio colidente. A fórmula é uma formalização da chamada, por ele [Robert Alexy], lei da ponderação: 'quanto maior for o grau de não satisfação ou de afetação do princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro'. Alexy explica que a reação entre 'P1' e 'P2' não é compatível com a 'fórmula da diferença' (P1 – P2), e sim com a 'fórmula do cociente' (P1/P2). Ele propõe uma escala triádica: leve, médio e grave. Assim, a realização do princípio 'P1' pode ser leve, média e intensa e, da mesma forma, a afetação do princípio oposto, 'P2', pode ser leve, média e grave. É intuitivo, observa Alexy, que os intervalos entre os graus devem ser maiores. Por isso, propõe os valores: 2^0 (= 1); 2^1 (= 2) e 2^2 (= 4) para simbolizar 'l', 'm' e 'g'. Logo, a fórmula do peso, por força dessa progressão geométrica, exige a fórmula do cociente, e não a fórmula da diferença, que seria compatível com a progressão aritmética. Alexy observa que os princípios possuem diferentes pesos no plano abstrato e essa diferença deve ser levada em consideração no plano concreto. Como já afirmado aqui, a dignidade da pessoa humana não tem o mesmo peso, na Constituição, que a economicidade. Os pesos abstratos são simbolizados por 'G1' e 'G2'. Assim, não há que se confundir: o peso concreto de P1 tendo em vista P2 (GP^1P^2) com o peso abstrato de P1 (GP^1). Se os pesos abstratos de ambos os princípios forem iguais, eles se anulam na fórmula. O aclamado jurista também concluiu que o Direito não admite o exercício da competência discricionária apenas quando há certeza das circunstâncias fáticas e jurídicas. O Direito admite que decisões sejam tomadas mesmo na falta de certeza, daí a *segunda lei da ponderação*: 'quanto mais intensa for a intervenção em um direito fundamental, tanto maior terá que ser a certeza das premissas nas quais essa intervenção se baseia'. (...) Perceba-se: quanto maior a probabilidade, mais legitimada será a interdição, quanto menor a probabilidade, menos legitimada será a interdição. A incerteza pode dizer respeito às *premissas fáticas ou empíricas* e às premissas *jurídicas ou normativas*. Alexy utiliza a letra 'S' da palavra 'segurança' em alemão (Sicherheit) para simbolizar o grau de certeza na fórmula do peso. Enuncia, então, a equação da certeza para se referir a ambas: grau de certeza empírica do princípio 'P1' multiplicado por grau de certeza normativa do princípio 'P1'. A fórmula do peso completa indica os três fatores referidos: 1) o grau de intervenção da medida concreta em P1 e P2; 2) o peso abstrato de P1 e P2; 3) o grau de certeza das premissas empíricas e normativas de P1 e P2. Há três possibilidades. 1) O resultado da fórmula pode ser positivo, ou seja, igual ou superior a 1. Nesse caso, 'P1' deve, nas respectivas circunstâncias fáticas do caso, prevalecer sobre 'P2': 'P1 > P2'. 2) O resultado da fórmula pode ser negativo, ou seja, igual ou inferior a -1. Nesse caso, 'P2' deve, nas respectivas circunstâncias fáticas, prevalecer sobre 'P1'. 3) O resultado da fórmula pode ser igual a zero, significando que a competência é discricionária, vale dizer, para o Direito, tanto é válida a concretização de 'P1' como é válida a concretização de 'P2'. Nesse caso, o Judiciário deve respeitar a decisão legislativa, administrativa ou privada. Nos dois primeiros casos, há vinculação e, pois, a possibilidade de substituição jurisdicional: no primeiro, se concretizado 'P2' pelo Legislador e/ou pelo Administrador, cabe ao Judiciário, quando provocado, invalidar a decisão e determinar a concretização de 'P1'; no segundo, se concretizado 'P1', cabe ao Judiciário invalidar a decisão e determinar a concretização de 'P2'. No terceiro caso, a substituição da decisão legislativa e/ou administrativa pelo Judiciário configura violação da separação de poderes, típico ativismo judicial violador da Constituição" (MARTINS, Ricardo Marcondes. *Teoria dos Princípios e Poder Judiciário: a utilização de princípios na fundamentação da sentença*, p. 37-38. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/ObrasJuridicas/cc01.pdf?d=636808301763805308#:~:text=A%20teoria%20dos%20princ%C3%ADpios%20jur%C3%ADdicos,m%C3%A9t

Ainda que o próprio autor registre as críticas que são promovidas à sua formulação com vistas à objetivação da ponderação decisória, afetadas, em essência, a eventual subjetivismo na classificação e valoração das questões incidentes, cremos, em sentido diverso, que o dever ponderativo e a exteriorização dos atos de fala bastantes que expressem, em linguagem, o peso atribuído a cada um dos elementos da fórmula, ainda mais considerando os diferentes fatos e interesses colhidos na fase instrutória participativa, em muito colaboram à objetivação e racionalidade decisórias, mitigando a possibilidade do arbítrio e tornando nitidamente sindicável pontos de déficit ou de deficiência ponderativa.

A objetivação absoluta, em uma ciência que atrai – e corretamente – elevada sensibilidade para as questões humanas, é quiçá impossível e, diga-se, sequer devendo ser o objeto de desejo máximo do Direito, simplesmente porque a vida, sobre a qual o objeto da ciência do Direito incide, não é objetivada, mas impregnada de valores e pontos de vista diversos, cuja ordenação pacífica, todavia, tem que ser possível de ser feita de modo legítimo, racional, igualitário e justo, cujas premissas possam ser reconhecidas como ao menos suscetíveis de universalização.[331]

Se se abordou que a ponderação se dá no plano concreto, até para que se compreenda o nível de afetação de determinados valores jurídicos diante da medida buscada no universo fenomênico (primeira lei da ponderação e coluna inicial da fórmula do peso), bem como para que sejam identificados os níveis de seguranças empírica e normativa que sustentam a afetação dos valores jurídicos preteridos e a importância dos satisfeitos (segunda lei da ponderação e terceira coluna da fórmula do peso), evidente que o procedimento de decisão

---

odo%20de%20aplica%C3%A7%C3%A3o%20de%20princ%C3%ADpios.> . Acesso em: 11 mai. 2021).

331 Rawls elenca, com menção a Kant, como a natureza universal (além de geral, pública, ordenativa às reivindicações e conclusivas) é predicado necessário de medidas que visem a concretizar os princípios gerais de justiça: “Além disso, se a aplicação de um princípio por todos atingir resultados autocontraditórios ou inconsistentes, ele é excluído. Da mesma forma, seria também inadmissível obedecer a um princípio que fosse razoável apenas quando os outros aceitassem um princípio diferente. Os princípios devem ser escolhidos em vista das consequências decorrentes de sua aceitação por todos” (RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 1997, p. 143).

administrativa reclama, inexoravelmente, a precisa identificação dos fatos e dos interesses reais em jogo.

Considerando que a segunda coluna da fórmula reclama a valoração (sopesamento) dos princípios jurídicos colidentes no plano abstrato, o procedimento de decisão administrativa invariavelmente trespassa pela adequada identificação dos princípios jurídicos postos sob cura, com as regras que porventura buscaram concretizá-los mediante ponderação do legislador (ou do constituinte, ou do administrador ou da autonomia de vontade dos agentes privados), de maneira a adequadamente conferir-lhes pesos materiais e, se o caso, acrescidos dos pesos dos princípios formais.

Tudo a reforçar, pois e também sob a premissa que perfaz o postulado da proporcionalidade que antecede qualquer norma jurídica (como é o ato administrativo que veicula a decisão estatal), a necessidade inexorável do influxo participativo em decisões de efeitos gerais.

3.3. Alguns adicionais princípios jurídicos otimizados e postulados normativos atendidos através do processo administrativo participativo

Se o ordenamento jurídico é formado por princípios juridicizados no texto normativo aos quais é devida a otimização, há diversos deles que colaboram para a compreensão da necessidade de se promover ponderação entre os interesses colidentes e fazê-lo mediante a possibilidade de que sejam externados os pontos de vista pelos próprios cidadãos representados, com o dever de o agente público competente e representante exteriorizar racional percurso gerador de sentido ponderativo à luz dos interesse contrapostos como parte integrante de seu procedimento decisório.

3.3.1. Princípio da Impessoalidade

Não obstante tenha se sustentado que o procedimento de decisão administrativa pressupõe a participação na instrução do processo administrativo respectivo, sob o influxo dos princípios democrático, republicano, da motivação e da proporcionalidade decisória, outros princípios jurídicos também influem na perspectiva participativa quando se objetiva (e assim deve ser) otimizá-los.

Neste diapasão, Celso Antônio Bandeira de Mello reconhece o princípio da impessoalidade dentre os informadores do exercício da função administrativa, atribuindo-lhe a ideia de que "a Administração tem que tratar a todos os administrados sem discriminações, benéficas ou detrimentosas", sem que se deem simpatias ou animosidades pessoais, políticas ou ideológicas que interfiram na atuação administrativa.[332]

O autor reconhece no princípio da impessoalidade o mesmo conteúdo normativo atinente aos princípios da igualdade e da isonomia, de modo que todos sejam tratados igualmente não apenas pela lei, mas também perante a Administração. Reconhece como comandos constitucionais concretos relativos a este princípio os que reclamam concurso público para acesso igualitário a cargos públicos (artigo 37, II, CF), bem como licitação pública para celebrar contratos e ajustes com a Administração (artigos 37, XXI, e 175, CF).[333]

Maria Sylvia Zanella Di Pietro discorre sobre a possibilidade da percepção do princípio da impessoalidade em relação com a "finalidade pública que deve nortear toda a atividade administrativa", de modo que não se pode atuar com vistas a prejudicar ou beneficiar pessoas determinadas, mirando-se, ao contrário e irrestritamente, o interesse público, bem como sob a ótica de que os atos estatais não são do agente público que o pratica, mas do órgão detentor da competência estatal, de forma que o Poder Público não se confunde com as pessoas que meramente o representam.[334]

---

332 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, *op. cit.*, p. 94-95.

333 Ibid., p. 95.

334 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, *op. cit.*, p. 81.

Neste sentido, observa a autora que referido princípio está presente, além de no *caput* do artigo 37, da Constituição, também, implicitamente, no § 1º deste dispositivo, ao proibir a promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos mediante menção a nomes, símbolos ou imagens na publicidade de atos e programas do Poder Público, e nos artigos 2º, parágrafo único, 18 a 21 da Lei Federal n.º 9.784/1999, ao delimitarem o interesse público como único objetivo da atuação estatal e ao estabelecerem regime sobre normas de impedimento e suspeição na Administração Pública[335], reforçando a inviabilidade de que haja qualquer tipo de conexão subjetiva que traga influxo indevido na valoração de fatos pelo agente público competente à luz dos sujeitos aos quais a medida se destina.

David Duarte reconhece a participação procedimental, em âmbito administrativo, como um imperativo que se justifica para as funções precípuas de legitimação administrativa, prevenção de expectativas decisórias e estabelecimento de sistema comunicacional que torne viável a concretização do bem comum[336], não obstante atribua à imparcialidade o bem jurídico de indeclinável concretização mediante a participação no procedimento administrativo.

Nesta toada, atribuindo a origem do princípio da imparcialidade à perspectiva normativa romana e, doravante, liberal, de necessária instrumentalização da justiça e da moralidade na execução das funções

---

335 Ibid., p. 81.

336 "A participação procedimental e o sistema comunicacional que é acionado pela sua interactividade co-natural realizam uma diversidade de objetivos que, de uma forma ou outra, contribuem para atingir finalidades com vantagens comunitárias. Se não deixam de estar sempre presentes os móbeis egoísticos, a superação contraditória das individualidades, através dos efeitos conciliadores da participação, enquanto sistema de contacto dirigido para uma harmonização dos interesses, gera continuamente uma aproximação ao consenso e um controlo permanente através da publicidade e transparência. A realização de uma decisão correcta, que passa, naturalmente, não só pelos méritos substanciais da decisão, mas também pela virtualidade de estancar os conflitos potenciais, é, como aspecto essencial, a concretização da participação como forma de materialização do bem da comunidade, porque, numa perspectiva social, a participação, prioritariamente nas escalas alargadas, consegue atingir equilíbrios através das funções que realiza, cuja repercussão não deixa de ser colectivamente sentida" (DUARTE, David. *Op. cit.,* p. 177).

estatais[337], o autor reconhece a sua significação bem além da mera não destinação da medida estatal vinculadamente a um benefício ou malefício deliberadamente personalizado, estendendo-a à adequada ponderação sobre os valores e interesses realmente necessários e incidentes para decisão administrativa justa, sem déficit ou inclusão de interesses impertinentes à ponderação no plano concreto:

> A imparcialidade, enquanto princípio regulador de atividade administrativa, tem nesta sequência um alcance muito mais vasto do que a mera proibição de *favores* e *odia*. E assim, porque os elementos (parte) que compreendem a construção do processo decisório podem ser relacionados com a ponderação (todo) numa medida que é totalmente independente de conexões subjetivas. Esta dimensão do princípio da imparcialidade possibilita que dele se retire, fundamentalmente, uma obrigação objetiva de compleição da decisão - e, por consequência, do processo decisório -, relativa a todos os factores que têm ou podem ter interferência na composição do efeito jurídico aplicável. A imparcialidade materializa, por outras palavras, uma injunção de se decidir com base no que é relevante para a ponderação a partir do contexto da decisão.[338]

O autor português distingue os princípios da imparcialidade e o da igualdade, atribuindo a este último a perspectiva de "solução intuitiva através da similitude dos factos apurados"[339], isto é, à consideração de precedentes e da identidade de fatos como valor a ser objeto de ponderação para a otimização da igualdade, o que é espectro não abrangente da imparcialidade, a qual reclama a delimitação adequada dos fatos e interesses sobre ponderação, elencando, por conseguinte, os princípios da proporcionalidade (que aglutina o

---

337 Ibid, p. 259-269. Destaque-se a passagem do autor, vinculando a concepção de imparcialidade à de isenção e, em seu descumprimento, à do desvio de poder: "Em atenção ao carácter compósito do desvio de poder e à sua ligação particular à vontade psicológica do autor do acto, surge, como referência compreensiva dos limites que o desvio de poder identifica, a noção de moralidade administrativa, que funciona como padrão de conduta na escolha de alternativas existentes. A construção da teoria da moralidade administrativa, noção abrangente que inclui as ideias de isenção, racionalidade administrativa e boa administração, denota já a necessidade que se sentia de enquadrar o exercício da discricionariedade dentro de limites operativos que possibilitassem o seu controlo" (ibid., p. 267-268).

338 Ibid., p. 291.

339 Ibid., p. 317.

"conteúdo essencial do princípio da imparcialidade" mediante a obrigação de ponderação proporcional dos interesses) e da justiça (abrangente da correção decisória a ser perseguida através da utilização de critérios decisórios racionais) como vias concretizadoras do princípio da imparcialidade.[340]

Isto posto, preferimos adotar, até à luz do recorte do tema proposto, o princípio da impessoalidade sob a perspectiva de correção decisória[341], que nos parece ser o propósito constitucional de significação conceitual ao tempo em que elenca tal princípio, expressamente, em quadrante ético de valores jurídicos informadores da atuação administrativa, ao lado de princípios como os da legalidade, moralidade, publicidade e eficiência (artigo 37, *caput*, da Constituição Federal), inexistindo fundamentação para a sua perspectiva restrita de não personificação do agente público competente quando da veiculação de medidas administrativas, o que sequer nos parece correto, haja vista que, a despeito da natureza representativa da relação do agente público com o ente em que lotado, as características pessoais da autoridade decisória não são estranhas ao fenômeno jurídico, bem pelo contrário, revelando-se enquanto fato pertinente, inclusive, para a apreciação até mesmo de eventual (e indevida) pessoalidade (suspeição ou impedimento) na atuação decisória, desvio de poder, responsabilidade (civil, administrativa e penal), dentre outros ilícitos ou institutos jurídicos para os quais a percepção de quem decidiu (não se limitando à pessoa jurídica de direito público representada) é de todo fundamental.

É através da participação que se torna possível a precisa aferição de interesses relevantes que não podem deixar de figurar no escopo ponderativo da autoridade dotada de poderes de decisão e, simultaneamente, soergue-se a irrelevância de interesses porventura cogitados para compor o objeto de ponderação, otimizando-se a impessoalidade, imparcialidade, a proibição de preferências e a retidão ponderativa.[342]

---

340 Ibid., p. 319-336.

341 MELO, Cristina Andrade. *Op. cit.*, p. 78.

342 Ibid, p. 81-82.

Estabelecida tal premissa da impessoalidade enquanto princípio que otimiza o recorte dos fatos e interesses sob ponderação aos efetivamente com influxo ponderativo à luz dos fins de interesse público a serem perseguidos, a fase procedimental participativa de fato instrumentaliza a boa performance decisória, ao tempo em que inviabiliza o seu indevido recorte a interesses insuscetíveis de serem objeto de ponderação ou de o serem isoladamente, sem o contraponto a ser colhido e fundamentadamente enfrentado em procedimento participativo público.

3.3.2. Princípio do Contraditório

Deve-se reiterar a premissa epistemológica, para o tema proposto, de que o recorte dos atos administrativos e dos subjacentes processos corresponde aos que culminem na veiculação de normas jurídicas cujo consequente seja geral, isto é, que o antecedente seja concreto (fato pretérito identificado) ou abstrato (fatos suscetíveis de subsunção futura), mas cujo consequente não seja individual (agente identificado), mas geral (todos aqueles, indeterminados, que com a hipótese de incidência se relacionem).

E referido recorte é relevante, com a licença da repetição, isto pois, não se tratando de sujeito identificado e individualizado, o princípio do contraditório ora é percebido menos sob o seu influxo de "defesa" a quem "litigante" ou "acusado" (conforme prevê o inciso LV, do artigo 5º, da Constituição Federal), mas mais sob a sua premissa básica de significação, que é inerente ao direito de ser ouvido por quem interessado, ainda que não acusado de conduta antijurídica ou não necessariamente em contraposição individualizada e identificada à medida administrativa pretendida.[343]

---

343 "Assim, segundo Ada Pellegrini Grinover, 'a Constituição não mais limita o contraditório e a ampla defesa aos processos administrativos (punitivos) em que haja acusados, mas estende as garantias a todos os processos administrativos, não punitivos e punitivos, ainda que neles não haja acusados, mas simplesmente litigantes'" (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 39.ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 109).

Neste sentido, a Lei do Processo Administrativo (em âmbito federal, de n.º 9.784/1999) conceitua os interessados como “aqueles que, sem terem iniciado o processo, têm direitos ou interesses que possam ser afetados pela decisão a ser adotada”, “as organizações e associações representativas, no tocante a direitos e interesses coletivos” e “as pessoas ou as associações legalmente constituídas quanto a direitos ou interesses difusos” (artigo 9º, II, III e IV), reconhecendo-lhes direito participativo quando à juntada de documentos e pareceres, requerimentos de diligências e perícias, alegações referentes à matéria objeto do processo, dentre outras potências inerentes à influência na cognição decisória (artigos 38 e ss.).

Sob mesmo influxo, o Código de Processo Civil atribuiu ao contraditório, no mínimo, a perspectiva principiológica básica de a parte não sofrer decisão sem que seja ouvida[344], conforme o seu artigo 9º, *caput*.[345]

Tratando-se de ato administrativo de efeitos gerais, os sujeitos do consequente da norma jurídica cuja veiculação é objeto do procedimento decisório não são necessariamente (pelo contrário) determinados, mas representam uma coletividade suscetível de subsunção ao antecedente.

Ora, evidentemente que os afetados pela decisão devem ter a oportunidade de influenciar a ponderação estatal que lhes interferirá na esfera jurídica.

A etapa participativa propicia a consideração até mesmo do quadrante dos afetados, caso não haja a possibilidade de sua razoável identificação

---

344 “A manifestação mais rudimentar do princípio do contraditório dá-se através do binômio ‘informação+reação’. Nesse contexto, refere-se o art. 9º do CPC/2015 àquela que, segundo pensamos, é a manifestação mais básica do contraditório: o direito de ser ouvido. Sob essa perspectiva, está-se diante de decorrência do princípio da isonomia (art. 5º, ‘caput’ e II da CF; art. 7º do CPC/2015), já que, se o juiz decidir apenas com base no que uma das partes tiver argumentado, dará a elas tratamento desigual. A garantia do contraditório, no entanto, é mais ampla, e compreende também o direito de influir decisivamente nos destinos do processo. Há, pois, o direito de se manifestar, de ser ouvido, mas, também, o de ter suas manifestações levadas em consideração” (MEDINA, José Miguel Garcia. *Op. cit.*, p. 123-124).

345 Art. 9º Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida.

Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

através de diligências promovidas exclusivamente pelo corpo orgânico da Administração Pública. De todo modo, sejam estes identificáveis “a priori” ou não, a etapa participativa lhes permitirá a ciência dos fundamentos que induzem à tomada de decisão e a colaboração com elementos de fundamentação eventualmente contrapostos.[346]

Vera Monteiro observa, em artigo científico sobre o conteúdo normativo do artigo 29 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (incluído através da Lei Federal n.º 13.655/2018), como as garantias do contraditório e da ampla defesa se integram ao âmbito administrativo e, por tal razão, não há como se considerar estar adequadamente motivado o ato que não propicie referido conteúdo dialógico frente aos administrados interessados e, conforme a sua realização, exteriorize a adequada motivação.[347]

A autora segue exegese forte de vinculação da participação ao devido processo legal e ao direito de defesa[348], concluindo pela participação pública,

---

346 “Afinal, o que se deve entender por contraditório? Joaquim Canuto Mendes de Almeida ensinou que contraditório é ‘a ciência bilateral dos atos e termos processuais e a possibilidade de contrariá-los’” (BULOS, Uadi Lammêgo. *Op. cit.*, p. 297).

347 “A consulta pública é o caminho (o procedimento, portanto) por meio do qual se materializa a efetiva motivação dos atos normativos da Administração. Ainda que haja outros instrumentos de participação popular no processo administrativo, a consulta pública é instrumento fundamental para ouvir e dialogar. O cumprimento do dever de motivação surge do diálogo que só a consulta pública propicia. É válido dizer, portanto, que a Administração Pública tem o dever de realizar consulta pública prévia à publicação de ato administrativo normativo. Sem ela, a motivação do ato administrativo seria unilateral - e não pode ser. Mesmo sendo exercício de uma competência discricionária, sua justificativa não é dispensável. Os terceiros interessados têm o direito, garantido na Constituição, de defender seus interesses. É, em suma, a aplicação do devido processo legal no processo administrativo” [MONTEIRO, Vera. Art. 29 da LINDB: regime jurídico da consulta pública. *Rev. Direito Adm*., Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB (Lei n.º 13.655/2018), p. 225-242, nov. 2018, p. 232-233].

348 “Agora suponha que a mesma Administração municipal, diante das novas tecnologias, queira disciplinar o transporte individual privado remunerado de passageiros, criando exigências, por decreto, relativas aos aplicativos de intermediação do serviço de transporte. Tal como no caso do processo administrativo sancionatório, ela não pode proferir decisão (ou seja, publicar o decreto) sem prévia consulta pública aos interessados. A publicação da consulta pública, neste exemplo, com todos os estudos realizados pela prefeitura, equivale à notificação inaugural do processo sancionatório. Ela oportuniza que os interessados se manifestam sobre o conteúdo da minuta de norma administrativa. Noutra palavras, permite o exercício do direito de defesa pelos interessados” [Ibid., p. 233-234].

através de consulta, como fase obrigatória na adoção de decisão administrativa normativa (com efeitos gerais e abstratos).[349]

Se, então, o contraditório é reconhecido como integrante ao processo administrativo que possa afetar o complexo de relações jurídicas ou os interesses de sujeitos, e o legislador estabeleceu amplo conceito de administrado interessado, inclusive sob a perspectiva de interesses coletivos ou difusos (como são o patrimônio público e as decisões que o afetam, inclusive), franqueando-lhe prerrogativas participativas, não nos parece crível que, simultaneamente, haja um procedimento para decisões de efeitos gerais que não tenha fase participativa, ainda que, na origem, não haja "acusados" ou afetados identificados previamente.[350]

Tratar-se-ia de patente contrassenso e que potencializaria, inclusive, o efeito "surpresa" aos administrados interessados, que é justamente o que o princípio do contraditório visa a obstaculizar, devendo-se franquear, portanto, a hipótese participativa bem informada e sob instrumental dialógico otimizado a título de publicidade, vias e prazos de concretização.

3.3.3. Princípio da Eficiência

O princípio da eficiência foi incluído expressamente dentre os mandamentos de otimização que informam a Administração Pública, ao lado

---

349 Ibid., p. 239.

350 Neste sentido: "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 motivação. 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 competente. 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." (MELO, Cristina Andrade. *Op. cit.*, p. 110).

dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade, conforma consta no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal.

Referida inclusão, por parte do constituinte derivado, deu-se no âmbito do que à época se compreendeu como "Reforma Administrativa" (Emenda Constitucional n.º 19/1998), visando a modificar diversos dispositivos relativos ao Poder Público e ao exercício da função administrativa, tendo como objetivo declarado a implantação de uma "administração gerencial" orientada pelos valores da eficiência, transparência e da participação social.[351]

A eficiência, que já traduz, por premissa de linguagem, a perspectiva de efetividade, celeridade e otimização de custos e de resultados, não repousa isolada no "caput" do artigo 37 da Constituição, sendo possível se compreender a perspectiva de efetividade e bom desempenho em diversos outros dispositivos constitucionais.

Registre-se, neste diapasão, que o constituinte determinou que o controle da Administração Pública, pelo Poder Legislativo com o auxílio do Tribunal de Contas, e pelos órgãos de controle interno respectivos a cada entidade que integre o Poder Público, dar-se-á não apenas quanto à legalidade dos atos estatais, mas também sob a premissa de sua "economicidade" (artigo 70, *caput*); a instituição de controles internos pelos Poderes constituídos, tendo como uma de suas finalidades a apreciação não apenas da juridicidade dos atos estatais, como também de "metas" orçamentárias contidas no plano plurianual e a "efetiva" execução de programas e orçamentos, além de avaliar resultados quanto à "eficácia" e "eficiência" da gestão orçamentária, financeira e patrimonial (artigo 74, II); a organização e o funcionamento dos órgãos responsáveis pela segurança pública devem atender à garantia de "eficiência" (artigo 144, § 7º); que o plano plurianual, a ser estabelecido pelo Executivo, deve conter "metas" para as receitas e despesas, mesma sorte das leis de diretrizes orçamentárias (artigo 165, §§ 1º e 2º), com o dever de execução dos

---

351 Neste sentido, SOUZA, Rodrigo Pagani de. Em Busca de Uma Administração Pública de Resultados. *In Controle da Administração Pública*. PEREZ, Marcos Augusto; SOUZA, Rodrigo Pagani de (orgs). Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2017, p. 41.

programas orçamentários e “efetiva” entrega de bens e serviços à sociedade (§§ 10 e 11, do mesmo dispositivo).

A Emenda Constitucional n.º 19/1998 não apenas insculpiu o aludido princípio da eficiência, como também estabeleceu a necessidade de se disciplinar a participação do usuário dos serviços públicos, tendo como premissa a avaliação da “qualidade” dos serviços, o acesso a informações sobre atos de governo e a representação contra o exercício antijurídico de cargo, emprego ou função na Administração Pública (artigo 37, § 3º), além da possibilidade, em tese, de se ampliar a autonomia de órgãos e entidades que integrem a Administração Pública tendo como objeto a fixação de “metas de desempenho” (artigo 37, § 8º).

Por conseguinte, a Emenda Constitucional n.º 59/2009 incluiu conteúdo normativo no sentido de que a definição de metas e estratégias referentes à aplicação de recursos públicos em educação em proporção ao produto interno bruto perfaz escopo necessário do plano nacional de educação (artigo 214, CF).

A Emenda Constitucional n.º 85/2015 estabeleceu, dentre os seus dispositivos, o permissivo de transposição, remanejamento ou transferência de recursos por ato apenas do Poder Executivo quando o objetivo seja viabilizar “resultados” de projetos no âmbito da ciência, tecnologia e inovação (artigo 167, § 5º), concedendo, pois, a aludida autonomia ao Executivo quando voltada a tais segmentos e à viabilização de seus resultados.

A Emenda Constitucional n.º 103/2019 prescreveu que os programas de desenvolvimento econômico financiados com as verbas arrecadadas através das contribuições dos Programas de Integração Social (PIS) e de Formação do Servidor Público devem ser objeto de necessária avaliação e divulgação eletrônica (artigo 239, § 5º).

A Emenda Constitucional n.º 108/2020 previu uma proporção de recursos provenientes de imposto estadual incidente sobre a circulação de mercadorias e prestação de serviços a ser distribuída entre os Municípios conforme a melhoria de “resultados” de aprendizagem e de aumento de

equidade de educandos das respectivas redes de ensino (artigo 158, parágrafo único, II).

A Emenda Constitucional n.º 109/2021 instituiu o dever de os órgãos e entidades da Administração Pública realizarem avaliação das políticas públicas, inclusive com divulgação do objeto a ser avaliado e dos "resultados" alcançados (artigo 37, § 16).

Enfim, vê-se um claro arcabouço normativo que conclama a Administração Pública não apenas a executar os seus misteres, mas a fazê-lo atenta ao atingimento efetivo e econômico de resultados, tornando-se possível que, neste sentido, do uso racional de recursos e do efetivo atingimento de resultados se perceba o mandamento de otimização da eficiência administrativa.[352]

Marcos Augusto Perez anota como a consagração de um espaço ampliado de atuação estatal vinculado à promoção do bem-estar atrai a premissa de racionalidade decisória como a perspectiva essencial de exercício do controle, de modo que este passe a se concentrar, com razão, cada vez mais não apenas em critérios de legitimidade e harmonia formal entre a função administrativa e a norma autorizadora, mas na sustentabilidade técnica enquanto fundamento para a decisão tomada[353], atentando-se às subjacentes

---

352 "Isso quer dizer, em suma, que a *eficiência administrativa* se obtém pelo melhor emprego dos recursos e meios (humanos, materiais e institucionais) para melhor satisfazer às necessidades coletivas num regime de igualdade dos usuários. Logo, o princípio da eficiência administrativa consiste na organização racional dos meios e recursos humanos, materiais e institucionais para a prestação de serviços públicos de qualidade com razoável rapidez, consoante previsão do inciso LXXVIII do art. 5º (EC-45/2004) e em condições econômicas de igualdade dos consumidores". (SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 36ª edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2013, p. 676).

353 "Mesmo em relação ao tradicional controle de legalidade há uma ampliação conceitual. Da legalidade agora participam os princípios gerais de direito administrativo. Moralidade, bom governo, razoabilidade e proporcionalidade passam a ser diretrizes importantes para a verificação da legalidade dos novos tempos, vista em grande angular. A legalidade interna das decisões, mais notadamente o motivo e finalidade, passa a ser conjugada com mais acuidade, de modo a se examinar em que medida o administrador conseguiu expressar os fundamentos e os objetivos de suas decisões; se nesse caminho de construção da decisão administrativa os fundamentos se compatibilizam com os objetivos; se não há um erro evidente de fundamentação, tanto do ponto de vista fático quanto do ponto de vista jurídico; se há concatenação lógica entre os fatos e o direito estruturadores da decisão; e, por fim, se houve um compromisso efetivo da autoridade administrativa na busca da verdade material, inclusive do ponto de vista de sua sustentabilidade técnica, enquanto fundamento para a decisão

perspectivas, para a retidão da decisão em seu aspecto factual, de transparência do processo decisório, sua fundamentação e mecanismos dialógicos de exercício do contraditório e de participação popular como tendências de maior eficiência decisória.[354]

Rodrigo Pagani de Souza anota a conexão entre os significados de eficiência e os de celeridade, simplicidade, racionalidade, produtividade, economicidade, efetividade e eficácia, mas professa, todavia e a despeito de aludida conexão, a autonomia da perspectiva da eficiência como "compromisso da gestão administrativa com resultados", o qual requer a eleição de prioridades e zelo para que os resultados sejam atendidos com razoabilidade e que sejam lícitos e de qualidade, empregando-se meios adequados de modo a se exteriorizar uma razoável relação entre meios e fins e entre custos e benefícios.

Sustenta o autor, em síntese, que o princípio da eficiência administrativa se apresenta como "exigência de compromisso com resultados prioritários, lícitos, legítimos e de qualidade, observada uma razoável relação custo-benefício", não tardando observar que não se trata de mitigação da legalidade, mas de eleição de vias eficientes dentre o quadrante das lícitas, morais e sustentáveis.[355]

---

tomada" [PEREZ, Marcos Augusto. O mundo que Hely não viu: governança democrática e fragmentação do direito administrativo. Diálogo entre a teoria sistêmica de Hely e os paradigmas atuais do direito administrativo. *In O direito administrativo na atualidade: estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles (1917-2017) defensor do Estado de Direito*. WALD, Arnoldo; JUSTEN FILHO, Marçal; e PEREIRA, César Augusto Guimarães (orgs.). São Paulo: Ed. Malheiros, 2017, p. 860-861].

354 "A inflação das funções administrativas faz surgir, ainda, o crescente interesse pelo modo de produção ou, melhor dizendo, pela maior racionalidade das decisões administrativas. Os processos decisórios ou processos administrativos não contenciosos passam, então, a ser normatizados e estudados, na medida em que se entende que a uniformidade procedimental, a admissão do contraditório (aqui expresso nos mecanismos de diálogo e de participação dos administrados na formação da decisão) e a maior dedicação das autoridades administrativas à fundamentação de suas decisões tendem a gerar maior eficiência e menor contestação jurisdicional" (Ibid., p. 861).

355 SOUZA, Rodrigo Pagani de. Em Busca de Uma Administração Pública de Resultados. *In Controle da Administração Pública*. PEREZ, Marcos Augusto; SOUZA, Rodrigo Pagani de (orgs). Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2017, p. 45-47.

E até mesmo para se propiciar adequada eleição de meios e fins, bem como de resultados prioritários, reconhece-se justamente na participação integrada aos processos decisórios a via precípua de conhecimento de aspirações legítimas dos interessados e composição ponderativa que detenha legitimidade e validade jurídica.[356]

Ana Paula de Barcellos discorre como os princípios constitucionais republicano, democrático, do Estado de Direito, devido processo legal, publicidade e acesso à informação fundamentam a percepção do direito fundamental a que o administrado receba justificativas diante da elaboração normativa que lhe afete, reconhecendo, para que as aludidas justificativas de fato representem uma séria proteção e promoção de direitos fundamentais, que o seu conteúdo mínimo responda a três questionamentos: qual o problema que a norma pretende enfrentar? Quais os resultados pretendidos com a medida proposta? Quais os custos e impactos da medida proposta?[357]

No segundo questionamento supracitado (quanto aos resultados: o que mais nos interessa diante do recorte epistemológico do presente capítulo), não obstante reconheça a limitada capacidade humana de prognóstico, induvidosamente não há como se cogitar que uma medida seja levada a efeito sem "uma reflexão mínima acerca dos resultados que se espera que ela vá produzir", mínimo esse que diz respeito não apenas a custos ou receitas, mas às consequências na vida das pessoas e no exercício da função administrativa quanto aos eventos que da norma se sucederão: "que ações concretas serão

---

356 "De outro ângulo, a ideia de que a administração deve estar a serviço de metas ou objetivos legítimos, isto é, consentâneos com as prioridades e aspirações dos interessados, tem também sido encarecida pelas normas. Não apenas pela Constituição, que exige um controle da legitimidade da gestão pública (arts. 70, caput e 31, § 3º), mas, sobretudo, por aquelas normas que, ao preverem a edição de planos pela administração, demandam participação popular – via consultas e audiências públicas – na sua elaboração, sob pena de invalidade (isto é, de o plano que não resulte de diálogo com a sociedade não ter validade jurídica). É o caso dos planos de saneamento básico, assim como do plano geral de metas para a universalização de serviços de telecomunicações prestados em regime público. Somente o plano administrativo dotado de ampla legitimidade, alcançada com a participação de interessados na sua formulação, tem, à luz dessas normas, validade jurídica" (Ibid., p. 47).

357 BARCELLOS, Ana Paula de. *Direitos fundamentais e direito à justificativa: devido procedimento na elaboração normativa*. 3.ª ed. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2020, p. 165-191.

desenvolvidas em relação ao tema da educação, moradia ou saúde? E qual o resultado esperado dessas ações?".[358]

Essa interlocução concreta e objetiva entre a realidade que o direito pretende transformar não pode deixar de ser avaliada, não apenas sob a perspectiva econômica, mas sobretudo social quanto aos eventos que se pretende permitir, proibir, fomentar, desestimular, etc., e quais os consequentes concretos e fenomenológicos que são intuídos enquanto metas da política pública ou medida alvo da elaboração normativa, partindo-se da premissa, inclusive, de que a sociedade não é uma "média geral homogeneizadora" e que referidos eventos e seus consequentes serão distintos conforme os contextos culturais, ambientais e socioeconômicos variados, os quais não podem deixar de ser avaliados à luz de seus elementos distintivos.[359]

Se a capacidade de prognóstico não é absoluta, tampouco ela é nula, de modo que a captação de dados e decorrente justificação à luz destes "resultados" estimados perfazem ritos necessários do devido procedimento de elaboração normativa professado pela autora.

Por conseguinte, a constitucionalista sustenta que haja dois procedimentos adicionais ao direito constitucional ao devido procedimento na elaboração normativa, sendo o primeiro a oportunidade formal, após a publicidade da justificativa e dos dados que a informam para a medida legislativa, de manifestação de interessados (tanto da sociedade articulada, quanto, especialmente, dos menos favorecidos, alcançando-os de modo institucional e organizado) e de especialistas no tema. Em seguida, como segundo procedimento adicional, sustenta a ampliação democrática do debate visando a novas participações (populares e técnicas) com escopo específico de contraditar as manifestações e interesses que tenham sido objeto de captação por ocasião do primeiro procedimento.[360]

---

358 Ibid., p. 174-178.

359 Ibid., p. 179-181.

360 Ibid., p. 195-198.

A deficiência em tais procedimentos adicionais, pela perspectiva da autora, deve ser um elemento ponderativo do órgão de controle (Judiciário) que atribua menor peso à validade da norma e, então, uma "suspeita" de invalidade.[361]

Celso Antônio Bandeira de Mello, com a advertência de que a busca da eficiência não se sobrepõe à premissa de legalidade no exercício da função administrativa, reconhece, neste princípio (eficiência), a face do princípio da boa administração, de forma que a atividade estatal se desenvolva do modo mais oportuno, congruente e adequado aos fins a serem alcançados, escolhendo-se meios e a ocasião de utilizá-los como os mais idôneos para tanto, promovendo-se a "solução excelente".[362]

Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockum e Gabriela Zancaner B. Bandeira de Mello relacional a participação popular com a eficiência, haja vista que o dever do agente público se vincula à satisfação dos interesses do povo não apenas através de uma boa escolha, mas a melhor escolha possível.[363]

Cristina Andrade Melo anota como a participação viabiliza ao Poder Público o necessário conhecimento sobre a realidade para proferir a decisão mais correta, "prestigiando, dessa forma, o princípio da boa administração".[364]

Sob as distintas perspectivas retrocitadas se revela possível a concentração do reconhecimento da eficiência como o dever de eleição de medidas que sejam racionais e cujos custos (não apenas econômicos, mas sociais, culturais e ambientais, conforme o caso) sejam proporcionais aos fins estimados e planejados objetiva e concretamente, sob recorte de metas a título de custos, resultados e tempo de obtenção, atraindo-se ao rito ponderativo e ao procedimento decisório, para adequados diagnóstico e prognóstico, os variados interesses e reivindicações comunitárias – dos sujeitos articulados e

---

361 Ibid., p. 200.

362 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo, op. cit.,* p. 106.

363 ZOCKUN, Maurício; ZOCKUN, Carolina Zancaner; MELLO, Gabriela Zancaner Brunini Bandeira de. A Participação Popular no Direito Administrativo e o Princípio da Eficiência. *Revista de Direito da Administração Pública*, a. 7, v. 1, n. 1, 2022, jan/jun, p. 225-227.

364 MELO, Cristina Andrade. *Op. cit*., p. 52.

dos não articulados e menos favorecidos –, para que, devidamente sopesados, possam, de fato, colaborar à decisão eficiente, ao menos mitigando as hipóteses de erro e de desproporção.

3.3.4. Postulado da Justiça

A Justiça não perfaz termo que seja habitualmente assumido, pela doutrina e legislação nacional, a título de princípio jurídico autônomo ou postulado normativo.

Não está dentre os princípios jurídicos textual e especialmente identificados como informadores da Administração Pública (artigo 37, *caput*, Constituição Federal), tampouco constando do rol estampado no artigo 2º da Lei Federal n.º 9.784/1999 (que elencou a legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência como os valores juridicizados a serem obedecidos pelo Poder Público).

A Constituição da República menciona a "justiça", exaustivamente, sob a sua perspectiva orgânico-institucional ao se referir aos órgãos que compõem o Poder Judiciário, limitando-se à utilizá-la como valor jurídico autônomo apenas em seu preâmbulo[365], replicando-se, para o segmento social, ao atrair a justiça social como valor inerente à ordem econômica, financeira (artigo 170, *caput*) e social (artigo 193, *caput*).

Embora não se ignore que a percepção da linguagem para a justiça traz intuitiva conexão com outros valores juridicizados (como a igualdade, razoabilidade, moralidade, etc.), fato é que nos parece que a noção do justo

---

365 "Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a 'justiça' como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL".

consolida e aglutina, em si, uma forte carga semântica, moral e ética que informa a finalidade e o postulado básico da própria administração da, então, "justiça", enquanto aquilo que é correto, que é igualitário, equitativo, que se justifica, que atende, então, à noção comum do bom e do racional.

Pensa-se na estrutura estatal como instrumental, notadamente, à distribuição da justiça mediante a concentração da legitimidade de coação de modo a satisfazê-la (justiça) caso não implementada apenas pelas vinculações associativas privadas.

É um núcleo condensador de variados princípios e valores objetivos, parecendo-nos que deveria ocupar posição de protagonismo (ao invés de cisão em suas distintas faces) de modo a se reforçar que diversos dos princípios jurídicos consagrados são nada menos do que instrumentos, por vezes exclusivamente técnicos (contraditório, por exemplo), para, afinal, distribuir justiça.

Logo, a menção à sua carga semântica autônoma reforça, e o que é válido e desejável, o conteúdo ético do bom e do racional enquanto elemento conformador da compreensão dos institutos jurídicos, de seus conceitos e interpretações.

Neste sentido, Paulo de Barros Carvalho professa a justiça enquanto "sobreprincípio" de Direito (vetor com forte carga axiológica que aglutina outros princípios que o informam em maior grau de concretude), igualando-a, em tal status, aos sobreprincípios da segurança jurídica, da certeza do direito, da igualdade e da liberdade.[366]

O autor reconhece tal sobreprincípio como o formador do subsolo de todos os preceitos dos sistemas jurídicos dos povos civilizados, "construído pela conjunção eficaz dos demais sobreprincípios" de modo a atingir o predicado de "sobreprincípio fundamental", previsto no preâmbulo da

366 CARVALHO, Paulo de Barros. *Op. cit.,* p. 280-296.

Constituição Federal e que irradia, então, na percepção de todo o ordenamento jurídico.[367]

Pedro Estevam Alves Pinto Serrano discorre sobre a justiça anotando a dificuldade conceitual que a atinge e a vinculando, em essência, à liberdade humana de escolha de seus propósitos, para a qual há influxo inexorável da justiça distributiva sob a perspectiva econômica de modo a não limitar, efetivamente, o direito e o acesso à Justiça, propiciando-se mais intensa igualdade entre os sujeitos.[368]

Acessar a justiça, para o autor, deve ser entendido como a "possibilidade do cidadão obter a prestação jurisdicional sempre que necessitar preservar o seu direito", o que deve ser proporcionado pelo Estado de maneira "imparcial" (magistrado independente política, econômica e moralmente), "rápida" (preservando efetivamente o direito), "eficiente" (adequada ao conteúdo do julgamento) e "eficaz" (com cumprimento real e em tempo razoável).[369]

John Rawls discorre profundamente sobre a concepção de justiça, reconhecendo-a, à parte dos variados pontos de vista e de sua inconciliabilidade, nos valores e métodos reconhecidos e eleitos pelos sujeitos em sua posição original para a promoção da liberdade e equidade, posição original na qual, para o autor, os sujeitos conhecem exclusivamente os sistemas de vida sociais, mas sem saber a sua posição social, física, psicológica ou geracional, nem mesmo a probabilidade de que venham em cada nível a figurar, não tolerando os riscos e, por esta razão, elegendo métodos principiológicos hábeis à satisfação racional da justiça e da equidade independentemente da posição que venham a ocupar.[370]

---

367 Ibid., p. 296.

368 SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. *Autoritarismo e golpes na América Latina: breve ensaio sobre jurisdição e exceção*. São Paulo: Ed. Alameda, 2016, p. 81-85.

369 Ibid., p. 86.

370 RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 1997, p. 146-153.

Em tais condições, seria racionalmente reconhecível que a sociedade se estruturasse sob dois princípios institucionais nucleares, quais sejam os da a) “liberdade máxima e igual”, tolerando-se as restrições ao exercício da liberdade que sejam irrestritamente instrumentais para se assegurar justamente a liberdade máxima e igual a todos; e, em seguida, a “justiça como equidade”, estabelecendo a necessidade de que haja iguais oportunidades entre os sujeitos de direito e, quando houver o discrímen, que o seja exclusivamente na medida pertinente para a maximização das oportunidades dos menos favorecidos pela distribuição original de talentos, aptidões e bens primários.[371]

A mesma perspectiva da posição original fundamenta, para o autor, outras premissas mais bem aplicáveis ao convívio privado, tais como os deveres de manter as suas promessas, de não mentir e de cumprir as leis (inclusive as injustas, se estabelecidas em um contexto institucional razoavelmente justo), enquanto instrumentos para se assegurar o convívio associativo comunitário sem a descrença e desconfiança recíprocos.[372]

É pertinente a menção à observação do autor de como a cidadania igual e a liberdade política representam o primeiro pressuposto de um procedimento institucional justo, que tem como premissa executiva a ampliação e a equidade na distribuição de bens e condições materiais de vida, sendo o princípio da participação (e, acresço, a sua otimização) inerente a que, efetivamente, haja liberdade igual, mormente porque os mais favorecidos não terão dificuldade de acesso ao poder e à influência, o que acomete exclusivamente os menos favorecidos. [373]

O autor português Mário Aroso de Almeida vislumbra a vinculação entre a concepção de justiça e a de razoabilidade, sob a perspectiva do que se revela harmônico à percepção social de boa-fé e de conformação ao senso

---

371 Ibid., p. 215-216.

372 Ibid., p. 369-402.

373 Ibid., p. 215, 221-222 e 241-256.

comum, aos juízos geralmente aceitos e à justa medida, revestindo-a de uma coloração moral.[374]

Aristóteles vincula a justiça ao equitativo (igual), observando, todavia, que "não sendo as pessoas iguais, não terão coisas em porções iguais, entendendo-se que, na medida em que não são iguais, não receberão em pé de igualdade".[375] Apesar da dificuldade em se classificar o tipo de "mérito" que propicia o discrímen (se a liberdade, na democracia; a riqueza ou o bom nascimento, na oligarquia; ou a virtude, na aristocracia), fato é que o justo é um certo tipo de proporcional, "é, portanto, o proporcional e o injusto aquilo que transgride a proporção", de modo que quando a injustiça é cometida aquele que a comete está de posse do bem em excesso, enquanto a vítima da injustiça está de posse desse bem de modo deficiente ou insuficiente.[376]

Adriana Schier observa como a premissa de justiça informa toda a revolução liberal, haja vista que o exercício do poder pelo povo é instrumental informado pela ideia de justiça.[377]

Não por outras razões é que se revela possível compreender a justiça como um postulado normativo, como um teste compulsório, pois, de coerência e de ausência de contradição performativa entre a medida e a sua compatibilidade com a razão ou com o consenso social vigente[378], de modo a

---

374 ALMEIDA, Mário Aroso de. *O princípio da razoabilidade como parâmetro de atuação e controlo da Administração Pública*. Coimbra: Ed. Edições Almedina, 2020, p. 88-89.

375 ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. 4.ª edição. São Paulo: Edipro, 2014, p. 187.

376 Ibid., p. 188-189.

377 "Ora, como os governantes atuam em estrito cumprimento às leis e estas são feitas por representantes do povo, tendo por conteúdo a vontade geral, em última análise é possível dizer que, ao menos do poento de vista teórico, no Estado Liberal toda a atividade do poder público é definida pelos cidadãos. Este é, no contexto histórico analisado, o fundamento de legitimidade das leis e do próprio Estado. A partir destas características, constata-se que o Estado de Direito nasceu com uma perspectiva material, informado pela ideia de justiça, vinculado à proteção dos direitos fundamentais" (SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. *A Participação Popular na Administração Pública: o Direito de Reclamação*, *op. cit.*, p. 50-51).

378 "O Direito exige que a concretização se dê na exata medida, ou seja, que a concretização seja *justa*. O exercício da função pública dá-se por meio de um *procedimento de decisão*. O agente deve verificar as circunstâncias fáticas e os princípios incidentes e apurar o fim (ou fins) que, segundo o Direito, deva ser atingido. Deve verificar se existe um meio de concretização (regra) já definido na Constituição ou nas leis, ou se é o caso de estabelecer um meio. Deve aplicar o postulado da *proporcionalidade*, consistente num procedimento de apuração dividido em três fases, em que cada fase é subsidiária em relação à anterior: deve

não representar “apenas” um mandamento de otimização (conceito aqui adotado para princípio) que possa eventualmente ser preterido, inexistindo a possibilidade de prevalência de uma decisão injusta.

Sob tais ponderações se percebe a umbilical conexão entre a justiça e a proporcionalidade (a ponto de serem afirmadas como postulados sequenciais: primeiro a calibração da proporcionalidade e, depois, da justiça)[379], mormente porque aquela reclama a aceitabilidade da medida enquanto fruto de um percurso racional gerador de sentido que considerou, pois, todas as perspectivas (ou um razoável quantitativo delas) e, ainda assim, evitou a irracional frustração de parte delas sem que haja compensação bastante justificável diante dos valores jurídicos que se buscou, afinal, concretizar.

Aliás, neste diapasão, Márcio Cammarosano bem observa como desde 1942 a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro prevê que “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”, de modo que o interesse público, consistente nas expectativas e aspirações comuns das pessoas, em sua dimensão coletiva, e o bem comum, caracterizado no bem ou conjunto de bens, juridicamente qualificados e, assim, objeto de interesse prestigiado pelo ordenamento jurídico e proporcionados em atenção às aspirações e às expectativas que consubstanciam o interesse público (vida, segurança, liberdade, saúde, educação, etc.)[380], devem se revelar como resultado da aplicação do conjunto

---

verificar se o meio é *adequado* à realização do fim; se é *necessário* - vale dizer, se não existe outro que, de forma tão eficaz quanto ele, afete em menor intensidade os outros princípios incidentes; e se é *proporcional em sentido estrito* - ou, noutras palavras, deve *ponderar* os princípios colidentes e concretizá-los na medida indicada pela ponderação. A ponderação é regrada por dois postulados fundamentais: o da *razoabilidade* e o da *justiça*. Pelo primeiro, a solução deve ser compatível com a razão, com o que a esmagadora maioria das pessoas considera aceitável, com o consenso social vigente. Na fatal de um consenso social, o sistema considera razoável a opinião do agente competente. Pelo segundo, a solução deve consistir na harmonização perfeita dos valores envolvidos, deve ser justa. O segundo postulado prepondera sobre o primeiro: o consenso social e, na falta deste, a opinião do agente competente podem ser afastados se considerados injustos” (MARTINS, Ricardo Marcondes. *Estudos de Direito Administrativo Neoconstitucional*. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 37-38).

379 Ibid., p. 38.

380 CAMMAROSANO, Márcio. COVID-19 – desafios jurídicos: supremacia do interesse público, bem comum, legalidade e competência regulamentar. In CAMMAROSANO (coord.);

normativo diante do caso concreto, atraindo-se a necessária percepção de satisfação de tais bens e interesses como consequente da atuação administrativa, não isolada, pois, da consideração dos efeitos reais decorrentes dos atos decisórios.

A ponderação dos interesses colidentes, pois, através de meio procedimental participativo, revela-se como instrumental indissociável da percepção do justo sob a ótica de apenas poderem sê-lo (sob a perspectiva do procedimento decisório ideal e não da sorte da sabedoria decisória do agente competente) as medidas proporcionais, igualitárias, equânimes, razoáveis e racionais fruto de adequado procedimento ponderativo que tenha exteriorizado o sopesamento entre todos os fatos e as normas jurídicas que com estes se conectam.

3.3.5. Postulado da Razoabilidade

A razoabilidade foi expressamente adotada pelo legislador nacional como informadora dos cânones de sujeição da Administração Pública (artigo 2º, “caput”, da Lei Federal n.º 9.784/1999), tendo sido mencionada, ademais, ao lado da proporcionalidade, tornando inapropriado, portanto e pelo tratamento legislativo como termos distintos, reputar-se serem sinônimos.

Ademais, à proporcionalidade já antes adotamos (capítulo 3.2.1.) a concepção que a subdivide nos aspectos avaliativos da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, inviabilizando, até mesmo por premissa epistemológica, que tratemos a razoabilidade sob mesma significação, o que tornaria despicienda a sua consideração autônoma.

A discussão que se pretende estabelecer, com todas as vênias a quem pensa de modo distinto, não se apega, de fato, à concentração de qual o melhor conceito jurídico atribuível à razoabilidade, mas apenas sobre qual o

---

DAL POZZO (coord.). *As Implicações da COVID-19 no direito administrativo*. São Paulo: Ed. Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 127-128.

que ora adotamos e qual o conteúdo jurídico, em si e independentemente da terminologia, que reflete no procedimento de decisão administrativa.

Isto posto, a concepção que estabelecemos à razoabilidade é diferente daquela empregada à proporcionalidade e traz influxo potente visando à fundamentação do adequado procedimento *participativo* de decisão administrativa que se sustenta, daí merecer a apreciação autônoma.

O sentido autônomo que se presta à razoabilidade também tem uma função pragmática. Se ele é distinto da proporcionalidade (como de fato é), passa a dever ter utilidade para a melhor compreensão do Direito.

O sentido que ora empregamos é, pois, útil e, sendo útil, se não fosse vinculado à razoabilidade deveria sê-lo a outro termo que, à luz do vernáculo, porventura se revelasse adequado à linguagem e, se possível, ao seu sentido corrente na ciência jurídica.

Feitas tais anotações preliminares, a razoabilidade deve ser reconhecida a título de postulado jurídico que informa o teste de juridicidade da ponderação levada a efeito pelo agente competente.

É o teste que aprecia a harmonia entre a medida afinal concretizada, após a ponderação que instrumentalizou os subprincípios que informam a proporcionalidade, e a racionalidade extraível de consensos comunitários[381], isto é, daquilo que, em média, reputa-se possível como ser aplicado sem choque para os padrões éticos, morais, associativos e de convívio sob determinado recorte de tempo e de lugar.

Evita-se, sob a calibração da razoabilidade, os excessos e os desvios comportamentais insuscetíveis de serem universalizados em um contexto social.[382]

---

381 MARTINS, Ricardo Marcondes. *Estudos de Direito Administrativo Neoconstitucional*. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 38.

382 "Como bem salienta Willis Santiago Guerra Filho, na Inglaterra fala-se em princípio da irrazoabilidade e não em princípio da razoabilidade. (...) E esse teste da irrazoabilidade, conhecido também como teste Wednesbury, implica tão somente rejeitar atos que sejam excepcionalmente irrazoáveis. Na fórmula clássica da decisão Wednesbury: 'se uma decisão [...] é de tal forma irrazoável, que nenhuma autoridade razoável a tomaria, então pode a corte

Se antes já criticamos[383] o consenso social como cambiante e suscetível de profundas imperfeições conforme até mesmo o quadrante social em que se insere a autoridade competente[384], tal crítica pode ser mitigada se a medida apreciada tiver sido objeto de efetivo procedimento decisório participativo.

Isto pois, em tal ocasião, o contexto social percebido pelo procedimento decisório envolverá aquele integrado ao escopo de alcance da medida pretendida e avaliada, funcionando, pois e de fato, como um elemento de observação quanto à eventual irracionalidade da medida diante das necessidades, interesses e conjuntura socioeconômica que dos autos administrativos se revelem, considerando-se, ainda, as normas jurídicas que com aqueles se vinculem e seus respectivos pesos.

A própria percepção do excesso e de dissenso social agudo apenas poderá ser efetivamente captada se adequadamente compreendido o contexto em que inserida a medida pretendida, pois é nele, e não no do agente competente, que se insere a aferição da razoabilidade da decisão estatal.

Sob tal perspectiva, em relevante texto voltado justamente à compreensão do princípio da razoabilidade como parâmetro de atuação e controle da Administração Pública, atribuindo à razoabilidade a percepção de

---

intervir'. Percebe-se, portanto, que o teste sobre a irrazoabilidade é muito menos intenso do que os testes que a regra da proporcionalidade exige, destinando-se meramente a afastar atos absurdamente irrazoáveis." (SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais* 798-2012, p. 23-50, p. 29).

383 RIGAMONTI, Thiago Reis Augusto. *Do Procedimento de decisão administrativa: da fundamentação mediante ponderação, op. cit.*, p. 155.

384 O "consenso social" como elemento de ponderação decisória traz problemática ínsita ao meio envolto no procedimento de decisão. Por exemplo, a vedação ao aborto revelará consenso social àquele cujo meio é de matriz religiosa tradicional, revelando-se precisamente o oposto para aquele doutro meio social ou em cuja família tenha se dado uma infeliz e indesejada gestação, mesma sorte da sonegação de impostos, da punibilidade a menores púberes, da vedação aos benefícios do regime semiaberto de pena privativa de liberdade, enfim, de pré-conceitos que podem se revelar pacíficos para determinados sujeitos e seu nicho social próximo, à luz de sua concepção de mundo, embora de inaceitável universalização, daí se compreender dever prevalecer a "cultura jurídica", ao invés da "subjetividade de la cambiante opinión pública" (SANTIAGO, José María Rodríguez. *Metodología Del Derecho Administrativo - Reglas de racionalidade para la adopción y el control de la decisión administrativa*. Spanish Edition. Ed. Marcial Pons, 2016, p. 98), considerando que o Direito se impõe, também e precisamente, para vedar excessos da maioria (BARROSO, Luís Roberto. *Da Falta de Efetividade à Judicialização Excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*, p. 10. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>. Acesso em: 06 jun. 2021).

ausência de racionalidade da medida diante de parâmetros de racionalidade[385], de normalidade social[386], de justiça[387] e de eficiência[388], Mário Aroso de Almeida bem observa como a ponderação valorativa - sujeita ao controle também sob os cânones da razoabilidade - dos interesses do caso concreto representa o modo de a Administração exercer os seus poderes de escolha quanto ao conteúdo de sua atuação[389], destacando a importância da dimensão procedimental decisória hábil à escolha livre, consciente e esclarecida, sem qualquer déficit ponderativo por não consideração de fatos ou de interesses relevantes:

> Como é sabido, o reconhecimento da relevância da dimensão procedimental da atividade administrativa fez, nas últimas décadas, o seu caminho no direito europeu continental e, naturalmente, também entre nós. Para isso contribuiu o reconhecimento de que os procedimentos administrativos tendem a ser cada vez menos um instrumento de verificação da existência de pressupostos previamente definidos pela lei e da consequente dedução da "única decisão correta" a adoptar em função deles, para serem um instrumento de realização de escolhas, valorações e ponderações, em busca do compromisso de ideias e interesses contrapostos.
>
> Também no nosso ordenamento jurídico é, pois, hoje, amplamente reconhecida a importância da correção do procedimento de formação das decisões da Administração e, nessa perspectiva, assumido que a exigência de que o agente realize uma ponderação dos interesses em jogo, fazendo uma escolha livre, consciente e esclarecida, não é compatível com a "ausência de exame particular das circunstâncias do caso, por

---

385 Decisões irracionais, que não atendem a uma lógica de coerência, são irrazoáveis (ALMEIDA, Mário Aroso de. *O princípio da razoabilidade como parâmetro de atuação e controlo da Administração Pública*. Coimbra: Ed. Edições Almedina, 2020, p. 78-81).

386 Para além das decisões irracionais, ainda que elas detenham lógica e coerência, os standards de racionalidade "adequada às circunstâncias" atrai a percepção de "normalidade social" e não apenas de coerência lógica formal, de modo que são signos de irrazoabilidade as decisões anormais, casuísticas e que destoem da experiência e da resposta dada a casos anteriores (Ibid., p. 84-87).

387 No sentido de adequação ao senso comum e a juízos de valor moderados e geralmente aceitos que refletem a consciência jurídica geral da comunidade (Ibid., p. 88-91).

388 Sendo irrazoáveis aquelas em que não há mínima proporção entre os custos e os proveitos dos fins de modo a afastar qualquer aceitabilidade social à luz dos padrões vigentes de eficiência (Ibid., p. 92-93).

389 Ibid., p. 17.

> falta de consideração de factos ou de ponderação de interesses relevantes".
>
> (...) Na verdade, como em qualquer contexto em que são possíveis diferenças de opinião, a escolha depende de um balanço entre razões em conflito, não basta recorrer à lógica positiva, que relaciona a solução com os fundamentos que a suportam, para sustentar um juízo ou uma decisão, mas também é necessário recorrer à lógica negativa, que se concretiza na apreciação crítica dos argumentos contrários.[390]

A possibilidade de controle de conformidade do juízo valorativo do agente competente traz consigo, pois, a necessidade de retidão do procedimento de decisão administrativa participativo, mormente porque é através dele, e não apenas da lógica interna da decisão ou do contexto social da autoridade decisória ou de controle, que se aprecia eventual excesso a título de irracionalidade, anormalidade social ou inaceitabilidade sob a perspectiva de eficiência, inclusive à luz das eventuais alternativas.[391]

3.3.6. Princípio da Transparência

Já antes elucidamos que o princípio da transparência é reconhecido como mais amplo do que a publicidade, isto pois pressupõe não apenas que os atos estatais sejam públicos, mas que estejam visíveis com facilidade, a qualquer hora e momento, "é a informação que corre, como um rio perene", que "opera através de uma comunicação contínua, imparcial, plena e verossímil"[392], exigindo-se postura mais intensivamente ativa do Poder Público e não apenas receptiva (de mero atendimento ao solicitado).

---

390 Ibid., p. 52 e 72.

391 A apreciação das alternativas e de seus níveis de eficiência perfaz, inclusive, elemento indissociável também da motivação controladora (para a qual é essencial a retidão do procedimento decisório da medida controlada e dos elementos de ponderação com este carreados), consoante texto normativo inserido na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (artigo 20, parágrafo único).

392 MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Estudos de Direito Ambiental 3*. São Paulo: Ed. Malheiros, 2019, p. 21.

É flagrante a vinculação do dever de transparência com o de prestação de contas, mormente porque aquele nada mais é do que um instrumento deste:

> O princípio da prestação de contas leva os governantes ou as pessoas responsáveis em todos os níveis da Administração Pública a explicarem à população seus projetos e suas decisões. O princípio da prestação de contas tem sua origem no princípio da transparência, pois traz por base, como regra geral, que não se admite a ocultação de dados e a manipulação de dados. Esse princípio está, também, ligado ao princípio da participação na tomada de decisões públicas.[393]

O princípio da transparência se conecta com os direitos e garantias individuais relativos, em especial, ao acesso à informação e sigilo da fonte, quando necessária ao exercício profissional (artigo 5.º, XIV), direito de percepção de informações públicas de interesse individual ou coletivo (inciso XXXIII), de obtenção de informações e certidões para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal, coletivo ou geral (incisos XXXIII e XXXIV, "b"), publicidade ampla de atos processuais, exceto se em defesa da intimidade ou se interesse social exigir postura diversa (inciso LX), identificação, pelo preso, da autoridade responsável por seu interrogatório ou prisão (LXIV) e garantia de impetração de "habeas data" para conhecer de informações em bancos de dados públicos ou as retificar (inciso LXXII).

O termo "transparência" foi o adotado pelo constituinte derivado sob a perspectiva de acesso público e controle sobre atos de gestão relativos a novos regimes próprios de previdência social, fundos de suporte a políticas públicas na Educação e ao sistema nacional da cultura (vide artigos 40, § 22, VII, 212-A, X, "d" e 216-A, § 1º, IX), por exemplo, seguindo a diretriz de sua consolidação em grandes diplomas normativos publicistas, com destaque à Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar n.º 101/2000), que em seu artigo 48 (cuja redação foi alterada pela Lei Complementar n.º 137/2009)

---

393 Ibid., p. 21-22.

estampou a transparência da gestão fiscal[394] como a estabelecida mediante "ampla divulgação, inclusive em meios eletrônicos de acesso público", dos instrumentos orçamentários (planos, prestações de contas, relatórios, etc.) e, "em tempo real", de informações pormenorizadas sobre a execução orçamentária e financeira, além de tornar público e franco o acesso a informações relativas a quaisquer atos de despesa e de receita, até mesmo dos processos licitatórios realizados (artigo 48-A).

A Lei Nacional de Acesso à Informação (n.º 12.527/2011) também consagrou a gestão "transparente" da informação, "propiciando amplo acesso a ela e sua divulgação" como a primeira premissa a ser assegurada pelos órgãos e entidades do poder público (artigo 6º, I), tratando-se de conteúdo semântico adotado pelos recentes e relevantes diplomas legislativos do Código de Usuário do Serviço Público (ao estabelecer a "transparência" como princípio do serviço público: artigo 4.º da Lei Federal n.º 13.460/2017) e da nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (que também erigiu a "transparência" como princípio jurídico licitatório: artigo 5.º, Lei Federal n.º 14.133/2021).

Desta feita, o princípio participativo é pressuposto de uma ponderação completa e não deficitária, que leve em conta, efetivamente, os elementos de fato suscetíveis de sofrerem influxo pela decisão administrativa estimada, colaborando à compreensão de quais elementos de ponderação foram ou não foram (ou devem ou não devem ser), afinal, sopesados na decisão do agente competente.[395]

O acesso efetivo aos dados e elementos de instrução do processo administrativo propicia ferramenta potente de controle que o princípio da

---

394 Análoga observação é feita por DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, *op. cit.*, p. 88.

395 "A participação popular no Estado de Direito, ademais, representa um avanço nas formas de controle da Administração. Através dos institutos de participação, a coletividade passa a fiscalizar ativamente os desvios e abusos eventualmente cometidos pela Administração Pública. Ora, o crescimento da Administração Pública sobre a vida social, conforme vimos no capítulo anterior, importou na necessidade da criação de novos mecanismos de controle, visando à proteção dos cidadãos. Daí a criação dos institutos de participação popular em inteira coincidência de objetivos com o Estado de Direito" (PEREZ, Marcos Augusto. *A administração pública democrática: institutos de participação popular na administração pública*, *op. cit.*, p. 46-47).

transparência franqueia ao cidadão, para cujo racional instrumental, não obstante, revela-se fundamental que haja adequada exteriorização, através da instrução do processo administrativo no âmbito do qual se dá a decisão, dos dados colhidos, ou não, ao longo da ponderação decisória e de sua fase participativa antecedente.[396]

Justamente sob tal perspectiva é que David Duarte já destacou o deslocamento do eixo central de estudo e apreciação do procedimento administrativo da técnica unilateral de sequência de rito decisório ("serialização formal") para a análise do conteúdo, propriamente dito, do procedimento que consiste em uma operação continuada de tratamento de informação.[397]

O procedimento passa a ter eixo central consistente enquanto "meio preparatório da decisão" que esclareça as incertezas projetadas como bases decisórias, de modo a enfrentar as distintas alternativas e interesses que se relacionam à questão objeto do procedimento.[398]

E, para tal desiderato, a participação enquanto fase do processo administrativo se revela substancial:

> Uma das consequências que derivam desta deslocação do centro temático do procedimento administrativo reside no relevo que o fenômeno participatório vem a adquirir como meio de cooperação na tarefa de descoberta da decisão. A relação de

---

396 "a participação popular na Administração Pública tem como objetivo básico possibilitar a atuação do cidadão diretamente na gestão e no controle da Administração Pública, com o escopo de (1) tornar eficiente a execução das diferentes tarefas administrativas e (2) dar efetividade aos direitos fundamentais. Vimos, ademais, que a consecução desses escopos, através dos institutos de participação popular, somente se viabiliza por serem esses institutos instrumentos (1) de colaboração entre a sociedade e a Administração; (2) de abertura ou transparência da Administração e, afinal, de (3) busca de consentimento, adesão e consenso dos administrados, cada vez mais necessários para a plena realização dos objetivos da função administrativa" (Ibid., p. 69).

397 DUARTE, David. *Op. cit.*, p. 96.

398 "Esta substancialização da noção de procedimento resulta do facto, complementarmente, de que a direção da decisão é efectuada através do tratamento da informação, como o conjunto de elementos do preceito jurídico e das situações da vida que devem ser subsumidas na norma em causa. O processo de tratamento da informação, que é, do mesmo modo, o objeto do procedimento administrativo, visa a preparação da decisão e a consequente escolha entre alternativas. Identificado o problema e avaliadas as necessidades da decisão futura, o procedimento desenvolve-se através da seleção de informação e do seu processamento" (Ibid., p. 96).

> proximidade continuada que o procedimento propicia com os interessados no objeto procedimental, e assim porque o procedimento aparece como condição *sine qua non* da participação, permite que a categoria jurídica em causa se substitua à idéia autoritária de resolução do caso concreto, aparecendo como um meio de diálogo interactivo. (...) As injunções permanentes de explicação do desenvolvimento procedimental, a transparência do processo e o tratamento comum dos dados levam a um crescimento da capacidade de aceitação dos efeitos do acto conclusivo.[399]

O princípio da transparência conectado, então, com a fase participativa no procedimento de decisão, assegura a exata compreensão da racionalidade (ou da ausência dela) decisória diante das alternativas e interesses colidentes, cada qual com os valores jurídicos que amparam, ou não, as respectivas pretensões e pontos de vista.

Reciprocamente, de nada (ou pouco) adiantaria a fase participativa sem a transparência a submetê-la ao escrutínio dos destinatários da medida, bem como menos valeria a transparência se não houvesse o que ser visto diante da adoção de decisões reiteradamente unilaterais e com deficiência ponderativa e de fundamentação.

3.3.7. Princípio da Moralidade

A moralidade foi inserida na Constituição da República de 1988, em seu texto de origem, como um dos princípios a serem obedecidos pela Administração Pública Direta e Indireta, ao lado dos princípios da legalidade, impessoalidade e publicidade (artigo 37, *caput*), aumentando-se o leque principiológico com a posterior inclusão (através da Emenda Constitucional n.º 19/1998) da eficiência.

O mesmo bem jurídico (moralidade) foi incluído como escopo de tutela autônoma através de ação popular - ao lado do patrimônio público, histórico e

---

399 Ibid., p. 97.

cultural e do meio ambiente -, sempre que lesado mediante ato inválido (artigo 5.º, LXXIII, da Constituição Federal).

A moralidade também foi relatada, tal como a probidade, como premissa para, em sua ausência, estabelecerem-se casos de inelegibilidade (artigo 14, § 9.º), conteúdo normativo que já se depreendia, ademais e ao menos formalmente, da antecedente Constituição (de 1967), conforme se revela de seu artigo 151, IV[400].

A previsão insistente e autônoma da moralidade enquanto valor juridicizado reforça, *per se*, que se buscou mais do que a necessária atenção às normas de conteúdo formal prescritivo, mas também o atendimento a certos preceitos de índole moral suscetíveis de serem considerados como coercitivos na gestão da coisa pública.

É inegável a problematização de eventual acolhimento da "moralidade administrativa" tal como se o for da moralidade comum, isto é, dos deveres que assolam a consciência cambiável dos indivíduos.[401]

Neste sentido, conforme bem observa Márcio Cammarosano, "pessoas que professam os mesmos valores podem divergir quanto às projeções concretas dos mesmos" e pessoas que divergem quanto à percepção do moralmente legítimo podem, diante do caso concreto, convergirem quanto à conduta concreta exigível[402], reforçando-se a natureza relativa da noção de

---

400 Art. 151. Lei complementar estabelecerá os casos de inelegibilidade e os prazos nos quais cessará esta, com vistas a preservar, considerada a vida pregressa do candidato: (Redação da pela Emenda Constitucional nº 8, de 1977)

I - o regime democrático;

II - a probidade administrativa;

III - a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprêgo públicos da administração direta ou indireta, ou do poder econômico; e.

IV - a moralidade para o exercício do mandato.

401 Parte das citações doutrinárias realizadas neste capítulo constou em RIGAMONTI, Thiago Reis Augusto. *Da Desnecessidade de Lesividade Material na Ação Popular, op. cit.*, p. 98-109.

402 CAMMAROSANO, Márcio. Princípio constitucional da moralidade administrativa. *Enciclopédia jurídica da PUC-SP*. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano

moralidade e a inviabilidade de que a moral jurídica seja absolutamente confundida com a moral comum, isto é, com as noções individuais, locais ou até mesmo majoritárias do proceder comunitariamente aceito.[403]

Robert Alexy professa, ao seu turno, a denominada teoria da dupla natureza do direito, sustentando que não é apenas a produção formalmente adequada da norma que a torna integrante do Direito. A eficácia social e a correção moral integram os pilares necessários para a definição do Direito.[404]

O Direito exige, para a sua eficácia social, uma pretensão de correção, enquanto elemento indissociável de sua legitimidade, racionalidade e legitimação, obtidas mediante discurso racional que induz à aprovação quanto ao dever universal de seu cumprimento: uma norma só pode encontrar "aprovação universal em um discurso se as consequências de sua observância geral para a satisfação dos interesses de cada um dos indivíduos podem ser aceitas por todos".[405]

Sob a perspectiva do autor, a "validade moral" é elemento necessário ao Direito e representa ser qualificado como correto por qualquer um em um

---

Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017, p. 3. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/65/edicao-1/principio-constitucional-da-moralidade-administrativa> . Acesso em: 15 mai. 2023.

403 "A moralidade administrativa não pode ser dissociada da legalidade; pelo menos da legalidade em sentido amplo, entendida esta como a qualidade do que está conforme ou compatível com a ordem jurídica, e não apenas com a lei em sentido estrito. Na fórmula 'non omne quod licet honestum est' – nem tudo que é lícito, é honesto, isto é, nem tudo o que a lei permite é moralmente aceitável – o Direito e a Moral podem ser representados por dois círculos concêntricos, sendo maior o da Moral. A moralidade administrativa, contudo, não constitui esse círculo maior que extrapola o mundo jurídico, não expande o Direito de sorte a torná-lo compreensivo também do que estava em princípio fora dele, para além dele.(...) Nem todo ato ilegal é imoral. Mas não se pode reconhecer como ofensivo à moralidade administrativa ato que não seja ilegal. Não existe ato que seja legal e ofensivo à moralidade. Só é ofensivo à moralidade administrativa porque ofende certos valores juridicizados. E porque ofende valores juridicizados, é ilegal. Ofender certos valores torna o ato especialmente viciado. Não será apenas qualificado como ilegal, mas também ofensivo à moralidade administrativa. A imoralidade administrativa é, digamos, resultante de uma qualificadora de ilegalidade. Sem o vício quanto à legalidade não há que se cogitar da circunstância que a qualificaria especialmente" (CAMMAROSANO, Márcio. *O Princípio Constitucional da Moralidade e o Exercício da Função Administrativa*. São Paulo: Editora Fórum, 2006, p. 102-103).

404 ALEXY, Robert. Principais elementos de uma teoria da dupla natureza do direito. *Revista de Direito Administrativo* - FGV, 253, 9-30, 2010, p. 9. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8041> . Acesso em: 11 mai. 2023.

405 Ibid., p. 15.

discurso ideal. Visando a eliminar o subjetivismo da percepção do que seja um "discurso ideal", Robert Alexy erige seus principais predicados a serem aferidos conforme o caso concreto, quais sejam a ausência de contradição, possibilidade de universalização, clareza linguístico-conceitual, verdade empírica, consideração das consequências, adequada ponderação, ultimação da troca de papéis e promoção discursiva em ambiente de democracia deliberativa e jurisdição constitucional.[406]

O autor não recusa a necessidade de formalização da norma (direito positivo), mas, em síntese, atrai à sua validade a pretensão de correção exteriorizada mediante o discurso racional:

> De acordo com a tese da natureza dupla, o direito possui necessariamente tanto uma dimensão fática ou real, quanto uma ideal ou crítica. O caráter necessário dessa conexão decorre de dois princípios contrapostos: o da segurança jurídica e o da justiça. Já que a pretensão de correção envolve ambos os princípios, estão os dois necessariamente vinculados com o Direito. O princípio da segurança jurídica exige a vinculação às leis formalmente corretas e socialmente eficazes, o da justiça reclama a correção moral das decisões. Nenhum dos dois princípios pode jamais sobrepujar o outro totalmente.[407]

Immanuel Kant se deteve de modo relevante sobre a percepção da moralidade e sua suscetibilidade a conceitos *a priori*, dando-lhe recorte conceitual que a distingue de uma pressão externa (como se dá com a lei), mas que se efetiva por vontade e impulso próprios, por conhecimento do dever por si só, sem inclinação externa: "O dever de virtude é distinto do dever jurídico essencialmente pelo fato de a este ser moralmente possível uma coerção externa, e aquele, porém, repousar unicamente na auto coerção livre".[408]

---

406 Ibid., p. 16-27.

407 Ibid., p. 18-19.

408 KANT, Immanuel. *Metafísica dos Costumes*. Trad. por Grupo de Traduções Kantianas, formado por (primeira parte) Clélia Aparecida Martins, (segunda) parte) Bruno Nadai, Diego

Kant prevê a lei moral enquanto aquela que subordina a conduta à possibilidade de sua universalidade para lhe medir a conformidade. Trata-se, para o autor, de lei geral que também deve servir como princípio, a de que "devo portar-me sempre de modo que eu possa também querer que minha máxima se torne em lei universal"[409], sistematizando inúmeras hipóteses como conformes ou desconformes à lei moral, inadmitindo os variados níveis de mentira e de avareza e recusando que nas relações do homem para consigo mesmo e perante os demais possa ele (homem) ser considerado mero instrumento de atingimento de determinado fim, professando, pelo contrário, o dever de o homem ser considerado um fim em si mesmo em virtude de sua mera condição humana.[410]

A conduta moral é, então e na lição Kantiana, aquela hábil a, sob racional análise, conformar-se enquanto universal, suscetível de atrair a felicidade aos homens.

Carlos Santiago Nino discorre sobre o movimento filosófico do construtivismo ético, o qual hierarquiza a moral entre a "social" - formada pelos conceitos positivados e vigentes - e a "crítica" (ideal), havendo prevalência da última, pois não se praticará a primeira se com aquela for colidente.[411]

Os princípios gerais morais que informam o construtivismo ético perfazem, sob a perspectiva do autor argentino, a natureza "pública" das normas morais (não secretas), "gerais" (de aplicação indistinta) e suscetíveis à "universalidade" (reconhecimento coletivo se sujeito a um discurso ideal), supondo-se como decidiria um árbitro ideal.[412]

Kosbiau e Monique Hulshof. 4ª reimpressão. Petrópolis/RJ: Ed. Vozes; Bragança Paulista/SP: Ed. Universitária São Francisco, 2013, p. 194.

409 PASCAL, Georges. *O pensamento de Kant*. 2ª edição. Petrópolis: Ed. Vozes, 1977, p. 115.

410 KANT, Immanuel. *Op. cit.*, p. 195-299.

411 NIÑO, Carlos Santiago. *El Constructivismo Ético*. Madrid: Centro de Estudos Constitucionales, 1989, p. 92-96.

412 Ibid., p. 110-113.

De fato, se a percepção da moral crítica e ideal não é de todo desprovida de subjetivismo, tampouco o é a conceituação e interpretação da moral social (positivada), inviabilizando-se este argumento contrário e propiciando a pertinência de se reconhecer o discurso moral como epistemologicamente útil.[413]

Celso Antônio Bandeira de Mello anotou a vinculação etimológica do termo moralidade ao latim *mos-mores*, cujo significado é "costumes". A moralidade perfaz, então, os bons costumes na Administração Pública, não sob a perspectiva do que efetivamente se pratica, mas do que a sociedade crê que deva ser praticado. É o substrato de um ordenamento jurídico, o princípio geral de direito que independe de positivação, associando-se às percepções de boa-fé, lealdade, honestidade, retidão, honra, palavra, etc.[414]

A irradiação de referido princípio provoca a que a Administração haverá de proceder em relação aos administrados com sinceridade e franqueza, sendo-lhe "interdito qualquer comportamento astucioso, eivado de malícia, produzido de maneira a confundir, dificultar ou minimizar o exercício de direitos por parte dos cidadãos".[415]

Marçal Justen Filho segue mesma toada, observando que a moralidade exige "que a atividade administrativa seja desenvolvida de modo leal e que assegure a toda a comunidade a obtenção de vantagens justas. Exclui a aplicação do provérbio de que o fim justifica os meios", não olvidando o autor

---

413 "la práctica efectiva del discurso moral tiene um certo valor epistemológico, puesto que el intercambio de puntos de vista y el consenso unanime tenden a producir soluciones moralmente correctas, conforme ellas fueron definidas em esta sección. Este valor se transfiere en parte, como veremos, a um sucedâneo del discurso moral, tal como es el procedimiento democrático de toma de decisiones, que puede superar, dentre de las limitaciones impuestas por aquellos mismos princípios, muchas indeterminaciones morales. Por certo que este recurso está lejos de constituir uma panacea completa: como se sabe, las normas jurídicas que resultan de tal procedimento tambíen suelen presentar serias indeterminaciones (como vaguedades, lagunas, contradicciones, etc.), y para resolver éstas no hay más remédio, como se vio em el capítulo I, que recurrir a la argumentacción moral" (Ibid., p. 124).

414 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Legalidade e Moralidade. *Revista de Direito Tributário-69*, Mesa de Debates (25.10.1996), p. 180-207.

415 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, *op. cit.*, p. 103.

que mesmo a menção abstrata ao interesse público não justifica a expropriação ardilosa de bens ou destruição de interesses de um particular.[416]

Da obra de Hely Lopes Meirelles constam as pertinentes digressões quanto a que o ato administrativo não terá que obedecer somente à lei jurídica, "mas também à lei ética da própria instituição, porque nem tudo o que é legal é honesto, (...) segundo as exigências da instituição a que serve e a finalidade de sua ação: o bem comum"[417]. A moralidade administrativa está intimamente ligada, sob tal perspectiva, ao conceito do "bom administrador", dando "valor jurídico à vontade psicológica do administrador", aproximando-se à "boa-fé objetiva" do Direito Privado, na qual é vista como norma de comportamento leal a qual cada pessoa deve ajustar a própria conduta, "obrando como obraria um homem reto: com honestidade, lealdade, probidade".[418]

Thiago Marrara delimita relevantes critérios para aferir a moralidade do ato administrativo, dividindo-a em subprincípios, quais sejam a "moralidade enquanto probidade" – exigindo-se do administrador a boa-fé em suas condutas, exercendo a função pública com vistas ao atingimento apenas do interesse público primário e não no desejo de concretizar interesses particulares –; a "moralidade como razoabilidade" – demandando que os atos administrativos sejam suscetíveis de crivo quanto à sua adequação (possibilidade de atingimento do fim pelo meio eleito), necessidade (inexistência de meio menos gravoso) e proporcionalidade (as vantagens do fim superam as desvantagens do meio) –; e a "moralidade como cooperação" – impondo esforços institucionais na estrutura interna dos órgãos, perante entes externos e face aos cidadãos (até bem os informando), com cooperação administrativa para atingir a finalidade maior, qual seja o interesse público.[419]

---

416 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*, *op. cit.*, p. 65.

417 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 42 ª Ed., atualizada até a emenda constitucional 90, de 15.09.2015. Editora Malheiros, 2016, p. 94.

418 Ibid., p. 96-97.

419 MARRARA, Thiago (org.). *Princípios de direito administrativo: legalidade, segurança jurídica, impessoalidade, publicidade, motivação, eficiência, moralidade, razoabilidade, interesse público*. São Paulo: Ed. Atlas, 2012, p. 164-177. Cite-se o trecho das lições de Marrara que sintetiza a sua concepção: "Em breve síntese, sustenta-se que a moralidade

Ricardo Marcondes Martins também relaciona o Direito com a Moral, expondo, sob a perspectiva do autor, que a visão Kelseniana de prevalência da lei teria se revelado insuficiente diante da falência da visão extremada positivista ao legitimar momentos históricos incompatíveis com a dignidade da pessoa humana, de modo que até a Constituição se vincula ao postulado da Justiça - premissa de produção normativa, ao lado da proporcionalidade e da razoabilidade -, enquanto ótima ponderação entre os valores incidentes, mormente porque a intolerável injustiça afeta mesmo o campo da existência da norma jurídica, e não apenas de sua (in)validade[420], autorizando-se a resistência ativa.

À luz das lições do autor, ainda que moral (conceito sobre a perspectiva íntima) e Direito (sob a perspectiva de exterioridade) sejam conceitos distintos, a moralidade administrativa atrai a percepção moral "dentre as regras sociais sobre o que se considera certo e honesto", pois "muitas transcendem a esfera da intimidade e repercutem nas relações intersubjetivas".[421]

A moralidade administrativa detém, ainda sob as lições do autor, aspectos objetivos e subjetivos, estando os primeiros concentrados em condutas quanto aos seus aspectos exteriores (vedação à conduta contraditória, *tu quoque*, *supressio*, etc.), enquanto os segundos mais se relacionam ao móbil do agente (probidade, honestidade)[422], sendo possível se extrair, da moralidade administrativa, tanto a estrutura de regra ao tempo em

---

administrativa impõe a atuação proba, razoável e cooperativa da Administração Pública, suas entidades, órgãos e agentes públicos quer em relações internas, ou seja, em relações entre os próprios órgãos e agentes públicos, quer em relações externas, *i. e.*, envolvendo a Administração Pública, de um lado, e os administrados, de outro. Somente o respeito constante e simultâneo aos três vetores é capaz de concretizar a moralidade no exercício da função pública e permitir que se fale de uma 'boa administração'. Afinal, em um cenário democrático, tal como anota Egon Bockmann Moreira, administração pública e moralidade andam juntas. A necessidade de legitimação do Estado e de suas ações exige mais que a mera legalidade. Demanda, na verdade, uma administração pública integralmente compatível com os valores constitucionais e, sobretudo, comprometida com a concretização de interesses sociais legitimamente eleitos, os chamados interesses públicos primários" (Ibid., p. 177-178).

420 MARTINS, Ricardo Marcondes. *Estudos de Direito Administrativo Neoconstitucional*. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 30-47.

421 Ibid., p. 49.

422 Ibid., p. 53-56.

que determina a sua observância quando da edição de ato administrativo, quanto a sua incidência como princípio jurídico visando à otimização para a hipótese ponderativa frente a eventuais valores jurídicos colidentes (por exemplo: quando de juízo invalidatório de ato administrativo diante de má-fé do agente público que resultou em efeitos favoráveis a administrado de boa-fé).[423]

José Afonso da Silva observa que a ideia subjacente ao princípio em questão é a da moralidade jurídica, e não comum. “Essa consideração não significa necessariamente que o ato legal seja honesto”, mas que a moralidade administrativa consiste em regras de conduta tiradas da disciplina anterior da Administração e, tendo conteúdo jurídico, é aferida a partir de regras e princípios da Administração. Arremata: “A lei pode ser cumprida moralmente ou imoralmente”[424].

Sérgio Ferraz reconhece no princípio da moralidade uma “coercitiva internalização de valores, que assim desenharão o que é um agir moral constitucionalmente determinado”, de modo que não se trata da moral comum de índole íntima, tampouco da mera submissão à lei (legalidade), mas de atenção aos valores de natureza ética socialmente afirmados pelos quais se espera seja pautada uma conduta.[425]

Uadi Lammêgo Bulos considera que a moralidade administrativa “equivale ao conjunto de preceitos tirados da estrutura interna da Administração, os quais têm em vista a moral profissional, isto é, a conduta honesta, proba e honrada do ‘bom administrador’ (Hauriou)”. Evidencia, portanto, o comportamento “zeloso, sério, dedicado, isento dos vícios e das mazelas humanas, as quais comprometem o espírito público do mandatário de uma coletividade”. É algo que equivale à “boa-fé e à lealdade, não como categorias que se confundam com ela, mas em oposição à astúcia, à malícia e à dissimulação”, revelando-se no dever de tratar com lisura e decência as

---

423 Ibid., p. 50-53.

424 SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 42ª edição, rev. e atual. até a emenda constitucional n. 99, de 14.12.2017. São Paulo: Editora Malheiros, 2019, p. 679.

425 FERRAZ, Sérgio. *Tratado de Direito Administrativo Brasileiro (Parte Geral)*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2022, p. 263.

finanças públicas, sem desvirtuar os dinheiros do Estado, fazendo menção à coligação do núcleo do princípio constitucional da moralidade com as doutrinas da proibição de ir contra atos próprios ("venire contra factum proprium"[426]) e à contrária à caducidade ou retardamento desleal.[427]

O Supremo Tribunal Federal já adotou decisões críticas ao alargamento da noção de princípio da moralidade ao que simplesmente o julgador compreende ser o correto sem que haja respaldo normativo ou contratual bastante[428] e, por outro lado, já atribuiu à moralidade administrativa juridicidade

---

426 Acerca da vedação ao comportamento contraditório, confira-se: "Uma das principais funções do princípio da boa-fé é limitadora: veda ou pune o exercício de direito subjetivo quando se caracterizar abuso da posição jurídica. E no âmbito dessa função limitadora do princípio da boa-fé objetiva, diz o mencionado jurista Ruy Rosado de Aguiar Junior, 'que são estudadas as situações de *venire contra factum proprium*, *supressio, surrectio, tu quoque'*. A teoria 'dos atos próprios', ou a proibição de *venire contra factum proprium*, aduz, 'protege uma parte contra aquela que pretende exercer uma posição jurídica em contradição com o comportamento assumido anteriormente. Depois de criar uma certa expectativa, em razão de conduta seguramente indicativa de determinado comportamento futuro, há quebra dos princípios da lealdade e de confiança se vier a ser praticado ato contrário ao previsto, com surpresa e prejuízo à contraparte'." (GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro, Vol. 03 – Contratos e Atos Unilaterais*. 8ª edição. São Paulo: Ed. Saraiva, 2011, p. 60).

427 BULOS, Uadi Lammêgo. *Op. cit.*, p. 678-679.

428 Neste sentido, o Supremo Tribunal Federal reconheceu inexistir incidência do princípio da moralidade que vedasse percepção de honorários advocatícios por advogado empregado de sociedade de economia mista por existir previsão no negócio jurídico subjacente, com destaque à ementa e voto do Relator Ministro Marco Aurélio Mello:

"ACORDO – HOMOLOGAÇÃO JUDICIAL – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – AÇÃO DE NULIDADE – PRINCÍPIO DA MORALIDADE. Implica violência ao artigo 37, cabeça, da Constituição Federal a óptica segundo a qual, ante o princípio da moralidade, surge insubsistente acordo homologado em juízo, no qual previsto o direito de profissional da advocacia, detentor de vínculo empregatício com uma das partes, aos honorários advocatícios.

Voto. (...) Passo ao exame do extraordinário sob o ângulo do artigo 37 da Carta Federal, levando em conta o princípio de subjetivismo maior, ou seja, o da moralidade. Consignou-se que o que pactuado contrariaria esse princípio. Percebem os parâmetros da cláusula homologada em Juízo. Previram-se honorários advocatícios a serem satisfeitos, considerados os patronos da recorrida, pela empresa sucumbente. Em síntese, não resultou da citada cláusula ônus para a recorrida. Como, então, empolgar o princípio da moralidade a partir de premissa segundo a qual, mantendo o profissional da advocacia vínculo empregatício com sociedade de economia mista, o salário percebido já cobre o desempenho havido, não se podendo cogitar do direito a honorários advocatícios? A visão mostrou-se generalizada e, deve-se notar, foi implementada por escassa maioria no julgamento de embargos infringentes, sendo as decisões do Juízo e também do Tribunal de Justiça no julgamento da apelação favoráveis ao ora recorrente e ao falecido profissional. Descabe assentar, como fez o Tribunal de origem, a violência ao artigo 37 da Constituição Federal, ao princípio da moralidade, no que, à margem da relação empregatícia, previu-se, em acordo homologado e decorrente de sentença transitada em julgado, que os honorários advocatícios – repita-se, a cargo não da recorrida, mas da empresa sucumbente, a CESP – seriam pagos aos profissionais da ora recorrida. O passo mostrou-se demasiadamente largo, contrariando o que ajustado e

suficiente para, autonomamente, proscrever condutas, tais como a nomeação de parentes da autoridade nomeante, até terceiro grau, para cargos públicos de provimento em comissão, independentemente de proibição legal específica[429].

Não obstante as digressões doutrinárias não precisamente unânimes, revela-se absolutamente possível reconhecer, no núcleo essencial das variadas perspectivas, que a moralidade administrativa, seja enquanto regra a ser invariavelmente observada quando da tomada de decisão, seja enquanto princípio suscetível de ponderação a depender do caso concreto (mormente em juízos invalidatórios), não é sinônimo da moral comum ou dos costumes culturais, que são círculo mais extenso de sua expressão.[430]

Por outro lado, ela não é mero reforço da legalidade.

A moralidade administrativa se situa como o dever jurídico de satisfação de certos preceitos éticos universais que se compatibilizam com valores juridicizados pelo ordenamento quando do exercício específico da função administrativa.

---

homologado pelo Judiciário". (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE n.º 407.908*, Primeira Turma, rel. Min. Marco Aurélio Mello, j. em: 13 abr. 2011).

Nos debates subjacentes à deliberação colegiada, o Ministro Dias Toffoli asseverou que se o Poder Judiciário sair, ao seu bel prazer, "aplicando autonomamente o princípio da moralidade, nós não teremos a aplicação da justiça, teremos outra coisa, cairemos no subjetivismo absoluto do julgador, sem parâmetros". A Ministra Carmen Lúcia, em seu voto (acompanhando o Relator), anotou que embora discordasse da afirmação feita pelo Min. Dias Toffoli quanto a não possibilidade de aplicação autônoma do princípio da moralidade, no caso a ofensa a esse princípio estaria afastada pelas evidências de boa-fé e harmonia aos limites das funções do recorrente (espólio do advogado) (Ibid., 2011).

429 "Administração pública. Vedação do nepotismo. Necessidade de lei formal. Inexigibilidade. Proibição que decorre do art. 37, caput, da CF: Embora restrita ao âmbito do Poder Judiciário, a Resolução 7/2005 do Conselho Nacional da Justiça, a prática do nepotismo nos demais Poderes é ilícita. A vedação do nepotismo não exige a edição de lei formal para coibir a prática. Proibição que decorre diretamente dos princípios contidos no art. 37, caput, da CF. Precedentes. Recurso extraordinário conhecido e parcialmente provido para anular a nomeação do servidor, aparentado com agente político, ocupante de cargo em comissão". (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE n.º 579.951*, Primeira Turma, rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em: 20 ago. 2008).

430 "É de se augurar que o controle da moralidade administrativa se mantenha dentro dos seus lindes próprios, sem excessos que degenerem em perquirições indevidas no puro mérito do ato administrativo, ou nas verdadeiras opções político-administrativas inspiradas pelo bem comum" (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação Popular: proteção do erário, do patrimônio público, da moralidade administrativa e do meio ambiente*. 3ª ed., revista e atualizada. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1998, p. 93).

A noção não é, em rigor, nova.

Ora, no Direito Privado contratual, marcado profundamente pela autonomia de vontade (em que é possível, então, legítima e voluntariamente, dispor, ainda que em prejuízo flagrante, do complexo das relações jurídicas do sujeito: o que não seria ao agente público que "presenta" o Estado), a percepção de tais preceitos éticos universais vem juridicizada em diversos institutos jurídicos com enraizamento moral genérico, tais como "função social", "paridade", "simetria", "probidade", "boa-fé", vedação ao prejuízo desproporcional mediante a fixação da "lesão" e do "estado de perigo" como defeitos dos negócios jurídicos, possibilidade de revisão da prestação diante de "onerosidade excessiva", vedação ao "enriquecimento sem causa", etc (vide artigos 156, 157, 421, 421-A, 422, 478, 874 e ss., dentre outros, do Código Civil brasileiro).

Isto, registre-se, no Direito Privado de índole contratual, isto pois, em outros segmentos civis, tais como no Direito de Família, por exemplo, as percepções de "inocente", "(in)digno", "equânime", etc. recheiam as disposições normativas civilistas.

Institutos dantes citados, mormente aqueles relativos à legítima confiança, são consagrados e pacificamente referenciados na praxe contratual (*venire contra factum proprium*, *tu quoque*, *supressio*, *surrectio*, etc.).

Qual a novidade, então, de tal atração de preceitos morais, suscetíveis de serem universalizados diante da instrumentalização exclusiva dos poderes-deveres estatais para a satisfação do interesse público, enquanto elementos jurídicos com carga prescritiva?

Ora, o Direito é informado não apenas pela lei em sentido estrito, mas também pelos princípios incidentes e as técnicas de integração do sistema normativo (analogia, costumes e princípios gerais do direito, à luz do art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro).

A finalidade social das normas jurídicas - isto é, as suas pretensas mudanças fenomênicas (e quiçá valorativas ou morais) - é expressamente

reconhecida como elemento a ser atingido pelo juiz na “aplicação da lei” (artigo 5.º, LINDB), inviabilizando-se o reconhecimento de pureza formal do direito, tal como se um fim em si mesmo.

A Lei Federal n.º 4.717/1965 - que regula a ação popular e é instrumento normativo de controle que vigora há décadas e já ultrapassou duas constituições em contextos sociais e estatais díspares - já previu certas condutas que seriam suscetíveis de invalidação que podem ser reconhecidas como genuinamente (i)morais e, mais, sob a sua perspectiva subjetiva (móbil do agente), ao tempo em que não acompanhadas, necessariamente, de ilegalidade intrínseca ao ato ou lesividade, tais como “inexistência de motivos” ou “desvio de finalidade” (art. 2º, alíneas “d” e “e”, respectivamente).

O desvio de finalidade, apesar de elemento flagrantemente subjetivo, é reconhecido como exemplo de origem da incidência do princípio da moralidade administrativa[431] e, eventualmente, pode se dar ainda que desacompanhado de afronta à norma formal ou até mesmo de prejuízo ao patrimônio público material. Exemplifica-se: se determinado Prefeito Municipal desapropria determinada propriedade com o propósito singular de infortunar o seu proprietário e, ao fazê-lo, logra pagar quantia inferior aos padrões de mercado, há desvio de finalidade, o qual, paradoxalmente, até beneficia o patrimônio do órgão público sob a sua perspectiva formal e material.

A subjetividade e a relatividade que servem de ferrenha crítica à concepção “não restrita” de moralidade administrativa não nos parecem fundamentar, de fato, o propósito que intuem.

Ora, os comandos principiológicos e os conceitos jurídicos indeterminados estão presentes em todos os segmentos do Direito formalmente constituído e nem por isso lhes é recusada eficácia, bem pelo contrário, reconhecem-se enquanto mecanismos de operabilidade e otimização ao intérprete diante da infinidade de complexas relações sociais, mesma sorte que acompanha o Direito Administrativo.

---

431 CAMMAROSANO, Márcio. Princípio constitucional da moralidade administrativa. *Enciclopédia jurídica da PUC-SP*, *op. cit.*, p. 5.

O reconhecimento moderno das normas jurídicas, notadamente as constitucionais, a título de "ordem objetiva de valores"[432], como de fato são, reforça a dupla estrutura do Direito e a sua compatibilidade conceitual com o dever de satisfação da moralidade "administrativa" (não comum), isto é, focada nos preceitos éticos universalizáveis sob o específico recorte do exercício da função administrativa.

As elucidações retrocitadas se dão, em tema assaz espinhoso, com o único propósito de se estabelecer o recorte epistemológico quanto ao que se considera moralidade administrativa, neste capítulo, não visando a exaurir ou dar solução, sob a perspectiva do autor, a tal complexa percepção (o que em muito extravasaria o escopo do trabalho), mas tornar possível se aferir que, sob tais premissas, a participação popular no procedimento de decisão administrativa otimiza a satisfação de hígidos critérios objetivos e subjetivos harmônicos à moralidade administrativa, mitigando (ou minimamente servindo como obstáculo) desvios entre a medida adotada e o interesse público prevalente.

Isto pois é evidente que o escrutínio público otimiza a atração, aos elementos de ponderação, de precedentes, expectativas, confianças legítimas e outros valores jurídicos que, objetivamente, devam ser considerados na tomada de decisão, igualmente colaborando à elucidação dos fatos reais que inviabilizam a racional atribuição de peso a elementos subjetivos contrários à moralidade administrativa ou desviantes do dever ideal de satisfação do interesse público.

3.4. Vias de participação

Revela-se pertinente o recorte quanto a quais vias concretas se constituem em efetivos instrumentos de participação comunitária, isto com o

---

[432] MARTINS, Ricardo Marcondes. As alterações da LINDB e a ponderação dos atos administrativos. *A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, ano 20, n. 79, p. 259-284, jan./mar. 2020, p. 268-269.

propósito precípuo de identificação de modos que otimizam, ou não, os princípios democrático, republicano e participativo, dentre os demais retrocitados, quando do procedimento de decisão administrativa.

A identificação dogmática de vias que efetivamente se conectem com a participação popular[433] - e não com perspectivas outras, mormente as de natureza comutativa ou meramente contratual - também colabora com a sua implementação, desmistificando perspectivas que visem a satisfazer tal predicado mediante instrumentos que não revelam, de fato, a aptidão para a otimização da colheita dos interesses jurídicos colidentes e satisfaçam o dever de justa ponderação quando da tomada de decisão com efeitos gerais.

3.4.1. Audiências e consultas públicas

As audiências e consultas públicas foram previstas expressamente na Lei Federal de Processo Administrativo (n.º 9.784/1999), as primeiras enquanto instrumentos de apresentação e colheita de dados, opiniões, críticas e sugestões quanto à matéria do processo, em ato público específico e previamente designado, e as segundas enquanto o estabelecimento de um prazo, devidamente objeto de divulgação, para a percepção de alegações escritas por parte de quaisquer interessados (artigos 31 e 32 do diploma em referência).[434]

---

433 Trata-se de perspectiva análoga à sustentada por Marcos Augusto Perez: "Valendo-nos dessas observações, podemos definir os institutos jurídicos de participação popular na Administração, em traços gerais, como instrumentos legalmente previstos que possibilitem aos administrados, diretamente, ou através de representantes escolhidos especificamente para este fim, tomar parte na deliberação, na execução ou no controle das atividades desenvolvidas pela Administração Pública, com o objetivo de tornar mais eficiente a atuação administrativa e dar efetividade aos direitos fundamentais, por meio da colaboração entre a sociedade e a Administração, da busca da adesão, do consentimento e do consenso dos administrados e, afinal, da abertura e transparência dos processos decisórios" (PEREZ, Marcos Augusto. *A administração pública democrática: institutos de participação popular na administração pública*, *op. cit.*, p. 72).

434 Ibid., p. 79-82. Sobre as audiências e consultas públicas enquanto vias efetivas de participação popular, em seu aspecto formal, discorremos, de forma análoga, em RIGAMONTI, Thiago Reis Augusto. *Das Vias de Participação Popular nos Procedimentos Decisórios Estatais, op. cit.*, p. 16-20.

Referido diploma legislativo não as estabeleceu como obrigatórias no processo administrativo, mas como uma faculdade (“poderá”) quando a matéria processual envolver assunto de interesse geral ou diante da relevância da questão.

A Lei Federal n.º 13.848/2019 - que “Dispõe sobre a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das agências reguladoras” - contém dispositivo que merece destaque não apenas pela obrigatoriedade de consultas públicas prévias às tomadas de decisão, minutas e propostas de alteração de atos normativos de interesse geral de agentes econômicos, consumidores ou usuários dos serviços regulados (artigo 9.º, *caput*), como também pelo pertinente conceito normativo das consultas públicas, tendo se estabelecido a sua duração, aliás, por no mínimo 45 (quarenta e cinco) dias: “A consulta pública é o instrumento de apoio à tomada de decisão por meio do qual a sociedade é consultada previamente, por meio do envio de críticas, sugestões e contribuições por quaisquer interessados”.

Mesma premissa normativa foi estabelecida pelo artigo 29 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - incluído em tal diploma pela Lei Federal n.º 13.655/2018 -, ao prever que a edição de atos normativos por autoridade administrativa “poderá” ser precedida de “consulta pública para manifestação de interessados, preferencialmente por meio eletrônico, a qual será considerada na decisão”.

A previsão de tal permissivo, em concreto, em Lei Nacional como a de Introdução às Normas do Direito Brasileiro elide qualquer dúvida quanto ao permissivo legislativo para a instituição de consultas públicas enquanto etapa do procedimento administrativo decisório, não obstante fosse possível se aferir tal expediente enquanto decorrência dos princípios juridicizados democrático e participativo, e não apenas de modo opcional, mas como diretriz a ser otimizada.

Além disso, referidas vias participativas também perfazem ritos (permitidos ou obrigatórios) de inúmeras matérias e segmentos normativos específicos, no âmbito dos quais se instituiu a fase da audiência ou consulta

pública enquanto premissa para a racional, motivada e imparcial decisão, efetivamente dialética diante do dever de colheita de dados e opiniões, com o seu enfrentamento discursivo, sobre os quais (segmentos com legislação específica) mais detidamente se tratará em capítulo próprio.

A Emenda Constitucional n.º 111/2021, de 28 de setembro de 2021, previu interessante mecanismo de consulta popular sobre questões locais aprovadas pelas Câmaras Municipais e encaminhadas à Justiça Eleitoral com antecedência mínima de 90 (noventa) dias das eleições, de modo a subordinar quesitos à votação popular concomitantemente ao sufrágio local para os mandatos de Prefeitos e Vereadores (a Emenda acresceu os §§ 12 e 13 ao artigo 14 da Constituição Federal, com o citado conteúdo normativo).

Ainda que os princípios juridicizados objeto de estudo já autorizariam a consulta popular independentemente de uma autorização constitucional expressa pelo constituinte derivado (o que, aliás, já era objeto de regulamentação pelo Tribunal Superior Eleitoral ao prever a ultimação de plebiscitos, referendos e consultas conformes às Constituições Estaduais e Leis Orgânicas Municipais de modo simultâneo às eleições: Resolução n.º 23.385/2012 - que “Estabelece diretrizes gerais para a realização de consultas populares concomitante com eleições ordinárias”), não há a menor dúvida de que o status constitucional de tal permissivo e com elevado grau de concretude deve fomentar a sua implementação e exaurir eventuais dúvidas sobre a sua aplicabilidade e otimização, superando lacunas normativas porventura existentes em leis infraconstitucionais e locais.

Até mesmo as ouvidorias públicas, cuja instituição se tornou obrigatória por todos os órgãos públicos diante do conteúdo normativo da Lei Federal n.º 13.460/2017 (artigos 9.º e seguintes) - que “Dispõe sobre participação, proteção e defesa dos direitos do usuário dos serviços públicos da administração pública” -, tornam-se instrumento perene e continuado de interlocução entre o administrado usuário dos serviços públicos e o Poder Público (tal como uma consulta pública constantemente aberta sobre os serviços públicos), de modo que quaisquer “manifestações perante a

administração pública acerca da prestação de serviços públicos" podem ser promovidas, vedando-se a recusa ao recebimento de manifestações e ordenando-se a mitigação de formalismos (artigos 10 e 11), bem como sendo asseguradas a eficiência e a celeridade em efetiva resolução das manifestações dos usuários mediante recepção do requerimento no canal de atendimento adequado, emissão de comprovante de recebimento da manifestação, análise e obtenção de informações, quando necessário, decisão administrativa final e ciência ao usuário (artigo 12, parágrafo único e incisos I a V).[435]

Não obstante o caráter intuitivo do que se afirma, é evidente que a oitiva das opiniões, críticas e sugestões, em audiência ou durante o prazo de consulta pública, atrai o enfrentamento discursivo de tais manifestações, o que, de todo modo, restou expressamente consignado em todos os diplomas normativos que influem na matéria.

As audiências públicas se distinguem da consulta pública sobretudo pela oralidade daquelas[436], cuja origem é atribuída a princípio clássico do direito inglês denominado "right to a fair hearing", de modo que os cidadãos

---

435 Irene Patrícia Nohara aborda a importância das ouvidorias como exemplo da incidência do princípio da participação popular na gestão e no controle da Administração Pública: "O princípio da participação popular na gestão e no controle da Administração Pública é decorrência do modelo de Estado Democrático de Direito, adotado pela Constituição de 1988. A Constituição possui diversas normas que garantem a participação da população na Administração (ex.: arts. 10, 187, 194, 206, VI etc.). A Emenda Constitucional nº 45/2004, por exemplo, modificou a redação do inciso X do art. 93, no sentido de exigir que as decisões administrativas dos tribunais, além de motivadas, também sejam tomadas em sessão pública, para que haja maior controle popular. A legislação infraconstitucional prevê, em regra, mecanismos de participação ou de controle de pessoas de fora da Administração, tais como a consulta e a audiência públicas (cf. arts. 31 e 32 da Lei nº 9.784/99), o disque-denúncia e a ouvidoria. O papel da ouvidoria é proteger o cidadão-administrado de violações a direitos e abusos de poder, decorrentes de erros, negligências, decisões injustas e má administração das autoridades públicas. Representa, portanto, agente indutor de participação popular, que orienta e, consequentemente, eleva a qualidade do desempenho da função administrativa. A ouvidoria, no geral, vincula-se à figura do ouvidor, que deita raízes no denominado *ombudsman*. Trata-se de expressão de origem nórdica (proveniente da fusão de *ombud*, que significa procurador ou representante, com *man*, isto é, homem). A atribuição de *ombudsman* foi criada na Suécia (1809) para controlar a observação das leis pelos tribunais e funcionários públicos, sendo, em suma, um representante dos cidadãos nas instituições públicas" (NOHARA, Irene Patrícia Diom. *Direito Administrativo*. 12.ª ed. Barueri: Ed. Atlas, 2023, p. 242).

436 Ibid., p. 254.

interessados na tomada de decisão não podem deixar de ser ouvidos e terem suas opiniões consideradas pela autoridade decisória.[437]

Acerca do conceito de audiência pública, Cristina Andrade Melo a propõe tal como um processo administrativo, ainda que incidental a outro processo, "cujo objetivo é ouvir segmentos da sociedade antes da formulação de uma política pública ou da tomada de uma decisão", contribuindo para a "(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 o "(iv) aperfeiçoamento da transparência e do controle social da ação estatal".[438]

Mariana Mencio bem observa como as audiências públicas reclamam duas premissas formais básicas, quais sejam instrumentalizar a coleta de opinião e o debate público, destacando a perspectiva de integrarem a noção de devido processo legal em sua origem histórica anglo-saxã ("public hearings"), justamente desde então fundadas na justiça natural e no direito de defesa quando versavam tanto sobre direitos individuais, quanto de índole coletiva, sendo o elemento de distinção entre as audiências e as consultas o fato daquelas serem predicadas pela oralidade.[439]

Neste sentido, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro estampou que a manifestação dos interessados "será considerada na decisão" (artigo 29, *caput*); a Lei Federal n.º 9.784/1999 (Lei do Processo Administrativo) prevê que "o comparecimento à consulta pública (...) confere o direito de obter da Administração resposta fundamentada" (artigo 31, § 2.º) e que os "elementos probatórios" apresentados pelos interessados "deverão ser considerados na motivação do relatório e da decisão" (artigo 38, § 1.º); e a Lei

---

437 MELO, Cristina. Andrade. *Op. cit*., p. 42-45.

438 Ibid., p. 55.

439 MENCIO, Mariana. *O Regime Jurídico da Audiência Pública na Gestão Democrática das Cidades*. Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Urbanístico, área de concentração Direito do Estado sob a orientação do Professor Doutor Márcio Cammarosano, 2007, p. 106-112.

Federal n.º 13.848/2019 prevê a publicidade e transparência às críticas e sugestões recebidas em audiência ou consulta pública, com o dever de igual publicização do "posicionamento da agência reguladora sobre as críticas ou as contribuições apresentadas no processo de consulta pública" (artigo 9.º, §§ 4.º e 5.º).

Também se reclama a prévia disponibilidade de dados bastantes que informam a ponderação estatal e a medida que se pretende implementar, tais como projetos, mapas, dados, pareceres, minutas, etc, o que de resto também foi exigido pelos diplomas em referência, até para que seja possível, de fato, a compreensão do escopo da pretensa medida administrativa e dos dados já colhidos pela autoridade decisória e que a informam (artigos 29, § 1.º, LINDB, 46 da Lei Federal n.º 9.784/1999 e 9.º, § 3.º, da Lei Federal n.º 13.848/2019), revelando-se pertinente a otimização da exegese sobre os dispositivos da LINDB ao apenas referenciarem a disponibilidade de "minuta" e da Lei 9.784/1999 ao mencionarem a possibilidade de "pedido de cópias" pelos interessados, haja vista que a transparência e a promoção da real participação implicam publicização prévia e de fácil acesso perene de tudo o quanto informa o conteúdo normativo da "minuta" em referência (e não apenas ela, em si), justamente à luz da amplitude designada pela Lei 13.848 (mais recente dos diplomas, vale frisar): [o órgão tomador de decisão] "deverá" disponibilizar, na sede e no respectivo sítio na internet, quando do início da consulta pública, o relatório de AIR, os estudos, os dados e o material técnico usados como fundamento para as propostas submetidas a consulta pública, ressalvados aqueles de caráter sigiloso (referido artigo 9.º, § 3.º).

É pertinente ressaltar a ausência de requisitos formais ou de exigibilidade de justificativa e a desconexão com requisitos eleitorais (apresentação de título de eleitor, por exemplo) para a participação cívica, seja pela natureza difusa e coletiva que predica os atos de Estado, seja pelo influxo normativo que atribui o caráter cívico a todos do "povo" (e não apenas a eleitores e pessoalmente interessados), sem distinção de qualquer natureza e cujos direitos e garantias fundamentais se estendem a "todos" os "brasileiros" e "estrangeiros residentes no País" (artigos 1.º, parágrafo único, e 5.º, *caput*, da

Constituição da República), o que em muito é corroborado pelos diplomas normativos infraconstitucionais, com ampliada conceituação de “interessado” a título de todo e qualquer que tenha direito ou interesse (ainda que difuso) afetado pela decisão (artigo 9.º, II, da Lei Federal n.º 9.784/1999), sem exigências específicas de motivação determinante ou de critérios formais de veiculação (vide artigos 10, §§ 1.º a 3.º, da Lei Federal n.º 12.527/2011, 10 e 11 da Lei Federal n.º 13.460/2017[440]).[441]

Enfim, satisfeitas tais premissas de ampliação da legitimidade participativa, transparência aos dados bastantes para escrutínio público e enfrentamento discursivo das questões decorrentes a refletir ponderação justa e não deficitária, as audiências e as consultas públicas integradas a procedimentos decisórios estatais perfazem, de fato, vias participativas substancialmente fundamentadas na perspectiva democrática, que colaboram

---

[440] Art. 10. A manifestação será dirigida à ouvidoria do órgão ou entidade responsável e conterá a identificação do requerente.

§ 1º. A identificação do requerente não conterá exigências que inviabilizem sua manifestação.

§ 2º. São vedadas quaisquer exigências relativas aos motivos determinantes da apresentação de manifestações perante a ouvidoria.

(...) § 4º. A manifestação poderá ser feita por meio eletrônico, ou correspondência convencional, ou verbalmente, hipótese em que deverá ser reduzida a termo.

(...) § 6º. Os órgãos e entidades públicos abrangidos por esta Lei deverão colocar à disposição do usuário formulários simplificados e de fácil compreensão para a apresentação do requerimento previsto no caput, facultada ao usuário sua utilização.

Art. 10-A. Para fins de acesso a informações e serviços, de exercício de direitos e obrigações ou de obtenção de benefícios perante os órgãos e as entidades federais, estaduais, distritais e municipais ou os serviços públicos delegados, a apresentação de documento de identificação com fé pública em que conste o número de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) será suficiente para identificação do cidadão, dispensada a apresentação de qualquer outro documento. (...)

Art. 11. Em nenhuma hipótese, será recusado o recebimento de manifestações formuladas nos termos desta Lei, sob pena de responsabilidade do agente público.

[441] A noção ampliada de povo - enquanto “*todo* o povo dos generosos documentos constitucionais, da população, de todas as pessoas, inclusive das (até o momento) sobreintegradas e das (até o momento) excluídas: trata-se do povo enquanto destinatário das prestações estatais negativas e positivas, que a cultura jurídica respectiva já atingiu” [MULLER, Friedrich. *Op. Cit.,* p. 100] - já foi antes referenciada, neste texto, através dessa citação de Friedrich Muller e da menção ao pensamento de Álvaro Luiz Valery Mirra [MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Participação, processo civil e defesa do meio ambiente no direito brasileiro. Tese de Doutorado – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2010, p. 212. Disponível em: <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-06102010-151738/pt-br.php>. Acesso em: 05 nov. 2021].

à otimização dos princípios democrático, participativo e republicano e proveem, então e neste aspecto, a juridicidade dos atos normativos e exteriorização do poder estatal decorrentes dos processos participativos em que instituídas.

3.4.2. Referendos e plebiscitos administrativos

A Constituição Federal estabelece, objetiva e expressamente, o plebiscito e o referendo como formas de exercício da soberania popular, sem restringir tais modalidades de consulta a atos de natureza legislativa.

O legislador infraconstitucional não apenas deixou de fazer tal restrição, como previu expressamente que medidas de natureza administrativa também perfazem o escopo de plebiscitos e referendos, conforme texto expresso do artigo 2.º, *caput*, §§ 1.º e 2.º da Lei Federal n.º 9.709/1998, mencionando-se matéria de acentuada relevância "constitucional, legislativa ou administrativa", bem como a serem convocados, respectivamente, com anterioridade ou posterioridade a ato legislativo "ou administrativo".

Por conseguinte, o mesmo texto normativo prevê, ao dispor sobre as consequências operativas decorrentes da convocação de plebiscito e referendo (sustação de trâmite e prazo de convocação após a promulgação, respectivamente), que as mesmas se dão sobre o projeto legislativo ou "medida administrativa" (artigos 9º e 11).

A possibilidade de aludidas consultas sobre matérias de competência legislativa ou "do Poder Executivo" constou expressamente no artigo 3.º do diploma em referência.

O projeto legislativo (PL n.º 112/2021) relativo ao pretenso Código Eleitoral, já dantes citado e que tem, dentre suas disposições, a pretensão de revogação da Lei Federal n.º 9.709/1998, prevê, expressamente e na mesma toada, que plebiscito e referendo são instrumentos de consulta direta à população sobre matérias que possam ser objeto de decisão política, legislativa

ou administrativa, cabíveis, ademais, para a percepção da posição e opinião sobre “ato normativo ou ato de gestão” (artigo 593, I e II).

Tal qual a Lei Federal n.º 9.709/1998 e o que já foi antes abordado, a convocação de plebiscitos e referendos se pretende manter através de Decreto Legislativo com iniciativa de um terço dos membros da respectiva Casa Legislativa ou, o que é novidade, mediante iniciativa popular de um por cento do eleitorado se plebiscito ou três por cento se referendo (artigos 596, § 1.º, 598, § 2.º e 599 do PL n.º 112/2021), reservando a competência normativa de Estados, Distrito Federal e Municípios quanto à matéria relativa a plebiscitos e referendos em seus âmbitos de atuação, aplicando-se a lei federal apenas no que couber (artigos 6.º da Lei Federal n.º 9.709/1998 e 595 do PL n.º 112/2021).

Se se pode considerar que o conteúdo normativo nacional é absolutamente certo e expresso quanto ao cabimento de plebiscitos e referendos sobre pretensões normativas ou medidas de índole exclusivamente administrativa, outros pontos controversos merecem menção.

Neste sentido, se a medida a ser objeto de pronunciamento popular direto pode ser de competência do Poder Executivo sem que haja processo legislativo a envolver o parlamento, revela-se certo contrassenso a que a iniciativa de sua convocação seja, ainda assim, por Decreto-Legislativo por aguda e intensa iniciativa exclusivamente de parlamentares.

Não que estes não possam deflagrar um processo de consulta, mas se revela contraditório que apenas a estes seja atribuída tal competência e não também ao Poder Executivo, em cujo âmbito é que se dará o procedimento decisório sem a “necessária” deflagração de processo legislativo.

Se a competência normativa se inicia e se encerra no Executivo, revelar-se-ia de todo evidente que ele mesmo poderia deflagrar o procedimento de participação direta da população sobre a medida administrativa que pretende, independentemente da sorte da cooperação doutro Poder.

Em sentido mais próximo ao ora sustentado prevê a Lei Orgânica do Município de São Paulo, por exemplo, reservando a convocação de plebiscito e referendo à proposta do Executivo, de 1/3 dos vereadores “ou” por pelo menos 2% do eleitorado, embora sujeite tais iniciativas, de todo modo e no geral, à decisão do Plenário da Câmara Municipal (artigo 45).[442]

A Constituição do Estado de São Paulo prevê, ao seu turno e sobre matérias de competência estadual, a convocação de referendos e plebiscitos exclusivamente pelo eleitorado, sob o quórum de 1% de seus integrantes, distribuído por ao menos cinco dentre os quinze maiores municípios com não menos que dois décimos de unidade por cento de eleitores em cada um deles (artigo 24, § 3.º, itens 2 e 3).

Enfim, a iniciativa para a convocação de plebiscito e referendo ao próprio Poder no âmbito do qual se dá o procedimento decisório se revela enquanto fator umbilical à sua própria competência decisória em se ponderando pela pertinência da oitiva direta e compulsória da população afetada, haja vista ser desta, afinal, a titularidade primária do poder, suscetível apenas de ser exercido, em parte, por mera representação, inviabilizando-se crer, sob o influxo otimizado dos princípios democrático e republicano, que a possibilidade de iniciativa doutros agentes competentes (parlamento e/ou fração do eleitorado) seja taxativa ou excludente daquela atribuível ao próprio competente para a medida que se pretende implementar.

Por conseguinte, ainda que de índole administrativa, uma vez convocado o plebiscito ou referendo a sua ultimação operacional é competência da Justiça Eleitoral, que “deve” realizá-lo, independentemente de eventual ajuste consensual específico[443]. Este é o conteúdo normativo do artigo 8.º da Lei Federal n.º 9.709/1998 (mantido, em essência, pelo artigo 599 do PL n.º 112/2021) e, por mera referência local, dos artigos 24, § 3.º, item “6”, da

---

442 MUNICÍPIO DE SÃO PAULO. Lei Orgânica do Município de São Paulo, de 4 de abril de 1990. Disponível em: <https://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/upload/LOM.pdf>. Acesso em: 05 jun. 2023.

443 Em outro sentido, Marcos Augusto Perez defende a pertinência de celebração de “convênio” específico (PEREZ, Marcos Augusto. *A administração pública democrática: institutos de participação popular na administração pública*, *op. cit.*, p. 119).

Constituição do Estado de São Paulo e 44, § 2.º, da Lei Orgânica do Município de São Paulo, todos a reclamarem a mera "comunicação" à Justiça Eleitoral, de modo que esta faça a operação pertinente, atendidas as suas autonomias financeira e administrativa, à luz de suas competências para dirigir processos eleitorais, expedição e controle dos respectivos títulos individuais (artigo 35, VIII e IX, do Código Eleitoral).

E o voto, é obrigatório?

Nosso ordenamento jurídico prevê o exercício da soberania, quando pelo voto - mormente o vinculativo da medida estatal, que é o predicado que desde o início se sustentou a plebiscitos e referendos -, exclusivamente sob a premissa obrigatória (artigo 14, § 1.º, I, da Constituição Federal), facultando-o aos analfabetos, maiores de setenta anos e aos menores púberes.[444]

A experiência brasileira, ainda que enxuta em tais espécies de democracia direta, revela eventos também concentrados na obrigatoriedade do voto, isso desde o plebiscito de 1993 para a definição da forma e sistema de governo (artigos 2.º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e 3.º da Lei Federal n.º 8.624/1993, que regulou o dispositivo constitucional transitório).

Ademais, o "voto" obrigatório reclamado pelo constituinte originário, no § 1.º do artigo 14 da Constituição, em nenhum momento se restringiu, textual ou axiologicamente, ao inerente ao sufrágio com vistas à eleição de representantes, estando no mesmo dispositivo normativo que consagrou a soberania popular não apenas pelo sufrágio representativo, como também pelo plebiscito e referendo, carecendo-se de fundamentação (seja normativa, seja lógica) que a eleição de um representante seja obrigatória e não o seja a definição de uma medida relevante por este pretendida.[445]

---

444 BULOS, Uadi Lammêgo. *Op. cit.*, p. 492-493.

445 Em sentido diverso e ainda que apenas sob a fundamentação de que seria "evidente" a referência do "voto" como se obrigatório exclusivamente no "processo eleitoral", sustenta Marcos Augusto Peres a não obrigatoriedade do voto em plebiscitos e referendos, "notadamente os administrativos" (PEREZ, Marcos Augusto. *A administração pública democrática: institutos de participação popular na administração pública*, *op. cit.*, p. 119).

3.4.3. Conselhos consultivos e deliberativos

O ordenamento jurídico brasileiro prevê, ao menos no plano formal, diversos conselhos, comissões e comitês enquanto órgãos dotados de relativa autonomia que devem colaborar com o exercício da função administrativa.[446]

Marcos Augusto Perez promove farta exemplificação dos conselhos instituídos na órbita do Poder Público Federal[447], atualmente estando vigentes, dentre os elencados pelo autor e ainda que sob novas denominações ou sob novos diplomas normativos (já serão citados os atualizados), os Conselhos Nacional de Turismo (artigo 8.º, III, Lei Federal n.º 11.771/2008), Nacional de Vitivinicultura (CONAVIN: artigos 1.º e seguintes da Lei Federal n.º 7.298/1984), Nacional dos Direitos da Mulher (artigos 1.º e seguintes da Lei Federal n.º 7.353/1985), Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (artigos 1.º e seguintes da Lei Federal n.º 8.242/1991), Tutelar (artigos 131 a 135 da Lei Federal n.º 8.069/1990), de Comunicação Social (artigos 1.º e seguintes da Lei Federal n.º 8.389/1991), Monetário Nacional (artigos 2.º a 5.º da Lei Federal n.º 4.595/1964), Nacional de Informática e Automação (artigos 1.º e seguintes da Lei Federal n.º 8.741/1993), Nacional do Idoso (artigos 5.º e 7.º da Lei Federal n.º 8.842/1994), Federal Gestor do Fundo de Defesa dos Direitos Difusos (artigos 1.º e seguintes da Lei Federal n.º 9.008/1995), Nacional de Ciência e Tecnologia (artigos 1.º e seguintes da Lei Federal n.º 9.257/1996), Regional de Pesquisas na Amazônia (artigos 1.º e seguintes da Lei Federal n.º 7.796/1989), Nacional de Seguridade Social (artigos 6.º e 7.º da Lei Federal n.º 8.212/1991), Gestor do Cadastro Nacional do Trabalhador (artigos 63 a 65 da Lei Federal n.º 8.212/1991), de Saúde (artigo 1.º, § 2.º, da Lei Federal n.º 8.142/1990), Deliberativo de Superintendência do

---

446 Agora com complementos, este tema foi por nós visitado em RIGAMONTI, Thiago Reis Augusto. *Das Vias de Participação Popular nos Procedimentos Decisórios Estatais*, *op. cit.*, p. 20-22.

447 PEREZ, Marcos Augusto. *A administração pública democrática: institutos de participação popular na administração pública, op. cit.*, p. 74-78.

Desenvolvimento da Amazônia (artigos 8.º a 10 da Lei Complementar Federal n.º 124/2007), de Administração da Superintendência da Zona Franca de Manaus (artigos 1.º e seguintes da Lei Complementar Federal n.º 134/2010), Deliberativo da Superintendência do Desenvolvimento do Nordeste (artigos 8.º a 10 da Lei Complementar Federal n.º 125/2007), Nacional da Educação (artigos 7.º e seguintes da Lei Federal n.º 4.024/1961), de Alimentação Escolar (artigos 18 e 19 da Lei Federal n.º 11.947/2009), Curador do Fundo de Desenvolvimento Social (artigos 5.º a 8.º da Lei Federal n.º 8.677/1993), Deliberativo do Fundo de Amparo do Trabalhador (artigos 18 a 22 da Lei Federal n.º 7.998/1990), Curador do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (artigos 3.º a 13 da Lei Federal n.º 8.036/1990), Comitê Nacional dos Refugiados (artigos 11 a 16 da Lei Federal n.º 9.474/1997), Nacional do Meio Ambiente (artigo 8.º da Lei Federal n.º 6.938/1981), Nacional de Agricultura e Pesca (artigo 9.º do Decreto Federal n.º 8.701/2016), Consultivo da Agência Nacional de Telecomunicações (artigos 33 a 37 da Lei Federal n.º 9.472/1997), Nacional de Assistência Social (artigos 17 e 18 da Lei Federal n.º 8.742/1993), Nacional de Recursos Hídricos e Comitês de Bacias Hidrográficas (artigos 34 a 36 e 37 a 40, respectivamente, da Lei Federal n.º 9.433/1997).

Acresçam-se, ainda, os Conselhos Nacionais de Política Cultural (artigos 1.º e seguintes da Lei Federal n.º 9.891/2019) e de Usuários de Serviços Públicos (artigos 18 a 22 da Lei Federal n.º 13.460/2017), registrando-se, ademais, que, diante do pacto federativo, diversos destes Conselhos e órgãos nacionais e federais detêm análogos paradigmas sob as órbitas estaduais e municipais, como se dá, diuturnamente, com Conselhos Estaduais ou Municipais de Meio Ambiente, da Criança e do Adolescente, da Saúde, dos Direitos da Mulher, da Cultura, do Turismo, de Usuários de Serviços Públicos, dentre outros segmentos estatais em que a sua instituição seja obrigatória ou atraia, de todo modo, a atenção do legislador local.

Referidos conselhos e órgãos têm um sem número de formas de composição, com membros oriundos de instituições organizadas públicas ou privadas ou da comunidade em geral, nomeados mediante indicação ou após eleição (direta ou indireta), com diversificação de origem paritária ou majoritária

a determinado segmento, com competências meramente opinativas, consultivas facultativas, consultivas obrigatórias ou até mesmo deliberativas, aqui vinculantes ou não da autoridade pública investida em mandato representativo[448], conforme cada norma que os regule.

O ponto fulcral que se reclama seja destacado é o fato de que o que caracteriza a participação popular sob a perspectiva do princípio democrático é a colaboração do particular sob o móvel predominantemente cívico, quer-se dizer, legitimado exclusivamente por sua condição de cidadão, e não tendo como mote eventual obrigação funcional ou vínculo orgânico com o Poder Público, como se daria com um cidadão que é, ao mesmo tempo, servidor público, mas manifesta-se por múnus do cargo e não pelo interesse predominantemente metaindividual.

É a "possibilidade de intervenção direta ou indireta do cidadão na gestão da Administração Pública, de caráter consultivo ou deliberativo"[449], que consagra a participação popular como meio de tornar efetiva a otimização democrática.

Referidos conselhos, portanto, ainda que limitados à perspectiva consultiva - seja facultativa, seja obrigatória, vinculante ou não à deliberação subsequente pela autoridade competente - ou, ainda e de modo mais intenso, caso detenham competência deliberativa (isto é, decisória, em si), caracterizar-se-ão como otimização democrática sempre que a sua composição atraia membros da comunidade não vinculados, organicamente, ao Poder Público, preferencialmente em proporção majoritária ou, ainda que minoritária, desde que sejam asseguradas vias participativas reais e efetivas aos grupos de menor proporção.[450]

---

448 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Participação popular na Administração Pública. R. *Dir. Adm.*, Rio de Janeiro, 191:26-39, jan./mar. 1993, p. 34-35.

449 OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. As audiências públicas e o processo administrativo brasileiro. *Revista de informação legislativa*, v. 34, n. 135, p. 271-281, jul./set./, 1997, p. 274.

450 No mesmo sentido: "Assim, os Conselhos são instrumentos que auxiliam a concretização da democracia na medida em que são *locus* de debate de questões relevantes para a comunidade, servindo, portanto, a instrumentalizar as mais diversas vozes sociais"

Não apenas a composição, mas a autonomia funcional e gerencial (aqui também sob a ótica financeira) de aludidos órgãos perfaz premissa básica de real influxo democrático na gestão estatal, desvinculando-os, hierarquicamente, da estrutura estatal liderada pelo agente investido do mandato representativo.

3.4.4. Parcerias com entidades sem fins lucrativos

Multiplicam-se, diuturnamente, as parcerias e ajustes celebrados entre o Poder Público e pessoas jurídicas sem fins lucrativos, visando à otimização de serviços nos mais variados segmentos que perfazem o conjunto obrigacional estatal, em especial a Saúde, ramo em que a complementação do sistema único, "segundo diretrizes deste" e mediante contrato de direito público ou convênio perfez previsão constitucional (artigo 199, § 1.º, CF).

O ponto é se referidos regimes de execução indireta de serviços públicos, de fomento ou, enfim, de parceria visando à conjugação de fins comuns podem ser considerados vias efetivas de satisfação do dever de otimização da gestão democrática das competências estatais [elencada como obrigação para os principais segmentos do serviço público em que tais ajustes são celebrados: na Saúde, por exemplo, a seguridade social deve ser organizada sob os objetivos "democrático e descentralizado", mediante gestão "quadripartite", com participação de "trabalhadores, empregadores, aposentados e do Governo" (artigo 194, parágrafo único, VII, da Constituição Federal), submetendo-se, o sistema único de saúde, à diretriz de "participação da comunidade" (artigo 198, III, CF)].

Impende destacar, para o enfrentamento de tal questionamento acerca da (des)conexão substancial entre as "parcerias" e o princípio democrático[451], que as instituições jurídicas constituídas por iniciativa exclusiva da

(SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. *A Participação Popular na Administração Pública: o Direito de Reclamação*, *op. cit.*, p. 115-116).

451 Agora com complementos, este tema foi por nós visitado em RIGAMONTI, Thiago Reis Augusto. *Das Vias de Participação Popular nos Procedimentos Decisórios Estatais*, *op. cit.*, p. 23-28.

comunidade, visando à satisfação de desígnios de interesse coletivo e não apenas dos membros da referida corporação, são habitualmente reconhecidas, "em sua essência, como estruturas voluntárias da cidadania"[452], isto pois, distintamente das instituições privadas de natureza empresária, que visam, juridicamente, à circulação de bens e serviços com o propósito lucrativo, as instituições que compõem o que se denomina de "terceiro setor" denotam uma natureza híbrida entre o interesse público e o privado, isto pois, embora compostas organicamente por membros privados e não vinculados ao Estado, atuam, predominantemente, em campos da Ordem Social que obrigam ao Estado, de modo a colaborar, no mínimo indiretamente, ao atingimento de suas finalidades.

Denominando-as como "entidades paraestatais", Maria Sylvia Zanella Di Pietro as define como "pessoas jurídicas de direito privado, instituídas por particulares, com ou sem autorização legislativa, para o desempenho de atividades privadas de interesse público, mediante fomento e controle pelo Estado"[453], anotando-se que o controle citado pela autora é quanto à atividade, em virtude do influxo do interesse metaindividual em sua desenvoltura, e não quanto à organização ou autonomia interna de tais pessoas jurídicas, até porque privadas.

As organizações da sociedade civil são, essencialmente, pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos, cujas atividades, pois, ao invés de atenderem à perspectiva individual do complexo de relações jurídicas (patrimônio) de seus sócios que se integram para fins comuns, relacionam-se a interesses coletivos que beneficiam à toda a comunidade.

E as pessoas jurídicas de direito privado sem fins econômicos são, sob os padrões da legislação civil (artigos 44 e 53 a 69 do Código Civil), necessariamente, "associações" (em cujo conceito amplo se incluem as

---

452 MIALHE, Jorge Luís; CARVALHO, André Ricardo. O Direito ao Meio Ambiente Sadio e as Organizações Não Governamentais (ONGS): Participação Democrática na Tutela Ambiental. In KIM, Richard Pae (coord.); BARROS, Sérgio Resende de (coord.); KOSAKA, Fausto Kozo Matsumoto (coord.). *Direitos Fundamentais Coletivos e Difusos: Questões sobre a fundamentalidade*. São Paulo: Ed. Verbatim, 2012, p. 154.

453 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo, op. cit.,* p. 551.

cooperativas, partidos políticos, templos religiosos, etc.) ou “fundações”, caracterizadas, em síntese e respectivamente, pela corporação de pessoas naturais para fins comuns não econômicos ou pela afetação de um determinado patrimônio para gestão voltada à satisfação de fim não lucrativo.[454]

Embora dúvida nenhuma haja de que tais instituições da sociedade civil em muito colaboram para a atenuação do múnus estatal mediante o engajamento da própria comunidade privada no provimento de suas necessidades, fato é que referidas pessoas jurídicas são, em sua origem, absolutamente privadas, instituídas e geridas com plena autonomia - havendo até vedação expressa a qualquer condicionante à prévia aprovação estatal (artigo 5.º, XVII e XVIII, da Constituição Federal).

Revelam-se, de fato, como mecanismos potentes de engajamento social, também podendo sê-lo sob a perspectiva democrática, em muito colaborando com a estruturação da comunidade com vistas à participação na gestão da coisa pública.

Porém, a sua constituição e natureza jurídica não representam, *per se*, um exercício de democracia direta e de interferência na gestão estatal, mormente porque, como dito, constituem-se e regem-se em sua atuação executiva de modo absolutamente autônomo e, em rigor, sem qualquer vinculação jurídica necessária ao exercício de atos estatais. Aliás, é comum que certas instituições deliberem, expressa e ideologicamente, por evitar e não manter quaisquer relações (que não estritamente fiscais ou necessárias) vinculativas ou contratuais com o Poder Público.

O ponto é se, a partir do momento em que referidas instituições passam a ter algum vínculo com o Estado, a sua natureza filantrópica e com intensa perspectiva cívica atrai a tal regime colaborativo contratual o predicado de instrumento de participação democrática, havendo relevantes vozes que sustentam que sim, por se tratar, em síntese argumentativa de tal ponto de

---

454 DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro, volume 1: teoria geral do direito civil*. 36ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva Educação, 2019, p. 285-306.

vista, de um particular participando da execução de um serviço de interesse público.[455]

O realce de aludido recorte se revela pertinente diante do flagrante interesse legislativo pela regulação de diversas vias de contratualização entre o Poder Público e, em especial, as instituições sociais sem fins lucrativos, havendo a previsão normativa de celebração geral de parcerias (termos de "colaboração" ou de "fomento") com ou sem transmissão de recursos (Lei Federal n.º 13.019/2014), de contratos de gestão com instituições que sejam qualificadas como "organizações sociais" (Lei Federal n.º 9.637/1998) e de termos de parceria com as que percebam o predicado de "organizações da sociedade civil de interesse público" (Lei Federal n.º 9.790/1999), isso apenas sob concentração em leis nacionais e dentre as mais relevantes.

A livre associação e instituição de fundações é, em si, um instrumento corolário da democracia, como antes anotamos, cientes de que tal mobilização favorece justamente a instrumentalização da sociedade civil quanto aos seus próprios desígnios independentemente da força estatal.[456]

O ponto é se isto também é um instrumento participativo de "gestão do Estado".

A autonomia de tais pessoas jurídicas já afasta, de plano, considerar sê-lo apenas por sua existência e constituição, haja vista que nascem, vivem e se dissolvem independentemente do contexto orgânico estatal, sem qualquer influxo necessário ou umbilical nos procedimentos decisórios que perfazem a competência dos mandatários eleitos pelo instrumento democrático indireto.

É totalmente possível, como dito, que uma entidade associativa ou fundacional tenha até aversão, por questões ideológicas, a vínculos com o

---

455 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Participação popular na Administração Pública. *R. Dir. Adm.*, Rio de Janeiro, 191:26-39, jan./mar. 1993, p. 29; PEREZ, Marcos Augusto. *A administração pública democrática: institutos de participação popular na administração pública, op. cit.,* p. 81-82.

456 Na doutrina estrangeira também se assinala como "as associações desempenham um papel estrutural nos processos de participação" (TESTARD, Christophe. *Pouvoir de décision unilatérale de l'administration et démocratie administrative*. LGDJ, 2018, p. 475), justamente pela condensação organizada de fins comuns.

Estado, deliberando por atuar sob obtenção de recursos e fomento exclusivamente privados.

Não obstante, se tais instituições passam a se vincular ao Estado, contratualmente, visando à satisfação de fins comuns, passa a haver influxo democrático participativo?

Cremos que não e explicamos.

Os instrumentos contratuais não atraem tais instituições como partícipes do procedimento decisório estatal. Passa a haver, apenas, uma conjugação de esforços materiais para a satisfação de fins públicos.

Se a mera conjugação de esforços fosse bastante para se caracterizar instrumento de participação democrática, a vinculação estatutária de pessoas naturais ao serviço público (elo do funcionalismo público) e a tomada de serviços privados através dos variados mecanismos contratuais também passariam a sê-lo, o que, em rigor, estenderia tanto o conceito participativo que o fragilizaria, uma vez que elidiria a compreensão da ainda pertinência de otimização de institutos “reais” de participação direta popular nos procedimentos decisórios em virtude da massificação de institutos “irreais”.

Neste sentido, a Lei Federal n.º 13.019/2014 (lei geral das parcerias) deixou claro que o instrumento contratual entre o Poder Público e a instituição privada deve conter um plano de trabalho preciso, com identificação de atividades, projetos e metas a serem ultimados, com as respectivas receitas e despesas (artigo 22).

Referido escopo de trabalho se submete, ademais e em regra, a um prévio certame competitivo que é nada mais do que uma espécie licitatória (artigos 23 e seguintes), prevalecendo a proposta que oferte melhor grau de adequação aos objetivos específicos do programa ou da ação e, se o caso, que detenha o melhor valor diante da referência constante do edital do chamamento (artigo 27).

Não é, então, qualquer entidade que participa dos desígnios estatais, mas apenas a vencedora.

Mas não para por aí. A instituição privada deve demonstrar exequibilidade dos fins propostos em regime de “mútua cooperação” (artigos 34 e 35, V, “c” e “e”), mantendo-se a gestão da parceria, invariavelmente, a um agente público (artigo 35, V, “g” e § 3.º), a quem compete a fiscalização do ajuste (artigos 61 a 72) e, também, a competência para a aplicação “unilateral” de sanções administrativas à entidade (artigo 73).

É um regime claramente “contratual” e comutativo, com prestação e contraprestação, além da presença constante das denominadas cláusulas exorbitantes que posicionam o particular em um regime de sujeição especial ao Poder Público.[457]

De duas, uma: a) ou a entidade permanece com plena autonomia e tem na pontual parceria com o Poder Público um contrato, em que se sujeita à supremacia do interesse público e ao cumprimento do programa obrigacional vinculativo fruto de um certame competitivo, em sendo vencedora, ao qual adere em virtude de mera oportunidade e conveniência própria na consecução de seus fins institucionais e o que o Poder Público promove com o mesmo interesse (de colaborar para que o particular faça aquilo que, em regra, àquele competiria); b) ou, se a dependência for tanta (o que se visualiza com frequência, ainda mais nas pequenas corporações locais), sob a perspectiva econômica e estrutural, do Poder Público, a instituição da sociedade civil deixa, de fato, de ter autonomia, dando-se o evento que a doutrina já percebeu de

---

457 “A característica da exorbitância é a mais ressaltada na teoria dos contratos administrativos, pois se relaciona, entre outras coisas, com o direito de a Administração modificar o contrato unilateralmente ou rescindi-lo, tendo em vista a consecução dos interesses públicos. Ela veicula, portanto, prerrogativas que posicionam a Administração, como titular da consecução dos interesses públicos, num patamar de supremacia que lhe confere a faculdade de alterar unilateralmente (*ius variandi* ou mutabilidade) o contrato, desde que respeite seu equilíbrio econômico-financeiro. Como manifestação de poderes administrativos, as cláusulas exorbitantes não envolvem prerrogativas arbitrárias, mas são, nos dizeres de Celso Antônio Bandeira de Mello, prerrogativas de supremacia ‘instrumentais à realização da finalidade pública’, uma vez que a tônica do contrato é deslocada ‘da simples harmonia de interesses para a consecução de um fim de interesse público’” (NOHARA, Irene Patrícia D. *Direito Administrativo*. 11.ª ed. São Paulo: Atlas, 2022, p. 456).

“(...) Quando a Administração celebra contratos administrativos, as cláusulas exorbitantes existem implicitamente, ainda que não expressamente previstas; elas são indispensáveis para assegurar a posição de supremacia do Poder Público sobre o contratado e a prevalência do interesse público sobre o particular”. (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo, op. cit.*, p. 262).

contrafação de uma autarquia[458], isto é, aquela pessoa deixa de ser, de fato, privada, e melhor seria se compusesse o regime jurídico e a organização do Estado (que, afinal, integralmente a sustenta e, por via lógica, fiscaliza e a sujeita aos seus desígnios gestores).

A realidade normativa não é distinta para os contratos de gestão com as organizações sociais, haja vista que a lei de regência igualmente estabelece regime obrigacional comutativo, com prestação e contraprestação (artigos 5.º a 7.º da Lei Federal n.º 9.637/1998), além de cláusulas exorbitantes relativas à fiscalização, sancionamento e rescisão unilaterais do ajuste (artigo 8.º a 10 e 16), prevendo-se, inclusive, a necessária presença de agentes públicos no conselho administrativo das entidades, ainda que minoritariamente (artigo 3.º, I, "a").

O Supremo Tribunal Federal deliberou, quando da compreensão da constitucionalidade do regime normativo das organizações sociais, pela

458 MARTINS, Ricardo Marcondes. Descentralização administrativa e contrafações. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 21, n. 114, p. 47-73, mar./abr. 2019, p. 67-68. Do mesmo autor, merece destaque a síntese de sua pertinente observação: "Muitas organizações sociais vêm prestando serviços públicos de saúde, educação etc. mediante financiamento integral dos cofres públicos. É de se duvidar que algum intérprete de boa-fé acredite, de fato, que haja aí uma atividade administrativa de fomento, em que a Administração apenas incentiva o particular a realizar uma ação benéfica ao interesse público. O fomento consiste numa 'ajuda' administrativa. Ora, no modelo das organizações sociais a Administração não 'ajuda', ela fornece todo fundo público necessário à prestação: bens imóveis e servidores ou o dinheiro necessário ao aluguel dos imóveis e contratação de empregados, todos os recursos financeiros necessários à prestação, entre eles os recursos para compra de insumos, pagamento de empregados, manutenção dos administradores etc. Como negar que quem presta o serviço é a própria Administração? A única diferença em relação à prestação direta é que, no caso das organizações sociais, a gestão é privada. (...) Não se exige dessas entidades, sob o argumento de que são entidades privadas apenas 'fomentadas' pelo Estado, o respeito às leis de licitação, nem se exige que realizem concurso público, nem suas despesas são submetidas às normas de direito financeiro e à necessidade de previsão orçamentária. Enfim, apesar de realizarem atividades da Administração, numa autêntica delegação, submetem-se ao direito privado, numa escancarada fuga das restrições próprias do regime administrativo. Ocorre que as normas de direito administrativo existem, em grande medida, para proteger o interesse dos administrados, principalmente para evitar a corrupção e, pois, o atentado aos princípios da impessoalidade e da moralidade administrativa. Se o fundo público – bens públicos, servidores públicos, dinheiro público – é repassado integralmente para uma entidade privada, o direito que recai sobre esse fundo, necessário para resguardar os interesses do povo, acompanha-o" (MARTINS, Ricardo Marcondes. Teoria das contrafações administrativas. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 16, n. 64, p. 115-148, abr./jun. 2016, p. 142).

necessidade de certame competitivo e igualitário prévio de modo a selecionar a organização social afinal celebrante do contrato de gestão.[459]

O regime normativo dos termos de parcerias com as organizações da sociedade civil de interesse público (OSCIPs) também reclama adequada descrição obrigacional comutativa (artigo 10, § 2.º e seus incisos, da Lei Federal n.º 9.790/1999), além da condicionante relativa à prévia qualificação pelo Poder Público, com sujeição especial de perda de tal status por decisão administrativa (artigos 2.º a 7.º).

Enfim, não há autonomia para que organizações da sociedade civil celebrem ajustes com o Poder Público, vindo a fazê-lo apenas as que lograrem êxito em seus respectivos procedimentos competitivos e qualificadores. Quanto às que celebram, sujeitam-se à mera contratualização comutativa (prestação e contraprestação), mantida a sua autonomia gestora ou, se de tão intensa for a dependência do recurso público, excluída fica, de fato, a sua autonomia, evidenciando-se, de uma forma ou de outra, exclusivamente um "acordo de vontades" com vistas à satisfação de interesses comuns, o que, cediço, em nada se confunde com a participação direta de particulares, sob a perspectiva cívica, visando a influenciar o procedimento decisório estatal.

Aliás, a sujeição dos "parceiros" a um regime de supremacia contratual do Poder Público posiciona estes como mero coexecutor dos serviços pretendidos, sem que haja efetiva aptidão para influxo na gestão ou planejamento dos serviços, desassociando-se dos caracteres consultivo, deliberativo ou fiscalizatório de intervenção na gestão administrativa que informa a concepção de participação[460] sob a perspectiva democrática.

Quanto muito, o aprofundamento da relação jurídica e a ampliação paulatina de conhecimento (técnico e gerencial) ampliam a perspectiva de

---

459 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI n.º 1.923/DF*, Rel. para acórdão Ministro Luiz Fux, Plenário, j. em: 16 abr. 2015.

460 "o direito de participação é o direito que se traduz na possibilidade de intervenção direta ou indireta do cidadão na gestão administrativa, de caráter consultivo, deliberativo ou fiscalizatório" (SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. *A Participação Popular na Administração Pública: o Direito de Reclamação, op. cit.,* p. 57-58).

influência (formal e/ou informal) dos atores envolvidos sobre os desígnios estatais, o que, porém, em nada se distingue da realidade executiva de um contrato administrativo ou de um vínculo funcional qualquer, sem que tal fenômeno se revele como fundamentado, direta ou essencialmente, na perspectiva democrática.

O interesse público presente nas atividades sem fins econômicos não as torna integrantes dos procedimentos decisórios estatais, tampouco fazem estes “menos representativos” e “mais participativos”.

Registre-se que enxergar procedimentos participativos onde, essencialmente, não o são, como aqui se aduz e como outros exemplos permitem fazê-lo (vínculos empregatícios e estatutários com pessoas naturais, contratos administrativos, concessões, etc), em que predomina, pois, um regime comutativo contratual e não uma participação cívica no procedimento decisório, prejudica a real e efetiva otimização dos princípios democrático e participativo mediante o estabelecimento de pertinentes institutos para tal desiderato.

CONCLUSÃO PARCIAL

1. A complexidade e a extensão das competências estatais e o dever de seu exercício motivado e racional inviabilizam, sob o contexto jurídico e normativo atual, a adoção de decisões administrativas, mormente aquelas cujo consequente seja geral, sem que haja ponderação entre valores juridicizados que possam predicar pretensões colidentes e suscetíveis de serem satisfeitas ou afetadas, conforme a medida administrativa afinal adotada.

2. A perspectiva de existência de uma pluralidade de interesses jurídicos que detenham, cada qual, um valor jurídico intrínseco que lhe atribua um determinado peso, variável conforme o caso concreto, torna necessário que a fundamentação das decisões estatais exteriorize, efetivamente, um discurso racional e ponderativo de quais os interesses que foram levados em conta - ou

que não o foram - e quais os pesos atribuídos a cada qual que culminaram na eleição de determinada medida administrativa como o melhor instrumental para a satisfação do interesse público.

3. O reconhecimento, então, das decisões administrativas como atos complexos que decorrem de um sucedâneo de justificativas, análises e aferições já atraiu, há décadas, a consagração do processo administrativo como o instrumento pertinente para a adoção dos atos sequenciais que visem à formação de ato administrativo regular e motivado, consagrando-se os direitos de participação dos interessados (sob a perspectiva da defesa ou, o que é o enfoque no recorte do presente texto, sob o influxo do princípio democrático).

4. Mormente sob o recorte da otimização participativa democrática, considera-se pertinente a distinção classificatória dos processos administrativos entre os a) ampliativos de direitos com efeitos individuais, b) ampliativos de direitos com efeitos gerais e participativo, c) restritivos de direitos e de defesa do administrado (quando o consequente é individual) e d) restritivo de direitos e participativo (quando o consequente é geral).

5. Os processos administrativos contêm, de todo modo, as fases procedimentais divididas em i) iniciativa, ii) instrução (coleta de dados, fatos e oitiva dos interessados), iii) decisão e iv) vias de publicidade e transparência.

6. O procedimento de decisão, integrado, então, à fase decisória dos processos administrativos, deve conter, necessariamente, a 1) identificação dos fatos sobre os quais se busca prescrever norma jurídica, com os decorrentes resultados e prognósticos suscetíveis de serem atingidos, 2) identificação das normas jurídicas que amparem as variadas medidas decisórias disponíveis e 3) a ponderação decisória hábil a se deliberar, afinal, pela medida prevalente.

7. A classificação dos processos administrativos sob a perspectiva participativa (“ampliativos de direitos com efeitos gerais e participativo” e “restritivo de direitos e participativo”) resulta em que, a título pragmático, a fase instrutória do processo reclama, necessariamente, a fixação de instrumentos

de participação democrática da comunidade, que visem à efetiva coleta de dados, fatos e interesses, os quais possam, afinal, integrar as fases do procedimento decisório referentes à 1) identificação dos interesses suscetíveis de ponderação, 2) das normas jurídicas a cada qual conectadas e 3) o sopesamento a culminar na decisão pela medida prevalente diante do caso concreto.

8. Reconhecendo-se que tal procedimento de decisão administrativa se revela enquanto instrumental necessário para a otimização também de princípios jurídicos como os da motivação, impessoalidade, contraditório, eficiência, transparência e moralidade, bem como para o atendimento aos postulados da proporcionalidade, justiça e razoabilidade, foram analisados alguns institutos visando à aferição de sua função efetivamente pertinente à otimização da necessária fase participativa em procedimentos decisórios.

9. Podem ser reconhecidas como medidas com viés efetivamente participativo sob a fundamentação democrática aquelas afeitas às audiências e consultas públicas quando procedidas sob ampla legitimidade participativa, transparência aos dados, prazos bastantes para escrutínio e enfrentamento discursivo e, afinal, fundamentação decisória que integre os interesses e pontos de vista à ponderação levada a efeito pelo agente competente.

10. Referendos e plebiscitos administrativos trazem consigo o análogo regime jurídico de tais institutos quando aplicados sobre medidas legislativas, de modo que a soberania popular se exerce diretamente e com potencial vinculativo ao mandatário, sob forte influxo democrático, mesma sorte dos conselhos setoriais consultivos e deliberativos, sempre que a sua composição atraia membros da comunidade não vinculados, organicamente, ao Poder Público, preferencialmente em proporção majoritária ou, ainda que minoritária, desde que sejam asseguradas vias participativas reais e efetivas aos grupos de menor proporção e garantida a autonomia funcional e gerencial (aqui também sob a ótica financeira) de aludidos órgãos, desvinculados, hierarquicamente, da estrutura estatal liderada pelo agente investido do mandato representativo.

11. As parcerias com entidades sem fins lucrativos, do mesmo modo que as hipóteses de contratualização do Poder Público com particulares, caracterizam negócio jurídico substancialmente comutativo e prestacional, com legitimidade participativa restrita ao vencedor de seus processos de seleção e sujeição ao regime jurídico exorbitante em proveito do Poder Público, inviabilizando-se que a mera presença de interesses institucionais comuns faça de tais ajustes uma participação sob a perspectiva democrática, mormente por não ser este o princípio jurídico que fundamenta a celebração destes contratos, informados, pois, pelo viés da otimização dos serviços públicos e da ordem social através de mecanismos contratuais.

4. DAS NORMAS DE PARTICIPAÇÃO POPULAR NA TOMADA DE DECISÃO ADMINISTRATIVA

4.1. Normativa geral

Não obstante se sustente, à luz dos fundamentos até então expostos, que os princípios jurídicos democrático e republicano, dentre outros, bem como os postulados da proporcionalidade, razoabilidade e justiça atraem a participação popular como fase a ser otimizada em processos administrativos cujo consequente seja de natureza geral (isto pois os de consequente individual avocam a participação sob o influxo substancial de outros princípios jurídicos: notadamente os do contraditório e da ampla defesa para os restritivos de direito e os da livre iniciativa ou da necessidade de consentimento para os ampliativos da esfera jurídica de seus destinatários), o legislador infraconstitucional estabeleceu normas jurídicas genéricas e aplicáveis às decisões administrativas, no geral, prevendo mecanismos de participação popular em processos administrativos e seus respectivos procedimentos decisórios.

Neste sentido, no capítulo “Da Instrução” dos processos administrativos, a Lei Federal n.º 9.784/1999 estabeleceu permissivo geral para a manifestação de terceiros antes da decisão, mediante a abertura de “consulta pública”, na qual poderão ser oferecidas alegações escritas; ou participação através de audiência pública para debates sobre a matéria do processo; ou, ainda, por quaisquer outros meios participativos de administrados, diretamente ou por organizações e associações legalmente reconhecidas (artigos 31 a 33).

Previu-se, ato contínuo, que os resultados dos meios participativos devem ser apresentados (artigo 34), além de o legislador ter reclamado justificação e motivação como pressupostos de validade da decisão ao final adotada (artigos 47, 48 e 50).

Isto não bastasse, o conceito de juridicamente “interessado” adotado pela Lei Federal do Processo Administrativo é amplo, atingindo não apenas os titulares dos direitos e interesses individuais objeto do processo administrativo

(artigo 9º, I), como também “aqueles que, sem terem iniciado o processo, têm direitos ou interesses que possam ser afetados pela decisão a ser adotada”, “as organizações e associações representativas, no tocante a direitos e interesses coletivos”, e “as pessoas ou as associações legalmente constituídas quanto a direitos ou interesses difusos” (incisos II, III e IV do artigo 9º, respectivamente).

Logo, a afetação de interesses (não apenas os diretos ou individuais) justifica a participação a título de interessado, mesma sorte alcançada por instituições de representação coletiva quando o processo versar sobre direitos coletivos ou difusos, o que atinge amplo panorama conceitual se se considerar que bens jurídicos habitualmente geridos pela Administração Pública se submetem ao conceito de difusos[461], tais como o patrimônio público e o meio ambiente (em sua ampla acepção[462]), por exemplo.

---

461 Para a compreensão dos direitos difusos como aqueles pertencentes à toda a comunidade, indeterminadamente e sem reclamarem algum vínculo necessário entre os seus titulares: “Os interesses transindividuais (de grupo, classe ou categoria de pessoas) podem ser assim classificados: *a) difusos* (quando envolvam um grupo indeterminável de lesados, reunidos por uma situação de fato comum, tendo objeto indivisível, como o meio ambiente de uma região); *b) coletivos*, em sentido estrito (quando envolvam um grupo determinável, reunido por uma relação jurídica básica comum, tendo também um objeto indivisível, como a nulidade de uma cláusula abusiva contida num contrato de adesão); *c) individuais homogêneos* (quando envolvam um grupo determinável, reunido por uma lesão de origem comum, tendo um objeto divisível, como, por exemplo, a aquisição de um produto de série com o mesmo defeito)” (MAZZILI, Hugo Nigro. *Aspectos Polêmicos da Ação Civil Pública*. 2015. Disponível em: <http://www.mazzilli.com.br/pages/artigos/aspectosacp.pdf> . Acesso em: 02 mai. 2019, p. 3); “Os interesses difusos dizem respeito a um número indeterminado de pessoas, titulares de um objeto indivisível, unidas entre si por um vínculo fático. Por indeterminabilidade, entende-se que inexiste a possibilidade de definição exata e precisa do número de lesados. O objeto é indivisível, por seu turno, quando pertencer a todos e a ninguém ao mesmo tempo” (NIMER, Beatriz Lameira Carrico. *Ação Popular Como Instrumento de Defesa da Moralidade Administrativa*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2016, p. 125).

462 A abarcar também o ambiente urbano - como instrumento de vida sadia do ser humano (MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 26.ª edição, revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Ed. Malheiros, 2018, p. 57-58) - e suas perspectivas urbanísticas, paisagísticas [“A paisagem, como direito individual e como direito difuso, faz parte do direito de todos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e à sadia qualidade de vida através de sua conservação e de sua fruição intelectiva, sentimental, estética e educativa para as gerações presentes e futuras” (MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Estudos de Direito Ambiental 3*. São Paulo: Ed. Malheiros, 2019, p. 110)], de mobilidade urbana, etc., à luz do conceito contido na Lei Federal n.º 6.938/1981, em que o meio ambiente é entendido como “o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas” (art. 3º, I).

Ainda assim, a deflagração de uma via participativa de consulta ou audiência pública fomenta a participação, mesmo dos interessados que poderiam fazê-lo independentemente de tal fase, mormente diante da divulgação e da publicidade quanto à abertura da fase participativa, aos documentos que instruem o processo administrativo e às perspectivas sobre a matéria objeto do processo.

Registre-se que a Lei Paulista de Processo Administrativo (Lei Estadual n.º 10.177/1998) detém conteúdo análogo à lei federal, deixando de promover o ampliado conceito de juridicamente "interessado" (nada conceituando no texto normativo a este título), mas prevendo, por outro lado, idêntico enunciado quanto às possibilidades de deflagração de fase participativa em processos administrativos com assuntos "de interesse geral", através de consultas, audiências ou outros mecanismos de participação dos administrados (artigos 28 a 30).

A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro também previu, expressamente, que a edição de atos normativos (compreendam-se os de índole administrativa - regulamentos - e os de natureza legislativa) "poderá ser precedida de consulta pública para manifestação de interessados, preferencialmente por meio eletrônico, a qual será considerada na decisão", chegando a estampar as diretrizes procedimentais no sentido de que a convocação deverá conter a minuta do ato normativo, prazo e demais condições da consulta pública (artigo 29, *caput* e § 1º).

Neste diapasão, Egon Bockmann Moreira observa como a "nova" Lei de Introdução, modificada pela Lei Federal n.º 13.655/2018, estabeleceu novos pressupostos de exercício da função administrativa e controladora, com o reforço do concerto e da empatia na tomada de decisão e adoção de medidas estatais integrativas e prospectivas:

> A Nova LINDB definiu o dever ativo de que os agentes públicos desenvolvam os melhores esforços para criar soluções que efetivamente dificultem a instalação de controvérsias e, se estas surgirem, que se encerrem preferencialmente por meio da

> criação de valor público-privado (incluindo-se a garantia da estabilidade e paz nas relações sociais). Essa responsabilidade determina que eventuais problemas - naturais a quaisquer relacionamentos - sejam manejados e solucionados com responsabilidade integradora (os poderes públicos e as pessoas privadas a se sentarem à mesa em situação de acolhimento igualitário) e prospectiva (não transformados em outros problemas, ainda mais sérios, a ser pagos pelas futuras gerações).[463]

Daí sustentar o autor que o direito administrativo moderno atrai ao processo administrativo novas premissas de desenvolvimento, deixando de ser compreendido como instrumento de repressão e controle marcado por antagonismos e "passa a ser um meio de participação e construção cooperativa de soluções eficientes e equitativas", de modo que o interesse público se despede de sua unilateralidade e passa a "conviver com múltiplas participações democráticas". "Transparência, inclusão e eficiência são ideias-chave do processo administrativo deste século XXI".[464]

O autor em referência observa, por conseguinte, como o princípio do Estado Democrático de Direito atrai a percepção participativa ao processo administrativo, ampliando a noção de ampla defesa (ou sua "real significação"), pois a Constituição "torna positiva a garantia dos administrados de integrar os processos decisórios estatais", uma vez que "Todas as pessoas têm a prerrogativa de ser tratadas como sujeitos detentores de direito subjetivo frente à Administração Pública", de modo que aludidos princípios reforçam não apenas a prerrogativa de "manifestação em processos que incidam sobre sua liberdade e/ou bens", mas "garantia de participar ativamente na tomada de decisões estatais".[465]

Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun e Gabriela Zancaner Brunini Bandeira de Mello anotam como "A participação popular no desempenho das atividades estatais não é uma faculdade outorgada aos

---

463 MOREIRA, Egon Bockmann. *Processo Administrativo: princípios constitucionais e a lei n.º 9.784/1999 (com especial atenção à LINDB)*. 6.ª ed. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2022, p. 66.

464 Ibid., p. 54.

465 Ibid., p. 276.

titulares do Poder, senão que uma garantia constitucional, nos limites por ela assinalados", de modo que o "nosso regime democrático impõe a imprescindível necessidade de as funções administrativas se aperfeiçoarem com a participação popular", haja vista que nossa democracia "adota, portanto, o modelo participativo".[466]

Ainda que acompanhadas de linguagem textual facultativa ("poderá"), dúvida não há de que o conjunto normativo brasileiro propicia, portanto, permissivo bastante às fases participativas no procedimento decisório de modo a se promover ponderação que abarque os interesses jurídicos sob necessário concerto, muito embora o influxo dos princípios jurídicos democrático e republicano - a serem otimizados -, bem como dos postulados da proporcionalidade, razoabilidade e justiça atraia como única exegese a da necessidade de deflagração de fase participativa nos atos administrativos cujo consequente seja geral, exceto se houver peso jurídico colidente bastante.

4.2. Normativas setoriais

Além das normas infraconstitucionais que preveem, com elevado grau de concretude, a fase participativa como integrada a processos administrativos cujo objeto seja de "interesse geral", sem distinção setorial ou de órgão prolator, o conjunto normativo brasileiro também é dotado de diversos comandos específicos e setorizados que reclamam fases participativas como "obrigatoriamente" integradas a seus procedimentos decisórios.

Neste sentido, a antiga Lei de Licitações (n.º 8.666/93) previa a obrigatoriedade de realização de audiência pública para licitações de grande vulto (artigo 39), tendo a nova Lei de Licitações e Contratos previsto permissivo

---

466 ZOCKUN, Maurício; ZOCKUN, Carolina Zancaner; MELLO, Gabriela Zancaner Brunini Bandeira de. A Participação Popular no Direito Administrativo e o Princípio da Eficiência. *Revista de Direito da Administração Pública*, a. 7, v. 1, n. 1, 2022, jan/jun, p. 229 e 231. Os autores afirmam, em conclusão: "E mesmo na hipótese de um eloquente silêncio constitucional, o Estado tem o dever de garantir a participação democrática no exercício da função administrativa" (Ibid., p. 233).

genérico para tal expediente e para consultas públicas, sem delimitar o vulto ou escopo da licitação como condicionante (Lei Federal n.º 14.133/2021: artigo 21).

As audiências públicas perfazem fase obrigatória para a iniciativa de projetos de lei ou de normas administrativas que versem sobre direitos relativos às indústrias de petróleo, de gás natural ou de biocombustíveis (artigo 19, Lei Federal n.º 9.478/1997), sobre o setor elétrico (artigo 4.º, § 3.º, da Lei Federal n.º 9.427/1996), sobre o setor de transportes (artigo 68 da Lei Federal n.º 10.233/2001), sobre o setor de serviços aéreos (artigo 27 da Lei Federal n.º 11.182/2005) e sobre telecomunicações (artigo 9.º da Lei Federal n.º 13.848/2019), havendo, neste último diploma, fixação de prazo mínimo de consulta pública por 45 (quarenta e cinco) dias (artigo 9º, § 2º), além de o dever de a agência reguladora disponibilizar o relatório de AIR (Análise de Impacto Regulatório), estudos, dados e material técnico que fundamentam as propostas submetidas à consulta pública, também publicizando as críticas e sugestões encaminhadas ao longo da consulta pública, bem como o decorrente posicionamento da agência reguladora (§§ 3º a 5º, artigo 9º).

A Lei Federal n.º 11.445/2007 prevê a subsunção à audiência ou à consulta pública como rito obrigatório nos processos de elaboração e revisão dos planos de saneamento básico (artigo 51).

As consultas públicas são, ato contínuo, instrumento de adoção de decisões de gestão e de prestação de contas no âmbito do Sistema Único de Saúde (artigos 31, parágrafo único, e 36, § 5.º, da Lei Complementar Federal n.º 141/2012), inclusive no que atine à incorporação, exclusão e alteração de medicamentos, produtos, procedimentos, protocolo clínico ou diretriz terapêutica no âmbito do SUS (artigo 19-R da Lei Federal n.º 8.080/1990).

Em matéria ambiental, a participação se revela desde a previsão constitucional de específica publicidade ao “estudo prévio de impacto ambiental” (artigo 225, § 1º, IV, CF), cuja razão apenas se encontra no permissivo dialógico e de controle daí decorrente, bem como indica exigência normativa expressa de promoção de audiências públicas visando à exposição e

auscultação dos interessados acerca do conteúdo da licença pretendida e do respectivo RIMA (Relatório de Impacto Ambiental), conforme Resolução n.º 09/1987 do Conselho Nacional do Meio Ambiente.

A concessão de lotes florestais para exploração também reclama necessária e prévia audiência pública (artigos 8º e 20 da Lei Federal n.º 11.284/2006).

Em âmbito internacional, a participação popular inerente à tomada de decisões estatais em matéria ambiental percebe realce normativo digno de nota, sendo que um de seus princípios é justamente o inerente à oportunidade de participação nos "processos decisórios" (Princípio 10 da Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, de 1992).[467]

A Convenção de Arhus, de 1998, embora não ratificada pelo Brasil, ilustra o movimento internacional a reconhecer a "participação nos processos de tomada de decisões" e a melhoria do acesso do público à informação como ferramentas "essenciais para garantir a sensibilização da população para as questões ambientais e promover uma melhor aplicação do direito do ambiente" (exposição de motivos[468] da Convenção de Arhus).

Referida Convenção prevê expressamente os deveres de que as Partes (Estados) assegurem procedimentos de participação do público nas decisões em matéria ambiental referentes a atividades específicas, a planos, programas e ações, a regulamentos de execução e a instrumentos normativos juridicamente vinculativos (artigos 6º, 7º e 8º), com regramento dotado de razoável concretude ao se estabelecer a necessidade de informação prévia e

---

467 "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".

468 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento*. 1992. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ea/v6n15/v6n15a13.pdf>. Acesso em: 19 jul. 2024.

suficiente, incidência de prazos razoáveis e oportunidade de o público apresentar relatórios individualmente e através de instituições representativas.

Por conseguinte, as fases do planejamento orçamentário - processos de elaboração e discussão dos planos, lei de diretrizes orçamentárias e orçamentos - e da apresentação de cumprimento das metas fiscais quadrimestrais devem conter audiências públicas em seu procedimento decisório e quando da demonstração e avaliação da performance fiscal diante das metas previstas em lei (artigos 9.º, § 4.º, e 48, § 1.º, I, da Lei Complementar Federal n.º 101/2000).

Ademais, mormente em âmbito municipal (à luz da competência normativa para tal desiderato estatuída aos Municípios pelo artigo 30, VIII, da Constituição Federal, quanto ao "ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano"), o Estatuto das Cidades (Lei Federal n.º 10.257/2001) exige a promoção de audiências públicas e debates com a participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade enquanto fase necessária do processo de elaboração do plano diretor e na fiscalização de sua implementação (artigos 40, § 4.º, I, 43, II, e 44).[469]

Registre-se, neste diapasão, a vigência da Resolução n.º 25/2005 do Ministério das Cidades, contendo orientações e recomendações referentes aos

---

[469] Trata-se do movimento denominado de "gestão democrática das cidades", cuja elucidação doutrinária merece destaque: "Não é mais possível conceber a criação de planos urbanísticos somente na esfera técnica, dissociados da ampla dimensão política da gestão porque, se a sociedade civil não participa, direta ou indiretamente, dessas políticas urbanísticas desde o momento da idealização, poderemos presenciar algumas distorções na busca de interesses individuais, com prejuízos a toda a sociedade local. (...) essa participação pode contribuir para minimizar distorções, porque a probabilidade de corrupção ou de erros de avaliação seria muito maior em um sistema em que poucos decidem e a maioria não tem chances de monitorar adequadamente esses poucos. (...) outro benefício: o cidadão se sentiria mais responsável pelo resultado dessa decisão, fiscalizando seu cumprimento. (...) Entendemos que somente por intermédio da participação popular ativa é que se pode conseguir uma adequada e justa ponderação de interesses públicos e privados, já que o princípio da justa ponderação, que exige que a entidade responsável pelo plano proceda a uma adequada ponderação de interesses públicos e privados, fato que surge como um reforço do princípio democrático e corolário do princípio da imparcialidade da administração" (OLIVEIRA, Celso Maran de; LOPES, Dulce Margarida de Jesus; COLENCI, Pedro Luciano; SOUSA, Isabel Cristina Nunes de. *Democracia participativa no direito urbanístico*. São Carlos: EdUFSCar, 2016, p. 19 e 23).

processos de elaboração, implementação e execução dos Planos Diretores, notadamente quanto à diretriz de que devem ser promovidos processos participativos em todas as suas etapas (artigo 3º, § 1º), atendendo-se aos requisitos de "ampla comunicação pública, em linguagem acessível, através dos meios de comunicação social de massa disponíveis", "ciência do cronograma e dos locais das reuniões, da apresentação dos estudos e propostas sobre o plano diretor com antecedência de no mínimo 15 dias" e "publicação e divulgação dos resultados dos debates e das propostas adotadas nas diversas etapas do processo" (artigo 4º, I a III), garantindo-se a diversidade dos debates mediante a sua realização "por segmentos sociais, por temas e por divisões territoriais, tais como bairros, distritos, setores entre outros" e "garantia da alternância dos locais de discussão" (artigo 5º), cujas audiências públicas devem atender às premissas instrumentais de serem convocadas "por edital, anunciada pela imprensa local ou, na sua falta, utilizar os meios de comunicação de massa ao alcance da população local", ocorrerem em "locais e horários acessíveis à maioria da população", "serem dirigidas pelo Poder Público Municipal, que após a exposição de todo o conteúdo, abrirá as discussões aos presentes", garantindo-se "a presença de todos os cidadãos e cidadãs, independente de comprovação de residência ou qualquer outra condição, que assinarão lista de presença", "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" (artigo 8º, I a V), havendo até mesmo a recomendação quanto ao influxo participativo na sessão legislativa de aprovação do plano diretor, a qual deverá se atentar aos requisitos de "realização prévia de reuniões e/ou plenárias para escolha de representantes de diversos segmentos da sociedade e das divisões territoriais", "divulgação e distribuição da proposta do Plano Diretor para os delegados eleitos com antecedência de 15 dias da votação da proposta", "registro das emendas apresentadas nos anais da conferência", "publicação e divulgação dos anais da conferência" (artigo 10).

Dignas de nota são, pois, dentre as previsões normativas retrocitadas e referentes à gestão democrática da ocupação e zoneamento do solo, as que

impõem a obrigação da densa fase participativa, da efetiva ponderação e enfrentamento dos resultados da participação, da possibilidade de convocação da audiência pública por solicitação de ao menos 1% do eleitorado do Município (artigo 9º, Resolução n.º 25/2005 do Ministério das Cidades) e até mesmo a previsão legislativa com expressa imputação de ato de improbidade administrativa ao Prefeito que desatender às premissas de promoção de audiências públicas, publicidade de seus documentos informativos e disponibilização destes ao franco acesso (artigo 52, VI, da Lei Federal n.º 10.257/2001).[470]

O influxo dos princípios democrático, de transparência, racionalidade, consensualismo, pluralismo e planejamento, sobretudo sob a perspectiva da Constituição da República de 1988, inviabilizou considerar a gestão das cidades sob premissa exclusivamente tecnocrática e sob a ótica de território como mera base física do assentamento, sem considerar as consequências sociais, econômicas e políticas da distribuição da população, riquezas e atividades econômicas do espaço, as quais, para racional sopesamento, reclamam a forma democrática e participativa de planejamento dialógico.[471]

Por conseguinte, registre-se que o Brasil ratificou a Convenção n.º 169 da Organização Internacional do Trabalho sobre Povos Indígenas e Tribais (compilada no Decreto Federal n.º 10.088/2019, artigo 2.º, inciso LXXII), cujo artigo 6.º, itens 1 e 2, prevê o dever de os governos consultarem os povos interessados, “mediante procedimentos apropriados e, particularmente, através de suas instituições representativas, cada vez que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente”, estabelecendo-se os meios através dos quais os povos interessados possam “participar livremente”, pelo menos na mesma medida que outros setores da

---

470 OLIVEIRA, Celso Maran de; LOPES, Dulce Margarida de Jesus; COLENCI, Pedro Luciano; SOUSA, Isabel Cristina Nunes de. *Democracia participativa no direito urbanístico*. São Carlos: EdUFSCar, 2016, p. 33-34.

471 MENCIO, Mariana. *O Regime Jurídico da Audiência Pública na Gestão Democrática das Cidades*. Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Urbanístico, área de concentração Direito do Estado sob a orientação do Professor Doutor Márcio Cammarosano, 2007, p. 85-89.

população e em todos os níveis, “na adoção de decisões em instituições efetivas ou organismos administrativos e de outra natureza responsáveis pelas políticas e programas que lhes sejam concernentes”, além de se fixar o direito aos povos interessados de “escolher suas próprias prioridades no que diz respeito ao processo de desenvolvimento” e de controlar, na medida do possível, “o seu próprio desenvolvimento econômico, social e cultural”, bem como que esses povos “deverão participar da formulação, aplicação e avaliação dos planos e programas de desenvolvimento nacional e regional suscetíveis de afetá-los diretamente” (artigo 7.º, item 1.º).

Ainda que a participação sob a perspectiva democrática no âmbito do Poder Judiciário quando em sua atividade típica judiciária (e não na atípica administrativa, quando, então, revelam-se aplicáveis os preceitos neste trabalho desenvolvidos) não perfaça o escopo epistemológico que se propõe, revela-se de pertinente menção o fato de que até mesmo o novo Código de Processo Civil (com influxo supletivo e subsidiário nos processos administrativos, conforme seu artigo 15) previu mecanismos relevantes sob a ótica democrática em tomadas de decisão jurisdicionais com efeitos gerais, registrando-se o amplo permissivo, em qualquer instância de jurisdição, para o acolhimento de manifestação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada a título de *amicus curiae* (artigo 138) diante da relevância da matéria, especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia; para a promoção de audiências públicas e participação de interessados antes de rediscussão de teses adotadas em súmulas ou julgamentos de casos repetitivos (artigo 927, § 2º); para a manifestação de terceiros visando à análise da repercussão geral em recursos extraordinários; e para a oitiva de pessoas com experiência e conhecimento na matéria, através de audiência pública, para a elucidação de questão controvertida em incidentes de resolução de demandas repetitivas e em julgamentos de recursos extraordinários e especiais repetitivos (artigos 983, § 1º, e 1.038, I e II, do CPC).

Sobre o tema, aliás, José Miguel Garcia Medina bem observa que o abrangente permissivo de participação do *amicus curiae* em processos se

conecta com a ideia de "direito de participação procedimental, que é inerente à ideia de Estado Democrático de Direito"[472], sustentando, inclusive, que referida participação não se limita às hipóteses previamente descritas na norma jurídica, haja vista a sua legitimação como expressão de direito do pluralismo e da participação sempre que a solução da questão interesse a uma parcela substancial ou a toda a sociedade.[473]

Nelson Nery Junior anota o influxo que o quadro normativo do processo civil atrai ao procedimento de decisão administrativa que formará precedente obrigatório (com consequente geral, portanto), mormente sob o influxo dos princípios constitucionais da isonomia, igualdade e segurança jurídica[474] ("incluindo a sua dimensão subjetiva, a proteção da confiança, porque respeitar o precedente é manter a coerência administrativa e proteger a confiança do

---

472 MEDINA, José Miguel Garcia. *Op. cit.,* p. 245.

473 "Assim, na medida em que os problemas jurídicos interessam não apenas às partes, mas a uma parcela mais ampla da sociedade, ou a toda a sociedade, deve o sistema possibilitar a participação de terceiros que, de modo representativo, possam expor, no processo, o ponto de vista das esferas individuais ou dos grupos afetados. Se é certo que os grupos atingidos pela decisão judicial a ser proferida não decidem com o Estado, não menos acertado é dizer que à sociedade devem ser assegurados instrumentos de participação no procedimento, a fim de que possa informar-se, analisar as opções que no processo são colocadas, indicar suas objeções a que uma ou outra solução seja escolhida, e ter suas objeções analisadas pelo Poder Judiciário. A participação do *amicus curiae* no processo, assim, liga-se à noção de *direito de participação procedimental*, que é inerente à ideia de Estado Democrático de Direito. (...) Por isso que, consoante já vínhamos sustentando, a participação do *amicus curiae* não deve limitar-se às hipóteses previamente descritas na norma jurídica. Se é certo que, nos casos já previstos em Lei, a solução da questão interessará a uma parcela substancial ou a toda a sociedade, não se pode excluir que em outros casos não previstos pelo legislador, também importantes, justifique-se a intervenção de *amicus curiae*, como expressão de um 'direito do pluralismo e da participação'. (...) Deverá o órgão jurisdicional, assim, atento aos princípios constitucionais a que acima nos referimos, permitir a participação de terceiros como *amicus curiae*, sempre que a importância do bem jurídico e a repercussão social da decisão assim o imporem" (Ibid., p. 244-245).

474 "O art. 15 do CPC e todo esse quadro normativo que institui o sistema de precedentes administrativos obrigatórios facilitam a compreensão de que não é apenas recomendável, mas também imperiosa, a atuação de *amicus curiae* em processo que tenha aptidão para a produção de precedentes administrativos, como os oriundos de tribunais administrativos. A qualificação desses precedentes é, além de concretização da segurança jurídica e da igualdade, também uma importante dimensão do princípio da eficiência, na medida em que tem potencial para tornar a atuação administrativa substancialmente mais justa. É, também, reforço ao dever de motivação das decisões administrativas (art. 50, da Lei n. 9.784/1999), corolário do devido processo legal administrativo: com a ampliação do debate, tendencialmente se aperfeiçoa a cognição e, consequentemente, a decisão administrativa" (DIDIER JUNIOR, Fredie. Intervenção de amicus curiae em processo apto à formação de precedente administrativa obrigatório. *Civil Procedure Review*, v. 11, n. 2: mai.-ago. 2020, p. 215-216).

administrado”[475]), sob o arremate da incidência do princípio da motivação a perfazer a exegese segundo a qual “No processo administrativo a mais completa instrução é dever do agente administrativo”.[476]

O assento de particulares em diversos Tribunais Administrativas (Conselho Nacional de Justiça, Conselho Nacional do Ministério Público, Tribunais de Contas, Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, dentre outros), nos julgamentos promovidos pelo júri popular e até mesmo de modo conectado à função política (Conselho da República) são exemplos assinalados pela doutrina de normas setoriais de participação popular.[477]

As audiências públicas foram expressamente previstas como suscetíveis de serem convocadas pelo Congresso Nacional (artigo 58, § 2º, II, CF) e pelo Ministério Público (artigo 27, parágrafo único, IV, da Lei Federal n.º 8.625/1993), no exercício de seus misteres.

As resoluções do Tribunal Superior Eleitoral devem ser antecedidas de audiências públicas de delegados ou representantes de partidos políticos (artigo 105, Lei Federal n.º 9.504/1997).

O princípio democrático-participativo, aliado a outros dogmas normativos constitucionais, tais como a vedação ao retrocesso, isonomia e tutela coletiva do meio ambiente, foi objeto de expresso reconhecimento, pelo Supremo Tribunal Federal, de sua força normativa ao se declarar a inconstitucionalidade de norma que suprimia a participação da sociedade civil e de autoridades públicas em órgãos de gestão ambiental federal, à luz do quanto deliberado da ADPF n.º 651, sob relatoria da Ministra Carmen Lúcia.[478]

---

475 Ibid., p. 215.

476 Ibid., p. 217.

477 ZOCKUN, Maurício; ZOCKUN, Carolina Zancaner; MELLO, Gabriela Zancaner Brunini Bandeira de. A Participação Popular no Direito Administrativo e o Princípio da Eficiência. *Revista de Direito da Administração Pública*, a. 7, v. 1, n. 1, 2022, jan/jun, p. 229-230.

478 EMENTA: ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. DIREITO CONSTITUCIONAL AMBIENTAL. MEDIDA CAUTELAR. DECRETO PRESIDENCIAL N. 10.224, DE 5.2.2020. EXCLUSÃO DA SOCIEDADE CIVIL DO CONSELHO DELIBERATIVO DO FUNDO NACIONAL DO MEIO AMBIENTE. DECRETO PRESIDENCIAL N. 10.239, DE 11.2.2020. EXCLUSÃO DOS GOVERNADORES DO CONSELHO NACIONAL DA AMAZÔNIA. DECRETO PRESIDENCIAL N. 10.223, DE 5.2.2020. EXTINÇÃO DO COMITÊ ORIENTADOR

Mecanismos de controle direto da função administrativa pela população, tais como o direito de petição (artigo 5º, XXXIV, “a”, CF) e de reclamação administrativas (artigo 37, § 3º, I, CF)[479], bem como de propositura de ação judicial popular (artigo 5º, LXXIII, CF) e de denúncia junto a instituições (artigos 74, § 2º, 103-B, §§ 5º, I, e 7º, 130-A, §§ 3º, I, e 5º CF) também merecem destaque enquanto instrumentos específicos de influência do cidadão na gestão pública.

Evidencia-se como, portanto, a participação como integrante do procedimento decisório cujo consequente seja geral irradia como mandamento nuclear do sistema normativo, tanto sob o influxo principiológico, quanto sob previsões com elevado grau de concretude projetadas para variados e substanciais segmentos de atuação decisória estatal.

DO FUNDO AMAZÔNIA. ALEGADA AFRONTA À PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE E PROIBIÇÃO AO RETROCESSO AMBIENTAL. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL JULGADA PROCEDENTE. 1. Proposta de conversão de julgamento de medida cautelar em julgamento definitivo de mérito: ausência de complexidade da questão de direito e instrução dos autos. Precedentes. 2. Nas normas impugnadas, a pretexto de reorganizar a Administração Pública federal quanto à composição do Conselho Deliberativo do Fundo Nacional do Meio Ambiental, do Conselho Nacional da Amazônia e do Comitê Orientador do Fundo Amazônia, frustra-se a participação da sociedade civil e dos Governadores dos Estados integrantes da Amazônia Legal na formulação das decisões e no controle da sua execução em matéria ambiental. 3. A exclusão da participação popular na composição dos órgãos ambientais frustra a opção constitucional pela presença da sociedade civil na formulação de políticas públicas ambientais. Contrariedade ao princípio da participação popular direta em matéria ambiental, à vedação do retrocesso e ao princípio da isonomia. 4. A eliminação da paridade na composição dos órgãos ambientais confere ao Poder Executivo federal o controle das suas decisões, neutralizando-se o caráter crítico e diversificado da fiscalização, que deve permear a condução dos trabalhos e políticas públicas. 5. A organização administrativa em matéria ambiental está protegida pelo princípio de proibição do retrocesso ambiental, o que restringe a atuação do administrador público, de forma a autorizar apenas o aperfeiçoamento das instituições e órgãos de proteção ao meio ambiente. 6. Arguição de descumprimento de preceito fundamental julgada procedente para a) declarar inconstitucional a norma prevista no art. 5º do Decreto n. 10.224/2020, pela qual se extinguiu a participação da sociedade civil no Conselho Deliberativo do Fundo Nacional do Meio Ambiente, restabelecendo-se quanto ao ponto o disposto no Decreto n. 6.985/2009, pelo qual alterado o art. 4º do Decreto n. 3.524/2000; b) declarar a inconstitucionalidade do Decreto n. 10.239/2020, especificamente no ponto em que se excluiu a participação de Governadores no Conselho Nacional da Amazônia Legal; e c) declarar a inconstitucionalidade do art. 1º, CCII, do Decreto nº 10.223/2020, especificamente no ponto em que se extinguiu o Comitê Orientador do Fundo Amazônia. (STF, ADPF n.º 651, Rel. Min.(a) Carmen Lúcia, j. em 28 abr. 2022).

479 SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. *A Participação Popular na Administração Pública: o Direito de Reclamação*, *op. cit.*, p. 195.

4.3. Participação popular em Portugal

O sistema normativo português revela importantes mecanismos de direito substantivo e adjetivo que otimizam a participação popular em seus procedimentos administrativos decisórios.

A Constituição portuguesa (fruto de assembleia constituinte reunida em 1967 e tendo sofrido a 7ª Revisão Constitucional em 2005) estampa expressos princípios jurídicos democráticos, inclusive vias concretas de participação direta do povo no exercício do poder.

Trata-se de república baseada na "vontade" e "soberania" populares, no "pluralismo de expressão" e "organização política democrática", visando à realização da "democracia econômica, social e cultural e o aprofundamento da democracia participativa" (artigos 1º e 2º), tendo se elencado como tarefas fundamentais do Estado a defesa da democracia política, o asseguramento e o incentivo à "participação democrática dos cidadãos na resolução dos problemas nacionais" (artigo 9º, "c").

A própria Constituição portuguesa normatiza o instituto jurídico de democracia direta concernente ao referendo, enquanto via direta de exercício do poder político nominalmente citada, ao lado do sufrágio universal "e das demais formas previstas na Constituição" (artigo 10, item 1º).

Dentre os direitos e garantias fundamentais se revelam aqueles intrínsecos à forma de Estado democrática, com destaque, em essência, às liberdades de expressão e informação (artigo 37), de imprensa e dos meios de comunicação social (artigo 38), de criação cultural (artigo 38), de reunião e de manifestação (artigo 45), de associação (artigo 46), de acesso à função pública e a cargos públicos (artigos 47 e 50), de participação na vida pública ["Todos os cidadãos têm o direito de tomar parte na vida política e na direção dos assuntos públicos do país, diretamente ou por intermédio de representantes livremente eleitos" e "Todos os cidadãos têm o direito de ser esclarecidos objetivamente sobre atos do Estado e demais entidades públicas e de ser informados pelo Governo (...) acerca da gestão dos assuntos públicos",

conforme artigo 48], de participar em associações e partidos políticos (artigo 51), de petição e de propositura de ação popular (artigo 52).

Há liberdade sindical (artigos 55 e 56) e direito de greve dentre os "direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores".

Os direitos sociais devem ser geridos sob a perspectiva da participação democrática na vida coletiva, conforme expressas previsões atinentes à gestão participada na Saúde (artigo 64, item 4º), nos instrumentos políticos de habitação, urbanismo (artigo 65, item 5º) e de proteção ao meio ambiente (artigo 66, item 2º), oitiva de associações representativas das famílias na definição de políticas familiares (artigo 67, item 2º, "g") e participação democrática na projeção referente aos direitos à educação e à cultura (artigos 73, 76, 77 - com determinação de regulação da participação de professores, alunos, pais, comunidade e instituições de carácter científico na definição de políticas de ensino).

Na parte da Constituição voltada à organização do poder político (Parte III), há expressa previsão de que o "poder político pertence ao povo" e que a "participação direta e ativa" na vida política constitui "condição e instrumento fundamental de consolidação do sistema democrático" (artigos 108 e 109, respectivamente).

A estrutura da Administração deve se dar de modo a aproximar os serviços das populações e a "assegurar a participação dos interessados na sua gestão efetiva, designadamente por intermédio de associações públicas, organizações de moradores e outras formas de representação democrática" (artigo 267, item 1º), o que a doutrina anota como consagração do princípio participativo no regime normativo português.[480]

Sobre o referendo, a Constituição portuguesa o prevê expressamente para que os cidadãos eleitores sejam chamados a pronunciar-se diretamente, a título vinculativo, em "questões de relevante interesse nacional", por iniciativa

---

480 MELO, Cristina Andrade. *Op. cit.*, p. 23.

do Presidente da República, da Assembleia da República ou do Governo (artigo 115).

Também são previstos referendos regionais para “questões de relevante interesse específico regional” (artigo 232, item 2º) e “locais” (artigo 240), bem como para a “instituição em concreto das regiões administrativas”, a qual reclama voto favorável pela maioria dos cidadãos consultados diretamente em alcance nacional (artigo 256).

Discorrendo sobre a origem histórica do referendo conectada com a ampliação do sufrágio após as revoluções liberais do século XVIII, sobretudo após as demandas de “racionalização do poder” que sucederam o primeiro e o segundo pós-guerra[481], o jurista português Jorge Miranda (2008) assinala como o referendo vinculativo foi incluído na constituição quando da segunda revisão constitucional portuguesa (de 1989), com o texto agora atribuído ao artigo 115 (retrocitado).[482]

O autor observa como a mais forte nota singularizadora do referendo português o fato de que, através dele, não se aprova ou rejeita um específico ato jurídico (“seja uma convenção internacional, seja uma lei, seja um acto de administração local autárquica”[483]), mas sim decide se tal acto deve ser aprovado ou rejeitado.

Isto é, não há uma eficácia normativa imediata após o referendo que não dependa da estrutura organizativa do poder público, de modo que aquela depende de um ato “binário” ou “complexo”[484], embora a natureza vinculativa do referendo português propicie o controle de ilegalidade do ato normativo por eventual contradição ao resultado do referendo ou o controle da omissão da

---

481 MIRANDA, Jorge. O referendo e o plebiscito: a experiência portuguesa. *Cuestiones Constitucionales*, n. 19, julio-diciembre, 2008, p. 150-153.

482 Ibid., p. 157.

483 Ibid., p. 159.

484 Ibid., p. 159.

estrutura estatal em dar azo ao desfecho da consulta popular através de "responsabilidade política dos titulares dos órgãos de poder (artigo 117)".[485]

Trata-se, de fato, de modificação sensível no regime do referendo português em comparação ao sistema brasileiro, mais se aproximando da perspectiva normativa do nosso plebiscito se lhe for atribuído o caractere vinculativo (como dantes lhe atribuímos).

Em âmbito infraconstitucional, o Código de Procedimento Administrativo (Decreto-lei n. 4/2015, alterado pela Lei n. 72/2020 e Decreto-Lei n.º 11/2023)[486] assimila o influxo principiológico da constituição portuguesa, prevendo, expressamente, como princípios jurídicos da atividade administrativa os da "colaboração com os particulares"[487], da "participação"[488] e da "administração aberta"[489] (artigos 11, 12 e 17, respectivamente).

O código prevê capacidade procedimental aos particulares para intervir no procedimento administrativo, cuja legitimidade é dada seja enquanto titulares de direitos próprios ou coletivos, seja na proteção de interesses difusos relativos a bens fundamentais como a saúde pública, a habitação, a educação, o ambiente, o ordenamento do território, o urbanismo, a qualidade de vida, o consumo de bens e serviços e o patrimônio cultural, o que é dado a

---

485 Ibid., p. 168.

486 PORTUGAL. *Código de Procedimento Administrativo*. Decreto-Lei n.º 4/2015, com as alterações promovidas pela Lei n.º 72/2020 e pelo Decreto-Lei n.º 11/2023. Disponível em: <https://sfj.pt/departamento-de-formacao/diversos-do-regime-juridico-organizacao-judiciarias-e-ferias-faltas-e-licencas/codigo-do-procedimento-administrativo-marco-2023/>. Acesso em: 24 jul. 2023.

487 "1 — Os órgãos da Administração Pública devem atuar em estreita colaboração com os particulares, cumprindo-lhes, designadamente, prestar aos particulares as informações e os esclarecimentos de que careçam, apoiar e estimular as suas iniciativas e receber as suas sugestões e informações.

2 — A Administração Pública é responsável pelas informações prestadas por escrito aos particulares, ainda que não obrigatórias."

488 "Os órgãos da Administração Pública devem assegurar a participação dos particulares, bem como das associações que tenham por objeto a defesa dos seus interesses, na formação das decisões que lhes digam respeito, designadamente através da respetiva audiência nos termos do presente Código."

489 "1 — Todas as pessoas têm o direito de acesso aos arquivos e registros administrativos, mesmo quando nenhum procedimento que lhes diga diretamente respeito esteja em curso, sem prejuízo do disposto na lei em matérias relativas à segurança interna e externa, à investigação criminal, ao sigilo fiscal e à privacidade das pessoas."

quaisquer cidadãos no gozo de direitos civis e políticos e aos demais eleitores recenseados no território português (artigos 67 e 68).

Também é dada legitimidade à defesa dos bens do Estado, das regiões autônomas e autarquias, por ações ou omissões da Administração, a todos os residentes na circunscrição do bem defendido, bem como aos órgãos administrativos e pessoas coletivas (que são instituto análogo às pessoas jurídicas no ordenamento brasileiro) quanto aos direitos de que sejam titulares ou de cuja defesa sejam incumbidos (artigo 68, itens 3º e 4º).

Ademais, a audiência dos interessados, oralmente ou por manifestações escritas, perfaz fase necessária, em regra, para os procedimentos de "conferência procedimental" (quando se trata de exercício comum ou conjugado de competências de mais do que um órgão da Administração), de expedição de regulamento (com prazo mínimo de 30 dias de publicidade prévia do projeto de regulamento e suas informações subjacentes e dever de consulta pública eletrônica se o número de interessados inviabilizar a audiência) e de promoção de ato administrativo (aqui mencionando tal legitimidade aos "interessados", cujo conceito normativo é amplo, conforme retrocitado), à luz dos artigos 80, 100, 101 e 121, respectivamente.

É pertinente a menção a que a motivação do ato deve conter relatório, o qual exige fundamentação específica quanto à "dispensa da audiência dos interessados, quando esta não tiver ocorrido" (artigo 126), cujos motivos legais se submetem a questões de urgência, de segurança, já pronunciamento anterior, de decisão inteiramente favorável aos interessados, enfim, de fatos jurídicos que, de fato, atraiam valores jurídicos pesados bastantes para prevalecerem frente aos princípios participativo e democrático, intensamente normatizados no sistema português, como visto.

Não por outros motivos é que David Duarte reconhece, como decorrência dos princípios juridicizados no todo do sistema normativo e reconhecidos ao procedimento administrativo português, a realidade dialógica procedimental mediante constante acompanhamento e introdução de diferentes leituras sob a perspectiva dos particulares e, sob a ótica da Administração,

como meio de prossecução de racionalidade e equilíbrio frente aos variados interesses públicos concretos.[490]

4.4. Participação popular na Espanha

A Constituição espanhola de 1978 prevê potente influxo normativo principiológico e, em parte, com contornos de elevada concretude, tanto sob a perspectiva democrática de forma de governo, quanto sob a premissa de participação popular não apenas em sufrágio periódico, mas em procedimentos de tomada de decisão.

Neste sentido, prevê-se a gestão da Espanha a título de Estado social e democrático de Direito, tendo a igualdade e o pluralismo político como valores superiores, com o povo enquanto titular da soberania nacional (artigo 1º, itens 1 e 2).

Ao Poder Público é dada a competência de promoção da liberdade e igualdade efetivas, com remoção dos obstáculos à participação plena e facilitada de todos os cidadãos na vida política, econômica, cultural e social (artigo 9º, item 2).

Com elevado grau de concretude, a Constituição atribui o direito subjetivo dos cidadãos em "participar nos assuntos públicos, diretamente ou por meio de representantes, livremente eleitos em eleições periódicas por

---

490 "O contexto de enquadramento da disciplina do procedimento, como, aliás, de qualquer solução jurídico-administrativa, reside na omnipresente dualidade de perspectivas em que a abordagem pode ser funcionalmente efectuada: a perspectiva da Administração e a perspectiva dos particulares. A partir deste prisma, o que o direito do procedimento deve garantir é a incorporação dos direitos essenciais dos administrados, bem como dos deveres da Administração que permitam aos particulares o acompanhamento constante do processo de construção da decisão, a introdução de diferentes leituras da questão procedimental e a compreensão da direção concreta que se vai seguindo. A mesma questão vista pelo lado da Administração aponta para considerar a disciplina do procedimento como um meio de prossecução dos objectivos de eficiência e de racionalidade no exercício da atividade administrativa. Daí que o direito do procedimento deva procurar atingir o ponto de equilíbrio entre a atribuição dos poderes procedimentais necessários para o estabelecimento de bases para a decisão e a maleabilidade que é imprescindível na tarefa de prossecução dos variados interesses públicos concretos" (DUARTE, David. *Op. cit.*, p. 82).

sufrágio universal”[491] (artigo 23.1.), estampando que a lei regulará a audiência dos cidadãos, diretamente ou através de organizações, em procedimentos de elaboração de disposições normativas que os afetem (artigo 105, “a”).

O rol de “direitos fundamentais” e “liberdades públicas” (seção 1ª) corrobora tal perspectiva participativa e democrática, com direitos como de livre manifestação ideológica e religiosa (artigo 16), de noticiar e receber informações livremente, sem prévia censura (artigo 20), de reunião e associação (artigos 21 e 22), acesso à justiça (artigo 24), sindicalização (artigo 28), de petição administrativa (artigo 29), dentre outros.

Prevê-se a gestão democrática de serviços públicos essenciais, com dispositivos expressos a assegurar fases participativas na “programação”, “controle” e “gestão” da Educação (artigo 27, itens 5 e 7), na política social e econômica quanto ao desenvolvimento político, social, econômico e cultural (artigo 48) e na atividade dos organismos públicos voltada à Segurança Social (artigo 129).

Além disto, mecanismos de democracia direta são expressamente previstos, com menção ao direito de propositura de ação judicial popular (artigo 125), ao referendo e à propositura de projeto de lei por iniciativa popular.

Neste diapasão, quanto ao referendo, a Constituição espanhola o prevê com natureza consultiva (não necessariamente de ratificação de texto já aprovado pelo Parlamento, como se dá no Brasil), conforme os seus artigos 92, item 1, e 149, item 32, também havendo a previsão de referendo com natureza de ratificação de medidas antes aprovadas, mas para modificação de limites de Municípios (artigo 151) e, quando houver solicitação pelas Cortes Gerais (exceto se se tratar de modificação de partes especiais da Constituição para as quais o referendo é obrigatório[492]: artigo 168, item 3), para aprovação de revisões constitucionais (artigo 167, item 3).

---

491 Tradução nossa.

492 Refere-se ao Título preliminar, ao Capítulo segundo, Secção primeira do Título I, ou ao Título II (artigo 168, item 1), os quais versam sobre a instituição, forma e regime de governo da Espanha, direitos fundamentais e liberdades públicas, e regime jurídico da Coroa, respectivamente.

Dentre as competências para a propositura de projetos de lei (iniciativa legislativa), a Constituição a outorga também aos particulares administrados, desde que atendido o mínimo de 500.000 assinaturas (artigo 87, item 3).

Ato contínuo, a doutrina espanhola revela acolhimento da perspectiva normativa constitucional de participação popular em procedimentos de tomada de decisão com efeitos gerais.

Neste sentido, é intensa a crítica de Eduardo García de Enterría quanto a qualquer restrição à legitimidade individual para recursos ou impugnações de atos estatais[493]. Ainda que se trate de contexto em que o autor critica restrição de controle externo de atos emanados em competência discricionária[494] (regulamentos, na passagem em citação), a perspectiva de legitimação de impugnação individual por sempre presença de seu interesse jurídico em atos estatais se aplica, plenamente, ao âmbito do processo administrativo e não apenas ao jurisdicional.

Em tese de doutorado voltada justamente à pesquisa da democracia participativa na experiência espanhola, Alfredo Ramírez Nárdiz observa como o processo legislativo atinente à Constituição espanhola contou com modificações nos dispositivos normativos voltados à participação popular, sobretudo por receio de debilitação do parlamento, tendo se retirado a previsão

---

493 ENTERRÍA, Eduardo García de. La Lucha Contra las Inmunidades Del Poder em el Derecho Administrativo (Poderes Discrecionales, Poderes de Gobierno, Poderes Normativos). *Revista de Administración Pública*, n.º 38, p. 159-208, 1962, p. 198-205. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2112627>. Acesso em: 30 jan. 2023.

494 "No hay nada, a mi juicio, que justifique esta limitación [de legitimación], que em ningún otro Derecho se conoce, i que pugna com el sentido personalista de toda la justificia al hacer depender la possibilidad de la tutela judicial de los indivíduos de la decisión de uma Corporación o de outras personas. El hecho de que la lesión que yo sufro em mi própria esfera jurídica este acompanhada por lesiones análogas sufridas por otros ciudadanos em sus respectivas esferas jurídicas no es, ni medianamente, um argumento atendible para imponer um litisconcsorcio activo necessário de tanta gravedad, puesto que esa comunidade de lesiones forzosa de titularidade, dada la total independência entre el conjunto de las distintas esferas jurídicas afectadas. Podrá haber um motivo de acumulación procesal de los autos correspondientes as distintas pretensiones, pero nunca de inadmissibilidad de uma de éstas por no ir acompanhada de las demás pretensiones individuales posibles. (...) Em otros países las Corporaciones de interesses han tenido que conquistar trabajosamente su capacidade y legitimación poara recurrir, al lado, pero nunca excluyendo, la de los administrados" (ibid, p. 199-200).

de iniciativa popular para se convocar referendo derrogador de lei, referendo consultivo ou sobre projeto sob aprovação das Cortes Gerais.[495]

O autor observa como o artigo 23.1. da Constituição espanhola não é isolado, diante de diversos outros dispositivos que versam sobre vias de participação direta na Administração Pública[496], colaborando à perspectiva da função expansiva de referido artigo, de modo a refletir na interpretação do conjunto normativo com redução de qualquer eficácia limitadora de participação em assuntos públicos pelo cidadão.[497]

Javier Navascués Fernández-Victorio promoveu estudo detalhado sobre os impactos que as vias de democracia participativa provocam na tomada de decisão estatal, notadamente em seu poder normativo, discorrendo sobre a iniciativa denominada de "gobierno participativo con poder de decisión (empowered participatory gobernance) (GPPD)", a qual consiste em um complexo de reformas democráticas orientadas ao impulsionamento da participação popular direta na implementação de políticas públicas.[498]

---

495 NÁRDIZ, Alfredo Ramírez. *Democracia participativa: la experiéncia española contemporánea*. "Tesis Doctoral" apresentada à Universidad de Alicante, em 2009, sob orientação do Prof. Dr. José Asensi Sabater, em 2009, p. 307-310. Disponível em: <Democracia participativa. La experiencia española contemporánea - Dialnet (unirioja.es)> . Acesso em: 10 ago. 2023.

496 "Es importante estudiar el artículo 23.1 CE no de manera aislada, sino en relación con el resto del articulado constitucional, pues la participación aparece en otros artículos de la Constitución tales como el artículo 9.2 CE. Este artículo tiene una especial relevancia pues si bien la Constitución no hace de la participación uno de los valores superiores del ordenamiento junto con libertad, justicia, igualdad y pluralismo político, sí que la incluye en el Título Preliminar al indicar en el artículo 9.2 que los poderes públicos deben 'facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política (...)' lo cual parece acertado entenderlo como expresión de la sociedad democrática avanzada que se propugna en el Preámbulo constitucional" (Ibid., p. 327).

497 "Entendido de este modo, el artículo 23.1 CE contiene una 'vis expansiva' en función de la cual los restantes preceptos del ordenamiento han de ser interpretados desde el reconocimiento del derecho a participar en los asuntos públicos - igual que sucede con los restantes derechos fundamentales, los cuales poseen una 'fuerza de irradiación' que obliga a que el orden jurídico en general y las técnicas limitadoras de los derechos en particular vean reinterpretados sus significados y reducida su eficacia limitadora -." (Ibid., p. 328).

498 FERNÁNDES-VICTORIO, Javier Navascués. Los impactos democratizadores de los Presupuestos Participativos. Aproximaciones teóricas. In FALCK, Andrés (editor); e YAÑEZ, Pablo Paño (editores). *Democracia participativa y Presupuestos Participativos: acercamiento y profundización sobre el debate actual*. Málga: CEDMA, 2011, p. 399-400. Disponível em: < http://presupuestosparticipativos.info/ES/seccion/descarga/repo/repofile_55e863f7b73b4>. Acesso em: 10 ago. 2023.

Javier sustenta como a implementação forte da perspectiva do GPPD propicia soluções mais eficientes e efetivas aos problemas[499], mais equitativas e proporcionais diante da oitiva dos sujeitos envolvidos[500], além de servir como efetivo contrapeso ao exercício do poder mediante sujeição apenas a grupos de interesses consolidados e aptos a exercerem pressão ou a "capturarem" o governo através de seu poder (econômico, político, midiático, etc.).[501]

Em âmbito infraconstitucional, vigora na Espanha a ley n.º 39/2015 - "del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas", que prevê diversos mecanismos de participação popular em processos administrativos, erigindo tal premissa como compulsória para procedimentos de elaboração de normas legislativas ou regulamentares.

Neste sentido, o conceito legislativo para interessado é amplo e inclui não apenas os titulares de direitos individuais diretamente afetados, mas também que tenham direitos que possam "resultar afetados" pela decisão, bem como aqueles cujos interesses legítimos, individuais ou coletivos, possam resultar afetados, legitimando-se a defesa de interesses econômicos e sociais por associações e organizações representativas (artigo 4º).[502]

---

499 "Con un método descentralizado y de base se convoca a la participación a quienes están más directamente implicados y, por tanto, mejor conocen los problemas. En muchos casos estas personas saben cómo introducir mejoras sencillas que pueden tener impactos importantes. El propio proceso deliberativo garantiza en general el obtener mejores soluciones pues se aprovecha el potencial de diferentes saberes y experiencias. Además genera el compromiso con la solución adoptada derivado de la participación." (Ibid., p. 401).

500 "Como es lógico, las políticas específicas para promover la participación de los sectores excluidos y los menos favorecidos son una segunda vía para alcanzar la equidad. Una justificación clásica de la política democrática frente a las basadas en el paternalismo y el despotismo ilustrado es que las personas en situación de desventaja tienen más posibilidades de ser tratadas con justicia con la primera que con las segundas. En tercer lugar, hay una poderosa razón que justifica la posibilidad de esperar resultados más equitativos de los procesos deliberativos. Si la adopción de las decisiones es pública y en un proceso donde todos tienen voz, las posibilidades de alcanzar soluciones equitativas son mayores que en procesos tecnocráticos y poco transparentes. Una vez más, no se trata de conferir un status angelical a la deliberación. Es evidente que en procesos deliberativos los intereses particulares y el poder económico, o los prejuicios están presentes. Pero son más difíciles de defender en el debate público." (Ibid., p. 401).

501 Ibid., p. 402-404.

502 Também neste sentido a interpretação procedida por Alisson de Bom de Souza, ao discorrer sobre o processo administrativo na lei espanhola: "Assim, os que apresentem postulações na qualidade de titulares de direitos ou interesses legítimos individuais ou coletivos; os que, mesmo sem ter iniciado o procedimento, tenham direitos que podem ser

E aos interessados é garantida a participação na instrução do processo (artigo 82), podendo haver um período de "informação pública" quando a natureza do procedimento o requeira, no qual o expediente será publicizado e ficará disponível, de modo eletrônico, com o direito à obtenção de resposta pela Administração por todos os que apresentarem alegações ou observações (artigo 83).

Observe-se que a participação dos cidadãos em procedimentos de elaboração de normas com natureza de lei ou regulamentos é impositiva (artigo 133), devendo haver veiculação eletrônica, em portal "web", visando ao enfrentamento dos seguintes temas: a) os problemas que se pretende solucionar com a iniciativa; b) a necessidade e oportunidade de sua aprovação; c) os objetivos da norma; e d) as possibilidades alternativas regulatórias ou não regulatórias.[503]

As consultas, audiências e informações públicas devem ser veiculadas com os meios que propiciem efetiva exteriorização de opinião pelos cidadãos e interessados, sendo que referida fase participativa pode ser excetuada apenas em hipóteses de normas relativas à organização da Administração Pública, que não tenham impacto econômico significativo, que regulem apenas aspectos parciais de uma matéria ou que sejam urgentes (artigo 133, itens 2 a 4).

Também a Ley n.º 50/1997 (Lei del Gobierno) estampa expressamente que a produção de normas legais e regulamentares se sujeitará à concessão

---

afetados pela decisão final; e aqueles cujos interesses legítimos, individuais ou coletivos, podem ser afetados por uma solução que ainda seja definitiva, são os interessados. Inclusive, as associações e organizações representantes de interesses econômicos e sociais poderão ser titulares de interesses coletivos" (SOUZA, Alisson de Bom de. Análise Comparada das leis gerais de processo administrativo da Espanha e do Brasil à luz da sustentabilidade. *Revista Digital de Direito Administrativo*, vol. 3, n. 1, 2016, Faculdade de Direito de Ribeirão Preto - Universidade de São Paulo, p. 57).

503 Registre-se a semelhança entre as perguntas e respostas reclamadas pela lei espanhola e as professadas por Ana Paula Barcellos ao descrever o devido procedimento de elaboração normativa, sob a égide do sistema normativo brasileiro, voltado ao enfrentamento das questões: qual o problema que a norma pretende enfrentar? Quais os resultados pretendidos com a medida proposta? Quais os custos e impactos da medida proposta? (BARCELLOS, Ana Paula de. *Direitos fundamentais e direito à justificativa: devido procedimento na elaboração normativa*. 3.ª ed. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2020, p. 165-191).

de audiência aos interessados durante um prazo razoável, o que não afasta a possibilidade de simultânea consulta pública .[504]

4.5. Participação popular na Itália

A Constituição da República Italiana institui, também, a soberania pertencente ao "povo, que a exerce nas formas e nos limites da Constituição" (artigo 1º).[505]

Estabelece, ademais, na parte dos "Direitos e Deveres dos Cidadãos", diversos direitos inerentes à autonomia cívica e a mecanismos participativos e organizacionais da comunidade, visando ao pluralismo político, dentre os quais se destacam os de liberdade de reunião e associação (artigos 17 e 18), também para fins de organização sindical (artigo 39), liberdade de

504 "Artículo. 26. Procedimiento de elaboración de normas con rango de Ley y reglamentos.

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

El plazo mínimo de esta audiencia e información públicas será de 15 días hábiles, y podrá ser reducido hasta un mínimo de siete días hábiles cuando razones debidamente motivadas así lo justifiquen; así como cuando se aplique la tramitación urgente de iniciativas normativas, tal y como se establece en el artículo 27.2. De ello deberá dejarse constancia en la Memoria del Análisis de Impacto Normativo.

El trámite de audiencia e información pública sólo podrá omitirse cuando existan graves razones de interés público, que deberán justificarse en la Memoria del Análisis de Impacto Normativo. Asimismo, no será de aplicación a las disposiciones presupuestarias o que regulen los órganos, cargos y autoridades del Gobierno o de las organizaciones dependientes o vinculadas a éstas" (Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1997-25336> . Acesso em: 01 ago. 2024).

505 ITALIA. *Constituição da República Italiana*, de 22 de dezembro de 1947. Versão em português disponível em: <https://www.senato.it/sites/default/files/media-documents/COST_PORTOGHESE.pdf> . Acesso em: 30 ago. 2023.

manifestação de pensamento e livre exercício de imprensa (artigo 21), inafastabilidade da jurisdição (artigo 24), dentre outros.[506]

Quanto às manifestações políticas, propriamente ditas, previram-se a associação livre dos cidadãos em partidos (artigo 49), o direito de petição para solicitar medidas legislativas ou expor necessidades comuns (artigo 50), composição do Parlamento mediante voto direto (artigos 56 e 58), favorecimento da iniciativa autônoma dos cidadãos para o desenvolvimento de atividades de interesse público (artigo 118), bem como os institutos típicos de democracia direta consistentes no referendo e na iniciativa popular legislativa (com os intuitos propositivos ou derrogatórios).

Neste sentido, foi prevista a realização de referendo para se deliberar a revogação de lei, exceto em matéria tributária e de orçamento, com a participação de todos os cidadãos eleitores (artigo 75) e por iniciativa de convocação do Presidente da República (artigo 87); para juízo sobre a promulgação dos estatutos das Regiões em que se divide a República (artigo 123); para a deliberação sobre a fusão ou a criação de novas Regiões (artigo 132); para a promulgação de leis constitucionais ou de revisão da constituição quando convocado por um quinto dos membros de uma das Câmaras do Parlamento, por 500.000 (quinhentos mil) eleitores ou por cinco Conselhos regionais (artigo 138).

A Constituição Italiana prevê rico permissivo de iniciativa legislativa sob adesão de pouco vulto (se comparada com a brasileira, em que se reclama 1% do eleitorado, número que suplanta a casa do milhão), isto pois propicia que se

---

506 Miguel Sánchez Morón observa como as vias de organização social também se revelam, além do sufrágio universal, como instrumentos de exercício da soberania popular: "La soberanía se ejerce principalmente a través del derecho de sufragio. En tal caso el pueblo se concreta en una colectividad más restringida, cual es el cuerpo electoral. (...) La soberanía se manifiesta también mediante el llamado derecho de resistencia, es decir, a través de la formación espontánea de grupos sociales que asumen poderes de decisión política en lugar de los órganos que serían competentes y que los descuidan ejercitan indebidamente. La soberanía se ejerce también mediante la actuación de las autonomías individuales y colectivas y con el instrumento de las formaciones sociales voluntarias, tales como partidos y sindicatos, asociaciones de hecho en el ordenamiento italiano" (MORÓN, Miguel Sánchez. *La participación del ciudadano en al administración pública: con especial referencia al ordenamiento italiano*. Tesis doctoral presentada por el Licenciado Miguel Sânchez Morôn bajo la dirección del Catedrático de esta Facultad D. Eduardo Garcia de Enterria. Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho. Madrid, 2015, p. 432).

deflagre o processo legislativo por iniciativa de 50.000 (cinquenta) mil eleitores (artigo 71).

Miguel Sánchez Morón discorre, ademais, em pertinente anotação procedida em tese de doutorado, como é possível se extrair do artigo 3º, segunda parte[507], da Constituição Italiana, a participação como nada menos do que um fim da ação do Poder Público, progressivamente atingida conforme se promova, também progressivamente, a igualdade substancial e material entre os cidadãos[508], de modo que a gestão participativa deve superar a perspectiva de Poderes estatais e suas repartições, as quais, todas, legitimam-se exclusivamente a partir de sua delegação democrática (e não orgânico-institucional, apenas), resultando em uma Administração aberta e participada:

> La soberania popular se colorea así de un carácter dinámico, permite una maleabilidad de las relaciones institucionales frente al carácter estático del esquema del Estado de Derecho liberal fundado en el principio de la división rígida de poderes. Puesto que cada poder encuentra su fuente de legitimación separadamente en la soberanía popular, no cabe ya prefijar de manera inmutable un sólo tipo de expresión institucional de aquélla, ni cabe tampoco contraponer y distinguir en esencia varios poderes. La separación de poderes se transforma asi en separación de funciones y coordinación entre les titulares de las

507 "Cabe à República remover os obstáculos de ordem social e econômica que, limitando de fato a liberdade e a igualdade dos cidadãos, impedem o pleno desenvolvimento da pessoa humana e a efetiva participação de todos os trabalhadores na organização política, econômica e social do País". (ITALIA. *Constituição da República Italiana*, de 22 de dezembro de 1947. Versão em português disponível em: <https://www.senato.it/sites/default/files/media-documents/COST_PORTOGHESE.pdf>. Acesso em: 30 ago. 2023, p. 9).

508 "Si en el art. 3, ap. 2 la participación aparece como finalidad de la acción de los poderes públicos, su consideración como instrumento de dicha acción y característica de la organización política deriva de la lógica social y, normativamente, de un estudio sistemático de los principios constitucionales. La lógica social e histórica señala cómo remoción de las desigualdades y participación política no son causa y efecto respectivamente. En todo caso, son causa y efecto recíprocamente y van unidas dialécticamente en el desarrollo histórico. La Constitución italiana vislumbra una tendencialidad de ese desarrollo, un camino hacia una meta, más que una meta en si misma. La participación no puede, pues, considerarse como un valor absoluto y estático, sino que está dotada de una relatividad histórica. En este sentido debe entenderse que el art. 3 ap. 2 prescribe la consecución de una progresividad participativa estrechamente vinculada a una progresividad igualitaria" (MORÓN, Miguel Sánchez. *La participación del ciudadano en al administración pública: con especial referencia al ordenamiento italiano*. Tesis doctoral presentada por el Licenciado Miguel Sânchez Morôn bajo la dirección del Catedrático de esta Facultad D. Eduardo Garcia de Enterria. Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho. Madrid, 2015, p. 425).

> mismas. Lo que importa no es tanto el esquema formal, aunque sin olvidar lo que puede suponer en cuanto garantía, cerro la fuente última del poder político y sus formas de expresión. Así, se ha llegado a afirmar que Parlamento y Gobierno no deben considerarse corno poderes distintos, sino como autónomas esferas de competencia y de funciones, y que el llamado poder ejecutivo halla en si mismo y en su propria base democrática la fuente de su legitimación y no en una delegación de poder por parte del Parlamento. Esta afirmación debe entenderse en el sentido de que el Gobierno y todo el bloque administrativo no pueden ya considerarse como un conjunto hermético y jerarquizado, sometido al Parlamento. El principio de la soberanía popular requiere hoy en día una Administración abierta y participada, cuya piedra angular bien puede ser una pluralidad de asambleas electivas, más en contacto con el pueblo que la burocracia jerarquizada.[509]

O autor conclui elencando que o princípio da participação revela, à luz da Constituição italiana, como pressupostos de seu atingimento a (i) soberania popular, no sentido de que toda a atividade pública deve corresponder aos interesses populares, (ii) o pluralismo social, legitimando-se distintas formas de formação e expressão sociais, (iii) direitos do homem considerados sobre a perspectiva positiva e social, e não apenas negativa e de proteção individual contra a atuação do Estado, (iv) a igualdade dos cidadãos como ponto de partida para a consecução da igualdade real e (v) a organização descentralizada e autônoma dos poderes públicos como requisito para a recepção estendida da vontade popular.[510]

Em âmbito infraconstitucional, a “Legge” n.º 352, de 25 de maio de 1970, regula o procedimento das distintas hipóteses constitucionais de referendo e de iniciativa popular, indicando a legitimidade de instauração referendária: artigos 6º, 7º e 10 quanto à iniciativa para o referendo previsto no artigo 138 da Constituição (que visa ao juízo de promulgação de leis constitucionais ou de alteração constitucional: um quinto dos membros de uma das Câmaras do Parlamento, quinhentos mil eleitores ou cinco Conselhos regionais) e artigos 27

---

509 MORÓN, Miguel Sánchez. *La participación del ciudadano en al administración pública: con especial referencia al ordenamiento italiano*. Tesis doctoral presentada por el Licenciado Miguel Sânchez Morôn bajo la dirección del Catedrático de esta Facultad D. Eduardo Garcia de Enterria. Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho. Madrid, 2015, p. 434-435.

510 Ibid., p. 450-451.

e 34 para o referendo previsto no artigo 75 da Constituição (revogatório de leis: quinhentos mil eleitores ou o Presidente da República).

A “Legge” em referência também regula o procedimento dos referendos de modificação territorial (artigos 41 e seguintes), bem como ratifica as apenas 50.000 assinaturas para a iniciativa popular legislativa (artigo 48).

Reginaldo de Souza Vieira e Juliano Sartor Pereira promovem pertinente síntese do processo legislativo para acolhimento de uma iniciativa popular de referendo[511], observando que, não obstante o formalismo incidente, a Itália é o país mais próspero quanto ao número de referendos realizados.[512]

Neste sentido, observam os autores que, entre 02 de junho de 1946 a 17 de abril de 2016, foram feitos 71 (setenta e um) referendos (67 ab-rogativos, 1 consultivo, 2 constitucionais e 1 institucional) sobre temas variados, entre divórcio, prisão perpétua, aborto, porte de arma, responsabilidade civil dos magistrados, questões nucleares e energéticas, caça, eleições, regime jurídico de entes estatais, sindicatos, privatizações, alvarás, procriação assistida, etc.[513]

---

511 “Em linhas gerais, verifica-se que o caminho para que uma iniciativa popular de referendo seja aceita, passa por uma série de fases: a primeira é preparatória e corresponde aquela em que um Comitê formado por dez eleitores comunica à Corte de Cassação o interesse na coleta de assinaturas. A segunda é composta por um duplo controle preventivo do quesito referendário. Primeiramente a legitimidade é controlada pelo Escritório Central de referendos junto à Corte de Cassação, posteriormente o controle de admissibilidade é feito pela Corte Constitucional. A terceira é aquela constitutiva na qual é indicada a data da realização do referendo sendo decretada pelo Presidente da República. A última fase é declaratória por corresponder a divulgação do resultado, compete ao Ministro da Justiça publicá-lo na Gazeta Oficial para evitar a apresentação de pedidos semelhantes em um período inferior a 5 anos” (VIEIRA, Reginaldo de Souza; PEREIRA, Juliano Sartor. As garantias de participação popular através dos institutos da democracia semidireta: um estudo comparativo sobre o plebiscito, referendo e iniciativa popular no Brasil e na Itália. *XIII Seminário Internacional: demandas sociais e políticas públicas na sociedade contemporânea*. ISSN 2358-3010, 2016, p. 15. Disponível em: <AS GARANTIAS DE PARTICIPAÇÃO POPULAR ATRAVÉS DOS INSTITUTOS DA DEMOCRACIA SEMIDIRETA: UM ESTUDO COMPARATIVO SOBRE O PLEBISCITO, REFERENDO E INICIATIVA POPULAR NO BRASIL E NA ITÁLIA | Sartor Pereira | Seminário Internacional Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea (unisc.br)> . Acesso em: 30 ago. 2023).

512 Ibid., p. 15-16.

513 Ibid., p. 12.

Há notícia recente de que até a redução do número de cadeiras de Deputados e Senadores se sujeitou a referendo, o que foi, em 2020, o quarto referendo em matéria constitucional da Itália.[514]

O texto normativo italiano, embora bem comporte os princípios democrático e participativo, de certo não traz carga semântica mais intensa do que a brasileira para revelar números tão díspares em detrimento dos nossos dados participativos[515], reforçando-se a urgência da exegese pela atribuição da devida carga jurídico-prescritiva com vistas à necessária otimização do princípio jurídico participativo nos procedimentos de decisão administrativa brasileiros.

Ao fim, a "Legge" n.º 241, de 7 de agosto de 1990, que dispõe em matéria de procedimento administrativo e de direito de acesso a documentos administrativos, estampa premissas participativas que reforçam, com mais elevado grau de concretude, as normas constitucionais.

Neste diapasão, prevê-se que qualquer pessoa, portadora de interesses públicos ou privados, bem como detentora de interesses generalizados constituídos em associações ou comitês, que possa ser prejudicada pela disposição, tem o direito de intervir no processo (artigo 9º), intervenção esta que propicia o exame dos documentos do processo e a apresentação de declarações e documentos escritos que a Administração "tem a obrigação de avaliar quando pertinentes ao objeto do processo" (artigo 10), regramento esse

---

514 SALATA, Luiz José M. Eleições na Itália. *Folha do ABC - o ABC em primeiro lugar*, publicado em: 16 set. 2022, p. 1-3. Disponível em: <Eleições na Itália - 25 de setembro (II) (folhadoabc.com.br)> . Acesso em: 30 ago. 2023.

515 Fazendo-se um paralelo, no Brasil, temas de todo relevantes, como aborto, (des)criminalização de certos entorpecentes, candidaturas políticas avulsas (independentes de legendas partidárias), dentre diversos outros, perfazem pautas que não apenas deixam de ser deliberadas pelo Parlamento com a discussão institucional pertinente, como integram julgamentos do Poder Judiciário, cujos processos, a despeito do esforço participativo processual de terceiros interessados, acaba, ao final, deliberado por menos de uma dúzia de juízes, incapazes, de certo (e não por carência de vontade ou de evolução intelectual, mas por impossibilidade natural mesmo), de perceber o propósito de dezenas de milhões de pessoas quanto a temas não exauridos, ao menos com razoável grau de concretude, pelo texto normativo constitucional, fortalecendo uma percepção de carência de legitimação para as autoridades constituídas e, pior, de descrença no próprio exercício democrático, o que em muito se reforçaria pelo exercício - impositivo, quiçá - de ritos participativos amplos.

absolutamente aplicável ao exercício, no geral, da função administrativa (artigo 29).

Reforça tal prescrição de ponderação decorrente da participação e consideração dos variados interesses contrapostos o expresso dever de motivação aplicável a qualquer medida administrativa, premissa prevista já nos aspectos básicos e introdutórios da “Legge” n.º 241/1990 (artigo 3º, item 1: “motivazione del provvedimento”[516]).

4.6. Participação popular na Argentina

O movimento normativo brasileiro participativo encontra paradigmas latino-americanos, com distintos graus de intensidade.

Do texto constitucional argentino[517] se depreende certa cautela ao se abordar o enfoque normativo participativo (e não meramente representativo).

Há a consagração da ordem democrática e republicana como forma de governo, havendo o direito social de organização de trabalhadores em instituições sindicais livres e democráticas (artigo 14), prescrição do sistema democrático como inviolável (artigo 36), igualdade no acesso a cargos eletivos, plenitude no exercício dos direitos políticos, sufrágio universal e o princípio da soberania popular como informador do campo político (artigo 37), o fundamentalismo na criação e exercício de atividades dos partidos políticos para o funcionamento democrático, com “representação das minorias” (artigo

---

516 “1. Qualquer medida administrativa, incluindo as relativas à organização administrativa, realização de concursos públicos e de pessoal, deve estar motivada, salvo nos casos previstos nos parágrafos. 2. A motivação deverá indicar as condições de fato e as razões jurídicas que determinaram a decisão da administração, em relação às conclusões resultantes da instrução” (ITALIA. Legge n. 241, 7 de agosto de 1990. *Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi*, p. 3. Disponível em: <https://www.commissioneaccesso.it/media/49026/legge%207-8-1990%20n.%20241-agg.2015.pdf>. Acesso em: 16 out. 2023) (tradução nossa).

517 ARGENTINA. *Constitución de la Nación Argentina*, 1853. Disponível em: <https://siteal.iiep.unesco.org/pt/bdnp/897/constitucion-nacion-argentina> . Acesso em: 31 ago. 2023.

38), bem como a promoção dos valores democráticos como um dos fins do Congresso (artigo 75, item 19).

A Constituição argentina afirma, não obstante, que adotaria a democracia representativa como premissa, chegando a prever que “O povo não delibera nem governa, exceto por meio de seus representantes e autoridades criadas por esta Constituição”, bem como que qualquer “aglomeração de pessoas que reivindique os direitos das pessoas e faça petições em seu nome, comete o crime de sedição” (artigo 22).

Referida perspectiva de exclusiva democracia representativa é contraditada pelo próprio texto constitucional, o qual passou a prever (com a reforma constitucional de 1994) os mecanismos de participação democrática direta consubstanciados na iniciativa legislativa popular (artigo 39, cuja lei regulamentadora pode prever, no máximo, 3% do eleitorado como premissa quantitativa de subscrição), em espécie de referendo, pois que, ainda que não mencionado referido *nomem iuris*, a Câmara dos Deputados pode decidir por submeter um projeto de lei à consulta popular cuja aprovação culminará em “promulgação automática” (artigo 40, primeira parte), também prevendo que o Congresso ou o Presidente da Nação pode convocar consulta popular não vinculante (artigo 40, segunda parte), aproximando-se do regime, entre nós brasileiros, do plebiscito.

O estabelecimento de procedimentos eficazes de participação de corporações associativas de consumidores e usuários em organismos de controle foi previsto como dever ao legislador, em matéria de direito de consumidores e usuários de bens e serviços (artigo 42, terceira parte).

A crítica às fragilidades representativas é intensa também sob a perspectiva argentina, notadamente pela reiterada perda de legitimidade dos governantes frente à complexidade dos desafios socioeconômicos, reorientações drásticas de políticas públicas em comparação às promessas eleitorais, corrupção de dirigentes e funcionários, exercício constante de

discursos duplos[518], etc., tudo a reclamar novas vias de legitimação do exercício do poder político de modo realmente inovador diante das mudanças civilizatórias posteriores ao contexto burguês representativo deflagrado há mais de dois séculos.[519]

Além de a reforma constitucional de 1994 ter incluído os instrumentos de democracia direta supracitados (iniciativa popular legislativa, referendo e plebiscito) no plano formal, referido contexto normativo se harmonizou a grandes movimentos de mobilização social "informal", havendo menção a como o movimento "piquetero"[520] se intensificou ao longo da década de 1990 e ao controle social realizado pelas organizações sociais de modo mais forte do que o dos municípios[521], com reivindicações de ordem socioeconômica e cívica-

---

518 QUINTAR, Aída; ARGUMEDO, Alcira. Argentina: os dilemas da democracia restringida. *Lua Nova*, núm. 49, p. 35-63, 2000, Centro de Estudos de Cultura Contemporânea São Paulo, Brasil, p. 57-59. Disponível em: <Redalyc.Argentina: os dilemas da democracia restringida>. Acesso em: 01 set. 2023.

519 "Aliás, a reorientação do Estado [desarticulado da função 'Estado-empresário' através das privatizações e da perspectiva do 'Estado de Bem Estar' pelo recuo da ação pública nas políticas sociais] impõe um limite à ação dos partidos políticos, que, ao não dispor de um poder institucional que lhes permita definir autonomamente as políticas nacionais em distintas áreas, subordinam-se ao poder real dos setores econômico-financeiros de maior concentração e às pressões dos organismos internacionais, que definem de fato a orientação de suas políticas. A democracia representativa transforma-se então num simulacro, enquanto que a vontade popular carece dos instrumentos que lhe permitam exercer sua decisão soberana. Essa incapacidade dos partidos para levar adiante políticas que respondam às aspirações e demandas das maiorias que os escolheram para governar é um dos fatores que incidem na 'crise de representatividade' e da escassa confiabilidade que têm com respeito à sua eficácia para superar a angustiante situação sócio-econômica as nações latino-americanas em geral e da Argentina em particular" (Ibid., p. 58).

520 "O movimento *piquetero* nasceu no seio popular argentino, desde a década de 30 quando ocorreram as primeiras manifestações dos trabalhadores nas portas das fábricas até o combate intenso à ditadura militar, tendo se fortalecido mais recentemente nos protestos da despedida em massa de trabalhadores da empresa estatal YPF (Yacimientos Petrolíferos Fiscales) na província Argentina de Nequén. São manifestações de cunho pacífico, compostas, *a priori*, por desempregados que, interrompendo o tráfego normal nas ruas, chamam atenção para o descontentamento com a política governamental instalada naquele país" (SOUZA, Jacyara Farias. A aplicação dos instrumentos de participação popular como elemento dinâmico e seu relacionamento com os modelos federativos: um paradigma nos regimes democráticos do Conesul. *III Encontro de Internacionalização do CONPEDI - Madrid*, 2015, p. 15. Disponível em: <A Aplicação dos Instrumentos de Participação Popular como Elemento Dinâmico e seu Relacionamento com os Modelos Federativos: Um Paradigma nos Regimes Democráticos do CONESUL | Souza | Conpedi Law Review (indexlaw.org)>. Acesso em: 01 set. 2023).

521 Ibid., p. 17.

participativa que revelaram efetiva pressão nas medidas políticas e governamentais.[522]

Por conseguinte, o "Reglamento de Procedimientos Administrativos" argentino (Decreto n.º 894/2017)[523] prevê conceito estrito de interessado ("qualquer pessoa humana ou jurídica, pública ou privada, que invoque um direito subjetivo ou um interesse legítimo") em seu artigo 3º, embora legitime a consideração de direitos e interesses jurídicos mediante representação do interessado de origem ("Também terão esse caráter aqueles que o ato a ser expedido possa afetar seus direitos subjetivos ou interesses legítimos e que tenham sido apresentados a pedido do interessado originário"), propiciando-se maior amplitude de interessados em hipóteses de representação coletiva (por associações, sindicatos, órgão de classe, etc.), por exemplo.

A referidos interessados é que haverá os direitos de notificação (artigos 39 e seguintes), produção de prova (artigos 46 e seguintes) e interposição de recursos (artigos 71 e seguintes), enfim, de participação ativa no processo administrativo.

A doutrina assinala como a Constituição da Cidade de Buenos Aires prevê o permissivo de promoção de audiências públicas no exercício das funções legislativa e administrativa.[524]

---

522 "Nesse percurso histórico percebe-se que gradativamente o governo argentino sentiu-se pressionado a negociar e não só a nível nacional, mas também na seara provincial e local. O movimento piquetero argentino surgiu a partir das portas das fábricas, transportou-se para os bairros e ganhou as ruas das cidades do interior e emergiu para a capital, tomando dimensões gerais. Foi um processo que partiu das localidades para as extremidades, vindos do anseio popular. Suas organizações se revelaram como um fato político e social inovador dos últimos tempos. Por sua origem multifacetada ajudaram a construir um movimento de participação popular inovador, sem precedentes em outros países e que alocaram o cidadão como agente ativo do processo de construção de políticas públicas em um Estado Democrático de Direito". (Ibid., p. 18-19).

523 ARGENTINA. *Decreto n.º 894/2017*. Administración Pública Nacional: Apruébase el texto ordenado del Reglamento de Procedimientos Administrativos. Disponível em: <InfoLEG - Ministerio de Economía y Finanzas Públicas - Argentina>. Acesso em: 01 set. 2023.

524 "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 impado 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 públicos" (MELO, Cristina Andrade. *Op. cit*., p. 64).

No âmbito dos serviços regulados, a Argentina indica, tal como o Brasil, o movimento democrático-participativo visando à mitigação dos efeitos deletérios de legitimação dos entes reguladores[525], com previsão legislativa (Ley n.º 24.065 de 1992) de realização de audiências públicas, no setor elétrico (por exemplo), sempre que houver início ou ampliação construtiva ou operacional de instalações de distribuidores (artigo 11), aglutinação ou cessões de ações empresariais entre transportadores e distribuidores (artigo 32) e revisões de tarifas (artigo 46).[526]

Em matéria ambiental, a Lei Nacional n.º 25.675/2002 (Ley General de Ambiente) prevê expressamente que toda pessoa tem direito a ser consultada e a opinar em procedimentos administrativos sobre preservação e proteção ambiental, instituindo-se o dever de as autoridades institucionalizarem procedimentos de consultas ou audiências públicas como instâncias obrigatórias para autorização de atividades de risco (artigos 19 e 20).[527]

É da Argentina um relevante precedente jurisdicional de índole participativa em matéria ambiental, denominado de “Caso Mendoza”, instaurado por petições coletivas que objetivavam a adoção de medidas judiciais para a preservação do Rio Matanza-Riachuelo, oportunidade em que a Corte Constitucional Argentina tomou uma série de medidas estruturais atinentes a requerimentos de informações, planos integrados de saneamento, perícias e audiências públicas.

O caso teve início em dezembro de 2004, foi sentenciado em 2008 e marca, na Suprema Corte da Argentina, um estilo de judicialização cooperativa que propõe uma variedade idiossincrática de litígio de estilo experimental,

---

525 BIM, Eduardo Fortunato. *Audiências Públicas*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014, p. 152.

526 Disponível em: <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/ley-24065-464/actualizacion#:~:text=%2D%20Los%20transportistas%20y%20los%20distribuidores%20est%C3%A1n%20obligados%20a%20permitir%20el,los%20t%C3%A9rminos%20de%20esta%20ley.> . Acesso em: 01 ago. 2024.

527 Disponível em: <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/ley-25675-79980/texto> . Acesso em: 01 ago. 2024.

centrada não só na promoção do diálogo, mas também na transformação da dimensão institucional dos direitos[528].

Neste processo foram diversos os autores e figuraram no polo passivo o Estado Nacional, a Província de Buenos Aires, o Governo da Cidade de Buenos Aires e 44 (quarenta e quatro) empresas que desenvolvem atividades industriais nas adjacências do Rio em referência, sendo que a decisão, de lavra de Carlos Santiago Fayt[529], determinou diversas providências, imediatas e continuadas, a título de apresentação de informações acerca de níveis de poluição (provocada e tratada), planos integrados com objetivos ambientais gradativos, com metas interinas e finais projetadas mediante cronograma, estabelecimento de programa de informação ambiental contínuo e aberto à comunidade, cronograma de audiências públicas para participação popular, etc.

4.7. Participação popular na Colômbia

A Colômbia se revela como pertinente paradigma normativo a ser objeto de referência, haja vista conter relevantes normas prescritivas pela gestão participativa da coisa pública.

Outrora já observamos como se trata de contexto normativo constitucional bastante ampliativo à promoção de ações populares[530], com

528 CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de coisas inconstitucional*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 200.

529 Disponível em: <https://center-hre.org/wp-content/uploads/2011/07/2007-07-20-Caso-Mendoza-Riachuelo.pdf> . Acesso em: 27 jul. 2021.

530 "A Constituição Política da Colômbia de 1991 (COLOMBIA. *Constitución Política de la República de Colombia*, 1991. Disponível em: <https://siteal.iiep.unesco.org/sites/default/files/sit_accion_files/siteal_colombia_2000.pdf> . Acesso em: 20 set. 2023) dá alcance digno de nota às ações populares em seu Estado, mormente porquê de seus artigos 87, 88 e 89 se depreende o permissivo para propositura de ação popular por qualquer pessoa para fazer seja cumprida uma lei ou ato administrativo (art. 87), bem como para proteção de direitos e interesses coletivos relacionados com o patrimônio, espaço, segurança e saúde públicas, e outros de natureza similar, inclusive com possibilidade de ação originada por danos a uma coletividade (arts. 88 e 89).

legitimidade a todo cidadão para até mesmo o controle de constitucionalidade e de legalidade de atos estatais (artigo 40.6. da Constituição Colombiana[531])[532], isso sob a perspectiva da atuação popular jurisdicional, embora em nada desassociada do influxo do princípio jurídico participativo, ainda que não no recorte específico que ora se propõe para o procedimento de decisão administrativa.

Isto posto, da Constituição colombiana se revela intenso teor normativo expressamente participativo. Ainda em seu preâmbulo já se apresenta o texto como um marco jurídico "democrático e participativo", o que é reforçado no artigo 1º ao se afirmar ser a Colômbia um estado social de Direito organizado em República "democrática, participativa e pluralista".

O artigo 2º do texto constitucional colombiano afirma ser um dos fins essenciais do Estado "facilitar a participação de todos nas decisões que os afetam e na vida econômica, política, administrativa e cultural da Nação", seguido da assertiva de que a soberania reside "exclusivamente no povo", que a exerce de "forma direta ou por meio de seus representantes", nos termos do que a Constituição estabelece (artigo 3º).

(...) A legitimidade ativa dada pela legislação infraconstitucional colombiana é ampliada (toda pessoa natural ou jurídica; organizações não governamentais, populares, cívicas ou de natureza similar; entidades públicas controladoras; além de autoridades e servidores públicos), mesma sorte dos direitos e interesses coletivos por ela tuteláveis (meio ambiente sadio; moralidade administrativa; equilíbrio ecológico, com manejo e aproveitamento racional dos recursos naturais, inclusive no que atine à conservação de espécies animais e vegetais, ecossistemas e demais interesse da comunidade afeitos à preservação e restauração do meio ambiente; gozo e utilização de bens públicos; patrimônio público; segurança e saúde públicas; acesso à infraestrutura de serviços públicos de segurança; livre competição econômica; acesso aos serviços públicos e sua prestação eficiente e oportuna; proibição de fabricação, importação, posse e uso de armas químicas, biológicas ou nucleares; segurança e prevenção de desastres previsíveis tecnicamente; promoção de construções e desenvolvimento urbano respeitando a lei, de maneira ordenada e com prevalência ao benefício na qualidade de vida dos habitantes; e os direitos dos consumidores e usuário)" (RIGAMONTI, Thiago Reis Augusto. *Da Desnecessidade da Lesividade Material na Ação Popular, op. cit.*, p. 26-27).

531 COLOMBIA. *Constitución Política de la República de Colombia*, 1991. Disponível em: <https://siteal.iiep.unesco.org/sites/default/files/sit_accion_files/siteal_colombia_2000.pdf> . Acesso em: 20 set. 2023.

532 SILVA, Paulo Maycon Costa da. Jurisdição constitucional na Colômbia e o poder político do cidadão diante da Corte Constitucional. *Revista de Informação Legislativa*, Senado Federal, ano 51, número 203, jul./set. 2014, p. 195-198. Disponível em: <www12.senado.leg.br> . Acesso em: 10 dez. 2019.

Dentre os direitos e garantias fundamentais (artigos 11 e seguintes) se depreendem diversos que instrumentalizam ou sofrem influxo da perspectiva democrática-participativa, mencionando-se a liberdade de expressão e difusão de pensamentos e opiniões, de informar e ser informado (artigo 20), direito de petição administrativa (artigo 23), liberdade de reunião, manifestação pacífica e de associação (artigos 37 e 38), bem como de constituir sindicatos (artigo 39).

O artigo 40 da Constituição colombiana prescreve que todo cidadão tem o direito de "participar na conformação, exercício e controle do poder político", podendo, para fazer efetivo este direito, eleger e ser eleito, participar de eleições, plebiscitos, referendos, consultas populares e outras formas de participação democrática, constituir partidos, movimentos e grupos políticos sem limitação alguma, revogar o mandado dos eleitos, ter iniciativa em órgãos parlamentares, propor ações em defesa da Constituição e da lei, bem como ascender ao desempenho de funções e cargos públicos.

O artigo 41 estampa curiosa assertiva no sentido de que em todas as instituições de ensino, públicas e privadas, será obrigatório o ensino da Constituição e da instrução cívica, fomentando-se práticas democráticas para o aprendizado dos princípios e valores da participação cidadã.

O título IV da Constituição, iniciado no artigo 103 e cujo capítulo primeiro é intitulado "Das formas de participação democrática" prevê como mecanismos participativos o voto, plebiscito, referendo, consulta popular, "cabildo aberto"[533], bem como as iniciativas populares legislativa e revogatória de mandato.

O dispositivo inaugural do título (artigo 103) prevê, em sua segunda parte, o dever de o Estado contribuir para a organização, promoção e capacitação de entidades de utilidade comum não governamentais visando à constituição de mecanismos democráticos de participação, concerto, controle e vigilância da gestão pública.

---

533 Não há tradução para instituto jurídico análogo brasileiro (a tradução literal é de "conselho aberto"), aproximando-se da percepção, entre nós, das audiências públicas.

O capítulo constitucional destinado ao processo legislativo reforça o cabimento da iniciativa popular, reclamando fração aguda, porém, de 5% (cinco por cento) do censo eleitoral (artigo 155).

Reclama-se 10% (dez por cento) de cidadãos para solicitar uma convocação para um referendo derrogatório de uma lei, que poderá ser conclusivo se a maioria dos votantes o for pela derrogação em contexto com participação de ao menos uma quarta parte (25%) dos cidadãos que compõem o censo eleitoral (artigo 170). O percentual de convocação é reduzido para 5% dos eleitores em se tratando de reforma constitucional que verse sobre direitos e garantias fundamentais, procedimentos de participação popular ou relativos ao Congresso (artigo 377), assegurando-se a competência do Governo para a convocação de referendo aprovativo de reforma constitucional, sob o mesmo quórum (maioria dos votantes, cuja eficácia é condicionada pela participação de ao menos 25% dos eleitores) (artigo 378).

Alfredo Ramírez Nárdiz observa como a Constituição colombiana de 1991 se revela como marco normativo democrático-participativo, sintetizando as previsões normativas que reputa substanciais neste sentido, as quais foram, em essência, antes compiladas.[534]

---

534 "La Constitución Política de Colombia de 1991 indica en su preámbulo que el marco jurídico colombiano ha de ser participativo, apunta en su art. 1 que Colombia es una república participativa e incorpora en el art. 2, entre los fines esenciales del Estado, el de facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la nación. Como indican Güiza-Suárez y Rodríguez-Barajas (2015: 330), la importancia otorgada a la participación desde el comienzo del texto constitucional ha de ser entendida en el marco de la consideración que se hace de la misma como 'una manifestación del principio democrático del Estado Social de Derecho'. La Constitución recoge la democracia participativa en los arts. 40 y 103. En el art. 40 (título II: 'De los derechos, las garantías y los deberes', capítulo I: 'De los derechos fundamentales') nombra siete mecanismos de participación de los ciudadanos en la conformación, ejercicio y control del poder político, citando conjuntamente los propios de la democracia participativa y de la democracia representativa: elegir y ser elegido; participar en las elecciones, plebiscitos, referendos, consultas populares y otras formas de participación democrática; constituir partidos políticos, movimientos y agrupaciones políticas sin limitación alguna, formar parte de ellos y difundir sus ideas y programas; revocar el mandato de los elegidos en los casos y en el modo que establecen la Constitución y las leyes; tener iniciativa en las corporaciones públicas; interponer acciones públicas en defensa de la ley y la Constitución, y acceder al desempeño de funciones y cargos públicos. El art. 103 (título IV: De la participación democrática y de los partidos políticos, capítulo I: De las formas de participación política) enumera los instrumentos de la democracia participativa: el voto, el plebiscito, el referendo, la consulta popular, el cabildo abierto, la iniciativa legislativa y la revocatoria de mandato" (RAMÍREZ NÁRDIZ, Alfredo. Análisis de la democracia participativa colombiana. A propósito del plebiscito por la paz de

O autor observa como, a despeito da intensa previsão normativa constitucional e sua regulação em âmbito infraconstitucional (Ley 134 de 1994), foram poucas as experiências de instrumentos participativos em âmbito nacional, as quais são mais abundantes nos diversos departamentos autônomos do país (anota o autor terem sido realizados, em 2013, 89 “cabildos”, 34 revocatórias, 2 consultas, 2 referendos e 1 iniciativa popular legislativa).[535]

Descreve o autor, quanto aos referendos, ter havido um único em âmbito nacional desde a promulgação da Constituição, sob o título de “Referendo contra la corrupción, el desparrame de las finanzas públicas y para fortalecer la democracia”, em 2003, mas que, dentre as quinze reformas votadas, apenas uma foi aprovada (a denominada “morte política” de pessoas condenadas por corrupção), pois as outras (relativas a regime de pensões e salários de funcionários públicos) sequer alcançaram os índices de participação mínima. Também em matéria de plebiscito, um único foi realizado em âmbito nacional na Colômbia, no ano de 2016, relativo à aprovação popular do acordo de paz com as FARC.[536]

O autor registra uma única consulta popular em âmbito nacional, a qual não logrou eficácia por ausência de mínima proporção participativa, porém observa como as consultas populares estão se difundindo nas gestões locais do Poder Público, especialmente depois de decisão da Corte Constitucional que deliberou pela legitimidade das consultas populares locais enquanto instrumentos de gestão para decisões sobre explorações minerais nos Municípios à luz dos impactos socioambientais locais (faz-se referência, exemplificativa, a consultas populares nos Municípios de Piedras e Cajamarca, nas quais, respectivamente, dentre cinco mil pessoas identificadas no censo, três mil votaram contra as atividades minerais e apenas algumas dezenas a favor, e, em Cajamarca, em que 6.165 votaram contra e apenas 76 a favor),

---

2016. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 115, 171-203. doi: https://doi.org/10.18042/cepc/redc.115.06, p. 176-177).

535 Ibid., p. 177.

536 Ibid., p. 177-180.

reforçando a potência da consulta popular como instrumento de identificação precisa do propósito popular.[537]

Quanto às iniciativas populares legislativas, registrou-se a ausência de desfecho frutífero em âmbito nacional para quaisquer delas, seja por insuficiência de subscrição popular, seja por rejeição, afinal e no mérito, do Congresso.[538]

Atenção especial nos atraem a iniciativa popular revocatória e os "cabildos" (conselhos), pela ausência de paradigmas normativos brasileiros.

À luz da disciplina normativa em âmbito infraconstitucional, a iniciativa popular revocatória consiste em um "direito político, por meio do qual os cidadãos dão por terminado o mandato que conferiram a um governador ou alcaide" (artigo 6º da Ley 134/1994).

Cidadãos em número de ao menos 40% da quantidade de votos do respectivo mandatário são os que têm a iniciativa para a convocação da "revocatória del mandato", desde que já transcorrido ao menos um ano da posse, submetendo-se a quórum de ao menos 60% de votos favoráveis à revocatória desde que haja votantes na proporção de ao menos 60% dos eleitores registrados no dia da eleição do mandatário sob escrutínio (artigos 64 e 69 da Ley 164/1994).

A votação é de cumprimento compulsório pelo Presidente da República ou governador respectivo, para que se convoquem novas eleições em 30 (trinta) dias, sendo vedada, na hipótese de não aprovação da revocatória, uma nova convocação ao longo do mesmo mandato (artigos 70, 72 e 74).

Há notícias de intensa provocação de revocatórias, ainda que raramente aprovadas[539].

Os "cabildos abertos" representam, ao seu turno, sessões de conselhos municipais ou distritais para que sejam discutidos assuntos solicitados por ao

---

537 Ibid., p. 180-182.

538 Ibid., p. 184.

539 Ibid., p. 184-187.

menos “cinco por mil” (0,5%) dos cidadãos integrados ao censo eleitoral da circunscrição do conselho, atendida a ordem de solicitação (artigos 81, 82 e 84, Ley 134/1994).

Todas as pessoas podem participar dos “cabildos” e terá voz quem se inscrever ao menos 3 (três) dias antes da sessão, com breve resumo de sua pretensa intervenção, havendo direito à resposta frente a todas as abordagens e solicitações cidadãs no prazo de até uma semana (artigos 86 e 87, Ley 134/1994).

Por fim, também a lei colombiana de processo administrativo (Ley 1.437/2011)[540] estampa normas relevantes sob a perspectiva participativa. A participação foi erigida nada menos a título de “princípio” dos procedimentos administrativos, de modo que as autoridades promoverão e atenderão às iniciativas de cidadãos, organizações e comunidades visando à intervenção nos processos de deliberação, formulação, execução, controle e avaliação da gestão pública (artigo 3º, item “6”).

A promoção de audiências com o objetivo de viabilizar a participação cidadã (além de assegurar o contraditório e contribuir à pronta adoção de decisões) perfaz um permissivo geral dos procedimentos administrativos (artigo 35), revelando-se instrumental para o atendimento às premissas principiológicas participativas fortes da Constituição colombiana.

4.8. Participação popular no Uruguai

O Uruguai é país latino-americano cujo território já foi brasileiro, tendo se tornado independente em 1825.

Seus dados socioeconômicos revelam os melhores índices sul-americanos sob as perspectivas de acesso à educação e igualdade na

---

[540] COLOMBIA. Ley 1437 de 18 de enero de 2011. *Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*. Disponível em: <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=41249>. Acesso em: 20 set. 2023.

distribuição de renda, fatores que, somados às suas belezas naturais, sistema democrático consolidado, menor dimensão de território (mormente se em comparação aos seus vizinhos) e política fiscal levaram tal país a já ser denominado de “Suíça Latino-Americana” em meados do Século XX, imagem que percebeu os seus abalos em virtude da adoção de regime totalitário após crises econômicas sucessivas (entre 1973 e 1985).[541]

Ainda assim, são do Uruguai diversos índices socioeconômicos qualificados como os melhores da América Latina, com registros de tal status em campos avaliativos relativos a menor desigualdade, maior proporção de população situada na classe média, menor proporção de população abaixo da linha de pobreza, um dos maiores PIB *per capita*, nível máximo de democracia institucionalizada, máxima pontuação possível em direitos políticos, exteriorizando notas maiores do que a média europeia nas cinco diferentes concepções de democracia (deliberativa, igualitária, liberal, participativa e eleitoral) e isso partindo de relevante ciclo avaliativo que abrange os anos de 1989 a 2016.[542]

Ademais, é no Uruguai que um conjunto de reformas liberais foi, recentemente (março de 2022), objeto de referendo com intensa participação popular (85% do eleitorado, embora mereça registro o fato de que no Uruguai o voto também é obrigatório) e acirradíssimo desfecho (49,86% não revogaram a lei, enquanto 48,82% votaram por revogá-la)[543], mantendo-se, ainda assim, a estabilidade institucional, atraindo-se aspectos importantes e de todos pertinentes à realidade brasileira e ao recorte do presente texto (estreito

---

541 MARQUES, Teresa Cristina Schneider. A construção e a desconstrução da imagem da “Suíça latino-americana no Brasil: o Uruguai”. *Anais Eletrônicos do VII Encontro Internacional da ANPHLAC*. Campinas, 2006, p. 2-6. Disponível em: <http://antigo.anphlac.org/sites/default/files/teresa.pdf> . Acesso em: 10 out. 2023.

542 REIS, Guilherme Simões. Democracia no Uruguai: quase um oásis, mas o diabo mora nos detalhes. *Teoria & Pesquisa: Revista de Ciência Política*, UFSCAR, vol. 26, p. 69-98, 2017, p. 69-72. Disponível em: <https://www.teoriaepesquisa.ufscar.br/index.php/tp/article/view/601/359>. Acesso em: 10 out. 2023.

543 MELLO, Michele de. Em referendo, Uruguai decide manter reformas liberais de Lacalle Pou. *Revista Eletrônica Brasil de Fato: uma visão popular do Brasil e do Mundo*, 28 mar. 2022, p. 1-3. Disponível em: <https://www.brasildefato.com.br/2022/03/28/em-referendo-uruguai-decide-manter-reformas-liberais-de-lacalle-pou>. Acesso em: 10 out. 2023.

fracionamento entre as ideologias liberal e social, com a participação popular, apesar disso, como elemento de estabilização de medidas governamentais sensíveis).

Enfim, diante de tal quadro contextual importante para se enaltecer a importância do conteúdo comparativo pretendido, da apreciação do teor normativo da Constituição uruguaia não se têm dúvidas, de fato, de sua submissão à percepção democrática, ao menos no plano formal e abstrato, de forma de governo.

Neste sentido, dentre os direitos, deveres e garantias constitucionais estão aqueles substancialmente de índole democrática, merecendo destaque a previsão de responsabilidade civil do Estado (artigo 24), da livre circulação e do sigilo de correspondência (artigo 28), da livre expressão e circulação de pensamentos (artigo 29), direito de petição frente a qualquer autoridade pública (artigo 30), direito de reunião pacífica independentemente de autorização ou medida pública que não as restritas à saúde, segurança ou ordem públicas (artigo 31) e livre associação (artigo 39).

Por conseguinte, o Uruguai é Estado de Direito, cujos cidadãos apenas se submetem à obrigação imposta por lei (artigos 4º, 10, dentre outros) objeto de criação parlamentar através, em regra, de mandatos de representação popular (democracia representativa), havendo o direito universal ao voto secreto (artigo 77).

A Constituição uruguaia também prevê mecanismos de participação direta dos cidadãos na gestão pública (artigo 82[544]), muito embora com quantitativos mínimos de eleitores demasiadamente rigorosos, registrando-se, não obstante, tratar-se de país com menor quantidade de eleitores e extensão

---

544 "Artículo 82.- La Nación adopta para su Gobierno la forma democrática republicana. Su soberanía será ejercida directamente por el Cuerpo Electoral en los casos de elección, iniciativa y referéndum, e indirectamente por los Poderes representativos que establece esta Constitución; todo conforme a las reglas expresadas en la misma" (URUGUAI. *Constitución de la República Oriental del Uruguay*, 1967. Disponível em: <https://siteal.iiep.unesco.org/sites/default/files/sit_accion_files/siteal_uruguay_3001.pdf>. Acesso em: 10 out. 2023).

demográfica em comparação com o Brasil, além de que os melhores indicadores socioeconômicos favoreçam, em geral, a participação política.[545]

Neste sentido, há a previsão constitucional da iniciativa popular legislativa exequível por quinze por cento dos eleitores (artigo 305) ou por dez por cento destes se se tratar de reforma constitucional (artigo 331, “a”).

Os plebiscitos são previstos como mecanismos de consulta popular obrigatoriamente adotados em reformas constitucionais, seja de iniciativa popular, seja por iniciativa parlamentar, a serem realizados simultaneamente com as eleições (artigo 331, “a”, “b”, “c” e “d”), sendo condicionante da vigência das emendas ou leis constitucionais a sua aprovação por maioria dos votos plebiscitários e desde que atendido o quórum mínimo de participação de 35% de todo o corpo de eleitores (artigo 332, “a”).

O supracitado plebiscito uruguaio em matéria constitucional se assemelha, em rigor, ao referendo brasileiro, haja vista ser realizado após a medida parlamentar e condicionar a sua vigência e eficácia.

O referendo também é instituto previsto em âmbito constitucional, suscetível de ser convocado por vinte e cinco por cento dos eleitores inscritos visando à revogação de lei (exceto em matérias tributárias ou de competência privativa do Poder Executivo), conforme o artigo 79 da Constituição uruguaia.

Guilherme Simões Reis, em texto especificamente elaborado para a apreciação da democracia uruguaia sob as perspectivas da competição eleitoral, accountability, estado de direito (“rule of law”), participação e responsividade (“responsiveness”), discorre sobre eventos dignos de nota relativos ao exercício direto da democracia, tanto na perspectiva legislativa, quanto a título de instrumento de legítima pressão pelas massas, referindo-se a uma greve geral organizada por central sindical que obteve a mobilização de nada menos do que 1 milhão de habitantes em 2016 (contra medidas de ajuste fiscal), isso em um país de 3,5 milhões de habitantes.[546]

---

545 REIS, Guilherme Simões. *Op. cit.*, p. 88-89.

546 Ibid., p. 89.

Anotam-se plebiscitos decorrentes de iniciativas populares de reforma da Constituição referentes a temas de forte impacto social, tais como redução da maioridade penal (iniciativa derrotada em 2014); derrubada da lei de reforma de empresas públicas (referendo de 1992); e escrutínio popular da Lei da Caducidade que anistiou os crimes do período ditatorial (referendo de 1989 e plebiscito de 2009, com o desfecho pela permanência da anistia em ambas as oportunidades).[547]

Já foi feita a menção ao recente referendo (de 2022) que manteve um conjunto de mais de uma centena de dispositivos normativos que instrumentalizam uma reforma liberal.

Enfim, temas de acentuada sensibilidade (maioridade penal, medidas liberais, anistia de crimes, etc.) foram submetidos ao escrutínio popular, elemento fortemente colaborativo à legitimação da tomada de decisão em tais campos, evitando-se a crescente perda da legitimidade dos mandatos representativos diante do inexorável desgaste perene com a centralização de decisões difíceis, ao invés de seu compartilhamento com os detentores, afinal, do poder decisório.

Em âmbito infraconstitucional, o Decreto n.º 500/91, que prevê as "Normas generales de actuación administrativa y regula el procedimiento disciplinario en la Administración Central", revela certos dispositivos que favorecem a instrumentalização da concepção democrática de governo, ainda que timidamente.

Neste sentido, é obrigatório o franqueamento da oportunidade participativa a todos aqueles que podem ter os direitos ou interesses afetados, com todas as faculdades instrutivas previstas na lei (artigo 17), além de ser estabelecido ampliado direito de petição (e correspondente enfrentamento) a todo habitante frente a todas e quaisquer autoridades da República quando formulado pelo titular de um direito subjetivo ou de interesse legítimo (artigos 106, 117 e 118).

---

547 Ibid., p. 90-91.

4.9. Segmentos de normatização com participação popular mitigada

Campo relevante de incidência da participação popular na instrução que antecede o procedimento de decisão administrativa repousa na atuação regulatória estatal[548], presente, pois, nos espaços de normatização que a lei designa (expressa ou implicitamente) para o Estado no exercício da função administrativa, visando à fiel execução da lei (justamente nos termos permitidos pelo artigo 84, IV, da Constituição Federal), diante do influxo intenso de campos de significação mais bem preenchíveis pela Administração Pública diante da mutabilidade tecnológica e de regimes afeitos à prestação de serviços públicos.

Neste diapasão, observam Carolina Zancaner Zockun, Flávio Garcia Cabral, Leandro Sarai e Maurício Zockun como há segmentos que afastam a possibilidade de qualitativa participação do administrado, por haver destinatários exclusivos da medida:

> Assim, a qualitativa participação do administrado na regulação administrativa é um dos desideratos democráticos em vista dos quais se busca o desenvolvimento de uma atividade estatal mais eficiente e afinada à adequada persecução do interesse público. Afinal, não se pode regular de costas para o administrado.
>
> Ora, se a regulação administrativa 'sob homologação estatal' é uma espécie da regulação administrativa, em princípio nela também deve ser assegurada a qualitativa participação do administrado.
>
> E dizemos essa qualitativa participação dos administrados é, em princípio, possível, pois antevemos a possibilidade de essa regulação administrativa ter por exclusivo destinatário os operadores do setor regulado. Nesse caso, como a regulação administrativa 'sob homologação' não causa impacto direto aos administrados em geral, não se justifica essa qualitativa

548 Aqui compreendida a regulação em sua significação simples, objetiva e correta, qual seja a de produção de normas jurídicas sob competência do Estado. No mesmo sentido: ZOCKUN, Carolina Zancaner; CABRAL, Flávio Garcia; SARAI, Leandro; ZOCKUN, Maurício. *Manual de Direito Administrativo Digital*. São Paulo: Ed. Almedina, 2024, p. 245.

> participação dos administrados; ao menos não na sua integralidade.
>
> Esse parece ser o caso, por exemplo, de parcela da legislativamente denominada autorregulação do setor ferroviário, que tem por um dos objetivos fixar os "padrões exclusivamente técnico-operacionais da execução do transporte ferroviário" (art. 44, I, da Lei Federal 14.273, de 2021). No entanto, nos casos em que essa regulação pretende assegurar a "neutralidade com relação aos interesses dos usuários" (art. 44, IV, da Lei federal 14.273, de 2021), evidentemente que os usuários devem participar desse processo, pois eles podem ser atingidos por essa regulação. Aliás, nesse caso vislumbrando-se, inclusive, a possibilidade de realização de AIR, de forma a apurar se a regulação administrativa 'sob homologação estatal' que se pretende realizar será efetivamente neutra em relação aos usuários.[549]

A passagem doutrinária supracitada merece o devido destaque, já que qualquer ato administrativo traduz, em alguma medida, impacto no interesse do indivíduo sob a sua perspectiva coletiva e difusa, nem que o seja apenas sob a ótica da boa gestão da coisa pública.

Explica-se: a aplicação de uma sanção administrativa individual traz um efeito pedagógico que interessa à coletividade, mesma sorte de veiculação de edital de licitação, nomeação de agente público, etc.

Mas, é claro, estes atos não têm como destinatários (consequente) uma coletividade ou os cidadãos e interessados de modo difuso ou coletivo, de forma que carecem, na verdade, de consequente geral que é a delimitação dos atos que atraem o dever de participação.

Observe-se: não é apenas a tecnicidade do ato administrativo que deve ser objeto de aferição para se compreender o alcance participativo (já que os populares também muito podem colaborar na percepção de fenômenos que influem em decisões demasiadamente técnicas e complexas), tampouco a afetação especial a determinadas pessoas privadas é discrímen bastante para

---

549 ZOCKUN, Carolina Zancaner; CABRAL, Flávio Garcia; SARAI, Leandro; ZOCKUN, Maurício. *Manual de Direito Administrativo Digital, op. cit.,* p. 249-250.

a não incidência participativa[550], mas o ponto é quem são efetivamente os destinatários da medida a sofrerem o seu consequente, isto pois apenas atraem o influxo democrático quando necessário o diálogo com os "indeterminados" afetados diretamente pela pretensão estatal.

Pensamento diverso ampliaria demasiadamente a perspectiva participativa, o que a fragiliza, diante da impossibilidade fenomênica de gestão pública em constante assembleia.

Se alguns casos revelarão óbvio influxo de consequente predominantemente individual ou geral (de um lado, ato de desapropriação de bem imóvel por interesse público ou de sancionamento administrativo de determinada pessoa jurídica[551], por exemplo, ou, de outro lado e respectivamente, de licença ambiental para atividade altamente poluidora, também a título exemplificativo), sem dúvida haverá casos de difícil identificação da predominância, ou não, do impacto geral a atrair a fase participativa, para cuja ponderação, ao se deliberar pelas fases de instrução do processo administrativo, muito colabora até mesmo a Análise de Impacto Regulatório sugerida pelos autores[552] (ou medidas de análise congêneres).

Trata-se da divisão entre a denominada participação "uti singulis", de natureza adversarial e individual, fundamentada sobretudo nos princípios do devido processo legal, contraditório e decorrentes, que têm como contexto uma relação bilateral entre o participante e a Administração Pública, e, do outro lado, da participação "uti socius" ou "uti cives", relacionada ao interesse

---

550 Christophe Testard observa como empreendimentos privados podem atrair a necessidade de vias participativas, justamente à luz de seus decorrentes problemas socioeconômicos ou impactos significativos no meio ambiente ou no ordenamento do território (TESTARD, Christophe. *Pouvoir de décision unilatérale de l'administration et démocratie administrative*. LGDJ, 2018, p. 414).

551 "No que diz respeito às sanções, a sua exclusão justifica-se pelo facto de prejudicarem a situação de um sujeito de direito específico: a participação colectiva dos cidadãos não se aplica a estas decisões, uma vez que só o sujeito de direito em causa está em condições de apresentar as suas observações" (Ibid., p. 420).

552 ZOCKUN, Carolina Zancaner; CABRAL, Flávio Garcia; SARAI, Leandro; ZOCKUN, Maurício. *Manual de Direito Administrativo Digital, op. cit.,* p. 249-250.

coletivo, em que a participação do cidadão ostenta, ainda que também benefício individual, um consequente imediatamente coletivo ou difuso.[553]

Reconhecendo-se a consulta pública como a forma participativa prioritária – o que adiante se fundamentará –, tem relevo destacar que a própria Lei Federal de Processo Administrativo (n.º 9.784/1999) a prevê quando o objeto do processo versar sobre "assunto de interesse geral" (artigo 31, *caput*), distinguindo-se a premissa se comparada à que induz à convocação de audiência pública, a qual se assenta na "relevância da questão" (artigo 32, *caput*).

E são gerais, como antes exposto, os atos administrativos pretensos cuja matéria transcenda o interesse das partes inicialmente afetadas[554] – pois "igualmente" (e não apenas mediatamente) sofrerão o seu consequente –, o que justifica a abertura do processo à participação dos interessados, independentemente de eventual delimitação *a priori* da espécie do ato administrativo pretendido (se regulamentar, unilateral, etc.).[555]

As lições de Irene Patrícia Nohara e Thiago Marrara muito colaboram para a elucidação do interesse geral que predica a pertinência da consulta pública na instrução do processo administrativo:

> A expressão *interesse geral* não é de fácil definição. Não se pode definir, em abstrato, o que seja ou não assunto de interesse geral. Essa análise há de ser feita em cada caso concreto. No entanto, tem-se entendido que os atos normativos da Administração enquadram-se na expressão "interesse geral". Assim, por exemplo, se uma agência reguladora desejar aprovar um novo regulamento para determinado tipo de serviço de telecomunicações ou aprovar, por exemplo, um novo tipo de regulamento a respeito de determinada categoria de remédios, deverá abrir a consulta pública, tendo em vista a importância das

553 MELO, Cristina Andrade. *Op. cit.*, p. 32.

554 Ibid., p. 121.

555 "A distinção entre ato unilateral e contrato não tem, por conseguinte, qualquer incidência na consulta local, sendo o único critério o da materialidade ou da finalidade. A participação pode, assim, desenvolver-se excepcionalmente fora da norma unilateral" (TESTARD, Christophe. *Pouvoir de décision unilatérale de l'administration et démocratie administrative*. LGDJ, 2018, p. 416).

> normas que pretende expedir para empresas e para os cidadãos em geral.
> Eventualmente, mesmo que o processo administrativo resulte em um ato administrativo de efeitos limitados, também poderá ele ser considerado de interesse geral se deflagrar efeitos sobre a esfera de direitos de parte significativa da sociedade. Imagine-se que o Estado deva aprovar uma fusão de duas grandes empresas e que esse ato de concentração empresarial possa gerar implicações negativas e positivas para determinadas comunidades, por exemplo, por impactar níveis de investimento na indústria, o nível de emprego e, ainda, por gerar efeitos ambientais significativos. Nessa situação, a decisão final do processo administrativo não será um ato normativo, mas sim um ato administrativo de aprovação ou reprovação da operação empresarial. Ainda que o processo desemboque em um ato que produzirá efeitos diretos apenas entre os interessados, os efeitos da decisão administrativa serão muito abrangentes e, dessa maneira, pode-se dizer que a matéria do processo é de interesse geral nos termos do art. 31 da LPA.
> Ainda no campo dos atos administrativos de interesse geral, são dignos de nota todos os atos envolvendo a construção de grandes infraestruturas, como aeroportos, hidrovias, rodovias, ferrovias etc. O processo de planejamento desses processos e os processos de concessão de licenças de construção ou licenças necessárias para a construção devem ser, portanto, democratizados – a exemplo do que já ocorre, há muitas décadas, em outros países ocidentais, como a Alemanha.[556]

Há setores de normatização, todavia, que destoam da possibilidade participativa, o que muito se baseia na flagrante perspectiva individual e econômica a inviabilizar o censo popular, como pode se dar a depender do escopo da decisão administrativa em matéria tributária (aumento ou redução de tributos, etc.), regime remuneratório de agentes públicos, regulação de taxas de juros, questões urgentes, de segurança ou de soberania nacional, etc.[557], sempre, então, que outros valores a ampararam a deliberação unilateral do Poder Público se revelarem mais pesados em comparação aos benefícios provenientes de eventual otimização democrática.

---

556 NOHARA, Irene Patrícia; MARRARA, Thiago. *Op. cit.*, p. 230-231.

557 A contradição em indagar à população se querem pagar mais ou menos tributos é observada em: BIM, Eduardo Fortunato. *Audiências Públicas*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014, p. 34. O mesmo autor anota precedente alemão pela nulidade de consultas populares acerca de defesa nacional, armamento nuclear e bases militares (Ibid., p. 123). A urgência e a proteção dos segredos protegidos por lei são exemplos de exceções à democracia administrativa anotados por Christophe Testard (*Op. cit.*, p. 421).

4.10. Padrões mínimos qualitativos e quantitativos da participação

Há de se rememorar que a participação popular nos procedimentos administrativos decisórios não significa dominação do poder administrativo, haja vista, inclusive, a sua legitimidade para figurar de modo contra majoritário, a depender dos interesses jurídicos e seu sopesamento, devendo ser aquela observada como instrumento de influência visando servir – e não desservir – à racionalização das decisões.[558]

Tampouco representa uma superação absoluta da Administração Pública burocrática, haja vista que a repartição de funções, competências e especialidades no exercício da função administrativa representou relevante avanço instrumental à impessoalidade, moralidade e isonomia administrativas, de modo que o ponto fulcral que aqui se apresenta se concentra na compatibilização de tal modelo (burocrático) com a participação do detentor real do poder na tomada de decisão, evitando-se a exclusividade da rigidez, tecnicidade e visões de mundo dos detentores secundários dos deveres-poderes estatais.[559]

A participação evita, pois, as decisões adotadas em gabinetes fechados[560], quão vezes suscetíveis apenas às influências externas dotadas de penetração e articulação bastantes para alcançar as "oligarquias" ocupantes das competências delegatárias para a tomada de decisão.

---

558 MELO, Cristina Andrade. *Op. cit.*, p. 15-16.

559 "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" (Ibid., p. 27).

560 Ibid., p. 31.

Aproveitando-se das anotações de Adriana Schier e à luz dos fundamentos já articulados, é a abertura à influência popular na formação das decisões o modo de se garantir o suprimento da deficiência representativa e de concretização do princípio democrático, através de mecanismos de aproximação bastantes para tal possibilidade de influência.[561]

As formas predominantes, na legislação (já objeto de análise) e na praxe administrativa, para garantir a participação popular nos processos administrativos são a audiência pública e a consulta pública.

Quanto às audiências públicas, a doutrina as divide nas fases interna e externa. A primeira é relativa à decisão administrativa de convocação da audiência pública, cujo ato convocatório deverá regular a forma de sua realização, a delimitação do tema, agentes públicos responsáveis por sua organização, modalidades de mídia, sequência dos atos e modos de exposição, fixação de tempo e modo de fala dos inscritos, possibilidade de recebimento de documentos, números de participantes, se o caso, enfim, o iter hábil à fixação de critérios objetivos de condução, atraindo-se a segurança jurídica e obstando o casuísmo decisório, indesejado a ambos os polos (dirigentes dos atos e cidadãos inscritos). Publicado o aviso e o regulamento com antecedência razoável à realização da audiência, inicia-se a sua fase externa, gerindo-a na forma do regulamento, de modo que seus dirigentes a

---

561 "É nesta medida que se pode falar de princípio democrático concretizado através do direito de participação, como uma técnica de aprimoramento da democracia representativa (...). Pode-se admitir, então, o direito de participação no âmbito administrativo como um meio de democratização da esfera do poder público. Tal direito, portanto, determina uma maior contribuição dos cidadãos na tomada das decisões referentes ao Estado. Fala-se, destarte, em processualização das decisões administrativas e da formação de sua 'vontade'. (...) Destarte, na medida em que a Administração Pública está organizada para atender aos interesses da coletividade e do cidadão, uma sociedade democrática exige que esteja aberta a possibilidade, a todos, de influenciar na formação das decisões, o que ocorre através do direito de participação. Este direito garante, pois, a intervenção dos cidadãos na qualidade específica de quem introduz ou incorpora novos interesses no âmbito da estrutura decisória estabelecida pelo poder público. É através dele que se admite a interferência em processos decisórios de sujeitos distintos daqueles a quem institucionalmente se atribui a competência para decidir. A participação, por isso, sustenta a 'reformulação do agir público, incorporando, através de mecanismos de participação, fórmulas de acção e de aproximação à decisão superadoras da natureza impositiva e exclusivamente unilateral das decisões públicas'. O direito de participação concretiza, assim, o princípio Democrático (...) (SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. *A Participação Popular na Administração Pública: o Direito de Reclamação*, *op. cit.*, p. 73-75).

conduzam com abertura, lealdade e imparcialidade, sem inflexibilidade, mas inviabilizando-se a baderna, possibilitando a igualdade dos debatedores e evitando-se monólogos, notadamente por parte dos prepostos da Administração Pública, evitando-se condicionantes à participação que não as meramente instrumentais à organização.[562]

Não obstante se possa afirmar se tratar de conhecimento comum a quem tenha frequentado algumas audiências públicas, a doutrina específica assinala reiteradamente que o instituto, a despeito de importante na realidade democrática, frequentemente é instrumentalizado como mero joguete de poder entre oposição e situação[563] ou orquestração teatral com fim desassociado do interesse público, não apenas por agentes públicos (ou privados com pretensão de galgar visibilidade eleitoral), como também por corporações de índole associativa ou classista.

O povo, inexperiente e despreparado, quão vezes é presa fácil de militâncias organizadas, mas arcará com os custos de aparente consenso ou "ineficiência legitimada".[564]

Eduardo Fortunato Bim discorre profundamente acerca das audiências públicas e dos princípios normativos que as informam, observando diversos desafios para a otimização democrática através destas.

De sua obra, destacam-se pontos de relevante conexão com o recorte proposto. O autor recusa natureza vinculativa às hipóteses democráticas diretas (inclusive quanto ao plebiscito, com o que divergimos)[565], o que se revela de todo aplicável, de fato, às audiências públicas, que visam à

562 MELO, Cristina Andrade. *Op. cit.*, p. 99-103.

563 MELO, Cristina Andrade. *Op. cit.*, p. 49.

564 SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. *A Participação Popular na Administração Pública: o Direito de Reclamação*, *op. cit.*, p. 239-240. Eventualmente, a vontade das autoridades administrativas de promover um projeto pode se assentar oportunamente em participação frágil e informal como se equivalesse a um consentimento generalizado (TESTARD, Christophe. *Op. cit.,* p. 436).

565 BIM, Eduardo Fortunato. *Audiências Públicas*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014, p. 38-39.

concessão de elementos ponderativos completos e contrapostos, mas não à adoção, em regra, de deliberação em assembleia.

Bim sustenta a fungibilidade dos meios participativos, em atendidas as premissas de reais e efetivas oportunidades de influência; faz a de todo pertinente observação de que, embora salte os olhos a incidência participativa em atos administrativos exarados sob competência discricionária (e de consequente geral), tampouco os de natureza vinculada se desassociam da possibilidade participativa, até porque a própria aferição da natureza vinculada da competência reclama a apreciação dos elementos ponderativos incidentes; e afirma a natureza ambivalente das audiências, que visam informar a população e, simultaneamente, receber desta informações e dados ponderativos, sustentado a predominância normativa desta última finalidade. [566]

O autor defende a prevalência da participação popular mediante intercâmbio documental (consulta pública), ao invés de audiência pública, anotando argumentos no sentido de que a fala, em pé e diante de auditório, não é rotineira para a maioria dos cidadãos, atraindo-se relutância, ainda que se compareça, além de que a participação oral de todos pode se revelar impraticável, sem contar a complexidade logística que atrai ao popular e também à Administração Pública, a depender da quantidade de inscritos, segurança, acessibilidade, estrutura, etc., observando como a própria realidade jurisdicional também revela a primazia da participação escrita, como se dá com o *amicus curiae*[567], além de que evita a formalização de audiências que, de fato, não existam, diante da captação e manobrabilidade física por membros organizados.

Eduardo Fortunato Bim discorre, ainda, sobre as divergências que envolvem a questão física acerca da audiência pública (local de sua realização), notadamente, por vezes, diante da amplitude dos efeitos da medida administrativa (a abarcar diversas regiões e Municípios) ou da

---

566 Ibid., p. 44, 47, 73-75

567 Ibid., p. 101-102.

inacessibilidade de parcela interessada[568], argumento que colabora com a perspectiva da consulta pública, a qual, embora não deixe de exigir certa mobilização organizada, no mínimo para viabilizar acesso a ferramentas sobretudo digitais, certamente encontra em tal esforço socioeconômico uma barreira menor se em comparação à presença física e manifestação oral de seus membros.

Se se defender que certo grupo não tem o menor acesso a ferramentas digitais ou a instituições que possam manipulá-las em seu nome, que dirá para ter mobilização física de seus pares e aptidão cognitiva para a exposição oral dialética.

É importante se destacar que a participação não atrai exegese por sua eternização conforme cada despacho, parecer ou dado que se colha no processo administrativo em que se adotará decisão[569], mas que se dê a oportunidade participativa, eventualmente única, quando houver maturidade informativa bastante para se elucidarem as opções decisórias disponíveis à Administração Pública em comparação à pretensa medida, de modo que possa o cidadão, pois, influenciá-la[570], sem que a alteração do ato pretendido, por si só e justamente pela influência participativa, acabe por reclamar nova fase de audiência ou consulta pública, eternizando-a e colaborando para errônea manipulação desta fase em atendimento a interesses simplesmente contrapostos ao da Administração Pública.

Apenas uma mudança substancial, não apenas da decisão administrativa pretendida, mas do contexto decisório, a ponto de tornarem-se superados ou inaplicáveis, essencialmente, os elementos ponderativos em voga quando da antecedente fase participativa, suscitaria, pois, a sua renovação relacionada ao mesmo ato administrativo pretendido.

Neste diapasão e feita tal ressalva de não permanência perene e indefinida do diálogo participativo enquanto etapa do processo administrativo,

---

568 Ibid., p. 136-138.

569 Ibid., p. 224.

570 Ibid., p. 267.

as audiências públicas gozariam, eventualmente, dos benefícios de sua oralidade e participação presencial, mas detêm aspectos negativos concentrados na ausência de cultura participativa (o que se intensifica diante da necessária mobilização física dos cidadãos), captura dos movimentos sociais pelo Estado ou manipulação por minorias articuladas e complexidade da vida moderna.[571]

Neste diapasão, reconhece-se que, geralmente, a consulta pública oferece instrumento mais ágil – ao administrado e ao administrador –, notadamente em se levando em conta a difusão moderna da Internet.

Ainda que não se olvidem as distinções sociais a impactarem no potencial participativo através da Internet, é de se destacar que a democracia deve se valer dos meios técnicos de sua época, revelando-se notória a processualização on-line dos mais diversos segmentos e serviços públicos e privados.[572]

Como outrora exposto, não apenas o argumento pragmático retrocitado colabora à predominância da consulta pública como via participativa, mas, notadamente, a opção legislativa de estabelecê-la como instrumental quando se trata de medida administrativa de "interesse geral" (artigo 31, *caput*, da Lei Federal n.º 9.784/1999), que é o recorte epistemológico proposto para a atração da participação sob o influxo da necessária otimização do princípio democrático-participativo.

Não se trata, de todo modo, de instrumental absoluto ou insuscetível de flexão, muito pelo contrário, haja vista que cada contexto decisório pode atrair método participativo diverso. Imagine-se, por exemplo, a necessária participação de comunidades ribeirinhas, desprovidas de recursos

---

571 SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. *A Participação Popular na Administração Pública: o Direito de Reclamação*, *op. cit.*, p. 141-144.

572 No mesmo sentido discorre Christophe Testard, sob as premissas de a democracia sempre ter utilizado os meios técnicos de sua época, de que a Internet permite unificar o pedido e a resposta em único suporte, de que a utilização de ferramentas informáticas está a se tornar procedimento normalizado para a participação dos cidadãos, bem como de que facilita a disponibilização de documentos e sua acessibilidade (TESTARD, Christophe. *Pouvoir de décision unilatérale de l'administration et démocratie administrative*. LGDJ, 2018, p. 437).

tecnológicos, em processo administrativo decisório, o que atrai a necessária formalização oral e presencial de captura dos interesses em voga, inclusive com mobilidade exigível ao órgão administrativo – aproximando-se do administrado –, ao invés do oposto.

Projetos demasiadamente volumosos ou cujas características não permitam a disponibilidade de dados pela Internet atraem a pertinência de instauração de procedimento de participação com a informação de horários e locais em que os projetos e seus documentos informativos podem ser consultados[573], em espécie de procedimento participativo híbrido (físico e pela Internet).

Enfim, a consulta pública e pela via informatizada é aqui defendida simplesmente como uma "coluna vertebral de um sistema de participação simplificado e unificado".[574]

Independentemente, pois, da via participativa afinal adotada, o binômio que a caracteriza como bastante para a juridicidade da atuação estatal se relaciona à efetividade da participação, não apenas formal, mas real e material, e à permeabilidade da Administração à influência daí advinda[575], evitando-se o monólogo e havendo racional e discursivo enfrentamento dos interesses e reflexões colhidos ao longo da fase procedimental instrutiva.[576]

A permeabilidade da Administração significa a disposição racional e expressa na consideração dos elementos ponderativos necessários, o que não significa, registre-se, abdicação da imperatividade[577] inerente ao ato administrativo.

---

573 Ibid., p. 439.

574 Ibid., p. 441.

575 MELO, Cristina Andrade. *Op. cit*., p. 97.

576 "através do procedimento, mecanismo típico da burocracia, o direito de participação pode ser exercido tanto na dimensão em que concretiza o princípio do Estado de Direito (na medida em que possibilita o controle de legalidade dos atos administrativos) como na perspectiva que viabiliza o princípio democrático, pois garante o direito à intervenção dos cidadãos na gestão pública" (SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. *A Participação Popular na Administração Pública: o Direito de Reclamação*, *op. cit.*, p. 251).

577 MELO, Cristina Andrade. *Op. cit.*, p. 99.

O ponto fulcral é se assegurar a publicidade e transparência ao quanto informativo da tomada de decisão e dos fatores até então colhidos que influem na matéria, assegurando-se formas e prazos razoáveis à participação popular mediante exposição incondicionada de críticas, sugestões, fatos e dados.[578]

Christophe Testard assinala como princípios orientadores aplicáveis às consultas eletrônicas (e de todo expansíveis a qualquer via participativa) a garantia de acessibilidade à informação[579], a possibilidade de apresentação de observações e sua publicidade, a imparcialidade e a lealdade do organizador, a garantia de prazo razoável para manifestação[580] e a informação sobre o seguimento previsto, inclusive quanto ao modo como as observações foram tomadas em consideração.[581]

Assinale-se, ato contínuo, o direito participativo estendido a todos do povo, e não apenas clientes-usuários ou corporações constituídas, mormente porque a cidadania afeta indistintamente todos aqueles dotados de direitos

---

578 "o Poder Público deve dar publicidade ao procedimento que antecede a produção de atos administrativos discricionários e não sigilosos, aí se incluindo aqueles que pretendam edificar inovações normativas a título de regular uma dada matéria. Afinal, tendo a existência deste procedimento sendo levada ao conhecimento público, particulares poderão afluir ao procedimento público instaurado, possibilitando que a decisão estatal seja tomada de modo mais satisfatório à tutela do interesse público. Isso porque a decisão administrativa precedida de participação popular poderá juridicamente e materialmente mais atilada, pois alternativas, que não aquelas antevistas pelos agentes públicos, podem ser apresentadas. Eis, aliás, a *ratio decidendi* da participação democrática no procedimento de análise de impacto regulatório contemplado na Lei federal das agências reguladoras (...) e na denominada Lei da liberdade econômica" (ZOCKUN, Maurício; ZOCKUN, Carolina Zancaner; MELLO, Gabriela Zancaner Brunini Bandeira de. *A Participação Popular no Direito Administrativo e o Princípio da Eficiência, op. cit.*, p. 232-233).

579 A conter a questão submetida à consulta, o projeto de decisão ou de ato, relatório que explica os motivos e alcance do projeto e, se for o caso, as características técnicas e financeiras de sua execução, bem como estudos, relatórios, pareceres e quaisquer documentos que sejam exigíveis como informação prévia às decisões, fornecendo-se informação tão completa quanto possível, semelhante à fornecida aos membros do órgão decisório competente (TESTARD, Christophe. *Pouvoir de décision unilatérale de l'administration et démocratie administrative*. LGDJ, 2018, p. 461).

580 É importante a referência ao fato de que o autor bem observa a pertinência não apenas de prazos mínimos, como também de prazos máximos visando à manutenção de ritmo que garanta a eficácia da democracia administrativa e, simultaneamente, dos planos e programas governamentais (TESTARD, Christophe. *Pouvoir de décision unilatérale de l'administration et démocratie administrative*. LGDJ, 2018, p. 454).

581 TESTARD, Christophe. *Pouvoir de décision unilatérale de l'administration et démocratie administrative*. LGDJ, 2018, p. 444-445 e 467.

fundamentais (artigo 5º, *caput*, CF), para cuja instrumentalização a democracia é postulado pressuposto e necessário.[582]

CONCLUSÃO PARCIAL

1. O reconhecimento da participação popular direta na tomada de decisões de estado se revela não apenas da hermenêutica jurídico-constitucional, como também de diplomas infraconstitucionais que a estabelecem como fase de processos administrativos que visam à tomada de decisão em matérias cujo consequente seja geral, isto é, que digam respeito a coletividades ou, difusamente, à população.

2. Neste sentido, o ampliado conceito normativo de interessado em processos administrativos atrai a percepção de ampla legitimidade participativa e instrutiva nos procedimentos de tomada de decisão, à luz do disposto na Lei Federal n.º 9.784/1999 (Lei de processo administrativo federal), com conteúdo normativo geral e permissivo à participação popular também extraído da Lei paulista de processo administrativo e da recentemente alterada Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

3. Em diversos segmentos relevantes das competências públicas há normas setoriais que preveem o dever, inclusive de modo expresso e não "apenas" como produto hermenêutico, de integrar a fase participativa geral no procedimento de tomada de decisão, notadamente, quando expressamente

---

582 Neste sentido: "É preciso, na vigência do Estado Social e Democrático de Direito, que se tenha o cidadão como aquele que compõe o conceito maior do povo, titular da soberania, principalmente no que se refere à prestação de serviços públicos, que deve dirigir-se também 'aos menores, os doentes mentais ou as pessoas que perdem – temporariamente – os direitos civis. Também eles possuem uma pretensão normal ao respeito dos seus direitos fundamentais e humanos, à proteção do inquilino, à proteção do trabalho, às prestações da previdência social e a circunstâncias de fato similares, que são materialmente pertinentes ao seu caso. Conclui-se, assim, que o serviço público deve ser prestado a toda a coletividade, principalmente àqueles que não podem custeá-lo, pois são justamente estes que dele necessitam, já que os demais, na maioria das vezes, podem usufruir os serviços oferecidos pela iniciativa privada. Destarte, ainda que se admita que a titularidade do direito de reclamação pertence aos usuários, não se pode entender usuário como sinônimo de cidadão-cliente" (SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. *A Participação Popular na Administração Pública: o Direito de Reclamação*, *op. cit.*, p. 236).

obrigatório, nos setores sujeitos à intensa regulação estatal e para o qual tenham sido instituídas agências reguladoras (autarquias dotadas de tais competências regulatórias), além de matérias orçamentárias e de zoneamento do solo para uso e ocupação.

4. Da comparação do conjunto normativo brasileiro com os de outros países se depreendem análogas críticas quanto às limitações do modelo representativo, de modo que há a instrumentalização de procedimentos participativos na tomada de decisão estatal em Portugal, com expressa adoção principiológica da democracia participativa como forma de governo, regulação de referendos e previsão de audiência de interessados sob conceito amplo em processos administrativos

5. Na Espanha a constituição assegura a gestão participativa de serviços públicos essenciais, além de prever mecanismos de participação direta mediante ação judicial popular, referendo e iniciativa legislativa dos cidadãos, prevendo-se, em sua legislação infraconstitucional de processos administrativos, vias participativas, inclusive impositivas, quando da tomada de decisão cuja natureza requeira a participação coletiva ou se trate de norma de cunho regulamentar ou legislativo.

6. Na Itália a democracia participativa percebe status principiológico, além dos mecanismos de participação direta relativos ao referendo e iniciativa popular estabelecidos no texto constitucional, com amplo direito de intervenção em procedimentos administrativos por parte de qualquer cidadão suscitando interesses individuais, coletivos ou difusos.

7. Na Argentina, a despeito da consagração textual, na Constituição, da democracia representativa, a reiterada perda de legitimidade dos mandatários e as duradouras crises políticas e econômicas reforçam a percepção dos mecanismos de democracia direta como fatores de estabilização, os quais foram incluídos em reforma constitucional de 1994 (iniciativa legislativa popular, referendo e consulta popular), havendo previsão, em seu diploma infraconstitucional de processo administrativo, de representação coletiva de variados grupos de interessados.

8. A Colômbia exterioriza forte conteúdo normativo participativo na gestão pública, com adoção de textos expressos quanto ao dever de sua promoção na conformação, exercício e controle do poder político, prevendo-se, concretamente, mecanismos de participação direta relativos a plebiscitos, referendos, consultas populares, “cabildos abertos”, iniciativas populares legislativas e de revogação de mandatos (“recall”), com potente e franca permissão em sua legislação infraconstitucional para participação de cidadãos e organizações nos processos administrativos referentes à deliberação, formulação, execução, controle e avaliação da gestão pública.

9. O Uruguai revela quadro constitucional democrático com previsão de instrumentos de participação popular direta no exercício do poder estatal, tais como referendos, plebiscitos (estes compulsórios em matérias reformadoras da Constituição) e iniciativa popular cidadã, cuja legislação infraconstitucional de processo administrativo estampa vias participativas através de regulares faculdades instrutivas a interessados e direito de petição a todo habitante em face de qualquer autoridade pública.

10. À luz do quadro normativo exposto, compreende-se como suscetíveis de participação os processos administrativos que visam à adoção de ato administrativo cujo consequente seja geral, sem que haja individualização prévia de seus destinatários, tanto diante de antecedente concreto, quanto abstrato, exceto quando outros valores jurídicos se sobrepuserem diante da inviabilidade de censo popular a depender do conteúdo material da decisão pretendida, aferindo-se, em tais casos, que a participação comunitária tende a desservir – ao invés de servir – à racionalização decisória, diante dos choques entre os interesses e predominância da segurança e soberania estatais.

11. Não obstante a consulta popular seja o instrumento participativo estabelecido pela Lei Federal n.º 9.784/1999 para as medidas administrativas de interesse geral (artigo 31), dotada, ademais, de retórica pragmática em seu favor – evitando-se a mobilização física e oral a cidadãos cuja preocupação primária é a própria sobrevivência –, a fungibilidade das vias participativas se

dá até diante da necessária reflexão acerca do contexto decisório (região, cultura local, condições socioeconômicas, penetração tecnológica, etc.) e através de qual modo, então, mais se atingirá as premissas de efetiva participação e permeabilidade da Administração aos interesses exteriorizados pelos populares e detentores, afinal, da primária legitimidade decisória.

5. – DO CONTROLE

5.1. Controle de validade dos atos administrativos de efeitos gerais

Toda a norma jurídica - e com os atos administrativos não é diferente - reclama fundamento de validade em norma que lhe seja superior.[583]

Desta feita, o que qualifica determinado ordenamento como "jurídico" é justamente o fato de que a linguagem nele empregada é de sobrenível, isto é, distingue-se daquela empregada no meio comum (linguagem natural) a partir do momento em que a sua produção atende aos pressupostos estabelecidos pelo sistema jurídico para que passe a compô-lo[584], daí afirmar Paulo de Barros Carvalho, inclusive, que a hierarquia normativa é axioma do Direito, pois se inexistisse hierarquia "ninguém poderia apontar o fundamento de validade das unidades componentes, não se sabendo qual deva prevalecer"[585].

O (i) critério formal, atinente à vinculação do descumprimento de determinada regra superior à sanção e à necessária criação de norma nova sob fundamento estabelecido em outra norma superior, o (ii) critério material referente à estipulação de conduta humana intersubjetiva que não seja impossível, tampouco necessária, o (iii) critério relativo à competência do sujeito para a produção da norma jurídica e (iv) o critério que detém como premissa o sujeito destinatário, que à norma se submete independentemente de sua concordância, são os critérios sintetizados por Tácio Lacerda Gama para que determinada norma "jurídica" passe a constituir o sistema "jurídico" sob este título, validamente.[586]

---

583 KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 1998, p. 40-41.

584 CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário: linguagem e método*. 8ª ed. São Paulo: Ed. Noeses, 2021, p. 225.

585 Ibid, p. 229.

586 GAMA, Tácio Lacerda. *Competência Tributária: fundamentos para uma teoria da nulidade*. 2ª edição revista e ampliada. São Paulo: Ed. Noeses, 2011, p. 132-133.

O autor denomina o conjunto dos critérios normativos hábeis à aferição da juridicidade de normas como "norma de competência"[587], a formar os pressupostos de validade (enquanto normas anteriores e de elevado nível hierárquico) da nova norma que venha a ser produzida.[588]

Sob os pontos de vista através dos quais se afere a invalidade da norma jurídica (validade considerada, pelo autor, como existência, como atributo da norma ou como aplicabilidade[589]), Tácio Lacerda Gama explana que o da aplicabilidade (critério funcional) é o que melhor explica o plano da validade da norma sob a perspectiva do participante do fenômeno jurídico como titular da jurisdição, deixando de ser aplicável pelo Poder Judiciário quando referida norma inválida "não está em relação com a norma de competência, mas sim com a que sanciona o exercício inadequado da atividade monogenética"[590], sujeitando-se a uma norma sancionatória de competência, que pode extrair a vigência da norma (se aplicada com efeitos "erga omnes") ou apenas a sua eficácia (se o for em decisão pelo agente competente com efeitos individuais).[591]

Riccardo Guastini promove pertinente abordagem acerca das invalidades das normas, distinguindo os critérios para a sua aferição conforme se trate de normas "explícitas", que são aquelas cujo significado é extraído diretamente do texto normativo, mediante interpretação, ou "implícitas", quando

---

587 "Cabe à chamada norma de competência indicar o sujeito da enunciação. É ele que deve desempenhar o ato ou conjunto de atos necessários à produção válida de normas no sistema jurídico. É também essa norma que vincula, por meio de uma relação jurídica, o sujeito competente e os demais sujeitos de direito. No cerne desse vínculo encontra-se a possibilidade de editar normas sobre uma matéria qualquer. Mais uma vez, as respostas sobre quem, como e a respeito do que devem versar as normas para serem jurídicas se encontram nas normas de competência" (Ibid., p. 139).

588 Ibid., p. 138-140.

589 Para o autor, a invalidade como existência, como atributo ou como aplicabilidade depende do ponto de vista (se do observador ou do participante). Para o participante, é pressuposto de sua manifestação a existência da norma, "por isso ele só se refere à validade ou invalidade da norma" (Ibid., p. 327).

590 Ibid., p. 329.

591 Ibid., p. 332-333.

produzidas pelos juristas mediante uma extração sistemática e de integração do Direito.[592]

Prossegue o autor italiano anotando que as normas explícitas reclamam significado decorrente de uma disposição produzida por um ato normativo válido (isto é, harmônico às normas de competência e processuais) e que o seu conteúdo não seja incompatível com norma de hierarquia superior; enquanto as normas implícitas necessitam possa se aferir tenham sido extraídas de uma norma explícita, ou conjunto delas, válidas, cujo significado não seja incompatível com alguma norma superior na hierarquia das fontes (a qual – norma superior – o autor denomina de "super-norma").[593]

Celso Antônio Bandeira de Mello classifica os atos administrativos inválidos como os inexistentes (que se situam no campo do juridicamente impossível, com inadmissão radical pelo Direito), os nulos (cujo nível de invalidade inviabiliza a sua correção mediante ato de convalidação ou quando a lei assim os declare) e os anuláveis (suscetíveis à convalidação ou quando a lei assim os declare).[594]

Da valiosa monografia de Ricardo Marcondes Martins se extraem seis pressupostos de regularidade de atos administrativos, os quais o autor

---

592 GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Ed. Quartier Latin, 2005, p. 278-279.

593 Ibid., p. 279-280.

594 "Em face do quanto se expôs, dir-se-ão *inexistentes* os atos que assistem no campo do impossível jurídico, como tal entendida a esfera abrangente dos comportamentos que o Direito radicalmente inadmite, isto é, dos crimes que atentem contra a dignidade humana, (...) valendo como exemplos as hipóteses, já referidas, de 'instruções' baixadas por autoridade policial para que subordinados torturem presos, autorizações para que agentes administrativos saqueiem estabelecimentos dos devedores do Fisco ou para que alguém explore trabalho escravo etc.

São nulos:

a) Os atos que a lei assim os declare;

b) Os atos em que é racionalmente impossível a convalidação, pois, se o mesmo conteúdo (é dizer, o mesmo ato) fosse novamente produzido, seria reproduzida a invalidade anterior;

Sirvam de exemplo: os atos de conteúdo (objeto) ilícito; os praticados com desvio de poder; os praticados com falta de motivo vinculado; os praticados com falta de causa.

São anuláveis:

a) Os que a lei assim os declare;

b) Os que podem ser repraticados sem vício.

Sirvam de exemplo: os atos expedidos por sujeito incompetente; os editados com vício de vontade; os proferidos com defeito de formalidade" (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, *op. cit.*, p. 374-375).

denomina de subjetivo (no que atine à competência do agente emissor, do ente e/ou do órgão), objetivo (quanto aos requisitos procedimentais e às circunstâncias de fato que dão ensejo ao ato), teleológico (relativo à finalidade lícita do ato), material (quanto ao conteúdo e a sua compatibilidade para se prestar como medida para satisfazer o princípio jurídico que encampa), lógico (relativo à causa e pertinência lógica do ato para atendê-la) e formalístico (quanto à forma do ato e sua motivação).[595]

É vasta a justificativa da sistematização procedida pelo autor, inclusive quanto aos efeitos das invalidades daí decorrentes (submetidos à ponderação à luz do caso concreto e dos pesos dos princípios e regras incidentes e colidentes).[596]

Desta feita, no geral - e não se profundando no rico campo das invalidades e planos da existência, validade e eficácia das normas em atenção ao recorte epistemológico que se pretende -, não se vislumbra controvérsia entre os autores quanto ao fato de que a anulação representa, em rigor, a sanção aplicada pelo Direito diante da incompatibilidade entre a nova norma jurídica e as normas de competência, aqui reconhecidas como aquelas anteriores e de elevado grau hierárquico que estipulam os critérios formais e materiais de produção de normas.

Aqui utilizaremos o termo “anulação” de maneira a abarcar, por metonímia, todos os juízos de (ir)regularidade sobre determinada norma

---

595 MARTINS, Ricardo Marcondes. *Efeitos dos Vícios dos Atos Administrativos*. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 147-257.

596 Veja-se a sintetização constante nas conclusões do autor: “A correção do ato inválido dá-se pela eliminação do ato - pela integral retirada do sistema (*invalidação*) - ou pela sanatória do ato - pela conservação integral de seus efeitos (*convalidação*), pela conservação parcial (*redução* ou *reforma*) ou pelo aproveitamento de seus efeitos para outro ato (*conversão*). A invalidação pode ser *ex tunc* e *ab initio*, parcialmente retroativa, *ex nunc* e *pro futuro*. É possível que a retirada (invalidação) seja acompanhada da concomitante edição de outro ato com conteúdo igual (*convalidação irretroativa*), parcialmente igual (*redução irretroativa*) ou diferente (*conversão irretroativa*) do ato invalidado. Nas duas últimas hipóteses o ato editado pode gerar efeitos a partir de uma data anterior à da correção (*redução* ou *conversão parcialmente retroativas*), e nas três hipóteses o ato editado pode valer a partir de uma data posterior à da correção (*convalidação*, *conversão* ou *redução pro futuro*). Após um certo lapso do tempo podem ocorrer a espontânea conversão do ato inválido em irregular (*estabilização do vício*) ou a mutação do dever de *invalidar* em dever de *sanar*” (Ibid., p. 665) (itálicos no original).

jurídica, independentemente, portanto, de sê-lo apenas parcialmente (redução ou reforma)[597] ou sobre um dos sentidos possíveis da norma. Embora não se ignore o elevado valor epistemológico que os variados atos "anulatórios" representam para o Direito, o ponto que aqui nos interessa é o da classe dos "juízos de regularidade sobre normas", influindo, notadamente se negativo (isto é, pela invalidade), em sua aplicabilidade (integral ou parcial).

Embora seja difícil supor eventual juízo de irregularidade parcial ou sem redução de texto (isto é, anulação que não reflete prejuízo integral, em algum tempo, à validade e eficácia da norma) decorrente de carência ponderativa por ausência da etapa participativa (já que não haveria, em regra, prejuízo à apenas uma significação possível do texto normativo ou à parcela de seu teor), o enfoque e a assertiva que aqui se pretendem são concentrados na premissa, afinal, de que é ínsita à atuação administrativa a sua sujeição ao controle de validade de seus atos[598], haja vista que a forma democrática de governo e a separação dos poderes que integram a república visam a instrumentalizar justamente a contenção e distribuição de competências de recíproco e harmônico controle das funções de Estado, inviabilizando-se a sua concentração demasiada e antidemocrática, premissas já antes abordadas, analisando-se, então, como o processo participativo se relaciona com o juízo invalidativo (no geral) e quais as suas consequências.

Não por outra razão que a sujeição da função administrativa ao controle é reconhecida, seja sob a perspectiva interna (autotutela), seja externa (controle judicial ou por órgãos competentes: tribunais de contas, parlamento,

---

597 Quanto às variadas medidas atinentes ao juízo de regularidade sobre atos administrativos, ao lado da invalidação, vide MARTINS, Ricardo Marcondes. *Efeitos dos Vícios dos Atos Administrativos*. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 274-283.

598 Adota-se o sentido de "controle" professado por Maria Sylvia Zanella Di Pietro, pois que reflete conceito simples, objetivo e que incorpora termos e alcance dentro do pacificamente reconhecido pela doutrina, inviabilizando-se eventual sensibilidade conceitual que extravase o recorte epistemológico para o tema proposto: "pode-se definir o controle da Administração Pública como o poder de fiscalização e correção que sobre ela exercem os órgãos dos Poderes Judiciário, Legislativo e Executivo, com o objetivo de garantir a conformidade de sua atuação com os princípios que lhe são impostos pelo ordenamento jurídico" (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo, op. cit.,* p. 820).

Ministério Público, etc.), como elemento que perfaz um dos princípios jurídicos informadores do regime jurídico-administrativo.[599]

O controle do poder político se revela como o fundamento de premissas constitucionais básicas que integram os direitos e garantias individuais fundamentais, que vão desde a liberdade de transmissão de pensamento e de obtenção de informações (artigo 5º, IV, VI, IX e XXXIII), de associação, reunião e locomoção (artigo 5º, XV, XVI, XVII, XVIII e XIX), de exercício de atividades de imprensa (artigo 220), como até medidas procedimentais concretamente previstas em elevada hierarquia visando à proteção de direitos individuais, coletivos e/ou difusos perante o Poder Público (direito de petição administrativa, de obtenção de certidões, de inafastabilidade da jurisdição, do devido processo legal, da impetração de mandado de segurança individual ou coletivo contra ato de autoridade pública, de propositura de ação popular contra ato lesivo a bens jurídicos de interesse difuso, duração razoável do processo, dentre outros: artigo 5º, XXXIV, XXXV, LIV, LV, LXIX, LXX, LXXIII, LXXVIII, respectivamente).

Por conseguinte, o constituinte também determinou expressamente a fiscalização do poder público sob as perspectivas "contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial", quanto à "legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas", a se efetivar mediante sistemas de controle interno de cada Poder e mediante controle externo, sob incumbência do Poder Legislativo e com o auxílio dos Tribunais de Contas (artigos 70 e seguintes).

Ao Ministério Público foi atribuída a legitimidade para a promoção do inquérito civil e da ação civil pública, visando à proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos (artigo 129, III, da Constituição da República), legitimidade ampliada, em âmbito normativo infraconstitucional, para outros órgãos públicos (Defensoria Pública,

---

599 Por todos: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo, op. cit.,* p. 104-105, DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo, op. cit.,* p. 82-83.

por exemplo) e até mesmo a entidades associativas privadas (artigo 5º da Lei Federal n.º 7.347/1985).

De todo modo, em se tratando de controle de atos estatais mediante propositura de ação judicial, o patrimônio público já é tutelável por ação popular sob legitimidade de qualquer cidadão (artigo 5º, LXXIII, CF), remédio constitucional que tem origem na Constituição do Império[600] (artigo 157 da Constituição de 1824).

Seja em âmbito administrativo, parlamentar ou jurisdicional o controle de validade dos atos administrativos - através de adequada concretização ou fiel regulamentação da lei, conforme o caso - perfaz premissa ínsita ao regime jurídico-administrativo, cuja compreensão, ainda que sintetizada, quanto aos seus efeitos, colabora à elucidação prática do influxo dos princípios jurídicos democrático e participativo e do quanto decorrente de seu não cumprimento.

Impende destacar o influxo do princípio democrático-participativo tanto sob a perspectiva da sujeição dos atos administrativos ao controle por deficiência participativa e/ou ponderativa (escopo que ora se propõe como fechamento da importância da questão que perfaz o objeto deste trabalho), quanto sob a ótica do próprio permissivo (democrático) de exercício e otimização do controle por instituições e diretamente pela população (perspectiva igualmente importante e aqui não aprofundada[601] por mera premissa epistemológica).

A esta altura já resta claro, entre nós, o fato de que o princípio participativo exige a sua presença como elemento ponderativo - suscetível de ser afastado apenas mediante outros princípios colidentes mais pesados diante do caso concreto (segurança pública e nacional, urgência, etc.) - a atrair ao procedimento de decisão administrativa necessariamente a fase de

---

600 "Art. 157. Por suborno, peita, peculato, e concussão haverá contra elles acção popular, que poderá ser intentada dentro de anno, e dia pelo proprio queixoso, ou por qualquer do Povo, guardada a ordem do Processo estabelecida na Lei".

601 Sobre o assunto, por todos: SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. *A Participação Popular na Administração Pública: o Direito de Reclamação*, *op. cit.*, p. 171 e ss.

participação dos interessados sob a ótica democrática (e não apenas individual e de defesa).

A ausência de referida fase participativa indica equivocada ponderação que informou o processo administrativo e seu subjacente procedimento de decisão, afinal concretizada no ato administrativo (veículo introdutor da norma jurídico-administrativa).

Se se considerar o ato administrativo afinal decomposto, entre seus pressupostos de validade, entre os denominados de *a)* subjetivo, relativo às competências e atribuições do órgão e do agente que o emanaram, *b)* objetivos, inerentes ao *b.1)* motivo enquanto o pressuposto de fato que, previsto implícita ou explicitamente na lei, autoriza ou exige a prática do ato e aos *b.2)* requisitos procedimentais consubstanciados nos atos que devem preceder, por imposição normativa, a um determinado ato, *c)* teleológicos, referentes à finalidade do ato quanto ao bem jurídico que objetiva curar e sua harmonia ao resultado previsto legalmente como o correspondente à tipologia do ato, *d)* material, que aduz ao conteúdo específico exigido pelo Direito para a regularidade do ato, inclusive quanto à sua desnecessidade, desproporcionalidade ou irrazoabilidade diante do contexto obrigacional do ato decorrente, *e)* lógico, que diz respeito à relação de adequação e pertinência lógica entre as premissas de fato, o objeto normativo do ato e a sua finalidade, e *f)* formalístico, que atine à formalização e ao modo pelo qual o ato deve ser externado[602], revela-se evidente que o vício no procedimento de decisão que perfez o ato administrativo traduz, por si só, invalidade no pressuposto objetivo referente aos requisitos procedimentais do ato (ultimado sem a regular ponderação que deve antecedê-lo), além de indicar indício de igual vício na elucidação dos pressupostos referentes ao motivo do ato, à juridicidade (proporcionalidade e razoabilidade) de seu conteúdo material e à lógica que

---

602 Adotou-se, aqui, a prestigiada decomposição dos pressupostos de validade dos atos administrativos professada por Celso Antônio Bandeira de Mello (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, *op. cit.*, p. 311-323), com o acréscimo do pressuposto material, bem incluído dentre os pressupostos de validade dos atos administrativos por Ricardo Marcondes Martins (MARTINS, Ricardo Marcondes. Crise do ato administrativo e a retomada de sua centralidade. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 19, n. 75, p. 105-141, jan./mar. 2019, p. 126).

lhes dá vínculo de pertinência, atraindo-se peso ponderativo em desfavor da validade do ato administrativo também quanto a estes últimos pressupostos (motivo, material e lógico).

E, em se reconhecendo o vício no ato administrativo e tratando, o recorte epistemológico do presente texto, dos atos cujo consequente seja geral, a compreensão dos efeitos subjetivos da invalidade conforme o modo de controle colabora ao fechamento do conteúdo hermenêutico que se sustenta.

5.1.1. Controle em âmbito administrativo

Já se afirmou, no subcapítulo antecedente (5.1.), que a autotutela e a sujeição a controle são princípios ínsitos ao exercício da função administrativa, consagrados na possibilidade de que a Administração revise os próprios atos depois de formulados[603], em se depreendendo, superveniente e independentemente da causa (se de ofício, mediante denúncia, recomendação de órgão de controle, etc.), sua desarmonia com as normas de competência (invalidade formal) ou com a significação das normas de superior hierarquia (invalidade material)[604].

Frise-se que aqui está a se adotar a concepção majoritariamente formulada para o termo anulação, a representar retirada do sistema de norma jurídica em virtude de sua invalidade, e não por critérios de oportunidade e conveniência da autoridade decisória, decisão, esta última, intitulada de revogação. Neste sentido, por todos[605], Tárek Moysés Moussallem:

---

603 "(...) pela autotutela o controle se exerce sobre os próprios atos, com a possibilidade de anular os ilegais e revogar os inconvenientes ou inoportunos, independentemente de recurso ao Poder Judiciário. É uma decorrência do princípio da legalidade; se a Administração Pública está sujeita à lei, cabe-lhe, evidentemente, o controle da legalidade" (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo, op. cit.*, p. 83).

604 GAMA, Tácio Lacerda. *Competência Tributária: fundamentos para uma teoria da nulidade*, *op. cit.*, p. 329-330.

605 "A revogação tem lugar quando uma autoridade, no exercício de competência administrativa, conclui que um dado ato ou relação jurídica não atendem ao interesse público e por isso resolve eliminá-los a fim de prover de maneira mais satisfatória às conveniências

> A anulação é a forma de o direito positivo controlar o produto da enunciação. Como acima dito, o direito positivo não regula sua criação, mas, sim, controla a regularidade das normas produzidas. Tais atos de controle encontram-se esparsos pelo sistema normativo.
>
> Por sua vez, a revogação não visa ao controle da regularidade das normas produzidas, mas apenas a mudança de regulamentação de determinada conduta (mesmo que seja para o permitido negativamente), sem que ingresse no âmbito de a enunciação ter ocorrido conforme ou não as regras de produção normativa.[606]

O Supremo Tribunal Federal já encampa referido poder de autotutela da Administração Pública, inclusive adotando a mesma concepção ao termo

---

administrativas. (...) O motivo da revogação é a inconveniência ou inoportunidade do ato ou da situação gerada por ele. É o resultado de uma reapreciação sobre certa situação administrativa que conclui por sua inadequação ao interesse público. É consequência de um juízo feito 'hoje' sobre o que foi produzido 'ontem', resultando no entendimento de que a solução tomada não convém agora aos interesses administrativos. Pouco importa que o agente entenda que a decisão anterior foi conveniente à Administração" (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, *op. cit.*, p. 353 e 356); "*Revogação* é a supressão de um ato discricionário legítimo e eficaz, realizada pela Administração – e somente por ela – por não mais lhe convir sua existência. Toda revogação pressupõe, portanto, um ato legal e perfeito, mas inconveniente ao interesse público. Se o ato for ilegal ou ilegítimo não ensejará revogação mas, sim, anulação, como veremos adiante. A revogação funda-se no poder discricionário de que dispõe a Administração para rever sua atividade interna e encaminhá-la adequadamente à realização de seus fins específicos. Essa faculdade revogadora é reconhecida e atribuída ao Poder Público, como implícita na função administrativa. É, a nosso ver, uma justiça interna, através da qual a Administração ajuíza da conveniência, oportunidade e razoabilidade de seus próprios atos, para mantê-los ou invalidá-los segundo as exigências do interesse público, sem necessidade do contraditório" (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 39.ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 212); "A revogação se funda em juízo que apura a conveniência do ato relativamente ao interesse sob tutela do Estado. No exercício de competência discricionária, a Administração desfaz seu ato anterior por reputá-lo incompatível com as funções atribuídas ao Estado. A revogação pressupõe que a Administração disponha da liberdade para praticar um certo ato ou para determinar alguns de seus aspectos. Após praticado o ato, a Administração verifica que o interesse coletivo ou supraindividual poderia ser melhor satisfeito por outra via. Promoverá, então, o desfazimento do ato anterior" (JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. São Paulo: Ed. Dialética, 2012, p. 769-770); "Como se viu, a revogação, substancialmente, não é senão uma ulterior modificação de uma relação da qual a administração revogante seja atualmente titular, com a particularidade de que a modificação ulterior consiste na eliminação dos efeitos produzidos, referentes à própria relação, de um precedente provimento editado pela própria administração, de modo a reestabelecer a situação jurídica antecedente" [ALESSI, Renato. *A Revogação dos Atos Administrativos*. Tradução da 2ª edição (de 1956) por DAL POZZO, Antonio Araldo Ferraz; DAL POZZO, Augusto Neves; e MARTINS, Ricardo Marcondes. São Paulo: Ed. Contracorrente, 2022, p. 224].

606 MOUSSALLEM, Tárek Moysés. *Revogação em Matéria Tributária*. 2.ª ed. Ed. Noeses, 2011, p. 245.

anulação, constando de seus verbetes sumulares o de n.º 473, aprovado ainda em 1969:

> A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.[607]

Se os princípios democrático e republicano impõem a participação como fase obrigatória, em regra, do processo administrativo, com os seus elementos ponderativos então integrados ao procedimento de decisão que perfez o ato administrativo - já se observou como a ausência de tal providência traduz invalidade no pressuposto objetivo referente aos requisitos procedimentais do ato (ultimado sem a regular ponderação que deve antecede-lo), além de perfazer indício de igual vício nos pressupostos referentes ao motivo do ato, à juridicidade (proporcionalidade e razoabilidade) de seu conteúdo material e à lógica que lhe dá vínculo de pertinência (atraindo-se peso ponderativo em desfavor da validade do ato administrativo também quanto a estes últimos pressupostos: motivo, material e lógico) -, a realização posterior de juízo ponderativo sobre a retirada do ato inválido dar-se-á sob a espécie da anulação, atraindo-se o dever e a vinculação do agente competente à produção de ato que recomponha a ordem jurídica, invalidando o ato de efeito geral que não se valeu da etapa participativa.

Eventual possibilidade de convalidação deste vício procedimental ou os efeitos decorrentes da invalidação (se “ex tunc ab initio”, se “ex tunc” a partir doutro marco inicial, se “ex nunc” ou se “pro futuro”) perfarão ponderação própria e oportuna em consideração aos pesos das demais normas jurídicas e interesses afetados pela medida, como o número de atingidos, direitos

---

607 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula n.º 473*, aprovada em 03 dez. 1969. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula473/false> . Acesso em: 05 nov. 2021.

adquiridos, tempo de eficácia e aptidão para a legítima confiança de terceiros de boa-fé, etc.

Também não se olvida que a ausência da etapa participativa favorece o déficit ponderativo e o decorrente erro no dimensionamento dos pressupostos de fato do ato, atraindo-se eventual percepção por um juízo de revogação diante da inoportunidade e inconveniência dos efeitos do ato conforme o avanço de sua repercussão e a clarificação da incompletude ponderativa ao tempo do ato de origem, embora, neste caso, por não se tratar de inoportunidade realmente provocada por evento fenomênico superveniente, mas, na verdade, por versar por incompletude contemporânea à produção do ato, o conceito de revogação afasta a subsunção à hipótese desta espécie de ato de retirada, prevalecendo-se a adoção de medida invalidatória (ou de convalidação, conforme o caso).

Fato é que, independentemente da espécie do ato de retirada (e dos efeitos a este atribuídos) do antecedente ato inválido em seu pressuposto objetivo (tema no qual não se propõe extensão diante do recorte pretendido), dar-se-á a aludida retirada, devendo sê-lo pela própria Administração em vindo à lume o vício em questão.

5.1.1.1. Dos efeitos do controle em âmbito administrativo

Quando se diz de juízo de invalidade de atos administrativos de efeitos gerais, se ultimado em processo administrativo cujo consequente decisório seja, ao menos inicialmente, individual[608], questão relevante que urge indagar é se o Direito Público brasileiro propicia que seja determinado ato administrativo considerado definitivamente inválido e ineficaz a S^1, mas, em igualdade de condições (sob mesmo fato jurídico e sob o mesmo espaço de tempo normativo T^1), válido e eficaz a S^2. Deve o juízo de (ir)regularidade, então, de

608 Exemplifica-se com a controvérsia em um recurso individual após a aplicação de sanção tributária, cujo consequente decisório é genuinamente individual, via de regra.

um ato de efeitos gerais ser necessariamente estendido aos seus demais destinatários quando em relações jurídicas com o mesmo órgão?

Ora, para o enfrentamento de tal questão, impõe-se seja considerada a submissão da Administração Pública a um regime jurídico distinto e de classe própria[609], o que aqui nos serve de premissa.

Assim sendo, Celso Antônio Bandeira de Mello identifica que o regime jurídico-administrativo - aplicável à Administração Pública - detém dois grandes traços distintivos e marcantes, dos quais se revelam os demais princípios jurídicos que irradiam e formatam as linhas mestras do Direito Público, quais sejam a "supremacia do interesse público sobre o privado" e a "indisponibilidade, pela Administração, dos interesses públicos".[610]

Desta premissa basilar o autor extrai os decorrentes núcleos principiológicos quanto à a) posição privilegiada do órgão encarregado de zelar pelo interesse público, nas relações com os particulares, b) posição de supremacia do órgão nas mesmas relações e c) restrições ou sujeições especiais no desempenho da atividade de natureza pública, no que atine aos produtos do traço da supremacia do interesse público sobre o privado[611], bem como quanto aos princípios da a) legalidade, do qual decorrem os princípios da finalidade, razoabilidade, proporcionalidade, motivação e responsabilidade do Estado, b) da obrigatoriedade da atividade pública (continuidade do serviço público), c) sujeição a controle administrativo e tutela, d) da isonomia e igualdade dos administrados em face da Administração, e) da publicidade, f) da inalienabilidade dos direitos concernentes a interesses públicos e g) do controle jurisdicional dos atos administrativos, sob a ótica da indisponibilidade do interesse público.[612]

---

609 Acerca das classes, sintetiza Paulo de Barros Carvalho representarem o objeto da classificação, "segundo a ordem de extensão ou, para dizer de modo mais preciso, é separar os objetos em classes de acordo com as semelhanças que entre eles existam, mantendo-os em posições fixas e exatamente determinadas em relação às demais classes" (CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário: linguagem e método*, *op. cit.*, p. 122).

610 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo, op. cit.*, p. 59-79.

611 Ibid., p. 59-63.

612 Ibid, p. 63-79.

Dentre os núcleos principiológicos elucidados pelo autor, o que mais nos interessa, para o recorte que se propõe, é o da isonomia, bem sintetizado ao se afirmar que sendo a Administração Pública "encarregada de gerir interesses de toda a coletividade", não há como lhe conferir "o direito de tratar desigualmente àqueles cujo interesse representa".[613]

Ora, o princípio da igualdade se afigura como axioma básico do Direito, pois que todo o enredo histórico-social que envolve o Estado de Direito como o concebemos no Ocidente (desde a "Bill of Rights" Inglesa até a Revolução Francesa de 1789) tem como premissa básica a sujeição do Estado à Lei igualitária para todos, ao menos em tese. Trata-se de expressão literal dos artigos 1º e 6º, por mero exemplo, da francesa e revolucionária Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão[614], ainda no final do século XVIII.

Aristóteles já observava ser a igualdade a postulação básica à autoridade jurisdicional[615]:

> Dirigir-se a um juiz é dirigir-se à justiça, pois o juiz ideal é, por assim dizer, a justiça personificada. E também os homens necessitam de um juiz para que este seja um elemento mediano, pelo que, efetivamente, em alguns lugares, ele é chamado de mediador, pois pensam que se ele atinge a mediania, atinge o que é justo. (...)

---

613 Ibid., p. 70-71.

614 Art.1º. Os homens nascem e são livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem fundamentar-se na utilidade comum.

Art. 6º. A lei é a expressão da vontade geral. Todos os cidadãos têm o direito de concorrer, pessoalmente ou através de mandatários, para a sua formação. Ela deve ser a mesma para todos, seja para proteger, seja para punir. Todos os cidadãos são iguais a seus olhos e igualmente admissíveis a todas as dignidades, lugares e empregos públicos, segundo a sua capacidade e sem outra distinção que não seja a das suas virtudes e dos seus talentos.

615 Também neste sentido Rui Barbosa discursou: "Ora, senhores bacharelandos, pesai bem que vos ides consagrar à 'lei', num país onde a lei absolutamente não exprime o consentimento 'da maioria', onde são as minorias, as oligarquias mais acanhadas, mais impopulares e menos respeitáveis, as que põem, e dispõem, as que mandam, e desmandam em tudo; a saber: num país, onde, verdadeiramente, 'não há lei', não há, moral, política ou juridicamente falando. (...) Que extraordinário, que imensurável, que, por assim dizer, estupendo e sobre-humano, logo, não será, em tais condições o papel da justiça! Maior que o da própria legislação. Porque, se dignos são os juízes, como parte suprema, que constituem, no executar das leis, em sendo justas, lhes manterão êles a sua justiça, e, injustas, lhes poderão moderar, se não, até, no seu tanto, corrigir a injustiça" (BARBOSA, Rui. *Oração aos moços*. Edição Nacional: Casa de Rui Barbosa, 1949, p. 55-56 e 58-59).

> Ora, o juiz restaura a igualdade. Se representarmos a matéria por uma linha dividida em duas partes desiguais, ele subtrai do segmento maior aquela porção pela qual é excedida uma metade da linha inteira e a soma ao segmento menor. Quando o todo foi dividido em duas metades, as pessoas costumam dizer que assim "têm o que lhes cabe", tendo obtido o que é igual.[616]

Se formos adotar - como de fato propomos - a concepção de princípio como aquele a compor a terceira fase da evolução do conceito[617], passa-se a reconhecer a sua potência não apenas como mandamento nuclear de um sistema, viga mestra a orientar a interpretação e o saneamento de lacunas no ordenamento, mas como norma jurídica a ser otimizada, isto é, atendida ao máximo, tendo como os seus limites os princípios que lhe sejam colidentes.

Merece menção o fato de que a igualdade e a isonomia não são princípios jurídicos "apenas" implícitos no sistema (o que, de todo modo, não serviria para lhes negar a força cogente[618]), mas explicitados literalmente na linguagem elencada nos artigos 5º, "caput", e 37, "caput", da Constituição da República, além de inúmeros outros instrumentos a assegurá-los, dos quais se afirmam, sob o enfoque na função estatal em estrito senso e por mera

---

616 ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco, op. cit.*, p. 155.

617 Trata-se da já citada sistematização procedida por Ricardo Marcondes Martins (MARTINS, Ricardo Marcondes. Teoria dos princípios formais. *Revista Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 18, n. 98, p. 65-94, jul/ago., 2016, p. 65-68): "A expressão 'princípio jurídico' é, na linguagem jurídica, reconhecidamente polissêmica. (...) Longe de pretender uma enumeração exaustiva, destacam-se apenas três significados, identificados aqui por 'fases'. Na primeira, a expressão foi utilizada no Direito tendo em vista o sentido da palavra na linguagem comum ou natural: como princípio significa origem, início, a expressão foi utilizada para se referir às questões gerais de uma dada disciplina, aos temas que devem ser apresentados a quem inicia seu estudo. (...) Na segunda, a palavra foi dissociada do sentido comum ou natural e passou a ser empregada em sentido técnico para identificar apenas as ideias-chave, as vigas mestras, os alicerces do sistema normativo (*princípio-elemento estruturante*). Trata-se de um conceito da Teoria Geral dos Sistemas: os sistemas possuem uma parte-dirigente e tendem a centralizar-se ao redor dela. (...) Na terceira fase a expressão passa a ser utilizada para denominar as normas jurídicas que apenas estabelecem uma razão para uma decisão ou, noutros termos, impõem que seja concretizado um valor na maior medida possível (princípio-valor positivado)".

618 "há as normas implícitas, ou seja, as normas que não foram formuladas por alguma autoridade normativa: as normas, consequentemente, que não podem ser atribuídas a algum texto normativo como seu significado, as normas - em suma - destituídas de disposição" (GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Ed. Quartier Latin, 2005, p. 278-279).

amostragem, os deveres de igualitários certames para lograr acesso a cargos (art. 37, II) e a contratações estatais (art. 37, XXI).

Revela-se, neste diapasão, inconciliável com a isonomia que informa o regime jurídico-administrativo crer que possa a função administrativa[619] ser exercida de maneira a favorecer determinado sujeito sem que, diante doutro administrado sob análoga condição, sejam reconhecidos os mesmos antecedentes e consequentes a causarem a imputação jurídica.

Não apenas a isonomia informa referida necessária norma jurídica de vinculação da Administração a seus precedentes.

O princípio da eficiência também é elencado por Daniel Wunder Hachem, uma vez que a uniformização de entendimentos evita as controvérsias a perfazerem desérticos conflitos, além dos princípios da boa-fé, confiança legítima, segurança jurídica e impessoalidade[620] a evitarem a imprevisibilidade decisória, o comportamento contraditório e a discriminação, esta última vedada expressamente a título de direito individual fundamental (art. 5º, XLI, Constituição da República), mencionando-se sê-lo não apenas pelo Estado (a quem compete, inclusive, ações comissivas para otimizar o atendimento de tal comando), mas a qualquer sujeito de direito.

O autor estabelece seis pressupostos para a vinculação da Administração a precedentes administrativos, quais sejam (i) se tratar de mesma entidade da Administração Pública que decidirá o novo processo, (ii) haver identidade de objetos entre a questão fática e jurídica apreciada no precedente e no novo processo, (iii) serem ainda válidas e eficazes as normas jurídicas incidentes a respeito do precedente e da nova situação submetida à

---

619 "Função é a situação jurídica de quem está investido no dever de satisfazer o interesse alheio e detém as prerrogativas necessárias para se desincumbir desse dever. Função pública é a situação de dever de satisfazer o interesse público e o manejo dos poderes necessários (e apenas dos necessários) para se desincumbir desse dever" (MARTINS, Ricardo Marcondes. Princípio da liberdade das formas no direito administrativo. *Revista Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 15, n.º 80, jul./ago. 2013, p. 7).

620 HACHEM, Daniel Wunder. Vinculação da Administração Pública aos precedentes administrativos e judiciais: mecanismos de tutela igualitária dos direitos sociais. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 15, n. 59, p. 63-91, jan./mar. 2015, p. 69-78.

apreciação estatal, (iv) referir-se a um precedente compatível com o ordenamento jurídico, (v) tratar-se de um precedente favorável ao cidadão, pois nada impede que a Administração, que antes negava a concessão a determinado direito, passe a reconhecê-lo, e (vi) inexistir interesse público concreto ou razões suficientemente fortes que demandem a modificação do entendimento a compor o precedente[621].

Especificamente quanto ao item "v", supracitado, permitimo-nos complementar, neste aspecto e por analogia ao disposto no art. 506 do Código de Processo Civil de 2015, que até mesmo os quadrantes de restrição dos limites subjetivos das decisões se dão com o propósito de não "prejudicar" terceiros, sem que tenha o legislador limitado a eficácia subjetiva se em "benefício" da esfera jurídica de seu destinatário[622].

Gustavo Marinho de Carvalho parte de análogas premissas normativas atinentes aos princípios da igualdade, segurança-jurídica, boa-fé e eficiência para sustentar a vinculação da Administração a seus precedentes[623], além de anotar a incidência do quanto disposto nos artigos 2º, parágrafo único, XIII, e 50, VII, da Lei Federal n.º 9.784/1999[624], parecendo-nos merecer destaque este último, ao prefixar o dever de motivação específica quando "deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais".[625]

---

621 Ibid., p. 71-72.

622 A Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional já expediu orientação jurídica, inclusive, pela retroatividade de interpretações consolidadas pelo Fisco Federal, desde que benéficas ao contribuinte: "Diante do escopo de proteção à confiança legítima do contribuinte/administrado, tem-se que a regra geral da irretroatividade da nova interpretação assumida pelo Fisco em relação aos lançamentos já efetuados quando da sua introdução (CTN, art. 146), restringe-se às hipóteses em que o novo entendimento seja desfavorável ao contribuinte, segundo a diretriz do art. 146 do CTN" (BRASIL. Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. *Parecer PGFN n.º 396, de 11 de março de 2013*, p. 73. Disponível em: <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=43588&visao=anotado>. Acesso em: 13 nov. 2021).

623 CARVALHO, Gustavo Marinho de. *Precedentes Administrativos no Direito Brasileiro*. São Paulo: Ed. Contracorrente, 2015, p. 132-140.

624 Ibid., p. 142-145.

625 No mesmo sentido discorrem Irene Patrícia Nohara e Thiago Marrara: "A lei exige motivação dos atos administrativos que deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais. Objetiva-se com o

O autor elenca a (i) identidade subjetiva da Administração Pública (mesma pessoa jurídica a compor a Administração, e não necessariamente, o que seria demasiada e imotivadamente restrito, o mesmo órgão), (ii) identidade objetiva essencial entre o precedente e o novo processo, (iii) identidade das normas jurídicas superiores incidentes e (iv) legalidade do ato administrativo originário[626].

De todo necessário concordar com o juízo até mesmo de invalidade, que reclama o autor, a macular a decisão administrativa que não respeite o precedente (nem atenda ao ônus argumentativo para eventual superação)[627], bem como com a crítica, que se revela de necessário coro, a que a reiteração do precedente perfaça pressuposto para a sua vinculação[628], isto pois, cediço, se há identidade subjetiva quanto ao ente administrativo a proferir a decisão e identidade objetiva entre os conteúdos materiais a sofrerem subsunção, revelam-se imperativos os princípios da igualdade e impessoalidade de maneira a se evitar a discriminação, minimamente exigindo o ônus argumentativo atinente a eventual superação do antigo entendimento[629], independente dele ter sido, ou não, objeto de reiteração.

---

dispositivo coibir a incoerência por parte da Administração Pública, pois a exigência da motivação nesses casos é capaz de demonstrar aos cidadãos-administrados que muito embora outras decisões oficiais tenham certa orientação genérica, determinado caso concreto não segue a mesma direção, pois apresenta particularidades que justificam solução diversa.

(...) Como a ideia é que a Administração atinja coerência em suas manifestações, em função da necessidade de os particulares que preencham adequadamente os requisitos legais serem tratados igualmente, sempre quando houver dissidência nas manifestações estatais, é mister que se proceda à devida justificação" (NOHARA, Irene Patrícia; MARRARA, Thiago. *Op. cit.*, p. 327).

626 CARVALHO, Gustavo Marinho de. *Op. cit.,* p. 149-156.

627 "Ora, se considerarmos que os precedentes administrativos são normas jurídicas e possuem eficácia vinculante, ou seja, se a Administração Pública deve observar a decisão tomada em situação substancialmente semelhante, fácil concluir que a inobservância do precedente aplicável ao caso ocasionará a invalidação do ato administrativo expedido. Assim, além de poder ser invalidado por colidir com uma norma jurídica (regra ou princípio) constitucional ou infraconstitucional, um ato administrativo também poderá ser invalidado quando contrariar determinado precedente administrativo" (Ibid., p. 172).

628 Ibid., p. 157-158.

629 Neste sentido, o relevante e já citado Parecer da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional (BRASIL. Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. *Parecer PGFN n.º 396, de 11 de março de 2013*. Disponível em: <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=43588&visao=anotado>.

A decisão administrativa que reconhecer a invalidade de determinado ato administrativo geral e abstrato ou concreto e geral não poderá ser olvidada, portanto, em nova postulação promovida sob identidade objetiva na configuração do fato jurídico e decorrente norma suscetível de subsunção, independentemente do ulterior postulante ter, ou não, figurado como parte no processo do qual se originou o precedente.

A retirada dos efeitos do ato inválido pelo sucessivo ato invalidatório deve ser, portanto e se promovida em processo administrativo individual, extensiva aos demais sob mesmo contexto de antecedente.

Tais conclusões reforçam, com necessidade epistemológica, os efeitos do vício decorrente de déficit ponderativo, evitando-se que, mesmo em sua correção individual, deem-se os deletérios efeitos distintivos entre os "com decisão" e os "sem decisão", cientes que somos de que muitos administrados não postulam por mera carência informativa ou de recursos materiais, mas nem por isso têm sobre si incidência de conjunto normativo distinto, pelo contrário.

5.1.2. Controle externo não judicial

Acesso em: 13 nov. 2021) a bem expor a necessidade de ônus argumentativo na hipótese de "quebra de precedente", também sob a premissa principal da incidência dos princípios normativos da segurança-jurídica e da isonomia no tratamento dos administrados: "86. Como toda 'quebra de precedente', defende-se que a alteração da exegese até então conferida pela Fazenda Nacional a determinado dispositivo de lei tributária, quer tenha sido formalizada por meio de atos ou decisões administrativas de caráter normativo (instruções normativas, portarias, pareceres, dentre outros), quer decorrente de práticas reiteradas das autoridades administrativas, seja realizada de forma ostensiva, como meio de viabilizar a observância uniforme da nova interpretação jurídica pelas autoridades fazendárias em todo o território nacional, bem como a ciência aos contribuintes, inclusive quando a nova interpretação lhes seja favorável. 87. Por outro lado, advirta-se, desde já, que não se está apregoando a volatilidade ou a instabilidade do entendimento perfilhado pela Fazenda Nacional na hermenêutica do direito tributário, ao sabor de subjetivismo ou de arbítrio que não se compatibiliza, sem dúvida, com o caráter vinculado das competências tributárias e nem com os reclamos da segurança jurídica. 88. O que se pondera, nesta passagem, é a plena viabilidade de a Fazenda Nacional, ao realizar novo juízo crítico e eminentemente jurídico de determinada questão de direito tributário, possa suplantar a orientação anterior, por constatar que ela não (ou não mais) se concilia com o ordenamento jurídico, diante de determinado contexto fático-jurídico. E se assim o faz, a modificação deve ser externada por meio dos atos normativos de caráter geral e, principalmente, pela adequação dos atos normativos já existentes, em franca observância aos reclamos da publicidade, da segurança jurídica e da isonomia no tratamento dos administrados" (Ibid., p. 33-34).

À luz de conceitos já outrora abordados, a carência da fase participativa prejudica a ponderação levada a efeito no procedimento de decisão administrativa, haja vista o déficit ponderativo diante da não consideração de todos os elementos e interesses suscetíveis de sopesamento, além do prejuízo à gestão democrática e participativa que, como princípio jurídico do ordenamento, exige a sua otimização, exceto se sobreposto por outras normas jurídicas de peso superior diante do caso concreto.

Daí a adequada conclusão doutrinária no sentido de que a ausência do processo participativo afeta o pressuposto objetivo de validade dos atos administrativos referente a seus requisitos procedimentais[630], além de também indiciar a afetação, acrescemos, do seu motivo e do seu pressuposto lógico, haja vista a carência na consideração integral das circunstâncias fáticas e interesses que influem na ponderação.

Sendo causa de invalidade de atos administrativos de efeitos gerais (campo do influxo participativo sob a ótica dos princípios democrático e republicano, e não de defesa), afeta a juridicidade do exercício da função administrativa também sob as perspectivas de princípios e conceitos jurídicos tais como os da “legalidade” (no sentido de harmonia com o conteúdo do conjunto normativo positivo), “operacionabilidade” e “eficiência”, atraindo-se, por consequência, o controle “operacional”, da “legalidade” e da “eficiência” de atos administrativos pelos órgãos de controle interno de cada Poder, bem como pelo Poder Legislativo, com o auxílio dos Tribunais de Contas (artigos 70, 71 e 74 da Constituição Federal).

E referidos órgãos de controle externo trazem consigo competências de todo relevantes a título, por exemplo, de apreciação de contas anuais dos Chefes do Poder Executivo mediante parecer prévio e julgamento final pelo Poder Legislativo respectivo (artigo 71, I), julgamento das contas dos demais responsáveis por bens públicos (inciso II), fiscalização e aplicação de sanções em casos de ilegalidade ou irregularidade de contas (incisos III, IV, V e VIII) e

630 MARTINS, Ricardo Marcondes. Teoria do ato administrativo nos trinta anos da Constituição de 1988: o que mudou? *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 6, n. 2, p. 449-477, maio/ago. 2019, p. 461.

até mesmo sustação de atos (inciso X), cabendo aos órgãos de controle interno, ao seu turno, a promoção da ampliada fiscalização (cumprimento de metas do plano plurianual, avaliação da legalidade e de resultados em matéria orçamentária, financeira e patrimonial, etc.: artigo 74, da Constituição Federal) visando ao apoio e ciência aos órgãos de controle externo diante de qualquer irregularidade (artigo 74, § 1º), resguardada a legitimidade da denúncia de ilegalidades aos Tribunais de Contas também a qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato (artigo 74, § 2º), como já decorreria, de todo modo, do ampliado direito constitucional de petição em âmbito administrativo (artigo 5º, XXXIV, "a", da Constituição Federal), tudo a reforçar haver mecanismos pertinentes de controle sobre a regular ponderação nos procedimentos de decisão.

5.1.3. Controle judicial

Em não sendo exercida a autotutela pela própria Administração Pública ou por provocação extrajudicial de seus órgãos de controle interno e externo, resguardada está a busca, pelo interessado (em que se incluem órgãos para tal desiderato instituídos[631] e, quando versar sobre o patrimônio público, cultural e histórico, o meio ambiente ou a moralidade administrativa, também a qualquer cidadão[632]), da tutela da ordem jurídica junto ao Poder Judiciário, por decorrência do princípio da inafastabilidade da jurisdição, consagrado no artigo 5º, XXXV, da Constituição da República e tendo surgido no sistema jurídico nacional desde a Constituição de 1946[633], revelando-se forte impacto na inibição de injustiças e do autoritarismo.

---

631 Tais como o Ministério Público, Defensoria Pública, partidos políticos, entidades associativas, etc., todos legítimos para a propositura, por exemplo, de ações civis públicas (vide artigo 5º da Lei Federal n.º 7.347/1985).

632 Através de ação popular, conforme artigo 5º, LXXIII, da Constituição Federal. Sobre o tema discorremos em: RIGAMONTI, Thiago Reis Augusto. *Da Desnecessidade de Lesividade na Ação Popular, op. cit*..

633 BULOS, Uadi Lammêgo. *Op. cit.*, p. 203.

O Supremo Tribunal Federal vem compreendendo que descabe a via do controle concentrado para a deliberação acerca da constitucionalidade de atos administrativos, pois que seria meio de controle restrito a ato normativo cujo fundamento de validade não seja imediatamente a lei (como se dá com os atos administrativos), a atrair mero controle de legalidade (e não de constitucionalidade), assim exarando os seus ementários tanto no início do século[634], quanto em data mais contemporânea ao presente texto:

> EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DIREITO ADMINISTRATIVO. DECRETO 9.351/2018. ATO QUE APROVA AS RECOMENDAÇÕES ESTABELECIDAS NA RESOLUÇÃO 13, DE 23 DE AGOSTO DE 2017, E NA RESOLUÇÃO 30, DE 19 DE MARÇO DE 2018, DO CONSELHO DO PROGRAMA DE PARCERIAS DE INVESTIMENTOS DA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA, PARA DAR INÍCIO DOS PROCEDIMENTOS NECESSÁRIOS À CONTRATAÇÃO DOS ESTUDOS NECESSÁRIOS À DESESTATIZAÇÃO DAS CENTRAIS ELÉTRICAS BRASILEIRAS S.A. (ELETROBRAS). ALEGAÇÃO DE OFENSA AOS ARTIGOS 37, XIX, E 173, CAPUT, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ATO ADMINISTRATIVO DE NATUREZA REGULAMENTAR E DESTITUÍDO DE GENERALIDADE E DE ABSTRAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE EXAME EM SEDE DE CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. Os atos regulamentares ou de cunho interno dos órgãos da Administração não podem ser impugnados pela via da ação direta de inconstitucionalidade, porquanto a controvérsia a respeito da harmonia de decreto executivo em face da lei que lhe dá fundamento de validade não caracteriza questão de

---

634 DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DE ATO ADMINISTRATIVO DO CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA DE SÃO PAULO, CONSISTENTE EM DELIBERAÇÃO SOBRE O PROSSEGUIMENTO DE CONCURSO PÚBLICO DE NOTAS E TÍTULOS PARA OUTORGA DAS DELEGAÇÕES DE NOTAS E DE REGISTRO. INADMISSIBILIDADE DA A.D.I., POR NÃO SE TRATAR DE ATO NORMATIVO (ART. 102, I, ALÍNEA "A", DA C.F.). SEGUIMENTO NEGADO PELO RELATOR. AGRAVO IMPROVIDO PELO PLENÁRIO. DECISÃO UNÂNIME. 1. O ato impugnado na presente ADI é mera deliberação administrativa, sem nenhum caráter normativo, não passando seus "consideranda" (sic) de simples motivação. Se esse ato é inconstitucional ou ilegal, é que questão que se não pode resolver no âmbito de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade, perante esta Corte, pois nesta só se há de impugnar ato normativo (federal ou estadual), nos termos do art. 102, I, "a", da Constituição Federal. 2. Afora isso, o controle de constitucionalidade ou legalidade de ato administrativo é feito, nas instâncias próprias, pelo sistema difuso. 3. Agravo improvido. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo na ADI n.º 2.071-4/SP. Rel. Min. Sydney Sanches, Plenário, julgado em: 03 out. 2001).

> constitucionalidade, mas sim de legalidade (ADI 996-MC, rel. min. Celso de Mello, Plenário, DJ de 6/5/1994). (...) Deveras, os atos de natureza secundária mantêm um vínculo de subordinação e de lealdade para com as normas primárias às quais se vinculam e a que, em regra, visam regulamentar. De tal sorte, eventual conflito de constitucionalidade, caso existisse, dar-se-ia entre a norma primária norteadora e a Constituição, mas jamais entre esta última e o ato secundário.[635]

A Corte Constitucional delimita o controle concentrado e abstrato, portanto, às hipóteses de atos normativos primários, isto é, que inauguram a veiculação de norma jurídica geral e abstrata no sistema, característica de que seriam carentes os atos administrativos, ainda que com consequente geral, pois são secundários, infralegais.

Apenas na hipótese de exercício da competência regulamentar autônoma, mediante veiculação de atos administrativos que venham a extravasar o espectro permitido pela lei, dar-se-ia norma jurídica "nova" (sob a ótica geral e abstrata) e, pois, suscetível de controle concentrado de constitucionalidade.[636]

Ainda que se discorde da exegese levada a efeito pelo Supremo Tribunal Federal, mormente em se considerando que o seu controle não se limita a texto de lei, mas às normas jurídicas decorrentes do ordenamento – tanto que até se concebe a declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto ou a fixação de interpretação conforme[637] –, de maneira a incluir os atos administrativos em seu alcance, uma vez que suscetíveis de acréscimo

---

635 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI n.º 5.937 Agr/DF*. Rel. Min. Luís Fux, Plenário, j. em: 13 set. 2019.

636 LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 24.ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva Educação, 2020, p. 338-339.

637 "Essas 'técnicas' de controle de constitucionalidade espelham bem a distinção que o STF estabelece, propositadamente ou não, entre texto de lei ou ato normativo e significação, e suporte físico (enunciado) e as normas jurídicas (significações). Aquele está no plano físico, fenomenal; estas, no plano da consciência dos intérpretes do direito positivo. Portanto, para controlar a constitucionalidade das normas jurídicas, o STF pode ou não expulsar parte do enunciado prescritivo correspondente" (LINS, Robson Maia. O Supremo Tribunal Federal e Norma Jurídica: aproximação com o constructivismo lógico-semântico. *In* HARET, Florence (coord.); CARNEIRO, Jerson (coord.). *Vilém Flusser e juristas: comemoração dos 25 anos do grupo de estudos Paulo de Barros Carvalho*. São Paulo: Ed. Noeses, 2009, p. 387).

(sob pena de lhes confessar inutilidade normativa, o que não socorre fazê-lo), em maior ou menor medida, de conteúdos deônticos a afetarem relações intersubjetivas, fato é que, pela via do controle concentrado de constitucionalidade se atribui, já via de regra, efeitos “erga omnes” à decisão jurisdicional (conforme artigo 28, parágrafo único, da Lei Federal n.º 9.868/1999), inviabilizando a subsunção desta hipótese ao aspecto forte do recorte que se pretende, doravante, quanto aos efeitos, na perspectiva subjetiva, das decisões de (ir)regularidade sobre atos administrativos de efeitos gerais.

Excluída discussão mais aprofundada sobre a via do controle concentrado de atos administrativos junto às Cortes Judiciais (por sua impertinência epistemológica no recorte que se pretende), mesma sorte acompanha as ações judiciais que compõem o denominado sistema de processos coletivos, notadamente a ação popular e a ação civil pública, reguladas, respectivamente, nas Leis Federais n.os 4.717/1965 e 7.347/1985, cujas decisões já igualmente detêm, via de regra, efeitos “erga omnes”[638], isto é, não se limitam às partes do processo (cidadão, associação, agentes públicos e/ou pessoas jurídicas de direito público que o compõem), mas se estendem aos demais sujeitos suscetíveis às consequências da decisão, o que se revela, inclusive, enquanto premissa lógica de ações coletivas em que o autor personifica, em rigor, a coletividade por cujos interesses milita[639], inclusive por

---

638 Conforme artigos 18 da Lei Federal n.º 4.717/1965 e 16 da Lei Federal n.º 7.347/1985.

639 RIGAMONTI, Thiago Reis Augusto. *Da Desnecessidade de Lesividade na Ação Popular, op. cit*., p. 57-60; MILARÉ, Edis. *Reação Jurídica à Danosidade Ambiental: Contribuição para o delineamento de um microssistema de responsabilidade*. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016, p. 282-283. Disponível em: <https://sapientia.pucsp.br/bitstream/handle/18874/2/%C3%89dis%20Milar%C3%A9.pdf>. Acesso em: 05 nov. 2021; MAZZILI, Hugo Nigro. *Aspectos Polêmicos da Ação Civil Pública*. 2015, p. 2-3. Disponível em: <http://www.mazzilli.com.br/pages/artigos/aspectosacp.pdf> . Acesso em: 02 mai. 2019; SOUZA, Motauri Ciocchetti de. *Ação Civil Pública e Inquérito Civil*. 5ª edição. São Paulo: Ed. Saraiva, 2013, p. 148; MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação Popular: proteção do erário, do patrimônio público, da moralidade administrativa e do meio ambiente*. 3ª ed., revista e atualizada. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1998, p. 26-27.

“decorrência da própria natureza coletiva e indivisível da relação jurídica material”[640].

O ponto fulcral de nosso recorte epistemológico é, portanto, representado nas decisões judiciais proferidas em ações “a priori” individuais (veículos introdutores de normas individuais – aos sujeitos identificados no processo –, por decorrência inicial), no âmbito das quais venha a se invalidar ato administrativo cujo consequente seja, todavia, geral, isto é, suscetível de subsunção não apenas ao autor da ação que percebeu a decisão judicial invalidatória, mas a todos os demais que se comunicarem com os fatos cuja significação é revelada pelo antecedente do ato administrativo invalidado.

O Direito Público brasileiro propicia que seja determinado ato administrativo considerado definitivamente inválido e ineficaz a S^1, mas, em igualdade de condições (sob mesmo fato jurídico e sob o mesmo espaço de tempo normativo T^1), válido e eficaz a S^2?

5.1.3.1. Efeitos do controle judicial

Não há muita dúvida no campo jurídico de que, na controvérsia acerca das normas que o compõem, ao Poder Judiciário é dada a última palavra.

O constituinte foi cristalino em designar tal decisão última sob as competências dos Juízes, o que se revela da leitura sistemática dos próprios direitos e garantias individuais fundamentais, ao instituírem “reserva judicial” como exceção à inviolabilidade de domicílio, do sigilo de correspondência e da livre associação (art. 5º, XI, XII e XIX), competência para apreciar qualquer lesão ou ameaça a direito ao Judiciário (XXXV) - consagrando o denominado “princípio da inafastabilidade da jurisdição” -, coisa julgada como insuscetível

640 MIRRA, Álvaro Luiz Valery. *Participação, processo civil e defesa do meio ambiente no direito brasileiro*. Tese de Doutorado – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2010, p. 468. Disponível em: <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-06102010-151738/pt-br.php> . Acesso em: 05 nov. 2021.

de alteração até por lei (XXXVI), vedação à instituição de tribunais de exceção (XXXVII), devido processo legal e sentença penal como pressupostos para perda de bens ou privação da liberdade (LIV, LVII, LXI e LXII), poder-dever específico à autoridade judiciária para o relaxamento de prisão ilegal (LXV), além dos remédios constitucionais (com destaque ao "habeas corpus", mandado de segurança e ação popular) a tutelarem infrações a direito, inclusive cometidas por autoridades públicas, de maneira a serem corrigidas imperativamente pelos agentes competentes integrantes da Jurisdição (LXVIII, LXIX, LXX e LXXIII).

Daí afirmar a doutrina administrativa ser o Judiciário o "Oráculo do Direito"[641], aquele a deter a competência de dizer o Direito[642], de interpretar e ditar, com última palavra, as normas jurídicas que compõem o sistema, inclusive sobre a existência ou veracidade de um fato[643].

Tanto que até o erro judiciário (a despeito de suscetível de levar à indenização: art. 5º, LXXV, da Constituição Federal) não é exceção à coisa julgada, quer-se dizer, estabiliza-se, como imperativo de segurança jurídica, ordem e coesão nas relações jurídico-sociais.

Roberto José Vernengo observa referido fenômeno:

> "em ese derecho positivo las sentencias firmes tienen valor de cosa juzgada, es decir, no pueden ser derrogadas por actos de otros órganos, la validez formal de la sentencia contra ley

---

641 MARTINS, Ricardo Marcondes. "Políticas públicas" e Judiciário: uma abordagem neoconstitucional. A*&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 18, n. 71, p. 145-165, jan./mar. 2018. DOI: 10.21056/aec.v18i71.875, p. 150-151

642 "Por isso se diz, com absoluto acerto, que o magistrado é o 'oráculo do Direito': é o agente público encarregado de *dizer* qual é *interpretação correta* do sistema normativo vigente. Não tem, ao contrário do constituinte, do legislador e do administrador, a função de *escolher* entre alternativas igualmente admitidas pelo Direito. 'Oráculo' não no sentido de que está imune ao erro, mas no sentido de que está habilitado a fixar, de modo definitivo, a interpretação correta para o caso concreto" (Ibid., p. 150-151).

643 TOMÉ, Fabiana Del Padre. *A Prova no Direito Tributário*. São Paulo: Ed. Noeses, 2011, p. 237.

> prevalece frente a las restriciones materiales impuestas por la ley superior".[644]

Como diito, já se compreende que a Administração Pública se vincula a decisões jurisdicionais que expressamente estejam na classe daquelas vinculativas aos seus órgãos frente não apenas aos postulantes de origem, mas a todos os administrados, como nos casos de ações coletivas (como dantes já abordamos), súmulas[645] e processos designados sob os predicados da repercussão geral, incidentes de resolução de demandas repetitivas ou de recursos repetitivos[646].

As hipóteses de súmulas e de soluções para ritos repetitivos se comportam, de fato, como mecanismos de "caráter unificador e sistematizante das unidades que já compõem o ordenamento", com o viés de apontar, "com firmeza e determinação, a direção da conduta, segundo o quadro das expectativas normativas do sistema"[647], inclusive com o escopo de vincular a exegese dos demais órgãos que compõem o Poder Judiciário e a Administração Pública.

Referidos expedientes reforçam a segurança jurídica, isonomia e previsibilidade decisória (legítima confiança na manutenção de padrões), mas são espécies distintas da que ora dogmaticamente se propõe. Referidos

---

644 VERNENGO, Roberto José. *Teoría General Del Derecho*. 2ª edição, 4ª reimpresión. Buenos Aires: Ediciones Depalma Buenos Aires, 1995, p. 378.

645 CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário: linguagem e método*, *op. cit.*, p. 442-446.

646 "O advento de precedentes do STF ou STJ investidos da força persuasiva especial e diferenciada que lhes conferem os arts. 543-B e 543-C, do CPC [1973], pode deflagrar a modificação da interpretação que a Administração Tributária vem conferindo a determinado preceito legal, mediante apreciação da *ratio decidendi* dos julgados que propugnam entendimento diverso. Diante da necessidade de se prestigiar as funções que a Carta Constitucional confiou ao STF e ao STJ, a manutenção de interpretação divergente quanto a determinado preceito de lei tributária assume caráter excepcional, cuja pertinência deve ser identificada a partir do exame de cada um dos precedentes originados da sistemática dos arts. 543-B e 543-C, e, sobretudo, das razões que alicerçam as decisões" (BRASIL. Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. *Parecer PGFN n.º 396, de 11 de março de 2013*, p. 73. Disponível em: <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=43588&visao=anotado>. Acesso em: 13 nov. 2021).

647 CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário: linguagem e método*, *op. cit.*, p. 443.

mecanismos retrocitados são aplicáveis não apenas em Direito Público, mas acentuam as suas finalidades para todas as relações jurídicas (também as privadas) suscetíveis de apreciação judicial. E vinculam a que, diante da hipótese que aferiram, seja dada a mesma consequência.

A premissa que aqui abordamos reza, distintamente, que a decisão jurisdicional (objeto, ou não, de ritos de soluções repetitivas ou uniformização jurisprudencial) que decrete a invalidade de ato administrativo com efeitos gerais, ainda que não proferida em ação coletiva ou em rito de solução de demandas repetitivas, em se transitando em julgado em desfavor da Administração Pública, obriga esta a acolher referido desiderato como a dicção do Direito, a norma jurídica corretamente construída e extraível do sistema normativo.

Ora, se a decisão proferida pela Administração Pública a vincula independentemente de que venha a configurar ato normativo em seu âmbito - o que se sustentou no capítulo anterior -, que dirá de análoga decisão que provenha do Poder detentor da competência de ditar o Direito com a última palavra, consagrando aquilo que há de se conceber como a resposta do ordenamento jurídico ao conflito.

Se referida resposta judicial vier a transitar em julgado, isto é, se inexistirem recursos suscetíveis de modificação de tal exegese em âmbito jurisdicional, é dada a resposta que o ordenamento clama acerca do ato administrativo com efeitos gerais.

O sistema jurídico brasileiro não se amolda, no âmbito do Direito Público (ao menos), com a convivência de sujeitos “com sentença” e “sem sentença”, de maneira a que a Administração Pública preste serviço público díspar entre dois indivíduos que estejam sob as mesmas hipóteses fenomênicas.

São, em rigor, as mesmas bases principiológicas que consolidam a vinculação da Administração aos seus próprios precedentes, que apenas restam acentuadas quando referido precedente representa a consolidação da

dicção do Direito proferida pelo Poder Judiciário, competente para a última palavra – a correta – neste âmbito.

Neste sentido discorre Daniel Wunder Hachem:

> O acesso da cidadania aos bens jurídicos jusfundamentais deve, portanto, ser igualitário. Some-se a isso a incidência, já antes comentada, do princípio da impessoalidade da atividade administrativa, que impõe um dever de tratamento isonômico, pela Administração Pública, aos diversos particulares que se apresentem nas mesmas circunstâncias. Independentemente da origem que levou ao cumprimento da obrigação – coerção judicial, requerimento administrativo ou atuação de ofício –, é vedado ao Poder Público conceder, de forma indevidamente discriminatória, prestações necessárias à satisfação de direitos fundamentais sociais para uns, deixando desamparados sujeitos que foram investidos pela Constituição em idêntica posição jurídica. E essa vedação, como já se viu, advém do próprio texto constitucional, que erigiu à condição de direito fundamental do cidadão a proibição de tratamento discriminatório em relação aos seus demais direitos fundamentais (art. 5º, XLI, da CF).[648]

E as premissas do autor são expressadas de maneira destacada de ritos processuais coletivos[649], pois que decorrem diretamente da norma implícita contida no ordenamento que extravasa o âmbito destes, à luz da incidência dos princípios jurídicos da impessoalidade, igualdade, eficiência e legalidade no serviço público obrigatório[650].

---

[648] HACHEM, Daniel Wunder. Vinculação da Administração Pública aos precedentes administrativos e judiciais: mecanismos de tutela igualitária dos direitos sociais. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 15, n. 59, p. 63-91, jan./mar. 2015, p. 75.

[649] Ibid., p. 76

[650] "O que reiteradamente ocorre na prática é o êxito da ação individual e a continuidade da inércia administrativa em relação aos demais titulares do direito em questão. O ente não corrige a sua inatividade inconstitucional, passando a concedê-los espontaneamente a prestação que foi compelido a proporcionar ao autor da demanda, como deveria fazer por imposição da obrigação de perseguir o interesse público, em cujo núcleo central se insere a efetivação dos direitos fundamentais sociais. Em tais casos, o cumprimento da determinação judicial singular, sem a extensão dos seus efeitos aos cidadãos que vivenciam a mesma situação, configura atuação administrativa atentatória contra os princípios constitucionais da igualdade e da impessoalidade" (Ibid., p. 76).

Uma observação merece ser feita quanto à vinculação da Administração a precedentes judiciais, ainda que representativos de veículos introdutores de normas "a priori" individuais (isto é, sentenças ou acórdãos transitados em julgado em ações sob rito individual, e não coletivo). É que, tal como se sustentou quanto à vinculação da Administração a precedentes próprios, trata-se de comando jurídico relativo.

Quer-se dizer, não há espaço no direito para absolutos[651]. A vinculação ao precedente pode ser afastada mediante ônus argumentativo bastante, como, por exemplo, nas hipóteses de séria controvérsia judicial em virtude da também consolidação simultânea de precedentes em sentido diverso, modificação normativa superveniente, dentre outros fundamentos suficientemente ponderados de maneira a afastar a norma da vinculação que ora se propõe.

Humberto Ávila sustenta que a confiança legítima a reclamar proteção de maneira a inviabilizar a modificação de jurisprudência com efeito retroativo (isto é, quebra do precedente vigente ao tempo do fato jurídico) se caracteriza diante de cinco pressupostos: a) efetiva base da confiança, com existência de decisão modificadora e decisão modificada; b) maior a proteção conforme maiores forem a vinculatividade e a pretensão de permanência da decisão modificada, à luz da eficácia prevista no ordenamento e competência material e formal do órgão prolator; c) a finalidade orientadora da decisão, consoante a sua força normativa (súmulas e orientações jurisprudenciais de Tribunais, por exemplo); d) a inserção da decisão em uma cadeia de decisões uniformes; e e)

---

651 "Como regra geral, no direito não há espaço para absolutos. (...) De acordo com Dworkin, princípios são normas que contêm 'exigências de justiça ou equidade ou alguma outra exigência de moralidade'. Ao contrário das regras, eles não se aplicam na 'modalidade tudo ou nada', e em certas circunstâncias podem não prevalecer devido à existência de outras razões ou princípios que apontem para uma direção diferente. Os princípios têm uma 'dimensão de peso' e quando eles colidem é necessário considerar a importância específica de cada um deles naquela situação concreta" (BARROSO, Luís Roberto. *A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo - A Construção de um Conceito Jurídico à Luz da Jurisprudência Mundial*. 3ª reimpressão. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2014, p. 64-65). Também neste sentido discorre Paulo Affonso Leme Machado, em acolhimento das lições de Gomes Canotilho: "os princípios, ao constituírem exigências de optimização, 'permitem o balanceamento de valores e interesses (não obedecem, como as regras, à 'lógica do tudo ou nada'), consoante o seu peso e ponderação de outros princípios eventualmente conflitantes'" (MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro, op. cit.*, p. 59).

a capacidade de generalização da decisão, notadamente diante da elevada hierarquia jurisdicional de sua origem.[652]

Estes mesmos critérios podem servir para a medição do nível de vinculatividade que o precedente induz à Administração Pública e quão maior é o ônus argumentativo para eventual estabelecimento de discrímen entre o tratamento administrativo dado ao "com sentença" em comparação ao "sem sentença".

O sistema normativo brasileiro expressa, portanto e à luz de sua apreciação sistemática, a norma jurídica atinente à vinculação da Administração Pública a precedentes administrativos e judiciais transitados em julgado que venham a expressar a invalidade de atos administrativos com efeitos gerais, exigindo-se forte ônus argumentativo para a sua superação diante de caso concreto com análogas premissas de fato e de direito, o que serve para se compreender não haver limitações subjetivas estanques de decisões invalidatórias de atos que não tenham atendido à premissa de regular ponderação mediante a instrução de fase participativa em seu procedimento decisório, pelo contrário, havendo a eficácia subjetiva extensiva de referidas decisões.

CONCLUSÃO PARCIAL

1. Toda a norma jurídica, inclusive aquelas reconhecidas como "gerais" (isto é, cujo consequente seja dirigido a um quantitativo indefinido ou coletivo de sujeitos conectados com um fato comum descrito no antecedente) e em cujo conceito se subsomem os atos administrativos, submete-se à exigibilidade de fundamento em norma que lhe seja superior e estabeleça, explícita ou implicitamente, os pressupostos que condicionam a sua validade.

652 ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica: Entre Permanência, Mudança e Realização no Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 482-488.

2. E a análise quanto ao atendimento aos pressupostos de validade dos atos administrativos é realizada não apenas pelo Poder Judiciário - a quem compete a análise final sob a perspectiva da validade do ato em comparação ao sistema normativo que o informa -, como também pela própria Administração Pública e seus órgãos de controle interno e externo (Poder Legislativo e seus auxiliares, Tribunais de Contas, etc.).

3. Os pressupostos de validade dos atos administrativos podem ser descritos como aqueles denominados de: *a)* subjetivo, relativo às competências e atribuições do órgão e do agente que os emanaram, *b)* objetivos, inerentes ao *b.1)* motivo enquanto o pressuposto de fato que, previsto implícita ou explicitamente na lei, autoriza ou exige a prática do ato e aos *b.2)* requisitos procedimentais consubstanciados nos atos que devem, por imposição normativa, preceder a um determinado ato, *c)* teleológicos, referentes à finalidade do ato quanto ao bem jurídico que objetiva curar e sua harmonia ao resultado previsto legalmente como o correspondente à tipologia do ato, *d)* material, que aduz ao conteúdo específico exigido pelo Direito para a regularidade do ato, inclusive quanto à sua desnecessidade, desproporcionalidade ou irrazoabilidade diante do contexto obrigacional do ato decorrente, *e)* lógico, que diz respeito à relação de adequação e pertinência lógica entre as premissas de fato, o objeto normativo do ato e a sua finalidade, e *f)* formalístico, que atine à formalização e ao modo pelo qual o ato deve ser externado.

4. Sob tal perspectiva, se os princípios democrático e republicano impõem a participação como fase obrigatória, em regra, do processo administrativo, com os seus elementos ponderativos então integrados ao procedimento de decisão que perfaz o ato administrativo, a ausência de tal providência participativa traduz invalidade no pressuposto objetivo referente aos requisitos procedimentais do ato (ultimado sem a regular ponderação que deve antecedê-lo), além de perfazer indício de igual vício nos pressupostos referentes ao motivo do ato, à juridicidade (proporcionalidade e razoabilidade) de seu conteúdo material e à lógica que lhe dá vínculo de pertinência (atraindo-

se peso ponderativo em desfavor da validade do ato administrativo também quanto a estes últimos pressupostos: motivo, material e lógico).

5. E, sendo o ato administrativo inválido, a realização posterior de juízo ponderativo sobre a retirada do ato dar-se-á sob a espécie da anulação, atraindo-se o dever e vinculação do agente competente à produção de ato que recomponha a ordem jurídica, invalidando o ato de efeito geral que não se valeu da etapa participativa, sendo certo, ainda, que a formação de precedente administrativo ou judiciário atrai o princípio formal que atribui peso, em toda a decisão superveniente da Administração Pública, a manter exegese e decisões que a vinculem aos próprios precedentes (sob o influxo dos princípios da impessoalidade, igualdade, isonomia, confiança legítima, boa-fé objetiva, segurança jurídica, dentre outros) e aos derivados do Poder Judiciário, estes últimos com o acréscimo do peso atinente à decisão oriunda do órgão cuja função típica é ditar a correta interpretação e aplicação do sistema jurídico.

6. As decisões de controle ou de juízo invalidatório de atos administrativos revelam, então, uma eficácia subjetiva ampliada, recusando-se restrição de seus efeitos apenas às partes integrantes do processo (administrativo ou judicial), pois que expansivos às demais situações que formem análogo antecedente, exigindo-se elevado peso ponderativo para eventual superação do precedente, tudo a reforçar a pertinência da regular consideração da fase participativa otimizada enquanto condicionante da validade de atos administrativos de efeitos gerais.

CONCLUSÃO

1. É possível extrair da fundamentação integrada ao presente texto as premissas hermenêuticas relativas à consolidação normativa do exercício de qualquer competência pública sob o influxo de princípios procedimentais referentes à gestão dos deveres-poderes estatais em atenção à otimização democrática, participativa e republicana, inviabilizando-se a crença de pertencimento do plexo de atribuições públicas aos aspectos volitivos exclusivos do agente nomeado, empossado ou detentor de mandato eletivo.

2. Por conseguinte, o conjunto normativo brasileiro condiciona a atuação de qualquer agente público ao regime democrático e de direito de governo, sendo formado por princípios e regras que estabelecem, respectivamente, conteúdos normativos a serem otimizados diante dos casos concretos e consequentes de índole específica diante de antecedentes descritos pela norma, havendo colidência constante entre normas jurídicas, haja vista que a otimização máxima de determinados conteúdos normativos implica imposições de restrições a outros (o direito de crédito restringe a propriedade do devedor, a sujeição à licença restringe a livre iniciativa, o dever de silêncio restringe a liberdade, a segurança pública pode restringir a livre circulação de pessoas, etc.).

3. Até mesmo a incidência de regras com comandos acentuadamente concretos, específicos e bem delimitados pode ceder diante da observância, no caso concreto, de restrição demasiada a princípios jurídicos de peso ponderativo superior (como a tolerância a uma causa de invalidade em atenção a situações jurídicas consolidadas que atinjam bens jurídicos de natureza essencial: juízo ponderativo comum em matéria de regularização fundiária, por exemplo).

4. Enfim, o Direito, objeto da ciência humana do Direito, não se compatibiliza com respostas prévias absolutas ou movidas pelo “tudo ou nada”, mas reclama, em maior ou menor medida e conforme o caso, um juízo ponderativo próprio que verifique, no caso concreto, quais normas jurídicas

podem ser satisfeitas e, simultaneamente, restritas pela medida sob análise, de modo a lhes atribuir peso sob premissas ponderativas que racionalizem o procedimento de decisão.

5. As leis da ponderação hábeis à tal racionalização do percurso gerador de sentido podem ser reconhecidas como as que reclamam a superação do enfrentamento de ao menos três equações.

6. Na primeira equação, analisa-se que quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro, de modo que o nível de afetação de um princípio se justifique pela intensidade de afetação do colidente caso não adotada a medida.

7. Na segunda equação, elencam-se as normas jurídicas que sustentam cada lado ponderativo e atribuem-se os pesos que cada grupo detém sob a ótica da hierarquia e importância normativa no plano abstrato.

8. Na terceira, aferem-se os níveis de segurança normativa (estabilidade das normas jurídicas) e empírica (estabilidade dos fatos) que embasam cada lado ponderativo, acrescendo peso àquele fundamentado em normas e fatos mais seguros (trincas pequenas em um prédio trazem pouca segurança em afirmar a sua ruína para fundamentar medidas severas de cautela, situação diversa de laudo conclusivo pelo risco de desmoronamento, por exemplo).

9. A indispensabilidade da ponderação como integrante do procedimento de decisão administrativa atrai a necessária captação de elementos ponderativos completos e sérios, de modo a se confrontarem os diversos interesses não apenas quanto aos diplomas e normas jurídicas incidentes, mas também quanto aos elementos factuais que colidem e são suscetíveis de informar diversas medidas como possíveis e com respectivos pesos ponderativos (à luz das normas que impregnam e se vinculam a cada hipótese decisória) a serem racionalmente considerados em decisões administrativas adequadas, necessárias e realmente proporcionais.

10. Com poder de síntese, o necessário compartilhamento democrático do poder decisório com os destinatários da medida e a necessidade de otimização máxima da tomada de decisões informada por todos os interesses e situações suscetíveis à atribuição de peso para formarem um juízo ponderativo válido e hábil à consolidação de decisão administrativa proporcional e harmônica ao sistema jurídico exigem a fase participativa dos cidadãos e corporações como integrante necessária de processos administrativos que culminem em atos administrativos de efeitos gerais (aqueles que são individuais já são precipuamente informados pelos princípios do contraditório e da ampla defesa, quando restritivos, e necessário consentimento, quando ampliativos).

11. E a omissão de referida fase sem que haja peso ponderativo suficiente para afastá-la (como pode se dar em casos de urgência, segurança pública ou nacional, dentre outros eventuais fatos jurídicos bastantes) constitui vício que atrai o juízo invalidatório pela Administração Pública e/ou por seus órgãos de controle, cujos precedentes não têm eficácia limitada aos sujeitos que porventura exerçam, individualmente, as suas pretensões ou exceções, mas, ao revés, possuem eficácia subjetiva ampliada de modo a vincular a Administração Pública aos precedentes sob o influxo dos princípios da impessoalidade, igualdade, isonomia, confiança legítima, boa-fé objetiva, segurança jurídica, dentre outros, reforçando-se a importância do regular procedimento de decisão administrativa.

REFERÊNCIAS

ALESSI, Renato. **A Revogação dos Atos Administrativos**. Tradução da 2ª edição (de 1956) por DAL POZZO, Antonio Araldo Ferraz; DAL POZZO, Augusto Neves; e MARTINS, Ricardo Marcondes. São Paulo: Ed. Contracorrente, 2022.

ALEXY, Robert. **Ensayos sobre la teoria de los princípios y el juicio de proporcionalidad**. Lima: Palestra Editores, 2019.

_____. Principais elementos de uma teoria da dupla natureza do direito. **Revista de Direito Administrativo** - FGV, 253, 9-30, 2010. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8041> . Acesso em: 11 mai. 2023.

_____. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª edição, 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

_____. Vícios no Exercício do Poder Discricionário. **Doutrinas Essenciais de Direito Administrativo**. Vol. 2, p. 1.213-1.261, nov/2012b.

ALMEIDA, Mário Aroso de. **O princípio da razoabilidade como parâmetro de atuação e controlo da Administração Pública**. Coimbra: Ed. Edições Almedina, 2020.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Algumas notas críticas sobre o princípio da presunção de veracidade dos atos administrativos. **Revista de Direito Administrativo - RDA**, v. 259, p. 73-87, jan./abr. 2012.

ARGENTINA. **Constitución de la Nación Argentina**, 1853. Disponível em: <https://siteal.iiep.unesco.org/pt/bdnp/897/constitucion-nacion-argentina> . Acesso em: 31 ago. 2023.

_____. **Decreto n.º 894/2017**. Administración Pública Nacional: Apruébase el texto ordenado del Reglamento de Procedimientos Administrativos. Disponível em: <InfoLEG - Ministerio de Economía y Finanzas Públicas - Argentina> . Acesso em: 01 set. 2023.

ARISTÓTELES. **Política**. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Ed. Martin Claret, 2017.

_____. **Ética a Nicômaco**. 4.ª edição. São Paulo: Edipro, 2014.

ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica: Entre Permanência, Mudança e Realização no Direito Tributário**. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

BACKES, Ana Luiza. **Legislação sobre financiamento de partidos e de campanhas eleitorais no Brasil, em perspectiva histórica**. Estudo, dezembro/2001. Disponível em: <https://pdba.georgetown.edu/Parties/Brazil/Leyes/financiamento.pdf> . Acesso em: 08 fev. 2023.

BARBOSA, Rui. **Oração aos moços**. Edição Nacional: Casa de Rui Barbosa, 1949.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Direitos fundamentais e direito à justificativa: devido procedimento na elaboração normativa**. 3.ª ed. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2020.

BARROS, Sérgio Resende de. A Difusão dos Direitos Humanos Fundamentais. *In* KIM, Richard Pae (coord.); BARROS, Sérgio Resende de (coord.); KOSAKA, Fausto Kozo Matsumoto (coord.). **Direitos Fundamentais Coletivos e Difusos: questões sobre a fundamentalidade**. São Paulo: Ed. Verbatim, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 4ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2013.

_____. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo - A Construção de um Conceito Jurídico à Luz da Jurisprudência Mundial**. 3ª reimpressão. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2014.

_____. Da Falta de Efetividade à Judicialização Excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>. Acesso em: 06 jun. 2021.

BIM, Eduardo Fortunato. **Audiências Públicas**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo – Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização**. 2ª ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2008.

BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo, Sociedade: Para uma Teoria Geral da Política**. Trad. por Marco Aurélio Nogueira. 4ª edição. Rio de Janeiro: Ed. Paz e Terra, 1995 (obra original de 1987).

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 32ª edição, atualizada (em apêndice a CF/1988, com as Emendas Constitucionais até a de n. 95, de 15.12.2016). São Paulo: Editora Malheiros, 2017.

_____. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa**. São Paulo: Ed. Malheiros, 2001.

_____. **Teoria Geral do Estado**. 9ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

BOROWSKI, Martin; TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes. **O Debate sobre a teoria dos princípios formais de Robert Alexy**. Rio de Janeiro: Ed. Marcial Pons, 2022.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **PL n.º 112/2021, que Institui o Código Eleitoral**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_autores;jsessionid=node0n08an52e7ooo5vl9egiftnu3433915.node0?idProposicao=2292163> . Acesso em: 08 mai. 2023.

_____. Câmara dos Deputados. **Sugira um Projeto**. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/participe/sugira-um-projeto> . Acesso em: 24 jan. 2023b.

_____. **Decreto n.º 591, de 6 de julho de 1992**. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Promulgação. Brasília, 1992.

_____. **Decreto n.º 3.321, de 30 de setembro de 1999**. Promulga o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais "Protocolo de São Salvador", concluído em 17 de novembro de 1988, em São Salvador, El Salvador. Brasília, 1999.

_____. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **População do Brasil**. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao/box_popclock.php> . Acesso em: 16 jan. 2023a.

_____. Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. **Parecer PGFN n.º 396, de 11 de março de 2013**. Disponível em: <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=43588&visao=anotado> . Acesso em: 13 nov. 2021.

_____. Senado Federal. **Número de eleitores aptos a votar na próxima eleição será recorde**. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/radio/1/noticia/2022/07/18/numero-de-eleitores-aptos-a-votar-na-proxima-eleicao-sera-recorde> . Acesso em: 16 jan. 2023.

_____. Senado Federal. **Referendos e plebiscitos na história**. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2005/02/25/referendos-e-plebiscitos-na-historia> . Acesso em: 16 jan. 2023.

_____. Senado Federal. **Senado aprova primeiro projeto de origem popular enviado pelo Portal e-Cidadania**. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/02/07/senado-aprova-primeiro-projeto-de-origem-popular-enviado-pelo-portal-e-cidadania> . Acesso em: 24 jan. 2023.

_____. Senado Federal. **Projeto de Lei n.º 222, de 2019b**. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8054927&ts=1674175910631&disposition=inline> . Acesso em: 24 jan. 2023.

_____. Senado Federal. **Projeto de Lei n.º 4.399, de 2019a**. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/138057> . Acesso em: 24 jan. 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADI n.º 1.923/DF**, Rel. para acórdão Ministro Luiz Fux, Plenário, j. em: 16 abr. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADI n.º 2.921/RJ**, Relator do Acórdão Min. Dias Toffoli, Plenário, julgado em: 9 ago. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADI n.º 5.937 Agr/DF**. Rel. Min. Luís Fux, Plenário, j. em: 13 set. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADPF n.º 651**, Rel.(a) Min.(a) Carmen Lúcia, j. em 28 abr. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Agravo na ADI n.º 2.071-4/SP**. Rel. Min. Sydney Sanches, Plenário, julgado em: 03 out. 2001.

_____. Supremo Tribunal Federal. **RE n.º 407.908**, Primeira Turma, rel. Min. Marco Aurélio Mello, j. em: 13 abr. 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. **RE n.º 579.951**, Primeira Turma, rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em: 20 ago. 2008.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula n.º 473**, aprovada em 03 dez. 1969. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula473/false> . Acesso em: 05 nov. 2021.

_____. Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo. **Maior colégio eleitoral do país, São Paulo tem 34,6 milhões de eleitores aptos a votar nas Eleições 2022**, 2022b. Disponível em: <https://www.tre-sp.jus.br/comunicacao/noticias/2022/Julho/maior-colegio-eleitoral-do-pais-sao-paulo-tem-34-6-milhoes-de-eleitores-aptos-a-votar-nas-eleicoes-2022> . Atualizado em: 18 ago. 2022. Acesso em: 02 mai. 2023.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. **Contribuição para o debate acerca da reforma do sistema eleitoral brasileiro: o sistema distrital misto como**

alternativa a ser testada, 2019. Disponível em: <tse-propoe-ajustes-projetos-voto.pdf (conjur.com.br)> Acesso em: 09 jan. 2023.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. **Planilha com resultados detalhados sobre o plebiscito de 1993**. Disponível em: <https://www.justicaeleitoral.jus.br/++theme++justica_eleitoral/pdfjs/web/viewer.html?file=https://www.justicaeleitoral.jus.br/arquivos/plebiscito-de-1993/@@download/file/plebiscito-de-1993.pdf> . Acesso em: 16 jan. 2023.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal Anotada**. 10° edição, rev., atual. e reformada até a Emenda Constitucional n.° 70/2012. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

CAGGIANO, Mônica Herman Salem. Corrupção e financiamento das campanhas eleitorais. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v. 10, n. 41, p. 215-240, out./dez. 2002.

CALEGARI, Priscilla de Oliveira; DUARTE, Luciana Gaspar Melquíades. Desafios da Participação Popular no Brasil. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 17, n. 2, p. 89-110, out. 2022.

CAMMAROSANO, Márcio; HUMBERT, Georges Louis Hage. **Direito Público: estudos e pareceres**. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2011.

CAMMAROSANO, Márcio. COVID-19 – desafios jurídicos: supremacia do interesse público, bem comum, legalidade e competência regulamentar. *In* CAMMAROSANO (coord.); DAL POZZO (coord.). **As Implicações da COVID-19 no direito administrativo**. São Paulo: Ed. Thomson Reuters Brasil, 2020.

_____. **O Princípio Constitucional da Moralidade e o Exercício da Função Administrativa**. São Paulo: Editora Fórum, 2006.

_____. Princípio constitucional da moralidade administrativa. **Enciclopédia jurídica da PUC-SP**. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia

Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/65/edicao-1/principio-constitucional-da-moralidade-administrativa> . Acesso em: 15 mai. 2023.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de coisas inconstitucional**. Salvador: Juspodivm, 2016.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 5.ª ed. Coimbra: Ed. Almedina, 1992.

CANNOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos de direito constitucional**. Coimbra: Ed. Coimbra, 1991.

CANTISANO, Pedro. A ordem subterrânea do direito liberal. *In* BACHA, Edmar (coord.), et al (coord.). **130 anos: em busca da República**. Rio de Janeiro: Ed. Intrínseca, 2019.

CARVALHO, Aurora Tomazini de. **Curso de teoria geral do direito: o constructivismo lógico-semântico**. São Paulo: Ed. Noeses, 2009.

CARVALHO, Gustavo Marinho de. **Precedentes Administrativos no Direito Brasileiro**. São Paulo: Ed. Contracorrente, 2015.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Tributário: linguagem e método**. 8ª ed. São Paulo: Ed. Noeses, 2021.

COLOMBIA. **Constitución Política de la República de Colombia**, 1991. Disponível em: <https://siteal.iiep.unesco.org/sites/default/files/sit_accion_files/siteal_colombia_2000.pdf> . Acesso em: 20 set. 2023.

_____. Ley 134 de 31 de mayo de 1994. **Por la cual se dictan normas sobre mecanismos de participación ciudadana**. Disponível em: <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=330> . Acesso em: 20 set. 2023.

_____. Ley 1437 de 18 de enero de 2011. **Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo**. Disponível em:

<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=41249> . Acesso em: 20 set. 2023.

CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. **Convenção de Arhus sobre Acesso à Informação, Participação do Público no Processo de Tomada de Decisão e Acesso à Justiça em Matéria de Ambiente**, 1998. Disponível em: <https://unece.org/DAM/env/pp/EU%20texts/conventioninportogese.pdf> . Acesso em: 19 jul. 2024.

COSTA NETO, João. **Dignidade humana: visão do Tribunal Constitucional Federal Alemão, do STF e do Tribunal Europeu**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2014.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 6ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 1979.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 37.ª ed., ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2024.

_____. **Discricionariedade Administrativa**. 3ª edição. São Paulo: Ed. Atlas, 2012.

_____. Participação popular na Administração Pública. **R. Dir. Adm.**, Rio de Janeiro, 191:26-39, jan./mar. 1993.

DIDIER JUNIOR, Fredie. Intervenção de amicus curiae em processo apto à formação de precedente administrativa obrigatório. **Civil Procedure Review**, v. 11, n. 2: mai.-ago. 2020.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro, volume 1: teoria geral do direito civil**. 36ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva Educação, 2019.

DUARTE, David. **Procedimentalização, Participação e Fundamentação: para uma concretização do princípio da imparcialidade administrativa como parâmetro decisório**. Coimbra: Livraria Almedina, 1996.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ENTERRÍA, Eduardo García de. La Lucha Contra las Inmunidades Del Poder em el Derecho Administrativo (Poderes Discrecionales, Poderes de Gobierno, Poderes Normativos). **Revista de Administración Pública**, n.º 38, 1962, p. 159-208. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2112627> . Acesso em: 30 jan. 2023.

ESPANHA. **Constituição Espanhola**, aprovada pelas Cortes Generales em 31 de outubro de 1978. Disponível em: <https://www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/normativa/Normativa/CEportugu%C3%A9s.pdf> . Acesso em: 10 ago. 2023.

ESPANHA. **Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno**. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1997-25336> . Acesso em: 01 ago. 2024.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Declaração de Independência dos Estados Unidos da América**, 1776. Disponível em: <http://www.uel.br/pessoal/jneto/gradua/historia/recdida/declaraindepeEUAHISJNeto.pdf> . Acesso em: 02 jan. 2023.

FAGUNDES, Seabra. **O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1979.

FERNÁNDES-VICTORIO, Javier Navascués. **Los impactos democratizadores de los Presupuestos Participativos. Aproximaciones teóricas**. *In* FALCK, Andrés (editor); e YAÑEZ, Pablo Paño (editores). Democracia participativa y Presupuestos Participativos: acercamiento y profundización sobre el debate actual. Málga: CEDMA, 2011. Disponível em: < http://presupuestosparticipativos.info/ES/seccion/descarga/repo/repofile_55e863f7b73b4> . Acesso em: 10 ago. 2023.

FERRAZ, Sérgio. **Tratado de Direito Administrativo Brasileiro (Parte Geral)**. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2022.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 34.ª ed. ver. e atual. São Paulo: Ed. Saraiva, 2008.

FRANÇA. **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789**. Disponível em: <https://www.ufsm.br/app/uploads/sites/414/2018/10/1789.pdf> . Acesso em: 02 jan. 2023.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. Classificação dos Atos Administrativos Inválidos no Direito Administrativo Brasileiro. **Revista Diálogo Jurídico**, número 14 – junho/agosto de 2002 – Salvador – Bahia – Brasil.

_____. A preservação dos efeitos dos atos administrativos viciados. **Revista Brasileira de Infraestrutura - RBINF**, Belo Horizonte, ano 9, n. 18, p. 23-56, jul./dez. 2020.

GAMA, Tácio Lacerda. **Competência Tributária: fundamentos para uma teoria da nulidade**. 2ª edição revista e ampliada. São Paulo: Ed. Noeses, 2011.

GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral**. Barueri/SP: Ed. Atlas, 2022.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil, Vol. 01 – Parte Geral**. 10.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Direito Civil Brasileiro, Vol. 03 – Contratos e Atos Unilaterais**. 8ª edição. São Paulo: Ed. Saraiva, 2011.

GORDILLO, Agustin. **Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas**, Tomo 6, 1ª edição, Libro II, La Administración Paralela – El parasistema jurídico-administrativo. Madrid: Ed. Cívitas, 2012.

GUASTINI, Riccardo. **Das fontes às normas**. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Ed. Quartier Latin, 2005.

_____. **Distinguendo: estúdios de teoria y metateoría del derecho**. Barcelona: Ed. Gedisa, 1999.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. 5.ª ed. rev. e ampl. São Paulo: RCS Editora, 2007.

HACHEM, Daniel Wunder. Vinculação da Administração Pública aos precedentes administrativos e judiciais: mecanismos de tutela igualitária dos

direitos sociais. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 15, n. 59, p. 63-91, jan./mar. 2015.

HART, Herbert Lionel Adolphus. **O Conceito de Direito**. 3ª edição. Lisboa: Ed. Fundação Calouste Gulbenkian, 1972.

HORBACH, Carlos Bastide. Liberdade de Expressão nas Redes Sociais: o caso das *fake news* nas eleições presidenciais brasileiras de 2018. *In* CARCALHO NETO, Tarcísio Vieira de (coord.), COSTA, Daniel Castro Gomes da (coord.), FONSECA, Reynaldo Soares da (coord.), BANHOS, Sérgio Silveira (coord.). **Democracia, Justiça e Cidadania: desafios e perspectivas, Tomo I**. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2020.

ITALIA. **Constituição da República Italiana**, de 22 de dezembro de 1947. Versão em português disponível em: <https://www.senato.it/sites/default/files/media-documents/COST_PORTOGHESE.pdf> . Acesso em: 30 ago. 2023.

_____. Legge n. 241, 7 de agosto de 1990. **Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi**. Disponível em: <https://www.commissioneaccesso.it/media/49026/legge%207-8-1990%20n.%20241-agg.2015.pdf> . Acesso em: 16 out. 2023.

JARAMILLO, Leonardo García. Como pensar hoy la tensión entre constitucionalismo y democracia? Uma perspectiva desde el constitucionalismo democrático. **Revista da Faculdade de Direito – UFPR**, Curitiba, vol. 60, n. 2, maio/ago., 2015, p. 67-95.

JORGE JUNIOR, Nelson. O princípio da motivação das decisões judiciais. **Revista Eletrônica da Faculdade de Direito da PUC-SP**. São Paulo: PUC-SP, v. 1, 2008.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 12ª edição, rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2016.

_____. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. São Paulo: Ed. Dialética, 2012.

KANT, Immanuel. **Metafísica dos Costumes**. Trad. por Grupo de Traduções Kantianas, formado por (primeira parte) Clélia Aparecida Martins, (segunda) parte) Bruno Nadai, Diego Kosbiau e Monique Hulshof. 4ª reimpressão. Petrópolis/RJ: Ed. Vozes; Bragança Paulista/SP: Ed. Universitária São Francisco, 2013.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 1998.

KIM, Richard Pae. Titularidade dos Direitos Fundamentais Difusos e Coletivos. *In* KIM, Richard Pae (coord.); BARROS, Sérgio Resende de (coord.); KOSAKA, Fausto Kozo Matsumoto (coord.). **Direitos Fundamentais Coletivos e Difusos: questões sobre a fundamentalidade**. São Paulo: Ed. Verbatim, 2012.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 24.ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva Educação, 2020.

LINHARES, Paulo Afonso. **A cidadania interativa: plebiscito, referendo e iniciativa popular na Constituição de 1988 e os impactos da revolução tecnológica da informação e comunicação na democracia brasileira**. Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas / Faculdade de Direito do Recife da Universidade Federal de Pernambuco como requisito parcial para obtenção do título de Doutor em Direito. Disponível em: <https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/3763/1/arquivo366_1.pdf> . Acesso em: 22 mai. 2023.

LINS, Robson Maia. O Supremo Tribunal Federal e Norma Jurídica: aproximação com o constructivismo lógico-semântico. *In* HARET, Florence (coord.); CARNEIRO, Jerson (coord.). **Vilém Flusser e juristas: comemoração dos 25 anos do grupo de estudos Paulo de Barros Carvalho**. São Paulo: Ed. Noeses, 2009.

LIZARDO, Filippe Soares; ALMEIDA, Renato Ribeiro de; LOURA JÚNIOR, Juacy dos Santos. Financiamento Eleitoral e Ética Empresarial: a participação

das empresas no processo eleitoral. **Anais do V Congresso Luso-Brasileiro de Direitos Humanos na Sociedade da Informação**, vol. 3, n.º 26, Curitiba, 2018, p. 292-313.

LÔBO, Edilene. “Distritão” e dizimação das minorias políticas: o desserviço à democracia substancial. **Rev. de Teorias da Democracia e Direitos Políticos**, Maranhão, v. 3, n. 2, p. 111-130, jul./dez./ 2017.

LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo Procedimento**. Trad. de Maria da Conceição Corte Real. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1980.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 26.ª edição, revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Ed. Malheiros, 2018a.

_____. **Direito à informação e meio ambiente**. 2.ª ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2018b.

_____. **Estudos de Direito Ambiental 3**. São Paulo: Ed. Malheiros, 2019.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação Popular: proteção do erário, do patrimônio público, da moralidade administrativa e do meio ambiente**. 3ª ed., revista e atualizada. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1998.

MALAN, Pedro S. (coord.); BACHA, Edmar (coord.), et al. (coord.). **130 anos: em busca da República**. Rio de Janeiro: Ed. Intrínseca, 2019.

MARQUES, Teresa Cristina Schneider. A construção e a desconstrução da imagem da “Suíça latino-americana no Brasil: o Uruguai”. **Anais Eletrônicos do VII Encontro Internacional da ANPHLAC**. Campinas, 2006. Disponível em: <http://antigo.anphlac.org/sites/default/files/teresa.pdf> . Acesso em: 10 out. 2023.

MARRARA, Thiago (org.). **Princípios de direito administrativo: legalidade, segurança jurídica, impessoalidade, publicidade, motivação, eficiência, moralidade, razoabilidade, interesse público**. São Paulo: Ed. Atlas, 2012.

MARTÍNES, María Teresa Villareal. Participatión Ciudadana y Políticas Públicas. In **Décimo Certamen de Ensayo Político**. Comisión Estatal Electoral

de Nuevo León. Ed. Comisión Estatal Electoral de Nuevo León, 2012. Disponível em: <https://www.ceenl.mx/educacion/certamen_ensayo/decimo/MariaTeresaVillarrealMartinez.pdf> . Acesso em: 08 fev. 2023.

MARTINS, Ricardo Marcondes. **Abuso de Direito e a Constitucionalização do Direito Privado**. São Paulo: Editora Malheiros, 2010.

_____. A Administração Pública pode realizar controle de constitucionalidade? **R. Int. de Dir. Público – RIDP**, Belo Horizonte, ano 5, n. 9, p. 9-27, jul./dez. 2020.

_____. As alterações da LINDB e a ponderação dos atos administrativos. **A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, ano 20, n. 79, p. 259-284, jan./mar. 2020a.

_____. Contratos administrativos. **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**, Belo Horizonte, ano 5, n. 18, p. 117-168, jul./set. 2007.

_____. Crise do ato administrativo e a retomada de sua centralidade. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 19, n. 75, p. 105-141, jan./mar. 2019c.

_____. Descentralização administrativa e contrafações. **Interesse Público – IP**, Belo Horizonte, ano 21, n. 114, p. 47-73, mar./abr. 2019b.

_____. **Efeitos dos Vícios dos Atos Administrativos**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

_____. **Estudos de Direito Administrativo Neoconstitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2015c.

_____. Motivação dos atos administrativos: conteúdo da motivação e consequências da motivação insuficiente – justificativa do preço na contratação direta; retroatividade da jurisprudência do Tribunal de Contas. **R. Bras. de Infraestrutura – RBINF**, Belo Horizonte, ano 4, n. 7, p. 227-257, jan./jun./, 2015b.

_____. Neoconstitucionalismo: perscrutação sobre a pertinência do prefixo. **Revista Int. de Dir. Público – RIDP**, Belo Horizonte, ano 2, n. 3, p. 9-37, dez. 2017.

_____. O Conceito Científico de Processo Administrativo. **R. Dir. Adm.**, Rio de Janeiro, 235: 321-381, Jan./Mar., 2004.

_____. Princípio da liberdade das formas no direito administrativo. **Revista Interesse Público – IP**, Belo Horizonte, ano 15, n.º 80, jul./ago. 2013.

_____. Proporcionalidade e boa administração. **R. Int. de Dir. Público – RIDP**, Belo Horizonte, ano 2, n. 2, p. 9-35, jan./jul. 2017.

_____. **Teoria dos Princípios e Poder Judiciário: a utilização de princípios na fundamentação da sentença**. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/ObrasJuridicas/cc01.pdf?d=636808301763805308#:~:text=A%20teoria%20dos%20princ%C3%ADpios%20jur%C3%ADdicos,m%C3%A9todo%20de%20aplica%C3%A7%C3%A3o%20de%20princ%C3%ADpios.> . Acesso em: 11 mai. 2021.

_____. **Teoria Jurídica da Liberdade**. São Paulo: Ed. Contracorrente, 2015a.

_____. **Regulação administrativa à luz da Constituição Federal**. São Paulo: Ed. Malheiros, 2011.

_____. Teoria Constitucional das Empresas Estatais - 1ª Parte. **Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura**, vol. 14/2020, p. 211-262, jul-ago/2020.

_____. Teoria das contrafações administrativas. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 16, n. 64, p. 115-148, abr./jun. 2016b.

_____. Teoria do ato administrativo nos trinta anos da Constituição de 1988: o que mudou? **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 6, n. 2, p. 449-477, maio/ago. 2019a.

_____. Teoria Geral da Interpretação Jurídica: considerações críticas à obra de Black. **Revista de Direito Administrativa e Infraestrutura**, vol. 3, ano 1, p. 299-331. São Paulo: Ed. RT, out.-dez., 2017.

_____. Teoria dos princípios formais. **Revista Interesse Público – IP**, Belo Horizonte, ano 18, n. 98, p. 65-94, jul/ago., 2016.

MARTINS, Ricardo Marcondes; BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Ato administrativo e procedimento administrativo. In DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (coord.). **Tratado de Direito Administrativo, Vol. V**. 2ª edição. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2019. É de autoria de MARTINS a parte voltada ao Ato Administrativo e de autoria de BACELLAR FILHO a parte voltada ao procedimento administrativo.

MAZZILI, Hugo Nigro. **Aspectos Polêmicos da Ação Civil Pública**. 2015. Disponível em: <http://www.mazzilli.com.br/pages/artigos/aspectosacp.pdf> . Acesso em: 02 mai. 2019.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Curso de direito processual civil moderno**. 4.ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2018.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 42 ª Ed., atualizada até a emenda constitucional 90, de 15.09.2015. Editora Malheiros, 2016.

_____. **Direito administrativo brasileiro**. 39.ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. 2ª edição. São Paulo: Ed. Malheiros, 1993.

_____. O Conteúdo do Regime Jurídico-Administrativo e Seu Valor Metodológico. **Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura**, vol. 1/2017, p. 347-374, abr-jun/2017.

_____. **Curso de Direito Administrativo**. 36.ª edição, revista e atualizada até a Emenda Constitucional n.º 128, de 22.12.2022, e a Medida Provisória n.º 1.154, de 1º.1.2023, que estabelece a organização básica dos órgãos da Presidência da República e dos Ministérios. Com a participação de

ZOCKUN, Carolina Zancaner; ZOCKUN, Maurício; e ZANCANER, Weida. Belo Horizonte: Fórum, 2023.

_____. Legalidade e Moralidade. **Revista de Direito Tributário-69**, Mesa de Debates (25.10.1996).

MELLO, Michele de. Em referendo, Uruguai decide manter reformas liberais de Lacalle Pou. **Revista Eletrônica Brasil de Fato: uma visão popular do Brasil e do Mundo**, 28 mar. 2022. Disponível em: <https://www.brasildefato.com.br/2022/03/28/em-referendo-uruguai-decide-manter-reformas-liberais-de-lacalle-pou> . Acesso em: 10 out. 2023.

MELO, Cristina Andrade. **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.

MENCIO, Mariana. **O Regime Jurídico da Audiência Pública na Gestão Democrática das Cidades**. Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Urbanístico, área de concentração Direito do Estado sob a orientação do Professor Doutor Márcio Cammarosano, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Homenagem à doutrina de Peter Haberle e sua influência no Brasil**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalstfinternacional/portalstfagenda_pt_br/anexo/homenagem_a_peter_haberle__pronunciamento__3_1.pdf> . Acesso em: 25 mai. 2021.

MIALHE, Jorge Luís; CARVALHO, André Ricardo. O Direito ao Meio Ambiente Sadio e as Organizações Não Governamentais (ONGS): Participação Democrática na Tutela Ambiental. *In* KIM, Richard Pae (coord.); BARROS, Sérgio Resende de (coord.); KOSAKA, Fausto Kozo Matsumoto (coord.).

Direitos Fundamentais Coletivos e Difusos: Questões sobre a fundamentalidade. São Paulo: Ed. Verbatim, 2012.

MILARÉ, Edis. **Reação Jurídica à Danosidade Ambiental: Contribuição para o delineamento de um microssistema de responsabilidade**. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016. Disponível em: <https://sapientia.pucsp.br/bitstream/handle/18874/2/%C3%89dis%20Milar%C3%A9.pdf> . Acesso em: 05 nov. 2021.

MIRANDA, Jorge. O referendo e o plebiscito: a experiência portuguesa. **Cuestiones Constitucionales**, n. 19, julio-diciembre, 2008.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. **Participação, processo civil e defesa do meio ambiente no direito brasileiro**. Tese de Doutorado – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2010. Disponível em: <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-06102010-151738/pt-br.php> . Acesso em: 05 nov. 2021.

MONTEIRO, Vera. Art. 29 da LINDB: regime jurídico da consulta pública. **Rev. Direito Adm.**, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB (Lei n.º 13.655/2018), p. 225-242, nov. 2018.

MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo Administrativo: princípios constitucionais e a lei n.º 9.784/1999 (com especial atenção à LINDB)**. 6.ª ed. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2022.

MOREIRA, Luiz. **Fundamentação do Direito em Habermas**. 4.ª ed. São Paulo, Ed. Contracorrente, 2019.

MORÓN, Miguel Sánchez. **La participación del ciudadano en al administración pública: con especial referencia al ordenamiento italiano**. Tesis doctoral presentada por el Licenciado Miguel Sânchez Morôn bajo la dirección del Catedrático de esta Facultad D. Eduardo Garcia de Enterria. Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho. Madrid, 2015.

MOTTA, Fabrício; AZEVEDO, Jordana Morais. Devido Processo e Aplicação de Sanções nas Licitações e Contratos, **Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP**, Belo Horizonte, ano 11, n. 132, dez/2012.

MOTTA, Fabrício. Notas sobre publicidade e transparência na Lei de Responsabilidade Fiscal no Brasil. **A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 7, n. 30, p. 91-108, out./dez. 2007. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/638/465> . Acesso em: 29 jan. 2024.

MOUSSALLEM, Tárek Moysés. **Revogação em Matéria Tributária**. 2.ª ed. Ed. Noeses, 2011.

MULLER, Friedrich. **Quem é o Povo? A questão fundamental da democracia**. Tradução de Peter Naumann, revisão de Paulo Bonavides. 3ª edição. São Paulo: Ed. Max Limonad, 2003.

MUNICÍPIO DE SÃO PAULO. **Lei Orgânica do Município de São Paulo**, de 4 de abril de 1990. Disponível em: <https://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/upload/LOM.pdf> . Acesso em: 05 jun. 2023.

MUNIZ, Frederico Oderich; SOARES, Rodrigo Almeida. **O Plebiscito na América Latina**. Trabalho apresentado no 9.º Congresso Latinoamericano de Ciência Política, organizado pela Associação Latino-Americana de Ciência Política (ALACIP). Montevideo, 26 a 28 de julho de 2017.

NÁRDIZ, Alfredo Ramírez. **Democracia participativa: la experiéncia española contemporánea**. “Tesis Doctoral” apresentada à Universidad de Alicante, em 2009, sob orientação do Prof. Dr. José Asensi Sabater, em 2009. Disponível em: <Democracia participativa. La experiencia española contemporánea - Dialnet (unirioja.es)> . Acesso em: 10 ago. 2023.

NASCIMENTO, Roberta Simões. O argumento da intenção do legislador: anotações teóricas sobre uso e significado. **Revista de Informação Legislativa: RIL**, Brasília, DF, v. 58, n. 232, p. 167-193, out./dez. 2021.

Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/58/232/ril_v58_n232_p167>. Acesso em: 16 jan. 2023.

NICOLAU, Jairo. **Sistemas Eleitorais**. 6.ª ed. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2012.

NIMER, Beatriz Lameira Carrico. **Ação Popular Como Instrumento de Defesa da Moralidade Administrativa**. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2016.

NIÑO, Carlos Santiago. **El Constructivismo Ético**. Madrid: Centro de Estudos Constitucionales, 1989.

NOHARA, Irene Patrícia D. **Direito Administrativo**. 11.ª ed. São Paulo: Atlas, 2022.

_____. **Direito Administrativo**. 12.ª ed. Barueri: Ed. Atlas, 2023.

NOHARA, Irene Patrícia; MARRARA, Thiago. **Processo administrativo: Lei n.º 9.784/99 comentada**. São Paulo: Ed. Atlas, 2009.

OLIVEIRA, Celso Maran de; LOPES, Dulce Margarida de Jesus; COLENCI, Pedro Luciano; SOUSA, Isabel Cristina Nunes de. **Democracia participativa no direito urbanístico**. São Carlos: EdUFSCar, 2016.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. As audiências públicas e o processo administrativo brasileiro. **Revista de informação legislativa**, v. 34, n. 135, p. 271-281, jul./set./, 1997.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento**. 1992. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ea/v6n15/v6n15a13.pdf>. Acesso em: 19 jul. 2024.

PASCAL, Georges. **O pensamento de Kant**. 2ª edição. Petrópolis: Ed. Vozes, 1977.

PEREZ, Marcos Augusto. **A administração pública democrática: institutos de participação popular na administração pública**. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2004.

_____. O mundo que Hely não viu: governança democrática e fragmentação do direito administrativo. Diálogo entre a teoria sistêmica de Hely e os paradigmas atuais do direito administrativo. *In* **O direito administrativo**

na atualidade: estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles (1917-2017) defensor do Estado de Direito. WALD, Arnoldo; JUSTEN FILHO, Marçal; e PEREIRA, César Augusto Guimarães (orgs.). São Paulo: Ed. Malheiros, 2017.

PONTES, Roberto Carlos M. A interminável busca por um sistema eleitoral ideal para o Brasil: é hora de dar um tempo? **Cadernos Aslegis**, Brasília, n. 56, p. 63-82, 1. sem. 2019.

PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa**, após a VII Revisão Constitucional. Disponível em: <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx> . Acesso em: 24 jul. 2023.

_____. **Código de Procedimento Administrativo.** Decreto-Lei n.º 4/2015, com as alterações promovidas pela Lei n.º 72/2020 e pelo Decreto-Lei n.º 11/2023. Disponível em: <https://sfj.pt/departamento-de-formacao/diversos-do-regime-juridico-organizacao-judiciarias-e-ferias-faltas-e-licencas/codigo-do-procedimento-administrativo-marco-2023/> . Acesso em: 24 jul. 2023.

QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. Teoria do “Desvio de Poder” em Direito Administrativo. **Boletim da Faculdade de Direito (suplemento ao vol. XVI) da Universidade de Coimbra**, Portugal, 1942. Disponível em: <Vista do A teoria do "desvio de poder" em direito administrativo (fgv.br)> . Acesso em: 14 fev. 2023.

QUINTAR, Aída; ARGUMEDO, Alcira. Argentina: os dilemas da democracia restringida. **Lua Nova**, núm. 49, 2000, p. 35-63, Centro de Estudos de Cultura Contemporânea São Paulo, Brasil. Disponível em: <Redalyc.Argentina: os dilemas da democracia restringida> . Acesso em: 01 set. 2023.

RAMÍREZ NÁRDIZ, Alfredo. Análisis de la democracia participativa colombiana. A propósito del plebiscito por la paz de 2016. **Revista Española de Derecho Constitucional**, 115, 171-203. doi: https://doi.org/10.18042/cepc/redc.115.06.

RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 1997.

REIS, Marisa Amaro dos. Cláusula de Desempenho e Fortalecimento dos Sistemas Representativo e Partidário no Brasil. **Estudos Eleitorais**, v. 9, n. 1, janeiro/abril, 2014.

REIS, Guilherme Simões. Democracia no Uruguai: quase um oásis, mas o diabo mora nos detalhes. **Teoria & Pesquisa: Revista de Ciência Política**, UFSCAR, vol. 26, p. 69-98, 2017. Disponível em: <https://www.teoriaepesquisa.ufscar.br/index.php/tp/article/view/601/359> . Acesso em: 10 out. 2023.

RIGAMONTI, Thiago Reis Augusto. **Da Desnecessidade da Lesividade Material na Ação Popular**. São Paulo: Ed. LiberArs, 2020.

_____. Da Participação Pública na Tomada de Decisão Estatal e de Sua Consideração na Atuação Decisória. *In* MOURA, Grégore Moreira de (coord.); EISAQUI, Daniel Dela Coleta (coord.). **Direito público: liberdade, igualdade e fraternidade visto por Maçons e DeMolays**. Belo Horizonte: Ed. D'Plácido, 2020.

_____. **Das Vias de Participação Popular nos Procedimentos Decisórios Estatais**. Minuta de artigo científico apresentada como condição para obtenção do título de Especialista em Direito Eleitoral, pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa - IDP, sob orientação do Prof. Dr. Roberto Carlos Martins Pontes, em mai. 2023.

_____. Do Procedimento de decisão administrativa: da fundamentação mediante ponderação. **Revista Brasileira de Infraestrutura – RBInf**, Belo Horizonte, ano 11, n. 22, p. 129-171, jul./dez. 2022.

_____. Entenda o quociente eleitoral, usado para eleger os vereadores. Disponível em: <https://jornalperiscopio.com.br/site/entenda-o-quociente-eleitoral-usado-para-eleger-os-vereadores/> . Acesso em: 08 jul. 2024.

RIGAMONTI, Thiago Reis Augusto; MIALHE, Jorge Luís. As alterações na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e seu influxo no Direito Administrativo. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 16, n. 1, p. 97-118, abr. 2021.

RIGAMONTI, Thiago Reis Augusto; REMÉDIO, José Antônio. A motivação como elemento necessário na formação e transparência da decisão estatal judicial ou administrativa. *In* **Processo, jurisdição e efetividade da justiça I**, organização CONPEDI/CESUPA, Coordenadores ARAÚJO, José Henrique Mouta; TAVARES NETO, José Querino. Florianópolis: CONPEDI, 2019.

RIVERÓ, Jean. Los princípios generales del derecho em el derecho administrativo francês contemporâneo, em **Revista de Administración Pública**, n.º 6, set-dez., 1951.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **Direitos Sociais são Direitos Fundamentais: simples assim**. São Paulo: Ed. JusPodivm, 2021.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens**. São Paulo: EDIPRO, 2015.

_____. **Do contrato social: princípios de direito político**. Tradução de Antônio P. Machado. Rio de Janeiro: Ed. Nova Fronteira, 2016.

SALATA, Luiz José M. Eleições na Itália. **Folha do ABC - o ABC em primeiro lugar**, publicado em: 16 set. 2022. Disponível em: <Eleições na Itália - 25 de setembro (II) (folhadoabc.com.br)> . Acesso em: 30 ago. 2023.

SANTIAGO, José María Rodríguez. **Metodología Del Derecho Administrativo - Reglas de racionalidade para la adopción y el control de la decisión administrativa**. Spanish Edition. Ed. Marcial Pons, 2016.

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **A Participação Popular na Administração Pública: o Direito de Reclamação**. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2002.

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo; MELO, Juliane Andrea de Mendes Hey. O Direito à Participação como Expressão do Estado Social e Democrático de Direito. **A & C – R. de Dir. Adm. Cons.**, Belo Horizonte, ano 17, n. 69, p. 127-147, jul./set./, 2017.

SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. **Autoritarismo e golpes na América Latina: breve ensaio sobre jurisdição e exceção**. São Paulo: Ed. Alameda, 2016.

SILVA, Almiro do Couto e. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no Direito Público Brasileiro e o direito da Administração Pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei n. 9.784/1999). **Revista de Direito Administrativo - FGV**, Rio de Janeiro, 237:271-315, jul./set. 2004.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 36ª edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2013.

_____. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 42ª edição, rev. e atual. até a emenda constitucional n. 99, de 14.12.2017. São Paulo: Editora Malheiros, 2019.

SILVA, Paulo Maycon Costa da. Jurisdição constitucional na Colômbia e o poder político do cidadão diante da Corte Constitucional. **Revista de Informação Legislativa**, Senado Federal, ano 51, número 203, jul./set. 2014. Disponível em: <www12.se-nado.leg.br> . Acesso em: 10 dez. 2019.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direito Constitucional Brasileiro**. São Paulo: Ed. Edusp Livraria, 2021.

_____. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais** 798-2012, p. 23-50.

SOUZA, Alisson de Bom de. Análise Comparada das leis gerais de processo administrativo da Espanha e do Brasil à luz da sustentabilidade. **Revista Digital de Direito Administrativo**, vol. 3, n. 1, 2016. Faculdade de Direito de Ribeirão Preto - Universidade de São Paulo.

SOUZA, Jacyara Farias. A aplicação dos instrumentos de participação popular como elemento dinâmico e seu relacionamento com os modelos federativos: um paradigma nos regimes democráticos do Conesul. **III Encontro de Internacionalização do CONPEDI - Madrid**, 2015. Disponível em: <A Aplicação dos Instrumentos de Participação Popular como Elemento Dinâmico e seu Relacionamento com os Modelos Federativos: Um Paradigma nos Regimes Democráticos do CONESUL | Souza | Conpedi Law Review (indexlaw.org)> . Acesso em: 01 set. 2023.

SOUZA, Motauri Ciocchetti de. **Ação Civil Pública e Inquérito Civil**. 5ª edição. São Paulo: Ed. Saraiva, 2013.

SOUZA, Rodrigo Pagani de. Em Busca de Uma Administração Pública de Resultados. *In* **Controle da Administração Pública**. PEREZ, Marcos Augusto; SOUZA, Rodrigo Pagani de (orgs). Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2017.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo para Céticos**. 2.ª edição. São Paulo: Ed. Malheiros, 2017.

TESTARD, Christophe. **Pouvoir de décision unilatérale de l'administration et démocratie administrative**. LGDJ, 2018.

TOMÉ, Fabiana Del Padre. **A Prova no Direito Tributário**. São Paulo: Ed. Noeses, 2011.

URUGUAI. **Constitución de la República Oriental del Uruguay**, 1967. Disponível em: <https://siteal.iiep.unesco.org/sites/default/files/sit_accion_files/siteal_uruguay_3001.pdf> . Acesso em: 10 out. 2023.

_____. Decreto n.º 500/991. **Normas generales de actuación administrativa y regula el procedimiento disciplinario en la Administración Central**. Disponível em: <https://www.aduanas.gub.uy/innovaportal/v/8729/3/innova.front/decreto-n%C2%B0-500_991.html> . Acesso em: 10 out. 2023.

VERNENGO, Roberto José. **Teoría General Del Derecho**. 2ª edição, 4ª reimpresión. Buenos Aires: Ediciones Depalma Buenos Aires, 1995.

VIEIRA, Reginaldo de Souza; PEREIRA, Juliano Sartor. As garantias de participação popular através dos institutos da democracia semidireta: um estudo comparativo sobre o plebiscito, referendo e iniciativa popular no Brasil e na Itália. **XIII Seminário Internacional: demandas sociais e políticas públicas na sociedade contemporânea**. ISSN 2358-3010, 2016. Disponível em: <AS GARANTIAS DE PARTICIPAÇÃO POPULAR ATRAVÉS DOS INSTITUTOS DA DEMOCRACIA SEMIDIRETA: UM ESTUDO COMPARATIVO SOBRE O PLEBISCITO, REFERENDO E INICIATIVA POPULAR NO BRASIL

E NA ITÁLIA | Sartor Pereira | Seminário Internacional Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea (unisc.br)> . Acesso em: 30 ago. 2023.

VIOLIN, Tarso Cabral. **Democratização dos Meios de Comunicação: Estado, Direito e Políticas Públicas**. Porto Alegre: Editora Fi, 2020.

ZOCKUN, Carolina Zancaner; CABRAL, Flávio Garcia; SARAI, Leandro; ZOCKUN, Maurício. **Manual de Direito Administrativo Digital**. São Paulo: Ed. Almedina, 2024.

ZOCKUN, Maurício; ZOCKUN, Carolina Zancaner; MELLO, Gabriela Zancaner Brunini Bandeira de. A Participação Popular no Direito Administrativo e o Princípio da Eficiência. **Revista de Direito da Administração Pública**, a. 7, v. 1, n. 1, 2022, jan/jun.