



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PROCESSUALIDADE PARTICIPATIVA: O DEVIDO PROCESSO LEGAL
DEMOCRÁTICO E A FORMAÇÃO DAS DECISÕES ADMINISTRATIVAS

Raphael Alves Oldenburg

Rio de Janeiro
2017

RAPHAEL ALVES OLDEMBURG

PROCESSUALIDADE PARTICIPATIVA: O DEVIDO PROCESSO LEGAL
DEMOCRÁTICO E A FORMAÇÃO DAS DECISÕES ADMINISTRATIVAS

Artigo Científico apresentado como exigência
de conclusão de Curso de PósGraduação *Lato
Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do
Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica Areal

Néli Luiza C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

Rafael Mario Iorio Filho

Rio de Janeiro

2017

PROCESSUALIDADE PARTICIPATIVA: O DEVIDO PROCESSO LEGAL DEMOCRÁTICO E A FORMAÇÃO DAS DECISÕES ADMINISTRATIVAS

Raphael Alves Oldenburg

Graduado pela Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense. Advogado.

Resumo: O Estado Democrático de Direito e a constitucionalização do direito administrativo demandam que o administrador público adote uma nova postura na gestão da coisa pública. Um desses reflexos ocorre na dinâmica das escolhas do Poder Público, sobretudo a partir da processualização de suas atividades. A essência do trabalho é demonstrar os ganhos efetivos à sociedade e ao Estado quando os princípios processuais são respeitados no caminho para formação das decisões da Administração Pública.

Palavras-chave – Direito Administrativo. Processo administrativo. Processualidade. Participação.

Sumário – Introdução. 1. Constitucionalização e democratização da Administração pública: diálogos com a sociedade. 2. Escolhas administrativas e processualidade: percurso necessário à formação das decisões da Administração Pública 3. Devido processo legal democrático: por que não se trata de mero formalismo. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica pretende demonstrar os ganhos efetivos à sociedade e ao Estado quando os princípios processuais são respeitados no caminho para formação das decisões da Administração Pública.

Constata-se faticamente que, por vezes, a Administração Pública ignora a participação dos administrados nos processos decisórios. Entrementes, a existência de um Estado Democrático de Direito e a constitucionalização do direito administrativo, por outro lado, reclamam do administrador uma nova postura na gestão da coisa pública. Isso porque a formação das decisões do Poder Público e o devido processo legal que o instrumentaliza precisam ser adequados àquelas novas ordens, com vistas à inclusão do administrado e o efetivo diálogo no processo administrativo.

Procura-se sustentar que a processualização administrativa requer o respeito a diversos princípios até se alcançar seu produto final, a decisão administrativa. Para tanto, abordam-se posições doutrinárias a respeito do tema com vistas a conseguir discutir os elementos informadores do devido processo legal democrático a ser seguido pelo administrador.

O estudo desse caminho favorece as seguintes reflexões: até que ponto o modelo Estado democrático de direito e a constitucionalização influenciaram a função administrativa dos dias atuais? É possível sustentar, com fundamentos jurídicos sólidos, que a Administração Pública deve

levar em consideração a participação dos administrados na tomada de suas decisões? Quais os ganhos com a adoção de um devido processo legal democrático?

Para melhor compreensão do tema, inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando a repercussão e a importância da constitucionalização do direito administrativo e do Estado Democrático do direito para as manifestações e funções do Poder Público.

No segundo capítulo, busca-se expor a evolução dos parâmetros para as escolhas administrativas e a imprescindibilidade do processo para a construção dessas.

No terceiro capítulo destina-se a demonstrar os reflexos da adoção de um devido processo legal democrático na tomada de decisões administrativas e seus ganhos efetivos.

Por fim, busca-se defender a necessidade do administrador abrir e fomentar à participação aos administrados na decisão administrativa, em razão dos novos paradigmas traçados pelo Estado contemporâneo, bem como respeitar-se os princípios processuais que consolidam a ideia de devido processo democrático.

A metodologia empregada no trabalho consiste na construção da pesquisa a partir da revisão da bibliográfica de autores de livros e artigos nas áreas de direito público e direito processual, bem como na análise das disposições do direito positivo brasileiro sobre o tema.

1. CONSTITUCIONALIZAÇÃO E DEMOCRATIZAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: DIÁLOGOS COM A SOCIEDADE

A partir do século XX, a ideia de democratização veio a ser inserida na agenda dos Estados, quando esses passaram a refletir sobre as ideias de formação legítima de poder e representação política¹. Com o passar do tempo, o modelo de Estado Democrático de Direito, que se fundamenta no ideal de soberania popular, passou a estar presente em grande parte dos Estados contemporâneos.

As conquistas desse regime democrático garantiram que o povo de forma direta ou indireta ganhasse voz para formular as pautas das políticas a serem adotadas pelo Estado. Tal medida, por conseguinte, é responsável por trazer cores de legitimidade às preferências feitas, elevando o papel da sociedade como ator de mudanças e não mais de mero espectador.

¹BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 40.

Nessa linha, José Joaquim Gomes Canotilho sustenta que o Estado não deve ter apenas uma constituição ou leis, mas que esse deve possuir uma “ordem de domínio legitimada pelo povo”, em que o real poder derive dos cidadãos².

Com o regime, atraiu-se para o centro da ordem jurídica dois princípios basilares, quais sejam, os direitos do homem e a democracia substantiva. Esses, segundo Diogo de Figueiredo Moreira Neto, foram elevados ao status de mega-princípios, sobretudo com a proteção conferida pela carta constitucional³. “As ideias de direitos fundamentais e democracia representam as duas maiores conquistas da moralidade política em todos os tempos”, e atuam, também, como, “os fundamentos de legitimidade e elementos estruturantes do Estado democrático de direito”⁴.

Assim, inaugurou-se uma “era de relações paritárias”, em que a cena política deve ser transformada pelas “ações da Administração e dos cidadãos”⁵.

O papel da Constituição, por sua vez, foi sendo modificado ao longo dos séculos. Em tempos passados, a norma fundamental tinha o exclusivo papel de elencar normas de organização do Estado. Com a maior intervenção do Estado em diversas áreas, essa passou a ser considerada um “estatuto fundamental do Estado e da Sociedade”⁶.

A nova função deu maior importância aos princípios, os quais receberam força vinculante e normatividade, bem como traçaram uma característica aberta à Constituição, esta essencial para uma sociedade com rotineiras transformações. Além disso, trouxeram valores humanísticos em seu conteúdo⁷, de sorte que a supremacia daquele texto passara a ser, não apenas formal, mas também material em relação à legislação infraconstitucional.

Todas essas repercussões trouxeram à tona a necessidade de adequação dos atos da Administração Pública à Constituição, com vistas à sua validade dentro do sistema. Com isso, não é suficiente que o ato seja calcado no simples aspecto da legalidade formal, mas que alcance a legitimidade material requerida pelo princípio democrático e pelos princípios elencados no arranjo constitucional.

Se não fossem suficientes as premissas da nova ordem posta, fala-se atualmente em déficit democrático da democracia representativa⁸. Por óbvio, essa insuficiência democrática deságua nas

²CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 98 e 99.

³MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Quatro Paradigmas do Direito Administrativo Pós-Moderno: Legitimidade – Finalidade – Eficiência – Resultados*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 19.

⁴BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.49.

⁵MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novos institutos consensuais da ação administrativa. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, v. 231, p. 129-156, jan./mar., 2003, p. 133.

⁶SARMENTO apud BINENBOJM, op. cit., p. 63.

⁷Ibidem, p.64.

⁸Cristiano Ferri Soares de Faria explicita que “as críticas ao sistema representativo parlamentar têm aumentado nos últimos anos. Parlamentares são considerados corruptos, ineficientes e perdulários. Pesquisas de opinião e estudos

engrenagens da Administração Pública, uma vez que as peças principais na topografia dos quadros administrativos são, em verdade, escolhas dos candidatos eleitos pelo processo eleitoral. Assim, a crise de representatividade se soma a antiga realidade de que a atividade administrativa muitas das vezes ignora as opiniões da sociedade e de grupos que sofrem interferência direta de suas ações.

Nesse contexto, como legitimar a atuação estatal?

A busca pela legitimidade, em um primeiro momento, repousou na forte vinculação do Estado à lei; em um segundo instante, no Estado Social, aos diversos comandos normativos que extrapolavam a estrutura clássica prevista à separação de poderes, resultando na distribuição das funções entre diversos atores da seara administrativa, alguns deles sob fortes críticas no tocante à legitimidade.

No cenário atual, uma das vertentes que busca resolver esse problema é a linha da democratização da formação dos atos do poder público, que sugere o reforço das “formas comunicativas e participação popular”, com consequente “abertura e fomento à participação” das pessoas na proteção dos interesses individuais e difusos.⁹

A inserção do cidadão no processo decisório administrativo, que resta calcado na própria ideia de democracia participativa, porém, não é um modo de superação do modelo representativo. Deve, pois, atuar de forma harmônica com o primeiro, a fim de suprir as deficiências do segundo, com vistas “a compatibilizar as decisões estatais às aspirações e reais interesses da coletividade”¹⁰.

Nessa linha, uma das formas de inserir o cidadão nessa construção da vontade administrativa e, portanto, alcançar a legitimação daquele ato, é pela via procedimental. A ideia também é sustentada por Peter Häberle, quando defende uma extensão do *status* ativo¹¹ para transformá-lo em *status activus processualis*, de modo a garantir que “o indivíduo tenha direito à participação no procedimento da tomada de decisão por parte do Poder Público”¹².

mostram haver profunda desconfiança em instituições públicas, especialmente em parlamentos”. A sensação, segundo o autor, é de que “após a eleição, parlamentares exerceriam o mandato à revelia do seu eleitorado, compondo parte de um jogo de interesses e negociações ilegítimo”, de modo que a “agenda legislativa, e as decisões, consequentemente, refletiriam os interesses de minorias influentes nos centros de decisão, concretizadas em leis injustas, que favoreceriam determinados grupos em detrimento de outros grupos e cidadãos”. FARIA, Cristiano Ferri Soares de. *O parlamento aberto na era da internet: pode o povo colaborar com o Legislativo na elaboração das leis?* Brasília: Edições da Câmara, 2012, p.23-25. Disponível em: <http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/7867/parlamento_aberto_faria.pdf?sequence=1>. Acesso em: 07 jul.2017.

⁹BINENBOJM, op. cit., p.77.

¹⁰MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p.233.

¹¹George Jellinek formulou a Teoria do “status” para explicar a relação do indivíduo com o Estado, enumerando quatro tipos de situações: “status passivo”, “status negativo”, “status positivo” e “status ativo”. A quarta situação (*status activus*) consistiria no conjunto de prerrogativas e faculdades que o indivíduo possui para participar da formação da vontade do Estado. RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 54.

¹²HÄBERLE apud RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 54.

Na lógica de uma Administração Pública que realiza sua função administrativa pela via procedimental, abre-se o necessário espaço à cidadania administrativa, prestigiando o indivíduo como protagonista das escolhas públicas e preservando o seu direito fundamental à participação.

2. ESCOLHAS ADMINISTRATIVAS E PROCESSUALIDADE: PERCURSO NECESSÁRIO À FORMAÇÃO DAS DECISÕES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.

As atividades administrativas podem ser resultantes das manifestações provenientes do poder vinculado e do poder discricionário. Enquanto no primeiro todo o caminho e chegada já estão descritos em lei, o segundo fornece uma margem de discricionariedade ao administrador para que ele forme a decisão administrativa a partir de uma análise de oportunidade e conveniência.

A formação das escolhas administrativas e a sua juridicização passaram por transformações ao longo do tempo.

Superado o Estado de Polícia, em que os atos estatais eram quadros sem moldura, os valores do Estado de Direito desenharam para a Administração Pública seus primeiros limites, a partir da primitiva concepção francesa¹³. O exercício de suas funções, neste primeiro momento era restrita à lógica da legalidade, de modo que suas manifestações seguiriam o primado da lei.

Entretanto, nem todas as situações da vida pública cabem na moldura legal. E a partir dessa premissa viu-se necessária a flexibilização do rígido caminho da legalidade. Com isso, a teoria das escolhas administrativas passou por três aberturas nos dois séculos posteriores à experiência napoleônica.

A primeira foi a adoção dos conceitos indeterminados na legislação administrativa, a partir do sucesso na experiência do direito privatista. Nesses moldes, o legislador concede ao administrador uma margem de liberdade para a execução de suas funções, de modo que ele verifique no exame concreto das circunstâncias e dos interesses qual a “opção essencialmente válida a ser tomada”.¹⁴

A segunda abertura¹⁵, segundo Diogo, deve-se a construção do instituto da discricionariedade administrativa, em que se deixam a cargo do administrador algumas opções

¹³MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Novas Mutações Juspolíticas*: em memória de Eduardo G. de Enterría, jurista de dois mundos. São Paulo: Fórum, 2016, p. 315.

¹⁴Ibidem, p. 316.

¹⁵Ibidem, p. 317.

legalmente válidas. Sua escolha se pauta com base em critérios de oportunidade, conveniência, justiça, equidade, razoabilidade, responsáveis por formar o chamado mérito administrativo¹⁶.

A legitimidade da aplicação dessas normas por parte do gestor público só ocorre quando se dá a correta aplicação dos critérios acima ventilados. São aqueles os parâmetros não positivos que orientam e limitam o emprego de sua vontade.

A terceira abertura, por fim, seria a da regulação, que ampliou “as possibilidades de escolha pela Administração da modalidade de função mais adequada para atuar conforme as circunstâncias”, sufragada pela ampliação da participação dos administrados no processo¹⁷.

Agora, como saber o que se decide; por quê; para quê?

Patrícia Baptista¹⁸ observa que inicialmente o direito administrativo não se interessou pelo caminho percorrido até aquele ato decisório. Nesse passo, a atividade administrativa era tida como “livre em seu itinerário e regrada em seu resultado”.

Entretanto, essa preocupação já existia no século XIX, quando se observou a importância da processualização da decisão para a formação da escolha administrativa. Isso porque “certos conceitos constantes das leis só podem ser afirmados ou negados depois de um complexo processo interpretativo em cadeia”¹⁹.

O afastamento das arbitrariedades, ademais, exige o conhecimento do percurso percorrido pelo administrador. Não é por outra razão, aliás, que, segundo Sundfeld²⁰, o processo deve ser o “modo normal de agir do Estado, sendo consequência direta da ideia de função”.

Controlar a formação da escolha administrativa faz parte da essência do Estado Democrático de Direito e o processo proporciona a verificação de cada passo que o administrador deu até a formação do ato administrativo final.

Mas não é só isso. Fora a transparência trazida pela verificação concreta desse caminhar, observa-se a construção uma outra faceta: a “legitimidade pelo procedimento”²¹. Essa ganhou toques democráticos com a maior abertura e envolvimento dos interessados na decisão, se destacando,

¹⁶DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. Discricionariedade técnica e discricionariedade administrativa. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*. Salvador, Bahia. 2007, n. 9, fev./mar./abr., 2007, p. 2. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-9-FEVEREIRO-2007-MARIA%20SYLVIA.pdf>>. Acesso em 16 de mai.2017.

¹⁷MOREIRA NETO, op. cit., 2016, p. 318

¹⁸BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.230.

¹⁹GUERRA, Sérgio. *Discricionariedade e Reflexividade*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008, p. 51-54.

²⁰SUNDFELD, Carlos Ari. A importância do procedimento administrativo. *Revista de Direito Público*, n. 84. São Paulo: Malheiros, 1987, p. 67.

²¹A participação procedimental suscita ainda o tema da legitimidade pelo procedimento, em que a legitimidade da decisão repousaria nas competências de decisão e na realização dos correspondentes procedimentos, ambos traçados previamente por lei”. OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. Participação Administrativa. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, Salvador, Bahia, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 3, set./out./nov., 2005, p. 18. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-3-SETEMBRO-2005-GUSTAVO%20JUSTINO.pdf>>. Acesso em: 16 de mai.2017.

nessa linha, a figura da participação popular e a “igualdade das probabilidades de obter decisões satisfatórias”²².

Ora, o processo administrativo não deve ficar restrito à própria Administração Pública e seguir uma “trilha autoritária guardada a sete chaves”²³. O cidadão, enquanto sujeito de direitos, tem o direito de participar do processo decisório, de modo a construir seu o futuro ao lado do administrador às escolhas públicas que influenciam seu dia a dia. Nesse passo, a Administração autoritária cede espaço a uma Administração democrática, na qual “a moral advém como resultado do diálogo e da participação do cidadão”²⁴.

Por fim, o direito à boa administração busca sempre a eficiência. A eficiência na função administrativa está ligada à ideia de processo. Isso porque proporcionou a racionalização dos recursos e abriu aos outros interessados a possibilidade de interferência na formulação das decisões²⁵. Com essa participação de conteúdo, melhora-se a própria decisão e, por conseguinte, aumentam-se as chances da Administração alcançar os resultados por ela pretendidos.

Com isso, fica clara a evolução no processo de escolhas administrativas e a imprescindibilidade do processo para sua formação. Mais do que organizar o caminho até o produto estatal, a processualidade da função administrativa é fator de garantia, legitimidade e eficiência.

3. DEVIDO PROCESSO LEGAL DEMOCRÁTICO: POR QUE NÃO SE TRATA DE MERO FORMALISMO.

A adoção do processo para a formação de decisões não se restringe à seara jurisdicional, mas abrange todas as funções estatais²⁶, já que deve ser percebido como uma “garantia contra o exercício ilegítimo de poderes públicos e privados em todos os campos (jurisdicional, administrativo, legislativo), com o fim de controlar os provimentos dos agentes políticos e garantir a legitimidade discursiva e democrática das decisões”²⁷.

²²BAPTISTA, op.cit, p.244-245.

²³ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Princípios constitucionais do processo administrativo brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar, v. 209, p. 189-222, 1997, p. 195

²⁴Ibidem.

²⁵OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de direito administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo, Método: 2014, p.320.

²⁶MEDAUAR, op.cit., p. 222.

²⁷MOTTA, Francisco José Borges; HOMMERDING, Adalberto Narciso. O que é um modelo democrático de processo? *Revista do Ministério Público do RS*, Porto Alegre, n. 73, jan./abr., 2013, p. 195. Disponível em: <http://www.amprs.org.br/arquivos/revista_artigo/arquivo_1383852047.pdf>. Acesso em 16 de mai. 2017.

A existência da processualidade administrativa instrumentaliza a relação entre administrador e administrado dentro de um Estado de Direito e impede, portanto, que as decisões daquele sejam tomadas de forma arbitrária ou secreta. É a processualidade, dessa forma, figura pertinente e imprescindível ao exercício de um poder²⁸, o qual deve ser exercido à luz do devido processo legal²⁹.

A obediência a essa cadeia de atos que conduzem à manifestação estatal e aos princípios a ela inerentes possibilita que o administrado enxergue, ao fim, os diversos aspectos levados em consideração pelo Estado até alcançar o ato administrativo final.

O devido processo legal, portanto, deve informar todos os processos judiciais e administrativos³⁰, sendo cláusula expressa no art. 5º, LIV e LV, da Constituição. Não foi à toa que o Código de Processo Civil (CPC) vigente deixou claro que suas normas incidiriam supletiva e subsidiariamente nos processos de natureza administrativa (art. 15). Isso inclui, por óbvio, os corolários derivados do devido processo legal, os quais fazem parte da própria estrutura de um processo democrático.

Celso Antônio Bandeira de Mello³¹ afirma que tais dispositivos constitucionais obrigam que a Administração Pública, antes de tomar suas decisões, venha a oportunizar um espaço para que os interessados e afetados por elas se manifestem, à luz do contraditório e da ampla defesa³². Essa abertura à participação no processo administrativo se alinha, aliás, a ideia de processo cooperativo (art. 6, CPC), no qual todos os atores, aí incluídos os cidadãos, cooperam para um processo justo e que alcance o melhor resultado possível em termos de direito material (devido processo substancial)³³, isto é, o melhor interesse à sociedade.

Acerca do contraditório, esse pode ser decomposto em três vertentes, quais sejam, a “informação prévia; o direito de manifestação; e o direito de ver seus argumentos levados em consideração [...]”³⁴

²⁸MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Audiências Públicas. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, v. 210, p. 11-23, 1997, p. 12.

²⁹MEDAUAR, op.cit.,p. 224-225.

³⁰FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Estado de direito e devido processo legal. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar, v. 209, p. 7-18, 1997, p. 11.

³¹BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013 p.118.

³²Lei n. 9.784/99: Art. 3º O administrado tem os seguintes direitos perante a Administração, sem prejuízo de outros que lhe sejam assegurados: (...) III - formular alegações e apresentar documentos antes da decisão, os quais serão objeto de consideração pelo órgão competente; e art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando: I - neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses.

³³THEODORO JÚNIOR, Humberto. A constitucionalização do processo no estado democrático de direito. In GAIO JR., Antônio Pereira.; CÂMARA, Alexandre Freitas (coords.) *Novo CPC: reflexões e perspectivas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2014, p. 172-173.

³⁴CABRAL, Antônio. Os efeitos processuais da Audiência Pública. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*. Salvador, Bahia. 2008, n. 13, fev./mar./abr., 2008, p.4. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-13-FEVEREIRO-2008-ANTONIO%20CABRAL.pdf>> Acesso em: 16 de mai.2017.

Por isso é importante que a administração publicite todas as informações previamente, em período razoável, com vistas a melhor compreensão dos participantes, os quais estarão, por conseguinte, mais aptos a contribuir na discussão³⁵. Aqui incide de forma cristalina o prisma informativo do contraditório e a sua deferência ao princípio da publicidade.

Para que se tenha esse efetivo contraditório, porém, é necessário que a Administração pública não só garanta o direito formal de ser ouvido ou de audiência (*right to a fair hearing*), mas assegure o direito de participação na construção cooperativa da decisão, sob a forma de uma garantia processual de influência e não surpresa³⁶ - 3ª vertente. Só assim se pode perceber um contraditório substantivo, e não apenas formal. É o que requer, inclusive, o Código de Processo Civil em vários de seus dispositivos (arts. 9º, 10º, 489, IV e §1º etc).

A fundamentação das decisões, por sua vez, deve ser transportada também à função administrativa. Em um Estado Democrático de Direito, não há espaços para decisões arbitrárias, uma vez que a fundamentação das escolhas públicas decorre do próprio princípio democrático plasmado no art. 1º, parágrafo único, bem como do art. 93, IX, ambos da Constituição.

Em razão disso, para efetividade do controle social sobre os atos administrativos, deve o administrador cumprir com o dever de motivação, independente das naturezas daqueles atos, vinculados ou discricionários³⁷. Ademais, esse dever de fundamentação é potencializado em um cenário de “Estado Pluriclasse”³⁸, em que muitos são os interesses dos diversos grupos sociais envolvidos. A fundamentação torna possível a verificação da atividade desenvolvida pelo Administrador e a análise se sua escolha melhor atende ao interesse público.

O dever de fundamentação demanda com que o administrador deva exercer um ônus de argumentação maior para afastar as conclusões dos participantes do processo, sobretudo quando as decisões administrativas requeiram a participação direta da sociedade na sua construção, como nos casos de instrumentos de participação popular. Nestas hipóteses de democracia participativa, portanto, “fixado o interesse público em certa direção, deverá o administrador empreender um trabalho de justificação, na motivação do ato administrativo em maior grau do que o exigido em decisões semelhantes”³⁹.

³⁵Ibidem, p.4-5.

³⁶THEODORO JÚNIOR, Humberto; et al. *Novo CPC: fundamentos e sistematização*. 3ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 111-112.

³⁷DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 24 ed. São Paulo: Atlas, 2011, p.212-213.

³⁸Idem. Participação Popular na Administração Pública. *Revista de Direito Administrativo*, v. 191, Rio de Janeiro: Renovar, 1993, p. 30

³⁹CABRAL, op.cit., p.8.

Deve-se destacar que a participação social resulta em um acréscimo de legitimidade do provimento administrativo, uma vez que leva em consideração a interferência popular, bem como diminui a arbitrariedade, já que é preciso racionalizar os fundamentos da decisão a ser seguida.⁴⁰

Antonio Cabral, no estudo sobre o instituto da audiência pública, indica outro efeito processual, que seria a função de “acertamento fático”, o qual pode ser transportado para os casos que o Administrador realiza a abertura participativa aos interessados. Trata-se da possibilidade de se coletar as manifestações desenvolvidas pelos participantes e com elas alimentar a instrução probatória, balizando, portanto, as alegações a serem trazidas pelas partes de uma possível medida judicial⁴¹.

Não obstante, esse efeito possibilita o aparecimento de uma função preventiva. Observa-se aqui a incidência do princípio da prevenção litigiosa, quando da aplicação do mecanismo participativo em referência, pois com o diálogo entre administração e administrado, resta a possibilidade da identificação prévia dos problemas e, com isso, solucioná-los antes do possível ajuizamento da medida judicial.

Essa prática, assim, estimula o ideal conciliatório e evita a profusão de litígios judiciais⁴². A imagem dessa Administração consensual se alinha, por sua vez, às diretrizes traçadas no art. 3º, §§2º e 3º do CPC, as quais indicam a preferência por soluções conciliatórias e mediadas. Neste diapasão, o diálogo entre a sociedade e a administração pode, por isso, trazer uma decisão construída a partir de uma negociação dos muitos interesses existentes, produzindo, portanto, um consenso entre esses.

A fiel observação dos princípios emanados do devido processual legal culminam na construção de uma decisão administrativa válida e ainda mais efetiva, fundada nos princípios de um modelo de devido processo democrático.

CONCLUSÃO

Verificou-se no trabalho que a afirmação do Estado Democrático de Direito e o processo de constitucionalização do direito administrativo trouxeram o imprescindível diálogo entre Estado e sociedade para dentro da Administração Pública. Por isso, a participação administrativa, que é uma

⁴⁰Ibidem.

⁴¹Ibidem, p.11.

⁴²Ibidem, p.13.

vertente do direito fundamental à participação, não só deve ser assegurado como, também, incentivado.

A elevação do cidadão de súdito para colaborador no processo de construção das escolhas públicas, portanto, é próprio de uma democracia que busca o tratamento de todos com igual respeito e consideração. Com isso, fortalece-se a pessoa humana como a grande protagonista das escolhas de seu meio social, dignificando-a, e reposiciona-se o Estado como instrumento viabilizador e concretizados de seus direitos fundamentais.

Nesta esteira, o mérito das decisões administrativas, que ainda é decidido de forma autoritária por diversos gestores públicos precisa passar por uma releitura ante a processualização administrativa e os contornos delineados pela aplicação de um modelo de devido processo democrático.

A partir desses dois condicionantes, o processo administrativo à formação das decisões administrativas, tal como qualquer outro processo, precisa respeitar os diversos princípios de índole processual a ele inerentes. Mais do que mero formalismo, esses limitam e norteiam as atividades da Administração Pública contemporânea a chegar a um processo efetivamente justo.

Por isso, o respeito ao contraditório substantivo, à fundamentação das decisões e à cooperação fortalecem a ideia de legitimidade da atuação estatal por meio do procedimento. Não obstante, a abertura aos interessados torna mais eficiente as decisões do administrador, já que as informações trazidas por esses podem ser decisivas à Administração na tomada da melhor decisão.

Essa atuação que leva em consideração as diversas opiniões possibilita, ainda, a prevenção de inúmeros litígios, fator de enorme importância em um cenário onde a fazenda pública figura como maior litigante nos tribunais de todo o país. Atinge-se, deste modo, o modelo tão festejado de administração consensual.

Não se pode esquecer de mencionar que, apesar de as bases estarem fundadas na própria Constituição de 1988, a promulgação de um novo código de processo civil fortaleceu ainda mais as conclusões aqui trazidas. O diploma cristalizou em seu corpo alguns importantes fundamentos legais que devem ser respeitados e aplicados também nos processos administrativos.

Saliente-se que tanto o constituinte quanto o legislador não buscaram asfixiar a formação do mérito administrativo, mas sim traçar os caminhos para sua formação. Todas as decisões administrativas devem ser passíveis de controle social e, para que se alcance esse objetivo, é necessário que se conheça as etapas realizadas na formação do ato administrativo.

Mais do que mudanças legislativas, porém, o que realmente se espera é que o administrador altere a cultura administrativa antidemocrática e profira decisões válidas à luz de um

devido processo democrático. Com isso, a legalidade e a legitimidade dos atos administrativos estarão, de fato, protegidas.

REFERÊNCIAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BRASIL. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 16 mai. 2017.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 16 mai. 2017.

_____. Lei n. 9.784/99, de 29 de janeiro de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm>. Acesso em 16 mai. 2017.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CABRAL, Antônio. Os efeitos processuais da Audiência Pública. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*. Salvador, Bahia. 2008, n. 13, fev./mar./abr., 2008, Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-13-FEVEREIRO-2008-ANTONIO%20CABRAL.pdf>> Acesso em: 16 de mai.2017.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 24 ed. São Paulo: Atlas, 2011.

_____. Discricionariedade técnica e discricionariedade administrativa. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*. Salvador, Bahia. 2007, n. 9, fev./mar./abr., 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-9-FEVEREIRO-2007-MARIA%20SYLVIA.pdf>>. Acesso em 16 de mai.2017.

_____. Participação Popular na Administração Pública. *Revista de Direito Administrativo*, v. 191, Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

FARIA, Cristiano Ferri Soares de. *O parlamento aberto na era da internet: pode o povo colaborar com o Legislativo na elaboração das leis?* Brasília: Edições da Câmara, 2012. Disponível em:

<http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/7867/parlamento_aberto_faria.pdf?sequence=1>. Acesso em: 07 jul.2017.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Estado de direito e devido processo legal. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar, v. 209, p. 7-18, 1997.

GUERRA, Sérgio. *Discricionariedade e Reflexividade*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Audiências Públicas. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, v. 210, p. 11-23, 1997.

_____. *Quatro Paradigmas do Direito Administrativo Pós-Moderno: Legitimidade – Finalidade – Eficiência – Resultados*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

_____. *Novas Mutações Juspolíticas: em memória de Eduardo G. de Enterría, jurista de dois mundos*. São Paulo: Fórum, 2016.

_____. Novos institutos consensuais da ação administrativa. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, v. 231, p. 129-156, jan./mar., 2003.

MOTTA, Francisco José Borges; HOMMERDING, Adalberto Narciso. O que é um modelo democrático de processo? *Revista do Ministério Público do RS*, Porto Alegre, n. 73, jan./abr., 2013. Disponível em: <http://www.amprs.org.br/arquivos/revista_artigo/arquivo_1383852047.pdf>. Acesso em: 16 de mai. 2017.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. Participação Administrativa. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, Salvador, Bahia, Instituto de Direito Público da Bahia, n° 3, set./out./nov., 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-3-SETEMBRO-2005-GUSTAVO%20JUSTINO.pdf>>. Acesso em 16 de mai.2017.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de direito administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo, Método: 2014.

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Princípios constitucionais do processo administrativo brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, v. 209, p. 189-222, 1997.

SUNDFELD, Carlos Ari. A importância do procedimento administrativo. *Revista de Direito Público*, n. 84. São Paulo: Malheiros, 1987.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. A constitucionalização do processo no estado democrático de direito. In GAIO JR., Antônio Pereira.; CÂMARA, Alexandre Freitas (coords.) *Novo CPC: reflexões e perspectivas*. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2014.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; et al. *Novo CPC: fundamentos e sistematização*. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.