

**CENTRO UNIVERSITÁRIO AUTÔNOMO DO BRASIL
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITOS FUNDAMENTAIS E DEMOCRACIA**

JULIANE ANDRÉA DE MENDES HEY MELO

**A DEMOCRACIA EM JOGO: A NULIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO PELA
INOBSERVÂNCIA DA PARTICIPAÇÃO POPULAR**

CURITIBA

2024

JULIANE ANDRÉA DE MENDES HEY MELO

**A DEMOCRACIA EM JOGO: A NULIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO PELA
INOBSERVÂNCIA DA PARTICIPAÇÃO POPULAR**

Tese apresentada como requisito parcial para a obtenção de título de doutor do Programa de Mestrado em Direito, área de concentração Direitos Fundamentais e Democracia, linha de pesquisa Constituição e Condições Materiais da Democracia do Centro Universitário Autônomo do Brasil.
Orientador: Prof. Dr. Paulo Ricardo Schier

CURITIBA

2024

Ficha catalográfica

CDD 340

TERMO DE APROVAÇÃO

JULIANE ANDRÉA DE MENDES HEY MELO

**A DEMOCRACIA EM JOGO: A NULIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO PELA
INOBSERVÂNCIA DA PARTICIPAÇÃO POPULAR**

Orientador: Prof^o. Dr^o. Paulo Ricardo Schier

Membros:

Aos amores da minha vida,
Cesar e Charlotte

AGRADECIMENTOS

Ao Programa de Mestrado em Direito, área de concentração Direitos Fundamentais e Democracia do Centro Universitário Autônomo do Brasil.

Ao meu eterno orientador Prof. Dr. Paulo Ricardo Schier e à Professora Adriana da Costa Ricardo Schier, sem a contribuição e incentivo esta tese certamente não existiria.

Aos Demais Professores e Professoras do Programa que estão cada qual refletidos neste trabalho.

Aos meus colegas pelo conhecimento compartilhado e pelos bons momentos de desabafo e apoio.

Ao meu esposo Cesar por seu carinho, incentivo e suporte com todas as demandas da nossa vida cotidiana.

À Charlotte, que viveu o doutorado com a mãe. Kursou disciplinas ainda na barriga da mãe, apareceu em aulas online e compreendeu, ainda que em parte, a minha ausência para realizar este sonho.

Por fim, à CAPES e à Comissão de Bolsas da Unibrasil, pela concessão da bolsa-taxa de doutora e pelo apoio financeiro para a realização desta pesquisa.

“The idea of Citizen participation is a little like eating spinach: no one is against it in principle because it is good for you. Participation of the governed in their government is, in theory, the cornerstone of democracy - a revered idea that is vigorously applauded by virtually everyone. The applause is reduced to polite handclaps, however, when this principle is advocated by the have-not blacks, Mexican Americans, Puerto Ricans, Indians, Eskimos, and whites. And when the have-nots define participation as redistribution of power, the American consensus on the fundamental principle explodes into many shades of outright racial, ethnic, ideological, and political opposition.”

(Sherry R. Arnstein)

RESUMO

A presente tese tem por objetivo evidenciar que a participação popular é legítima e necessária sob a Constituição Federal de 1988 e somente será implementada se garantidos meios de controle do ato administrativo elaborado com sua contribuição formal e material. Portanto, não é suficiente para o constitucionalismo e a democracia que a participação da população seja garantida tão somente quanto ao seu aspecto formal, mas a razão deliberativa erigida na esfera pública vincula o administrador na formação do ato administrativo. Aborda-se o seguinte problema de pesquisa: *há vinculação da 'ratio decidendi' da participação popular no ato administrativo que a sucede de forma que a ausência da influência da participação popular no ato administrativo implica em sua nulidade?* Para desenvolver a tese, partiu-se por dois caminhos distintos. No capítulo inicial, logo após a introdução, analisa-se os aspectos teóricos da tensão entre a democracia e o constitucionalismo, uma vez que o reconhecimento de direitos fundamentais na ordem estatal limita o exercício da soberania popular, ao mesmo tempo que o exercício da soberania popular por meio da participação efetiva também é um direito fundamental. Para tanto, foram estudadas as obras de John Rawls, Jürgen Habermas e Mark Tushnet, que exploram a relação entre os cidadãos e o Estado para compor a parte filosófica dogmática da presente pesquisa. Firmadas as premissas teóricas, o trabalho passa a analisar em seu terceiro capítulo o instituto da participação popular no Brasil, a iniciar por um percurso histórico desde a Constituição Federal de 1988 até o presente momento com o intuito de demonstrar os avanços e retrocessos institucionais. Neste capítulo, também são desenvolvidos os modelos de participação popular existentes do Brasil. Por fim, chega-se ao problema da pesquisa, que percebe a ineficácia dos instrumentos de participação da população na edição de atos administrativos. O quarto e último capítulo da tese pretende dar uma resposta ao problema da pesquisa. Para tanto, inicia-se o capítulo com a análise dos elementos do ato administrativo com a inclusão da vontade popular deliberada no seu bojo. Em um segundo momento, com a inclusão da vontade popular deliberada nos elementos do ato administrativo, apresenta-se a participação popular como instituto vinculante tanto no aspecto formal como no aspecto material. Ao analisar as hipóteses legais em que ocorrem ambas as vinculações, sustenta-se que a vinculação material não necessita de previsão legal já que deriva do princípio fundamental da participação popular. Por fim, encerra-se o capítulo com a análise da invalidação do ato administrativo que não observa a participação popular vinculante, principalmente no aspecto material. Conclui-se que a participação popular invalida o ato administrativo por vício no pressuposto formal da motivação. Assim, a presente tese filia-se à linha de pesquisa “Constituição e Condições Materiais da Democracia”, do Programa de Pós-graduação em Direito – Mestrado e Doutorado do Centro Universitário Autônomo do Brasil (UniBrasil) na medida em que os temas enfrentados neste trabalho são essenciais para a concretização dos direitos fundamentais por meio da atuação formal e material na construção do Estado Social e Democrático de Direito.

Palavras-chaves: participação popular; direitos fundamentais; democracia; democracia deliberativa; invalidade do ato administrativo.

ABSTRACT

This thesis aims to demonstrate that citizen participation is legitimate and necessary under the Federal Constitution of 1988 and will only be implemented if means of control over administrative acts formulated with its formal and material contributions are guaranteed. Therefore, it is not sufficient for constitutionalism and democracy that public participation is guaranteed only in its formal aspect; the deliberative reason established in the public sphere binds the administrator in the formation of the administrative act. The following research problem is addressed: is there a binding 'ratio decidendi' of citizen participation in the subsequent administrative act such that the absence of the influence of citizen participation in the administrative act implies its nullity? To develop the thesis, two distinct paths were taken. In the initial chapter, right after the introduction, the theoretical aspects of the tension between democracy and constitutionalism are analyzed, given that the recognition of fundamental rights in the state order limits the exercise of popular sovereignty, while the exercise of popular sovereignty through effective participation is also a fundamental right. For this purpose, the works of John Rawls, Jürgen Habermas, and Mark Tushnet, which explore the relationship between citizens and the state, were studied to compose the dogmatic philosophical part of this research. Once the theoretical premises were established, the work proceeds to analyze in its third chapter the institute of popular participation in Brazil, starting with a historical overview from the Federal Constitution of 1988 to the present moment, aiming to demonstrate the institutional advances and setbacks. In this chapter, the existing models of popular participation in Brazil are also developed. Finally, the research problem is addressed, which identifies the ineffectiveness of the instruments of popular participation in the issuance of administrative acts. The fourth and last chapter of the thesis aims to provide an answer to the research problem. To this end, the chapter begins with an analysis of the elements of the administrative act with the inclusion of the deliberated popular will in its core. In a second moment, with the inclusion of the deliberated popular will in the elements of the administrative act, popular participation is presented as a binding institute both in the formal and material aspects. By analyzing the legal hypotheses in which both bindings occur, it is argued that the material binding does not require formal binding since it derives from the fundamental principle of popular participation. Finally, the chapter concludes with an analysis of the invalidation of the administrative act that does not observe the binding popular participation, mainly in the material aspect. It is concluded that popular participation invalidates the administrative act due to a defect in the formal presupposition of motivation. Thus, this thesis aligns with the research line "Constitution and Material Conditions of Democracy" of the Postgraduate Program in Law – Master's and Doctorate at the Centro Universitário Autônomo do Brasil (UniBrasil), as the themes addressed in this work are essential for the realization of fundamental rights through formal and material action in the construction of the Social and Democratic State of Law.

Keywords: citizen participation; fundamental rights; democracy; deliberative democracy; invalidation of administrative act.

RESUMEN

La presente tesis tiene por objetivo evidenciar que la participación popular es legítima y necesaria bajo la Constitución Federal de 1988 y solo será implementada si se garantizan medios de control del acto administrativo elaborado con su contribución formal y material. Por lo tanto, no es suficiente para el constitucionalismo y la democracia que la participación de la población sea garantizada únicamente en su aspecto formal, sino que la razón deliberativa erigida en la esfera pública vincula al administrador en la formación del acto administrativo. Se aborda el siguiente problema de investigación: ¿existe vinculación de la 'ratio decidendi' de la participación popular en el acto administrativo que la sucede, de forma que la ausencia de la influencia de la participación popular en el acto administrativo implique su nulidad? Para desarrollar la tesis, se siguieron dos caminos distintos. En el capítulo inicial, justo después de la introducción, se analizan los aspectos teóricos de la tensión entre la democracia y el constitucionalismo, ya que el reconocimiento de derechos fundamentales en el orden estatal limita el ejercicio de la soberanía popular, al mismo tiempo que el ejercicio de la soberanía popular a través de la participación efectiva también es un derecho fundamental. Para ello, se estudiaron las obras de John Rawls, Jürgen Habermas y Mark Tushnet, quienes exploran la relación entre los ciudadanos y el Estado para componer la parte filosófica dogmática de la presente investigación. Una vez establecidas las premisas teóricas, el trabajo pasa a analizar en su tercer capítulo el instituto de la participación popular en Brasil, iniciando con un recorrido histórico desde la Constitución Federal de 1988 hasta el presente, con el propósito de demostrar los avances y retrocesos institucionales. En este capítulo, también se desarrollan los modelos de participación popular existentes en Brasil. Finalmente, se llega al problema de la investigación, que percibe la ineficacia de los instrumentos de participación de la población en la emisión de actos administrativos. El cuarto y último capítulo de la tesis pretende dar una respuesta al problema de la investigación. Para ello, el capítulo inicia con el análisis de los elementos del acto administrativo con la inclusión de la voluntad popular deliberada en su esencia. En un segundo momento, con la inclusión de la voluntad popular deliberada en los elementos del acto administrativo, se presenta la participación popular como instituto vinculante tanto en el aspecto formal como en el aspecto material. Al analizar las hipótesis legales en que ocurren ambas vinculaciones, se sostiene que la vinculación material no necesita de previsión legal ya que deriva del principio fundamental de la participación popular. Finalmente, se cierra el capítulo con el análisis de la invalidación del acto administrativo que no observa la participación popular vinculante, principalmente en el aspecto material. Se concluye que la participación popular invalida el acto administrativo por vicio en el supuesto formal de la motivación. Así, la presente tesis se adscribe a la línea de investigación "Constitución y Condiciones Materiales de la Democracia", del Programa de Posgrado en Derecho – Maestría y Doctorado del Centro Universitario Autónomo de Brasil (UniBrasil) en la medida en que los temas abordados en este trabajo son esenciales para la concreción de los derechos fundamentales a través de la actuación formal y material en la construcción del Estado Social y Democrático de Derecho.

Palabras clave: participación popular; derechos fundamentales; democracia; democracia deliberativa; invalidez del acto administrativo.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	13
2. CONSTITUCIONALISMO, DEMOCRACIA E O PAPEL DO POVO NA CONSTRUÇÃO DO ESTADO	19
2.1. DEMOCRACIA E CONSTITUCIONALISMO: A TENSÃO NA CONSTRUÇÃO DO ESTADO MODERNO	19
2.2. A DELIBERAÇÃO PÚBLICA NO LIBERALISMO DE JOHN RAWLS	24
2.3. A DEMOCRACIA DELIBERATIVA DE JÜRGEN HABERMAS	31
2.4. O CONSTITUCIONALISMO POPULAR DE MARK TUSHNET	44
2.4.1. Reivindicação de um Papel Protagonista do Povo na Construção do Estado	44
2.4.2. Judicial Review	61
3. A PARTICIPAÇÃO POPULAR NO MOVIMENTO DE REFORMA DO DIREITO ADMINISTRATIVO	75
3.1. A PARTICIPAÇÃO POPULAR NO BRASIL: ONDE ESTAMOS E POR ONDE JÁ PASSAMOS DESDE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988?	75
3.2. PÚBLICOS PARTICIPATIVOS E INTERFACES DE COGESTÃO	96
3.2.1 Mecanismos de operacionalização da participação popular	96
3.2.2 Classificação dos institutos de participação	98
3.2.3. Audiência pública	102
3.2.4 Conselhos	109
3.2.5 Orçamentos participativos	112
3.3 O DESCASO PLANEJADO: A INEFICIÊNCIA DA PARTICIPAÇÃO POPULAR	116
3.3.1 Falta de informação e capacitação dos cidadãos	124
3.3.2 Resistência por parte dos agentes públicos	128
3.3.3 Fragmentação e manipulação dos movimentos sociais	132
4 A CONSEQUÊNCIA DA INDIFERENÇA COM A PARTICIPAÇÃO POPULAR	136

4.1 REQUISITOS E VINCULAÇÃO DO ATO ADMINISTRATIVO: A VONTADE POPULAR DELIBERADA	136
4.1.1 Críticas à noção de ato administrativo frente à Constituição Federal de 1988	137
4.1.2 Elementos e pressupostos do ato administrativo	149
4.2 PARTICIPAÇÃO POPULAR VINCULANTE	172
4.2.1 Vinculação formal: consultas públicas	180
4.2.2 Vinculação material: participação popular vinculantes para além da exigência legal	189
4.3 A INVALIDAÇÃO DO ATO ADMINISTRATIVO E A PARTICIPAÇÃO POPULAR	202
4.3.1 Planos do ato administrativo: existência ou perfeição, validade e eficácia	202
4.3.2 Vícios do ato administrativo: invalidade do ato administrativo em despeito à vinculação material da participação popular	208
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS	216
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	226

1. INTRODUÇÃO

A Tese está inserida na Linha de Pesquisa linha de pesquisa “Constituição e Condições Materiais da Democracia”, do Programa de Pós-graduação em Direito – Mestrado e Doutorado do Centro Universitário Autônomo do Brasil (UniBrasil) na medida em que os temas enfrentados neste trabalho são essenciais para a concretização dos direitos fundamentais por meio da atuação formal e material na construção do Estado Social e Democrático de Direito.

O tema da pesquisa é vinculatividade do ato administrativo à participação popular oportunizada no processo de sua elaboração a partir da premissa deliberativa. O problema de pesquisa é: há vinculação da *'ratio decidendi deliberativa'* da participação popular no ato administrativo que a sucede? A ausência de influência da participação popular no ato administrativo implica em sua nulidade? Para realizar o estudo investigativo, formulou-se a tese de que a mera participação popular em um aspecto formal na formulação do ato administrativo não é suficiente para garantir a validade do ato, uma vez que é necessário também respeitar a conclusão alcançada na deliberação entre o Poder Público e a população. Desta forma, sustenta-se a vinculação material da *ratio deliberativa* ao ato administrativo em garantia ao direito fundamental de participação popular.

O presente tema deriva da dissertação de mestrado da discente em que se pesquisou sobre a efetividade da participação popular na formulação de políticas públicas municipais com fundamento na democracia deliberativa. Trata-se de uma evolução natural da pesquisa pois a conclusão alcançada no trabalho anteriormente desenvolvido foi que a ausência de vinculação dos resultados da deliberação no ato administrativo final levou à ineficiência da experiência deliberativa.

O tema surge a partir da análise do direito à participação popular como expressão do Estado Social e Democrático de Direito¹. A participação democrática exclusivamente pela representação não mais se sustenta nos anseios populares, entre outras razões, pela dificuldade de representar agendas e identidades

¹ SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **A Participação Popular na Administração Pública: O direito de reclamação**. São Paulo: Renovar, 2002.

específicas. A democracia contemporânea demanda uma adesão do cidadão às suas instituições e governantes, pois não se sentindo representado não há motivo para cumprir qualquer regra estabelecida pelo seu governante². Aliado a isso, o que se percebe é a ausência de respostas adequadas aos problemas de exclusão e desigualdade social, ao mesmo tempo que as instituições restringem a participação da população nos assuntos públicos ou quando a permite não a leva em consideração.

Não se quer sustentar a eliminação da representação como forma de participação democrática, até porque necessária em sociedades numerosas, mas a construção de institutos capazes de promover uma participação efetiva e empoderada. Tal lógica vai de encontro com a adoção pela Constituição Federal de 1988 do Estado Social e Democrático de Direito ao alçar o direito de participação como um direito fundamental.

No Estado de Direito Liberal os direitos políticos eram marcados por seu aspecto negativo, uma vez que o que se proporcionou foi igualdade entre os cidadãos, mas uma igualdade perante a lei e com neutralidade do Estado, já que não se preocupava com a igualdade material, ou seja, a igualdade de condições de vida. Portanto, os direitos políticos eram compreendidos como direitos de defesa frente ao Estado e não de participação política da comunidade. Apesar de haver respeito à lei, não havia um processo democrático capaz de proporcionar uma efetiva participação popular. Não havia espaço para a argumentação no âmbito político ou interesse de ouvir as minorias.

As portas para o Estado Social e Democrático foram abertas no início do Século XX com a crise do capitalismo liberal. O Estado, antes marcado pela ideia de limitação de poder, passa a ser caracterizado pela participação no poder. Estado e sociedade se confundem e influenciam-se reciprocamente.

Neste contexto, o direito à participação popular é elemento caracterizador do modelo estatal adotado, a ponto de ter sido constituído como direito fundamental pela Constituição Federal de 1988. Logo no primeiro artigo a Carta Maior estabelece que

² HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. v. 1, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 122.

o “poder emana do povo e que este não será exercido apenas por meio de seus representantes, mas também diretamente”³.

Portanto, a participação popular na tomada de decisão política é uma diretriz estabelecida pela Magna Carta que promove a interação entre a sociedade civil com o Estado na regulação social das políticas públicas.

O direito fundamental à participação é um direito fundamental atribuído que encontra sua fundamentalidade no próprio Estado Democrático de Direito, pois princípio estruturante da República Federativa Brasileira.

Assentada a premissa da participação popular como direito fundamental decorrente do Estado Democrático de Direito, modelo democrático, dentre os mais diversos existentes, que melhor cumpre o desígnio pretendido é o modelo deliberativo.

A democracia deliberativa prega uma prática inclusiva e conjunta de busca de soluções de demandas pela troca de razões. A prática deliberativa preocupa-se com o processo deliberativo e a argumentação pública formadoras da decisão final.

Não se trata de mera participação política, mas efetivo debate na esfera pública para construir a melhor solução. A legitimidade democrática não pode se reduzir a meras escolhas majoritárias, senão deve ser informada por métodos de discussão, consulta e persuasão.

Por certo, a deliberação tem regras e condições básicas que possa ocorrer sob pena de instaurar conflito dentro da sociedade ou até mesmo haver manipulação da discussão política. Ponto inerente aos mais diversos autores que defendem a democracia deliberativa é a existência de igualdade material e liberdade como pré-requisitos. O povo deve ser informado e ativo para garantir uma participação adequada e efetiva.

A implementação de processos argumentativos, tais como o preconizado, em grandes escalas se mostra uma tarefa de difícil (embora não impossível) realização diante da logística e da mudança cultural política que seriam necessárias, principalmente em um país de tamanho continental como o Brasil. Por isso, projetos deliberativos mais modestos, quantitativamente, voltados para a sociedade local

³ Art. 1º. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

encontram o ambiental ideal para desenvolverem as potencialidades da democracia deliberativa.

É um processo lógico. A participação política cidadã demanda tempo e esforço por parte da população em uma realidade cada vez mais volátil e urgente. Logo, qual seria a vontade de participação se os resultados se mostram diminutos ou até mesmo ausentes? Ao passo que quando a população percebe que sua voz está sendo ouvida com a implementação da *'ratio decidendi'* da participação popular no ato administrativo que a sucede, o cidadão fica mais disposto a assentir e cooperar com o resultado da deliberação. Tal processo deságua em inequívoco acréscimo de legitimidade nas ações públicas.

Em meio à diretriz participativa de origem constitucional, busca-se investigar como a participação popular integra o ato administrativo e, se integrante, o desrespeito ao seu conteúdo material levaria à invalidação do ato administrativo.

Entende-se que o trabalho apresenta relevância teórica e prática, esperando-se que, no primeiro caso, contribua para o debate da efetividade da participação popular e, no segundo caso, forneça elementos para que a Administração Pública considere efetivamente os anseios populares nas suas decisões administrativas.

O objetivo geral do presente trabalho foi evidenciar que a participação popular é legítima sob a Constituição Federal de 1988 e somente será implementada se garantidos meios de controle do ato administrativo elaborado com sua contribuição formal e material.

Os objetivos específicos desenvolvidos nos três capítulos que compõe a pesquisa, são: a) no segundo capítulo, o primeiro objetivo específico é fornecer fundamentação teórica-filosófica para se garantir uma participação efetiva e deliberada; b) no terceiro capítulo, o primeiro objetivo específico é apresentar o desenvolvimento da participação popular no Brasil e os mecanismos utilizados e o segundo objetivo específico é firmar as dificuldades que a participação popular no Brasil enfrenta; c) no quarto capítulo, o primeiro objetivo específico é fundamentar a uma visão democrática do ato administrativo com a inserção da vontade popular deliberada nos elementos e pressupostos deste, o segundo objetivo específico é defender a existência de vinculação formal e material da participação popular, de

forma que a instrumentos de participação sejam efetuados e mais do que isso, a racionalidade extraída da deliberação seja observada no conteúdo do ato administrativo e o terceiro objetivo específico é sustentar que o desrespeito à vinculação material da participação popular importa em invalidade do ato por vício de motivação.

A tese ainda se pautou no método dedutivo, com a análise do Estado Democrático de Direito e dos princípios elencados na Constituição Federal de 1988 e da legislação acerca do ato administrativo no Brasil. Além disso, utilizou-se como metodologia a pesquisa bibliográfica e a legislação existente, para se chegar à hipótese do trabalho, qual seja, a participação popular quando realizada compõe o ato administrativo enquanto pressuposto, de forma que a deliberação travada na esfera pública deve ser considerada na formulação do ato administrativo que a sucede a se tornar vinculativa e, por fim, o ato administrativo que não observe a conclusão da deliberação é inválido.

O ineditismo da proposta de desenvolvimento do trabalho está na dupla novidade da abordagem do tema: a) a vinculatividade material da vontade deliberada em participação popular no ato administrativo; b) a invalidade do ato que não respeita deliberação pública. Não foram identificadas pesquisas que enfrentassem o tema sob essa perspectiva.

O trabalho trata a questão em linhas originais da vinculação da vontade popular deliberada ao administrador público na formação do ato administrativo sob pena de invalidade e está construído em três capítulos.

O primeiro capítulo, intitulado “CONSTITUCIONALISMO, DEMOCRACIA E O PAPEL DO POVO NA CONSTRUÇÃO DO ESTADO”, trata da relação entre o Estado e os cidadãos a partir da perspectiva da tensão entre o constitucionalismo e a democracia, na perspectiva que para a formação da sociedade constitucional é necessário que o povo se una e expresse seus anseios mais fundamentais, tempo que deve ter condições de assim o fazê-lo. Para tanto, em caráter arbitrário escolheu-se aprofundar os aportes teóricos deliberativos de John Rawls e Jürgen Habermas, bem como a valorização da interpretação extrajudicial dos cidadãos de Mark Tushnet.

Os aportes teóricos fornecidos por esses autores são importantes para analisar os institutos participativos no Brasil e o seu alcance.

O segundo capítulo, intitulado “A PARTICIPAÇÃO POPULAR NO MOVIMENTO DE REFORMA DO DIREITO ADMINISTRATIVO”, aborda os institutos ou mecanismos de participação popular no Brasil. Pretende-se, nessa parte, apresentar um percurso histórico da participação popular desde a Constituição Federal de 1988 e a sua relação com o Estado Brasileiro. Para, em um segundo momento fornecer classificação dos institutos e uma visão dos principais mecanismos de participação deliberativa no Brasil, consubstanciados na audiência pública, conselhos e orçamento participativo. Como último ponto, apresentados os institutos, fornece-se a crítica da doutrina sobre as dificuldades e os limites à sua implementação, em especial a resistência dos agentes públicos em implementá-la.

O terceiro capítulo, intitulado “A CONSEQUÊNCIA DA INDIFERENÇA COM A PARTICIPAÇÃO POPULAR”, cuida, primeiro, dos requisitos e vinculação do ato administrativo deliberado, com a crítica ao ato administrativo frente à Constituição Federal de 1988 em seu conceito atual na doutrina. Também se analisa os elementos e pressupostos do ato administrativo à luz do neoconstitucionalismo e em respeito à cidadania como fundamento da participação popular, com especial ênfase ao dever de motivação do agente público. Em seguida, a ausência do reflexo da participação população será tratada como um vício do ato administrativo de forma a invalidá-lo.

A pesquisa encerra-se com as “Considerações Finais”, parte reservada à apresentação dos pontos conclusivos.

A partir dos elementos desenvolvidos nos três capítulos mencionados foi possível demonstrar, em caráter inovador e inédito, que a Administração Pública está obrigada a observar a deliberação efetuada no âmbito do processo de formulação do ato administrativo em decorrência do princípio fundamental do direito à participação popular sob pena do ato administrativo ser invalidado.

2. CONSTITUCIONALISMO, DEMOCRACIA E O PAPEL DO POVO NA CONSTRUÇÃO DO ESTADO

2.1. DEMOCRACIA E CONSTITUCIONALISMO: A TENSÃO NA CONSTRUÇÃO DO ESTADO MODERNO

Quem não se lembra da primeira vez que foi perguntado, ainda criança: quem nasceu antes: o ovo ou a galinha? Walter Murphy⁴ entende que o mito do povo se formando enquanto uma nação também não está muito longe dessa discussão. Aponta o autor que para concordar em seu nome coletivo a uma aliança política, os indivíduos devem já ter tido alguma identidade incorporada significativa como uma pessoa. Assim, a noção de constituição como pacto deve significar que ela formaliza ou solidifica em vez de inventar uma entidade: ela soleniza uma aliança anterior em uma união mais perfeita.

Para a formação da sociedade constitucional é necessário que o povo se una e expresse seus anseios mais fundamentais. Ao mesmo tempo, deve ter condições de assim o fazê-lo.

Neste ponto reconhecemos que o constitucionalismo necessita de democracia e democracia necessita de direitos fundamentais. É uma simbiose, mas não alheia a dificuldades, pois o reconhecimento de direitos fundamentais na ordem estatal limita o exercício da soberania popular, ao mesmo tempo que o exercício da soberania popular por meio da participação efetiva também é um direito fundamental⁵. Ou, nas palavras Gargarella⁶, o constitucionalismo impõe a adoção de direitos incondicionados e invioláveis, enquanto a democracia importa na adoção de um sistema que toma decisões por meio de uma votação majoritária e eleições periódicas de autoridades.

⁴MURPHY, Walter F. Constitutions, constitutionalism and democracy. In: GREENBERG, Douglas; et al. (ed.). **Constitutionalism & democracy. Transitions in the contemporary world**. NY: Oxford Press, 1993. p. 9.

⁵ A doutrina brasileira reconhece a participação popular como um direito fundamental distinto da própria democracia. Vide sobre o tema: MELO, Juliane Andrea de Mendes Hey; SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. O direito à participação popular como expressão do Estado Social e Democrático de Direito. **A&C-Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, v. 17, n. 69, p. 127-147, 2017.

⁶GARGARELLA, Roberto. El constitucionalismo según John Rawls. Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades, 2005.

A questão de compor a democracia enquanto regra majoritária e harmonizá-la com a proteção aos direitos fundamentais proposta pelo constitucionalismo é a grande questão ainda sem resposta definitiva pela teoria constitucional ou democrática. Não obstante o desafio, vários autores já tentaram estabelecer uma resposta à intrigante questão.

A teor do que sustenta BONAVIDES⁷, a democracia em si mesma é um direito fundamental pois um princípio, logo dotado de normatividade a conferir legitimidade a todas as formas possíveis de convivência cidadã.

Bem coloca ANDRADE⁸ que a organização política de uma sociedade não é estranha à felicidade dos homens em uma sociedade democrática e participativa, por isso, os direitos fundamentais não podem ser vistos de maneira egoística, mas na vida comunitária. Continua:

De facto, continua a alargar-se a esfera dos direitos fundamentais, na sequência dos processos de acumulação que caracteriza, como vimos, o seu desenvolvimento genético. Os direitos fundamentais das pessoas, pelo seu carácter geral e universal, contendem, a final de contas, como toda a vida comunitária e isso representa uma tentação e um pretexto para que se estenda o prestígio e a especial proteção jurídica de que gozam a outros posições e situações cada vez mais longínquas do seu núcleo tradicional. Assistimos, pois, a um processo de alargamento que tende a integrar e a diluir progressivamente as posições jurídicas dos indivíduos nos complexos específicos de relações sociais em que estes se movem, ao mesmo tempo que multiplica os espaços de garantia à volta delas – isto é que tende a avolumar o que é designado como o lado objectivo dos direitos fundamentais.⁹

Cláudio Pereira de Souza Neto¹⁰ entende que a fundamentalidade material está nos preceitos que configuram as condições para a cooperação na deliberação democrática. Assim, com nítida base na democracia deliberativa, o autor atribui fundamentalidade material tanto aos direitos que exercem uma função imediata no processo democrático, como também para os direitos que garantem condições de efetivos participantes na comunidade jurídica. Com isso, garante-se tanto direitos de

⁷ BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 350.

⁸ ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**, 3ª ed., Almedina: Coimbra, 2004. p. 80.

⁹ ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**, 3ª ed., Almedina: Coimbra, 2004. p. 81.

¹⁰ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Teoria constitucional e democracia deliberativa**. Rio de Janeiro: renovar, 2006. p. 233 *et sequ.*

liberdade de expressão, de liberdade de informação e associação, como também direitos sociais a fornecerem pré-condições democráticas (ou condições de liberdade).

Com essa posição, abrem-se as portas para a grande questão do constitucionalismo atual. Considerando que a democracia é reconhecida como critério de fundamentalidade dos direitos, como poderiam os próprios direitos fundamentais limitarem a atuação da maioria?

Com efeito, tanto na esfera nacional como internacional, a doutrina observa uma tensão (aparente ou não, conforme melhor se verá a frente) entre o constitucionalismo que estabelece direitos fundamentais como os mais básicos da sociedade em contrapartida com a soberania popular.

Sultany¹¹ desenvolve a tensão entre a democracia e o constitucionalismo como uma questão de desenho institucional. Para o autor, o constitucionalismo é a moldura para a legitimidade da autoridade política, pois determina a separação dos poderes e também define normas que incorporam princípios básicos de justiça para governar a política e assegurar direitos individuais. Uma vez estipuladas as condições legítimas para a coerção legal e uma ordem legítima em funcionamento, os cidadãos podem buscar seus fins particulares, em conformidade com as regras fundamentais da comunidade. Mas como resolver conflitos, se o regime democrático imporia uma decisão majoritária a tudo? Enquanto a democracia, entendida como a regra de muitos, parece sugerir liberdade irrestrita à vontade da maioria, o constitucionalismo parece funcionar na direção oposta, impondo restrições a essa liberdade. Metaforicamente, explica Sultany, o constitucionalismo é o guardião que protege contra o fechamento da lacuna entre legitimidade e justiça.

Já disseram Chueri e Godoy que conciliar democracia e constitucionalismo é uma tarefa complexa e problemática ao impor um paradoxo:

Se a democracia significa o povo decidindo as questões politicamente relevantes da sua comunidade, isso inclui os conteúdos da constituição de um país, isto é, as normas que organizam as instituições do governo e estabelecem limites aos respectivos poderes governamentais. Entretanto, se o constitucionalismo significa limites à soberania popular, então alguns

¹¹ SULTANY, Nimer. The State of Progressive Constitutional Theory: The Paradox of Constitutional Democracy and the Project of Political Justification (August 1, 2012). **Harvard Civil Rights - Civil Liberties Law Review** (CR-CL), Vol. 47, No. 2, 2012. p. 381.

conteúdos da Constituição – *Law oflawmaking* –devem permanecer fora do alcance da decisão majoritária ou das deliberações democráticas¹²

Sultany¹³expõe que diversas teorias que já tentaram explicar essa tensão, podendo ser divididas em duas categorias, a depender de um discurso da unidade e um discurso da desunião.

Aqueles que pregam a unidade, defendem que o constitucionalismo democrático pode existir com base em argumentos racionais e casamento harmonioso de conceitos. Com isso, pode-se justificar a revisão judicial em um contexto em que o conflito pode e deve ser contido. Nessa categoria podemos encontrar duas vertentes: negação e reconciliação.

Os autores classificados por Sultany como negacionistas, negam a existência de uma tensão entre constitucionalismo e democracia. Nesta vertente, pode-se apontar John Rawls, Ronald Dworkin, Habermas, Hegel que redefinem a democracia como democracia constitucional com restrições da maioria. Logo, trata-se de uma questão de redefinição dos conceitos de democracia e de constitucionalismo.

A segunda vertente da união é a que prega a reconciliação da democracia com o constitucionalismo, já que assume que a tensão existe, mas entende que pode ser superada por meio de mudanças no papel ou na forma de revisão judicial¹⁴. Integram essa vertente John Hart Ely com o seu procedimentalismo democrático, Cass Sustein, Alexander Bickel, entre outros.

Já os autores que pregam a desunião, entendem que os conceitos não podem ser unidos de maneira não controversa a lograr atribuir legitimidade ao regime política e justificar ao mesmo tempo a prática da revisão judicial. Assim, o conflito não pode e sequer deve ser contido. Nesse sentido, podemos identificar duas vertentes da desunião: endosso e dissolução.

¹² CHUEIRI, Vera Karam de; GODOY, Miguel G.. Constitucionalismo e democracia: soberania e poder constituinte. **Rev. direito GV**, São Paulo, v. 6, n. 1, p. 159-174, junho, 2010. p. 160.

¹³ SULTANY, Nimer. The State of Progressive Constitutional Theory: The Paradox of Constitutional Democracy and the Project of Political Justification (August 1, 2012). **Harvard Civil Rights - Civil Liberties Law Review** (CR-CL), Vol. 47, No. 2, 2012. p. 385 *et seq.*

¹⁴ SULTANY, Nimer. The State of Progressive Constitutional Theory: The Paradox of Constitutional Democracy and the Project of Political Justification (August 1, 2012). **Harvard Civil Rights - Civil Liberties Law Review** (CR-CL), Vol. 47, No. 2, 2012.p. 405.

Aqueles que pregam o endosso, assumem a tensão como algo irreconciliável, mas que não leva a conclusões práticas negativas, uma vez que a revisão judicial pode ser justificada eventualmente. Pode ser enquadrado com endossante Frank Michelman, Lauren Tribe e outros.

Por fim, os dissolucionistas consideram que a tensão é irreconciliável e deve ser dissolvida conceitual e praticamente; portanto, a revisão judicial é ilegítima. Explica Sultany¹⁵ que a dissolução resolve a tensão praticamente renunciando ao constitucionalismo, como entendido pelo discurso da unidade e adotando o majoritarismo. A dissolução é uma imagem espelhada do discurso da unidade. Negação e reconciliação são antimajoritárias, enquanto a dissolução é majoritária. A posição de negação postula que a clareza conceitual leva à unidade dos conceitos; a posição de dissolução sustenta que leva à desunião. As posições de negação e reconciliação defendem a remoção de questões fundamentais como direitos básicos ou justiça processual da política; a posição de dissolução rejeita esta remoção. As posições de negação e reconciliação restringem a política democrática; a posição de dissolução defende políticas democráticas irrestritas. As posições de negação e reconciliação apoiam a revisão judicial; a posição de dissolução rejeita a revisão judicial. As posições de negação e reconciliação são argumentos para uma prática existente; a posição de dissolução é um argumento contra essa prática. É a teoria de Jeremy Waldron, Richard Parker e Mark Tushnet.

Diante da impossibilidade de nos aprofundarmos em todas as teorias propostas, optou-se por tratar da democracia deliberativa que nega a existência de tensão ao afirmar a cooriginalidade entre soberania popular e estado de direito¹⁶ por meio das teorias de John Rawls e Jürgen Habermas¹⁷ e do Constitucionalismo Popular

¹⁵ SULTANY, Nimer. The State of Progressive Constitutional Theory: The Paradox of Constitutional Democracy and the Project of Political Justification (August 1, 2012). **Harvard Civil Rights - Civil Liberties Law Review** (CR-CL), Vol. 47, No. 2, 2012. p. 420/421.

¹⁶ Para os autores desta corrente, o estado de direito é condição democrática, por isso não haveria verdadeira democracia sem respeito aos direitos fundamentais.

¹⁷ Ambos os autores reconhecem que suas teorias têm aspectos familiares, marcadas por fundamentos diferentes. Enquanto Habermas fundamenta sua teoria no ideal discursivo, Rawls busca a solução na posição original. RAWLS, John. Political Liberalism: Reply to Habermas. In: **The Journal of Philosophy** Vol. XCII, No 3, March 1995. p. 132.

de Mark Tushnet que valoriza a interpretação extrajudicial dos cidadãos (bem como grupos e movimentos sociais) fazem da Constituição¹⁸.

2.2. A DELIBERAÇÃO PÚBLICA NO LIBERALISMO DE JOHN RAWLS

Sem liberdade de expressão, sem liberdade de pensamento, sem garantia de pluralismo político, ou seja, de direitos fundamentais não há democracia¹⁹. O Estado de Direito, consubstanciado pelos direitos fundamentais não é um empecilho, mas um elemento constitutivo da democracia.

A democracia deliberativa não enxerga a limitação da maioria pelos direitos fundamentais como contrária à soberania popular ou democracia, mas como um instrumento a seu favor.

Esse é o ponto de encontro das teorias deliberativas sobre a democracia e os direitos fundamentais, partindo cada uma delas para caminhos diferentes em negar a referida tensão. Rawls opta pelo substancialismo, enquanto Habermas pelo procedimentalismo.

Para melhor compreender o tema, revisa-se a teoria rawlsiana, sem qualquer prejuízo ou demérito às demais posições doutrinárias. A razão pública de John Rawls terá especial importância no desenvolvimento da análise de sua teoria democrática, uma vez que Rawls não desenvolveu de maneira explícita a sua teoria democrática. A preocupação de Rawls foi desenvolver uma teoria de justiça, que acabou por perpassar pelo tema dos direitos fundamentais e os limites à deliberação de seu conteúdo.

Joshua Cohen²⁰, importante autor deliberativista, ao analisar a teoria de Rawls aponta que pouco foi escrito sobre a relação entre a teoria liberalista de Rawls e sua influência sobre a democracia. Alerta que Rawls no célebre livro 'A Teoria de Justiça'

¹⁸ GODOY, Miguel Gualano de. **Devolver a constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos interinstitucionais**. Tese (doutorado) - Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Defesa: Curitiba, 09/06/2015. p. 17.

¹⁹ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Teoria Constitucional e Democracia Deliberativa: um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.57.

²⁰ COHEN, Joshua. For a democratic society. In FREEMAN, Samuel Richard (ed.). **The Cambridge Companion to Rawls**. Cambridge: Cambridge University Press. p. 86.

nos esclarece como uma sociedade justa deve ser e como a justiça se ajusta aos participantes, mas não esclarece muito sobre a política ou a própria sociedade, bem como permaneceu silente quanto ao processo de argumentação pública, mobilização política ou mesmo sobre as decisões legislativas ou administrativas. Até mesmo o termo democracia não é encontrado no sumário da obra. A omissão de Rawls, conforme Cohen, deixaria a impressão de que a democracia foi denegrida ou até mesmo tida como subalterna à concepção de justiça, contudo não é o que o autor conclui.

No prefácio de 'A Teoria de Justiça', Rawls²¹ expressamente aponta que a sua teoria de justiça constitui a base moral mais apropriada para uma sociedade democrática. Com essa menção, fica claro que democracia tem um papel importante para Rawls e, apesar de não construir uma teoria democrática, o pensamento rawlsiano contribui para a teoria democrática. Assim, Cohen²² alerta que o regime político democrático pressupõe justiça e não apenas razões instrumentais.

Para Araújo²³, Rawls formula um *turning point* no pensamento político de matriz liberal ao enfatizar as questões de justiça e não de legitimidade. Assim, os conceitos de justiça e legitimidade, acrescidos da preocupação com a democracia, constroem uma nova tradição contratualista.

Na resposta de Rawls às críticas de Habermas²⁴, o autor desassocia a legitimidade de justiça na ordem democrática. Rawls²⁵ enfatiza que a legitimidade do governante diz respeito tão somente à maneira como chegou ao poder, ou seja, um pedigree. A legitimidade não garante que os governantes ajam com justiça, uma vez que advém de uma configuração institucional procedimental. A ideia de justiça é mais

²¹ RAWLS, John. **Uma Teoria de Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

²² COHEN, Joshua. For a democratic society. In FREEMAN, Samuel Richard (ed.). **The Cambridge Companion to Rawls**. Cambridge: Cambridge University Press.p. 86.

²³ ARAÚJO, Cícero. Legitimidade, justiça e democracia: o novo contratualismo de Rawls. **Lua Nova: Revista de Cultura e Política** [online]. 2002, n. 57. p. 73.

²⁴ O Journal of Philosophy publicou no mesmo volume n. 92, n. 3 (março de 1995) artigo de Jürgen Habermas analisando criticamente o pensamento político de John Rawls nomeado '*Reconciliation Through the Public use of Reason: Remarks on John Rawls's Political Liberalism*' e artigo de John Rawls respondendo as críticas tecidas por Habermas com o título '*Political Liberalism: Reply to Habermas*'. HABERMAS, Jürgen. Through the Public use of Reason: Remarks on John Rawls's Political Liberalism' In: **The Journal of Philosophy** Vol. XCII, nº 3, March 1995. RAWLS, John. Political Liberalism: Reply to Habermas. In: **The Journal of Philosophy** Vol. XCII, nº 3, March 1995.

²⁵ RAWLS, John. Political Liberalism: Reply to Habermas. In: **The Journal of Philosophy** Vol. XCII, nº 3, March 1995. p. 175.

forte que a de legitimidade, de modo a impor restrições ao que possa ser feito. As leis podem ser aprovadas por maiorias sólidas, mas ao mesmo tempo serem questionáveis e vistas como injustas.

Contudo, Rawls²⁶ deixa claro que apesar de distintas, há conexão entre justiça e legitimidade. Em primeiro lugar, aponta que o procedimento pelo qual as decisões e leis democráticas são aprovadas devem ser suficientemente justas, mesmo que não perfeitamente justas em um contexto social. Um segundo ponto trazido por Rawls²⁷ é que um procedimento legítimo é aquele que todos podem razoavelmente aceitar como livre e igual na tomada de decisões coletivas. Dessa forma, em uma guinada, as leis que sejam demasiadamente injustas tendem a ser também ilegítimas.

Portanto, para se aferir a justiça das decisões de um governo não basta analisar os procedimentos de legitimação das decisões, é preciso recorrer a juízos substantivos de justiça²⁸.

No que concerne à democracia e à justiça em Rawls, Cohen²⁹ aponta que estariam conectadas em três modos diversos: 1) um regime político democrático, que determina um arranjo político que garanta direito de participação, eleições e direitos de associação e expressão na participação esclarecida e efetiva; 2) uma sociedade democrática, em que os seus membros são pessoas livres e iguais; 3) uma democracia deliberativa³⁰, na qual a sociedade política tem o direito de argumentar apelando para razões situadas na cooperação entre pessoas livres e iguais.

Democracia e justiça estão conectadas pela necessidade de um regime democrático que tem como fundamento o princípio de justiça na sociedade entre

²⁶ RAWLS, John. Political Liberalism: Reply to Habermas. In: **The Journal of Philosophy** Vol. XCII, nº 3, March 1995. p. 176.

²⁷ RAWLS, John. Political Liberalism: Reply to Habermas. In: **The Journal of Philosophy** Vol. XCII, nº 3, March 1995. p. 176.

²⁸ ARAÚJO, Cícero. Legitimidade, justiça e democracia: o novo contratualismo de Rawls. **Lua Nova: Revista de Cultura e Política** [online]. 2002, n. 57. p. 75.

²⁹ COHEN, Joshua. For a democratic society. In FREEMAN, Samuel Richard (ed.). **The Cambridge Companion to Rawls**. Cambridge: Cambridge University Press. p. 87.

³⁰ Cohen não é o único autor a apontar Rawls como autor deliberativista, Michael Saward aponta que o próprio Rawls deixa essa condição explícita em um dos seus últimos textos *The idea of public reason revisited* publicado no *The University of Chicago Law Review* em 1997 (SAWARD, Michael. Rawls and deliberative democracy. In: **Democracy as public deliberation**. Routledge, 2018. p. 112-130).

iguais, ao passo que os princípios guiam os membros da sociedade com normas fundamentais de argumentação pública entre iguais³¹.

Na democracia, Rawls³² busca garantir valores substantivos por meio dos direitos fundamentais, ou seja, há uma preocupação moral em se estabelecer um resultado justo no processo de deliberação na esfera democrática. A deliberação serve justamente para isso, determinar como os princípios de justiça devem ser aplicados. Esse é o papel da razão pública, cerne para a aplicação da teoria rawlsiana para a democracia deliberativa.

Rawls³³, com fundamento em Kant, entende que o homem é o fim em si mesmo e não um meio para alcançar o bem-estar da comunidade. Assim, o autor pretende simular um ambiente ideal de deliberação que permita justificar princípios, como liberdades e direitos básicos (fundamentais), nomeando a ideia de `posição original`. Trata-se de “um estado de coisas no qual as partes são igualmente representadas como pessoas dignas e o resultado não é condicionado por contingências arbitrárias ou pelo equilíbrio das forças sociais”³⁴.

Para tanto, Rawls³⁵ recorre ao artifício do véu da ignorância, em que os homens não estarão em disputa e na busca de seus próprios interesses. As pessoas submetidas ao véu da ignorância não conhecem seu lugar na sociedade enquanto posição ou *status* sociais, dotes naturais, habilidades, inteligência, força, etc. O único fator conhecido é que a sociedade está sujeita às circunstâncias de justiça e qualquer consequência que possa decorrer disso. Desse modo, apartadas do conhecimento das suas reais condições de vida, garante-se a integridade do procedimento deliberativo. Com isso, dentro das múltiplas opções, tender-se-ia a tomar a decisão mais prudente, uma vez que força o indivíduo a pensar sobre o problema social sob um ponto de vista imparcial.

³¹ COHEN, Joshua. For a democratic society. In FREEMAN, Samuel Richard (ed.). **The Cambridge Companion to Rawls**. Cambridge: Cambridge University Press. p. 91.

³² RAWLS, John. **O liberalismo Político**. Trad. Dinah de Abreu Azevedo. 2ª ed. São Paulo: Ática, 2000. p. 268.

³³ RAWLS, John. **Uma Teoria de Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p. 129.

³⁴ RAWLS, John. **Uma Teoria de Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p. 129.

³⁵ RAWLS, John. **Uma Teoria de Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p. 147 *et seq.*

Claudio Pereira de Souza Neto³⁶ relembra que essa decisão em um ambiente ideal é nominada de “decisão *maximin*”, já que diante de uma pluralidade de opções, tende-se a escolher aquela cujos piores resultados são melhores que os possivelmente decorrentes das demais opções.

A questão que Rawls se propõe a responder em seguida é como uma sociedade democrática e justa preserva a estabilidade em uma sociedade com múltiplas doutrinas razoáveis sobre os mais diversos aspectos da vida em sociedade. Neste sentido, o objetivo do pluralismo político é “descobrir em que condições é possível haver uma base de justificação pública razoável no tocante a questões políticas fundamentais”³⁷. Para tanto, deve-se estabelecer e justificar a distinção entre razão pública e as muitas razões não públicas. Rawls chama de consenso sobreposto esses valores políticos que regulamentam as relações entre as pessoas e com o Estado³⁸.

Rawls define a razão pública numa sociedade democrática como “razão de cidadãos iguais que, enquanto corpo coletivo, exercem um poder político final e coercitivo uns sobre os outros ao promulgar leis e emendar sua constituição”³⁹. Esclarece que a razão pública não se aplica a todas as questões políticas, mas é limitada aos elementos constitucionais essenciais e questões de justiça, ou seja, determinar quem tem direito ao voto, igualdade de oportunidades, entre outras.⁴⁰

Importante ponto para a tese que se desenvolve neste trabalho é que para Rawls⁴¹, a razão pública se torna prevalente quando cidadãos atuam na argumentação política no fórum público, quando votam em eleições e em questões de justiça básica. Logo, em debates provocados na esfera pública, tal como consultas

³⁶ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Teoria Constitucional e Democracia Deliberativa: um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.100.

³⁷ RAWLS, John. **Uma Teoria de Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p. 147 *et seq.* p. 27.

³⁸ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Teoria Constitucional e Democracia Deliberativa: um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.111.

³⁹ RAWLS, John. **O liberalismo Político**. Trad. Dinah de Abreu Azevedo. 2ª ed. São Paulo: Ática, 2000. p. 263.

⁴⁰ RAWLS, John. **O liberalismo Político**. Trad. Dinah de Abreu Azevedo. 2ª ed. São Paulo: Ática, 2000. p. 263.

⁴¹ RAWLS, John. **O liberalismo Político**. Trad. Dinah de Abreu Azevedo. 2ª ed. São Paulo: Ática, 2000. p. 264.

públicas, audiências públicas, conselhos, etc.⁴², para a teoria rawlsiana a razão pública dali firmada irá prevalecer sobre qualquer outra.

Sward⁴³ relembra que para Rawls a razão pública apenas pode ser obtida por meio de cidadãos livres e iguais, isto é, a capacidade de manifestar a razão pública depende de instituições que garantam a liberdade individual e o autogoverno. Contudo, esclarece SULTANY⁴⁴ que para Rawls há uma prioridade da liberdade dos cidadãos em face da sua igualdade, o que se reflete na imposição de restrições constitucionais à tomada de decisões majoritárias para garantir que os direitos não sejam sacrificados no altar de preferências políticas. Tão somente nos últimos estudos é que Rawls passa a incluir a legitimidade democrática. Por conta disso, torna-se possível a atuação dos tribunais superiores na revisão judicial porque traz eficácia à razão pública, ou seja, desempenha um papel educativo e traz vitalidade ao fórum público. Neste sentido, Rawls é um autor que pode ser apontado como negacionista.

Com efeito, a razão pública cumpre com a sua função quando possibilita que os princípios básicos de justiça sejam justificados perante todos e aplicados escorreitamente, de forma que a argumentação política seja tanto persuasiva como racional⁴⁵.

Para tanto, algumas diretrizes na argumentação devem ser observadas:

Todas as formas de argumentação - quer individuais, associativas ou políticas - precisam respeitar certos elementos em comum: o conceito de julgamento, os princípios de inferência e as regras de evidência e muitas outras coisas, caso contrário não seria um formas de argumentação, mas talvez recursos retóricos ou meios de persuasão. Estamos interessados na razão, não simplesmente no discurso. Essa forma de argumentação deve, então, incorporar os conceitos fundamentais e os princípios da razão, e incluir critérios de correção e de justificação.⁴⁶

⁴² Mecanismos de participação popular que serão melhor estudados nos itens 3.2 e 4.2 deste trabalho.

⁴³ SAWARD, Michael. Rawls and deliberative democracy. In: **Democracy as public deliberation**. Routledge, 2018. p. 112-130

⁴⁴ SULTANY, Nimer. The State of Progressive Constitutional Theory: The Paradox of Constitutional Democracy and the Project of Political Justification (August 1, 2012). **Harvard Civil Rights - Civil Liberties Law Review** (CR-CL), Vol. 47, No. 2, 2012. p. 390.

⁴⁵ RAWLS, John. **O liberalismo Político**. Trad. Dinah de Abreu Azevedo. 2ª ed. São Paulo: Ática, 2000. p. 273.

⁴⁶ RAWLS, John. **O liberalismo Político**. Trad. Dinah de Abreu Azevedo. 2ª ed. São Paulo: Ática, 2000. p. 269.

Neste ponto, Rawls invoca as noções de razoabilidade e reciprocidade como diretrizes da indagação pública deliberativa. A razoabilidade está ligada ao senso de justiça, enquanto a racionalidade está ligada à capacidade de adotar uma concepção particular acerca do bem e de selecionar os meios de realizá-la⁴⁷. Portanto, "quem delibera lança mão de argumentos razoáveis, i. e., de argumentos que também devem ser aceitos pelos demais participantes de um esforço cooperativo"⁴⁸. Desta forma, o debate envolve o bem comum⁴⁹ e não interesses egoísticos. Por esta razão, Audard⁵⁰ aponta que o cidadão na teoria de Rawls torna-se ativo e construtor de uma ética pública construída por meio de preferências e escolhas dos cidadãos.

Neste sentido, Claudio Pereira de Souza Neto⁵¹ afirma que Rawls propõe um modelo de democracia deliberativa com aspecto substantivo⁵² ao entrelaçar a deliberação a princípios de justiça previamente justificados.

Observa-se pela breve exposição da teoria de Rawls no que concerne à deliberação que para este não há tensão entre o constitucionalismo (direitos fundamentais) e a democracia. A deliberação garante a justificativa para os princípios básicos que irão estruturar aquela sociedade.

É neste ponto que as teorias de Rawls e Habermas divergem, uma vez que para Habermas a garantia dos direitos fundamentais (ou princípios de justiça para Rawls) se dá no procedimento, como melhor será exposto no próximo item.

⁴⁷ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Teoria Constitucional e Democracia Deliberativa: um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.116.

⁴⁸ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Teoria Constitucional e Democracia Deliberativa: um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.117.

⁴⁹ Neste ponto, o interesse público a ser preservado como finalidade do ato administrativo será desenvolvido no item 4.1.2.2.

⁵⁰ AUDARD, Catherine. **Cidadania e democracia deliberativa**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2006. p.152.

⁵¹ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Teoria Constitucional e Democracia Deliberativa: um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.120.

⁵² Estefânia Maria de Queiroz Barboza explica que a democracia substantiva pauta-se no ideal do constitucionalismo com vistas a resultados garantísticos com a democracia, ou seja, intenta a proteção de valores substantivos por meio dos direitos fundamentais. BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Jurisdição Constitucional: Entre constitucionalismo e democracia**. São Paulo: Editora Fórum, 2007. p. 50-51.

2.3. A DEMOCRACIA DELIBERATIVA DE JÜRGEN HABERMAS

Habermas ao elaborar sua teoria procedimental deliberativa preocupa-se em justificar como cidadão livres em suas decisões submetem-se às normas jurídicas em geral, ou seja, a origem da legitimidade da norma jurídica e do próprio direito⁵³. Aduz que para o cidadão não sentir a coerção das pretensões normativas como violência deve traduzir a norma como uma coerção moral pelos seus próprios motivos. Em suma, os destinatários da norma apenas se sentiriam motivados a cumprir a norma se internalizassem os valores institucionalizados inerentes a elas mesmas.⁵⁴

Ocorre que, conforme Habermas alerta, em uma sociedade moderna e complexa que se desencanta pelo direito sagrado e metafísico, é necessário repensar a legitimidade da norma jurídica com a reorganização dos conceitos de moral, política e do direito. Neste sentido, “a positividade do direito pós-metafísico também significa que as ordens jurídicas só podem ser construídas e desenvolvidas à luz de princípios justificados racionalmente, portanto universalistas”⁵⁵.

Para Habermas, o direito é um complexo de reguladores da ação, pois entendido tanto como textos propositivos e interpretações normativas tanto como uma instituição. As normas jurídicas se diferenciam das normas morais porque têm uma eficácia direta para a ação, ao tempo que as instituições jurídicas se distinguem das instituições naturais porque são dotadas de racionalidade⁵⁶. Contudo, apesar de

⁵³ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. V. 1, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 95.

⁵⁴ Para Weber, a validade da ordem é mais do que um costume regular, pois é necessária uma orientação consciente por um consenso de valores reconhecidos intersubjetivamente, no sentido de que para os agentes as normas são exemplares ou obrigatórias. Desse consenso de valores que decorre a legitimidade da norma jurídica e sua própria aceitação. Contudo, não basta um consenso normativo, a norma também precisa de garantias por meio de autoridades, religiosas ou morais, que trarão uma fé racional em valores por meio de sanções internas. Caso isso não ocorra, o direito é a garantia externa que trará estabilidade para a sociedade por meio de sanções. Portanto, o participante deve contar com “conteúdos significativos incorporados no substrato normativo, e às ideias e valores a partir dos quais é possível esclarecer a pretensão à legitimidade ou a validade ideal de um sistema jurídico”. HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. V. 1, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 98.

⁵⁵ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. V. 1, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 100-101.

⁵⁶ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. V. 1, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 111.

diferenciarem-se, o direito ao ser convertido em positivo não rompe com as relações com a moralidade e com a própria política.

Interessante notar a reflexão que Habermas faz ao analisar as origens históricas do direito no sentido de que, apesar do direito aparentemente extrair sua legitimidade do poder político, percebe-se que é a evolução do direito que possibilita a aparição de um poder político e, por consequência, do poder estatal e do direito estatal⁵⁷.

Com efeito, estruturas de consciência moral acabam por entrelaçar o direito e a política, já que apenas normas moralmente obrigatórias tornam possível a transformação do poder fático em um poder normativo, ao tempo que apenas um poder legítimo pode impor as normas jurídicas e apenas o direito coercitivo pode utilizar-se da organização estatal⁵⁸.

Por este motivo é que não podemos simplesmente legitimar as normas jurídicas em mandatos políticos, já que representam formas de dominação política que não são consideradas como poder político juridicamente legitimado⁵⁹. A “fonte de toda a legitimidade” para Habermas está processo democrático de legiferação pautado na soberania popular e nos direitos humanos de igualdade e liberdade⁶⁰.

Neste sentido, Habermas evolui para extrair a legitimidade do direito da própria legalidade⁶¹. Melhor explica-se: o direito moderno está ligado ao conceito de direito subjetivo, que determina uma liberdade de ação ao cidadão a empregar livremente sua vontade. A própria caracterização das leis como gerais e abstratas traz

⁵⁷ HABERMAS, Jürgen. Como es posible la legitimidad por vía de legalidad?, in HABERMAS, Jürgen, **Escritos Sobre Moralidad y Eticidad**, Barcelona, Buenos Aires, México, Paidós/ICE da Universidad Autónoma de Barcelona, 1998. p. 22.

⁵⁸ HABERMAS, Jürgen. Como es posible la legitimidad por vía de legalidad?, in HABERMAS, Jürgen, **Escritos Sobre Moralidad y Eticidad**, Barcelona, Buenos Aires, México, Paidós/ICE da Universidad Autónoma de Barcelona, 1998. p. 28

⁵⁹ HABERMAS, Jürgen. Como es posible la legitimidad por vía de legalidad?, in HABERMAS, Jürgen, **Escritos Sobre Moralidad y Eticidad**, Barcelona, Buenos Aires, México, Paidós/ICE da Universidad Autónoma de Barcelona, 1998.

⁶⁰ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. V. 1, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 122.

⁶¹ HABERMAS, Jürgen. Como es posible la legitimidad por vía de legalidad?, in HABERMAS, Jürgen, **Escritos Sobre Moralidad y Eticidad**, Barcelona, Buenos Aires, México, Paidós/ICE da Universidad Autónoma de Barcelona, 1998. p. 28.

liberdade e possibilidade de cidadãos usufruírem de iguais direitos⁶². Há uma permanente relação entre direitos humanos (liberdade e igualdade) e a soberania popular. Para a institucionalização jurídica do procedimento que garante a soberania popular, mister a garantia dos direitos humanos como condição formal.⁶³

Com base em Rawls, Habermas entende que é o direito positivo que regulamenta de forma legítima o convívio político em uma sociedade. A legitimidade da legislação é dada pelo processo democrático que garanta autonomia política aos cidadãos e “os cidadãos são politicamente autônomos tão-somente quando podem compreender-se em conjunto como autores das leis às quais se submetem como destinatários”⁶⁴.

Assim, a pessoa sem direitos civis subjetivos não alcança o status de cidadão, portanto não haverá o próprio direito se não houver liberdade subjetiva de ação por parte de cidadão legitimados a participar do processo como cidadãos livres e iguais⁶⁵.

Contudo para legitimar-se é necessário compreender que cultura, sociedade e indivíduo⁶⁶ pressupõem-se reciprocamente. Não haverá um indivíduo social se não estiver apoiado nas tradições culturais que são consideradas reciprocamente pelos indivíduos⁶⁷. Por isso, o direito como uma ordem social alça as normas jurídicas para

⁶² HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. V. 1, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 113/114.

⁶³ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. V. 1, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 139.

⁶⁴ HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**. Estudos de teoria política. São Paulo: Loyola, 2002. p. 86.

⁶⁵ HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**. Estudos de teoria política. São Paulo: Loyola, 2002. p. 87.

⁶⁶ Habermas conceitua cultura, sociedade e personalidade (tratado também como indivíduo em suas obras): a) cultura é “o acervo de saber em que os participantes na comunicação se abastecem de interpretações para entenderem algo no mundo”; b) sociedade são “as ordens legítimas através das quais os participantes da interação regulam seus pertencimentos a grupos sociais, assegurando com ele a solidariedade”; e c) personalidade são “os atributos que convertem um sujeito em capaz de linguagem e de ação, isto é, que o capacitam a tomar parte de processos de entendimento e afirmar neles sua própria identidade” (HABERMAS, J. **Teoria de la acción comunicativa**: racionalidad. de la acción y racionalización social. Madrid: Taurus humanides, 1987. p. 196)

⁶⁷ Interessante é a crítica trazida por Thomas McCarthy de como poderemos chegar a acordos racionais e universais se devemos respeitadas as necessidades da sociedades: “Por um lado, há questões de justiça que devem ser reguladas por meio de normas obrigatórias a todos por igual; por outro lado, há questões referentes à vida boa, que não são suscetíveis de legislação universal, mas que devem ser consideradas em conexão com as diversas formas de vida e histórias de vida”. No mesmo sentido é a crítica tecida por Axel Honneth: “À teoria habermasiana, que quer fundamentar a pretensão normativa de uma teoria crítica da sociedade em uma ética procedimental do discurso,

uma legitimidade de nível superior, pois é a linguagem do direito que interliga todos os sistemas⁶⁸.

Ora, o processo democrático confronta os participantes com as expectativas da própria sociedade, pois os cidadãos precisam compreender as regras para a sua convivência. Por isso, o conceito de democracia de Habermas parte da 'razão comunicativa' e não na 'razão centrada no sujeito' que é predominante da filosofia moderna⁶⁹. O direito apenas conseguirá conservar a estabilidade dessas expectativas por meio do agir comunicativo⁷⁰, já que é a força do melhor argumento que terá autoridade e não o sujeito individual.

Apoiado em Kant e Rousseau, Habermas⁷¹ entrelaça os direitos fundamentais de liberdade e igualdade com a soberania popular. Não basta que a norma seja construída em processo de deliberação no agir comunicativo, ela deve gozar de racionalidade. Assim, a norma para ser aceita racionalmente deve possibilitar que todos a ela submetidos demonstrem sua aderência e o modo de exercício dessa autonomia política é assegurado pela formação discursiva da opinião e da vontade.

Neste jaez, Habermas conclui que

a vontade racional só pode formar-se no sujeito singular, então a autonomia moral dos sujeitos singulares deve passar através da autonomia política da vontade unida de todos, a fim de garantir antecipadamente, por meio do direito natural, a autonomia privada de cada um. Se a vontade racional só pode formar-se no sujeito superdimensionado de um povo ou de uma nação, então a autonomia política deve ser entendida como a realização autoconsciente da essência ética de uma comunidade concreta; e a autonomia privada só é protegida contra o poder subjogador da autonomia política através da forma não-discriminadora de leis gerais.⁷²

coloca-se o problema de que os princípios formais da moral têm de estar inseridos em contextos históricos e sociais". MELO, Rúion. Discursos práticos e esfera pública: sobre as críticas de Thomas McCarthy a Jürgen Habermas. *Idéias*, 2016, 7.2: 81-98.

⁶⁸ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. V. 1, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 111/112.

⁶⁹ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Teoria constitucional e democracia deliberativa**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 136.

⁷⁰ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. V. 1, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 115.

⁷¹ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. V. 1, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 137.

⁷² HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. V. 1, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 138.

Trata-se do princípio do discurso, ou o famoso princípio 'D'⁷³. Se discurso é que irá formar a vontade racional, a legitimidade do direito apoia-se em arranjos comunicativos, onde os participantes do discurso poderão analisar as normas jurídicas para verificarem se possuem a concordância de todos os possíveis atingidos.

Souza⁷⁴ bem coloca que é neste arranjo comunicativo que haverá críticas racionais entre os envolvidos na formação da opinião e vontade de modo a visibilizar interesses que são legítimos, bem como preconceitos e pretensões autoritárias em projeto de poder. “Somente as razões motivadas pela pretensão de entendimento são capazes de superar o teste do diálogo que tem lugar em contextos comunicativos”⁷⁵.

Tal condição é expressa em outro princípio fundamental para Habermas que é princípio da universalização, ou 'princípio U', que provê um meio de aferir os argumentos que são admissíveis na deliberação:

Toda norma válida tem que preencher a condição de que as consequências e efeitos colaterais que previsivelmente resultem de sua observância universal, para a satisfação dos interesses de todo indivíduo, possam ser aceitos sem coação por todos os concernidos.⁷⁶

⁷³ “São válidas as normas de ação às quais todos os possíveis atingidos poderiam dar o seu assentimento, na qualidade de participantes de discursos racionais”. Ibidem, p. 142.

⁷⁴ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Teoria constitucional e democracia deliberativa**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 137.

⁷⁵ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Teoria constitucional e democracia deliberativa**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 138.

⁷⁶ HABERMAS, Jürgen. **Consciência Moral e Agir Comunicativo**. 2 ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. Trad. Guido A. de Almeida. p. 147.

Os destinatários das normas passam a ser então simultaneamente seus autores⁷⁷. Por esta razão é que o procedimento a ser adotado na esfera discursiva deve estar claro para os participantes, senão, institucionalizado juridicamente.⁷⁸

Por isso, HABERMAS diz que “ao lado da instância hierárquica reguladora do poder soberano estatal e da instância reguladora descentralizada do mercado, ou seja, ao lado do poder administrativo e dos interesses próprios, surge também a solidariedade como terceira fonte de integração social”⁷⁹. Neste sentido, considera que o estabelecimento da vontade política horizontal, pautada no entendimento mútuo ou no consenso pela via comunicativa, deve gozar de primazia. Assim, os direitos políticos também deixam de ser vistos como negativos (como no liberalismo) e galgam um status positivo (direitos de cidadania, direitos de participação e comunicação política), pois garantem a “participação em uma práxis comum, por meio da qual os cidadãos só então se tornam o que tencionam ser – sujeitos politicamente responsáveis de uma comunidade de pessoas livre e iguais”⁸⁰.

Não basta assim o poder político-administrativo do Estado consubstanciado no monopólio do poder e violência para a legitimação do direito, pois é necessário

⁷⁷ Interessante a crítica trazida por Stephan Kirste: “No entanto, não é suficiente dizer que os autores são ao mesmo tempo destinatários dos direitos (BENHABIB, 2007, p. 15). O que é comum no autor e no destinatário e fundamenta os direitos humanos fundamentais e a democracia? Não está totalmente claro ainda, se, não para Habermas, todos os direitos humanos fundamentais contêm seu fundamento apenas no princípio do discurso, assim que, da mesma forma como para Rousseau, os direitos negativos são suplantados pelos ativos. Esse perigo existe também em todo caso em Sheila Benhabib. A “igual origem” significa tão somente que um princípio não deve ter primazia sobre o outro. Não significa que os Direitos Humanos Fundamentais e a Democracia teriam a mesma origem. A sua “intrínseca relação” refere-se à função equivalente para a institucionalização jurídica do princípio do discurso. O princípio do discurso necessita de ambos para a sua realização. A partir da instrumentalização da democracia para os direitos humanos fundamentais por meio da concepção liberal e da instrumentalização dos direitos humanos fundamentais para a democracia por meio da concepção republicana tem-se aqui a instrumentalização recíproca de ambos para o discurso.” KIRSTE, Stephan. O Direito Humano Fundamental à Democracia. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, 2016, n. 20 n. 20, p. 5-38. p. 17.

⁷⁸ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. V. 1, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 138.

⁷⁹ HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**. Estudos de teoria política. São Paulo: Loyola, 2002. p. 270.

⁸⁰ HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**. Estudos de teoria política. São Paulo: Loyola, 2002. p. 272.

garantir e respeitar os “canais de legitimidade criados na esfera pública por meio da vocalização de demandas e constituição de espaços de sociabilidade”⁸¹.

Assim, como informam COLET e COITINHO⁸², o poder político para ser exercido exige a transmissão de competência legislativa para a totalidade dos cidadãos, uma vez que são estes os sujeitos capazes de agir comunicativamente em prol do interesse comum. Nesta senda, o exercício da cidadania a limitar o poder arbitrário dos governantes é pressuposto do princípio democrático e atua como instrumento de emancipação social.

Interessante notar neste ponto que Habermas prega a necessidade de garantia do direito de liberdade no agir comunicativo na esfera pública. Para tanto, resgata o conceito de “liberdade comunicativa” de Klaus Gunther, para qual a autonomia privada garante a uma liberação das obrigações da liberdade comunicativa. O direito coercitivo apenas será legítimo se possibilitar aos seus destinatários a renúncia ao exercício de liberdade comunicativa⁸³.

O que Habermas tenta dizer é que a liberdade do sujeito participante da esfera pública deve ser tamanha que escolhe participar ou não do arranjo comunicativo⁸⁴:

⁸¹ ASENSI, Felipe Dutra; JUNIOR, Natália Pacheco. Legitimidade do direito, sociedade e estado: tensionando Habermas e o pluralismo jurídico. In: **VXII Encontro Preparatório Para o Congresso Nacional do Conpedi**. 2008. p. 3479

⁸² COLET, Charlise Paula; COITINHO, Viviane Teixeira Dotto. O PODER LOCAL COMO ESPAÇO DE ARTICULAÇÃO DA CIDADANIA E CONSTRUÇÃO DO DIREITO SOCIAL: a refundação política do Estado Democrático pela ação comunicativa de Jürgen Habermas. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, 2011, 10.10: 137-163. p. 141 e 145.

⁸³ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. V. 1, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 158.

⁸⁴ Nas palavras de Habermas: “Liberdade comunicativa só existe entre atores que desejam entender-se entre si sobre algo num enfoque performativo e que contam com tomadas de posições perante pretensões de validade reciprocamente levantadas. Essa característica peculiar de liberdade comunicativa, que depende sempre de uma relação intersubjetiva, explica por que ela se liga a obrigações ilocucionárias. Para alguém poder tomar uma posição, dizendo “sim” ou “não”, é preciso que o outro esteja disposto a fundamentar, caso se torne necessário, uma pretensão levantada através de atos de fala. (...) Por isso, a autonomia privada de um sujeito de direito pode ser entendida essencialmente como a liberdade negativa de retirar-se do espaço público das obrigações ilocucionárias recíprocas para uma posição de observação e de influência recíproca. A autonomia privada vai tão longe, que o sujeito do direito não precisa prestar contas, nem apresentar argumentos publicamente aceitáveis para seus planos de ação.” HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. V. 1, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 156.

A teoria de Habermas não depende do permanente engajamento do cidadão, mas da institucionalização dos procedimentos que propiciam a sua efetiva participação em critérios de igualdade e liberdade.

A teoria discursiva, segundo Habermas, associa ao processo democrático conotações normativas mais fortes que o modelo liberal e mais fracas que o republicano, evitando que a política deliberativa dependa de uma cidadania coletivamente capaz de ação, mas de uma institucionalização dos procedimentos correspondentes. Assim como o todo social não deve centrar-se no Estado, enquanto macro-sujeito que se propõe um fim ou bem comum, tampouco se concentra num sistema de normas constitucionais que regulem de maneira inconsciente, mais ou menos automática, o equilíbrio de poder e o compromisso de interesses conforme o modelo do tráfico mercantil. O modelo procedimental da teoria do discurso, segundo Habermas, concebe, ao contrário, a intersubjetividade de ordem superior que representa processos de entendimento mútuo (*Verständigung*) que se efetuam na forma institucionalizada de deliberações nas corporações parlamentares ou na rede de comunicação dos espaços públicos políticos.⁸⁵

Em suma, do princípio do discurso e sua forma jurídica é que irá se extrair o princípio democrático, considerado a 'gênese lógica de direitos'⁸⁶.

Com efeito, Habermas considera que o princípio da democracia é o núcleo do sistema de direitos, pois a origem dos direitos se dá por meio da aplicação do princípio do discurso ao direito de liberdade de ação em geral, que institui a forma jurídica e condições do exercício discursivo da autonomia política. "A gênese lógica do direito desses direitos forma um processo circular, no qual o código do direito e o mecanismo para a produção do direito legítimo, portanto o princípio da democracia, se constituem de modo cooriginário"⁸⁷.

Neste sentido, os direitos fundamentais que devem ser atribuídos aos participantes reciprocamente para garantir a estabilidade jurídica do princípio do discurso são de cinco categorias: 1) direito fundamental de igualdade nas liberdades subjetivas de ação; 2) direito fundamental que garanta ao participante o status de membro da comunidade jurídica; 3) direito fundamental de acesso ao poder judiciário;

⁸⁵ DE OLIVEIRA, Nythamar. Mundo da vida, ethos democrático e mundialização: a democracia deliberativa segundo Habermas. **DoisPontos**, 2008, p. 64.

⁸⁶ HABERMAS, Jürgen. HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. V. 1, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 158.

⁸⁷ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. V. 1, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 158.

4) direito fundamental de participação em igualdade de condições no processo de formação da opinião e da vontade e 5) direitos fundamentais de condições de vida para exercerem os direitos em igualdade.⁸⁸

Destaca-se que os direitos políticos devem ser garantidos a todos com a participação nos processos de deliberação e de decisão relevantes para a legislação, com participação simétrica e livre para os cidadãos criticarem pretensões de validade postas na esfera pública⁸⁹.

Tais direitos, portanto, funcionam simultaneamente como pré-requisito e como limite à deliberação neste processo circular de criação do direito. Uma vez respeitados no processo deliberativo tais direitos, a deliberação é aberta em seus resultados no que concerne ao conteúdo. Por esta razão é que a democracia deliberativa proposta por Habermas é considerada como procedimental. É o procedimento limitado pelos direitos fundamentais que guiará a autonomia política garantida pela soberania popular.

Logo, conclui-se que Habermas é um autor negacionista, ao entender que o constitucionalismo assegura condições para a gênese democrática das leis⁹⁰.

Para Habermas a fundamentação das normas jurídicas e do próprio direito, se dá pela via deliberativa pautada no agir comunicativo. É pautada pelo princípio do discurso que garante a todos os participantes avaliar se o direito que estão criando é de fato legítimo⁹¹.

Segundo Habermas, em uma era pós-metafísica, a legitimidade do direito deve ser embasada na relação entre a autonomia privada e pública dos indivíduos. Ele argumenta que o direito só é legítimo quando é produzido por meio de um processo democrático que respeita os direitos fundamentais dos cidadãos. Para isso, ele propõe

⁸⁸ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. V. 1, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 159.

⁸⁹ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. V. 1, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 164.

⁹⁰ SULTANY, Nimer. The State of Progressive Constitutional Theory: The Paradox of Constitutional Democracy and the Project of Political Justification (August 1, 2012). **Harvard Civil Rights - Civil Liberties Law Review** (CR-CL), Vol. 47, No. 2, 2012. p. 396.

⁹¹ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. V. 1, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 163.

que a formação do direito legítimo seja baseada em um consenso não-coercitivo e racional entre indivíduos autônomos⁹².

Entretanto, Habermas observa que a filosofia política moderna e contemporânea não resolveu de forma satisfatória a tensão entre a autonomia pública, representada pela soberania popular, e a autonomia privada, representada pelos direitos fundamentais. Ele sugere que essa tensão pode ser solucionada aplicando o Princípio do Discurso ao processo jurídico de normatização.⁹³

AVRITZER entende que a concepção habermasiana de discurso racional resgata uma dimensão argumentativa ao rejeitar dois pressupostos:

o pressuposto de que a vontade da maioria, ou a homogeneidade da comunidade ética pode se auto-legitimar na política moderna e o pressuposto de que é possível barganhar em torno de interesses pre-estabelecidos. A essas duas concepções, Habermas opõe uma terceira que é baseada na idéia de deliberação argumentativa. Essa concepção passa a atribuir à esfera pública o papel de se tornar o local de uma deliberação comunicativa na qual as diferentes concepções morais e as diferentes identidades culturais se colocariam em contacto gerando uma rede de procedimentos comunicativos que, na concepção do autor de "Entre Fatos e Normas" se aproximaria da realização do princípio (D). De acordo com essa concepção a deliberação democrática envolveria "...uma soberania popular procedimentalizada e um sistema político ligados a redes periféricas de uma esfera pública política..."(Habermas,1994:7)⁹⁴

Porém, outros elementos surgem no âmbito do discurso como a linguagem do direito e a coerência do discurso. "A formação política da vontade culmina em decisões sobre políticas e leis, que precisam ser formuladas na linguagem do direito"⁹⁵.

Habermas conceitua argumentos como razões que por meio da fala movem racionalmente os participantes da argumentação a aceitar como válidas proposições normativas ou descritivas⁹⁶.

⁹² CONSANI, Cristina Foroni. A democracia deliberativa habermasiana e o déficit de representatividade. **Dois Pontos**, v. 13, n. 2, 2016.

⁹³ CONSANI, Cristina Foroni. A democracia deliberativa habermasiana e o déficit de representatividade. **Dois Pontos**, v. 13, n. 2, 2016.

⁹⁴ AVRITZER, Leonardo. **Teoria democrática e deliberação pública em Habermas e Rawls**. Departamento de Ciência Política da UFMG.[online] Available from: <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/anpocs00/gt19/00gt1912.doc> [Accessed 5 March 2010], 2000. p. 21.

⁹⁵ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. V. 1, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 210.

⁹⁶ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. V. 1, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 281.

GÜNTHER⁹⁷ resgata o conceito de princípio da universalização (U) como regra de argumentação, se houver aceitação das razões apresentadas por participantes com direitos iguais. Contudo, tal princípio não garante a validade e adequação situacional da norma jurídica. “Normas jurídicas gerais e singulares precisam, portanto, derivar de discursos capazes de ser concluídos por meio de uma decisão”⁹⁸, pois submetidos a uma limitação temporal e conhecimento incompleto.

Aduz o autor que a legitimidade dos resultados do discurso depende das argumentações que foram admitidas, pois diferem-se as argumentações de fundamentação da norma e as argumentações para a aplicação da norma.

Enquanto o discurso argumentativo de aplicação demanda adequabilidade (das normas ao caso concreto), o discurso de justificação não consegue prever todas as possíveis situações de aplicação de uma norma:

Günther demonstra que o discurso de justificação, por si só, carece de adequabilidade [Angemessenheit], por não considerar as características distintivas de cada situação de aplicação. O discurso de justificação não consegue, previamente, considerar todas as possíveis situações de aplicação e suas características relevantes. Assim, o primeiro movimento de Günther é afirmar e fundamentar a necessidade de um discurso de aplicação para complementar o discurso de justificação. Adiciona a isso que a argumentação jurídica é um caso especial do discurso de aplicação.⁹⁹

Nosso interesse no momento se restringe às argumentações de fundamentação da norma, apesar de concordar que a validade da norma também dependa da argumentação de adequabilidade.

Para se analisar se um argumento é um bom argumento a ponto de contribuir para a aceitação da pretensão pelos envolvidos (princípio U), é necessário localizar o argumento no interior do ‘jogo da argumentação’. Somente se irá alcançar a

⁹⁷ GÜNTHER, Klaus. Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: justificação e aplicação. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 241.

⁹⁸ GÜNTHER, Klaus. Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: justificação e aplicação. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 243.

⁹⁹ BRESOLIN, Keberson. Klaus Günther e a nova perspectiva sobre a teoria da argumentação: justificação e aplicação//Klaus Günther and the new perspective on the argumentation theory: justification and application. **CONJECTURA: filosofia e educação**, 2016, 21.2: p. 340.

racionalidade por meio de um procedimento argumentativo que busca cooperativamente a verdade¹⁰⁰.

Habermas¹⁰¹ nos explica que a racionalidade da norma é então encontrada pela prática da argumentação que irá assumir uma posição ampliada do sujeito que busca a compreensão do mundo e da autocompreensão de todos os participantes. É uma reversibilidade das expectativas dos participantes, do individual para o coletivo em sociedade.

Dos discursos não há produção de experiência ou fatos, mas tão somente de argumentos. Ocorre que, diante de múltiplos argumentos, o acordo de todos é inatingível, por isso, Habermas indica que somente um consenso fundado é que serve como critério de validade das normas jurídicas. Consenso fundado é a força do melhor argumento, que é produzido argumentativamente com a possibilidade estrutural de interrogar, modificar e substituir a linguagem utilizada na deliberação.¹⁰²

O modelo deliberativo habermasiano não se funda na lógica de consenso de todos, mas na estrutura do processo de debate. Como condição procedimental do debate, Habermas indica uma condição ideal de fala, onde a fala não é impedida por coações internas na medida que se garante simétricas condições de oportunidades a todos para escolher e falar¹⁰³.

As condições de fala são convertidas por ALEXY em regras de um discurso prático:

- 1) pode fazer parte do discurso todo aquele que consegue fazer uso fala;
- 2) Todos os falantes têm liberdade de discussão, para:
 - a. problematizar qualquer asserção;
 - b. introduzir qualquer asserção;
 - c. expressar opiniões, desejos e necessidades;

¹⁰⁰ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. V. 1, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 283.

¹⁰¹ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. V. 1, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 284.

¹⁰² ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. 4ª ed. São Paulo: Landy Editora, 2017. p. 117.

¹⁰³ ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. 4ª ed. São Paulo: Landy Editora, 2017.

- 3) Os direitos de participação no discurso (1) e de liberdade de discussão (2) devem ser exercidos sem coerção interna ou externa ao discurso.

Depreende-se das regras do discurso prático e das condições ideais de fala que os direitos de liberdade e igualdade pressupostos na deliberação são essenciais para a argumentação. SOUZA bem indica que “quando alguém se engaja em um esforço argumentativo, espera ser ouvido e respeitado, e poder interagir em igualdade de condições”¹⁰⁴.

ALEXY¹⁰⁵ critica as regras de fundamentação sob o argumento de que apesar de a teoria habermasiana ser um belo ideal, não serviria para as ciências normativas como o direito, por isso, deve ser complementada. O primeiro ponto seria incluir o direito de qualquer cidadão a qualquer tempo poder exigir a comprovação discursiva da norma, de modo a evitar a existência de normas discursivamente impossíveis.

Neste sentido, ALEXY¹⁰⁶ resgata as duas formas de argumento que podem ser utilizadas: 1) justificação de juízo de valor ou de dever mediante uma regra e 2) justificação de uma regra mediante indicação das consequências diretas e indiretas para a satisfação das suas necessidades.

Trata-se do princípio da ‘generalizabilidade’ de Habermas, que sustenta ser a norma fundamentada se todos os destinatários podem aceitar as suas consequências diretas e indiretas na satisfação das necessidades de qualquer indivíduo.

Diante do exposto, percebe-se que a teoria de Habermas acerca da democracia pautada no agir comunicativo eleva a esfera deliberativa e a necessidade de se encontrar o melhor argumento. É neste sentido que seus ensinamentos serão cotejados com a tese que ora se constrói no último capítulo.

Por fim, também como fundamento teórico filosófico é necessário analisar a teoria de Mark Tushnet sobre o constitucionalismo popular, uma vez que o autor

¹⁰⁴ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Teoria constitucional e democracia deliberativa**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 143.

¹⁰⁵ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. 4ª ed. São Paulo: Landy Editora, 2017. p. 132.

¹⁰⁶I ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. 4ª ed. São Paulo: Landy Editora, 2017. p. 133.

apesar de não se inserir dentre os deliberativos, propõe uma visão participativa relevante no processo democrático.

2.4. O CONSTITUCIONALISMO POPULAR DE MARK TUSHNET

A participação popular na governança e na formulação de políticas públicas tem sido um tema central no debate democrático contemporâneo. Neste contexto, a teoria de Mark Tushnet oferece uma perspectiva crítica sobre a relação entre o povo e o poder estatal, questionando as estruturas jurídicas tradicionais e propondo uma visão mais inclusiva e participativa do processo democrático. É neste sentido que a análise do constitucionalismo popular de Mark Tushnet galga relevância no presente trabalho, uma vez que suas ideias contribuem para uma compreensão mais profunda e democrática da participação cidadã.

2.4.1. Reivindicação de um Papel Protagonista do Povo na Construção do Estado

Mark Tushnet faz parte de um grupo de autores norte americanos que se referenciam como adeptos de um constitucionalismo popular, críticos da atenção obsessiva que a teoria jurídica demonstra com o Poder Judiciário¹⁰⁷.

Conforme o constitucionalismo popular, o povo apresenta papel de autoridade máxima no processo de interpretação constitucional, portanto, o papel do povo é decisório no processo constitucional. Tushnet¹⁰⁸ garante que o judiciário não seria capaz de garantir os direitos fundamentais, colocando-os em perigo.

Quando se argumenta sobre o papel das cortes na interpretação constitucional, um dos principais pontos levantados é a necessidade de concentração de sua atividade para manter o Estado de Direito. Sem essa concentração, poderia

¹⁰⁷GARGARELLA, Roberto. "El Nacimiento Del 'Constitucionalismo Popular.'" **Revista de Libros de La Fundación Caja Madrid**, no. 112, 2006, pp. 15–18.

¹⁰⁸TUSHNET, Mark V. **Popular Constitutionalism as Political Law**. Chicago-Kent Law Review, Chicago, v. 81. p. 999-1000, 2006.

surgir uma anarquia perigosa, onde diversas interpretações causariam confusão e tornariam difícil discernir a conduta adequada ou o sentido correto a ser seguido. Nesse cenário, sem intervenção judicial para resolver essas discordâncias, os problemas permaneceriam sem solução e as controvérsias sem fim.

O Constitucionalismo Popular, conforme delineado por Mark Tushnet¹⁰⁹, é uma abordagem que privilegia o diálogo como fundamento para a construção do direito constitucional. Nesse processo dialógico, o povo, seus representantes políticos e as cortes contribuem simultaneamente com interpretações constitucionais, gerando um ambiente de interação onde emerge o *corpus juris* constitucional.

Ao contrário das abordagens tradicionais, onde os tribunais detêm primazia interpretativa, no Constitucionalismo Popular as cortes não ocupam um papel central nesse diálogo. Aqui, o povo e os poderes legislativo e executivo têm o poder de aceitar ou rejeitar as decisões judiciais, demonstrando que a legitimidade constitucional não reside exclusivamente na jurisdição.¹¹⁰

Essa abordagem reafirma que a participação política do povo é essencial na formação do direito constitucional. Tushnet destaca que o Constitucionalismo Popular advoga pela ideia de que todos devem contribuir para a construção desse direito por meio de suas atividades políticas.¹¹¹

Portanto, para o Constitucionalismo Popular, a voz final e definitiva não pertence exclusivamente às Cortes, mas sim ao povo. É esse engajamento político e participativo que molda verdadeiramente o tecido constitucional de uma nação.

O debate sobre constitucionalismo popular se desenvolveu nos Estados Unidos, nos anos 2000, em detrimento a uma atuação conservadora da Suprema Corte. Esse movimento possui dimensões normativas e descritivas e indica que estejamos mais atentos às questões entre os cidadãos e a Constituição. Essa ideia acredita na possibilidade de uma constituição acessível a todos, rejeitando o elitismo e a centralidade. Muitos autores divergem sobre as questões de supremacia judicial,

¹⁰⁹ TUSHNET, Mark V. **Popular Constitutionalism as Political Law**. Chicago-Kent Law Review, Chicago, v. 81. p. 999-1000, 2006.

¹¹⁰ TUSHNET. **Taking the Constitution Away from the Courts**. New Jersey: Princeton University, 1999a, p.140

¹¹¹ TUSHNET. **Taking the Constitution Away from the Courts**. New Jersey: Princeton University, 1999a, p.141

já Mark Tushnet aponta que a supremacia judicial pode levar a um comportamento irresponsável por parte do Congresso. Isso acontece porque, em certos casos, o Congresso pode deliberadamente desobedecer a Constituição, confiante de que suas ações serão corrigidas pelos tribunais. Inicialmente, Tushnet era contra qualquer forma de controle judicial da constitucionalidade, argumentando que não apenas seria ineficaz devido à falta de poder para impor suas decisões, mas também desnecessário, já que os atores políticos seriam capazes de resolver questões controversas por conta própria. No entanto, mais tarde, ele passou a apoiar mecanismos de controle constitucional "fraco", nos quais haveria um diálogo e deferência às decisões da maioria.¹¹²

Para fundamentar sua crítica à supremacia judicial, Tushnet introduz dois conceitos distintos de Constituição: a "Constituição grossa" e a "Constituição fina". De acordo com o autor, ambas possuem importância dentro do contexto da organização estatal e da proteção dos direitos fundamentais. A Constituição grossa, ou "*thick Constitution*", refere-se principalmente à estrutura básica do Estado, incluindo regras e procedimentos relacionados às rotinas administrativas e princípios essenciais para o funcionamento eficiente do governo. Embora esses aspectos sejam relevantes para a administração do Estado, eles geralmente não despertam grande interesse por parte do Poder Judiciário ou da população em geral. Ou seja, a constituição grossa é a base estrutural do estado.¹¹³

Já a constituição fina está atrelada ao respeito aos direitos fundamentais, visando os desejos primordiais do indivíduo como liberdade de expressão, igualdade e liberdade. A constituição fina se preocupa com as garantias do ser humano, para que se evite que a Suprema Corte afirme o que é a constituição. A constituição seria o que a suprema corte determina e sim, seria o que é, pois expressa os direitos e deveres fundamentais dos cidadãos.¹¹⁴

¹¹² AMAR, Vikram; TUSHNET, Mark V. (ed.). **Global perspectives on constitutional law**. Oxford University Press, 2009.

¹¹³ TUSHNET. **Taking the Constitution Away from the Courts**. New Jersey: Princeton University, 1999, p.9-11.

¹¹⁴ TUSHNET. **Taking the Constitution Away from the Courts**. New Jersey: Princeton University, 1999, p.9-11.

Seria assim, o constitucionalismo popular o reflexo da constituição fina, pois seria uma constituição alçada nas questões dos direitos humanos e a serviço de um governo autônomo. Sendo assim, o constitucionalismo popular deve buscar a constituição fina. Ele traz a necessidade de uma reabilitação do poder ao povo, trazendo as pessoas como principais atores na tomada de decisões, por isso a constituição precisa ser compreendida pelo povo.¹¹⁵

No constitucionalismo popular quem atua como protagonista é o poder público e não a Corte. O povo, o poder legislativo e o poder executivo. Nesse caso, a corte mobiliza as questões constitucionais e o povo mobiliza os seus representantes políticos.¹¹⁶

Conforme as críticas de Tushnet, os liberais teriam medo de que o povo decidisse questões importantes, preferindo assim, que a Suprema Corte. Os liberais defendem o papel da Suprema Corte quanto à tomada de decisões. A corte deixou de decidir em favor do povo, gerando controvérsias, como os direitos religiosos e os direitos a ações afirmativas. O apoio judicial a questões conservadoras traz muitas críticas. Enquanto os conservadores entendem que o povo deve se submeter a autoridade da constituição e dos juízes, os quais seriam os guardiões dos valores e dos princípios fundamentais da sociedade. Tushnet acreditava que o direito constitucional se basearia na democracia, ela seria o caminho para manutenção da ordem social, a democracia seria o princípio para resolver divergências.¹¹⁷

Partindo do pressuposto sociológico de que o compromisso com a Constituição fina é crucial para a integração social e a definição da identidade da sociedade americana, Tushnet¹¹⁸ destaca que é esse elemento, e não características como raça, religião ou etnia, que constitui o povo dos Estados Unidos:

O argumento normativo para a Constituição fina sustenta que, no nível da autodefinição nacional, não é raça, não é religião, não é etnia, mas um compromisso com os princípios constitucionais que define o povo dos

¹¹⁵ TUSHNET. **Taking the Constitution Away from the Courts**. New Jersey: Princeton University, 1999, p.9-11.

¹¹⁶ TUSHNET, Mark V. **Popular Constitutionalism as Political Law**. Chicago-Kent Law Review, Chicago, v. 81. p. 999, 2006.

¹¹⁷ TUSHNET. **Taking the Constitution Away from the Courts**. New Jersey: Princeton University, 1999. p.11.

¹¹⁸ TUSHNET. **Taking the Constitution Away from the Courts**. New Jersey: Princeton University, 1999^a. p.11

Estados Unidos". Assim, é essa "Constituição", em vez de seu texto completo, que é relevante para seu argumento.¹¹⁹

Considerando a diversidade de interpretações sobre o conteúdo constitucional, ao invés de adotar uma série de princípios imutáveis, a noção de Constituição é relacionada àquela elaborada por Ackerman, onde sua interpretação permite mudanças, incorporando novos princípios. No entanto, mantém-se o compromisso fundamental com os princípios da Declaração de Independência e do Preâmbulo constitucional.¹²⁰

Portanto, questiona-se inicialmente a ligação entre estabilidade e a atribuição da palavra final à Suprema Corte, defendendo-se em vez disso um protagonismo das lideranças políticas, cujas deliberações legislativas promovem uma maior composição - essa sim capaz de gerar estabilidade¹²¹. Em segundo lugar, delimita-se o conteúdo da interpretação a certos princípios, especialmente as liberdades e a igualdade, capazes de gerar novas compreensões e, acima de tudo, de integrar a sociedade americana.

Assim, o argumento de Tushnet em relação à interpretação constitucional popular - ou política - pode ser resumido da seguinte forma: se a interpretação feita pelas Cortes não consegue trazer mais estabilidade ao sistema do que aquela realizada pelo Congresso, então, do ponto de vista democrático, a decisão final sobre o conteúdo da Constituição cabe à maioria do segundo.

No entanto, além das questões de estabilidade e do conteúdo a ser interpretado, outro eixo importante sustenta o desenho de Tushnet: a crítica à competência das Cortes como melhores intérpretes. Depois de questionar os fundamentos da necessidade de uma instituição para acabar com a anarquia e de um texto legal estritamente inacessível ao público em geral, o terceiro pilar a ser desconstruído é o da função contramajoritária da revisão judicial e seu papel histórico na proteção dos direitos individuais.

¹¹⁹ TUSHNET. **Taking the Constitution Away from the Courts**. New Jersey: Princeton University, 1999^a. p.11

¹²⁰ TUSHNET. **Taking the Constitution Away from the Courts**. New Jersey: Princeton University, 1999. p.50.

¹²¹ TUSHNET. **Taking the Constitution Away from the Courts**. New Jersey: Princeton University, 1999. p.52.

Tushnet¹²² propõe uma discussão sobre os incentivos institucionais para o comportamento dos legisladores, ou seja, as motivações que existem para que eles observem os princípios e valores da chamada Constituição fina.

Seu argumento parte de um diagnóstico pessimista: de que os incentivos existentes não seriam suficientes para orientar o comportamento dos representantes. Alguns podem observar o compromisso com os princípios e com seus eleitores, mas a maioria estaria distante de ambos. No entanto, Tushnet¹²³ relaciona esse problema à existência do judicial review, cuja predominância influencia na inação dos agentes políticos. Se fosse eliminado, tanto o povo quanto seus representantes passariam a se sentir responsáveis pela decisão final, e essa mudança seria incorporada à dinâmica eleitoral e partidária.

De acordo com a proposta, os candidatos a cargos políticos, tanto aspirantes quanto eleitos, teriam interesse em adotar uma postura responsável em relação aos direitos constitucionais, pois o próprio povo demonstraria um compromisso com esses direitos.

Além disso, considerando a compreensão teórica estabelecida sobre o Legislativo, Tushnet¹²⁴ relativiza essa visão, sugerindo que ele é capaz tanto de uma competência mais abstrata, tradicional, relacionada a questões gerais, quanto prática, capaz de lidar com demandas concretas (uma capacidade geralmente associada às cortes): "os legisladores na política ordinária estão profundamente inseridos nas realidades da vida pública. Grupos de interesse os tornam conscientes do impacto que suas propostas terão na vida cotidiana"¹²⁵

Ao relativizar a diferença entre lei e Constituição, entre intérpretes mais ou menos abstratos, ainda há um último ponto substancial. Tushnet argumenta que a suposta falta de compromisso popular com o conteúdo constitucional, na verdade, seria uma falta de compromisso com o conteúdo interpretado pelas Cortes. Para ele,

¹²² TUSHNET. **Taking the Constitution Away from the Courts**. New Jersey: Princeton University, 1999. p.52.

¹²³ TUSHNET. **Taking the Constitution Away from the Courts**. New Jersey: Princeton University, 1999, p.66.

¹²⁴ TUSHNET. **Taking the Constitution Away from the Courts**. New Jersey: Princeton University, 1999. p.68.

¹²⁵ TUSHNET. **Taking the Constitution Away from the Courts**. New Jersey: Princeton University, 1999. p.68.

isso seria óbvio, já que se houvesse concordância, não haveria conflito entre leis e decisões judiciais¹²⁶. No entanto, ele questiona a crítica que desacredita a interpretação popular, argumentando que na verdade isso representaria uma visão antidemocrática.

Tushnet¹²⁷ valoriza a importância da mobilização social, já que a constituição não movia o povo e sim seus protestos e manifestações. Portanto, a força para as mudanças estaria na mão do próprio povo. Ou seja, organizar grupos passou a ter caráter prioritário levando a influência política e ideológica para que os argumentos ganhem do poderio da Corte. A interpretação da constituição deve ser de cunho popular em detrimento da interpretação da Corte.

Dentro desse escopo Tushnet¹²⁸ enumera quatro conjecturas efetivas para a vida política e para a evolução da interpretação constitucional popular de maneira clara:

- i) O direito de votar, conforme Tushnet uma sociedade que não vota não desenvolve um direito constitucional popular.
- ii) Crítica ao governo. Pois ao criticá-lo abriria portas para mudar.
- iii) Espaço para o desenvolvimento de visões diferentes para que as pessoas debatam sobre visões distintas.
- iv) E a incumbência de lidar com crises reais. Para que as leis não sejam feitas apenas para as majorias privilegiadas.

Conforme Tushnet¹²⁹, o direito constitucional popular estaria diretamente ligado a uma constituição acessível. A suprema corte, portanto, não teria a palavra final, a palavra final seria do próprio povo. Sendo assim, o sistema de participação política não seria uma ameaça, mas sim uma virtude.

A democracia e o compromisso são pontos fundamentais na argumentação de Tushnet, visto que existe um pluralismo de interpretações que consideram mais

¹²⁶ TUSHNET. **Taking the Constitution Away from the Courts**. New Jersey: Princeton University, 1999. p.70-71.

¹²⁷ TUSHNET. **Taking the Constitution Away from the Courts**. New Jersey: Princeton University, 1999, p.157-158.

¹²⁸ TUSHNET. **Taking the Constitution Away from the Courts**. New Jersey: Princeton University, 1999. p.158.

¹²⁹ TUSHNET. **Taking the Constitution Away from the Courts**. New Jersey: Princeton University, 1999. p.158.

questões de procedimento do que de moral. Os argumentos de Tushnet giram em torno tanto de valores como também de processos. Isso quer dizer que ele visa tanto os princípios da Constituição fina e do autogoverno democrático. Segundo Tushnet¹³⁰, a constituição fina é o principal elemento para uma boa sociedade. A constituição fina favorece a igualdade e a dignidade humana.

O voto popular também é importante, mas a votação da maioria dos membros do congresso também tem sua relevância. A finalidade do direito constitucional popular é fazer com que a sociedade compreenda a dimensão dos direitos fundamentais, mesmo que haja diferenças sobre o que é direito fundamental. Igualmente, em relação à potencial discordância entre esses atores políticos sobre qual interpretação da Constituição seguir, Tushnet sugere que, na ausência dos tribunais para recorrer, a decisão final será deixada para a opinião pública (a "corte da opinião pública").

O papel principal da Suprema Corte é fazer a lei valer, mesmo perante as ameaças dos outros poderes ou de entidades particulares. Diante disso, a Suprema Corte deve favorecer o povo, no entanto o que acontece é o favorecimento dos próprios políticos e de suas aspirações individuais. A Suprema Corte não é uma instituição democrática, pois seus juízes são nomeados pelo presidente e confirmados pelo Senado, sem participação popular direta. Além disso, eles têm mandato vitalício e não podem ser removidos ou responsabilizados por suas decisões.

A Suprema Corte não é uma instituição neutra, pois seus juízes são influenciados por suas ideologias, valores, interesses e preferências pessoais. Eles também são afetados pelo contexto histórico, político e social em que atuam, e pelas pressões e expectativas da opinião pública e dos outros poderes. Além disso, a Suprema Corte não é uma instituição eficaz, pois suas decisões nem sempre são cumpridas ou respeitadas pelos outros poderes, pelos estados, pelos cidadãos ou pelos movimentos sociais. Elas também podem gerar resistências, conflitos e reações contrárias, que podem frustrar ou reverter os avanços pretendidos. Ela não é uma

¹³⁰ De acordo com o autor: "Would this introduce an undesirable instability into our fundamental law? As things now stand, the Constitution is what a majority of the Supreme Court says it is—for the moment. This too can introduce instability as the Court's composition changes. The position I have developed would make the Constitution what a majority of Congress says it is (TUSHNET. **Taking the Constitution Away from the Courts**. New Jersey: Princeton University, 1999. p. 52)"

instituição legítima, pois ela se arroga o papel de guardiã da Constituição e de intérprete final do seu significado, sem ter uma autoridade superior ou um critério objetivo para fazê-lo. Ela também usurpa o papel de legislador e de formulador de políticas públicas, que deveriam caber aos representantes eleitos pelo povo.¹³¹

O propósito seria, portanto, evitar a corrupção que pode assumir várias formas, tanto de forma estreita como de forma ampla. Tushnet¹³² argumenta que existe uma cláusula que evita o recebimento financeiro de membros para beneficiar votos. Ou pode ter como objetivo impedir o Congresso de aprovar leis especificamente para beneficiar um de seus próprios membros. Ele argumenta que as punições a um membro da corte que pode apresentar problemas com corrupção é a redução de salários. A melhor compreensão da Cláusula dos Emolumentos, então, é totalmente consistente com sua linguagem simples: os membros do Congresso não podem aprovar leis cujo único propósito parece ser fornecer um benefício a um deles.

Tushnet¹³³ faz uma crítica ao prudencialismo que conflita com o constitucionalismo e impede que as decisões sejam tomadas de forma consciente. Um sistema de decisões tomadas de forma consciente faria com que as restrições de poder fossem excluídas. Conforme o autor, o indivíduo em questão analisa minuciosamente a situação, identificaria todos os aspectos relevantes e determinaria qual curso de ação beneficiaria mais o bem-estar da população. Como as restrições constitucionais afetam o raciocínio do tomador de decisão? Elas apenas podem remover algumas considerações que, de outra forma, seriam relevantes para o tomador de decisão. Por que isso é feito? Possivelmente com a justificativa de que decisões baseadas em todas as considerações possíveis são menos propensas a promover eficazmente o bem-estar do povo do que aquelas baseadas em menos considerações relevantes. E por que isso pode ocorrer? Talvez porque o tomador de decisão, influenciado por interesses ou incentivos pessoais, possa tender a

¹³¹ TUSHNET. **Taking the Constitution Away from the Courts**. New Jersey: Princeton University, 1999. p.52.

¹³² TUSHNET. **Taking the Constitution Away from the Courts**. New Jersey: Princeton University, 1999. p.60.

¹³³ TUSHNET. **Taking the Constitution Away from the Courts**. New Jersey: Princeton University, 1999. p.60.

subestimar a importância das considerações que a constituição exclui de seu conhecimento.

O cientista político vê as constituições como garantias para arranjos benéficos sem preocupação que haja um aproveitamento por parte das entidades públicas. As constituições tornam mais fácil o ato de governar. O objetivo de uma constituição é a tomada de decisão para diminuir os obstáculos em nossos caminhos.¹³⁴

Conforme Tushnet¹³⁵, alguns especialistas em ciência política que analisam a Constituição notaram que, em certo sentido essencial, a identidade do povo dos Estados Unidos é moldada pelo seu compromisso com o núcleo da Constituição. O argumento normativo em favor desse núcleo constitucional defende que, no que diz respeito à autodefinição nacional, não são fatores como raça, religião ou etnia, mas sim a adesão aos princípios constitucionais que definem o povo americano.

Permitir que autoridades públicas ignorem a Constituição em favor de seus julgamentos conscientes de todos os aspectos pode comprometer a identidade autoconsciente do povo como um todo. A inclinação escorregadia não se trata de os tomadores de decisão se tornarem cada vez mais confortáveis em violar os direitos constitucionais. Pelo contrário, trata-se do povo dos Estados Unidos perdendo o único elemento que nos define como uma nação: a adesão aos princípios constitucionais. Ou seja, ele acredita que para que a constituição populista seja cumprida de forma plena é necessário que funcionários públicos talentosos e conscientes para as políticas sejam realizadas.¹³⁶

Tushnet¹³⁷ questiona se os funcionários públicos seriam conscientes, se os funcionários têm as informações, treinamento e talento para levar a sério a Constituição mínima, e se a constituição estaria em mãos confiáveis com eles. A

¹³⁴ TUSHNET. **Taking the Constitution Away from the Courts**. New Jersey: Princeton University, 1999. p.60.

¹³⁵ TUSHNET. **Taking the Constitution Away from the Courts**. New Jersey: Princeton University, 1999.p.61.

¹³⁶ TUSHNET. **Taking the Constitution Away from the Courts**. New Jersey: Princeton University, 1999. p.61.

¹³⁷ TUSHNET. **Taking the Constitution Away from the Courts**. New Jersey: Princeton University, 1999. p.120.

constituição foi feita para limitar o que o povo pode realizar através de seus representantes.

Tushnet¹³⁸ acredita que é improvável que alguém argumente que os políticos contemporâneos em geral possuem os incentivos necessários para respaldar a concepção de uma lei constitucional populista. Certamente, há exceções: alguns políticos atendem aos anseios de seus eleitores em diversas questões, o que abre espaço para que os representantes ajam de acordo com suas consciências; outros obtêm reconhecimento político, um capital que podem utilizar para satisfazer as demandas de seus eleitores em outros assuntos, ganhando uma reputação como defensores sérios da Constituição.

Contudo, em termos gerais, a consideração pela Constituição provavelmente não ocupa uma posição proeminente nas ponderações da maioria dos políticos nos dias de hoje.

Tushnet¹³⁹ afirma que existe uma diferença entre medidas a curto prazo e medidas a longo prazo na constituição fina, podendo haver conflitos entre os eleitores. Mas que isso é algo comum e corriqueiro que fortalece o dever cívico. Um exemplo que ele dá é sobre as medidas antiterroristas, que podem ser anticonstitucionais. Enquanto alguns apoiam elas a longo prazo, outros não. Outro argumento que Tushnet utiliza é sobre as religiões na esfera pública e sua relação na constituição, é inadmissível que a religião seja envolvida em posição contra as ações afirmativas. Tushnet aborda a cultura de descrença em relação à religião na elite e como isso influencia a interpretação da lei constitucional da religião. Além disso, explora como os princípios liberais podem impactar a presença da religião na vida pública. As questões religiosas impedem o desenvolvimento da constituição fina, pois não abarcam todas as religiões.

O Liberalismo Político parte de uma constatação simples sobre a realidade da vida moderna: estamos inseridos em um mundo no qual as pessoas divergem profundamente quanto ao conceito de "o Bem", ou seja, a maneira ideal de viver suas

¹³⁸ TUSHNET. **Taking the Constitution Away from the Courts**. New Jersey: Princeton University, 1999.p.100.

¹³⁹ TUSHNET. **Taking the Constitution Away from the Courts**. New Jersey: Princeton University, 1999. p.100.

vidas. Alguns são religiosos, outros não; alguns creem que o governo tem o dever de auxiliar os necessitados, enquanto outros discordam; há ainda aqueles que defendem a separação rígida entre igreja e estado, enquanto outros não compartilham dessa visão; e assim por diante, em uma gama quase infinita de perspectivas. Essas divergências são consideradas razoáveis, uma vez que, diante das limitações em nossa capacidade de discernir o que é moralmente correto, diversas visões do "Bem" estão disponíveis e são defendidas por diferentes indivíduos.¹⁴⁰

Tushnet¹⁴¹ acredita que quando um legislador está tentando impor suas crenças religiosas aos outros, o que pode ser percebido como intolerante ou autoritário. Em uma sociedade pluralista, onde diferentes visões religiosas coexistem, impor uma visão religiosa específica como base para a política pública pode ser problemático e desrespeitoso para aqueles que não compartilham essa visão. Além disso, argumentos religiosos podem ser polarizadores e desestabilizadores, gerando contradições e divisões entre grupos que têm crenças diferentes.

Por outro lado, o uso de argumentos religiosos pode ser pragmático em certos contextos políticos. Pode ser uma forma de expressar profundas convicções e valores morais que motivam as pessoas a defenderem determinadas políticas. No entanto, é importante considerar se os argumentos religiosos são apropriados para o contexto e se são eficazes na persuasão de outros que não compartilham as mesmas crenças. Em muitos casos, pode ser mais prudente e eficaz apresentar argumentos seculares que possam ser compreendidos e aceitos por uma ampla gama de pessoas na sociedade.

Portanto, embora os argumentos religiosos possam ter um lugar legítimo no debate político, é importante exercer prudência ao utilizá-los e estar ciente de como podem afetar a dinâmica e a eficácia das discussões públicas. Em uma sociedade diversificada e pluralista, o respeito mútuo e a consideração pelas diferentes perspectivas são fundamentais para promover um diálogo político construtivo e inclusivo.

¹⁴⁰ TUSHNET. **Taking the Constitution Away from the Courts**. New Jersey: Princeton University, 1999. p.60.

¹⁴¹ TUSHNET. **Taking the Constitution Away from the Courts**. New Jersey: Princeton University, 1999. p.62.

Conforme Tushnet¹⁴², a razão pública frequentemente se esgota antes de dizer aos funcionários públicos o que fazer, embora talvez se esgote um pouco menos frequentemente para eles do que para cidadãos comuns. O funcionário público deve confiar em algo mais quando a razão pública "subdetermina" a lei. E esse algo mais pode ser uma razão religiosa.

Deixando de lado casos simples, considere o seguinte: um legislador representa eleitores que acreditam, por motivos religiosos, na discriminação racial. O legislador deve se privar de representar as visões religiosas desses eleitores porque essas visões são inconsistentes com a Constituição. O legislador agiria de maneira errada ao seguir as visões da comunidade não porque essas visões fossem religiosas, mas porque estavam erradas. Um motivo de debate é quando os juízes causam conflitos em suas justificativas finais com as questões religiosas. Há um apelo para que os juízes e legisladores não utilizem as premissas religiosas para explicar suas ações, pois iria de contrapartida à Constituição.

Outro ponto interessante trazido por Tushnet¹⁴³ é a compatibilidade de incentivos como uma abordagem para garantir a implementação é eficaz aos valores constitucionais. Tushnet faz uma analogia econômica, onde a remuneração de uma equipe de vendas é projetada de forma a alinhar seus incentivos individuais com o objetivo coletivo de vender o máximo de carros possível. Esse arranjo é chamado de "compatível com incentivos" ou autoaplicável. Da mesma forma, Tushnet explora se a Constituição pode ser entendida e operada como um sistema autoaplicável, onde os incentivos das partes envolvidas - legisladores, juízes, e cidadãos - são alinhados com os valores constitucionais.

A importância de uma Constituição autoaplicável é destacada pela dificuldade em monitorar e garantir o comportamento adequado das partes envolvidas. Os juízes, por exemplo, podem cometer erros na aplicação dos direitos constitucionais. Portanto, a ideia de uma Constituição autoaplicável surge como uma alternativa para garantir a

¹⁴² TUSHNET. **Taking the Constitution Away from the Courts**. New Jersey: Princeton University, 1999. p.70.

¹⁴³ TUSHNET. **Taking the Constitution Away from the Courts**. New Jersey: Princeton University, 1999. p.90.

conformidade com os valores constitucionais, sem depender exclusivamente da aplicação judicial.¹⁴⁴

James Madison é citado como um defensor dessa abordagem, argumentando que o auto-interesse das partes envolvidas poderia levar à adoção de políticas públicas que estivessem em consonância com os valores constitucionais. Ele propôs que a estrutura da Constituição minimizasse o impacto de facções e interesses egoístas, promovendo um sistema onde os incentivos individuais estivessem alinhados com o bem comum.

No entanto, reconhece-se que uma instituição autoaplicável não seria perfeita e poderia enfrentar desafios em alguns casos. A questão crucial é se essa abordagem resultaria em uma melhor aplicação dos valores constitucionais do que a aplicação judicial tradicional.¹⁴⁵

Em suma, Tushnet¹⁴⁶ explora a viabilidade e os benefícios de uma Constituição autoaplicável, destacando sua capacidade de alinhar os incentivos das partes envolvidas com os valores constitucionais, sem depender exclusivamente da aplicação judicial.

O federalismo argumenta que os limites constitucionais ao poder do Congresso para proteger a autonomia estadual eram autoaplicáveis. Tushnet sugeriu que os incentivos políticos enfrentados pelos membros do Congresso eram suficientes para garantir essa autonomia, e a intervenção judicial adicional não seria necessária.

A estrutura original da Constituição garantiria a autonomia estadual, destacando as mudanças desde então, como a Décima Sétima Emenda e o aumento da autoridade nacional durante a Grande Depressão e o New Deal. O Supremo Tribunal, em 1985, endossou a posição madisoniana, argumentando que os meios escolhidos pelos Framers para garantir o papel dos Estados no sistema federal estavam na própria estrutura do governo federal. No entanto, ao longo do tempo, o Tribunal abandonou a visão de que a Constituição colocava apenas limites

¹⁴⁴ TUSHNET. **Taking the Constitution Away from the Courts**. New Jersey: Princeton University, 1999.p.91.

¹⁴⁵ TUSHNET. **Taking the Constitution Away from the Courts**. New Jersey: Princeton University, 1999. p.20.

¹⁴⁶ TUSHNET. **Taking the Constitution Away from the Courts**. New Jersey: Princeton University, 1999. p.50.

processuais sobre o poder do Congresso em relação aos estados, como demonstrado por vários casos.

Tushnet¹⁴⁷ discute sobre uma nova ordem constitucional e questiona se os arranjos políticos e judiciais observados ao longo da última década são estáveis o suficiente para serem considerados como tal. É possível reconhecer que a descrição da nova ordem constitucional precisa ser respaldada pela estabilidade dos arranjos políticos e judiciais.

A suposta nova ordem pode ser simplesmente uma versão atual de um padrão duradouro de ambições constitucionais baixas. Tushnet¹⁴⁸ também considera como um governo unificado temporário ou a transformação da Suprema Corte podem influenciar a estabilidade ou instabilidade da nova ordem.

Tushnet¹⁴⁹ também discute a influência da liderança presidencial na criação de uma nova ordem constitucional e como isso pode afetar o papel da Suprema Corte. Porém, ele reconhece que não pode ser conclusivamente estabelecido se os arranjos de governança atuais são estáveis o suficiente para serem considerados uma nova ordem constitucional, devido à capacidade do povo americano de alterar esses arranjos coletivamente.

Tushnet¹⁵⁰ também aborda a ideia de "ambições moderadas entre ordens constitucionais", sugerindo que períodos de estase ou ajuste incremental podem ser uma preparação para mudanças políticas mais significativas. Ele examina como momentos de turbulência histórica não estão presentes na transição para a suposta nova ordem constitucional, questionando se esta é de fato uma nova ordem ou apenas um ajuste dentro da ordem existente.

Tushnet¹⁵¹ ainda argumenta a questão da política pública sobre raça e como isso pode ser influenciado por condições específicas, como guerras em larga escala

¹⁴⁷ TUSHNET. **Taking the Constitution Away from the Courts**. New Jersey: Princeton University, 1999. p.70.

¹⁴⁸ TUSHNET. **Taking the Constitution Away from the Courts**. New Jersey: Princeton University, 1999.p.80.

¹⁴⁹ TUSHNET, Mark. **The new constitutional order**. Princeton/Oxford: Princeton University Press, 2003. p.5.

¹⁵⁰ TUSHNET, Mark. **The new constitutional order**. Princeton/Oxford: Princeton University Press, 2003. p.6.

¹⁵¹ TUSHNET, Mark. **The new constitutional order**. Princeton/Oxford: Princeton University Press, 2003. p.5.

e movimentos de protesto político. No entanto, ele observa que a análise focada em questões específicas pode obscurecer padrões mais amplos e a combinação de instituições e princípios que caracterizam as ordens constitucionais.

O autor discute a possibilidade de haver períodos de transição entre ordens constitucionais nos Estados Unidos, caracterizados por aspirações constitucionais moderadas. Esses períodos podem surgir de uma reversão a uma norma conservadora ou do esgotamento da energia política, conforme destacado por Ackerman. A questão principal é se o atual regime político pode ser considerado uma nova ordem constitucional, dada a diferença nos arranjos institucionais em comparação com o período do New Deal–Great Society.

A viabilidade e as implicações de um governo brevemente unificado, é apresentada, onde um partido assume o controle da presidência, da Câmara e do Senado simultaneamente. Embora o governo unificado possa avançar agendas políticas de forma significativa, sua estabilidade é questionada, especialmente em um contexto de divisões partidárias profundas. Em sistemas de separação de poderes, as mudanças tendem a ser mais graduais, mas em condições de divisão partidária estreita, mudanças políticas significativas podem ocorrer rapidamente, especialmente sob um governo unificado.¹⁵²

O papel da Suprema Corte também se levantando nesse escopo em cenários de governo unificado, explorando a possibilidade de nomeações estratégicas de juízes que podem influenciar o direcionamento ideológico da Corte a longo prazo. Isso poderia ter repercussões significativas na interpretação constitucional e nas políticas governamentais.

Tushnet¹⁵³ apresenta uma análise detalhada das dinâmicas políticas nos Estados Unidos, destacando as possíveis mudanças nas ordens constitucionais e as consequências de governos unificados em um ambiente político profundamente dividido.

¹⁵² TUSHNET, Mark. **The new constitutional order**. Princeton/Oxford: Princeton University Press, 2003. p.6.

¹⁵³ TUSHNET, Mark. **The new constitutional order**. Princeton/Oxford: Princeton University Press, 2003.p.6.

Na nova ordem constitucional, o centro político tende a ser mais conservador do que em períodos anteriores. Um estudo sobre as posições adotadas por juízes nomeados pelo Presidente Clinton em questões de justiça criminal e liberdades civis mostrou que eles foram mais conservadores do que os indicados pelo Presidente Jimmy Carter, embora menos conservadores do que os indicados pelos Presidentes Reagan e Bush. Isso indica uma mudança em direção a uma abordagem mais conservadora na jurisprudência federal, institucionalizando as tendências da nova ordem constitucional.

Os presidentes podem às vezes optar por fazer nomeações controversas, pesando os benefícios de satisfazer uma base de apoio importante contra os custos de atrair oposição. No entanto, esses custos geralmente levam os presidentes a fazerem tais nomeações apenas raramente. Sob circunstâncias favoráveis, um presidente republicano com apoio no Senado pode conseguir aprovar nomeações notavelmente conservadoras para os tribunais federais, incluindo a Suprema Corte.¹⁵⁴

Um exemplo hipotético seria o Presidente George W. Bush nomear um juiz ou ex-juiz hispânico conservador para a Suprema Corte. Embora os grupos de interesse liberal tenham aprendido a ser cautelosos com indicados com apelo demográfico específico, eles podem não conseguir reunir oposição suficiente para bloquear a nomeação. No entanto, mesmo um indicado hispânico teria dificuldades em ter uma posição pública a favor de restrições aos direitos ao aborto, pois isso poderia gerar oposição até mesmo entre os conservadores que apoiam o presidente.¹⁵⁵

Essas nomeações refletem as características gerais da nova ordem constitucional, onde o interesse dos grupos no Tribunal Supremo e o governo dividido tornam improvável que o novo juiz mediano busque uma revolução na doutrina constitucional.¹⁵⁶

Além disso, a possibilidade de liderança presidencial na transformação do regime constitucional é discutida. As transformações de regime geralmente ocorrem

¹⁵⁴ TUSHNET, Mark. **The new constitutional order**. Princeton/Oxford: Princeton University Press, 2003. p.8.

¹⁵⁵ TUSHNET, Mark. **The new constitutional order**. Princeton/Oxford: Princeton University Press, 2003.p.8.

¹⁵⁶ TUSHNET, Mark. **The new constitutional order**. Princeton/Oxford: Princeton University Press, 2003. p.10.

em condições de crise, com liderança política desempenhando um papel crucial. Presidentes bem-sucedidos articulam uma nova visão constitucional, obtêm apoio legislativo para implementá-la e constroem uma nova estrutura institucional. No entanto, o sucesso retórico não é suficiente; é necessário um equilíbrio entre a visão e a acomodação pragmática do status quo para efetuar uma transformação duradoura.¹⁵⁷

As decisões da suprema corte são influenciadas pela nova ordem constitucional a qual não deve cair dentro do conservadorismo. A constituição deve favorecer o povo e para o povo, mas ela apresenta duas oposições que caracterizam a atual ordem mundial.¹⁵⁸

2.4.2. Judicial Review

Segundo Tushnet¹⁵⁹, o controle judicial de constitucionalidade das leis (judicial review) é um instituto antidemocrático, por transferir aos juízes, que não são eleitos, o poder de derrubar decisões tomadas pelos representantes do povo, com base nas suas interpretações pessoais sobre cláusulas constitucionais muitas vezes vagas, que se sujeitam a diversas leituras. Tushnet propõe que o povo possa contestar e revogar as decisões judiciais que considerem contrárias à Constituição, através de mecanismos de participação direta, como referendos, iniciativas populares e recall de juízes. Tushnet acredita que, com a devida organização e atividade política, o povo tem visões razoáveis sobre o que a Constituição deve significar, e que isso torna a discussão sobre a Constituição algo próximo do que é a política. Tushnet também critica as assim chamadas dimensões ou gerações de direitos, argumentando que elas são conceitos imprecisos e confusos, que não refletem a realidade histórica e normativa dos direitos humanos e fundamentais.

¹⁵⁷ TUSHNET, Mark. **The new constitutional order**. Princeton/Oxford: Princeton University Press, 2003. p.10.

¹⁵⁸ TUSHNET, Mark. **The new constitutional order**. Princeton/Oxford: Princeton University Press, 2003. p.10.

¹⁵⁹ TUSHNET. **Taking the Constitution Away from the Courts**. New Jersey: Princeton University, 1999. p.99.

Tushnet¹⁶⁰ aborda a distinção entre os efeitos materiais e ideológicos da revisão judicial, destacando que muitos avanços progressistas foram alcançados por meio dessa prática, como a decisão em *Brown*, o veredicto sobre o aborto em 1973 e a reforma da igualdade de gênero na lei. No entanto, ressalta-se a necessidade de não superestimar a importância da revisão judicial, alertando para a persistência de desigualdades apesar de vitórias legais significativas, como o caso de *Brown*. Isso requer uma distinção entre curto e longo prazo, bem como entre conquistas materiais e ideológicas.

Além disso, destaca-se o risco associado à revisão judicial, onde ao obter decisões favoráveis, também se corre o risco de decisões desfavoráveis. Isso é particularmente relevante para advogados e o público dos EUA, onde existe uma cultura legal específica. Os advogados, por vezes, superestimam seu papel na mudança social, e é importante reconhecer as limitações da revisão judicial.

A cultura jurídica e constitucional dos EUA desempenha um papel crucial, pois a mera declaração de um direito pelo tribunal pode ser interpretada de forma diferente, muitas vezes sendo considerada uma vitória completa quando na realidade é apenas ideológica. Isso ressalta a importância de conectar vitórias ideológicas a resultados materiais, o que nem sempre é fácil.¹⁶¹

Há também uma discussão sobre como ganhar vitórias legais pode, paradoxalmente, impedir mudanças progressistas adicionais. Isso ocorre porque certas abordagens legais podem ter implicações ideológicas que trabalham contra a mudança. Por exemplo, ao proteger o direito ao aborto como um aspecto da privacidade, isso pode, na verdade, fortalecer a esfera privada e impedir a regulamentação governamental necessária para proteger mulheres em situações de abuso.¹⁶²

O texto termina discutindo a natureza individualista das reivindicações de direitos nos EUA e como isso pode prejudicar a mudança progressista a longo prazo.

¹⁶⁰ TUSHNET. **Taking the Constitution Away from the Courts**. New Jersey: Princeton University, 1999. p.99.

¹⁶¹ TUSHNET. **Taking the Constitution Away from the Courts**. New Jersey: Princeton University, 1999a, p.100.

¹⁶² TUSHNET. **Taking the Constitution Away from the Courts**. New Jersey: Princeton University, 1999. p.100.

As vitórias legais são frequentemente concebidas em termos individuais, o que pode minar esforços para promover mudanças mais amplas na sociedade. Isso é atribuído ao desenvolvimento histórico da linguagem dos direitos, que enfatiza a esfera individual em detrimento do coletivo.

Dois pontos essenciais são trazidos por Tushnet: a predominância da ideologia individualista dos direitos no discurso legal contemporâneo nos Estados Unidos e as limitações da revisão judicial como meio de promover mudanças progressistas.¹⁶³

Primeiramente, aborda-se como a linguagem dos direitos funciona na prática, destacando que a ideologia individualista dos direitos é prevalente, mas não a única. Essa ideologia sugere que os direitos são vistos principalmente como proteções individuais, o que pode ter consequências ideológicas adversas. Portanto, adverte-se contra a expectativa excessiva em relação aos argumentos baseados em direitos e sugere um ceticismo mais profundo sobre a capacidade dos progressistas de formular argumentos que resistam a esses perigos ideológicos.

Em segundo lugar, é explorada as limitações da vitória na revisão judicial. Mesmo quando há sucesso nos tribunais, os resultados podem ser limitados, especialmente se não forem acompanhados por mudanças políticas significativas. A revisão judicial é muitas vezes o último recurso de movimentos sociais e políticos que carecem de poder político, mas seu impacto pode ser limitado.

É enfatizada a importância de uma compreensão crítica da revisão judicial e dos direitos individuais, sugerindo que mudanças significativas requerem não apenas vitórias nos tribunais, mas também mudanças políticas e sociais mais amplas.

Um defensor da revisão judicial argumenta que o caso Brown teve um impacto significativo nas mudanças políticas nos Estados Unidos. Ele sugere que a vitória no caso deu aos afro-americanos um senso de poder político, pois demonstrou que a Constituição e os tribunais estavam do seu lado. Isso fortaleceu o movimento pelos direitos civis, como evidenciado pelas Viagens pela Liberdade de 1961, que

¹⁶³ TUSHNET. **Taking the Constitution Away from the Courts**. New Jersey: Princeton University, 1999. p.101.

desafiaram a segregação nos ônibus interestaduais. Essa conexão entre Brown e o movimento pelos direitos civis é clara.

Mas, a relação entre o movimento pelos direitos civis e a conquista do poder político pelos afro-americanos é mais complexa. Alguns argumentam que a resistência à dessegregação por políticos brancos do Sul, que se tornaram mais conservadores após Brown, desencadeou violência e aumentou o apoio ao movimento pelos direitos civis no Norte. Além disso, a migração contínua dos afro-americanos do Sul para o Norte os tornou uma força política significativa.

Embora seja provável que algo teria acontecido sem Brown, é difícil determinar se as mudanças teriam sido as mesmas. Alguns especialistas argumentam que o cenário político teria se desenvolvido de maneira semelhante, mesmo sem Brown, enquanto outros discordam, enfatizando o papel energizador do caso no movimento pelos direitos civis. Em última análise, independentemente do impacto direto de Brown, é claro que não devemos superestimar o papel da Suprema Corte como catalisadora de mudanças para aqueles que têm menos poder político.

O autor¹⁶⁴ argumenta sobre influência do "Republicanism dos clubes campestres" nos resultados dos casos de aborto na Suprema Corte dos Estados Unidos. Ele argumenta que as decisões da Corte permitiram que mulheres de classe média tivessem acesso a abortos, enquanto tornavam mais difícil para mulheres menos privilegiadas obtê-los, especialmente ao permitir que os estados se abstivessem de fornecer assistência pública para esse fim.

Tushnet¹⁶⁵ explora como os tribunais respondem à política nacional, destacando a deferência legislativa ao judiciário, onde os políticos transferem questões controversas para os tribunais para evitar repercussões políticas. Tushnet discute a capacidade da Suprema Corte de prever o futuro e moldar a opinião pública. Isso mostra a importância dos direitos humanos na Constituição.

¹⁶⁴ TUSHNET. **Taking the Constitution Away from the Courts**. New Jersey: Princeton University, 1999. p.101.

¹⁶⁵ TUSHNET. **Taking the Constitution Away from the Courts**. New Jersey: Princeton University, 1999. p.101.

Tushnet¹⁶⁶ também discute a complexa interação entre as decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos e a dinâmica política e social do país. Ele começa observando que a Corte, por mais que tente prever e moldar o futuro através de suas decisões, nem sempre acerta, como evidenciado pelo caso Dred Scott de 1857, que tentou resolver a controvérsia da escravidão, mas falhou ao tomar partido do Sul. No mais, ressalta-se que as decisões da Corte muitas vezes vão contra a opinião pública e das elites culturais, como no caso de Bowers v. Hardwick em 1986, onde a Corte manteve leis que criminalizavam a sodomia homossexual, sendo essa decisão posteriormente revertida em Romer v. Evans em 1996.

A questão da revisão judicial em relação aos direitos civis e à ação afirmativa, questionando se ela realmente faz uma grande diferença na defesa de posições políticas progressistas ou conservadoras, também abordada por Tushnet¹⁶⁷. Embora a Corte tenha sido ambivalente em relação à ação afirmativa, programas desse tipo permaneceram aprofundados na sociedade, mostrando que as vitórias judiciais não necessariamente se traduzem em mudanças políticas substanciais.

Tushnet¹⁶⁸ sugere uma reflexão sobre a revisão judicial como parte do sistema constitucional, trazendo a questão de se ela é realmente benéfica para a boa governança. Observa-se que, embora os juízes sejam nomeados e confirmados em um processo político, isso os conecta de perto à política comum, questionando se essa conexão é realmente positiva para o funcionamento do sistema judicial e político como um todo.

A revisão judicial nos Estados Unidos se alinha com a política dominante em outros lugares. Ele ressalta que a revisão judicial é uma instituição projetada para ajudar na administração de um bom governo, sendo difícil defendê-la sem considerar como ela opera e se o governo é de fato beneficiado por sua existência.

Muitas pessoas acreditam na necessidade dos tribunais para proteger a liberdade de expressão, mas essa visão pode estar equivocada, já que alguns

¹⁶⁶ TUSHNET. **Taking the Constitution Away from the Courts**. New Jersey: Princeton University, 1999. p.101.

¹⁶⁷ TUSHNET. **Taking the Constitution Away from the Courts**. New Jersey: Princeton University, 1999a, p.50.

¹⁶⁸ TUSHNET. **Taking the Constitution Away from the Courts**. New Jersey: Princeton University, 1999. p.100.

indivíduos regulados pelo governo, como Mary Beth Tinker e Barbara Elfrandt, podem não precisar dessa proteção, enquanto outros, como Margaret McIntyre, podem ter mais problemas mesmo com proteção legislativa.

Ao examinar a revisão judicial ao longo da história dos Estados Unidos, percebe-se que os tribunais geralmente refletem os desejos da coalizão política nacional dominante. Às vezes, os tribunais discordam um pouco, o que pode causar melhores ou piores resultados políticos. Uma metáfora é usada para descrever a revisão judicial como "ruído ao redor de zero", indicando que ela traz mudanças essencialmente aleatórias, às vezes benéficas e às vezes prejudiciais, ao sistema político. No geral, a revisão judicial pode compensar a falta de atenção dos legisladores aos valores constitucionais, mas seu efeito não é claramente positivo, sendo, no entanto, potencialmente pequeno.

Tushnet¹⁶⁹ relata sobre as possíveis repercussões de abolir a revisão judicial nos Estados Unidos. Destaca que, após tal anúncio, haveria uma corrida para apresentar desafios constitucionais às leis existentes, enquanto a política tomaria rumos curiosos, com defensores e oponentes das leis questionadas agindo estrategicamente. A decisão seria alvo de críticas de todos os lados.

A Constituição dos tribunais faria grande diferença para a sociedade ou para as liberdades dos americanos. Apesar das especulações, a análise histórica e teórica sugere que a revisão judicial não tem um impacto significativo. Eliminá-la poderia beneficiar mais os liberais, mas os efeitos seriam relativamente pequenos, considerando todas as questões envolvidas.

Uma consequência clara de abolir a revisão judicial seria devolver todas as decisões constitucionais ao povo, tornando a jurisprudência constitucional populista a única existente.

A ideia de "resolver o problema obtendo os juízes certos" é ressaltada por Tushnet¹⁷⁰. Ela refuta duas objeções: a oposição dos interessados em usar os tribunais para desafiar ações oficiais e a crença de que o problema da revisão judicial

¹⁶⁹ TUSHNET. **Taking the Constitution Away from the Courts**. New Jersey: Princeton University, 1999. p.68.

¹⁷⁰ TUSHNET. **Taking the Constitution Away from the Courts**. New Jersey: Princeton University, 1999. p.75.

se deve aos juízes em si. O autor traz que a diversidade de teorias constitucionais dificulta a persuasão dos juízes a adotarem uma visão específica, e que tentativas de os influenciar com argumentos geralmente não têm um grande impacto na sua decisão final.

Tushnet¹⁷¹ se questiona como seria o mundo sem o judicial review? Ele argumenta que se pareceria com a Rússia Stalinista ou com países que não possuem uma constituição escrita. As possíveis ramificações de um mundo sem revisão judicial, poderia se assemelhar a regimes autoritários como a Rússia stalinista ou a democracias parlamentares como a Grã-Bretanha e os Países Baixos, que não têm uma revisão judicial no estilo dos Estados Unidos. Revelando o quanto a revisão judicial desempenhou um papel importante para o governo, dando menos autonomia ao governo e maior ao povo.

Apesar da ausência de revisão judicial, Tushnet¹⁷² sugere que é possível garantir limites ao poder do governo e garantir direitos individuais por meio de restrições legais, mesmo sem disposições constitucionais. Na Grã-Bretanha e nos Países Baixos, por exemplo, tribunais desenvolveram uma robusta jurisprudência de ultra vires, negando efeitos legais a atos de funcionários governamentais que ultrapassam os limites de sua autoridade legal. O que muda também é o fato de o que nos EUA é considerado direito constitucional é tratado como direito administrativo na Grã-Bretanha, e que as disposições de uma constituição escrita podem influenciar a interpretação das leis por tribunais.

Essas doutrinas podem ser poderosas, permitindo que os tribunais anulem ações governamentais não autorizadas e interpretem leis de forma restritiva, garantindo assim a proteção dos direitos individuais e limitando o poder do governo. Porém não há nada inevitável sobre a aplicação dessas doutrinas e que um tribunal sem poder de invalidar estatutos pode ser limitado em sua capacidade de proteger os direitos individuais. Mesmo em sistemas com revisão judicial, as decisões judiciais

¹⁷¹ TUSHNET. **Taking the Constitution Away from the Courts**. New Jersey: Princeton University, 1999 p.66.

¹⁷² TUSHNET. **Taking the Constitution Away from the Courts**. New Jersey: Princeton University, 1999. p.70.

nem sempre garantem a proteção dos direitos individuais, pois a interpretação das leis pode ser influenciada por diversos fatores.

Tushnet¹⁷³ ainda levanta questões importantes sobre o papel da revisão judicial na proteção dos direitos individuais e na limitação do poder do governo, destacando que diferentes sistemas legais podem alcançar esses objetivos de maneiras distintas, com ou sem revisão judicial.

Tushnet¹⁷⁴ também discute a possibilidade de invocar ideias de "ultra vires" para limitar o poder da polícia, o que poderia parecer estranho em um sistema constitucional. A questão levantada é se os direitos constitucionais de uma pessoa deveriam depender de os regulamentos de um departamento de polícia autorizarem ou não uma prisão ou busca. Além disso, destaca-se que os tribunais podem hesitar em desenvolver restrições constitucionais detalhadas ao poder da polícia devido à diversidade de problemas enfrentados em um país grande como os Estados Unidos.

O autor¹⁷⁵ também explora como a existência da revisão judicial pode reduzir a proteção contra abusos do governo, sugerindo que os tribunais estariam mais dispostos a regular as atividades policiais sem invocar a Constituição. Tushnet reflete sobre direitos constitucionais sem revisão judicial, destacando a importância desses direitos na autocompreensão das comunidades minoritárias e como fonte de poder para elas.

As vozes de Barbara Jordan e Patrícia Williams são citadas como exemplos de defensores da Constituição e dos direitos, independentemente da revisão judicial. Jordan expressa sua fé na Constituição como um todo, enquanto Williams enfatiza o papel dos direitos no movimento pelos direitos civis. É argumentado que eliminar a revisão judicial não privaria as pessoas da linguagem dos direitos constitucionais, permitindo que continuem a honrar os ideais consagrados na Constituição.¹⁷⁶

¹⁷³ TUSHNET. **Taking the Constitution Away from the Courts**. New Jersey: Princeton University, 1999. p.71.

¹⁷⁴ TUSHNET. **Taking the Constitution Away from the Courts**. New Jersey: Princeton University, 1999a, p.95.

¹⁷⁵ TUSHNET. **Taking the Constitution Away from the Courts**. New Jersey: Princeton University, 1999. p.96.

¹⁷⁶ TUSHNET. **Taking the Constitution Away from the Courts**. New Jersey: Princeton University, 1999.

Tushnet¹⁷⁷ discute os possíveis custos associados ao poder reivindicar direitos, exemplificado pelo estudo de Kristin Bumiller sobre mulheres que afirmaram ser vítimas de discriminação sexual no trabalho, algumas das quais se sentiram profundamente perturbadas pelo processo de reivindicação de seus direitos.

Patricia Williams levanta uma questão importante sobre a relação entre a Constituição idealizada e a realidade. Ela reconhece que, embora os afro-americanos sejam os beneficiários nominais dos direitos constitucionais, na prática, muitas vezes esses direitos não são usufruídos por eles. Os direitos constitucionais são frequentemente ambíguos, o que significa que ser o beneficiário nominal de um direito ambíguo pode não ter nenhum impacto real. O que é direito para um pode não ser direito para alguns.¹⁷⁸

Um exemplo dessa desigualdade é destacado por ele pela posição recente da Suprema Corte sobre a ação afirmativa, que, segundo Williams, não reflete adequadamente os esforços dos afro-americanos para alcançar a igualdade racial.

Nesse caso, os tribunais exercem um papel crucial na explicação dos valores constitucionais para o público, mas a eliminação da revisão judicial não privaria o público da educação que vem da própria Constituição. James Madison inicialmente se opôs à inclusão de uma declaração de direitos na Constituição, mas acabou apoiando-a, pois acreditava que isso ajudaria o público a limitar o governo e estabelecer uma opinião pública favorável aos direitos.

Atualmente, a revisão judicial exerce um papel importante na educação do público sobre a Constituição, mas o que os tribunais dizem sobre a Constituição é muitas vezes especializado e pode ser influenciado por preocupações institucionais específicas. Porém, mesmo sem revisão judicial, ainda podemos criar direitos estatutários que sejam tão inspiradores quanto os constitucionais. Um exemplo disso é a Lei dos Americanos com Deficiência.

Portanto, Williams argumenta que não precisamos necessariamente de um tribunal que anule leis para ter uma linguagem clara e forte de direitos fundamentais

¹⁷⁷ TUSHNET. **Taking the Constitution Away from the Courts**. New Jersey: Princeton University, 1999. p.96.

¹⁷⁸ TUSHNET. **Taking the Constitution Away from the Courts**. New Jersey: Princeton University, 1999. p.100.

disponível para nós. O importante é garantir que os direitos, independentemente de sua origem, sejam aplicados e respeitados na prática.

Tushnet¹⁷⁹ discute a possibilidade de apoiar ou se opor à legislação invocando os princípios da Declaração. Ira Lupu se refere a essas leis como "estatutos que orbitam em órbitas constitucionais", enquanto Mary Ann Glendon argumenta que seria melhor se todos os direitos fossem baseados em estatutos, criticando a forma como os Estados Unidos abordam os direitos em comparação com outras democracias liberais.

Tushnet¹⁸⁰ também aborda a questão dos direitos constitucionais de bem-estar social, reconhecidos em muitas constituições ao redor do mundo, mas desafiados por estudiosos constitucionais nos Estados Unidos por causa das limitações dos tribunais em sua aplicação eficaz. Uma proposta é incluir esses direitos na constituição, mas sem a obrigação dos tribunais de aplicá-los.

O autor¹⁸¹ discute como os direitos de bem-estar social como princípios diretores de política pública podem orientar os legisladores a levarem esses direitos a sério, sem necessariamente exigir a aplicação direta pelos tribunais. Mas, algumas questões céticas são levantadas sobre como isso afetaria o comportamento dos legisladores e quanto seria efetivamente dedicado aos direitos de bem-estar social em uma nação.

Tushnet¹⁸² explora como as disposições constitucionais podem ter um impacto limitado nos resultados políticos por causa da forma como os políticos respondem aos incentivos eleitorais. Eles priorizam questões que são importantes para os eleitores, mas apenas na medida em que os eleitores conseguem comunicar suas preferências de forma eficaz. Isso pode levar a certos grupos, como aqueles preocupados com o bem-estar social, a serem menos influentes do que outros. Porém,

¹⁷⁹ TUSHNET. **Taking the Constitution Away from the Courts**. New Jersey: Princeton University, 1999. p.101.

¹⁸⁰ TUSHNET. **Taking the Constitution Away from the Courts**. New Jersey: Princeton University, 1999a, p.35.

¹⁸¹ TUSHNET. **Taking the Constitution Away from the Courts**. New Jersey: Princeton University, 1999. p.45.

¹⁸²TUSHNET. **Taking the Constitution Away from the Courts**. New Jersey: Princeton University, 1999. p.50.

a retórica em volta dessas questões pode ter importância, especialmente nos debates legislativos, onde pode moldar a percepção pública e a compreensão da Constituição.

A ideia de uma lei constitucional populista sugere que os direitos de bem-estar social podem ser vistos como parte integrante da experiência nacional, especialmente à luz do legado do New Deal. Contudo, a revisão judicial continua a ser uma questão complexa. Embora alguns grupos possam se beneficiar dela, outros podem ser prejudicados. O futuro é incerto, e os ganhos políticos podem ser efêmeros, dependendo de fatores como liderança política e mudanças na composição do Tribunal. Encontrar apoio político para abolir ou manter a revisão judicial é desafiador, dada a divisão de opiniões dentro dos campos liberal e progressista. E, principalmente, devemos reconhecer que manter ou abolir a revisão judicial tem implicações para grupos específicos, como os afro-americanos. Em última análise, a questão é complexa e exige uma consideração cuidadosa de todos os fatores envolvidos.

Tushnet¹⁸³ aborda a questão em torno da revisão judicial nos Estados Unidos, reconhecendo que sua posição é contrária à maioria. Ele discute a falha da nomeação de Robert Bork para a Suprema Corte devido às preocupações sobre sua postura em relação à revisão judicial. O autor explora a ideia de que, embora muitas pessoas apoiem a revisão judicial, essa instituição pode, na verdade, servir aos interesses políticos em detrimento dos cidadãos. Ele sugere que políticos hábeis podem usar estratégias populistas para avançar sua agenda, mesmo que isso não seja necessariamente benéfico para seus eleitores.

Ao considerar o papel dos políticos na formação das compreensões constitucionais do povo, o autor destaca a importância de reconhecer as várias tradições políticas que moldam a identidade americana. Ele argumenta que a manutenção da revisão judicial pode ser influenciada por motivos políticos, e não necessariamente porque seja a melhor opção para o povo. Mas, ele levanta a questão de por que devemos permitir que líderes políticos nos convençam a abandonar a

¹⁸³ TUSHNET. **Taking the Constitution Away from the Courts**. New Jersey: Princeton University, 1999. p.70.

revisão judicial, especialmente quando ela parece ter um impacto limitado em nossa vida política.

Tushnet¹⁸⁴ sugere que pensar em um mundo sem revisão judicial pode nos levar a uma reflexão mais profunda sobre a Constituição e a distribuição de responsabilidades constitucionais. Ele conclui que embora a revisão judicial seja uma instituição marginal em termos de impacto prático, abolir essa prática poderia mudar nossa compreensão de nós mesmos e de nosso sistema legal. Porém, ele deixa em aberto a questão de como exatamente isso poderia ser alcançado, sugerindo que é uma questão que deve ser enfrentada pelos líderes políticos.

O autor compartilha suas reflexões sobre a revisão judicial e propõe maneiras de lidar com essa questão. Ele menciona a desavença de sua esposa, que é diretora do Projeto Nacional de Prisões da União Americana pelas Liberdades Civas, com suas opiniões e argumentos. Apesar das dúvidas que surgem durante a noite, ele desperta pela manhã com uma perspectiva mais alerta.

O autor¹⁸⁵ reconhece a importância da revisão judicial como um componente do poder da Suprema Corte, e expressa sua disposição em defender seu lado se a Corte continuar exercendo esse poder. Ele rejeita o desarmamento unilateral contra a revisão judicial e critica propostas seletivas que visam negar aos tribunais o poder de revisar certos estatutos.

A solução proposta por Tushnet¹⁸⁶ é a emenda constitucional, a exemplo por sugestões como a do Senador Burton Wheeler e do Juiz Robert Bork. Essas propostas mantêm um papel importante para a Suprema Corte, embora possam apresentar desafios associados ao excesso judicial. O autor sugere que o modelo da Constituição irlandesa, que exclui a revisão judicial de certas áreas, pode fornecer insights sobre possíveis emendas à Constituição dos Estados Unidos.

¹⁸⁴ TUSHNET. **Taking the Constitution Away from the Courts**. New Jersey: Princeton University, 1999. p.70.

¹⁸⁵ TUSHNET. **Taking the Constitution Away from the Courts**. New Jersey: Princeton University, 1999. p.70.

¹⁸⁶ TUSHNET. **Taking the Constitution Away from the Courts**. New Jersey: Princeton University, 1999. p.71.

O autor destaca a divisão de opiniões em relação à emenda constitucional, observando que os liberais geralmente se opõem à ideia, enquanto os defensores da lei constitucional populista não têm problemas com emendas específicas.

Portanto, conforme se pode observar, para Tushnet, a participação popular na democracia vai além do simples ato de votar em eleições periódicas. Envolve a capacidade dos cidadãos de influenciar diretamente as decisões políticas e de participar ativamente na elaboração de políticas públicas. Esse envolvimento pode ocorrer através de diversos mecanismos, como plebiscitos, referendos, consultas públicas, orçamentos participativos e movimentos sociais.

A teoria de Tushnet enfatiza a importância de fortalecer esses mecanismos de participação direta, argumentando que eles podem atuar como contrapesos à autoridade judicial e garantir que as decisões políticas sejam mais responsivas às demandas populares. Ao defender uma revisão judicial mais fraca, Tushnet promove a ideia de que a soberania popular deve ser a força motriz das democracias, em vez de ser limitada por interpretações judiciais potencialmente elitistas.

A vinculação da teoria de Tushnet com a participação popular é evidente na sua crítica ao papel predominante dos tribunais na definição das políticas públicas. Ele sugere que, ao devolver mais poder aos cidadãos, é possível alcançar uma democracia mais participativa e inclusiva.

Primeiramente, ao reduzir a supremacia judicial, abre-se espaço para que as decisões políticas sejam moldadas diretamente pelo povo. Isso pode ser feito através de instrumentos de democracia direta, onde os cidadãos têm a oportunidade de expressar suas opiniões e votar em questões específicas que afetam suas vidas. Essa abordagem não apenas empodera os cidadãos, mas também aumenta a responsabilidade e a transparência dos governos.

Além disso, a teoria de Tushnet incentiva uma maior educação cívica e política entre os cidadãos, uma vez que a participação direta nas decisões políticas requer um entendimento mais profundo dos assuntos públicos. Isso pode levar a uma população mais informada e engajada, capaz de contribuir de maneira significativa para a construção de uma sociedade mais justa e equitativa. Ao fortalecer os mecanismos de participação direta, é possível criar uma sociedade mais democrática, onde as

decisões políticas refletem verdadeiramente a vontade e os interesses da população. Essa abordagem não só desafia as estruturas tradicionais de poder, mas também abre caminho para uma democracia mais inclusiva e participativa.

Com efeito, os aportes teóricos de John Rawls, Jürgen Habermas e Mark Tushnet nos fornecem fundamentos propedêuticos filosóficos para analisar o instituto da participação popular no Brasil.

3. A PARTICIPAÇÃO POPULAR NO MOVIMENTO DE REFORMA DO DIREITO ADMINISTRATIVO

3.1. A PARTICIPAÇÃO POPULAR NO BRASIL: ONDE ESTAMOS E POR ONDE JÁ PASSAMOS DESDE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988?

Nos termos do artigo 1º da Constituição Federal, o Brasil é um Estado Social e Democrático de Direito. A premissa determinada já na abertura da Constituição Federal em vigor revela a importância da participação popular enquanto elemento do modelo de Estado estabelecido.

Novais¹⁸⁷ relembra que o Estado de Direito é um contributo do Estado Liberal em oposição ao Estado absolutista. O Estado Liberal implementa o controle do Estado pelo direito e pelo âmbito judicial como forma de reorganizar as estruturas da sociedade frente à atividade discricionária e ilimitada do Príncipe. Desta forma, o Estado existia dentro e submetido à lei para dar segurança e previsibilidade às pessoas. Com a construção do Estado de Direito, garantiu-se a liberdade dos cidadãos frente ao Estado, como forma de contenção estatal, e garantia de direitos fundamentais. Contudo, ainda não se garante no Estado Liberal uma efetiva participação popular, pautada na moralidade ou com preocupação com as minorias¹⁸⁸. O *status* cidadão no liberalismo foi marcado pela participação na esfera pública pelo voto, que tinha tão somente o “propósito de mascarar os antagonismos de classe, tornando os indivíduos iguais e inseridos na forma cidadania”¹⁸⁹.

O elemento social do Estado, marcadamente forjado no início do século XX, é que determina a reestruturação das relações políticas para permitir uma efetiva participação popular. Os direitos políticos no Estado Social não são mais apenas

¹⁸⁷ NOVAIS, Jorge Reis. Contributo para uma teoria do estado de direito: do estado de direito liberal ao estado social e democrático de direito. Coimbra: Coimbra, 1987. p. 32.

¹⁸⁸ RODRIGUEZ B., Iván Ramón. Democracia Deliberativa, una oportunidad para la emancipación política. **Astrolabio. Revista internacional de filosofía**, Año 2010 Núm. 11. p. 417/418.

¹⁸⁹ GOMES, Patrick Mariano. **Crítica da crítica da democracia: pós-democracia, exceção e choque segundo as formas sociais do capitalismo**. 2021. Tese (Doutorado em Filosofia e Teoria Geral do Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2021. doi:10.11606/T.2.2021.tde-22072022-114004. p. 34.

negativos a formar uma abstenção do Estado, mas alcançam um status positivo para firmar direitos de cidadania, participação e comunicação política¹⁹⁰.

No Estado Social se percebe a necessidade da real fruição de direitos e liberdades por todos os membros da sociedade, o que somente seria possível como a efetiva participação na vida comunitária e política¹⁹¹. Como defende Bonavides¹⁹², o Estado Social ao empregar meios intervencionistas para o equilíbrio na repartição dos bens sociais, institucionalizou um regime de garantias concretas e objetivas em uma concepção democrática de poder para a fruição de direitos fundamentais.

No mesmo sentido, ressaltam Schier e Medeiros¹⁹³ que o Estado Social prima pela igualdade real em detrimento da igualdade formal, de forma a distribuir riquezas e estimular o desenvolvimento para a promoção de práticas sociais almejadas. De forma que se percebe uma socialização do Estado¹⁹⁴, pois para além da intervenção econômica estatal, demanda-se a institucionalização da democracia em que o cidadão é um ator participante e não mero recipiente de políticas públicas estatais. Não por outro motivo, Schier¹⁹⁵ entende que o princípio da socialidade leva a generalização e aprofundamento das regras democráticas.

Portanto, a participação cidadã é pressuposto de realização do Estado Social e Democrático de Direito¹⁹⁶. Não basta a intervenção do Estado na economia com o fito de proporcionar bem-estar social prestacional, é premente a institucionalização da democracia em que o cidadão galgue destaque como ator político. Logo, o cidadão não é mero recipiente da intervenção estatal, mas efetivo membro participante das

¹⁹⁰ HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**. São Paulo: Edições Loyola, 2002. p. 272.

¹⁹¹ SOARES, Mário Lúcio Quintão. Teoria do Estado: o substrato clássico e os novos paradigmas como pré-compreensão para o Direito Constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 273.

¹⁹² BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa** (por um Direito Constitucional de luta Resistencia Por uma nova hermenêutica Por uma repolitização da legitimidade). 3º ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 157.

¹⁹³ SCHIER, Adriana da Costa Ricardo; MEDEIROS, Clayton Gomes de. Fomento estatal: aproximações e distinções entre fomento administrativo e fomento fiscal. **Interesse Público – IP**, Belo Horizonte, ano 23, n. 128, p. 17-43, jul./ago. 2021. p. 19.

¹⁹⁴ NOVAIS, Jorge Reis. Contributo para uma teoria do estado de direito: do estado de direito liberal ao estado social e democrático de direito. Coimbra: Coimbra, 1987, p. 201.

¹⁹⁵ SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **A Participação Popular na Administração Pública: O direito de reclamação**. São Paulo: Renovar, 2002.

¹⁹⁶ SCHIER, Adriana da Costa Ricardo; MELO, Juliane Andrea de Mendes Hey. O direito à participação popular como expressão do Estado Social e Democrático de Direito. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 17, n. 69, p. 127-147, jul./set. 2017. p. 140.

decisões da sociedade. Com esse fundamento, a Constituição Federal de 1988 marca um novo modelo de Estado para o Brasil e uma nova possibilidade de participação do cidadão.

A Constituição de 1988 é fruto da luta popular contra os avanços da ditadura militar, levando aos movimentos das 'Diretas Já' em 1984. Dois anos depois, a eleição do Congresso Nacional, com poderes constituintes, mudou nossa forma de participar dentro das políticas públicas ao instaurar a Constituição Cidadã. O artigo 14¹⁹⁷ da Constituição Federal determina que há participação política direta por meio de plebiscito, referendo e iniciativa popular¹⁹⁸.

Sendo assim, entrega-se ao povo a oportunidade de participar das decisões políticas, trata-se de um controle não somente político, como também um controle social. Não há apenas um controle de legalidade, há também um controle de mérito, eficácia, conveniência e de oportunidade do ato administrativo. A participação popular recupera o valor real da democracia.

A democracia brasileira apresenta dificuldades, estreitando os direitos, a participação popular e a atuação do público. É um dos principais desafios da democracia brasileira a questão dos laços herdados pelo autoritarismo, o Brasil passa por um processo de transição pós-democrático.¹⁹⁹

Durante o século XX, a democracia liberal se consolidou como o modelo predominante em muitos países, no entanto, essa hegemonia foi acompanhada pela limitação de alguns de seus princípios fundamentais. Tal limitação resultou na perpetuação de práticas políticas e estilos pouco condizentes com a verdadeira

¹⁹⁷ **Art. 14.** A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante:

I - plebiscito;

II - referendo;

III - iniciativa popular.(...)

¹⁹⁸ Para Bonavides, é o Estado Social que sempre será o melhor a consagrar os valores de um sistema democrático, que se prendem na sua expressão participativa aos mecanismos do plebiscito, referendo e veto popular. BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa** (por um Direito Constitucional de luta Resistencia Por uma nova hermenêutica Por uma repolitização da legitimidade). 3º ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 159.

¹⁹⁹MUSSE, Mariana. **Desafios à participação popular no Brasil contemporâneo diante da realidade neoliberal e pós-democrática**, 2020. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-graduação da Faculdade Nacional de Direito, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2020, p.20.

essência democrática, levando ao surgimento do que se convencionou chamar de déficit democrático²⁰⁰ e adjetivação da democracia.

Nesse contexto, a reforma do Direito Administrativo emergiu como uma resposta à necessidade de fortalecer os fundamentos democráticos, outorgar maior igualdade social e ampliar a participação cidadã na vida política²⁰¹.

A participação popular desempenha um papel central nesse movimento de reforma do Direito Administrativo. Ao envolver os cidadãos comuns no processo de tomada de decisões políticas e na formação das políticas públicas, busca-se superar o déficit democrático e fortalecer os elementos democráticos da sociedade, para terem uma voz ativa na definição das políticas que afetam suas vidas.²⁰²

No entanto, apesar dos avanços, ainda há desafios a serem superados para garantir uma participação efetiva e significativa dos cidadãos no processo político. É necessário promover uma cultura de participação cívica e fortalecer as instituições democráticas para garantir que todas as vozes sejam ouvidas e consideradas na formulação das políticas públicas.

Mesmo assim, não há como não ressaltar a importância do longo percurso até chegarmos à participação popular em 1988, no qual o Brasil passou por um estado de exclusão social devido ao sistema vigente do regime militar. A luta pelo processo de redemocratização iniciou-se em 1970. O Movimento Democrático Brasileiro, surgiu como oposição ao regime militar, buscando reestabelecer a democracia. Iniciou-se o percurso da volta a democracia a partir da campanha presidencial de Ulysses Guimarães, seguida pela derrota de partidos de iniciativa militar em 1974, a anistia e a volta ao país de exilados políticos em 1979, a volta das eleições diretas de governadores em 1982 nos estados, e a campanha da massa popular pelas diretas já em 1984 e a vitória de Tancredo Neves em 1985, sua morte inesperada e o fato do

²⁰⁰ MENDES, D. C. V. R.. Representação política e participação: reflexões sobre o déficit democrático. *Revista Katálysis*, v. 10, n. 2, p. 143–153, jul. 2007.

²⁰¹ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. INOVAÇÕES NO DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO. *Revista Opinião Jurídica (Fortaleza)*, Fortaleza, v. 3, n. 5, p. 202–222, 2005. DOI: 10.12662/2447-6641oj.v3i5.p202-222.2005. Disponível em: <https://periodicos.unichristus.edu.br/opiniaojuridica/article/view/2854>. p. 212.

²⁰² MUSSE, Mariana. **Desafios à participação popular no Brasil contemporâneo diante da realidade neoliberal e pós-democrática**, 2020. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-graduação da Faculdade Nacional de Direito, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2020, p.11.

presidente Sarney assumir logo depois gerando tensões. As políticas sociais tiveram enorme importância na luta pela democracia. Toda essa luta pelo poder define quem terá direitos e quem será privilegiado, trazendo o caráter importante do golpe de estado para a modificação do status atual, visto que o povo era excluído das principais decisões.²⁰³

Bonavides sustenta que a democracia participativa tem para os países periféricos o mesmo valor que o movimento constitucional teve para os países de Primeiro Mundo quando deixavam suas monarquias absolutistas:

O constitucionalismo da democracia participativa é o mesmo constitucionalismo de luta que prevaleceu no ocidente quando países do Primeiro Mundo proclamavam repúblicas, promulgando Constituições ou, em evasivas conservadoras de apego e afeição ao passado, instalavam monarquias constitucionais afixando a sobrevivência política dos tronos e das dinastias ameaçadas. É por igual, doravante, o constitucionalismo dos países periféricos onde o espírito da Constituição tem o mesmo sentido histórico que teve o espírito das leis no século da revolução, quando a França liquidou o absolutismo.²⁰⁴

A partir de 1980²⁰⁵, a participação popular se tornou mais ativa no Brasil, por meio de movimentos sociais expressos pelo povo, como partido dos trabalhadores que se consolidou como partido de esquerda, como sindicatos, organizações da sociedade civil e organizações não governamentais (ONGs), todos estes garantiam a participação popular e o direito do povo em atuar nas decisões políticas, além de fiscalizar as políticas públicas do estado.²⁰⁶

²⁰³ CASTRO, Jorge Abrahão de; RIBEIRO, José Aparecido Carlos. As políticas sociais e a Constituição de 1988: conquistas e desafios. In: **IPEA. Políticas sociais: acompanhamento e análise vinte anos da Constituição federal**. Brasília: Ipea, 2009. p.20.

²⁰⁴ BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa** (por um Direito Constitucional de luta Resistencia Por uma nova hermenêutica Por uma repolitização da legitimidade). 3º ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 29.

²⁰⁵ Conforme ensina AVRITZER, dos anos 1930 até 1980 a intervenção do Estado na organização da sociedade era demasiadamente forte, o que levou a reivindicação da autonomia no momento pós-democratização. A autonomia era entendida como a possibilidade de agir sem a autorização prévia estatal, de forma que “novas associações voluntárias emergiriam e novas formas de apresentar reclamações em público para o Estado tornar-se-iam práticas comuns” (AVRITZER, Leonardo. Sociedade civil e Estado no Brasil: da autonomia à interdependência política. **Opinião Pública**, Campinas, v. 18, n. 2, p. 383-398, Nov. 2012. p. 389).

²⁰⁶ CASTRO, Jorge Abrahão de; RIBEIRO, José Aparecido Carlos. As políticas sociais e a Constituição de 1988: conquistas e desafios. In: **IPEA. Políticas sociais: acompanhamento e análise vinte anos da Constituição federal**. Brasília: Ipea, 2009. p. 31.

Gohn, por sua vez, esclarece que a autonomia dos movimentos sociais é entendida hoje de maneira diferente do que nos anos 80, pois ser autônomo não é estar isolado do Estado atuando à margem do poder instituído. Foi o que Avritzer²⁰⁷ denominou de desafio da “interdependência política”.

Ter autonomia é, fundamentalmente, ter projetos e pensar os interesses dos grupos envolvidos com autodeterminação; é um planejamento estratégico em termos de metas e programas; é ter crítica, mas também proposta de resolução para o conflito que está envolvido; é ser flexível para incorporar os que ainda não participam, mas tem desejo de participar, de mudar as coisas e os acontecimentos da forma como estão; é tentar sempre dar universalidade às demandas particulares, fazer política vencendo os desafios dos localismos; ter autonomia é priorizar a cidadania: construindo-a onde não existe, resgatando-a um onde foi corrompida²⁰⁸.

Segundo Gohn²⁰⁹, a partir dos anos 90 o associativismo não se deu em massa, mas de mobilizações pontuais, a partir do atendimento de apelo realizado por entidades plurais fundamentadas em objetivos humanitários, a exemplo da Anistia Internacional ou Greenpeace. Com isso, a mobilização social passou a ser menos reivindicatória e mais propositiva e operativa.

É neste contexto que no final dos anos 90 é criada nova política estatal de distribuição e gestão dos fundos públicos para a sociedade organizada com a regulamentação de Organizações Sociais (OS) e OSCIP's (Organização da Sociedade Civil de Interesse Público), cuja regulamentação se deu pela Lei n. 9.790/1999. É o chamado terceiro setor. GOHN²¹⁰ as denomina de ONG's propositivas, enquanto as existentes na década de 80 era ONG's militantes.

O poder público com fundamento nestes marcos normativos passou a implementar políticas públicas por meio de cooperação com as organizações da

²⁰⁷ AVRITZER, Leonardo. Sociedade civil e Estado no Brasil: da autonomia à interdependência política. **Opinião Pública**, Campinas, v. 18, n. 2, p. 383-398, Nov. 2012. p. 389

²⁰⁸ GOHN, Maria da Glória. Sociedade civil no Brasil: movimentos sociais e ONGS. **Revista Meta: Avaliação**, 2013, 5.14: 238-253. p. 239.

²⁰⁹ GOHN, Maria da Glória. Sociedade civil no Brasil: movimentos sociais e ONGS. **Revista Meta: Avaliação**, 2013, 5.14: 238-253. p. 239.

²¹⁰ GOHN, Maria da Glória. Sociedade civil no Brasil: movimentos sociais e ONGS. **Revista Meta: Avaliação**, 2013, 5.14: 238-253. p. 246.

sociedade civil. A accountability²¹¹ também se faz no controle da efetividade das políticas públicas implementadas pelo Estado.

Assim, durante o final dos anos 80, houve avanços importantes devido à correlação de forças entre diversos projetos. No entanto, nos anos 90, as políticas neoliberais e os ajustes estruturais resultaram em dificuldades significativas para a democratização. A implementação dessas políticas resultou no agravamento das desigualdades sociais e econômicas, afetando especialmente os setores populares e as classes médias, que foram duramente atingidos pelo desemprego e pela recessão econômica. Além disso, as mudanças na atuação da sociedade civil, como o aumento da importância das organizações não governamentais (ONGs), também podem ser consideradas nesse contexto.

Outra esfera de participação também começa a ganhar força com a convocação da população para participar de decisões estratégicas no âmbito da formulação das políticas públicas com os orçamentos participativos. A prática inicia-se em Porto Alegre em 1989 na gestão do prefeito Olívio Dutra e se aprofunda a partir de 1993 com a criação de mecanismos de participação para se consolidar com a eleição do terceiro prefeito do mesmo partido político (PT)²¹². A experiência que inicialmente marcava governos de esquerda, se popularizou para grande parte dos municípios brasileiros que mantém até hoje a prática institucionalizada²¹³.

²¹¹ Pinho e Sacramento, com fundamento nos ensinamentos de Schedler e Przeworski, apontaram que a accountability conta com dois momentos distintos, o *answerability* e *enforcement*. Primeiramente a pessoa é convocada para prestar contas dos atos praticados por meio do poder recebido (informação e justificação), para em um segundo momento ser responsabilizada pelas contas prestadas (punição). Também sustentaram, por meio dos ensinamentos de O'Donnell, que existe um caráter bidimensional da accountability, podendo ser vertical e horizontal, conforme o lugar ocupado pelos atores que participam do processo. Enquanto a dimensão vertical pressupõe uma ação entre desiguais (p.e. cidadãos versus representantes), a dimensão horizontal pressupõe uma relação entre iguais (p. e. checks and balances entre os poderes constituídos). (PINHO, José Antonio Gomes de; SACRAMENTO, Ana Rita Silva. Accountability: já podemos traduzi-la para o português? **RAP – Revista de Administração Pública**. v. 43, n° 6, p. 1343-1368, nov./dez., 2009. p. 1349/1351.)

²¹² SOUZA, Ubiratan de; GENRO, Tarso. **Orçamento Participativo. A experiência de Porto Alegre**. 1º ed. São Paulo: Ed. Fundação Perseu Abramo, 1997. p. 45.

²¹³ Apesar da popularidade e utilização maciça pelos municípios brasileiros, não se logrou perceber a efetividade da abertura democrática. A população é convocada para participar, contudo não há mecanismos para verificar a real influência das discussões na formulação das políticas públicas orçamentárias. Sobre: HEY MELO. Juliane Andrea de Mendes. **Democracia deliberativa e efetividade da participação popular na formulação de políticas públicas em sociedade local**. Dissertação. 2016. Centro Universitário do Brasil.

Conforme FUNG os orçamentos participativos foram considerados epicentro da revitalização da democracia e invenção institucional a serem observados pelo restante do mundo²¹⁴.

O Sistema Único de Saúde também é importante vetor para a participação popular pós constituinte. Na história do Brasil, a saúde sempre foi para os menos favorecidos de difícil acesso, a assistência era propiciada pelas Santas Casas. Após a Oitava Conferência Nacional de Saúde redigida em 1988, a saúde se consolidou como política social e começou-se a moldar leis direcionadas a ela, levando a maior acessibilidade da população, foi assim que nasceu o Sistema Único de Saúde sob o slogan da saúde pública: “direito de todos e dever do Estado”²¹⁵. Os profissionais de saúde e outros colaboradores então desenvolveram as políticas do Movimento de Reforma Sanitária entre 1970 e 1980, essa reforma foi benéfica porque ajudou o sistema de saúde pública a ser mais acessível ao povo. A participação popular consagrou-se no artigo 198 da Constituição Federal²¹⁶ que versa sobre os serviços de saúde e suas principais diretrizes que são: descentralização, integralidade e é claro, participação popular.

Todo esse processo de saúde é fruto da luta social, não é vista como acesso somente ao médico, como também, o acesso às políticas sanitárias e de qualidade de vida. A participação popular passa a ser valorizada no sistema de saúde. O Sistema Único de Saúde (SUS) atende a todos de forma igualitária, é bem estruturado, organizado e corresponde às demandas sociais. É dever do povo também construir os novos rumos da saúde, porém essa participação por vezes fica restrita e inacessível.

²¹⁴ “In a similar vein, the four books discussed here suggest that many of us may soon turn our eyes to Latin America, and to Brazil in particular, to understand their accomplishments in democratic governance. If these books are right, Brazil is an epicenter of democratic revitalization and institutional invention. In cities across Brazil, millions of citizens are participating in a wide range of novel institutions of participatory democratic governance that confer control over municipal investments, urban planning, health care, community development, and other areas of local public life” (FUNG, Archon. *Reinventing Democracy in Latin America. Perspectives on Politics*, 2011, 9.04: p. 857.).

²¹⁵ VALLA, Victor Vincent. Sobre participação popular: uma questão de perspectiva. **Cadernos de Saúde Pública** [online]. 1998, v. 14, suppl 2 [Acessado 12 Junho 2024], pp. S07-S18. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S0102-311X1998000600002>>.

²¹⁶De acordo com a Constituição Federal de 1988 Artigo 198: “as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem Sistema Único de Saúde, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: descentralização, integralidade e participação popular”.

A Lei nº. 8.142, de 28 de dezembro de 1990, determinou a criação do Conselho de Saúde, um órgão colegiado, permanente e deliberativo composto por representantes do governo, prestadores de serviço, profissionais de saúde e usuários, com a finalidade de atuar na formulação de estratégias e no controle da execução da política de saúde, inclusive nos aspectos econômicos e financeiros. As decisões do Conselho de Saúde são homologadas pelo chefe do poder legalmente constituído em cada esfera do governo.

As Lei nº. 8.142, de 28 de dezembro de 1990, também criou as Conferências de Saúde²¹⁷ que se reúnem a cada 4 anos para delinear as diretrizes das políticas de saúde e para avaliar a situação da saúde com a participação de vários segmentos sociais.

Nesta medida, Rolim *et al*²¹⁸, colocam que a legitimação dos Conselhos de Saúde como espaços estratégicos de gestão participativa. Isso fortaleceu o controle social autônomo, paritário, democrático e deliberativo em todas as agências de fiscalização, promovendo a defesa de direitos e do bem comum. Esses conselhos facilitam a pactuação e o estabelecimento de compromissos entre a gestão pública, os trabalhadores e os usuários, com o objetivo de desenvolver e qualificar os serviços e as políticas públicas de saúde, resultando na melhoria da qualidade de vida da população.

Este é um passo crucial para promover a participação ativa dos cidadãos no sistema de saúde e garantir sua capacidade de tomar decisões informadas sobre questões relacionadas à saúde. Dessa forma, fica evidente que a população detém um grande poder para contribuir com a construção e implementação efetiva do Sistema Único de Saúde, seguindo todas as suas doutrinas e diretrizes, com destaque para a universalidade, equidade e integralidade. É importante ressaltar que os

²¹⁷ De acordo com a Lei 8.142/90 em seu parágrafo primeiro, artigo 1º: As Conferências De Saúde reunir-se-á cada 4 anos com a representação dos vários segmentos sociais, para avaliar a situação de saúde e propor as diretrizes para a formulação da política de saúde nos níveis correspondentes, convocada pelo Poder Executivo ou, extraordinariamente, por este ou pelo Conselho de Saúde.

²¹⁸ ROLIM, Leonardo Barbosa, CRUZ, Rachel de Sá Barreto Luna Callou; SAMPAIO, Karla Jimena Araújo de Jesus. Participação popular e o controle social como diretriz do SUS: uma revisão narrativa. **Saúde em Debate**. Rio de Janeiro, v. 37, n. 96, p. 139-147, jan./mar. 2013. p. 143.

conselhos e conferências não são os únicos meios pelos quais se pode participar das ações de saúde, uma vez que essa participação é garantida constitucionalmente.

Observa-se que as responsabilidades da administração pública têm se expandido, abrangendo praticamente todos os aspectos da sociedade organizada. Com a democratização do Estado, a administração pública passou a desempenhar papéis novos e complexos em áreas como saúde, educação, lazer, previdência social e relações de trabalho. Isso resultou na criação de uma infinidade de setores que demandam uma fiscalização, intervenção e regulação abrangentes.

Os conselhos gestores de políticas públicas se multiplicaram (mais de 30 conselhos foram criados) na década de 90 para diversas esferas, inclusive alcançando um patamar de obrigatoriedade para o recebimento de recursos federais.²¹⁹

Ainda no âmbito da década de 90, destaca-se que apesar da previsão de participação direta da população pelo plebiscito, referendo e projeto de lei de iniciativa popular no bojo do artigo 14 da Constituição de 1988 representar o avanço no âmbito democráticos no país com a promoção de mecanismos de participação popular, somente em 18 de novembro de 1998 foi promulgada a Lei Federal nº. 9.709, que regulamentou os incisos I, II e III do artigo 14 da Constituição. Conforme o art. 2º da referida lei, os plebiscitos e referendos têm como objetivo formular consultas públicas sobre temas de relevância social e em sua essência podem ser constitucionais, administrativos ou legislativos.

Importante registro a ser feito foi a obrigatoriedade da realização de audiências públicas no art. 39 na Lei de Licitação, Lei nº. 8.666, de 21 de junho de 1993. Para as licitação com valor estimado ou para um conjunto de licitações simultâneas ou sucessivas superior de 100 (cem) reais o procedimento licitatória deve ser iniciado com audiência pública com 15 dias de antecedência da data prevista para o lançamento do edital, com acesso a todas as informações pertinentes para que os interessados possam se manifestar. Como melhor se verá à frente no item próprio

²¹⁹ MAGALHÃES, Amanda Gomes. **Ativismo institucional e os desafios do estado: uma análise da política nacional de participação social**. 2016. 112 f., il. Dissertação (Mestrado em Ciência Política). Universidade de Brasília, Brasília, 2016. p. 26.

destinados às audiências públicas²²⁰, essas passaram a compor o cotidiano da Administração Pública, ao menos no que se refere a uma realização formal.

Em 2003, uma importante alteração no âmbito da estruturação da Presidência da República deu ensejo a uma nova fase participativa. No governo do presidente Luiz Inácio Lula da Silva, recém-eleito no ano anterior pela primeira vez ao cargo de Presidente, a Secretaria Geral da Presidência da República teve sua competência alargada para criar e implementar instrumentos de consulta e participação popular, além da tradicional função de coordenação política do governo. A expressiva alteração se deu com a edição da Lei nº. 10.683, de 28 de maio de 2003, em seu artigo 3º²²¹.

Magalhães²²² aponta que como resultado, na gestão do de 2003-2010, foram realizadas 75 conferências nacionais de diversos temas com a participação de mais de cinco milhões de pessoas; criados novos 22 conselhos e 11 comissões nacionais de políticas públicas; reformulados 16 conselhos e 1 comissão; criação de 84 ouvidorias públicas, utilização de audiências públicas.

Contudo, alerta Ciconello²²³ que apesar da expressão 'escuta forte' ter sido largamente utilizada, a implementação dos temas debatidos e a realização de uma deliberação de fato foi reconhecida pelo próprio governo como dificuldades ainda a serem enfrentadas.

Já sob a égide do governo, ainda petista, da Presidente Dilma Rouseff o projeto de construção de um sistema e política nacional de participação²²⁴ é

²²⁰ Cf. item 3.2.1.

²²¹ Art. 3º: À Secretaria-Geral da Presidência da República compete assistir direta e imediatamente ao Presidente da República no desempenho de suas atribuições, especialmente no relacionamento e articulação com as entidades da sociedade civil e na criação e implementação de instrumentos de consulta e participação popular de interesse do Poder Executivo, na elaboração da agenda futura do Presidente da República, na preparação e formulação de subsídios para os pronunciamentos do Presidente da República, na promoção de análises de políticas públicas e temas de interesse do Presidente da República, na realização de estudos de natureza político-institucional e outras atribuições que lhe forem designadas pelo Presidente da República, tendo como estrutura básica o Gabinete, a Subsecretaria-Geral e até duas Subsecretarias

²²² MAGALHÃES, Amanda Gomes. **Ativismo institucional e os desafios do estado: uma análise da política nacional de participação social**. 2016. 112 f., il. Dissertação (Mestrado em Ciência Política). Universidade de Brasília, Brasília, 2016. p. 39.

²²³ CICONELLO, Alexandre. **Participação social na administração pública federal: desafios e perspectivas para a criação de uma política nacional de participação**. Brasília: Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, 2012.

²²⁴ Trata-se de projeto já iniciado em 2003, conforme se depreende do Fórum Governamental de Participação Social, no art. 1º do Decreto nº. 10.081, de 15 de dezembro de 2003 (Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/dnn/2003/Dnn10081.htm)

concretizado por meio do Decreto nº. 8.243, de 23 de maio de 2014, sob o lema “participação social como método de governo”²²⁵.

O Decreto nº 8.243/2014 teve como objetivo primordial redefinir a relação entre o Estado e a sociedade civil, promovendo uma regulamentação detalhada da participação desta última no ciclo de formulação e implementação das políticas públicas pelo Poder Executivo. Conforme se depreende do art. 1º²²⁶, o Decreto teve como intuito formalizar e institucionalizar a participação social como elemento constituinte e indispensável da gestão pública, consolidando a sociedade civil como um ator fundamental na construção e no desenvolvimento do Estado brasileiro. Ao estabelecer diretrizes para a integração da sociedade civil nos processos decisórios, o Decreto nº 8.243/2014 reforçou os princípios de transparência, accountability e democratização da Administração Pública, assegurando que a elaboração, execução e avaliação das políticas públicas sejam conduzidas de maneira inclusiva e participativa.

O Decreto definiu as diretrizes e objetivos da Política Nacional de Participação nos artigos 3º e 4º:

Art. 3º São diretrizes gerais da PNPS:

- I - reconhecimento da participação social como direito do cidadão e expressão de sua autonomia;
- II - complementariedade, transversalidade e integração entre mecanismos e instâncias da democracia representativa, participativa e direta;
- III - solidariedade, cooperação e respeito à diversidade de etnia, raça, cultura, geração, origem, sexo, orientação sexual, religião e condição social, econômica ou de deficiência, para a construção de valores de cidadania e de inclusão social;
- IV - direito à informação, à transparência e ao controle social nas ações públicas, com uso de linguagem simples e objetiva, consideradas as características e o idioma da população a que se dirige;
- V - valorização da educação para a cidadania ativa;
- VI - autonomia, livre funcionamento e independência das organizações da sociedade civil; e
- VII - ampliação dos mecanismos de controle social.

Art. 4º São objetivos da PNPS, entre outros:

²²⁵

Disponível em <https://www.ipea.gov.br/participacao/images/pdfs/participacao/reuniao%20secretarios%20estaduais%20politica%20e%20sistema%20nacional%20de.pdf>

²²⁶ Art. 1º Fica instituída a Política Nacional de Participação Social - PNPS, com o objetivo de fortalecer e articular os mecanismos e as instâncias democráticas de diálogo e a atuação conjunta entre a administração pública federal e a sociedade civil. Parágrafo único. Na formulação, na execução, no monitoramento e na avaliação de programas e políticas públicas e no aprimoramento da gestão pública serão considerados os objetivos e as diretrizes da PNPS.

- I - consolidar a participação social como método de governo;
- II - promover a articulação das instâncias e dos mecanismos de participação social;
- III - aprimorar a relação do governo federal com a sociedade civil, respeitando a autonomia das partes;
- IV - promover e consolidar a adoção de mecanismos de participação social nas políticas e programas de governo federal;
- V - desenvolver mecanismos de participação social nas etapas do ciclo de planejamento e orçamento;
- VI - incentivar o uso e o desenvolvimento de metodologias que incorporem múltiplas formas de expressão e linguagens de participação social, por meio da internet, com a adoção de tecnologias livres de comunicação e informação, especialmente, softwares e aplicações, tais como códigos fonte livres e auditáveis, ou os disponíveis no Portal do Software Público Brasileiro;
- VII - desenvolver mecanismos de participação social acessíveis aos grupos sociais historicamente excluídos e aos vulneráveis;
- VIII - incentivar e promover ações e programas de apoio institucional, formação e qualificação em participação social para agentes públicos e sociedade civil; e
- IX - incentivar a participação social nos entes federados.

Destaca-se o reconhecimento do direito à participação popular (ou social na denominação utilizada pelo decreto) e a sua complementaridade com os demais mecanismos de democracia representativa, em verdadeira valorização da cidadania ativa.

A Política Nacional, portanto, implementa as diretrizes e orientações gerais da participação social, quanto o Sistema Nacional de Participação Social era o responsável por institucionalizar e articular os mecanismos de participação²²⁷. No art. 6º foram estabelecidas nove instâncias e mecanismos no âmbito do Sistema Nacional de Participação Social: (i) conselho de políticas públicas; (ii) comissão de políticas públicas; (iii) conferência nacional; (iv) ouvidoria pública federal; (v) mesa de diálogo; (vi) fórum interconselhos; (vii) audiência pública; (viii) consulta pública; e (ix) ambiente virtual de participação social.

Destaca-se, dentre os mecanismos, a determinação de ‘compromisso de resposta às propostas recebidas’ no âmbito das audiências públicas e das consultas públicas, a teor dos art. 16, inciso V, e 17 inciso VI. Portanto, apesar da preocupação com a participação da sociedade, a Administração Pública ainda não deu maior passo

²²⁷ TANSCHKEIT, Talita São Thiago. **Democracia e participação no Brasil: o Partido dos Trabalhadores e a Política Nacional de Participação Social**. 2014. 131 f. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) – Instituto de Estudos Sociais e Políticos, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014. p. 98.

para a efetivação da participação a não ser se comprometer a responder às propostas recebidas e não a implementá-las. Logo, a percepção de que a sociedade fala, mas não é ouvida é mantida, mesmo com o grande passo dado na esfera participativa²²⁸. Assim, a expectativa da sociedade de que a nova arquitetura de participação que vinha sendo desenhada desde 2003 conseguiria “introduzir uma mudança na correlação de forças que iria tornar esses canais de participação mais efetivos, torná-los mais deliberativos”²²⁹ não foi concretizada.

Inobstante a crítica aqui efetuada, o Decreto não foi bem recebido por parte da mídia e pelo próprio Poder Legislativo, que tentou a sustação do Decreto por meio do Decreto Legislativo 147/2014²³⁰, que acusava a Política Nacional de Participação Social de corroer as “entranhas do regime representativo” e que a intenção do Executivo era “implodir o regime da Democracia representativa na medida em que tende a transformar esta casa em um autêntico elefante branco”²³¹. O projeto foi arquivado ao final da legislatura de 2018.

Antes de adentrar na extinção ao final do Decreto nº. 8.243/2014, é importante pontuar a relevância da Lei nº. 13.460 de 26 de junho de 2017, como um último fôlego dos ensejos participativos no Brasil. A referida lei estabeleceu normas básicas para a participação, proteção e defesa dos usuários de serviços públicos. Em seu artigo 6º, prevê como direitos básicos dos usuários de serviços públicos a participação no acompanhamento da prestação e na avaliação dos serviços. Direito que pode ser garantido por meio de ouvidorias (art. 13, inciso I) e por meio de Conselhos de Usuários (art. 18).

Em que pese este último fôlego, a celebrada Política Nacional de Participação Social teve curta vigência. Com a eleição do Presidente Jair Bolsonaro nas eleições de 2018, toda a construção efetuada pelos presidentes anteriores foi desmontada, uma vez que o presidente então eleito mantinha filiação partidária contrária ao pregar

²²⁸ Tema que será debatido no capítulo 4.

²²⁹ LAVALLE, Adrian Gurza. SZWAKO, José. Origens da Política Nacional de Participação Social: Entrevista com Pedro Pontual. **Novos Estudos - CEBRAP** [online]. 2014, n. 99, pp. 91-104. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S0101-33002014000200005>>.

²³⁰ Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4774997&ts=1594017756880&disposition=inline>

²³¹ <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4774997&ts=1594017756880&disposition=inline>. p. 13.

um Estado mínimo. Com 100 dias de governo, em 11 de abril de 2019 o então Presidente Jair Bolsonaro revoga o Decreto nº. 8.243/2014 e determina a extinção de mais de 650 Conselhos por meio do Decreto nº. 9.759/2019.

Consta na exposição de motivos do Decreto nº. 9.759/2019²³² que a medida tratou de um esforço de racionalização administrativa por conta da proliferação de colegiados na administração pública federal para “evitar colegiados supérfluos, desnecessários, de resultados práticos positivos desconhecidos e com superposição de atribuições com as de autoridades singulares e outros colegiados”. Também assevera que o Decreto nº. 8.243/2014 utilizou linguagem imprecisa, visando a “estimular a criação e o fortalecimentos de colegiados integrados por grupos econômicos específicos para se contrapor ao poder das autoridades eleitas tanto para o Executivo quanto para o Legislativo”. Chegou a chamar a Política Nacional de Participação Social de “Decreto Bolivariano”, em analogia à sistema socialista.

A extinção dos Conselhos e da Política Nacional de Participação Social foi duramente criticada pela doutrina, principalmente diante dos argumentos utilizados para o desmonte, que apontam para dificuldade de lidarem com posicionamentos diversos do mantido pelo então governo:

O deslocamento discursivo proposto pela argumentação das autoridades públicas, do plano político para o moral, estabelece a desqualificação das pessoas e das entidades sociais as quais representam e invoca um pretenso inchaço da participação social na institucionalidade estatal provocado pelas gestões federais do PT. Assim, coloca-se em questionamento e, portanto, em um outro patamar de disputa o “modelo conselho” e os outros formatos de órgãos colegiados. Não mais uma discussão como uma questão de direitos e democracia, mas de privilégios, custos e ideologias. O direito à participação se transforma em um ódio à participação dos grupos de interesses que sejam contrários ao posicionamento político hegemônico, e nisto subsiste o ideário antidemocrático de opor a eficiência da gestão pública à institucionalidade democrática, recolocando, como aspecto positivo, a tradição autoritária da cultura política nacional. Como resume Mariana: “[n]a verdade eles odeiam participação e controle social, só que isto está se efetivando na mesma rede que a gente usou para ampliar, eles usam e estão desconstruindo e construindo um novo foco para eliminar os processos.”²³³

²³² Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Exm/Exm-Dec-9759-19.pdf

²³³ DA COSTA OLIVEIRA, Assis. Participação social nos conselhos de políticas públicas na “era Bolsonaro”: o caso do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente. **Interseções: Revista de Estudos Interdisciplinares**, [S. l.], v. 24, n. 1, 2022. DOI: 10.12957/irei.2022.68332. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/intersecoes/article/view/68332>. p. 179.

Clóvis Henrique Leite de Souza²³⁴ aponta ter havido de 2014 a 2022 um processo de reconfiguração de políticas públicas denominado “*policy dismantling*”, entendido como a “desmobilização das capacidades estatais para implementação de políticas, sejam essas de ordem política, institucional, administrativa ou técnica”²³⁵.

A participação popular no movimento de reforma do Direito Administrativo é essencial para promover uma democracia mais inclusiva, responsiva e participativa. Ao envolver os cidadãos comuns no processo político e na formação das políticas públicas, busca-se construir sociedades mais justas, igualitárias e democráticas.

A ideia normativa de democracia, que se fundamenta na igualdade potencial de influência de todos os cidadãos e concede aos indivíduos comuns o poder de decidir coletivamente sobre seu destino, sempre encontrou resistências, sendo as concepções elitistas a principal delas. A luta entre o conservadorismo e os avanços progressistas sempre existiu dentro da política, pois apesar das conquistas de 1988 serem consagradas, elas encontraram diversas oposições.

A participação popular reflete não apenas os desafios enfrentados pelas democracias ocidentais, mas também as transformações ideológicas e institucionais ao longo do tempo. Após a Segunda Guerra Mundial, a teoria da “democracia concorrencial” de Joseph Schumpeter²³⁶ ganhou destaque, sustentando a narrativa de que os países ocidentais eram verdadeiras democracias, embora a participação direta do povo fosse notavelmente ausente. Schumpeter argumentava que as pessoas não tinham capacidade de determinar o que era melhor para elas em questões públicas, propondo assim uma nova teoria democrática centrada na competição entre elites pelo voto popular.

No entanto, as democracias consolidadas enfrentam desafios significativos desde a década de 2000, com sinais de esgotamento epistemológico, político e social.

²³⁴ SOUZA, Clóvis Henrique Leite de. **Possibilidades e limites das assessorias de participação social e diversidade no desenho da arquitetura institucional do governo federal**. SciELO Preprints. disponível em: <https://doi.org/10.1590/SciELOPreprints.6766>.

²³⁵ SOUZA, Clóvis Henrique Leite de. **Possibilidades e limites das assessorias de participação social e diversidade no desenho da arquitetura institucional do governo federal**. SciELO Preprints. disponível em: <https://doi.org/10.1590/SciELOPreprints.6766>.

²³⁶ SCHUMPETER, Joseph. (1984) [1942], **Capitalismo, Socialismo e Democracia**. Rio de Janeiro, Zahar.

Mesmo países considerados modelos de desenvolvimento democrático, como os do "Norte Global", sofrem com um colapso institucional, onde as instituições não funcionam adequadamente. Como observado por Musse²³⁷, "os países do Norte que ensinaram o mundo parecem não ter lições a dar", evidenciando uma crise global preocupante.

Essas mudanças no cenário democrático ocidental têm implicações diretas na participação popular no movimento de reforma do direito administrativo. A ausência de uma participação efetiva do povo nas decisões públicas, conforme delineado pela teoria de Schumpeter, pode ter contribuído para o esgotamento institucional observado atualmente. Portanto, é essencial repensar e revitalizar os mecanismos de participação popular, garantindo que as vozes dos cidadãos sejam ouvidas e consideradas na formulação das políticas administrativas.²³⁸

A expressão pós-democracia surgiu para designar o fim das dinâmicas democráticas em países que antigamente eram marcados pelo funcionamento das instituições democráticas. A pós-democracia aparece em um momento que se reduz o valor da democracia, porém não se caracteriza em um sistema antidemocrático, nem não democrático. O que se sabe é não se trata de uma democracia completa.

Casara conceitua pós-democracia como um "Estado sem limites rígidos ao exercício do poder, isso em um momento em que o poder econômico e o poder política se aproximam, e quase voltam a se identificar, sem poder"²³⁹.

²³⁷MUSSE, Mariana. **Desafios à participação popular no Brasil contemporâneo diante da realidade neoliberal e pós-democrática**, 2020. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-graduação da Faculdade Nacional de Direito, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2020, p.30.

²³⁸De acordo com Musse: "O próprio capitalismo é uma barreira para a democratização, quanto maior as desigualdades, mais preponderantes à dominância os grupos hegemônicos ficam. Ou seja, a democracia e a economia atual são incompatíveis. A chamada crise da democracia liberal resulta de uma conjunção de fatores que se reforçam mutuamente. A globalização da economia e da comunicação desestruturou as economias nacionais e limitou a capacidade dos Estados de responder em seu âmbito a problemas que são globais". MUSSE, Mariana. **Desafios à participação popular no Brasil contemporâneo diante da realidade neoliberal e pós-democrática**, 2020. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-graduação da Faculdade Nacional de Direito, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2020. p. 91.

²³⁹ CASARA, Rubens RR. **Estado pós-democrático: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis**. Editora José Olympio, 2017.

Musse²⁴⁰ reflete que a crise de 2008 trouxe apelos autoritários, anti-humanistas e antidemocráticos. Esta expôs as profundas contradições na sociedade e na economia, resultado da globalização. Inicialmente uma crise financeira, rapidamente se tornou uma crise econômica e de emprego, destacando a fragilidade do sistema. Surgiram discursos autoritários, anti-humanistas e antidemocráticos, legitimados pelo voto popular, partidos políticos e líderes populistas. As instituições democráticas foram usadas para minar os princípios democráticos. Isso evidenciou uma tendência preocupante, na qual a democracia é usada para enfraquecer a própria democracia, resultando em uma crise de valores e confiança institucional. É crucial refletir sobre esses eventos e buscar soluções para fortalecer os princípios democráticos e garantir a participação popular na tomada de decisões políticas.

Ainda é trazido que nos Estados Unidos, a ascensão de Donald Trump à presidência, marcada por um discurso hostil à diversidade, representa um claro exemplo de um novo modelo político. Enquanto isso, na Europa, partidos tradicionais têm perdido votos para uma direita nacionalista, que se opõe à integração nacional e rejeita a tolerância cultural. O referendo no Reino Unido, que resultou na preferência pela saída da União Europeia, também ilustra esse movimento.²⁴¹

Esses eventos confirmam que o modelo dominante de democracia liberal encara sua maior crise global desde o fim da guerra fria, com uma tendência retrograda em várias partes do mundo. Apesar de o termo "pós-democracia" ter sido cunhado com base na experiência de países do norte global, ele é cada vez mais aplicado globalmente para descrever fenômenos políticos em diversas regiões. No Brasil, é

Mas, é importante contextualizar o debate sobre pós-democracia, levando em conta que, de acordo com Musse²⁴² não apenas as precauções metodológicas, mas

²⁴⁰MUSSE, Mariana. **Desafios à participação popular no Brasil contemporâneo diante da realidade neoliberal e pós-democrática**, 2020. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-graduação da Faculdade Nacional de Direito, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2020, p.88.

²⁴¹ MUSSE, Mariana. **Desafios à participação popular no Brasil contemporâneo diante da realidade neoliberal e pós-democrática**, 2020. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-graduação da Faculdade Nacional de Direito, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2020. p.94.

²⁴²MUSSE, Mariana. **Desafios à participação popular no Brasil contemporâneo diante da realidade neoliberal e pós-democrática**, 2020. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-graduação da Faculdade Nacional de Direito, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2020. p.92.

também os elementos de análise anglo-eurocêntricos e o liberalismo normativo introduzidos em suas teorias. Além disso, é fundamental reconhecer os paradoxos de conceitos, experiências históricas e questões ligadas ao contexto presentes em países pós-coloniais. Apesar de esses estudos possam oferecer ideias importantes para entender a realidade brasileira, é necessário levar em conta essas questões ao aplicá-los a diferentes contextos políticos e sociais.

O completo esvaziamento da participação popular é visto cada vez mais nas tendências pós-democráticas brasileiras fazendo o povo desaparecer do cenário político, aos poucos sumindo o seu papel de cidadão presente nas tomadas de decisões é substituído por uma intitulada aristocracia tecnocrática.²⁴³

Para compreender de forma adequada o cenário político atual do Brasil, é fundamental refletir sobre o processo de redemocratização que resultou na Constituição de 1988. Apesar de representar um avanço significativo na garantia de direitos fundamentais e na consolidação das lutas sociais em torno de um mínimo existencial, a implementação efetiva dessas conquistas tem sido desafiadora. A estrutura política mudou pouco desde então e a Constituição tem sido frequentemente alvo de reformas para acompanhar os avanços.²⁴⁴

A redemocratização revelou um processo de recaptura do poder sem uma recuperação de poder a quem realmente tem a soberania, o povo. As estruturas decisórias permaneceram fechadas às pressões populares, mantendo os interesses das classes dominantes como prioridade. As heranças autoritárias do período ditatorial ainda presentes no texto constitucional afetaram a qualidade da democracia no país, influenciando o funcionamento das instituições políticas, econômicas e sociais, bem como a relação entre os cidadãos e a política.

Mesmo com a democratização, antigas estruturas de dominação e exploração perduraram, facilitando a expansão de novas formas de dominação trazidas pela globalização e pelas reformas neoliberais. Isso dificultou a realização do ideal de uma

²⁴³MUSSE, Mariana. **Desafios à participação popular no Brasil contemporâneo diante da realidade neoliberal e pós-democrática**, 2020. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-graduação da Faculdade Nacional de Direito, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2020. p.93.

²⁴⁴ MUSSE, Mariana. **Desafios à participação popular no Brasil contemporâneo diante da realidade neoliberal e pós-democrática**, 2020. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-graduação da Faculdade Nacional de Direito, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2020. p.94.

democracia material no Brasil, onde os princípios democráticos fossem efetivamente aplicados em todas as esferas da sociedade.

Essa realidade é marcada pela predominância de uma "pequena política" sobre a "grande política", como conceituado por Gramsci²⁴⁵, onde o debate político é reduzido a questões institucionais e parlamentares, negligenciando temas mais amplos e relevantes para a sociedade. Isso gera um desacordo entre as ações dos representantes e os interesses dos representados, tornando-se cada vez mais claro.

Surge então uma forma de neocorporativismo, onde os movimentos sociais e grupos de pressão são capturados pelo Estado, assim como o próprio Estado é capturado por grupos de interesse, muitas vezes em favor de setores poderosos da sociedade, como o econômico, religioso e midiático. Isso leva à privatização do Estado e à particularização do mandato representativo, com interesses oligárquicos dominando a política e dificultando a implementação de medidas reformadoras que beneficiariam a maioria da população.

Acreditar que a simples realização de eleições regulares e competitivas é suficiente para consolidar a democracia é concordar com uma visão minimalista proposta por Schumpeter²⁴⁶. Apesar disso, mesmo em países onde há eleições competitivas, governos podem violar princípios democráticos, como igualdade perante a lei e transparência, além de dificultar a accountability, tanto social quanto horizontal. Essa reflexão demonstra que a consolidação democrática vai além do ato eleitoral e requer uma participação ativa da sociedade civil, além de instituições eficientes de controle e fiscalização do poder público.

A ideia de participação é fundamentalmente vista como um meio para aumentar a eficácia da ação do Estado e para expandir os direitos de cidadania. Ela se manifesta como um diálogo entre as instituições representativas, partidos políticos e administração de um lado, e os movimentos e organizações sociais independentes de partidos políticos e mecanismos participativos do outro.

Quando se discute o interesse dos cidadãos, é importante destacar que é uma forma de intervenção na esfera pública motivada por preocupações sociais

²⁴⁵ GRAMSCI, A. **Cadernos do cárcere**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006a. V 1.

²⁴⁶ SCHUMPETER, Joseph. (1984) [1942], **Capitalismo, Socialismo e Democracia**. Rio de Janeiro, Zahar.

específicas, realizada de maneira direta e embasada em um certo grau de institucionalização das relações entre Estado e sociedade. A urgência em atender às demandas sociais impulsiona a necessidade de fornecer respostas que permitam a implementação de programas de maneira ágil e democrática. Portanto, em um contexto de pressão social, a participação é essencial, promovendo interações entre Estado e cidadãos.

Nesse sentido, a administração pública assume um papel crucial ao potencializar a expansão das práticas comunitárias através do estabelecimento de mecanismos institucionais que reconheçam direitos que podem ser efetivamente exercidos. Para que isso ocorra, é necessário surgirem na sociedade civil interlocutores coletivos, grupos comunitários e movimentos sociais que possibilitem uma participação ativa e representativa, sem que o Estado imponha qualquer tipo de dependência administrativa ou financeira, rompendo assim com práticas populistas, autoritárias e clientelistas. Para que a participação popular seja efetiva, precisaremos então de maior acessibilidade do povo aos seus direitos e deveres, além de inclusão social e desenvolvimento econômico, no entanto, os governos autoritários produzem mais desigualdade, evitando que o progresso aconteça. Os movimentos sociais que focam na participação popular têm suas ideias de descentralização de poder minados. Apesar dos obstáculos, apresentamos grandes avanços quando falamos de públicos participativos como veremos.

De tal sorte, o desmantelamento do Sistema Social, com a retirada de assentos nos conselhos em prol da sociedade é um ato típico de Estado Pós-Democrático²⁴⁷.

Outrossim, a pauta da participação social apenas retorna no cenário nacional com a nova eleição do Presidente Luís Inácio Lula da Silva, já com a retomada da

²⁴⁷ TEIXEIRA, A. B. .; BITENCOURT, C. M. . O desmanche do controle social no Estado pós-democrático: uma análise do decreto nº 9806. **Revista do Instituto de Direito Constitucional e Cidadania**, [S. l.], v. 6, n. 2, p. e035, 2023. DOI: 10.48159/revistadoidcc.v6n2.e035. Disponível em: <https://revistadoidcc.com.br/index.php/revista/article/view/126>.

Secretaria-Geral da presidência da república como referência na atuação de forma transversal na política de participação junto aos Ministérios²⁴⁸.

Por fim, em 31 de janeiro de 2023, o Decreto 11.407/2023 estabeleceu o Sistema de Participação Social na administração pública federal direta. Este regulamento designou a Secretaria-Executiva da Secretaria-Geral da Presidência da República como o órgão central, e as Assessorias de Participação Social e Diversidade dos Ministérios, além das unidades administrativas encarregadas da área de participação social, como os órgãos setoriais. Diferentemente do Decreto nº. 8.243/2014, não detalhe o que significa o sistema ou quais as suas diretrizes, de modo que importa até o momento apenas uma possibilidade de retomada da participação popular na centralidade do projeto de governo.

Diante da breve exposição do instituto da participação e seu histórico no Brasil, necessário delinear os públicos participativos e as possibilidades de participação popular no contexto nacional.

3.2. PÚBLICOS PARTICIPATIVOS E INTERFACES DE COGESTÃO

3.2.1 Mecanismos de operacionalização da participação popular

O envolvimento ativo dos cidadãos na administração pública, mais especificamente, no processo de tomada de decisões governamentais, é importante para a construção de um espaço igualitário. Isso inclui a participação em fóruns, assembleias, consultas públicas e conselhos, onde os cidadãos fiscalizam, elaboram soluções e norteiam as políticas públicas destinadas a eles. Modesto²⁴⁹ acredita que é simplista pensar que o aumento da participação popular no governo pode ser tratado de forma isolada, sem considerar a participação popular em outros setores do Estado.

²⁴⁸ Comissão de Transição Governamental. **Relatório do Conselho de Participação Social**. Produto 2. Relatório Final. Brasília, 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/secretariageral/pt-br/noticias/2023/janeiro/RelatrioFinaldoConselhodeParticipaoSocial.pdf>

²⁴⁹ MODESTO, Paulo. Participação popular na administração pública: mecanismos de operacionalização. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**. Salvador, Instituto de Direito da Bahia, n.2, abr/maio/jun, 2005. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/rede-2-abril-2005-paulo%20modesto.pdf>.

Além disso, reduzir a participação popular a uma questão puramente jurídica, focada apenas na preparação de instrumentos normativos, é inadequado. A participação popular é, acima de tudo, uma questão política que está intrinsecamente ligada ao desenvolvimento e à efetivação da democracia. A participação popular envolve a sociedade e todos os elementos a ela pertencentes, sendo assim, não pode ser reduzida, pois envolve questões econômicas e sociais.

Desta forma, é importante reconhecer que o sistema jurídico por si só não pode garantir a participação popular; pelo contrário, muitas vezes pode até dificultá-la, estabelecendo mecanismos que neutralizam ou limitam sutilmente a participação. Isso significa que a participação popular se torna difícil devido à falta de motivação da população em diversos âmbitos. Portanto, é preciso que seja estimulada a participação popular a partir da consciência popular dos seus próprios direitos e deveres, aos quais não são estimulados a participar ou contribuir.

Modesto²⁵⁰ destaca a importância de refletir sobre as diversas situações políticas que envolvem a participação popular. É essencial evitar uma abordagem abstrata que generalize essas situações, tratando todos os problemas de participação como iguais para todas as classes sociais. O autor também ressalta que a participação não é uniforme em todo o mundo, sugerindo que as experiências podem variar significativamente de acordo com o contexto social e geográfico.

Essas situações requerem soluções diferentes, pois em um ambiente de coronelismo pode haver tanto casos de acracia como de apatia política por parte da população. A carência de acessibilidade, de informação, falta de reconhecimento enquanto cidadão pode levar muitos cidadãos a se desestimular ou nem mesmo conhecer os seus direitos. Leis prolixas, formalismo em excesso, falta de esclarecimento de direitos e deveres, juntamente com a baixa escolaridade, causa o desinteresse do cidadão em sua vida política.

²⁵⁰MODESTO, Paulo. Participação popular na administração pública: mecanismos de operacionalização. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**. Salvador, Instituto de Direito da Bahia, n.2, abr/maio/jun, 2005. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/rede-2-abril-2005-paulo%20modesto.pdf>.

A ideia de participação é vista principalmente como uma maneira de aumentar a eficácia das ações do governo e fortalecer os direitos dos cidadãos. Quando se menciona a participação dos cidadãos, é importante ressaltar que se trata de uma forma de envolvimento na esfera pública motivada por questões sociais concretas, realizada de forma direta. É também um método de governança baseado em algum grau de formalização das relações entre Estado e sociedade. A urgência em atender às demandas sociais torna necessário fornecer respostas que permitam a implementação ágil e democrática de programas.

Assim, em meio à pressão social, a participação deve ser incentivada como parte de um processo de interação entre o Estado e os cidadãos.

3.2.2 Classificação dos institutos de participação

Para melhor compreensão da participação popular no âmbito da Administração Pública, convém sistematizar os institutos²⁵¹ com o fito de compreender as suas diferenças²⁵². Para tanto, serão resgatas classificações de autores estrangeiros e nacionais.

De especial interesse para o presente é a classificação realizada pelo célebre constitucionalista português José Joaquim Gomes Canotilho por conta do critério utilizado, uma vez que classifica os institutos de participação popular conforme o grau de intensidade conferido à dimensão participativa²⁵³. O autor classifica a participação da seguinte forma: (a) participação não-vinculante, (b) participação vinculante e (c) participação vinculante e autônoma.

A *participação não-vinculante* possibilita a participação do particular nos processos de decisão, contudo apenas por meio de informações, propostas, exposições, protestos, etc. Já a *participação vinculante* denota participação na própria tomada de decisão e limita o poder de direção tradicional. Canotilho aponta como exemplo os conselhos de gestão. Por fim, a participação vinculante e autônoma é uma

²⁵¹ Chamado também pelos autores de mecanismos, por isso adota-se as expressões como sinônimas no presente trabalho.

²⁵² Esta sistematização é relevante para a análise que será realizada no item 4.2 deste trabalho.

²⁵³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993. p. 426.

autogestão, em que há substituição pura e simples do poder de direção tradicional para outro poder, mas ainda inserida dentro do respectivo sistema. A participação autônoma e vinculante ainda pode ser classificada quanto a mudança de domínio de poder e de estilo de direção.²⁵⁴

Da classificação proposta por Canotilho²⁵⁵, podemos depreender que a maior parte dos institutos de participação são de caráter vinculante, inclusive denota que o “setor social autogerido”, o que corresponde às Organizações Sociais (OS) brasileiras e sindicatos seriam a forma mais expressiva de participação, já que indicam uma verdadeira mudança da relação de poder e domínio com a transferência.

Outro autor estrangeiro que ressalta o grau de vinculação dos institutos de participação é espanhol Miguel Sánchez Morón, que dentre outros critérios de classificações, aponta que a participação externa²⁵⁶ pode ser subdividida conforme a participação nas funções administrativas: (a) participação procedimental, (b) participação consultiva, (c) participação negociação, (d) participação orgânica e (e) formas de democracia direta²⁵⁷.

Na participação procedimental, a Administração toma a decisão livremente depois de ouvido algum interessado no curso da elaboração do ato administrativo. Na participação consultiva, a Administração também toma a decisão livremente após a consulta a determinadas organizações sociais portadoras de interesses coletivos. Na participação negociação a Administração assume compromissos com as organizações sociais interessadas. Já na participação orgânica, a intervenção do particular ou do grupo social se dá por meio de um órgão administrativo de decisão ou por meio do controle das decisões burocráticas. Por fim, na forma direta de

²⁵⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993. p. 426-427.

²⁵⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993. p. 427.

²⁵⁶ Entendida como aquela que permite intervenção individual e de grupos sociais nas decisões administrativas.

²⁵⁷ SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. **La participación del ciudadano en al administración pública:(con especial referencia al ordenamiento italiano)**. 1979. Tese (Doutorado em Direito Administrativo). 2015. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 1979. p. 154-155.

democracia, o particular atua como componente do corpo eleitoral para aprovar ou não uma decisão da Administração Pública, como o caso do referendo²⁵⁸.

No âmbito nacional, Modesto²⁵⁹ retrata que para cuidar dessas questões não se pede planos mirabolantes e sim, ações simples e palpáveis, possíveis por decisões constitucionais e administrativas. Ele aborda também os tipos de intervenção do cidadão: quanto a sua eficácia pode ser (a) vinculante, subdivida em (a.1.) decisória, quando há cogestão (a.2.) condicionante, quando se limita a discricionariedade da autoridade superior, exigindo motivação extensa em pronunciamentos divergentes²⁶⁰; e (b) não vinculante. Quanto a matéria e a estrutura da sua intervenção, podem ser (a) consultiva, subdivida em (a.1.) individual²⁶¹, (a.2.) colegial²⁶² e (a.3.) coletiva²⁶³; (b) executiva, subdivida em (b.1.) cogestão²⁶⁴ (b.2.) autônoma²⁶⁵.

Por fim, Marcos Augusto Perez²⁶⁶ ao analisar diversas classificações estrangeiras e nacionais formula uma proposta conforme o grau da força vinculante ou do que chama de grau dos poderes atribuídos diretamente aos cidadãos. Distingue três acepções: (a) instituto de participação vinculante, ou de gestão participativa, ou

²⁵⁸ SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. **La participación del ciudadano en al administración pública:(con especial referencia al ordenamiento italiano)**. 1979. Tese (Doutorado em Direito Administrativo). 2015. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 1979. p. 154-155.

²⁵⁹MODESTO, Paulo. Participação popular na administração pública: mecanismos de operacionalização. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**. Salvador, Instituto de Direito da Bahia, n.2, abr/maio/jun, 2005.

²⁶⁰ Como exemplo, o autor aponta os conselhos administrativos. MODESTO, Paulo. Participação popular na administração pública: mecanismos de operacionalização. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**. Salvador, Instituto de Direito da Bahia, n.2, abr/maio/jun, 2005.

²⁶¹ Como exemplo, o autor aponta a colaboração especializada. MODESTO, Paulo. Participação popular na administração pública: mecanismos de operacionalização. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**. Salvador, Instituto de Direito da Bahia, n.2, abr/maio/jun, 2005.

²⁶² Como exemplo, o autor aponta os conselhos consultivos. MODESTO, Paulo. Participação popular na administração pública: mecanismos de operacionalização. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**. Salvador, Instituto de Direito da Bahia, n.2, abr/maio/jun, 2005.

²⁶³ Como exemplo, o autor aponta as audiências públicas. MODESTO, Paulo. Participação popular na administração pública: mecanismos de operacionalização. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**. Salvador, Instituto de Direito da Bahia, n.2, abr/maio/jun, 2005.

²⁶⁴ Como exemplo, o autor aponta os conselhos de gestão. MODESTO, Paulo. Participação popular na administração pública: mecanismos de operacionalização. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**. Salvador, Instituto de Direito da Bahia, n.2, abr/maio/jun, 2005.

²⁶⁵ Como exemplo, o autor aponta as organizações sociais, ongs, entidades de utilidade pública. MODESTO, Paulo. Participação popular na administração pública: mecanismos de operacionalização. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**. Salvador, Instituto de Direito da Bahia, n.2, abr/maio/jun, 2005.

²⁶⁶ PEREZ, Marcos Augusto. **A administração pública democrática: institutos de participação popular na administração pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 132.

de vinculação decisional, (b) institutos de participação não vinculante, ou institutos de técnica consultiva, ou de simples influência e (c) institutos de participação autônoma e vinculante.

Nos institutos participativos de caráter vinculante tem caráter deliberativo, pois decorres da estruturação de processos de formação do ato administrativo com a participação do cidadão. Neste sentido, Perez ressalta que o cidadão compartilha dos poderes constitucionais atribuídos à Administração Pública²⁶⁷.

Por outro lado, os institutos participativos de caráter não vinculante, de consulta ou meramente opinativos, decorrem do direito de informação²⁶⁸ e do direito de petição do cidadão²⁶⁹.

Perez²⁷⁰ ressalta que é a combinação do direito à informação e petição com o princípio da participação popular que fundamenta constitucionalmente as audiências públicas, consultas públicas, orçamento participativo, participação em conselhos e comitês, acesso às ouvidorias e defensorias.

A partir dessas categorias, é possível organizar os diferentes mecanismos de participação popular na administração pública, que se mobilizam para expressar suas demandas, interesses e opiniões sobre as questões públicas que os afetam, seja por meio de movimentos sociais, organizações da sociedade civil, conselhos, fóruns, audiências, consultas, orçamentos participativos, entre outros mecanismos. Eles buscam exercer o controle social sobre o Estado, fiscalizando, monitorando e avaliando as ações governamentais, bem como propor alternativas e soluções para os problemas coletivos.

Interfaces de cogestão são espaços de interação entre os públicos participativos e os gestores públicos, onde se estabelecem relações de cooperação,

²⁶⁷ PEREZ, Marcos Augusto. **A administração pública democrática: institutos de participação popular na administração pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 139.

²⁶⁸ Previsto no art. 5º, inciso XXXIII, da Constituição Federal: “XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado;”

²⁶⁹ Previsto no art. 5º, inciso XXXIV, alínea ‘a’ da Constituição Federal: “XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder;”

²⁷⁰ PEREZ, Marcos Augusto. **A administração pública democrática: institutos de participação popular na administração pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 168.

negociação e deliberação sobre as políticas públicas. Elas visam promover a gestão compartilhada, a corresponsabilização e a coprodução do bem público, envolvendo os diferentes atores sociais na definição de prioridades, objetivos, estratégias, recursos, responsabilidades e resultados das políticas públicas.

A gestão participativa e a cogestão na administração pública são princípios e instrumentos que podem contribuir para a melhoria da qualidade, da eficiência e da eficácia dos serviços públicos, bem como para o fortalecimento da cidadania, da democracia e da justiça social. Elas representam um desafio e uma oportunidade para a transformação do Estado e da sociedade.

Atualmente, a Administração Pública está adotando novos métodos de atuação que priorizam a cultura do diálogo e buscam facilitar o engajamento da sociedade em questões que a afetam diretamente. A eficácia da administração depende da participação ativa dos cidadãos e da interação dinâmica entre os diversos atores sociais. Conforme observado por Bucci²⁷¹, hoje a administração desempenha o papel de facilitadora na harmonização das ações dos diferentes grupos sociais, buscando ser mais transparente e se distanciar dos modelos burocráticos exclusivamente gerenciais e neoliberais.

Desta feita, de maneira não exaustiva, propõem-se a análise de três mecanismos participativos muito utilizados no Brasil e que são de especial interesse para este trabalho, já que possibilitam uma verdadeira deliberação: audiências públicas, conselhos e orçamento público.

3.2.3. Audiência pública

A audiência pública é reconhecida como um dos pilares da democracia participativa e um importante instrumento de participação popular na esfera pública pois ela proporciona um espaço crucial para o diálogo entre os cidadãos e os órgãos administrativos, permitindo não apenas a troca de informações, mas também o exercício efetivo da cidadania e o respeito ao princípio do devido processo legal,

²⁷¹ BUCCI, Maria Paula Dallari. **Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas**. 2. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

pautada pela oralidade e pelo debate aberto e efetivo sobre questões relevantes que impactam a coletividade.

Moreira Neto²⁷² conceitua audiência pública como um processo administrativo de participação aberto a indivíduos e grupos sociais específicos, visando ao aperfeiçoamento da legitimidade das decisões da Administração Pública. Esse instrumento, quando criado por lei, estabelece sua forma e eficácia vinculatória²⁷³, permitindo que os cidadãos expressem suas tendências, preferências e opções, conduzindo o Poder Público às decisões mais consensuais.

A audiência pública representa um importante mecanismo que assegura a legitimidade e a transparência das decisões políticas e legais, tratando-se de um momento crucial no processo de tomada de decisão administrativa, em que a autoridade responsável abre espaço para que todas as partes afetadas pela decisão, ou seja, os cidadãos, possam expressar suas opiniões antes que o processo seja concluído.

Durante a audiência, a autoridade competente tem a oportunidade de ouvir diversas perspectivas sobre o assunto em debate, em um ambiente de igualdade e acessibilidade para todos os envolvidos. Conforme será melhor desenvolvido no presente trabalho, é dever da autoridade analisá-las criteriosamente²⁷⁴.

A convocação das audiências públicas são parte integrante do processo administrativo e ocorrem em diversos setores, incluindo questões relacionadas ao meio ambiente²⁷⁵, licitações e contratos administrativos²⁷⁶, concessão de serviços

²⁷² MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Audiências públicas. **Revista de Direito Administrativo**, v. 210, p. 11-23, 1997. p. 14.

²⁷³ Esse tema será melhor aprofundado no item 4.2 do presente trabalho.

²⁷⁴ MARTINS, Ricardo Marcondes. **Efeitos dos vícios do ato administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 246.

²⁷⁵ LANDERDAHL Christmann, L. Audiência pública ambiental: um instrumento democrático para a gestão compartilhada do risco ambiental. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, [S. l.], v. 9, n. 9, p. 54–90, 2011. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/article/view/56>. CHRISTMANN, L. L. O papel da audiência pública no licenciamento ambiental do osx-estaleiro/sc: “circo montado” ou gestão compartilhada do risco ambiental? desafios e possibilidades. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, v. 18, n. 18, p. 36–80, 2015. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/article/view/647>.

²⁷⁶ NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. A participação nas licitações e contratos administrativos. In: (org) ZOCKUN, Maurício. GABARDO, Emerson. **Novas leis Promessas de um futuro melhor? Livro do XXXVI Congresso Brasileiro de Direito Administrativo**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2023.

públicos²⁷⁷, regulação de serviços de telecomunicações, entre outros. Para além da construção do ato administrativo, as audiências públicas desempenham um papel fundamental na missão institucional do Ministério Público e fornecem subsídios importantes para o processo legislativo e judicial, especialmente em ações de controle de constitucionalidade das normas²⁷⁸.

Assim, a audiência pública, como um mecanismo de participação e controle social²⁷⁹, tem sido objeto de análise por diversos estudiosos, cada um enfatizando diferentes aspectos de sua importância e função. Duarte²⁸⁰, no contexto português, e Palma²⁸¹, no âmbito brasileiro, incluem a participação popular no contexto da instrução do processo administrativo. A audiência pública é vista como uma oportunidade para averiguar e comprovar os dados necessários à tomada de decisão, contribuindo assim para a fundamentação e legitimidade dos atos administrativos²⁸².

Por outro lado, Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari²⁸³ abordam a audiência pública sob a ótica da publicidade e participação cidadã. Para eles, esse instrumento

²⁷⁷ DE ALMEIDA, Luiz Eduardo Lemos. **Direito do consumidor e democracia no processo de outorga de concessão de serviço público**. Editora Dialética, 2021.

²⁷⁸ Apesar de referenciados, não serão pontos de desenvolvimento no presente trabalho.

²⁷⁹ Em que pese ser relevante, o controle social é ato posteriori à formação do ato administrativo, por isso não será objeto de aprofundamento neste trabalho. Caroline Müller Bittencourt diferencia a participação popular do controle social: “As diferenças que distinguem controle social da Administração Pública e participação democrática são as seguintes (de forma não exaustiva): 1) na participação, a competência é originária; no controle, é uma competência por sobre outra competência porque a participação social pressupõe tomada de decisão, logo, remete a competência de um ou mais órgãos - uma unidade de sentido; 2) Na participação, as alternativas são levantadas (algumas vezes já postas) e escolhidas com base em discursos de fundamentação e aplicação sem que exista a escolha pronta no controle, a escolha já foi feita e se tratando de substituir a escolha, portanto, há uma menor margem de conformação da decisão daquele que é competente para controlar, ponderando os discursos de aplicação (haja vista que se discutem todas as formas possibilidades de interpretação da norma das possibilidades fáticas); 3) na participação, a complexidade das alternativas possíveis em uma decisão é maior já que há mais liberdade temática jurídica e procedimental dado o seu caráter mais amplo; no controle, a complexidade das alternativas é menor já que o horizonte de alternativas é jurídico possuindo mecanismos e formas de autorizadas pelo direito. BITENCOURT, Caroline Müller. Controle social: entre aspirações e realidades.” In: **Direito Administrativo, Políticas Públicas e Estado Sustentável**. Organizadores: Adriana da Costa Ricardo Schier; Caroline Müller Bitencourt, Curitiba: Íthala, 2020. p. 142-143.

²⁸⁰ DUARTE, David António A. Procedimentalização, participação e fundamentação: para uma concretização do princípio da imparcialidade administrativa como parâmetro decisório. Coimbra: Almedina, 1996.

²⁸¹ PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Atividade normativa da administração pública: estudo do processo administrativo normativo**. 2014. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de São Paulo. 2014.

²⁸² Tema que será desenvolvido no Capítulo 4.

²⁸³ FERRAZ, Sérgio e DALLARI, Adilson Abreu. **Processo Administrativo**, 1. ed., 2. tiragem, São Paulo: Malheiros, 2002.

é um veículo crucial para aumentar a publicidade das decisões administrativas e permitir uma maior participação dos cidadãos e de entidades representativas no processo decisório. Dessa forma, a audiência pública não apenas promove a transparência, mas também fortalece a democracia ao garantir que as vozes da sociedade sejam ouvidas e consideradas nas decisões governamentais.

Augustín Gordillo defende uma natureza dupla para a audiência pública, tanto para fins de publicidade e transparência do procedimento, como para propiciar a efetiva participação da sociedade no processo administrativo de tomada de decisão:

La audiencia pública o public hearing tiene un doble carácter público: a) por la publicidad y transparencia misma del procedimiento, su oralidad e inmediatez, asistencia y registro gráfico y fílmico a través de los medios de comunicación (los cuales no participan ni intervienen en forma inmediata en la audiencia pública, sino que la registran y en su caso publican y comentan, debaten, etc.), con más la necesaria publicación de las reuniones. b) A ello cabe agregar especialmente la participación procesal y el acceso del público en general, asociaciones, partidos políticos, a tales procedimientos, como sujetos activos y partes en sentido procesal de ellos; la participación social o popular en suma, tema al cual ya nos refiriéramos anteriormente.²⁸⁴

Logo, vê-se que a participação popular materializada na audiência pública é tema de debate entre diversos estudiosos que abordam este assunto sob diferentes perspectivas. Diante da relevância da audiência pública como instrumento de participação popular e controle democrático, surge a necessidade de examinar os possíveis vícios que podem comprometer sua eficácia e legitimidade.

Conforme Moura²⁸⁵, a audiência pública surge como mais uma ferramenta para facilitar o diálogo entre os cidadãos e o Poder Público. Trata-se de um processo que legitima decisões, aberto à participação popular, permitindo que os cidadãos sejam consultados democraticamente sobre assuntos de seu interesse. Após esclarecerem suas dúvidas, os cidadãos podem expressar suas opiniões e sugerir formas melhores de administrar os assuntos públicos.

A condução de audiências públicas é um dos pilares fundamentais das democracias modernas, refletindo o compromisso com a participação cidadã na

²⁸⁴ GORDILLO, Agustín. **Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas**, Buenos Aires, F.D.A., 2014. p. 456.

²⁸⁵ MOURA, Márcia Alane Fernandes de. **Participação popular no processo de formação das Leis**. Senado Federal. Universidade do Legislativo Brasileiro. Unilegis. Brasília, DF, 2008.

tomada de decisões governamentais²⁸⁶. Esta prática democrática, juntamente com outras formas de consulta popular, como destaca Soares²⁸⁷, não apenas busca democratizar as relações entre o Estado e o cidadão, mas também redefine o papel do cidadão como um parceiro ativo na administração pública. Desse modo, este paradigma reconhece que os cidadãos não devem ser meros destinatários de políticas governamentais, mas sim agentes participativos na definição e implementação dessas políticas.

Compreende-se que a audiência pública, enquanto forma de participação popular, está intrinsecamente conectada com a democracia e o devido processo legal²⁸⁸ estatuído no art. 5º, incisos LIV e LV, da Constituição Federal de 1988²⁸⁹. Nesse sentido, é crucial explorar os princípios e diretrizes das audiências públicas, a fim de contextualizar sua importância dentro do arcabouço jurídico e político de um Estado democrático de direito.

O princípio do devido processo legal assegura que todo o processo, inclusive a realização da audiência pública, ocorra em conformidade com as normas estabelecidas, proporcionando aos envolvidos a oportunidade de manifestar-se e defender seus interesses de forma justa e imparcial. No contexto da participação popular, o devido processo legal implica a garantia de que os procedimentos sejam transparentes, acessíveis e que todos os cidadãos tenham igual oportunidade de participação.

Segundo Gordilho²⁹⁰, inspirado no princípio do devido processo legal, a realização de audiências públicas pela administração deve seguir princípios semelhantes aos de um processo judicial, sem perder sua natureza administrativa. É possível transplantar para o direito brasileiro os princípios fundamentais das

²⁸⁶ DI PIETRO, M. S. Participação Popular na Administração Pública, **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, n. 191, p. 26-39, 1993.

²⁸⁷ SOARES, Fabiana de Menezes. *Direito Administrativo de Participação (Cidadania, Direito, Estado e Município)*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

²⁸⁸ Cf. SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. O dever de motivação na edição de atos normativos pela Administração Pública. **A&C-Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, 2011, 11.45: 55-74. p. 59.

²⁸⁹ Art. 5º (...) LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

²⁹⁰ GORDILLO, Agustín. **Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas**, Buenos Aires, F.D.A., 2014. p. 459.

audiências públicas que o autor aponta: a publicidade, a oralidade, o informalismo, o contraditório, a participação, a instrução e impulsão de ofício, além da economia processual e, às vezes, a gratuidade.

A publicidade é fundamental para garantir a transparência e a legitimidade das audiências públicas, permitindo que todas as informações relevantes sejam amplamente divulgadas e que o público em geral tenha conhecimento do evento. Trata-se de princípio constitucional, expresso no artigo 37, caput, da Constituição Federal de 1988. Tal procedimento possibilita uma participação mais ampla e informada da sociedade, contribuindo para uma tomada de decisão democrática e inclusiva.

Assim, o primeiro desses requisitos é a publicidade, um princípio-chave que assegura a transparência e a acessibilidade do evento a todos os interessados. A ampla divulgação da audiência, por meio de diferentes canais de comunicação, como sites governamentais, redes sociais e veículos de imprensa, é fundamental para garantir que os cidadãos estejam cientes do evento e possam participar de maneira informada. É fundamental que as informações sobre data, horário, local e pauta sejam divulgadas de maneira acessível e abrangente, garantindo que todos os potenciais interessados possam participar do evento.

Também é válido o alerta de Mendonça e Melo²⁹¹ no sentido de que os dados fornecidos pelos poderes públicos frequentemente são de natureza técnica, o que dificulta a compreensão por parte do cidadão comum, devido às peculiaridades e especificidades requeridas para sua interpretação. Portanto, é imperativo que as informações disponibilizadas sejam claras e objetivas, possibilitando o exercício efetivo do controle e da participação cidadã na vida política do Estado.

Aduz Gordillo²⁹² que há uma relação estreita entre os princípios do contraditório e participação, de um lado; e os de oralidade e informalismo, por outro. O debate em audiências públicas deve ser oral e informal, mas ordenado pelo órgão que preside a

²⁹¹ DA SILVA MENDONÇA, Crystianne; MELO, Luiz Carlos Figueira. Dever fundamental de publicidade administrativa: uma análise sob a transparência pública na gestão estatal e a efetividade da participação popular nas ações da Administração Pública brasileira. **A&C – R. de Dir. Adm. Const.** | Belo Horizonte, ano 18, n. 71, p. 249-266, jan./mar. 2018. DOI: 10.21056/aec.v18i71.828.p. 261.

²⁹² GORDILLO, Agustín. **Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas**, Buenos Aires, F.D.A., 2014. p. 459.

audiência.

O princípio do contraditório garante que todas as partes interessadas tenham a oportunidade de apresentar seus argumentos e contestar os pontos de vista opostos durante as audiências públicas, o que contribui para um debate mais robusto e equilibrado, promovendo a busca pela verdade e a construção de consenso em torno das questões em discussão. Na participação popular, o contraditório estimula a diversidade de opiniões e a análise crítica das diferentes perspectivas, enriquecendo o processo decisório²⁹³.

O princípio da oralidade enfatiza a importância do debate direto e da comunicação verbal durante as audiências públicas, o que permite que os participantes expressem suas opiniões de forma clara e direta, facilitando o diálogo e o intercâmbio de ideias entre os diferentes atores envolvidos. Na participação popular, a oralidade promove uma interação mais dinâmica e democrática, possibilitando que as vozes da comunidade sejam ouvidas de maneira eficaz.

A simplicidade das formas visa garantir que os procedimentos das audiências públicas sejam acessíveis e compreensíveis para todos os envolvidos, evitando formalismos excessivos que possam dificultar a participação popular. Este procedimento inclui a adoção de linguagem clara e objetiva, bem como a utilização de mecanismos que facilitem a interação e a contribuição dos cidadãos, independentemente de sua formação ou experiência.

Em outra perspectiva, Vera C. C. M. Scarpinella Bueno²⁹⁴ sustenta a simplificação e eficiência do processo administrativo como vantagens da audiência pública. Para a autora, esse mecanismo contribui para democratizar e legitimar as decisões da Administração Pública, ao tornar o processo mais acessível e compreensível para os cidadãos. Logo, quando se simplifica os trâmites e promove a participação direta dos interessados, a audiência pública pode aumentar a aceitação e o respaldo das decisões governamentais pela sociedade.

Portanto, a fundamentação das audiências públicas reside na necessidade

²⁹³ TEIXEIRA, Elenaldo Celso. As dimensões da participação cidadã. **Caderno CRH**, Salvador, n. 26/27, p. 179-209, jan./dez. 1997.p. 184.

²⁹⁴ SCARPINELLA BUENO, Vera Cristina Caspari Monteiro. As leis de procedimento administrativo. Uma leitura operacional do princípio constitucional da eficiência, **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo: RT, vol. 39, p. 267-288, abr/jun-2002.

política, jurídica e prática de ouvir o público antes da adoção de uma decisão de caráter geral, especialmente aquelas que afetam diretamente os cidadãos ou a comunidade, bem como questões ambientais de grande impacto ou contratações públicas relevantes. Esse princípio, conhecido como "*audi alteram partem*", reflete a importância de considerar os diferentes pontos de vista e interesses envolvidos em uma determinada questão, contribuindo para a elaboração de decisões mais equilibradas e legitimadas pela participação popular²⁹⁵.

Portanto, a essência das audiências públicas é intrinsecamente pública e participativa, enfatizando a interação direta entre as entidades governamentais e a sociedade civil. Esses eventos transcendem a simples expressão de opiniões, englobando a troca de informações, argumentos e evidências relevantes para a tomada de decisões informadas e transparentes. Ao oferecer um espaço para o diálogo e o debate aberto, as audiências públicas não apenas promovem a legitimidade das políticas públicas, mas também fomentam o engajamento cívico e a conscientização da comunidade sobre questões de interesse público.

3.2.4 Conselhos

Os conselhos públicos ampliam o espaço para a participação cidadã e atuam como mediadores de conflitos. No entanto, também apresentam desafios, podendo impulsionar a participação de grupos organizados ou limitar o envolvimento de outros, caso sejam dominados por indivíduos que não representam verdadeiramente as comunidades que deveriam servir. Eles não substituem os movimentos de massa organizados, que ainda são essenciais para pressionar pela implementação ágil das políticas públicas.

Porém, na nova era esses movimentos tem novas ramificações, Castells²⁹⁶ afirma que hoje em dia, vemos muitas manifestações, marchas e ocupações organizadas por grupos que se unem, convocam e organizam principalmente online,

²⁹⁵ GORDILLO, Agustín. **Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas**, Buenos Aires, F.D.A., 2014. p. 449.

²⁹⁶ CASTELLS, Manuel. **Redes de Indignação e Esperança. Movimentos sociais na era da Internet**. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 271 páginas, 2013.

através das redes sociais. O tipo de pessoa envolvida nessas atividades mudou, passando de militantes para ativistas. As marchas se tornaram a forma mais comum de protesto, e as pessoas participam desses eventos de forma temporária e improvisada. Aqueles que inicialmente apenas simpatizavam com a causa podem se tornar ativistas engajados em um novo movimento social. O primeiro passo é geralmente se sensibilizar com uma causa, como corrupção política, ganância dos banqueiros, ou preconceito contra grupos minoritários. As manifestações são como um chamado para ação, que pode se transformar na principal motivação na vida das pessoas mobilizadas.

Uma das formas mais comuns de participação da população na administração pública no Brasil são os conselhos gestores de políticas públicas e os conselhos de direitos. Eles têm geralmente a função de fiscalizar e oferecer sugestões.

Em 1993 já existiam cerca de 3.000 conselhos na área de saúde, em 1994 havia 2.362 na área da criança e do adolescente, e em 1997 foram registrados 2.908 na assistência social.

Isso significa que há milhares de pessoas em todo o país participando desses conselhos, cuja criação, funcionamento e composição são regulados por leis federais. Além dos conselhos federais, existem muitos outros em nível municipal e estadual, abrangendo áreas como educação, segurança e desenvolvimento urbano, e envolvendo milhares de participantes na gestão pública.

Os conselhos têm formatos diferentes, especialmente os regulados pela legislação federal, como os de saúde, da criança e do adolescente, e de assistência social. Nos demais conselhos, as diferenças incluem a representação da sociedade civil, dos órgãos públicos e dos prestadores de serviços, além do sistema de indicação dos membros e a abrangência de suas atribuições.

Por exemplo, alguns conselhos de direitos podem fiscalizar apenas o cumprimento dos direitos humanos, enquanto outros têm um escopo mais amplo, supervisionando o desempenho de todo o Poder Executivo Estadual. Além disso, há conselhos com jurisdição restrita a áreas específicas, como segurança ou justiça, e outros que abrangem ambas.

Os conselhos são formas importantes de envolver os cidadãos na administração pública, embora existam muitos tipos diferentes e nem sempre sejam classificados da mesma forma. Aqui vamos diferenciá-los com base em suas funções:

a) Conselhos Gestores: São responsáveis por áreas específicas do governo, como saúde, assistência social e direitos da criança e do adolescente. Alguns conselhos são criados por leis federais e existem em todo o país, enquanto outros, como os de segurança, são criados por leis estaduais e existem apenas em alguns estados.

b) Conselhos de Defesa e Promoção de Direitos: Estes geralmente têm o papel de fiscalizar e oferecer sugestões, mas não têm poder de decisão como os conselhos gestores. Eles incluem conselhos de direitos humanos, direitos das mulheres e comunidades negras, entre outros.

c) Conselhos de Controle Administrativo-Financeiro e Funcional: Além dos conselhos relacionados às políticas públicas, como os mencionados acima, incluímos também o Conselho Nacional de Justiça, que foi criado recentemente para fiscalizar o Poder Judiciário.

d) Conselhos de Programas: São criados para implementar ações específicas do governo, como segurança alimentar e desenvolvimento rural.

e) Conselhos Consultivos de Governo: Existem dois tipos principais: os que coordenam políticas públicas, como alguns conselhos municipais de segurança, e os que apenas formulam recomendações ao governo, como o Conselho de Desenvolvimento Econômico Social ligado à Presidência da República.

f) Conselhos de Eventos: São mais locais e menos comuns, como o Conselho de Carnaval da Cidade de Salvador, que coordena a organização dessa festa popular.

É importante distinguir os conselhos de políticas públicas, que incorporam a sociedade civil nos processos decisórios do Estado, dos conselhos comunitários, que são compostos apenas por representantes da sociedade civil e têm mais poder de mobilização do que influência institucional.

Os Conselhos Gestores desempenham um papel crucial na administração pública, planejando, supervisionando e monitorando a implementação das políticas

governamentais. Entre eles, destacam-se os conselhos de saúde, desenvolvimento urbano, assistência social e da criança e do adolescente.

Os conselhos de segurança também são importantes, sendo responsáveis por formular e supervisionar políticas relacionadas à segurança e à justiça nos Estados. Eles também realizam estudos técnicos e promovem a integração dos órgãos de segurança e justiça, envolvendo a sociedade na formulação dessas políticas.

Atualmente, existem poucos Conselhos de Defesa Social, mas a tendência é que mais sejam criados devido às diretrizes do governo federal. A legitimidade desses conselhos depende da autonomia das entidades participantes na indicação de seus representantes e da participação significativa da sociedade.

A participação da sociedade nos conselhos é essencial para fortalecer a democracia e garantir uma administração transparente e eficiente. Além disso, essa participação contribui para conscientizar as pessoas sobre as necessidades da comunidade e para promover uma distribuição mais justa dos recursos públicos.

Os conselhos também têm um papel educativo, ensinando às pessoas sobre a arte de governar e a importância da negociação para alcançar resultados que beneficiem a todos. Em resumo, eles são essenciais para envolver os cidadãos na tomada de decisões políticas e para promover uma sociedade mais justa e participativa.

3.2.5 Orçamentos participativos

Outra forma de participação pública é orçamento participativo, que ganhou destaque e relevo após a Constituição Federal de 1988²⁹⁷. O Orçamento Participativo é uma experiência importante porque permite que milhões de pessoas em várias cidades do Brasil participem na decisão de como o dinheiro público é gasto. Teve

²⁹⁷ VITALE, Denise. Democracia direta e poder local: a experiência brasileira do Orçamento Participativo. In: COELHO, Vera Schattan P.; NOBRE, Marcos (Org.). **Participação e Deliberação: Teoria Democrática e Experiências no Brasil Contemporâneo**. São Paulo: Ed. 34, 2004. p. 241.

início na cidade Porto Alegre²⁹⁸ e se espalhou para muitas outras cidades grandes e pequenas em todo o país e também do mundo²⁹⁹.

Existem diferentes formas de Orçamento Participativo, com algumas cidades envolvendo mais a população do que outras na decisão sobre como usar o dinheiro público. Também está sempre sujeito a mudanças e revisões em suas regras e funcionamento. O orçamento público é essencialmente sobre como o governo arrecada e gasta dinheiro. É o núcleo do planejamento governamental.

O orçamento participativo, conforme Wampler³⁰⁰, em regra geral, se estive por todo o ano fiscal e ocorre em assembleias organizadas para inferir no processo decisório de alocação dos investimentos públicos.

Neste sentido, interessante a colocação de Manin, ao ressaltar que é na esfera deliberativa que a decisão se legitima:

Diante disso, é necessário alterar radicalmente a perspectiva comum a ambas teorias e ao pensamento democrático: a fonte da legitimidade não é a vontade predeterminada dos indivíduos, mas antes o processo de sua formação, ou seja, deliberação. Precisamos, assim, modificar a conclusão fundamental de Rousseau, Sieyès, e Rawls: uma decisão legítima não representa a vontade de todos, mas resulta da deliberação de todos. O processo deliberativo é tanto individualista como democrático: individualista

²⁹⁸ Sobre o orçamento participativo em Porto Alegre: "Porto Alegre é uma cidade de grande tradição democrática, uma sociedade civil forte e organizada. A ditadura militar deparou-se com uma resistência política feroz no Rio Grande do Sul, especialmente em Porto Alegre. Um exemplo: devido à pressão exercida pela oposição democrática contra as instituições repressivas da ditadura, os prisioneiros políticos não podiam ser "presos com segurança" na cidade, e muitas vezes eram levados para fora de Porto Alegre, habitualmente para São Paulo. A oposição foi dirigida por intelectuais, por sindicatos e pelo único partido de oposição legalizado, o Movimento Democrático Brasileiro (MDB), que incluía as organizações clandestinas que se opunham à ditadura militar - quer socialistas e comunistas, quer revolucionário-cristãs. Dado que a situação política tornava inviável quase toda a luta política em nível nacional, as organizações acima citadas centraram a sua atividade no fortalecimento dos sindicatos e de movimentos comunitários, como as associações de rua e de moradores, os clubes de futebol, as cooperativas, os clubes de mães, os grupos culturais etc. Estes movimentos e organizações tanto possuíam uma natureza geral como se ocupavam de exigências específicas, especialmente a luta por linhas de ônibus, a luta por redes de esgoto ou pela pavimentação das ruas, a luta pela habitação e por centros de saúde etc. Desse modo, emergiu um movimento popular poderoso e diversificado que, no início dos anos 80, se envolveu profundamente na administração local". SANTOS, Boaventura de Sousa. Orçamento participativo em Porto Alegre: para uma democracia redistributiva. In: (Org.). **Democratizar a democracia: os caminhos para democracia participativa**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002, p. 463-464.

²⁹⁹ Sobre Orçamento Participativo em outras partes do mundo: CABANNES, Yves. Participatory budgeting: a significant contribution to participatory democracy. **Environment and Urbanization**, v. 16, n. 1, p. 27-46, 2004

³⁰⁰ WAMPLER, Brian. A difusão do Orçamento Participativo brasileiro: "boas práticas" devem ser promovidas?. **Opinião pública**, v. 14, n. 1, p. 65-95, 2008. p. 69

porque cada um participa da deliberação, e democrático por que a decisão tomada pode ser considerada como emanando do povo³⁰¹

É um processo em que a população participa ativamente na gestão do dinheiro público, respeitando a igualdade e liberdade, mas também desafiando as estruturas institucionais. Isso cria um novo espaço político baseado na democracia direta, onde as regras de participação e distribuição dos recursos são acordadas entre o governo e a comunidade³⁰².

Boaventura dos Santos³⁰³ assinala três princípios que regem o orçamento participativo: (i) universalidade, em que todos os cidadãos têm direito de participar e as organizações não detém status ou prerrogativas especiais; (ii) auto-regulamentação, pois a participação é regida por regimento interno determinado pelos próprios participantes; e (iii) vinculação parcial dos resultados, já que o investimento é distribuído parte conforme “critérios gerais”, estabelecidos pelas instituições participativas com vista a definir prioridades e outra parte por “critérios técnicos”, de viabilidade técnica ou econômica, definidos pela Administração Pública.

Implementar o Orçamento Participativo tem melhorado a forma como as decisões são tomadas pelo governo, porque as informações que o governo e o mercado têm são limitadas. Então, as decisões feitas em conjunto entre governo e sociedade assumem que ninguém tem todas as respostas e que é melhor construir soluções juntos.³⁰⁴

Avritzer³⁰⁵ aduz que o Orçamento Participativo cria uma relação entre participação, eficácia e justiça social. Ele traz vantagens claras em termos de

³⁰¹ MANIN, Bernard. Legitimidade e deliberação política. In.: WERLE, Denilson Luis; MELO, Rúrion Soares. **A democracia deliberativa**. São Paulo: Editora Singular, Esfera Pública, 2007, p. 15-45. p. 31.

³⁰² KONZEN STEIN, L.; LIMBERGER COSTA, D. A participação social na administração pública local: a construção da democracia deliberativa no município de Porto Alegre. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, v. 5, n. 5, 2009. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/article/view/36>.

³⁰³ SANTOS, Boaventura de Sousa. Orçamento participativo em Porto Alegre: para uma democracia redistributiva. In: (Org.). **Democratizar a democracia: os caminhos para democracia participativa**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002, p. 467.

³⁰⁴ LEAL, Rogério Gesta. Possíveis dimensões jurídico-políticas locais dos direitos civis de participação social no âmbito da gestão dos interesses públicos. In.: (Org.). **Administração pública e participação social na América Latina**. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2005, p. 397.

³⁰⁵ AVRITZER, Leonardo O orçamento participativo e a teoria democrática: um balanço crítico. **A inovação democrática no Brasil**. São Paulo: Cortez, p. 13-60, 2003. p. 14-15.

melhorias nos serviços públicos. Isso significa não só ser mais eficiente e competente, mas também economizar dinheiro e evitar desperdício e corrupção. Contudo, Medeiros³⁰⁶ relembra que a ausência ou baixa participação popular no âmbito dos orçamentos públicos oportunizam o uso inadequado e oportunista dos recursos públicos.

Essa forma de exercer o poder público é transparente e inibe a corrupção. Além das assembleias abertas a todos, há delegados do Orçamento Participativo que organizam as propostas das assembleias regionais. Esses delegados são responsáveis perante as comunidades que os elegeram e garantem que os projetos aprovados estejam sendo realizados conforme combinado com o governo.

O Orçamento Participativo também promove mais justiça e inclusão social, mudando as prioridades de gastos públicos para beneficiar os bairros e populações que mais precisam. Devemos destacar não apenas os resultados administrativos, mas também os impactos sociais positivos do Orçamento Participativo, que têm um grande potencial transformador. O Orçamento Participativo democratiza a relação entre o Estado e a sociedade, dando ao cidadão um papel ativo na esfera pública, em vez de apenas ser um espectador da política tradicional.³⁰⁷

Nesse processo coletivo, as pessoas se unem voluntariamente para compartilhar as responsabilidades de governança. Isso fortalece os laços de solidariedade e cria um espaço público onde todos podem aprender e ensinar. No Orçamento Participativo, as pessoas comuns aprendem sobre como funciona o governo e as políticas públicas, pois sua participação os torna familiarizados com o funcionamento da máquina administrativa.

Além disso, o Orçamento Participativo ajuda as pessoas a entenderem melhor o que é realmente importante para a comunidade, à medida que discutem e decidem juntas sobre como usar recursos limitados de forma mais eficaz para o benefício de todos.

³⁰⁶ MEDEIROS, Clayton Gomes. Fomento Fiscal: diretrizes de controle como requisito para a efetivação do desenvolvimento sustentável e dos direitos fundamentais. Tese (Doutorado em Direitos Fundamentais e Democracia). Centro Universitário Autônomo do Brasil – UniBrasil. Curitiba. 2023. p. 40.

³⁰⁷ SILVA, José Afonso da. **Orçamento-programa no Brasil**. Empresa Gráfica da Revista dos Tribunais, 1973. p. 92/93.

Ao mesmo tempo, o Orçamento Participativo conscientiza as pessoas de que muitos problemas não podem ser resolvidos apenas no nível municipal, como saúde, moradia e geração de renda. Isso requer políticas ao nível estadual e nacional, o que incentiva a população a se envolver na criação e implementação dessas políticas.

É importante notar que o Orçamento Participativo não enfraquece outros movimentos sociais populares, mas os fortalece, criando uma rede de participação no poder público municipal. Ele também desafia a política econômica atual, que muitas vezes leva à exclusão social e à perda de direitos, ao enfatizar a importância do espaço público, da democracia participativa e solidária e do papel ativo da sociedade civil.

Em resumo, o Orçamento Participativo é uma ferramenta poderosa que muda a maneira como as pessoas se envolvem na política e na tomada de decisões, aproximando os governantes dos governados e promovendo uma democracia mais participativa e inclusiva.

3.3 O DESCASO PLANEJADO: A INEFICIÊNCIA DA PARTICIPAÇÃO POPULAR

Ao longo do texto foi ressaltado como a participação popular é importante para construção da democracia e da gestão pública brasileira. Como exposto na Constituição Federal de 1988, todo poder emana do povo, no entanto, há barreiras que delimitam a efetividade dos instrumentos de participação popular.

Precisa é a definição de Pires³⁰⁸ que a participação popular enfrenta uma “crise da meia-idade”, com mais de 30 anos de práticas participativas, idas e vindas do Governo Federal a instituir espaços de abertura democrática, percebe-se não é mais uma novidade ou infante, contudo também não chegamos a um sistema amadurecido em qualquer dos Poderes e dos Entes Federados.

A falta de informação, de acessibilidade, da educação e de capacitação do cidadão para compreender os seus direitos é um dos fatores que leva a ineficiência

³⁰⁸ PIRES, R. R. C. Da sociedade para o Estado: desafios da participação no Brasil. In: MARX, V. (Org.) **Democracia participativa, sociedade civil e território**. Porto Alegre: UFRGS; Cegov, 2014. p. 182.

da participação popular. Além disso, a dificuldade de acesso, representatividade, transparência dos canais de participação popular, como conferências, conselhos e ouvidorias também são fatores que interferem para essa ineficiência. A prova dessa ineficiência é a participação popular na legislação, a iniciativa popular aprovou apenas 4 projetos de lei, o que nos leva a crer que esse processo é demorado, com visível complexidade e dificuldade. Segundo Peres³⁰⁹, o papel da mídia foi crucial nessa falta de acesso, além disso, a falta de projetos de lei que tenham participação popular e a ineficácia da lei de iniciativa popular no processo democrático. Ao todo eles indicam que apenas três projetos de lei foram aprovados com iniciativa popular, são estes: a Lei da Ficha Limpa, Lei n.º 11.124/05 – Sistema Nacional de Habitação de Interesse Social, Lei n.º 9.840/99 – Lei Contra a Corrupção Eleitoral e a Lei n.º 8.930/94 – Lei dos Crimes Hediondos.

Segundo Peres³¹⁰, uma série de fatores contribui para essa ineficiência, como o número de assinaturas³¹¹, o objeto das leis, o próprio processo legislativo, além disso, ela aponta fatores sociais que contribuem para ineficiência da participação popular na legislação, como as diferenças entre interesses de grupos sociais levando a falta de mobilização social, mesmo grupos com interesses iguais não se reúnem pela forma que concebem a sociedade a relação com os seus. Ou seja, a estruturação da sociedade leva o indivíduo a pensar que não há viabilidade para mudanças sociais significativas, pois já há padrões consolidados. A naturalização da vida como ela é impede as mudanças e favorecem a um grupo dominante que detém o poder, tanto econômico, como político, cultural, social e se beneficiam da falta de motivação da classe menos favorecida.

³⁰⁹ PERES, SOPHIA SALERNO. **Da (In)Eficácia da iniciativa popular legislativa como instrumento de efetivação da democracia no Brasil**. Trabalho de Conclusão de Curso - Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Ri Grande do Sul, 2014. p. 2014.

³¹⁰ PERES, SOPHIA SALERNO. **Da (In)Eficácia da iniciativa popular legislativa como instrumento de efetivação da democracia no Brasil**. Trabalho de Conclusão de Curso - Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Ri Grande do Sul, 2014. p. 2014.

³¹¹ Leone Marco enfatiza que não é crível a exigência de 1% do eleitorado nacional, subscrição desse eleitorado em cinco estados diferentes, com a representação de 0,3% do eleitorado de cada um deles, no mínimo para a propositura de projeto de iniciativa popular em um país de dimensão continental como o Brasil. LEONE MARCO, N. ASPECTOS DA INICIATIVA POPULAR: "TÍMIDO" MEIO DE PARTICIPAÇÃO DEMOCRÁTICA. FMU DIREITO - Revista Eletrônica (ISSN: 2316-1515), [S. l.], v. 28, n. 41, 2014. Disponível em: <http://35.247.246.3/index.php/FMUD/article/view/510>.

A ausência de participação dos cidadãos na política pode ser analisada considerando a relação entre aqueles que dão mandatos e aqueles que os recebem dentro do âmbito político. Como observado, o campo político é composto por conceitos, discursos, teorias e categorias específicas, compreensíveis e acessíveis apenas para os indivíduos que estão inseridos nesse campo.

A resistência, a burocracia e a corrupção dos agentes públicos, que muitas vezes não acolhem, não implementam ou não fiscalizam as demandas e as propostas da sociedade civil. Podemos inferir que a cooptação, fragmentação e a manipulação dos movimentos sociais que podem ser instrumentalizados por interesses partidários e econômicos também podem contribuir para a ineficiência do sistema de participação popular.

Conforme Musse³¹² nos países periféricos e de capitalismo tardio, como o Brasil, onde um passado autoritário deixou marcas profundas de exclusão e marginalização social, a pós-democracia revela sua face mais sombria. Isso dificulta a construção de um modelo democrático sólido, capaz de resistir ao avanço da racionalidade neoliberal, que busca mercantilizar todas as esferas do conhecimento.

As influências do período ditatorial que ainda estão presentes na Constituição de 1988 afetaram significativamente a qualidade da democracia no Brasil. Essas influências impactaram o funcionamento das instituições políticas, econômicas e sociais, bem como a relação entre os cidadãos e a política.

Mesmo após a democratização, estruturas autoritárias de dominação e exploração permaneceram, o que facilitou a proliferação de novas formas de dominação durante o processo de globalização e as reformas neoliberais. Isso aprofundou os efeitos dessas estruturas na sociedade brasileira. Como resultado, tornou-se cada vez mais desafiador concretizar o ideal de uma democracia substantiva no Brasil³¹³.

³¹² MUSSE, Mariana. **Desafios à participação popular no Brasil contemporâneo diante da realidade neoliberal e pós-democrática**, 2020. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-graduação da Faculdade Nacional de Direito, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2020

³¹³ MUSSE, Mariana. **Desafios à participação popular no Brasil contemporâneo diante da realidade neoliberal e pós-democrática**, 2020. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-graduação da Faculdade Nacional de Direito, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2020.

Após o avanço das políticas neoliberais no Brasil, que se intensificaram com a abertura comercial e financeira, houve um aumento significativo das distorções e assimetrias no cenário político, econômico e social. A crise iniciada em 2013 impulsionou uma série de medidas de austeridade, reformas para reduzir direitos trabalhistas e sociais, e a expansão dos princípios econômicos neoliberais.

A consolidação da pós-democracia no Brasil coincide com um movimento de reversão de políticas sociais e contrarreformas que visam à redução de direitos trabalhistas e sociais. A crise iniciada em 2013 impulsionou esse processo de retração democrática, resultando em uma intensificação das desigualdades sociais e empobrecimento da população. Esse cenário de precariedade generalizada questiona a efetividade do regime democrático brasileiro, especialmente diante da ascensão de forças antidemocráticas que questionam a indispensabilidade dos direitos constitucionais³¹⁴.

Esse movimento de retrocesso democrático e contrarreformas tem se manifestado cada vez mais, resultando em uma legitimidade política frágil, empobrecimento e aumento das desigualdades sociais, e uma economia que ainda não apresenta um crescimento significativo, apesar das restrições impostas aos direitos e dos cortes de gastos públicos.

De acordo com a visão de Norberto Bobbio³¹⁵, a crise do regime representativo surge da substituição da representação política pela representação de interesses. É relevante fazer uma distinção entre essas duas formas de representação. A representação política envolve um mandato livre e busca atender às necessidades da comunidade, enquanto a segunda ocorre através de um mandato vinculado e representa interesses parciais de grupos organizados.

Essa situação é agravada pela fragilidade da Constituição e pela precarização das condições de vida, promovendo uma sociedade marcada pela apatia política e pelo esvaziamento da representatividade, em prol dos interesses de uma minoria privilegiada.

³¹⁴ DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. A “nova” fase do neoliberalismo. Viento Sur. Traduzido por IHU, 2019.

³¹⁵ BOBBIO, Norberto. **A teoria das formas de governo**. Brasília: editora UnB, 1985, 4ª edição. CICERO. p.45.

Um aspecto essencial ressaltado no estudo de Mark Evans ³¹⁶ é a necessidade de identificar com precisão os resultados desejados em um determinado processo participativo. Isso significa entender qual instrumento ou abordagem participativa é mais adequado para um processo decisório ou político específico.

Diante da análise detalhada da participação popular na gestão administrativa, torna-se evidente que sua eficácia é muitas vezes comprometida por uma série de fatores. A falta de canais institucionais eficazes, a ausência de mecanismos claros de vinculação entre a opinião pública e a vontade política, bem como a predominância de interesses econômicos e políticos sobre as demandas populares, são apenas algumas das questões que minam a capacidade da participação popular de influenciar positivamente a gestão administrativa.

Além disso, a complexidade dos processos decisórios e a burocracia muitas vezes desencorajam a participação ativa dos cidadãos, levando a uma representação inadequada dos interesses da população. A falta de transparência e prestação de contas também contribui para a descrença e apatia dos cidadãos em relação aos processos democráticos.

Portanto, é crucial reconhecer esses desafios e buscar soluções que fortaleçam a participação popular na gestão administrativa. Isso pode incluir a implementação de mecanismos de democracia direta mais eficazes, o fortalecimento da sociedade civil e a promoção de uma cultura de transparência e responsabilidade governamental. Somente através de esforços contínuos e um compromisso genuíno com a democracia participativa será possível superar os obstáculos e garantir que a voz dos cidadãos seja adequadamente ouvida e considerada na tomada de decisões administrativas.

Conforme Musse³¹⁷, diante dos resultados das últimas eleições de 2018, que mostraram um aumento do conservadorismo e do autoritarismo, juntamente com uma

³¹⁶ EVANS, Mark. Participação social: lições aprendidas da Europa. In: ANTERO, Samuel; A.; SALGADO, Valéria Alpino Bigonha (Org.). **Participação Social: textos para discussão**. Fundação Instituto para o Fortalecimento das Capacidades Institucionais - IFCI; Agência Espanhola de Cooperação Internacional para o Desenvolvimento - AECID; Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão – MPOG; e Editora IABS, Brasília-DF, Brasil, p. 11-115, 2013.

³¹⁷ MUSSE, Mariana. **Desafios à participação popular no Brasil contemporâneo diante da realidade neoliberal e pós-democrática**. 2020. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-graduação da Faculdade Nacional de Direito, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2020.

clara proposta de adotar medidas socioeconômicas do neoliberalismo, é crucial direcionar nossa atenção para o debate sobre a democracia. Outrossim, conforme analisado no item 3.1, antes mesmo das eleições o ambiente político já vinha dando sinais de autoritarismo com a tentativa de sustação dos efeitos do Decreto nº. 8.243/2014.

No entanto, diante do agravamento dos problemas antigos através de novas formas de ação do capital, é importante que os estudos sobre teoria democrática no Brasil considerem novos aspectos para identificar as mudanças pelas quais o neoliberalismo vem passando e como isso afeta a democracia atual. Entender essas transformações recentes, especialmente à luz de eventos significativos em nosso país, é tão desafiador quanto necessário. Isso porque o retrocesso democrático está acontecendo de forma mais sutil, por meio da cooptação da própria democracia, com a complacência das instituições. Isso dificulta sua detecção e análise, tornando a resistência mais complexa.³¹⁸

Esse modelo de Estado pós-democrático, economicamente, ressuscita ideias do neoliberalismo, enquanto politicamente se apresenta como um meio de manter a ordem, tornando os valores democráticos apenas uma fachada, especialmente quando se trata da participação real do povo na política:

Os sintomas pós-democráticos estão presentes na sociedade, da mercantilização do mundo à sociedade do espetáculo, do despotismo do mercado ao narcisismo extremo, da reaproximação entre o poder político e o poder econômico ao crescimento do pensamento autoritário, sempre a apontar na direção dos desaparecimento dos valores democráticos e dos correlatos limites rígido do exercício do poder, que hoje existem apenas como um simulacro, como um totem que evoca conquistas civilizatórias do passado, mas que hoje não passam de lembranças que confortam. (...) No Estado Pós-Democrático a democracia permanece, não mais com um conteúdo substancial e vinculante, mas como mero simulacro, um elemento discurso apaziguador.³¹⁹

A pós-democracia se manifesta de forma mais negativa em países periféricos e com capitalismo tardio, como o Brasil. Marcado por um passado autoritário, esse

³¹⁸ LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. **Como as democracias morrem**. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

³¹⁹ CASARA, Rubens RR. **Estado pós-democrático: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis**. Editora José Olympio, 2017.

contexto dificulta a construção de uma democracia sólida, capaz de resistir à lógica neoliberal que busca comercializar todos os aspectos do conhecimento.

A consolidação da pós-democracia no Brasil coincide com um movimento de reversão de políticas sociais e contrarreformas que visam à redução de direitos trabalhistas e sociais. A crise iniciada em 2013 impulsionou esse processo de retração democrática, resultando em uma intensificação das desigualdades sociais e empobrecimento da população. Esse cenário de precariedade generalizada questiona a efetividade do regime democrático brasileiro, especialmente diante da ascensão de forças antidemocráticas que questionam a indispensabilidade dos direitos constitucionais³²⁰.

Assim, vemos como aspectos da pós-democracia, combinados com elementos autoritários presentes em nossas leis, instituições e cultura, contribuem para enfraquecer os princípios democráticos básicos. Isso resulta em um sistema político com pouca abertura para a participação do povo nas decisões, relegando-o a um papel passivo na cena política.

O Brasil enfrenta um desafio adicional na forma de um Estado pós-democrático que retoma as propostas do neoliberalismo sob a justificativa da eficiência governamental. Essa lógica promove uma reestruturação na sociedade brasileira, caracterizada pelo esvaziamento da participação popular na esfera política e pela ampliação da apatia da população. Nesse contexto, a democracia se torna um mero simulacro, com valores democráticos sendo relativizados em prol de uma soberania elitista.³²¹

Neste sentido, Bittencourt e Reck³²² alertam que a pós-democracia resulta em extremo descaso com os serviços públicos e políticas públicas, pois passam a ser entendido como “pesos” e “atrasos” no processo de (suposto) desenvolvimento econômico e social. De tal sorte, “a sociedade passa não apenas a assistir

³²⁰ DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. A “nova” fase do neoliberalismo. **Viento Sur**. Traduzido por IHU, 2019.

³²¹ DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. A “nova” fase do neoliberalismo. **Viento Sur**. Traduzido por IHU, 2019.

³²² BITENCOURT, Caroline Müller; RECK, Janriê Rodrigues. Os Desafios do Acesso à Informação e o Controle Social no Estado Pós-Democrático: normalidade ou exceção?. **Sequência** (Florianópolis) [online]. 2020, n. 84 pp. 183-208. Disponível em: <<https://doi.org/10.5007/2177-7055.2020v43n84p183>>.p. 197.

passivamente como a defender o desmanche do Estado como prestador e garantidor dos serviços”³²³. Assim, a cidadania perde seu conteúdo,” alienada a favor do poder econômico, apática, apolítica ou antipolítica, mas, acima de tudo, acrítica”³²⁴.

Essa situação já é agravada por uma Constituição fragmentada e uma cidadania enfraquecida, e agora, é ainda mais prejudicada pelos novos bloqueios democráticos erguidos pela pós-democracia. Com a lógica neoliberal se tornando uma realidade no país, vemos uma reestruturação na sociedade que enfraquece a participação e a representatividade na política, ao mesmo tempo, em que aumenta a apatia da população e precariza as condições de vida.³²⁵

No contexto do aumento da apatia política e da precarização das condições de vida, é possível observar um desencanto generalizado com o sistema político, refletindo-se em uma diminuição da participação cívica e do engajamento político por parte dos cidadãos³²⁶. A percepção de que as instituições democráticas não são capazes de representar adequadamente os interesses da população contribui para a desilusão e o afastamento dos indivíduos dos processos políticos.

Conforme Faria, Ito e Costa³²⁷, ser um membro da sociedade em um sistema democrático implica ter uma variedade de direitos, incluindo o direito de participar na seleção dos líderes e influenciar suas decisões. No entanto, também traz consigo uma série de responsabilidades sociais, como participar ativamente das atividades relacionadas à escolha dos governantes e fiscalizar suas ações. No entanto, para que

³²³ BITENCOURT, Caroline Müller; RECK, Janriê Rodrigues. Os Desafios do Acesso à Informação e o Controle Social no Estado Pós-Democrático: normalidade ou exceção?. **Sequência** (Florianópolis) [online]. 2020, n. 84 pp. 183-208. Disponível em: <<https://doi.org/10.5007/2177-7055.2020v43n84p183>>.p. 197.

³²⁴ BITENCOURT, Caroline Muller. **Acesso à informação para o exercício do controle social: desafios à construção da cultura de transparência no Brasil e diretrizes operacionais e legais para os portais no âmbito municipal**. 2019. Relatório não publicado (Pós-doutorado em Direito) – Programa de Pós-graduação em Direito. Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2019. p. 105.

³²⁵ BITENCOURT, Caroline Müller; RECK, Janriê Rodrigues. Os Desafios do Acesso à Informação e o Controle Social no Estado Pós-Democrático: normalidade ou exceção?. **Sequência** (Florianópolis) [online]. 2020, n. 84 pp. 183-208. Disponível em: <<https://doi.org/10.5007/2177-7055.2020v43n84p183>>.p. 186.

³²⁶ MONEDERO, Juan Carlos. Posdemocracia?: Frente al pesimismo de la nostalgia, el optimismo de la desobediencia. *Nueva Sociedad*, Buenos Aires, n. 240, p.68-86, ago. 2012.

³²⁷ FARIA, Daniela Lopes de; ITO, Christian Norimitsu; COSTA, Inês Moreira da. Desconstruindo a ineficácia dos direitos sociais: por uma reconstrução dos direitos sociais democrática, participativa e transnacional. **Rev. Bras. Polít. Públicas** (Online), Brasília, v. 6, nº 1, 2016. p. 105-123 1

essa participação seja eficaz, é essencial ter acesso a informações precisas e confiáveis que permitam ao cidadão compreender as ações do governo. A partir disso, ele pode agir para exigir explicações dos representantes, influenciar uma mudança em seu comportamento ou até mesmo alterar os objetivos das políticas públicas.

Dessa forma, a partir do exposto, percebe-se uma crescente preocupação com o enfraquecimento dos princípios democráticos básicos e a manifestação negativa da pós-democracia em países periféricos e de capitalismo tardio, como é o caso do Brasil. Logo, torna-se imprescindível analisar a ineficiência da participação popular na gestão pública, uma vez que a pós-democracia contribuiu para o aumento da apatia política, precarização das condições de vida e reestruturação social, torna-se necessário pontuar, de forma clara, os diversos aspectos que corroboram com essa ineficiência. Assim, dentre os principais pontos a serem abordados estão a falta de informação e capacitação dos cidadãos, a dificuldade de acesso aos canais de participação, a resistência e corrupção por parte dos agentes públicos, e a fragmentação e manipulação dos movimentos sociais.

3.3.1 Falta de informação e capacitação dos cidadãos

Como já muito abordado durante o trabalho, a falta de informação representa um dos principais obstáculos para a efetiva participação popular na gestão pública, uma vez que o acesso à informação é fundamental para que os cidadãos compreendam seus direitos, conheçam as políticas governamentais e possam participar ativamente do processo democrático. Neste sentido, Dallari³²⁸, ressalta que a participação popular, prevista na Constituição Federal, não se limita apenas à representação política, mas também inclui o direito à informação e à defesa dos interesses individuais e coletivos.

Logo, tratar do direito à informação, como defendido, é defender a democracia, no entanto, em nada se evolui se as informações estiverem dispostas de forma antidemocrática, o que traz à tona a democratização da informação. Assim, este

³²⁸ DALLARI, Pedro B. de Abreu. **Institucionalização da participação popular nos municípios brasileiros**. Instituto Brasileiro de Administração Pública, Caderno n. 1, p. 13-51, 1996.

conceito implica em tornar o acesso à informação mais amplo e igualitário, possibilitando que todos os cidadãos, independentemente de sua condição socioeconômica ou educacional, tenham acesso aos mesmos conteúdos e fontes de informação. Adiante, inclui para além de possibilitar a todos o acesso à informação, mas também, torná-la entendível para todas as camadas sociais, o que inclui não apenas o acesso a informações governamentais e políticas, mas também a disponibilidade de meios de comunicação acessíveis e compreensíveis para todos os segmentos da sociedade, ponto que será abordado adiante.

Nunes³²⁹, ao propor uma pedagogia da participação, lembra que para que se possa atingir as camadas mais excluídas a enfrentar três problemas básicos: (i) mecanismos que dificultam o envolvimento das pessoas pobres e de baixa escolaridade nos processos participativos, (ii) dificuldade de relação dialogal entre os atores da participativa, em especial os agentes públicos, e (iii) conflitos resultantes de consolidação de líderes e amadurecimento de grupos ativos.

Além disso, os impactos sociais da desigualdade e da falta de representatividade agravam ainda mais esse cenário. A crescente disparidade econômica e social gera um sentimento de exclusão e marginalização entre os grupos mais vulneráveis da sociedade, minando a coesão social e corroendo a confiança nas instituições democráticas³³⁰. A falta de políticas eficazes para combater a desigualdade e promover a inclusão social contribui para a perpetuação do ciclo de marginalização e apatia política.

Logo, é nesse sentido que em conjunto com o acesso à informação, está a educação e capacitação dos cidadãos e agentes públicos. Em primeiro lugar, a educação desempenha um papel fundamental na promoção da democratização da informação, uma vez que através dela, é possível capacitar os cidadãos para que possam buscar, compreender e analisar informações de forma crítica e consciente.

³²⁹ NUNES, Débora. Por uma pedagogia da participação popular. **Organizações & Sociedade** [online]. 1999, v. 6, n. 16, pp. 115-127. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S1984-92301999000300009>>. p. 118.

³³⁰ DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. **A nova razão de mundo: ensaio sobre a sociedade neoliberal**. São Paulo: Boitempo. Tradução de: Mariana Echalar. 2016.

Juarez Freitas³³¹ destaca a importância da dimensão ética da participação popular, ressaltando que todos os seres humanos têm uma ligação natural intersubjetiva, baseada na empática solidariedade. Portanto, é essencial promover uma cultura cívica que valorize o respeito mútuo, a diversidade de opiniões e o diálogo construtivo entre os membros da comunidade. Isso pode ser alcançado através de programas de educação cívica que visam cultivar valores democráticos e promover a consciência crítica dos cidadãos sobre questões políticas e sociais.

Ainda, a pedagogia do oprimido, proposta por Paulo Freire e retomada por Enrique Dussel³³², oferece insights valiosos sobre como promover a participação popular através da educação. Esta abordagem pedagógica enfatiza a importância de uma educação libertadora que capacite os indivíduos a compreenderem sua realidade social e a agirem de forma consciente e transformadora. Ao integrar princípios da ética da libertação na educação cívica, podemos criar espaços de aprendizagem que promovam a reflexão crítica e a capacitação dos cidadãos para participarem ativamente na vida política e social de suas comunidades.

Além da educação cívica, é crucial abordar as questões estruturais que contribuem para a exclusão e marginalização de certos grupos na participação popular. Isso inclui a necessidade de garantir a igualdade de acesso aos espaços de participação e de combater as desigualdades socioeconômicas que limitam a capacidade de certos grupos de se envolverem plenamente no processo decisório.

Dahl³³³ destaca a importância de adotar uma abordagem pedagógica inclusiva que leve em consideração as diferentes ideologias, filosofias e objetivos dos diversos grupos presentes na sociedade. Isso implica em reconhecer e valorizar a diversidade de perspectivas e experiências dos cidadãos, criando espaços de diálogo e colaboração que permitam a construção de consensos e a busca por soluções compartilhadas para os desafios enfrentados pela comunidade.

Para superar os desafios financeiros associados à participação popular, é necessário garantir o acesso equitativo aos recursos e apoio necessários para que

³³¹ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: Direito ao Futuro**. 2. Ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012.

³³² DUSSEL, Enrique. **Ética da libertação: na idade da globalização e da exclusão**. 2.ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2002.

³³³ DAHL, Robert A. **Sobre a democracia**. Brasília: Editora UnB, 2009.

todos os cidadãos possam se envolver plenamente no processo decisório. Isso pode envolver a alocação de fundos públicos para financiar iniciativas de participação popular, bem como o desenvolvimento de parcerias com organizações da sociedade civil e o setor privado para apoiar projetos de engajamento cívico e fortalecer a capacidade das comunidades de se organizarem e se mobilizarem em torno de questões de interesse comum.

Além disso, os impactos sociais da desigualdade e da falta de representatividade agravam ainda mais esse cenário. A crescente disparidade econômica e social gera um sentimento de exclusão e marginalização entre os grupos mais vulneráveis da sociedade, minando a coesão social e corroendo a confiança nas instituições democráticas³³⁴. A falta de políticas eficazes para combater a desigualdade e promover a inclusão social contribui para a perpetuação do ciclo de marginalização e apatia política.

Ainda, no que tange a capacitação, os agentes públicos também são grandes ativos para promoverem uma participação popular mais eficaz e participativa. Assim, em um contexto em que a participação popular se torna uma ferramenta indispensável para a governança democrática, é fundamental que os gestores públicos estejam devidamente preparados para trabalhar com essa gestão participativa.

Dessa forma, questiona-se como é possível esperar que os gestores públicos atuem de forma eficaz na promoção da participação popular se não forem devidamente capacitados para construir ideias coletivamente, ouvir os grupos e mediar conflitos? Sendo assim, a diversidade e complexidade dos desafios enfrentados pela administração pública exigem formas criativas e acessíveis de formação para os servidores, garantindo a construção de conhecimentos que valorizem a participação popular como uma ferramenta essencial de gestão. Jacobi³³⁵ destaca que a sociedade que capacita os profissionais a discutirem com os gestores públicos e propor alternativas viáveis para resolver os problemas enfrentados pela sociedade, são as que chegam mais perto da verdadeira democracia.

³³⁴ DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. A nova razão de mundo: ensaio sobre a sociedade neoliberal. São Paulo: Boitempo. Tradução de: Mariana Echalar. 2016.

³³⁵ JACOBI, Pedro R. Políticas sociais locais e os desafios da participação cidadina. **I Seminário Nacional de Controle Social: a sociedade no acompanhamento da gestão pública**. Relatório Crítico. Brasília. Controladoria Geral da União. 2009.

3.3.2 Resistência por parte dos agentes públicos

Em primeiro lugar, quanto à resistência por parte da administração pública e dos servidores, esta representa um desafio significativo para a efetiva implementação da participação popular e da gestão democrática, isso porque, em muitos casos, essa resistência surge de uma cultura organizacional arraigada que valoriza a estabilidade e a manutenção do *status quo*, muitas vezes em detrimento da inovação e da abertura à mudança. Dessa forma, os servidores públicos podem se mostrar relutantes em acolher e incorporar as demandas da sociedade civil, temendo que isso possa perturbar as práticas estabelecidas ou expor falhas na administração pública.

Romão³³⁶ bem lembra que tal prática se origina na cultura autoritária e clientelista que se observa na atuação dos agentes públicos e partidos políticos.

Consequente, essa resistência também pode ser alimentada pela falta de compreensão dos benefícios da participação popular e da gestão democrática, tanto por parte dos servidores quanto da própria administração, muitos funcionários públicos podem não estar plenamente conscientes dos direitos dos cidadãos de participar ativamente nos processos de tomada de decisão ou podem perceber a participação popular como uma ameaça ao seu controle sobre os processos administrativos.

Outro fator, que já foi abordado, mas também faz parte da resistência dos servidores públicos, diz respeito à capacitação, visto a falta de capacitação e suporte adequados para lidar com a complexidade dos processos participativos. Isto é, muitas vezes, os funcionários não recebem treinamento específico sobre como facilitar o diálogo com a comunidade, mediar conflitos ou responder às demandas dos cidadãos de maneira eficaz, resultando em uma falta de confiança para lidar com situações desafiadoras ou imprevistas, levando à resistência passiva ou mesmo ativa em relação à participação popular.

³³⁶ ROMÃO, Wagner de Melo. Reflexões sobre as dificuldades da implementação da participação institucional no Brasil. **Ideias**, Campinas, SP, v. 6, n. 2, p. 35–58, 2016. DOI: 10.20396/ideias.v6i2.8649462. Disponível em: <https://periodicos.sbu.unicamp.br/ojs/index.php/ideias/article/view/8649462>.

Logo, quanto à resistência, é essencial reconhecer e abordar esses desafios diretamente, promovendo uma cultura organizacional que valorize e apoie a participação popular como um elemento fundamental da governança democrática. Para que isso ocorra, o processo envolve fornecer capacitação adequada e contínua para os servidores públicos, esclarecendo seus papéis e responsabilidades no contexto da participação popular e incentivando uma atitude proativa em relação ao engajamento com a comunidade.

Quando os cidadãos percebem que suas demandas são sistematicamente ignoradas ou distorcidas em benefício de interesses corruptos, eles podem se sentir desencorajados a participar ativamente dos processos democráticos, perpetuando assim a falta de responsabilidade e prestação de contas por parte das autoridades públicas. Logo, é essencial abordar tanto a resistência dos servidores, promovendo uma cultura de integridade, transparência e responsabilidade na administração pública e fortalecendo os mecanismos de controle e combate à corrupção em todas as esferas do governo.

Um exemplo interessante concerne às audiências públicas orçamentárias na cidade de Curitiba, onde Horochovsk e Clemente perceberam que o baixo desempenho do espaço deliberativo além de esperado era premeditado para perpetuar a hegemonia do poder político:

Seguindo a mesma linha de raciocínio, quando se trata de um processo de cima para baixo, estabelecido por um grupo político tradicionalmente autoritário e respondendo mais a pressões institucionais do que à meta de democratizar o espaço público, limites mais sensíveis colocam-se, como parece acontecer em Curitiba. Nesse caso, o tímido desempenho em face dos pressupostos da democracia deliberativa talvez não seja um efeito imprevisto e indesejável, mas sim decorrência dos objetivos estratégicos dos sujeitos que hegemonomizam o jogo político.³³⁷

Ainda sobre a corrupção, sua relação com a participação social na administração pública é complexa e tem implicações significativas para a democracia e o desenvolvimento socioeconômico. Um dos principais desafios enfrentados diz respeito à falta de cultura participativa tanto por parte dos gestores públicos quanto

³³⁷ HOROCHOVSKI, Rodrigo Rossi; CLEMENTE, Augusto Junior. Democracia Deliberativa e Orçamento Público: Experiências de participação em Porto Alegre, Belo Horizonte, Recife e Curitiba. *Revista de Sociologia e Política*, v. 20, n. 43, p. 127-157, 2012. p. 150.

da própria população. Muitas vezes, os órgãos e agentes públicos não estão preparados para lidar com os processos participativos, seja por falta de capacitação técnica, seja por resistência política. Juarez Freitas³³⁸, em sua análise sobre o controle dos atos administrativos, ressalta a importância de um controle mais ativo, que não se limite à verificação da legalidade, mas que também avalie a congruência das decisões com os princípios fundamentais, o que requer uma compreensão e valorização da participação popular. Outrossim, importante ressalva a se fazer é que o presente trabalho não tem como objetivo aprofundar o tema do controle social, que é posterior à efetiva participação popular.

Bittencourt, bem diferencia a participação popular do controle social :

As diferenças que distinguem controle social da Administração Pública e participação democrática são as seguintes (de forma não exaustiva): 1) na participação, a competência é originária; no controle, é uma competência por sobre outra competência porque a participação social pressupõem tomada de decisão, logo, remete a competência de um ou mais órgãos - uma unidade de sentido; 2) Na participação, as alternativas são levantadas (algumas vezes já postas) e escolhidas com base em discursos de fundamentação e aplicação sem que exista a escolha pronta no controle, a escolha já foi feita e se tratando de substituir a escolha, portanto, há uma menor margem de conformação da decisão daquele que é competente para controlar, ponderando os discursos de aplicação (haja vista que se discutem todas as formas possibilidades de interpretação da norma das possibilidades fáticas); 3) na participação, a complexidade das alternativas possíveis em uma decisão é maior já que há mais liberdade temática jurídica e procedimental dado o seu caráter mais amplo; no controle, a complexidade das alternativas é menor já que o horizonte de alternativas é jurídico possuindo mecanismos e formas de autorizadas pelo direito.³³⁹

Além disso, a participação popular muitas vezes é vista como uma ameaça ao poder estabelecido, sendo frequentemente relegada a um papel secundário ou instrumental nas decisões administrativas. Os gestores públicos, por sua vez, tendem a privilegiar interesses setoriais ou corporativos em detrimento do interesse público geral, dificultando a incorporação efetiva das demandas e sugestões da sociedade.

³³⁸ FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 5ª. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2013.

³³⁹ BITENCOURT, Caroline Müller. Controle social: entre aspirações e realidades." In: **Direito Administrativo, Políticas Públicas e Estado Sustentável**. Organizadores: Adriana da Costa Ricardo Schier; Caroline Müller Bitencourt, Curitiba: Íthala, 2020. p. 142-143.

Juarez Freitas³⁴⁰ ressalta a importância do controle³⁴¹ sistemático dos atos administrativos, que deve se pautar pelo primado dos direitos e princípios fundamentais, indo além das regras legais para garantir a conformidade das decisões com a moralidade e a justiça.

Diante desses desafios, é fundamental que sejam adotadas medidas concretas para promover uma participação popular efetiva e significativa na tomada de decisões administrativas. Isso requer não apenas a criação de mecanismos formais de participação, mas também a promoção de uma cultura democrática e participativa tanto dentro da administração pública quanto na sociedade como um todo.

Para superar os desafios e obstáculos à efetiva participação popular, é necessário adotar uma abordagem integrada e multifacetada, que envolva não apenas ações pontuais e setoriais, mas também uma transformação mais ampla na cultura política e administrativa do país.

Por fim, a participação popular é um princípio fundamental da democracia e do Estado de Direito, que deve ser promovido e protegido em todas as esferas de governo e em todas as áreas da vida pública. No entanto, sua efetiva implementação tem sido um desafio constante para a administração pública brasileira, devido a uma série de obstáculos e resistências de natureza política, cultural, institucional e estrutural.

Para superar esses desafios, é necessário adotar uma abordagem integrada e multifacetada, que envolva não apenas a criação de mecanismos formais de participação, mas também a promoção de uma cultura democrática e participativa tanto dentro da administração pública quanto na sociedade como um todo. Isso requer o investimento em educação cívica e política, o fortalecimento dos mecanismos formais de participação, a promoção da transparência e accountability na gestão pública, o fortalecimento da sociedade civil e das organizações comunitárias, entre outras medidas.

³⁴⁰ FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 5ª. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2013.

³⁴¹ BITENCOURT, Caroline Müller. Controle social: entre aspirações e realidades." In: **Direito Administrativo, Políticas Públicas e Estado Sustentável**. Organizadores: Adriana da Costa Ricardo Schier; Caroline Müller Bitencourt, Curitiba: Íthala, 2020. p. 142-143.

Ao promover uma participação popular efetiva e significativa, podemos fortalecer os fundamentos da democracia e do Estado de Direito, garantindo que as políticas públicas reflitam de fato os interesses e necessidades da população e contribuam para a promoção do bem-estar e da justiça social. A participação popular não é apenas um direito democrático, mas também uma ferramenta essencial para a construção de uma sociedade mais justa, inclusiva e democrática.

3.3.3 Fragmentação e manipulação dos movimentos sociais

Por fim, quanto a manipulação dos movimentos sociais por interesses partidários e econômico pode ser um meio para a já abordada corrupção, sendo este fenômeno uma sombra sobre a democracia participativa, que corrói os fundamentos da representação popular e desestabiliza a confiança dos cidadãos nos processos democráticos. Logo, essa prática se entrelaça intimamente com a corrupção, constituindo um desafio significativo para a efetividade dos mecanismos de participação popular. Ainda, a cooptação e fragmentação dos movimentos sociais distorcem os objetivos originais da participação cidadã, transformando-a em uma ferramenta para a promoção de interesses particulares em detrimento do bem comum. Neste sentido, Nunes³⁴² assevera que a promoção da participação popular exige técnicas e métodos para evitar a manipulação política, pois não se pode admitir a desmoralização de uma reivindicação histórica que contribui para a democratização do poder.

Nesse contexto, torna-se essencial compreender as diferentes interpretações do princípio da participação popular na democracia, já que, enquanto alguns enxergam a participação ativa da sociedade civil como uma pedra angular do regime democrático, outros a veem como uma oportunidade para manipular a opinião pública ou legitimar políticas governamentais questionáveis.

³⁴² NUNES, Débora. Por uma pedagogia da participação popular. **Organizações & Sociedade** [online]. 1999, v. 6, n. 16, pp. 115-127. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S1984-92301999000300009>>. p. 117.

Romão³⁴³ bem coloca que a participação pode se dar como forma de mediar interesses conflitantes na sociedade, uma vez que dificilmente encontrar-se-á uma sociedade civil politicamente neutra e desinteressada.

Embora esta visão possa contrariar o discurso de uma sociedade civil idealizada, autônoma e pretensamente desinteressada – e, neste sentido, desfavorecer certo uso político que se faz da participação institucional como espaço híbrido de encontro entre governo e sociedade civil – não considero que ela inviabilize ou faça diminuir a importância da participação em conselhos, conferências e outras formas e mecanismos. Se funcionarem bem, estes espaços podem ser instâncias mediadoras dos conflitos sobre posições políticas e ideológicas existentes nos processos deliberativos sobre políticas públicas, e que não se dão necessariamente no confronto entre governos e sociedade civil, mas nas diversas clivagens no interior da sociedade civil e dos governos, que promovem parcerias e acordos mútuos entre agentes societários e governamentais. Algo como uma arena especial de disputa política, mediada por regras e por algum nível de racionalidade – ao gosto da literatura da democracia deliberativa – em que se possa buscar formular consensos em torno das ações em políticas públicas. E de maneira, também, a tornar estas disputas menos confinadas em instituições políticas mais afeitas às práticas tradicionais de barganha, como os parlamentos. Ou seja: uma virtual “falta de autonomia” da sociedade civil não pode ser sustentáculo para que se diminua o valor democrático das IMPI.³⁴⁴

Desse modo, analisa-se que a preservação da integridade dos movimentos sociais e da participação popular exige vigilância constante contra tentativas de fragmentação e instrumentalização por parte de atores políticos e econômicos, de modo que a independência e a autonomia dos movimentos sociais são condições essenciais para garantir que a participação popular cumpra seu papel como um contrapeso aos interesses partidários.

Assim, mostra-se fundamental investir em mecanismos de transparência e prestação de contas que garantam a independência e autonomia dos movimentos sociais, proporcionando-lhes recursos e ferramentas para resistir às pressões externas. Para além, a já abordada educação cívica e o fortalecimento da consciência

³⁴³ ROMÃO, Wagner de Melo. Reflexões sobre as dificuldades da implementação da participação institucional no Brasil. **Ideias**, Campinas, SP, v. 6, n. 2, p. 35–58, 2016. DOI: 10.20396/ideias.v6i2.8649462. Disponível em: <https://periodicos.sbu.unicamp.br/ojs/index.php/ideias/article/view/8649462>. p. 42.

³⁴⁴ ROMÃO, Wagner de Melo. Reflexões sobre as dificuldades da implementação da participação institucional no Brasil. **Ideias**, Campinas, SP, v. 6, n. 2, p. 35–58, 2016. DOI: 10.20396/ideias.v6i2.8649462. Disponível em: <https://periodicos.sbu.unicamp.br/ojs/index.php/ideias/article/view/8649462>. p. 42-43.

política da população são essenciais para capacitar os cidadãos a identificarem e resistir à manipulação de seus direitos e interesses por grupos com agendas próprias.

Quanto às instâncias participativas, cabe a elas a promoção de espaços de diálogo e deliberação democrática, tanto a nível local quanto nacional, ainda que seja difícil devido à extensão territorial do país, também é crucial para fomentar a participação cidadã informada e engajada, permitindo que os movimentos sociais atuem como verdadeiros agentes de mudança em prol do bem comum. Por fim, entende-se necessário neste combate, garantir que as instituições democráticas estejam preparadas para defender e proteger os direitos dos cidadãos, implementando políticas e regulamentações que limitem a influência indevida de interesses externos nos processos democráticos.

No entanto, na prática, as dificuldades para superar esta manipulação é quase irresistível, logo, o desafio de proteger os movimentos sociais da manipulação não pode ser subestimado. Ainda, em muitos casos, esses movimentos que em primeira análise são populares, na verdade são alvo de estratégias deliberadas de aliciamento por parte de partidos políticos e grupos econômicos interessados em promover suas agendas específicas. Essa cooptação³⁴⁵ pode se manifestar de várias maneiras, desde a oferta de recursos financeiros até a concessão de benefícios políticos, comprometendo a independência e a autonomia dos movimentos sociais.

Por fim, a partir dos desafios expostos, mostra-se urgente fortalecer os mecanismos de controle e transparência para garantir a integridade dos movimentos sociais e a efetividade da participação popular, o que inclui a promoção de uma cultura de responsabilidade e prestação de contas, bem como a criação de espaços institucionais que incentivem a participação cidadã livre de influências externas.

³⁴⁵ ROMÃO, Wagner de Melo. Reflexões sobre as dificuldades da implementação da participação institucional no Brasil. **Ideias**, Campinas, SP, v. 6, n. 2, p. 35–58, 2016. DOI: 10.20396/ideias.v6i2.8649462. Disponível em: <https://periodicos.sbu.unicamp.br/ojs/index.php/ideias/article/view/8649462>. p. 43.

Desta feita, no próximo item será analisada a influência da participação popular na construção do ato administrativo, especialmente no que concerne à vinculação com a deliberação travada na esfera pública.

4 A CONSEQUÊNCIA DA INDIFERENÇA COM A PARTICIPAÇÃO POPULAR

4.1 REQUISITOS E VINCULAÇÃO DO ATO ADMINISTRATIVO: A VONTADE POPULAR DELIBERADA

Conforme se observou no capítulo anterior, a população encontra grandes dificuldades em participar ativamente das definições administrativas, como também quando participa não percebe qualquer influência da sua participação na construção do ato administrativo³⁴⁶.

É diante deste cenário que se torna necessário analisar como a abertura democrática promovida pela via da participação popular gera consequências na formulação do ato administrativo. Desta forma, inicia-se o presente capítulo com a análise do ato administrativo em seu conceito atual na doutrina³⁴⁷, elementos e pressupostos.

Não é demais lembrar que todo o poder emana do povo e os Poderes foram constituídos para propiciar o seu exercício de forma indireta diante da impossibilidade prática de uma democracia direta. Portanto, o Estado não é um fim em si mesmo que pode autoritariamente tomar decisões unilaterais, sem ou em desrespeito ao debate público que ele mesmo convoca. Conforme nos lembra Bandeira de Mello³⁴⁸ é preciso frisar que os atos administrativos consubstanciam em manifestação e cumprimento

³⁴⁶ Interessante notar que a insatisfação com o resultado da participação popular não é tema tão somente do direito brasileiro, no direito inglês a mesma crítica é tecida pela população: “Outro ponto do direito administrativo inglês que merece destaque refere-se às audiências públicas. Trata-se de um mecanismo que o Parlamento costuma empregar para dar oportunidade de ser ouvido aos que discordam de algum ato que será emitido pela Administração, antes que se produza a decisão final sobre algum projeto importante. Pela regra geral, cada lei traz em um anexo suas regras de procedimento para essas oitivas. O objetivo dessas audiências, segundo H. W. R. Wade, é apaziguar o ânimo dos cidadãos e levar em conta suas objeções da maneira mais justa possível. Geralmente, um inspetor do Ministério é encarregado de promover tais audiências e depois relatar tudo ao supervisor que tomará a decisão. Costuma-se notar certa insatisfação na população em virtude de não participação direta no processo de decisão, que nem sempre leva em conta as observações anotadas nas audiências.” MOTTA, F. **O ato administrativo no direito inglês**. A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional, p. 71–99, 2003. p. 95.

³⁴⁷ Não se desconhece a doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello que insere no âmbito do conceito de ato administrativo os atributos da presunção de legitimidade, imperatividade, exigibilidade e exequibilidade, contudo para fins desse trabalho não far-se-á a análise destes por se entender que não pertinência com o problema da pesquisa. (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 27ª ed. São Paulo: Malheiros. 2010. p. 419)

³⁴⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 27ª ed. São Paulo: Malheiros. 2010. p. 46.

dever da Administração Pública de implementar a finalidade legal que os justifica enquanto representantes que “gerem negócio de terceiro”, o verdadeiro titular do Poder, o povo.

Assim, é necessário analisar a repercussão no ato administrativo quando da realização da participação popular no processo de elaboração do ato administrativo. Para tanto, neste capítulo final serão analisados os elementos e pressupostos do ato administrativo à luz do neoconstitucionalismo e em respeito à cidadania como fundamento da participação popular, com especial ênfase ao dever de motivação do agente público. Em seguida, a ausência do reflexo da participação população será tratada como um vício do ato administrativo de forma a invalidá-lo.

4.1.1 Críticas à noção de ato administrativo frente à Constituição Federal de 1988

Os atos administrativos são uma das formas mais significativas de expressão da atuação da Administração Pública no cumprimento de seus objetivos e no atendimento às demandas da sociedade. Ao contrário dos fatos jurídicos, que se fundamentam no direito privado e podem ser definidos como todo ato capaz de gerar e extinguir direitos, os fatos administrativos possuem uma abrangência mais ampla. Eles englobam não apenas os eventos com repercussão direta no mundo jurídico, mas também aqueles que, de alguma forma, produzem efeitos práticos para a Administração, seja de forma voluntária, seja por fenômenos naturais.³⁴⁹

No que diz respeito à distinção entre ato jurídico e ato administrativo, é possível afirmar que o ato administrativo constitui uma modalidade de ato jurídico, uma vez que ambos têm a capacidade de gerar efeitos jurídicos. Entretanto, o ato administrativo apresenta particularidades que o distinguem, tais como a exigência de ser realizado por um agente investido de prerrogativas públicas e de estar voltado para objetivos de interesse público.

³⁴⁹ Sobre fatos jurídicos, atos jurídicos e atos administrativos, bem como os reflexos da Teoria do Direito vide: LEAL, Rogério. O ato administrativo e relação jurídica administrativa. **A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, p. 119–147, 2007. DOI: 10.21056/aec.v0i0.771. Disponível em: <https://revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/771>.

Não há como tratar de ato administrativo, seja no que concerne ao seu conceito ou aos elementos e pressuposto, sem se referenciar a Celso Antônio Bandeira de Mello³⁵⁰. O autor relembra que não há definição legal acerca de ato administrativo, justamente por essa razão é objeto de discussão na doutrina³⁵¹. Neste sentido, aponta que o critério básico para se lograr definir ato administrativo é distingui-lo dos atos civis (privados) e dos atos próprios dos Poderes Legislativo e Judiciário, respectivamente lei e sentenças³⁵². Logo, se tem de início que o ato administrativo é o ato emanado pelo Poder Executivo. Contudo, tal delimitação necessita de melhor aprofundamento, eis que os Poderes Judiciário e executivo também emanam atos administrativos. Assim, tem-se que melhor do que imputar a edição de ato administrativos exclusivamente ao Poder Executivo, é estabelecer que o ato administrativo se caracteriza pela função administrativa, que se distingue da função legislativa – tipificada pela inovação do ordenamento jurídico – e da função jurisdicional – tipificada pela possibilidade de dizer o direito, com definitividade, no caso concreto.³⁵³

Assim, Leal agrega ao diferenciar o Poder Executivo da função administrativa, que pode ser exercida por qualquer dos Poderes ao definir o ato administrativo com “norma concreta, emanada pelo Estado ou porque esteja no exercício da função

³⁵⁰ Esta importante ressalva é feita por Ricardo Marcondes Martins, um dos trabalhos de excelência no enfrentamento do estado da arte dos atos administrativos (MARTINS, Ricardo Marcondes. **Efeitos dos vícios do ato administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 148). O autor aponta que inicialmente Celso Antônio Bandeira de Mello abordou os elementos e pressupostos do ato administrativo no livro ‘Ato administrativo e direitos dos administrados’ (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Ato administrativo e direitos dos administrados**. Editora Revista dos Tribunais, 1981), contudo foi em seu curso de direito administrativo (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 27ª ed. São Paulo: Malheiros. 2010) que passou a fazer a atualização acerca do tema. Razão pela qual, apesar de não ser usual ou recomendável a utilização de manuais em teses de doutorado, o autor se consagra por ser um curso em que trata de maneira verticalizada todos os temas, ultrapassando os limites usuais de um texto meramente didático e, por isso, a justificativa de sua citação como referência obrigatória na matéria.

³⁵¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Ato administrativo e direitos dos administrados**. Editora Revista dos Tribunais, 1981. p. 1.

³⁵² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Ato administrativo e direitos dos administrados**. Editora Revista dos Tribunais, 1981. p. 11.

³⁵³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 27ª ed. São Paulo: Malheiros. 2010. p. 29/30.

administrativa, que tem por finalidade criar, modificar, extinguir ou declarar relações jurídicas entre este (o Estado) e o administrado”³⁵⁴.

A partir de tais pressupostos, Bandeira de Mello formula a sua conceituação de ato administrativo como “declaração de Estado (...), no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante providências complementares da lei a título de lhe dar cumprimento, e sujeitas a controle de legitimidade por órgão estatal”³⁵⁵.

Martins³⁵⁶ agrega ao conceito de ato administrativo duas diferentes facetas que este pode assumir: tanto apresentar-se como *veículo introdutor* ou como a própria *norma introduzida*. O veículo introdutor diz respeito à atividade produtora do documento, que diz respeito à forma como aquele documento foi produzido. É o que Martins chamou de ‘enunciação da enunciação’, já que nele pode-se depreender o agente competente, o tempo e o espaço da confecção do ato e seu procedimento. Bandeira de Melo³⁵⁷ explica que são ‘fórmulas’, meios pelos quais a Administração exteriora a sua vontade³⁵⁸. É por meio do veículo introdutor que o conteúdo normativo é inserido no ordenamento jurídico brasileiro. A norma introduzida concerne aos enunciados normativos, é o conteúdo, a substância do ato.

Tal diferenciação ganha relevo para o presente trabalho no sentido de a participação popular influir na norma introduzida e não meramente em consubstanciar em um veículo introdutor. A existência de audiências públicas, consultas públicas, conselhos, etc. é relevante, mas se não influírem no conteúdo do ato administrativo não cumprem com seu desígnio de democratização e validação da vontade popular.

Na perspectiva do direito administrativo clássico em que o conceito de ato administrativo foi estruturado, o cidadão administrado não tem qualquer ingerência no ato administrativo, a não ser causa e destino deste. O ato administrativo é formado no

³⁵⁴ LEAL, Rogério. O ato administrativo e relação jurídica administrativa. **A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, p. 119–147, 2007. DOI: 10.21056/aec.v0i0.771. Disponível em: <https://revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/771>. p. 128.

³⁵⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 27ª ed. São Paulo: Malheiros. 2010. p. 385.

³⁵⁶ MARTINS, Ricardo Marcondes. **Efeitos dos vícios do ato administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 106.

³⁵⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 27ª ed. São Paulo: Malheiros. 2010. p. 440.

³⁵⁸ São exemplos de veículos introdutórios: decretos, portarias, avisos, circulares, ordens de serviço, resoluções, pareceres, ofícios, alvarás etc.

âmbito estrutural do direito administrativo como verdadeira manifestação autônoma de poder³⁵⁹.

Neste sentido, Marques Neto³⁶⁰ explicita a evolução do ato administrativo enquanto uma função que considera e pondera uma considerável esfera de direitos e interesses. Para o autor, a doutrina clássica³⁶¹ do pressuposto, elementos e atributos não mais responde questões desafiadoras do direito administrativo contemporâneo, o que se denominou como a crise do ato administrativo³⁶². Veja-se que na fórmula tradicional, o cidadão tem no Poder Executivo o menor papel ou a menor participação:

Dentro das formulações tradicionais do direito constitucional e da teoria geral do direito, o ato administrativo seria o instrumento de manifestação do poder administrativo, assim como a lei estaria para o poder legislativo e a sentença (ou o acórdão, nos órgãos colegiados) estaria para o poder judicial. Esta visão refletia uma apartação nítida de cada poder e uma diversificação funcional entre eles. Mais do que isso, esta concepção exprimia um determinado papel reservado ao indivíduo na atuação de cada poder. No legislativo o indivíduo seria uma força atuante, de modo que teria um papel ativo-indireto, fazendo manifestar sua vontade por meio de seus representantes eleitos. Já na atuação do executivo, o indivíduo teria uma posição mais passiva, podendo eventualmente provocar uma atuação administrativa, mas fundamentalmente sendo objeto do agir administrativo que, balizado pela lei, editaria atos de efeitos concretos (constitutivos ou restritivos de direitos) sobre o indivíduo. Por fim, restaria o Judiciário, em que novamente o indivíduo teria aberta a possibilidade de uma posição ativa, demandando a atuação do Estado, mediante o acionamento da jurisdição sempre que um ato do poder administrativo violasse direito do indivíduo para além ou aquém do que a lei predissesse. Esta fórmula tradicional (pouco importa que meramente conceitual ou sempre desafiada pelas intrusões recíprocas da atuação de um poder em outro) embasa a construção epistemológica do direito administrativo, contribuindo para noção de ato administrativo.³⁶³

³⁵⁹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A superação do ato administrativo autista. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (Org.). **Os caminhos do ato administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 96.

³⁶⁰ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A superação do ato administrativo autista. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (Org.). **Os caminhos do ato administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. pp. 89;93.

³⁶¹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo Brasileiro**. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

³⁶² Um dos exemplos fornecidos pelo autor como desafios foi justamente o embate da discricionariedade com o dever de motivar, que será melhor aprofundado quando da análise dos elementos do ato administrativo.

³⁶³ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A superação do ato administrativo autista. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (Org.). **Os caminhos do ato administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 95.

Concorda-se com a conclusão do autor que o administrado tem pouca ou quase nenhuma importância no âmbito do ato administrativo. Trata-se do que Romeu Felipe Bacellar Filho³⁶⁴, inspirado na crítica efetuada por Sérgio Ferraz denominou “direito administrativo autoritário”. Sérgio Ferraz³⁶⁵ é patente ao lembrar que a Administração Pública se sentiu “muito animada” em ser autoritária porque os pensadores e julgadores no Brasil pré-Constituição Federal de 1988 também eram autoritários quando tratavam do direito administrativo como um todo.

Para melhor compreender a estrutura unilateral do ato administrativo, é importante considerar que a teoria tradicional do direito administrativo se desenvolve sob o manto da teoria positivista do direito, em que se substituiu o governo dos homens pelo governo das leis. A submissão do Estado ao princípio da legalidade teve como principal objetivo evitar arbitrariedades por parte do Poder Público³⁶⁶. De tal forma, o princípio da legalidade para a Administração Pública determina que apenas possa agir conforme e submetido à lei.

Portanto, em uma esfera liberal, a vontade da população a configurar o interesse público já estava previamente determinada em lei e, ao administrador público, cabia apenas a aplicação da lei. Por outro lado, além do princípio da conformidade que determina a Administração Pública agir conforme a lei, a noção de legalidade também importa em um princípio de não-contrariedade, no qual não havendo norma legislativa sobre determinada matéria abria oportunidade para Administração Pública atuar como quisesse nesse espaço de “não legalidade”³⁶⁷.

Contudo, conforme alerta Caio Tácito³⁶⁸, um desdobramento necessário do princípio da legalidade é o controle da ação discricionária administrativa, que deve ser pautada no requisito essencial da finalidade como condicionante de competência da

³⁶⁴ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Princípio Constitucionais do Processo administrativo disciplinar**. São Paulo: Max Limonad, 1998. p. 22.

³⁶⁵ FERRAZ, Sérgio. Instrumentos de defesa dos administrados. *Revista de Direito Administrativo*. v. 165, p. 11-22, jul./set. 1986. p. 111.

³⁶⁶ NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Administração pública, legalidade e pós-positivismo. In: ADEODATO, João Maurício; BRANDÃO, Cláudio; CAVALCANTI, Francisco (Coord.). **Princípio da legalidade: da dogmática jurídica à teoria do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 204.

³⁶⁷ CHICOSKI, Davi. A legalidade administrativa e a crise do positivismo jurídico. *RDDA*, vol. 3, n. 1, 2016. p. 257.

³⁶⁸ TÁCITO, Caio. O princípio de legalidade: ponto e contraponto. *Revista de direito administrativo*, 1996, v. 206, p.1-8. p. 3.

autoridade pública. O princípio da finalidade pública determina que o administrador não aja por sua própria vontade, mas está vinculado a um fim específico determinado na legislação.

Com efeito, é salutar ressaltar que não é novel a determinação que o Administrador Público deva buscar o interesse público na construção do ato administrativo. Desde a Lei da Ação Popular, Lei nº. 4.717, de 29 de julho de 1965, a finalidade é pressuposto do ato administrativo, como melhor se verá a frente no item 4.1.2.2, que enseja a concretização do interesse público que é da sociedade.

Assim, apesar de a legalidade importar em uma notável limitação ao Administrador, abriu espaço para este atuasse “coberto pelo manto da incontestabilidade do interesse público”³⁶⁹. Dessa forma, não haveria necessidade de realizar uma abertura democrática do ato administrativo, uma vez que o interesse público que consubstancia a vontade pública já estava garantido no bojo da lei de forma a legitimar a atuação da Administração Pública. E na ausência legislativa, cabia à Administração Pública imputar o conteúdo do interesse público. Logo, a assertiva de Caio Tácito da existência de um controle dos atos discricionários por meio do fim vinculado pela lei é de difícil consecução.

É nesta seara que a expressão ‘poder’ encontra justificativa na primeira fase de desenvolvimento do direito administrativo, em que seu objetivo era viabilizar o exercício da administração pública. Contudo, as normas de direito administrativo eram dominadas pelo poder político, de forma que se consolidou na doutrina o equivocado termo “poderes da administração”³⁷⁰, que muito mais se materializa com um dever do que com um poder.³⁷¹

Bandeira de Mello³⁷² assevera que uma teoria do ato administrativo unilateral foi construída sob a base de atos restritivos da esfera jurídica do cidadão, assim entendidos como aqueles que são desfavoráveis à sua situação jurídica. Ocorre que

³⁶⁹ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Princípio Constitucionais do Processo administrativo disciplinar**. São Paulo: Max Limonad, 1998. p. 22.

³⁷⁰ Como exemplo: Poder hierárquico, poder regulamentar, poder discricionário, poder de polícia, etc.

³⁷¹ MARTINS, Ricardo Marcondes. Crise do ato administrativo e a retomada de sua centralidade. **A&C-Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, v. 19, n. 75, p. 105-141, jan./mar. 2019. p. 111.

³⁷² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Para uma teoria do ato administrativo unilateral. **Revista Trimestral de Direito Público – RTDP**, São Paulo, n. 58, p. 5863, 2013.

esse erro de premissa levou a que na França definissem o ato administrativo como uma decisão executória, de forma que qualquer ato favorável, ou como denominado por Bandeira de Mello ampliativo, fossem excluídos da seara do direito administrativo. Portanto, conclui que é necessário revisar toda a teoria do ato administrativo para corrigir a impropriedade de considerá-lo como um ato jurídico unilateral. Justamente por conta dessa nova percepção é que o autor alterou o anterior conceito formulado de ato administrativo para retirar a menção do ato administrativo como declaração unilateral do Estado³⁷³.

Por tais razões, é corrente na doutrina a ideia de que o ato administrativo perde a sua centralidade na teoria do direito administrativo para dar lugar ao processo administrativo ou de contrato administrativo ou de consensualidade³⁷⁴.

Com efeito, Silva³⁷⁵ aponta que os atos administrativos estariam em um meio termo da unilateralidade e da consensualidade, já que apesar da palavra final ser da Administração Pública permite-se a participação dos particulares no processo decisório. De tal forma tais atos seriam chamados de ato concertados com complexidade estrutural: são a um só tempo atos e detêm conteúdo de contrato.

A atividade de consenso-negociação entre Poder Público e particulares, mesmo informal, passa a assumir papel importante no processo de identificação de interesses públicos e privados, tutelados pela Administração. Esta não mais detém exclusividade no estabelecimento do interesse público; a discricionariedade se reduz, atenua-se a prática de imposição unilateral e autoritária de decisões. A Administração volta-se para a coletividade, passando a conhecer melhor os problemas e aspirações da sociedade. A Administração passa a ter atividade de mediação para dirimir e compor conflitos de interesses entre várias partes ou entes e a Administração. Daí decorre um novo modo de agir, não mais centrado sobre o ato como instrumento

³⁷³ Conceito presente na 25ª edição: "Declaração unilateral do Estado no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante comandos concretos complementares da lei (ou, excepcionalmente, da própria Constituição, e aí de modo plenamente vinculado) expedidos a título de lhe dar cumprimento e sujeitos a controle de legitimidade por órgão jurisdicional." BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 25ª ed. São Paulo: Malheiros. 2008. p. 354.

³⁷⁴ 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. 106.

³⁷⁵ SILVA, Vasco Manoel Dias Pereira da. **Em Busca do Ato Administrativo Perdido**. Coleção Teses, Coimbra: Almedina 2003. p. 470.

exclusivo de definição e atendimento do interesse público, mas como atividade aberta à colaboração dos indivíduos. Galga relevância o momento do consenso e da participação.³⁷⁶

De outro lado, o processo administrativo desponta centralidade no direito administrativo, como aponta Bacelar³⁷⁷, ao ser considerado como instrumento de racionalização do agir administrativo, legalização da prática administrativa e limitação dos poderes da Administração Pública. Rafael Munhoz de Mello³⁷⁸ pontua que o processo administrativo tem como finalidade o controle do exercício da função administrativa e propiciar a participação popular na formação do ato administrativo.

De todo modo, com a Constituição Federal de 1988³⁷⁹ não é mais possível conceber o ato administrativo que seja indiferente aos cidadãos, que não reflita os anseios da sociedade e não de um ente suposto autônomo que seria o Estado com o privilégio de imputar o conteúdo do interesse público³⁸⁰.

De igual crítica, Martins³⁸¹ denota que no neoconstitucionalismo³⁸² valores passam a ser incluídos na ordem jurídica, de forma que toda norma jurídica, inclusive

³⁷⁶ MEDAUAR, Odete. **O Direito Administrativo em Evolução**. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 211.

³⁷⁷ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Princípio Constitucionais do Processo administrativo disciplinar**. São Paulo: Max Limonad, 1998. p. 124.

³⁷⁸ MELLO, R. M. DE. Processo administrativo, devido processo legal e a Lei nº 9.784/99. **A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, p. 147–169, 2003. p. 150.

³⁷⁹ Como nos relembra Paulo Ricardo Schier, as discussões do pós-positivismo chegaram com justificado atraso no Brasil, já que a Constituição Semântica do período militar não necessitava de debates sobre a força normativa da Constituição. SCHIER, Paulo Ricardo. Constitucionalização do direito no contexto da constituição de 1988. In: CLÉVE, Clémerson Merlin. (Org.). **Direito Constitucional Brasileiro**. 1ª. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 46

³⁸⁰ França sustenta ser “inaceitável e inconstitucional acatar uma atuação administrativa sem a possibilidade de crivo social de sua formulação e efeitos. O ato administrativo, assim como todo ordenamento jurídico, deve ser voltado ao bem do homem, conforme os valores de sua dignidade.” FRANÇA, Phillip G. **Controle da administração pública**. São José dos Campos: SRV Editora LTDA, 2016. *E-book*. ISBN 9788547204051.p. 160.

³⁸¹ MARTINS, Ricardo Marcondes. Teoria do ato administrativo nos trinta anos da Constituição de 1988: o que mudou?. **Revista de Investigações Constitucionais**, v. 6, n. 2, p. 449-477, 2019. p. 472.

³⁸² Luis Pietro Sanchis assevera que o termo neoconstitucionalismo é utilizado pela doutrina de modo confusa para diferenciar diferentes aspectos de uma nova cultura jurídica. O autor divide três as acepções principais do neoconstitucionalismo. Primeiro, como teoria de Estado de Direito, entendido como modelo institucional de uma determinada forma de organização política. Segundo, como teoria do direito, que explica as características deste direito. E, por fim, como uma ideologia, para explicar a fórmula política. Em que pese o texto concentrar nas duas primeiras acepções, o autor traz três projeções do neoconstitucionalismo como ideologia: 1) é a filosofia política que considera o estado constitucional de direito como a melhor e mais justa forma de organização política, cujo problema é a supremacia dos legisladores traduzida pelas maiorias parlamentares; 2) uma vinculação necessária entre direito e a moral para vincular uma forma de obrigação de obediência ao direito; e 3) o

o ato administrativo, deve ser objeto de ponderação dos princípios. Portanto, “o ato administrativo passa a ser considerado parte integrante do processo de concretização dos valores constitucionais”³⁸³ e não mais se admite imputações normativas arbitrárias calcadas na vontade do agente competente³⁸⁴.

Barroso³⁸⁵ destaca que na constitucionalização do direito administrativo o ponto mais impactante foi justamente o domínio de princípios constitucionais de caráter geral que irradiam seus efeitos para todo o ordenamento jurídico. Explica que com a centralidade da dignidade humana e da preservação dos direitos fundamentais, a qualidade da relação entre a Administração Pública e os administrados foi alterada para superar paradigmas tradicionais.

Trata-se de nova hermenêutica jurídica em que aos princípios jurídicos é atribuída normatividade, em especial relevo ao princípio da cidadania e do direito fundamental à participação popular³⁸⁶. Como aponta Justen Filho³⁸⁷, no Estado Democrático de Direito, além da necessária supremacia da Constituição Federal, é necessário o respeito aos direitos fundamentais e à supremacia da soberania popular.

constitucionalismo dogmático que traz uma nova visão da interpretação como ciência do direito, com comprometimento do jurista nesta interpretação. SANCHIS, Luis Pietro. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. In: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. Trotta: Madrid, 2003, p. 123-158. p. 123-124. Também sobre os tipos de neoconstitucionalismos construídos pela doutrina recomenda a leitura de: COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: um análise metateórico. In: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. Trotta: Madrid, 2003, p. 123-158.

³⁸³ MARTINS, Ricardo Marcondes. Teoria do ato administrativo nos trinta anos da Constituição de 1988: o que mudou?. **Revista de Investigações Constitucionais**, v. 6, n. 2, p. 449-477, 2019. p. 472.

³⁸⁴ Interessante notar que a recíproca é verdadeira, ao mesmo tempo que o administrador é chamado à concretizar os direitos fundamentais, Schier esclarece que à sociedade civil também é imposta a responsabilidade de implementar os objetivos da República Federativa do Brasil com a criação de instrumentos que permitam aos cidadãos realizarem tarefas antes tipicamente estatais com o objetivo de realização dos direitos fundamentais. SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. Direito Administrativo Social em prol da realização do direito fundamental ao desenvolvimento. In: **Direito Administrativo, Políticas Públicas e Estado Sustentável**. Organizadores: Adriana da Costa Ricardo Schier; Caroline Müller Bitencourt, Curitiba: Íthala, 2020.

³⁸⁵ BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito, **Revista da Emerj**, v. 9, n. 33, 2006. p. 22.

³⁸⁶ Há muito esta autora defende e se filia a corrente de pensamento que sustenta a existência de um direito fundamental de participação popular, destacado do direito fundamental de cidadania e democracia. Vide: SCHIER, Adriana da Costa Ricardo; MELO, Juliane Andrea de Mendes Hey. O direito à participação popular como expressão do Estado Social e Democrático de Direito. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 17, n. 69, p. 127-147, jul./set. 2017. DOI: 10.21056/aec.v17i69.825. Também sobre o tema: SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **A participação popular na Administração Pública: o direito de reclamação**. Renovar, 2002.

³⁸⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. O Direito administrativo de espetáculo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coords.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p.66.

De tal modo, as ações da Administração Pública devem ser voltadas à implementação dos interesses da sociedade e não dos administradores, sob pena de gerar um déficit democrático³⁸⁸.

É neste sentido que Gustavo Binenbojm³⁸⁹ aduz que a constitucionalização do direito administrativo convola a legalidade em juridicidade administrativa, na qual a lei não é mais o fundamento exclusivo da atuação da Administração Pública, mas apenas um deles dentre um sistema instituído. Continua, ao ressaltar novas formas de legitimação da administrativa por meio da democratização do exercício da atividade administrativo não diretamente vinculada à lei por meio da

abertura e fomento à participação dos administrados nos processos decisórios da Administração, tanto em defesa de interesses individuais (participação *uti singulus*), como em nome de interesses gerais da coletividade (participação *uti cive*).³⁹⁰

Interessante a crítica de Martins³⁹¹ no que concerne à inconstitucionalidade da classificação doutrinária entre atos administrativos e atos políticos ou de governo. Argumenta o autor que a Constituição Federal de 1988 não admite a imunização dos agentes públicos do controle estatal, que é a pretensão da doutrina ao se referir aos atos políticos ou de governo. Arremata com asseverar que por maior que seja a discricionariedade do agente é possível a sua responsabilização perante o Poder Judiciário.

Medeiros³⁹² aponta a necessidade de justificação política como freio às escolhas públicas que ultrapassem a participação popular de forma a estabelecer um

³⁸⁸ VIANA, Ruth Araújo. O neoconstitucionalismo no Brasil e suas repercussões na Administração Pública, permitindo o controle externo do Poder Judiciário dos atos administrativos discricionários. **Revista Direitos Humanos e Democracia**, ano 2, n. 3, jan./jun. 2014. p. 228

³⁸⁹ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 70.

³⁹⁰ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 77.

³⁹¹ MARTINS, Ricardo Marcondes. Teoria do ato administrativo nos trinta anos da Constituição de 1988: o que mudou?. **Revista de Investigações Constitucionais**, v. 6, n. 2, p. 449-477, 2019. p. 471.

³⁹² MEDEIROS, Clayton Gomes. Fomento Fiscal: diretrizes de controle como requisito para a efetivação do desenvolvimento sustentável e dos direitos fundamentais. Tese (Doutorado em Direitos Fundamentais e Democracia). Centro Universitário Autônomo do Brasil – UniBrasil. Curitiba. 2023. p. 187/188.

limite à representatividade diante de uma suposta “carta branca” conferida pelos eleitores.

Vem se estruturando na doutrina um modelo contemporâneo chamado por parte da doutrina de “Administração Pública Dialógica”, pautada no incremento deste diálogo. Fernandes e Cavalcante apontam que é um influxo de hipermodernidade na relação da Administração pública com os seus administrados, pois a “complexidade, a pluralidade e a acelerada mutação que caracterizam a sociedade “líquida” pós-moderna demandam um novo modelo de administração pública, mais maleável, transparente, horizontalizado, democrático e aberto ao diálogo”³⁹³.

Juarez Freitas³⁹⁴ aponta como uma das tendências e transformações do direito administrativo a transição da preponderância monológica para padrões dialógicos, na qual a Administração Pública é uma organização que aprende e aplica modelos decisórios³⁹⁵ menos unilaterais.

Neste sentido, Caroline Bittencourt e Janriê Reck³⁹⁶ asseveram que o processo de formulação, idealização e execução de uma política pública afeta diretamente a qualidade e eficácia desta, especialmente no que concerne à satisfação do interesse público. Assim, além da política pública se consubstanciar em uma boa escolha, deve estar de acordo com o que se espera socialmente. Para tanto, não é possível “se delega essas “difíceis escolhas” a uma visão unilateral, solipsista, mas que sejam construídas comunicativamente, a partir do debate e da participação dos

³⁹³ FERNANDES, André Dias; CAVALCANTE, Denise Lucena. Administração fiscal dialógica. **Revista de Direito Administrativo**, v. 277, n. 3, Rio de Janeiro, 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.12660/rda.v277.2018.77676>.

³⁹⁴ FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 5ª. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2013. p. 29.

³⁹⁵ Caroline Bittencourt e Janriê Reck explicam modelo decisório é um complexo de esquemas de decisão, “trata-se de um desenho coordenado de possibilidades de decisão, arquitetadas sob a forma jurídica.” (BITTENCOURT, Caroline Müller; RECK, Janriê Rodrigues. Políticas públicas de Governo e de Estado – uma distinção um pouco complexa: necessidade de diferenciação entre modelos decisórios, arranjos institucionais e objetivos de políticas públicas de Governo e Estado. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, v. 12, n. 3, p. 631-667, set./dez, 2021. doi: 10.7213/rev.dir.econ.soc.v12i3.28105). p. 665,

³⁹⁶ BITENCOURT, Caroline Müller; RECK, Janriê Rodrigues. Formulação e execução de políticas sociais no cenário brasileiro a partir de uma ação comunicativa: Atores sociais. In: BITENCOURT, Caroline Müller; RECK, Janriê Rodrigues. **Abordagens Epistemológicas sobre Democracia, Políticas Públicas e Controle Social**. Santa Cruz do Sul: Essere Nel Mondo, 2018, 64-83. p. 64.

diversos atores interessados na construção e execução do chamado “interesse público”³⁹⁷.

A prerrogativa da Administração de criar unilateralmente obrigações não mais se sustenta frente à necessária participação da população na sua construção³⁹⁸. Desse modo a discricionariedade estatal tem seus limites reduzidos com a procedimentalização da participação popular³⁹⁹.

Interessante apontamento é feito por Antunes⁴⁰⁰ ao enfatizar a participação administrativa no procedimento de tomada de decisões administrativas, a qual denominada de participação procedimental⁴⁰¹. Leonardo Avritzer e Boaventura de Sousa Santos⁴⁰² apontam que propõe um processo contra-hegemônico no debate da construção da democracia. Para tanto, os autores defendem uma nova forma de relação entre Estado e sociedade com processo das democracias latino-americanas de acentuação da participação societária. Defendem que as novas formas de experimentação institucionalizada nos países semiperiféricos e periféricos denotam uma complementaridade entre a democracia representativa e a participativa. E essa perspectiva se espraia para a seara da atuação concreta da Administração Pública.

Desta feita, confere-se maior legitimidade democrática à atuação administrativa pautada no diálogo, deliberação e discussão com aqueles que serão influenciados pela decisão administrativa⁴⁰³. Não se quer dizer que a Administração

³⁹⁷ BITENCOURT, Caroline Müller; RECK, Janriê Rodrigues. Formulação e execução de políticas sociais no cenário brasileiro a partir de uma ação comunicativa: Atores sociais. In: BITENCOURT, Caroline Müller; RECK, Janriê Rodrigues. **Abordagens Epistemológicas sobre Democracia, Políticas Públicas e Controle Social**. Santa Cruz do Sul: Essere Nel Mondo, 2018, 64-83. p. 64.

³⁹⁸ DE ARAUJO, Valter Shuenquener. Efeitos da inovação no Direito Administrativo brasileiro: queremos saber o que vão fazer com as novas invenções. **REVISTA QUAESTIO IURIS**, [S. l.], v. 11, n. 3, p. 1687–1703, 2018. DOI: 10.12957/rqi.2018.32568. p. 1688.

³⁹⁹ DE ARAUJO, Valter Shuenquener. Efeitos da inovação no Direito Administrativo brasileiro: queremos saber o que vão fazer com as novas invenções. **REVISTA QUAESTIO IURIS**, [S. l.], v. 11, n. 3, p. 1687–1703, 2018. DOI: 10.12957/rqi.2018.32568. p. 1689-1690. Também: BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 77.

⁴⁰⁰ ANTUNES, Luís Filipe Colaço. **A Tutela dos Interesses Difusos em Direito Administrativo**. Coimbra: Almedina, 1989. p. 82-83.

⁴⁰¹ Expressão também utilizada por David Duarte: DUARTE, David António A. **Procedimentalização, participação e fundamentação: para uma concretização do princípio da imparcialidade administrativa como parâmetro decisório**. Coimbra: Almedina, 1996.

⁴⁰² SANTOS, B.; AVRITZER, L. Para ampliar o cânone democrático. In: _____. (Org.) **Democratizar a democracia**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002, p. 39-82.

⁴⁰³ BOURGES, Fernanda Schuhli. Administração Pública digital: expansão e resgate da participação dos cidadãos – perspectivas sobre o Sistema “fala.br”. In: **Direito Administrativo, Políticas Públicas**

Pública deva abandonar o modelo burocrático ou gerencial, mas que deverá buscar formas não autoritárias de exercer a discricionariedade em união com a sociedade civil interessada e impactada pelas suas decisões.

O indivíduo ultrapassa o estigma de ser súdito para lograr status de efetivo cidadão participe da vida pública para buscar a sociedade justa, fraterna e solidária que a Constituição Federal de 1988 preconiza como seu objetivo⁴⁰⁴. Assim o diálogo dá a abertura necessária para que as ações sejam tomadas em conformidade com os anseios de seus maiores interessados e atingidos⁴⁰⁵.

Assentadas as premissas iniciais sobre ato administrativo a partir de um modelo de Administração Pública Dialógica e plasmada na Constituição Federal de 1988, necessário passar a análise de seus elementos e pressupostos.

4.1.2 Elementos e pressupostos do ato administrativo

Conforme Xavier⁴⁰⁶, realizar a decomposição e exame isolado dos atos administrativos tem como finalidade facilitar a investigação do agir da administração e para aferir a sua legitimidade.

A tese que se desenvolve trata da invalidade do ato administrativo que não observa a *ratio decidendi* da participação popular, portanto, há que se analisar a anatomia do ato administrativo para aferir a patologia⁴⁰⁷. Para tanto, é necessário analisar os requisitos do ato administrativo bem como da participação popular para que se extraia o vício da não observância.

O cerne da legitimidade democrática reside na consideração atenta e respeitosa da vontade popular deliberada. Neste contexto, os atos administrativos não

e Estado Sustentável. Organizadores: Adriana da Costa Ricardo Schier; Caroline Müller Bitencourt, Curitiba: Ìthala, 2020. p. 266.

⁴⁰⁴ CLÉVE, Clémerson Mérlin. O Cidadão, a Administração Pública e a Nova Constituição. **Revista Informação Legislativa**, Brasília, ano 27 n. 106 abr./jun. 1990. p. 83.

⁴⁰⁵ OLIVEIRA, Mateus Moura de; SOUSA JÚNIOR, Eliezer Siqueira de. Administração Dialógica e uma nova legitimação dos Atos Administrativos: uma reflexão da democracia em Habermas e os obstáculos de uma sociedade civil multicultural. **Revista de Direito Administrativo e Gestão Pública**, Salvador, 2018, 4.1: 114-131. p. 117.

⁴⁰⁶ XAVIER, Pedro Henrique. Ato administrativo: conceito e elementos. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, v. 22, n. 0, 1985. p. 114.

⁴⁰⁷ Trata-se de analogia célebre realizada por Celso Antônio Bandeira de Mello. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 27ª ed. São Paulo: Malheiros. 2010. p. 39.

são meros produtos da vontade⁴⁰⁸ do gestor público, mas sim expressões concretas da participação cidadã na esfera pública. A partir disso, sustenta-se que os elementos e pressupostos do ato administrativo ganham uma dimensão mais ampla quando inseridos no contexto da vontade popular e em especial o sujeito, a finalidade e a motivação, razão pela qual se dará tratamento específico e pormenorizado a estes pressupostos.

Não há unanimidade na doutrina quanto aos requisitos do ato administrativo ou até mesmo acerca da sua denominação. Contudo, a sistematização efetuada por Celso Antônio Bandeira de Mello⁴⁰⁹ é considerada uma das mais proeminentes na academia e certamente a mais utilizada tanto em trabalhos acadêmicos como no âmbito forense.

Bandeira de Mello⁴¹⁰ divide os requisitos do ato administrativo em elementos e pressupostos, uma vez que considera os elementos como partes intrínsecas do ato e os pressupostos como elementos externos condicionantes da existência e lisura do ato. São elementos do ato o *conteúdo* e a *forma*. São pressupostos de existência o *objeto* e *pertinência* do ato; pressuposto de validade o *sujeito*, *motivo*, *finalidade* e *formalização*.

O *conteúdo*, elemento do ato, é o que o ato enuncia, certifica ou modifica na ordem jurídica, considerado como o próprio ato⁴¹¹. Já o *objeto*, pressuposto de existência, traz o referente, aquilo sobre o que dispõe o ato⁴¹². A diferenciação

⁴⁰⁸ Sobre a inexistência de vontade no âmbito do direito administrativo vide 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. 136.

⁴⁰⁹ O celebrado autor inicialmente propõe a sua classificação no livro 'Ato administrativo e direitos dos administrados', mas continua a desenvolvê-los e atualizá-los no seu Curso de Direito Administrativo. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Ato administrativo e direitos dos administrados**. Editora Revista dos Tribunais, 1981. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 27ª ed. São Paulo: Malheiros. 2010.

⁴¹⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 27ª ed. São Paulo: Malheiros. 2010. p. 392.

⁴¹¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 27ª ed. São Paulo: Malheiros. 2010. p. 393.

⁴¹² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 27ª ed. São Paulo: Malheiros. 2010. p. 394.

promovida por Bandeira de Mello acolhe o ensinamento de Zanobi⁴¹³ no sentido de que o conteúdo dispõe sobre alguma coisa, esta sim o objeto do ato⁴¹⁴.

O conteúdo do ato administrativo não é uma simples matéria administrativa, mas, como sempre, deve refletir as demandas e aspirações da sociedade, ou seja, a consecução do interesse público. A retomada da definição do interesse público pela própria sociedade com a inclusão da vontade popular deliberada nos elementos do ato administrativo implica uma profunda transformação na forma como concebemos e praticamos a administração pública.

A *forma*, elemento do ato, é o modo pelo qual o ato revela a sua existência, ou seja, como se exterioriza⁴¹⁵. Já a formalização, pressuposto de validade, refere-se ao meio solene exigido pela legislação⁴¹⁶.

A forma dos atos administrativos é garantia jurídica para a Administração e para o administrado, garantindo transparência, acessibilidade e controle dos processos decisórios. Ao ser clara e compreensível, a forma permite que todos os interessados possam acompanhar e influenciar as decisões da administração pública. Além disso, a transparência⁴¹⁷ proporcionada pela forma adequada dos atos fortalece a legitimidade das instituições democráticas, aumentando a confiança da população e promovendo uma participação mais efetiva e significativa dos cidadãos na vida pública.

Logo, é neste ponto que o controle dos atos administrativos ganha relevância, não apenas para garantir a conformidade com as normas legais, mas também para assegurar a consonância com os princípios fundamentais. Juarez Freitas⁴¹⁸ destaca a necessidade de um controle mais ativo, onde o controlador, ao inquirir a legalidade do ato administrativo, também avalia sua congruência com os direitos e princípios

⁴¹³ Regis Fernando de Oliveira igualmente considera conteúdo e objeto diferentes, pois objeto é a coisa, atividade ou relação sobre a qual o conteúdo do ato irá recair. OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Ato administrativo** 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

⁴¹⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 27^a ed. São Paulo: Malheiros. 2010. p. 392.

⁴¹⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 27^a ed. São Paulo: Malheiros. 2010. p. 394.

⁴¹⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 27^a ed. São Paulo: Malheiros. 2010. p. 394.

⁴¹⁷ É pela forma que se garante a transparência dos atos.

⁴¹⁸ FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 5^a. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2013.

fundamentais, exercendo uma espécie de "administração negativa" para garantir a efetivação das finalidades constitucionais. Portanto, o conceito de forma íntegra ao conceito de motivação, uma vez que é pela exposição de fatos e motivos que o controle pode ser realizado.

A *pertinência* revela a sua congruência com a função administrativa, de modo que na sua ausência haverá ato jurídico, mas não ato administrativo⁴¹⁹.

Os demais pressupostos sujeito, finalidade e motivação serão tratados em itens apartados para melhor aprofundamento e sistematização das ideias devido à influência da participação popular nestes.

4.1.2.1 Sujeito do ato administrativo, competência e participação popular

O *sujeito* é o produtor do ato administrativo, que deve gozar de competência legal para a prática do ato⁴²⁰. Martins⁴²¹ assevera ser um pressuposto subjetivo de regularidade, uma vez que o ato administrativo não pode ser produzido por qualquer pessoal, mas tão somente aquela que o sistema jurídico atribui competência. Segundo o autor, a competência se divide em capacidade da pessoa jurídica⁴²², competência do órgão e do ente administrativo⁴²³, competência e legitimidade do agente público⁴²⁴.

É justamente quanto à competência e legitimidade do agente público que o cidadão terá uma atuação conjunta. Assim, sustenta-se que competência não é apenas delegada pelo ordenamento jurídico, mas também legitimada pela participação ativa dos cidadãos na definição das políticas públicas. Como ressalta o autor Juarez Freitas⁴²⁵ a ideia de que é dever do administrador público sacrificar o

⁴¹⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 27ª ed. São Paulo: Malheiros. 2010. p. 396.

⁴²⁰

⁴²¹ MARTINS, Ricardo Marcondes. **Efeitos dos vícios do ato administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 156.

⁴²² O ato administrativo somente pode ser proferido por uma pessoa jurídica de direito, ente federado: União, Estados-membros, Municípios e Distrito Federal.

⁴²³ A pessoa jurídica de direito público poderá atuar diretamente por seus órgãos ou indiretamente por meio de delegação, o que o faz por meio de competência instituída em lei.

⁴²⁴ A pessoa jurídica é anímica, por isso demanda uma agente público competente, não impedido, para praticar o ato administrativo.

⁴²⁵ FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 5ª. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2013. p. 52.

mínimo para preservar o máximo de direitos, implica em uma competência direcionada não apenas pelos parâmetros legais, mas também pela consideração dos interesses e direitos da população. Freitas⁴²⁶ defende a ideia de uma legalidade temperada sob o princípio, dentre outros, que a exigência da participação da população em certos procedimentos sob pena de invalidação para preservar o princípio democrático.

A relação entre a competência do gestor público e a participação cidadã na definição de políticas públicas é um tema central para a compreensão da dinâmica democrática e da efetividade das ações governamentais. A legitimidade do exercício da competência administrativa não se restringe apenas ao embasamento legal, mas encontra também respaldo na participação ativa e informada dos cidadãos nos processos decisórios.

No contexto democrático, a Constituição Federal de 1988 estabelece os princípios fundamentais que orientam a atuação da administração pública, tais como legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência⁴²⁷. Entretanto, a mera existência desses princípios no texto constitucional não garante, por si só, a efetivação deles na prática. Para que os valores democráticos se concretizem, é imprescindível que os cidadãos participem ativamente do processo político e decisório, influenciando e fiscalizando as ações do poder público.

A participação cidadã é um elemento essencial da democracia⁴²⁸, que busca assegurar que as decisões governamentais reflitam os interesses e necessidades da sociedade como um todo. Como analisado no item 2.3, ao envolver os cidadãos nos processos de tomada de decisão, o governo pode promover uma maior transparência, *accountability*⁴²⁹ e legitimidade das políticas públicas. Além disso, a participação

⁴²⁶ FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 5ª. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2013. p. 67-68.

⁴²⁷ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. "Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência". Disponível em: [Constituição \(planalto.gov.br\)](http://planalto.gov.br). Acesso em 26 de fev. de 2023.

⁴²⁸ A participação popular é obrigatória em qualquer dos modelos que se possam analisar, mas com maior ênfase na democracia participativa e deliberativa, conforme se observou no Capítulo 2.

⁴²⁹ Campos, na sua investigação sobre o conceito de *accountability*, relaciona a *accountability* à democracia, sob o argumento de que está associada à responsabilização objetiva do detentor da função pública por aquele que delegou o poder para o Estado. Com inspiração nos ensinamentos de Frederick Mosher, a autora aponta para a responsabilização objetiva do detentor da função pública como aquela que "acarreta a responsabilidade de uma pessoa ou organização perante uma outra pessoa, fora de si mesma, por alguma coisa ou por algum tipo de desempenho". Não basta o

cidadã contribui para a promoção da inclusão social, equidade e justiça, ao permitir que grupos marginalizados e vulneráveis tenham voz nas decisões que os afetam diretamente.

No entanto, apesar do reconhecimento da importância da participação cidadã, sua implementação efetiva tem sido um desafio em muitos contextos. Diversos obstáculos, como a falta de cultura participativa, desigualdade de acesso aos processos decisórios e resistência política, têm limitado o envolvimento significativo dos cidadãos na formulação e implementação de políticas públicas. Além disso, muitas vezes os mecanismos de participação existentes são percebidos como meramente simbólicos, sem influência real sobre as decisões governamentais⁴³⁰.

Para superar esses desafios e promover uma participação cidadã mais efetiva, é necessário adotar uma abordagem holística e integrada, que envolva não apenas a criação de novos mecanismos participativos, mas principalmente mecanismos que garantam a influência e respeito à opinião da população no conteúdo do ato administrativo. Logo, requer investimentos em educação cívica e política, para capacitar os cidadãos a entenderem e participarem ativamente dos processos políticos e decisórios é importante, mas para além disso é fundamental perceber e visibilizar que o agente público não atua sozinho no âmbito da sua competência quando a lei exige a participação da população ou até quando o próprio agente convoca a população para esclarecer a sua vontade de regulamentação.

Assim, é fundamental considerar o papel da população convocada no exercício das funções estatais e na implementação das políticas públicas⁴³¹. A competência atribuída aos agentes públicos é delineada pela legislação e regulamentada de acordo com as necessidades da coletividade, buscando garantir a eficiência e a eficácia da atuação estatal. No entanto, como ressaltado por

sentimento de responsabilidade interno do agente público, a responsabilização objetiva é uma força externa à pessoa. Neste sentido, aduz que quanto mais avançado o estágio democrático por meio do respeito aos valores de igualdade, dignidade humana, participação, representatividade, maior o interesse pela accountability pela sociedade. CAMPOS, Anna Maria. Accountability: quando poderemos traduzi-la para o português?. **RAP – Revista de Administração Pública**. v. 24, n° 2, p. 30-50, fev./abr. 1990. p. 33.

⁴³⁰ Neste sentido, vide Capítulo 3.3.

⁴³¹ BOBBIO, N. Estado, governo, sociedade: Para uma teoria geral da política. Editora Paz e Terra. 1988.

Denhardt⁴³², a concepção de competência está em constante evolução, adaptando-se às demandas de uma sociedade em transformação.

A participação cidadã nas decisões públicas está intrinsecamente ligada à legitimidade do exercício da competência administrativa, ou seja, em uma democracia deliberativa, os cidadãos não são apenas espectadores das decisões governamentais, mas agentes ativos na formulação e implementação das políticas que afetam suas vidas⁴³³. Nesse sentido, a participação cidadã não apenas complementa a competência do gestor público, mas a fundamenta, conferindo-lhe uma base sólida de representatividade e responsabilidade. Afinal, a legitimidade do poder público deriva do consentimento dos governados e a participação cidadã é uma expressão direta desse consentimento.

É neste sentido que França considera que é dever indisponível da Administração consultar a sociedade sobre o ato administrativo a ser emanado, pois apenas assim estará revestido do manto da legitimação social:

(...) é dever indisponível da Administração consultar a sociedade sobre o ato administrativo a ser emanado (consulta direta ou por meio de órgãos representativos) para que este possa vestir-se do manto de legitimação social. Por certo que o impulso estatal de promoção de uma consulta pública deve ser proporcional ao impacto social que o respectivo ato resultará. Isto é, a proporção de força e empenho para legitimar um ato administrativo que, por exemplo, determinará um novo mercado nacional de telefonia celular (banda "F", por hipótese) deverá ser maior do que o âmbito de força de consulta para a ocorrência de autorização de compras – de forma figurada – de canetas para a boa fiscalização de determinado serviço, pelos respectivos fiscais administrativos;⁴³⁴

Para que a participação cidadã seja efetiva, é essencial que existem mecanismos e espaços institucionais que permitam aos cidadãos contribuírem de maneira significativa para o processo decisório. Consultas públicas, audiências, conselhos participativos e outras formas de engajamento são ferramentas importantes

⁴³² DENHARDT, R. B.; DENHARDT, J. V. (2003). The new public service: Serving rather than steering. **Public administration review**, ed. 60, 549-559. 2003.

⁴³³ KISSLER, L., HEIDEMANN, F. G. Políticas públicas: fundamentos e instrumentos. ENAP. 2006.

⁴³⁴ FRANÇA, Phillip G. **Controle da administração pública**. São José dos Campos: SRV Editora LTDA, 2016. *E-book*. ISBN 9788547204051.p. 157.

para garantir a inclusão dos diversos segmentos da sociedade na discussão e elaboração de políticas públicas.

Além disso, a participação cidadã não deve ser vista apenas como um meio de legitimar as decisões governamentais, mas como um fim em si mesma, que contribui para fortalecer a democracia e promover a justiça social. Ao envolver os cidadãos nos processos de tomada de decisão, o governo se beneficia da expertise, experiência e conhecimento local dos indivíduos e comunidades, tornando suas políticas mais eficazes e adaptadas às necessidades reais da população. Também, a participação cidadã ajuda a construir um sentido de pertencimento e responsabilidade cívica entre os cidadãos, aumentando sua confiança nas instituições democráticas e fortalecendo os laços de solidariedade e cooperação na sociedade⁴³⁵.

Ao abordar a problemática da participação cidadã na definição de políticas públicas, é fundamental considerar as transformações no papel do Estado ao longo do tempo⁴³⁶. Conforme observado por Denhardt⁴³⁷, o conceito de Estado evoluiu de um simples provedor de serviços para um facilitador da participação democrática, destacando a importância da cidadania ativa na promoção do bem público. Nesse contexto, a governança e a governabilidade emergem como conceitos-chave⁴³⁸, refletindo a necessidade de uma administração pública mais colaborativa e responsiva às demandas da sociedade. Conceito que corrobora com o novel conceito de ato administrativo explorado no item 4.1.1.

Diante do exposto, torna-se evidente a relação entre competência administrativa e participação cidadã no âmbito do ato administrativo. Ao longo deste trabalho, foi explanado como a competência dos agentes públicos, embora delineada pela legislação, é legitimada e enriquecida pela contribuição ativa dos cidadãos no

⁴³⁵ “Para nós, cidadãos, é importante reconhecer que tornar nosso país e nossas comunidades melhores requer no mínimo nossa cooperação, e idealmente, nosso envolvimento ativo. Por definição, nosso governo nos pertence e é de nossa responsabilidade. Nós podemos e deveríamos ter altas expectativas do governo; mas para o governo funcionar bem, é preciso cidadania ativa”. Tradução nossa. DENHARDT, R. B.; DENHARDT, J. V. (2003). *The new public service: Serving rather than steering*. **Public administration review**, ed. 60, 549-559. 2003. p. 175.

⁴³⁶ DENHARDT, R. B.; DENHARDT, J. V. (2003). *The new public service: Serving rather than steering*. **Public administration review**, ed. 60, 549-559. 2003. p. 175.

⁴³⁷ DENHARDT, R. B.; DENHARDT, J. V. (2003). *The new public service: Serving rather than steering*. **Public administration review**, ed. 60, 549-559. 2003.

⁴³⁸ KISSLER, Leo; HEIDEMANN, Francisco G. Governança pública: novo modelo regulatório para as relações entre Estado, mercado e sociedade?. **Revista de Administração Pública**, 2006, 40: 479-499.

processo decisório⁴³⁹. Por meio de mecanismos participativos, como consultas públicas e audiências, os cidadãos têm a oportunidade de influenciar diretamente as políticas governamentais, garantindo uma maior legitimidade e representatividade no exercício do poder⁴⁴⁰.

No entanto, é crucial reconhecer que a efetivação da participação cidadã enfrenta desafios significativos, desde a falta de informação até a resistência institucional e política⁴⁴¹. Para superar esses obstáculos, é necessário que a Administração Pública reconheça que a competência e legitimidade na produção do ato administrativo é compartilhada com os cidadãos quando da abertura da democrática.

Necessário um alerta, não se sustenta que em todos os atos administrativos a competência e a legitimidade deste deve ser compartilhada ou está vinculada à participação popular. Tal medida seria impraticável em um contexto real da complexa administração pública. O que se sustenta no presente trabalho é que uma vez que a participação popular seja determinada pela legislação ou convocada pelo administrador, os cidadãos passam a compor a legitimidade do ato.

Com efeito, quando a legislação determina a participação da população na construção do ato administrativo tem como objetivo que a população exerça não apenas influência na construção do ato administrativo, mas que seja ouvida ativa e efetivamente de forma que o agente público deva com os cidadãos deliberar e respeitar a opinião daqueles que lhe provém legitimidade. No mesmo sentido, quando o Administrador Público clama voluntariamente (mesmo diante da inexistência de exigência legal) a participação da população para poder decidir, deixa claro que deseja seguir o melhor caminho na definição pública. Por isso, passa a dividir a competência do ato com a população.

Portanto, conclui-se que a colaboração entre competência administrativa e participação cidadã é essencial para o desenvolvimento de decisões públicas eficazes e democráticas. Somente por meio do engajamento cívico e do fortalecimento dos

⁴³⁹ BOBBIO, N. Estado, governo, sociedade: Para uma teoria geral da política. Editora Paz e Terra. 1988.

⁴⁴⁰ SALOOJEE, A.; FRASER-MOLEKETI, G. Building a developmental state in South Africa: Challenges and opportunities. **The Journal of Development Studies**, ed. 46, 980-999. 2010.

⁴⁴¹ NEF, J. Governing failure: Provisioning South Africa's clean water. **African Affairs**, 519-536. 2010.

mecanismos participativos é possível construir uma democracia mais inclusiva e responsiva às necessidades da população.

4.1.2.2 Finalidade do Ato Administrativo e a Proporcionalidade: Contribuições para uma Administração Justa e Eficiente

Bandeira de Mello define finalidade como o “bem jurídico objetivado pelo ato”⁴⁴², ou seja, é o resultado daquilo que foi tipificado na legislação. É um pressuposto teleológico, Martins⁴⁴³, ao adotar um critério etimológico⁴⁴⁴, conceitua a finalidade como a tendência do ato para a realização de um fim.

No neoconstitucionalismo, o interesse público não é o interesse da Administração Pública ou de seus governantes. Não basta a realização do “bem comum”, o interesse público é a ponderação dos princípios e valores constitucionais erigidos na Constituição Federal de 1988:

Não basta, porém, que o ato tenha por finalidade a realização do bem comum. O constituinte estabeleceu por meio de um conjunto de princípios quais valores devem ser perseguidos para a realização do bem comum. O legislador, no uso da sua competência, editou uma série de regras abstratas para a concretização desses princípios final diante de cada caso concreto o ordenamento jurídico exige - à luz dos princípios constitucionais incidentes, das regras legislativas até então editadas e das circunstâncias fáticas - a concretização de um determinado princípio. *Interesse público* corresponde à concretização do princípio ou princípios que têm maior peso no caso concreto. Em outras palavras: o resultado da *ponderação*, examinada anteriormente, corresponde ao interesse público ao ser perseguido pelo estado.⁴⁴⁵

A doutrina mais atual irá apontar que o interesse público se identifica com a juridicidade⁴⁴⁶, que determina que a Administração Pública aja de acordo com o

⁴⁴² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 27^a ed. São Paulo: Malheiros. 2010. p. 404.

⁴⁴³ MARTINS, Ricardo Marcondes. **Efeitos dos vícios do ato administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 191.

⁴⁴⁴ Explica o autor que a palavra “fim” advém do substantivo latino *finis*, que significa limite, fronteira ou extremidade, enquanto a palavra finalidade com o acréscimo do sufixo formador de substantivos abstratos *tatem*, a trazer a ideia de tendência.

⁴⁴⁵ MARTINS, Ricardo Marcondes. **Efeitos dos vícios do ato administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 193.

⁴⁴⁶ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A noção jurídica de interesse público no Direito Administrativo brasileiro. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). **Direito**

ordenamento jurídico como um todo e não apenas com a lei, como legalidade estrita. Neste sentido, as regras e os princípios constitucionais devem ser observados pelo Administrador Público, sem a mediação do legislador, de modo que poderá agir em afronta à lei em sentido estrito com o fito de garantir princípios constitucionais em juízo de ponderação da legalidade⁴⁴⁷.

É neste âmbito que se insere o já muito debatido princípio da supremacia do interesse público sobre o privado enquanto princípio estruturante do regime jurídico brasileiro⁴⁴⁸, que enseja a necessidade de se compreender o conteúdo jurídico do interesse público. Neste trabalho, não se objetiva adentrar na discussão da supremacia de um ou outro, pelo contrário, objetiva-se compreender o que é o interesse público e o papel do cidadão na construção deste.

A finalidade do ato administrativo deixa de ser exclusivamente técnica e burocrática para incorporar os anseios e necessidades da sociedade conforme por ela expressada. Nesse sentido, Juarez Freitas⁴⁴⁹ salienta a importância da proporcionalidade como princípio norteador, onde os meios adotados pelo administrador público devem estar em equilíbrio com os fins almejados, evitando medidas abusivas ou desnecessariamente gravosas. Conforme esclarece, desde o início da sistematização do direito administrativo a doutrina prega o trinômio lei, finalidade e proporcionalidade.

Administrativo e interesse público: estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 95.

⁴⁴⁷ “Assim, o agir administrativo pode encontrar espeque e limite diretamente em regras ou princípios constitucionais, dos quais decorrerão, sem necessidade de mediação do legislador, ações ou omissões da Administração. Em outros casos, a lei será fundamento básico do ato administrativo, mas outros princípios constitucionais, operando em juízos de ponderação com a legalidade, poderão validar condutas para além ou mesmo contra a disposição legal. Com efeito, em campos normativos não sujeitos à reserva de lei, a Administração poderá atuar autonomamente, sem prévia autorização legislativa. De outra parte, há inúmeras situações em que os princípios da moralidade, da proteção da confiança legítima e da vedação do enriquecimento sem causa operarão, mediante juízos de ponderação proporcional, no sentido da relativização do princípio da legalidade, validando atos originariamente ilegais ou pelo menos os seus efeitos pretéritos.” BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização.** Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 70.

⁴⁴⁸ Sobre a discussão vide: HACHEM, Daniel Wunder. **Princípio constitucional da supremacia do interesse público.** Editora Fórum, 2011. Em sentido contrário: SCHIER, Paulo Ricardo. Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais. In: SARMENTO, Daniel (org.). **Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 217-246

⁴⁴⁹ FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais.** 5ª. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2013. p. 57.

A relação intrínseca entre a finalidade do ato administrativo e o princípio da proporcionalidade tem sido amplamente discutida no contexto da administração pública contemporânea, especialmente à luz dos avanços do Estado Constitucional e dos direitos fundamentais⁴⁵⁰. Destaca-se a necessidade de uma administração pública orientada por critérios de proporcionalidade, garantindo que as ações governamentais sejam adequadas, necessárias e proporcionais⁴⁵¹ aos fins legítimos perseguidos.

A finalidade do ato administrativo, entendida como o propósito ou objetivo que justifica sua prática, deve estar alinhada com os princípios constitucionais e os direitos fundamentais⁴⁵². Por sua vez, o princípio da proporcionalidade impõe que as medidas adotadas pelo poder público sejam proporcionais aos objetivos a serem alcançados, evitando excessos, arbitrariedades e violações de direitos.

No contexto da gestão pública, a proporcionalidade influencia diretamente na definição das finalidades dos atos administrativos, orientando os gestores públicos na escolha dos meios adequados para atingir os fins pretendidos. Este aspecto foi destacado por Adler e Posner⁴⁵³, ao ressaltarem que a discricionariedade administrativa deve ser exercida com base em razões robustas, considerando não apenas aspectos políticos, mas também jurídicos e fáticos.

Lemos e Xavier⁴⁵⁴ aduzem que a participação popular consiste no corolário do princípio da proporcionalidade, em especial no critério da necessidade, já que uma norma negociada traria menos custos na sua implantação e maior adesão diante da concordância dos autores sociais.

⁴⁵⁰ Grande parte do debate da doutrina nesta seara concerne ao controle da discricionariedade e do controle pelo Poder Judiciário. Sobre o tema: GOMES, M. F. Da aplicação da regra da proporcionalidade no controle da discricionariedade. **Revista do Direito Público**, [S. l.], v. 5, n. 1, p. 139–156, 2010. DOI: 10.5433/1980-511X.2010v5n1p139. DA CUNHA, Alan Vargas; FERREIRA, Marcelo Benetele. O CONTROLE JURISDICIONAL SOBRE O ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO: ANÁLISE DE CASO. **Revista Ibero-Americana de Humanidades, Ciências e Educação**, 2024, 10.3: 1110-1123.

⁴⁵¹ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Editora Malheiros, 2009. p. 168-178.

⁴⁵² SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Editora Malheiros, 2009. p. 168-178.

⁴⁵³ ADLER, Matthew; POSNER, Eric. Rethinking Cost-Benefit Analysis. **Yale Law Journal**, v. 109, p. 165-247, 1999.

⁴⁵⁴ LEMOS, Rafael Diogo D.; DE ALENCAR XAVIER, Yanko Marcus. Participação popular e eficiência nas agências reguladoras: fundamentos, limites e conflitos no âmbito do direito positivo. **Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos**, 2010, 3.01. p. 8.

Odete Medauar corrobora com a compreensão de o interesse público ser formado por meio da participação dos particulares com o fito de reduzir e atenuar a imposição unilateral e autoritária das decisões⁴⁵⁵. Não é demais lembrar que a participação se dá no bojo do processo para a construção do ato administrativo. Bacellar Filho, neste sentido, bem expõe que o interesse público corresponde ao bem comum, mas não na perspectiva de representar a soma de interesse particulares, há um limite negativo ao administrador público que enseja buscar o bem comum de toda a atividade administrativa, conforme o art. 3º, IV, da Constituição Federal.⁴⁵⁶

Um exemplo ilustrativo dessa relação pode ser observado na elaboração de políticas públicas de segurança. Ao definir os objetivos dessas políticas, os gestores devem buscar um equilíbrio entre a eficácia das medidas de combate à criminalidade e o respeito aos direitos individuais dos cidadãos. Dessa forma, as ações governamentais, como o aumento do policiamento em determinadas áreas, devem ser proporcionais à gravidade do problema enfrentado e evitar medidas excessivamente restritivas ou invasivas.

Ao adotar uma abordagem orientada pela proporcionalidade, os gestores públicos podem garantir que suas ações sejam adequadas aos fins pretendidos, sem violar os direitos dos cidadãos e promovendo uma administração mais justa e eficiente. Nesse contexto, a participação popular desempenha um papel fundamental, pois permite que os anseios, necessidades e realidades da população local sejam considerados na definição e implementação das políticas públicas.

Daniel Hachem⁴⁵⁷ bem coloca que o constituinte não assina um “cheque em branco” nas mãos do legislativo (e aqui incluímos aqueles que exercem a função administrativa) na prerrogativa de fixar objetivos políticos classificados como interesses públicos, pois estes devem subordinados a critérios concretos e valores

⁴⁵⁵ MEDAUAR, Odete. **O Direito Administrativo em Evolução**. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 211. p. 216.

⁴⁵⁶ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

⁴⁵⁷ HACHEM, Daniel Wunder. A dupla noção jurídica de interesse público em Direito Administrativo. A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, v. 11, n. 44, p. 59–110, 2011. DOI: 10.21056/aec.v11i44.220. Disponível em: <https://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/220>. p. 74.

constitucionais. Neste sentido, denota que o legislador infraconstitucional estabelece quais os interesses que serão definidos por meio da deliberação pública e que nele poderão definir e apreciar livremente o que importa o interesse público, com a única limitação de não ofender à Constituição Federal. Apesar do pensamento do autor não ser voltado à participação popular no âmbito da construção do ato administrativo, mas na seara da produção legislativa, entende-se que o raciocínio pode ser ampliado para a esfera administrativa, uma vez que em ambas as situações pressupõem-se a proteção do direito à participação em um Estado Democrático de Direito.

Como já abordado, Juarez Freitas⁴⁵⁸ destaca a importância da participação popular como um elemento essencial da democracia participativa, na qual os cidadãos não são apenas espectadores, mas agentes ativos na formulação e implementação das políticas que afetam suas vidas. Nesse sentido, a participação da comunidade local pode fornecer insights valiosos sobre as questões prioritárias e as soluções mais adequadas para os desafios enfrentados em determinada região.

Conforme Saule Jr⁴⁵⁹, o novo modelo de gestão do interesse público coloca o cidadão no papel de colaborador, cogestor, prestador e fiscalização das atividades da Administração Pública. Por isso, Clève⁴⁶⁰ ressalta que a Administração Pública não é mera executora de políticas determinadas pelos representantes do povo, o legislativo por meio de leis, mas assume uma autonomia relativa de modo que não pode restar exterior à influência da participação popular.

No exemplo anterior sobre políticas de segurança, a participação popular poderia ser fundamental para identificar as demandas específicas da comunidade, como áreas com altos índices de criminalidade ou problemas de infraestrutura que impactam na segurança pública. Ao envolver os moradores no processo decisório, os gestores públicos têm a oportunidade de obter informações detalhadas sobre o contexto local, possibilitando a elaboração de medidas mais eficazes e proporcionais às necessidades da população.

⁴⁵⁸ FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 5ª. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2013.p. 369.

⁴⁵⁹ SAULE JR, Nelson. A participação dos cidadãos no controle da administração pública. **Revista Polis**, 1998. p. 9.

⁴⁶⁰ CLÉVE, Clémerson Mérlin. O Cidadão, a Administração Pública e a Nova Constituição. **Revista Informação Legislativa**, Brasília nº27 n. 106 abr./jun. 1990. P. 83.

Dessa forma, a identificação do interesse público e proporcionalidade das decisões públicas são aprimoradas por meio da participação popular, pois a população local possui um conhecimento íntimo das suas próprias necessidades e realidades. Ao integrar as perspectivas da comunidade no processo decisório, os gestores públicos podem garantir que suas ações sejam verdadeiramente proporcionais e adequadas às demandas locais, contribuindo para uma administração mais justa, eficiente e legitimada pelo consentimento dos governados.

Logo, a participação popular não apenas fornece informações valiosas para a formulação de políticas públicas, mas também desempenha um papel crucial na implementação e avaliação dessas políticas. Quando os cidadãos são envolvidos em todas as fases do ciclo de políticas públicas, desde o planejamento até o monitoramento dos resultados, aumenta-se a probabilidade de que as decisões sejam eficazes e proporcionais aos objetivos pretendidos⁴⁶¹. Por exemplo, em programas de desenvolvimento urbano, a participação da comunidade na identificação de prioridades de investimento e na avaliação dos impactos das intervenções pode garantir que os recursos sejam alocados de maneira proporcional e equitativa, atendendo às necessidades das populações mais vulneráveis.

Em última análise, a participação popular e o princípio da proporcionalidade devem ser vistos como complementares, e não como antagônicos, na busca por uma administração pública mais justa e eficiente. Ao integrar as perspectivas da comunidade no processo decisório e garantir que as políticas sejam proporcionais aos objetivos pretendidos, os gestores públicos podem promover uma governança mais democrática, transparente e responsável, que atenda às necessidades e aspirações dos cidadãos.

Também, a integração da participação popular e do princípio da proporcionalidade também pode contribuir para a construção de uma cultura cívica mais robusta e resiliente. Ao envolver os cidadãos no processo de tomada de decisão e promover uma governança transparente e responsável, fortalece-se o senso de

⁴⁶¹ BITENCOURT, Caroline Müller; RECK, Janriê Rodrigues. Formulação e execução de políticas sociais no cenário brasileiro a partir de uma ação comunicativa: Atores sociais. In: BITENCOURT, Caroline Müller; RECK, Janriê Rodrigues. **Abordagens Epistemológicas sobre Democracia, Políticas Públicas e Controle Social**. Santa Cruz do Sul: Essere Nel Mondo, 2018, 64-83. p. 64.

pertencimento e responsabilidade da comunidade em relação aos assuntos públicos. Isso pode levar a um aumento do engajamento cívico, da confiança nas instituições democráticas e da cooperação social, elementos essenciais para o fortalecimento da democracia e da coesão social.

Portanto, participação popular tem relevo no estabelecimento e/ou identificada da finalidade do ato administrativo, especialmente no que se refere ao estabelecimento da ponderação de direitos fundamentais e do princípio da proporcionalidade.

4.1.2.3 Motivo, motivação e fundamentação do ato administrativo

O último pressuposto do ato administrativo a ser versado neste trabalho será a motivação. A escolha da ordem, apesar de parecer um tanto intrigante por desviar usualmente utilizada pela doutrina, é justificada por entender que todos os demais elementos e pressupostos que recebem influxos da participação popular desaguam na motivação do ato administrativo. Neste ponto é que o ato administrativo que não guardar respeito ao conteúdo da deliberação popular realizada é viciado e pode ser invalidado.

Motivo é o pressuposto de fato, conjunto de circunstâncias, acontecimentos e situações que levam a Administração a praticar o ato, e de direito, dispositivo legal em que se baseia o ato, que serve de fundamento ao ato administrativo⁴⁶².

Bandeira de Mello⁴⁶³ se preocupa desde logo diferenciar motivo e motivação do ato administrativo, por entender tratar-se da formalização do ato, uma exposição fundamentada dos motivos: a) a regra do direito habitante; b) os fatos que o agente se fundamentou para decidir e c) a pertinência lógica entre os fatos e o ato.

Carlos Ari Sundfeld⁴⁶⁴ vai além ao sustentar que a motivação não é uma mera exposição de motivos dos fatos que o baseiam, mas uma demonstração ampla de

⁴⁶² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 27ª ed. São Paulo: Malheiros. 2010. p. 400.

⁴⁶³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 27ª ed. São Paulo: Malheiros. 2010. p. 400.

⁴⁶⁴ SUNDFELD, Carlos Ari. Motivação do Ato Administrativo como Garantia dos Administrados. In **Revista de Direito Público**. São Paulo, Jul./Set. 1985, N.º 75, Ano XVIII, pp. 118-27. p. 118.

vários aspectos que influem na sua legalidade. Por isso, sustenta que a expressão motivação não seria a mais adequada e que deveria ser substituída pelos termos fundamentação ou justificação de modo que impediria a confusão entre os motivos do ato e sua exposição. Contudo, assevera que a terminologia já restou consagrada na doutrina, por isso assume ser inútil propor qualquer alteração.

Antes mesmo da promulgação da Constituição Federal de 1988, Sundfeld⁴⁶⁵ já defendia que a motivação do ato administrativo é uma garantia dos administrados. Contudo com a Constituição Federal de 1988, a motivação se consolida como uma exigência de fundamentação constitucional não apenas para o Poder Judiciário⁴⁶⁶, mas também para o Poder Executivo. Apesar de não se configurar expressamente, pode-se dizer que é um princípio implícito⁴⁶⁷. O art. 1º estabelece que o Brasil é um Estado Democrático de Direito, formado pelos princípios fundamentais republicano, democrático e do Estado de Direito, todos fundamentos da exigência de motivação do ato administrativo⁴⁶⁸.

Sundfeld⁴⁶⁹ pauta no Estado de Direito seu argumento de o ato administrativo ser a garantia do cidadão contra a autoridade. Fundamenta seu raciocínio na lição de Ramon Real, ao afirmar que o Estado, criação artificial, detém apenas a competência que as normas lhe atribuem, por isso é natural que se exija das autoridades que demonstrem no caso concreto os requisitos de motivo e finalidade que condicionam a validade do exercício do poder. Desse modo, continua, é direito do administrador ser partícipe da formação da vontade do Estado como cidadão e requerer a justificação legal do exercício da competência. Ao fim, destaca que “o Administrador não gere negócio próprio, mas representa terceiro, o povo, titular permanente do poder, que

⁴⁶⁵ SUNDFELD, Carlos Ari. Motivação do Ato Administrativo como Garantia dos Administrados. In **Revista de Direito Público**. São Paulo, Jul./Set. 1985, N.º 75, Ano XVIII, pp. 118-27. p. 119.

⁴⁶⁶ Para Lúcia Valle Figueiredo: “Aduz-se, como reforço, que a necessidade de motivação é expressa no texto constitucional. É o que se acolhe do art. 93, inciso X, que obriga sejam as decisões administrativas do Judiciário motivadas. Ora, se quando o Judiciário exerce função atípica – a administrativa deve motivar, como conceber esteja o administrador desobrigado da mesma conduta? FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 5º Ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p.51.

⁴⁶⁷ CAVALCANTI, Eugênia Giovanna Simões Inácio. **O dever de motivar os atos administrativos como princípio implícito na Constituição Federal**. 2004. Mestrado (em Direito). Universidade Federal de Pernambuco. 2004. p. 77

⁴⁶⁸ MARTINS, Ricardo Marcondes. **Efeitos dos vícios do ato administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 236.

⁴⁶⁹ SUNDFELD, Carlos Ari. Motivação do Ato Administrativo como Garantia dos Administrados. In **Revista de Direito Público**. São Paulo, Jul./Set. 1985, N.º 75, Ano XVIII, pp. 118-27. p. 119.

dele emane e só em seu nome é exercido (CF, art. 1º, § 1º)⁴⁷⁰, em verdadeira expressão democrática de exercício do poder⁴⁷¹.

O Brasil adota a república como forma de governo a designar uma coletividade política voltado para o povo, “coisa do povo e para o povo”, para se opor a qualquer tirania. Portanto, a república envolve a relação do governo e dos governados, a relembrar que o poder emana do povo e o Estado é uma realidade instrumental⁴⁷² com o fim de concretizar o interesse público e os direitos fundamentais.

Portanto, é célebre a expressão de que o Estado não é um fim em si mesmo e deve responder aos seus governados a quem representa. Como todo representante, deve prestar contas da sua atuação, justificando suas decisões e até mesmo persuadindo o povo da correção⁴⁷³.

Com efeito, as decisões administrativas devem ser plausíveis, previsíveis e racionalmente justificadas. “A exigência de justificativa plausível suplantou a crença no poder por si mesmo”⁴⁷⁴.

Sundfeld e Câmara⁴⁷⁵ extraem que, em especial nos atos administrativos que instituem normas jurídicas regulamentadoras, deva haver uma justificação mais robusta do que a mera indicação da base legal sobre a qual é constituída. De modo que “Administração, ao motivar, deve explicar e expor os motivos que a levaram a decidir daquele modo e não de outro. Deve apontar os estudos de natureza técnica, econômica, científica que tenham servido de base para aquela regulamentação”⁴⁷⁶. A

⁴⁷⁰ SUNDFELD, Carlos Ari. Motivação do Ato Administrativo como Garantia dos Administrados. In **Revista de Direito Público**. São Paulo, Jul./Set. 1985, N.º 75, Ano XVIII, pp. 118-27. p. 119.

⁴⁷¹ Vide teorias democráticas no Capítulo 2.

⁴⁷² Interessante notar: “(...) o Estado é uma realidade instrumental (...). Todos os poderes do Estado, ou melhor, todos os órgãos constitucionais, têm por finalidade buscar a plena satisfação dos direitos fundamentais. Quando o Estado se desvia disso ele está, do ponto de vista político, se deslegitimando, e do ponto de vista jurídico, se desconstitucionalizando”. BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar. 2007. p. 72.

⁴⁷³ MARTINS, Ricardo Marcondes. **Efeitos dos vícios do ato administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 237.

⁴⁷⁴ AARNIO, Aulis. **The Rational as Reasonable – A Treatise on Legal Justification**. Dordrecht: D. Reidel Publishing Company, 1987. p. XV

⁴⁷⁵ SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. O dever de motivação na edição de atos normativos pela Administração Pública. **A&C-Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, 2011, 11.45: 55-74. p. 59.

⁴⁷⁶ SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. O dever de motivação na edição de atos normativos pela Administração Pública. **A&C-Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, 2011, 11.45: 55-74. p. 59.

exigência deriva do princípio do devido processo legal estatuído no art. 5º, incisos LIV e LV, da Constituição Federal de 1988⁴⁷⁷.

José Carlos Vieira de Andrade⁴⁷⁸ também defende uma motivação consistente do ato, tanto em uma dimensão formal como substancial. Explica o autor que o dever de pressuposto formal envolve a apresentação de pressupostos possíveis ou de motivos coerentes e credíveis, já a substancial se pauta na existência de pressupostos reais de motivos corretos que são aptas à apoiarem uma decisão legítima quanto ao mérito.

Inclusive, a doutrina há algum tempo já superou a distinção que fazia em relação aos atos (de competência) vinculada e discricionária. A posição mais conservadora⁴⁷⁹ sustentava que apenas os atos cuja conveniência a oportunidade, entendidos como discricionários, é que deveriam expor seus motivos, enquanto os atos vinculados decorriam do princípio da legalidade e não, por isso, dispensariam a motivação. A doutrina contemporânea converge na necessidade de motivação tanto nas questões de oportunidade como de legalidade, uma vez que mesmo nestas ainda haverá necessidade de escolher a norma aplicável e interpretá-la, o que também importa em escolha discricionária do agente público⁴⁸⁰.

A título ilustrativo, Bacellar Filho⁴⁸¹ no âmbito dos processos administrativos disciplinares sustenta que apesar de não haver determinação legal para a motivação do ato de instauração do processo disciplinar ou sindicância, é necessária a sua motivação como forma de garantia do princípio do contraditório. Para tanto, sustenta a aplicação subsidiária da Lei de Processos Administrativos Federais, Lei nº. 9.784/99, em seu artigo 26, caput e § 1º, uma vez que é direito do acusado ter motivada a pressuposição da existência de uma responsabilidade administrativa apurada.

⁴⁷⁷ Art. 5º (...) LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

⁴⁷⁸ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. **O dever de fundamentação expressa de actos administrativos**. Coimbra: Almedina, 2003. p. 230-232.

⁴⁷⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo Brasileiro**. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

⁴⁸⁰ GUIMARÃES, Daniel Serra Azul. O dever de transparência e motivação da Administração Pública. LIVIANU, Roberto (Coord.). **Justiça, cidadania e democracia**. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisa Social, 2009. p. 101-102.

⁴⁸¹ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo administrativo disciplinar**. 3ª ed. Saraiva Educação SA, 2012. p..253

Relembra-se que a finalidade do ato administrativo é atender e preservar o interesse público e somente se poderá aferir se foi efetivamente alcançado por meio da prévia motivação. A primeira mudança paradigmática sobre a motivação, como bem lembrado por Bacellar Filho, foi a Lei de Processo Administrativo, Lei nº. 9.784/1999, em seu art. 3º confere aos administrados de formular alegações e apresentar documentos antes da decisão, que devem ser objeto de consideração pelo órgão competente. E mais importante, o art. 50 da Lei de Processo Administrativo, Lei nº. 9.784/1999, concretiza legalmente a exigência da motivação do ato na esfera do processo administrativo:

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;

II - imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções;

III - decidam processos administrativos de concurso ou seleção pública;

IV - dispensem ou declarem a inexigibilidade de processo licitatório;

V - decidam recursos administrativos;

VI - decorram de reexame de ofício;

VII - deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais;

VIII - importem anulação, revogação, suspensão ou convalidação de ato administrativo.

De início, já se constata que todo ato administrativo formado com convocação da participação popular certamente negará, limitará ou afetará direitos e interesses, não por outro motivo os cidadãos são convocados a participar e têm interesse em estarem na esfera pública.

Segundo ponto relevante na análise legislativa, refere-se ao parágrafo primeiro no art. 50 que determina uma motivação “explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato”. Portanto, depreende-se que decisões deliberativas ou propostas públicas são parte integrante do ato e devem ser expostas na motivação do ato administrativo.

Agrega à fundamentação legal, a aplicação do art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), com novel redação instituída pela Lei nº 13.655/2018, segundo qual na esfera administrativa não é possível decidir com

fundamento em valor jurídico abstrato sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. O 'interesse público' é um valor jurídico abstrato que não pode ser invocado como argumento desprovido de justificativa e apontamento das consequências da sua aplicação, de forma que nenhuma decisão concreta pode ser extraída desse valor diretamente⁴⁸². O parágrafo único do art. 20 também galga relevância ao determinar que a motivação deverá demonstrar a necessidade e a adequação da medida imposta, inclusive em face das possíveis alternativas. É nesta medida que a participação popular contribui para a aferição do conteúdo do interesse público e deve ser expressamente considerada na motivação em todos os seus pontos.

Com efeito, depreende-se dos princípios fundamentais que o povo deve ter ingerência na coisa pública e participar do que quer que seja no âmbito do Estado. É neste sentido que ganha relevância as teorias democráticas revisitadas no Capítulo 2 da presente tese. Sustenta-se a aplicação da teoria democrática deliberativa e de retorno do constitucionalismo às mãos do povo.

John Rawls delineia que a justificação dos princípios de justiça se dá na esfera pública, não por outro motivo Cohen⁴⁸³ assevera que na democracia deliberativa a sociedade política tem o direito de argumentar apelando para razões situadas na cooperação entre pessoas livres e iguais.

Enquanto Habermas⁴⁸⁴ nos lembra que é a força do melhor argumento que demonstra a melhor racionalidade na escolha política, já que suplanta qualquer argumento individual, e conservar a estabilidade do direito.

Não menos importante, a teoria de Mark Tushnet⁴⁸⁵ que privilegia o diálogo como fundamento para a construção do direito constitucional. Nesse processo dialógico, o povo, seus representantes políticos e as cortes contribuem

⁴⁸² JUSTEN FILHO, M. Art. 20 da LINDB - Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas. **Revista de Direito Administrativo**, [S. l.], p. 13-41, 2018. DOI: 10.12660/rda.v0.2018.77648. p. 23.

⁴⁸³ COHEN, Joshua. For a democratic society. In FREEMAN, Samuel Richard (ed.). **The Cambridge Companion to Rawls**. Cambridge: Cambridge University Press. p. 87.

⁴⁸⁴ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. V. 1, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 115.

⁴⁸⁵ TUSHNET, Mark V. **Popular Constitutionalism as Political Law**. Chicago-Kent Law Review, Chicago, v. 81. p. 999-1000, 2006.

simultaneamente com interpretações constitucionais, gerando um ambiente de interação onde emerge o *corpus juris* constitucional.

Logo, para se aferir se o povo de fato influenciou nas participações oportunizadas pela lei e pelo administrador, deve conter o ato administrativo motivação que responda e considere suas manifestações na esfera pública. E, mais, a Administração Pública não é obrigada apenas a ouvir, mas a efetivamente dialogar, o que fará por meio da motivação⁴⁸⁶.

Sundfeld e Câmara⁴⁸⁷ ressaltam que a Administração Pública edita normas jurídicas na sua função atípica, por isso, comparam o procedimento de confecção de normas administrativas com o processo legislativo, o qual é marcado por fases e requisitos que propiciam à sociedade o conhecimento das discussões, meios de participação e obtenção de informações acerca das decisões legislativas.

Assim como a finalidade, o motivo do ato administrativo deixa de ser uma justificativa exclusivamente técnica para se tornar um diálogo com os debates e deliberações ocorridos no âmbito da participação popular. Por este motivo, Sundfeld e Câmara⁴⁸⁸ ressaltam que as audiências públicas e as consultas públicas realizadas têm a finalidade de influenciar a decisão final da Administração Pública e, o que consideram o mínimo, exigem fundamentação específica sobre a definição tomada quanto à matéria objeto de questionamento ou comentário. A Administração Pública vê impulsionado o seu dever de motivação quando da utilização de instrumentos de participação popular, uma vez que terão que expor as razões pelas quais realizaram cada uma das escolhas finais.

Com efeito, a participação popular e a motivação contam uma estrutura de interdependência que concretiza o Estado Social e Democrático de Direito. A participação popular exige da Administração uma motivação robusta e profunda

⁴⁸⁶ CARDOSO, Gabriela Schardosim. **Motivação e fundamentação dos atos administrativos**. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade Superior do Ministério Público. Porto Alegre. 2019. p. 100.

⁴⁸⁷ SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. O dever de motivação na edição de atos normativos pela Administração Pública. **A&C-Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, 2011, 11.45: 55-74. p. 57.

⁴⁸⁸ SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. O dever de motivação na edição de atos normativos pela Administração Pública. **A&C-Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, 2011, 11.45: 55-74. p. 62.

acerca dos pontos levantados no âmbito do instituto participativo utilizado, o que incrementa o dever de motivação como um todo desta.

No entanto, o descaso com a participação popular tem sido uma realidade recorrente em muitos contextos administrativos. A ausência de mecanismos eficazes para garantir a efetiva influência dos cidadãos na tomada de decisões resulta em uma democracia de fachada, onde a participação se torna apenas um formalismo vazio de significado.

A ausência de vinculação entre deliberação pública e os atos administrativos tem sérias consequências para a legitimidade do Estado e a qualidade da democracia. Os cidadãos se sentem alienados do processo político, perdendo a confiança nas instituições e nos representantes eleitos. A falta de representatividade e responsabilidade democrática mina os fundamentos do Estado de Direito e abre espaço para práticas autoritárias, arbitrárias e de corrupção⁴⁸⁹.

Não são poucos os trabalhos acadêmicos que analisaram a ausência de repercussão da deliberação popular no ato administrativo formado⁴⁹⁰. Em comum, percebeu-se que apesar da população ser convocada a participar, seja por meio de conselhos, audiências públicas ou consultas públicas, o ato final praticado pela Administração Pública não refletiu ou dialogou com as contribuições extraídas da deliberação. Muitas vezes a deliberação ou as razões extraídas da participação da

⁴⁸⁹ MONTEIRO, Rodrigo. **Transparência e participação popular: ferramentas de contenção da corrupção, da ineficiência administrativa e da crise de legitimidade democrática do Estado brasileiro**. Editora Dialética, 2022.

⁴⁹⁰ Neste sentido vide: FERREIRA, Ana Mônica Medeiros. **Direito à cidade e participação popular na política urbana da cidade do Natal-RN: uma crítica sócio-jurídica ao direito urbanístico**. 2019. 263f. Tese (Doutorado em Ciências Sociais) - Centro de Ciências Humanas, Letras e Artes, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2019. SILVA, Gabriel Escouto. **Uma análise sobre a efetividade da participação popular no Direito Administrativo Brasileiro e Português: em defesa de uma Administração Pública Concertada**. 2021. Dissertação (Mestrado) Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Porto, 2021. RODEGHERI, Leticia Bodanese. **Da democracia à ciberdemocracia: condições e (in) efetividade da participação popular na construção colaborativa do marco civil da internet**. 2015. Dissertação (Mestrado). Universidade Federal de Santa Maria, Santa Maria, 2015. AZEVEDO, Nilo Lima de; CAMPOS, Mauro Macedo; LIRA, Rodrigo Anido. Por que os conselhos não funcionam? Entraves federativos para a participação popular no Brasil. **Dilemas: Revista de Estudos de Conflito e Controle Social**. 2020, 13.02: 439-461. BARDDAL, Fabiana Marissa Etzel; TORRES, Ricardo Lobato. Efetividade da participação cidadã nos conselhos municipais de Curitiba. **urbe. Revista Brasileira de Gestão Urbana**, 2020, 12: e20190045.

população sequer fazem parte da motivação do ato. É como se não tivessem acontecido⁴⁹¹.

Portanto, é imprescindível reconhecer a importância da participação popular na formação dos atos administrativos e desenvolver mecanismos eficazes para garantir sua efetiva implementação. A vontade popular deliberada não pode ser ignorada ou subestimada, pois dela depende a legitimidade e a eficácia das decisões administrativas, políticas públicas e da própria democracia.

Em consequente, apesar da inclusão da participação popular nos processos decisórios ser um princípio consagrado na Constituição Federal de 1988 e em diversas legislações infraconstitucionais⁴⁹², sua efetiva implementação tem sido um desafio constante para a administração pública brasileira. Diversos obstáculos e resistências da Administração Pública no diálogo com a população têm dificultado a concretização desse princípio na prática administrativa⁴⁹³.

Neste sentido, necessário analisar as repercussões da inércia da Administração Pública no respeito à *ratio* deliberativa auferida no âmbito da participação da sociedade na construção do ato administrativo.

4.2 PARTICIPAÇÃO POPULAR VINCULANTE

Diversas classificações foram construídas pela doutrina no que se refere à participação popular e, em especial, quanto à força, dimensão ou intensidade desta na esfera pública⁴⁹⁴. Contudo, depreende-se que apesar de apontarem para a vinculação da participação popular, as classificações não se atentaram para a diferenciação entre uma vinculação formal e material. Desta forma, como forma de organizar o raciocínio quanto à vinculatividade da participação cidadã é necessário diferenciar a vinculação formal ou procedimental e a vinculação material ou substancial.

⁴⁹¹ HEY MELO. Juliane Andrea de Mendes. **Democracia deliberativa, Efetividade da participação popular na formulação de políticas públicas em sociedade local**. São Paulo: Editora Uiclap, 2024.

⁴⁹² Vide levantamento efetuado no tópico 3.1.

⁴⁹³ Cf. item 3.3.

⁴⁹⁴ Cf. item 3.2.2.

A vinculação da Administração Pública à participação popular pode ser aferida tanto no aspecto formal procedimental, compreendida como a obrigatoriedade e/ou possibilidade de a Administração Pública cumprir ou implementar mecanismos de participação popular, quanto no aspecto material, que concerne ao conteúdo derivado da manifestação da vontade popular expressada.

Assim, há dois estágios diversos: o primeiro envolve a obrigação de estruturação de processos de formação do ato administrativo com a participação do cidadão (sem se preocupar com as razões nesta manifestadas), enquanto o segundo, mais significativo, requer a efetivação das demandas explicitadas pelo povo no âmbito do ato administrativo.

A discussão mais recorrente na doutrina concerne ao que denominamos de aspecto formal ou procedimental. Os autores divergem quanto à obrigatoriedade da realização da participação e se é possível realizá-la quando não há previsão normativa.

É consenso que, havendo previsão legal para a realização da participação popular, esta deve ser efetivada sob pena de invalidação de todo o procedimento. O tema não suscita maiores discussões em virtude do princípio da legalidade, uma vez que a lei estabelece a participação popular como etapa do processo administrativo, sua não realização resultará na nulidade do procedimento:

No entanto, a participação administrativa não é elemento imprescindível ao processo administrativo normativo, ressalvados os casos expressamente previstos em lei ou nas hipóteses de autovinculação administrativa. Assim, é o exercício da competência normativa que caracteriza um processo administrativo como normativo. Ainda que preferencialmente esse processo deva ser aberto à participação administrativa, a ausência de audiência ou consulta pública não invalida o ato normativo final, desde que a opção por não realizá-las conste na motivação.⁴⁹⁵

A legislação está repleta de mecanismos participativos que são obrigatórios formalmente, desde a revogada Lei de Licitação, Lei nº. 8.666/93, em seu artigo 39⁴⁹⁶

⁴⁹⁵ PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Atividade normativa da administração pública: estudo do processo administrativo normativo**. 2014. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de São Paulo. 2014. p. 293

⁴⁹⁶ Art. 39. Sempre que o valor estimado para uma licitação ou para um conjunto de licitações simultâneas ou sucessivas for superior a 100 (cem) vezes o limite previsto no art. 23, inciso I, alínea "c" desta Lei, o processo licitatório será iniciado, obrigatoriamente, com uma audiência pública

que previa a realização de audiências públicas nas licitações com valor estimado ou para um conjunto de licitações simultâneas ou sucessivas superior de 100 (cem) reais, até a Lei Geral das Agência Reguladoras, Lei nº. 13.848, de 25 de junho de 2019, em seu art. 13 avança ao estabelecer a obrigatoriedade de realização de consultas públicas⁴⁹⁷.

Maior discussão resulta na possibilidade de a Administração poder realizar ou não a abertura à esfera participativa na ausência de lei. Segundo Gordilho⁴⁹⁸, a administração pública deve realizar audiências públicas não apenas nos casos exigidos por lei ou regulamento, mas também em situações em que os efeitos da decisão vão além do caso particular e onde é necessário garantir o direito de defesa dos usuários e afetados. Defende que é crucial melhorar a eficácia e a legitimidade jurídica e política das decisões administrativas. Continua o autor, além dos casos obrigatórios por norma específica, a administração também deve realizar audiências públicas em outras situações que demandem oportunidade de defesa aos afetados pelo ato ou projeto.

Desta forma, a administração deve promover o maior número possível de audiências públicas para fundamentar melhor suas decisões, buscar e obter consenso da opinião pública, legitimar suas ações perante a sociedade e consolidar sua imagem pública no cumprimento de suas funções. Conclui, Gordilho⁴⁹⁹, que o não cumprimento ou o cumprimento inadequado da exigência de audiência pública resulta em nulidade absoluta e insanável do ato administrativo.

concedida pela autoridade responsável com antecedência mínima de 15 (quinze) dias úteis da data prevista para a publicação do edital, e divulgada, com a antecedência mínima de 10 (dez) dias úteis de sua realização, pelos mesmos meios previstos para a publicidade da licitação, à qual terão acesso e direito a todas as informações pertinentes e a se manifestar todos os interessados.

⁴⁹⁷ Art. 13. A agência reguladora deverá decidir as matérias submetidas a sua apreciação nos prazos fixados na legislação e, em caso de omissão, nos prazos estabelecidos em seu regimento interno.

⁴⁹⁸ GORDILLO, Agustín. **Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas**, Buenos Aires, F.D.A., 2014. p. 458.

⁴⁹⁹ GORDILLO, Agustín. **Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas**, Buenos Aires, F.D.A., 2014. p. 458.

A Lei Federal de Processo Administrativo, Lei nº. 9.784/99, nos artigos 32⁵⁰⁰, 33⁵⁰¹ e 34⁵⁰², previu o que Palma denominou de “permissivo genérico”⁵⁰³, que permitiu a adoção discricionária de instrumentos de participação popular pelo agente público no âmbito dos processos administrativos. Portanto, aparentemente, a discussão sobre a possibilidade de convocar os particulares para se manifestarem no âmbito dos processos administrativos parece ser superada no Brasil.

Por outro lado, o artigo 29 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), incluído pela Lei nº. 13.655, de 25 de abril de 2018, gera ainda debate na doutrina ao instituir o regime geral da consulta pública para a edição de atos normativos por autoridade administrativa. A doutrina diverge se a previsão legal é uma faculdade ou vinculativa ao agente público. Diante do extenso debate sobre o tema e importância para a construção do presente trabalho, será melhor aprofundado à frente com a apresentação da discussão doutrinária pertinente⁵⁰⁴.

Analisada, ainda que brevemente, a vinculação formal, de especial interesse é a vinculação material ou substancial. Convém relembrar⁵⁰⁵ a sistematização formulada por Marcos Augusto Perez⁵⁰⁶ ao analisar diversas classificações estrangeiras e nacionais formula uma proposta conforme o grau da força vinculante ou do que chama de grau dos poderes atribuídos diretamente aos administrados. O autor propôs que a participação popular pode ser:

(a) instituto de participação vinculante, ou de gestão participativa, ou de vinculação decisional, decorrentes da estruturação de processos de formação do ato

⁵⁰⁰ “Art. 32. Antes da tomada de decisão, a juízo da autoridade, diante da relevância da questão, poderá ser realizada audiência pública para debates sobre a matéria do processo.”

⁵⁰¹ “Art. 33. Os órgãos e entidades administrativas, em matéria relevante, poderão estabelecer outros meios de participação de administrados, diretamente ou por meio de organizações e associações legalmente reconhecidas.”

⁵⁰² “Art. 34. Os resultados da consulta e audiência pública e de outros meios de participação de administrados deverão ser apresentados com a indicação do procedimento adotado.”

⁵⁰³ PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Atividade normativa da administração pública: estudo do processo administrativo normativo**. 2014. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de São Paulo. 2014. p. 293

⁵⁰⁴ Cf. item 4.2.1

⁵⁰⁵ Cf. item 3.2.2

⁵⁰⁶ PEREZ, Marcos Augusto. **A administração pública democrática: institutos de participação popular na administração pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 132.

administrativo com a participação do cidadão, que compartilha dos poderes constitucionais atribuídos à Administração Pública⁵⁰⁷.

(b) institutos de participação não vinculante, ou institutos de técnica consultiva, ou de simples influência, que decorrem do direito de informação⁵⁰⁸ e do direito de petição do administrado⁵⁰⁹; e

(c) institutos de participação autônoma e vinculante.

Como exemplos de instrumentos vinculativos, Perez⁵¹⁰ aponta os conselhos deliberativos, o referendo e o plebiscito administrativo e a eleição para funções de chefia ou direção.

Como exemplos de instrumentos participativos não vinculantes, Perez⁵¹¹ aponta as audiências públicas, consultas públicas, orçamento participativo, participação em conselhos e comitês consultivos, acesso às ouvidorias e defensorias.

Como contraponto, Silva⁵¹² rejeita a possibilidade de haver participação popular vinculante no aspecto material, pois assevera que eventual legislação que estabeleça uma vinculação dos resultados da participação popular ao administrador público seria inconstitucional por retirar desse a possibilidade de decidir ao transferir a terceiros. Também aponta afronta à tripartição de poderes, o que inclusive poderia levar à possibilidade de o Poder Judiciário substituir o Poder Administrativo no que concerne à conveniência e oportunidade. Por isso, para a autora, o principal efeito da realização de audiências públicas seria a redução da imperatividade das decisões administrativas, de modo a estabelecer uma relação de consensualidade.

⁵⁰⁷ PEREZ, Marcos Augusto. **A administração pública democrática: institutos de participação popular na administração pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 139.

⁵⁰⁸ Previsto no art. 5º, inciso XXXIII, da Constituição Federal: “XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado;”

⁵⁰⁹ Previsto no art. 5º, inciso XXXIV, alínea ‘a’ da Constituição Federal: “XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder;”

⁵¹⁰ PEREZ, Marcos Augusto. **A administração pública democrática: institutos de participação popular na administração pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 141

⁵¹¹ PEREZ, Marcos Augusto. **A administração pública democrática: institutos de participação popular na administração pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 168.

⁵¹² SILVA, Alessandra Obara Soares da. **Participação popular na administração pública: as audiências públicas**. 2009. 157 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009. p. 147.

Alguns apontamentos devem ser realizados à crítica trazida por Silva⁵¹³, inicialmente há que se estabelecer que, proporcionalmente, poucas são as leis que estabelecem a obrigatoriedade da realização das audiências públicas. Em grande parte, é uma decisão do próprio legislador estabelecer um diálogo deliberado com a população. De toda sorte, em ambas as situações não se pode olvidar que o Estado não é o fim em si mesmo, bem como o administrador é o representante da população. No momento em que a legislação ou o próprio administrador decide convocar a população para discutir o mérito do ato administrativo, propicia a atuação direta da população na construção do Estado que deseja para si. Logo, não há que se falar em prerrogativa única e exclusiva do administrador que seria invadida pela população, pois trata-se de retorno ao indivíduo da sua legítima titularidade genuína de cidadão partícipe e construtor do Estado. Portanto, não cabe falar em retirada de prerrogativa constitucional do administrador, mas em exercício direto do poder pelo cidadão também garantido pela Constituição Federal.

É neste sentido que a analogia realizada por Silva de abertura de controle de atos discricionários pelo Poder Judiciário perde sentido. O povo não é um dos Poderes, é o titular da soberania política. Assim, de fato, caso o Poder Judiciário venha se imiscuir no mérito do ato administrativo discricionário haverá afronta à repartição de poderes⁵¹⁴. Contudo, se a legislação em respeito ao parágrafo único do art. 1º resolve devolver ao povo a possibilidade de exercitar o poder, não há que se falar em afronta à competência.

Também reforça a crítica à Silva, a posição de Molitor⁵¹⁵ de que a participação popular possibilita afastar o peso da burocracia do Poder Público em encontrar as suas bases e jamais coloca em risco sistemas representativos. Portanto, impedir o cidadão de influir direta e decisivamente das escolhas públicas é que seria

⁵¹³ SILVA, Alessandra Obara Soares da. **Participação popular na administração pública: as audiências públicas**. 2009. 157 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009. p. 147.

⁵¹⁴ Até mesmo neste ponto há vozes consideráveis que apontam para uma visão mitigada da discricionariedade, em que “todos os atos administrativos, ao menos negativa e mediatamente, serão controláveis, e os vícios de omissão serão escrutinados sem condescendência, notadamente no tocante à finalidade, à motivação e ao objeto”. FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 5ª. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2013. p. 365.

⁵¹⁵ MOLITOR, André. Prefácio. In: DELPEREE, Francis (Org.). **Citoyen et administration**. Bruxelas: Bruylant, 1985. p. 17.

inconstitucional frente à afronta ao parágrafo único do artigo 1º da Constituição Federal. Importaria em um retorno ao Estado Liberal que prega a participação política do cidadão tão somente por meio do voto, atingindo o núcleo essencial do direito fundamental à participação cidadã⁵¹⁶.

Outrossim, o propósito, a teor do que nos lembra Bittencourt⁵¹⁷, é realizar a democracia no Brasil por meio de esfera deliberativa de forma espontânea, livre e igualitária, sem se preocupar tão somente com os meios formais de realização. De sorte que não se defende apenas uma democracia participativa⁵¹⁸, mas exige-se que haja efetiva deliberação na esfera pública em valorização aos anseios populares.

Já Eduardo Bim⁵¹⁹ assume a possibilidade de a participação popular ser vinculante ou meramente opinativa ou consultiva, contudo, propõe que apenas poderá ser vinculativa quando puder ser mobilizado todo o eleitorado por meio de votos ou quando integrar órgãos deliberativos.

Tal argumento é desconstruído por Figueiredo⁵²⁰ ao considerar que, no caso das audiências públicas, não é uma mera formalidade legal sem relevância, especialmente considerando a importância da participação popular na Constituição Federal de 1988. Para a autora, a audiência pública, uma vez documentada, constitui um fato administrativo e jurídico, visto que é jurisdicionalizada e essencial para a validade do procedimento previsto em lei. Portanto, não é suficiente a simples

⁵¹⁶ SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **A Participação Popular na Administração Pública: O direito de reclamação**. São Paulo: Renovar, 2002. p. 34.

⁵¹⁷ BITENCOURT, Caroline Müller; PASE, Eduarda Simonetti. A necessária relação entre democracia e controle social: discutindo os possíveis reflexos de uma democracia “não amadurecida” na efetivação do controle social da administração pública. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 2, n. 1, p. 293-311, jan./abr. 2015. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v2i1.43663> p. 301.

⁵¹⁸ BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa** (por um Direito Constitucional de luta Resistencia Por uma nova hermenêutica Por uma repolitização da legitimidade). 3º ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

⁵¹⁹ BIM, Eduardo Fortunato. A autocontenção judicial no direito administrativo participativo: o caso das audiências públicas ambientais. **Revista Digital de Direito Administrativo**, [S. l.], v. 2, n. 1, p. 37–70, 2014. DOI: 10.11606/issn.2319-0558.v2i1p37-70. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/85642>. p. 39.

⁵²⁰ Cf. “Obviamente a audiência pública não é para que a Administração apresente categoricamente sua escolha, efetuada anteriormente e, cumpra, apenas e tão-somente, etapa formal. Sua finalidade precípua é a ampla discussão, a ampla transparência, para que sejam exibidos os fundamentos necessários para o modelo escolhido e para que se ouça, se questione a possibilidade da proposição de outras formas. Enfim, faz-se necessária intercomunicação. Não se trata de um monólogo, mas, sim, de diálogo entre as autoridades e os cidadãos.” FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Instrumentos da administração consensual. A audiência pública e sua finalidade. **Revista de Direito Administrativo**, v. 230, p. 237-250, 2002. p. 241

realização de uma audiência pública para cumprir o requisito de validade; é necessário que haja um diálogo efetivo entre o poder público e a população.

No âmbito do direito espanhol, Morón em primeiro momento entende pela possibilidade de vinculação diante da obrigatoriedade de atuar conforme o princípio da participação:

En cuanto que principio programático, prevé la concreción práctica de su contenido a través de una normativa secundaria que, en este caso, implica una reforma institucional. Su carácter programático significa, en abstracto, la obligación de actuar el principio. El problema consiste en instrumentar las técnicas jurídicas adecuadas para garantizar dicha obligación. Antes de nada debe tenerse en cuenta que el destinatario de la norma es cada uno de los órganos o sujetos o poderes públicos con facultad de decisión, en el ámbito de sus respectivas competencias. El primer obligado es el legislador, habida cuenta del carácter de subordinación de las demás autoridades y agentes jurídicos frente a la ley. Pero no sólo él, puesto que otras autoridades están dotadas de un margen de libertad decisoria o de discrecionalidad. Es decir, el principio de participación vincula a los representantes locales, al administrador y al juez en aquello que de acuerdo con la ley o, en su caso, sin infringir ésta pueden decidir. Objetivamente el precepto despliega su eficacia sobre todo en materia de organización (o de reorganización) de las estructuras públicas y con relación a las normas sobre funcionamiento de las mismas.⁵²¹

Contudo, em outro trabalho, Morón⁵²² assevera que quem faz a consulta não está obrigado a respeitar ou executar a opinião da maioria. A participação não leva a uma substituição dos representantes eleitos pelos que participam do procedimento de escolha, frisa que a decisão final continua a ser dos representantes políticos.

Com a devida vênia, não se concorda com a conclusão do autor neste último, eis que seu argumento parte em igual medida da do argumento aqui defendido para

⁵²¹ Tradução livre: “Como princípio programático, prevê a implementação prática do seu conteúdo através de regulamentos secundários que, neste caso, implica uma reforma institucional. A sua natureza programática significa, em abstrato, a obrigação de agir com base no princípio. O problema consiste em implementar as técnicas jurídicas adequadas para garantir a referida obrigação. Em primeiro lugar, há que ter em conta que o destinatário da norma é cada um dos órgãos ou súditos ou poderes públicos com poder de decisão, no âmbito das respetivas competências. A primeira obrigação é do legislador, tendo em conta a natureza da subordinação de outras autoridades e agentes legais ao lei. Mas não só ele, já que outras autoridades estão equipadas com uma margem de liberdade ou discricção de tomada de decisão. Ou seja, o princípio da participação vincula os representantes locais, o administrador e o juiz naquilo que, nos termos da lei ou, se for o caso, sem violar isso, eles podem decidir. Objetivamente, o preceito mostra sua eficácia especialmente em termos de organização (ou reorganização) das estruturas públicas e em relação às regras sobre o seu funcionamento.” MORÓN, Miguel Sánchez. El principio de participación en la Constitución española. **Revista de administración pública**, 1979, 89: 171-206.

⁵²² MORÓN, Miguel Sánchez. ELEMENTOS DE LA PARTICIPACION CIUDADANA. **Revista de estudios de la administración local y autonómica**, 1984, 37-46.

alcançar solução oposta. Morón parte do pressuposto que a decisão administrativa sempre será tomada por aqueles que foram eleitos democraticamente, contudo é uma premissa que não pode ser igualmente transplantada para o direito brasileiro. Como analisado no item dos elementos e pressupostos do ato administrativo (Capítulo 4.1.2.1), o sujeito é aquele que detém a competência para a formação do ato. O sujeito normalmente é um agente estatal que não goza de legitimação representativa, é um agente público concursado ou até mesmo nomeado em cargos de comissão e confiança. Logo, por não deter legitimação democrática, não poderia a vontade desses agentes públicos se sobrepor à vontade expressada pelo povo. Outrossim, mesmo quando a decisão for tomada por um legítimo representante do povo, este não detém toda a onisciência sobre a vontade do povo, justamente por isso concede a abertura democrática. Ao fazer isso, submete-se a *ratio* deliberativa emanada.

Outrossim, há que se ressaltar ainda a previsão do parágrafo único do art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), com novel redação instituída pela Lei nº 13.655/2018, que determina a demonstração da necessidade e adequação das medidas impostas nas esferas administrativas, inclusive em face de possíveis alternativas. Logo, é dever do administrador público enfrentar todas as alternativas possíveis que foram formuladas no bojo do processo administrativo para a construção do ato administrativo, incluídas as manifestações dos cidadãos na esfera participativa.

Conforme pode-se observar, a doutrina também diverge sobre a vinculação do ato administrativo ao aspecto material ou substancial da participação popular.

Assim, serão analisados a seguir com maior profundidade a vinculação formal das consultas públicas e, ao final, será proposta uma nova metodologia no procedimento de construção do ato administrativo permeado pela participação popular, seja ela autoconvocada ou determinada pela legislação.

4.2.1 Vinculação formal: consultas públicas

O artigo 29 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), incluído pela Lei nº. 13.655, de 25 de abril de 2018, trata do regime geral da consulta

pública para a edição de atos normativos por autoridade administrativa. Nos termos da legislação, a consulta pública poderá ser precedida de consulta pública para manifestação de interessados, preferencialmente por meio eletrônico, a qual será considerada na decisão.

A inclusão teve como finalidade a transparência e previsibilidade da atividade normativa estatal⁵²³, uma vez que o § 1º do referido artigo determina que a convocação será instruída com a minuta do ato normativo, prazo e demais condições da consulta pública.

Há divergências na doutrina sobre se desempenhar consulta pública é um dever ou uma possibilidade para a autoridade administrativa. Alguns autores defendem que se trata de um dever⁵²⁴, fundamentado no princípio do devido processo legal, que implica na participação dos administrados na formação das normas que os afetam. Outros autores sustentam que se trata de uma possibilidade, que depende do juízo de conveniência e oportunidade da autoridade, que deve avaliar a necessidade e a viabilidade da consulta pública em cada caso concreto⁵²⁵.

As consultas públicas começam a ganhar relevância com a sua previsão na Lei Federal n.º 9.784/99, que regulamenta o processo administrativo no âmbito federal, e, dez anos depois, com a previsão da obrigatoriedade de realização no âmbito das agências reguladoras, conforme Lei n.º. 13.848/2019 em seu artigo 9º⁵²⁶.

⁵²³ QUEIROZ DOS SANTOS, W.; PAIVA PIRES MOREIRA MAIA, G.. Segurança jurídica, transformações no direito administrativo e deveres da administração pública implementados pela Lei n.º 13.655/2018. **Revista de Direito Administrativo**, [S. l.], v. 280, n. 3, p. 93–120, 2021. DOI: 10.12660/rda.v280.2021.85149.

⁵²⁴ MONTEIRO, Vera. Art. 29 da LINDB-Regime jurídico da consulta pública. **RDA: Revista de Direito Administrativo**, n. Especial, p. 225, 2018.

⁵²⁵ SANTOS, Mateus Levi Fontes. **Entre a cruz e a espada: do excessivo controle judicial da administração pública à deferência judicial redimida**. 2022. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal de Sergipe. p.106

⁵²⁶ Art. 9º Serão objeto de consulta pública, previamente à tomada de decisão pelo conselho diretor ou pela diretoria colegiada, as minutas e as propostas de alteração de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, consumidores ou usuários dos serviços prestados.

§ 1º 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, sobre proposta de norma regulatória aplicável ao setor de atuação da agência reguladora. § 2º Ressalvada a exigência de prazo diferente em legislação específica, acordo ou tratado internacional, o período de consulta pública terá início após a publicação do respectivo despacho ou aviso de abertura no Diário Oficial da União e no sítio da agência na internet, e terá duração mínima de 45 (quarenta e cinco) dias, ressalvado caso excepcional de urgência e relevância, devidamente motivado.

Essas agências, semelhantes a autarquias, possuem processos próprios definidos em lei para regular setores específicos.

Conforme Monteiro⁵²⁷, consulta pública é uma ferramenta pela qual a autoridade administrativa pode utilizar quando um tema em discussão afeta um grande número de pessoas na sociedade. Isso permite que outras partes interessadas tenham a oportunidade de se manifestar. Em certos procedimentos administrativos, em que as partes envolvidas podem ser diretamente impactadas, é fundamental abrir espaço para que outras vozes também sejam ouvidas. É essencial ressaltar que a consulta pública não se limita a processos administrativos específicos, podendo ocorrer em diversos contextos. Ela proporciona à administração pública uma visão mais ampla sobre determinadas questões, o que possibilita uma tomada de decisão mais informada e inclusiva.

A consulta pública é uma forma de buscar informações contando com a participação da população para Marrara⁵²⁸. No entanto, o autor aponta que é diferente de outras técnicas semelhantes, como a audiência pública. Enquanto as audiências são mais dinâmicas e acontecem em sessões específicas e variadas, as consultas são mais formais e escritas. Em mm mesmo processo pode ter uma ou várias audiências, já as consultas usualmente são únicas em cada processo.

§ 3º A agência reguladora 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.

§ 4º As críticas e as sugestões encaminhadas pelos interessados deverão ser disponibilizadas na sede da agência e no respectivo sítio na internet em até 10 (dez) dias úteis após o término do prazo da consulta pública.

§ 5º O posicionamento da agência reguladora sobre as críticas ou as contribuições apresentadas no processo de consulta pública deverá ser disponibilizado na sede da agência e no respectivo sítio na internet em até 30 (trinta) dias úteis após a reunião do conselho diretor ou da diretoria colegiada para deliberação final sobre a matéria.

§ 6º A agência reguladora deverá estabelecer, em regimento interno, os procedimentos a serem observados nas consultas públicas.

§ 7º Compete ao órgão responsável no Ministério da Economia opinar, quando considerar pertinente, sobre os impactos regulatórios de minutas e propostas de alteração de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, consumidores ou usuários dos serviços prestados submetidas a consulta pública pela agência reguladora.

⁵²⁷ MONTEIRO, Vera. Art. 29 da LINDB-Regime jurídico da consulta pública. **RDA: Revista de Direito Administrativo**, n. Especial, p. 225, 2018.

⁵²⁸ MARRARA, Thiago. Consultas públicas: o que mudou com a LINDB?. **Revista Digital de Direito Administrativo**, v. 11, n. 1, p. 44-59, 2024.p. 47.

As consultas públicas começam com a divulgação de informações preparadas pela Administração Pública e depois as pessoas têm um tempo para enviar suas opiniões por escrito. Isso faz com que o processo seja mais lento e longo, mas é adequado para coletar opiniões cuidadosas da população sobre assuntos complexos, como novas leis ou regulamentos.

Na esfera federal, a Lei de Processo Administrativo Federal (Lei n. 9.784/1999), que serviu como modelo para estados e municípios sem legislação própria sobre o assunto, incorporou completamente a mesma abordagem legislativa adotada em São Paulo. Em resumo, estabeleceu a consulta pública como uma opção disponível para a autoridade administrativa coletar opiniões de terceiros sobre questões de interesse geral⁵²⁹.

Assim, há duas décadas, a consulta pública se tornou um meio de participação popular previsto na legislação brasileira para auxiliar em atividades públicas diversas, com possibilidade para melhorar a qualidade das decisões da autoridade administrativa. Rosolea Miranda Folgosi⁵³⁰ analisou a consulta pública nos primeiros anos das agências reguladoras federais e enfatizou que a comunicação facilitada por ela deve começar com a divulgação ampla dos elementos considerados na elaboração do ato estatal. Documentos como minutas do ato, planilhas, explicações técnicas, dados numéricos, esclarecimentos e pareceres de especialistas devem ser transparentes. Se a Administração Pública já tiver preferências, deve explicar suas razões, permitindo que sua tomada de decisão seja avaliada com transparência.

Também há a questão do dever de motivação do ato normativo. Conforme Monteiro⁵³¹, é considerado um direito derivado do devido processo legal que os interessados tenham acesso às razões por trás dos atos administrativos normativos produzidos.

⁵²⁹ 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;

⁵³⁰ FOLGOSI, Rosolea Miranda. A participação social na regulação: as e consultas públicas: vinculação. **Revista do Direito da Energia**, são paulo, v. j. 1, p. 28

⁵³¹ MONTEIRO, Vera. Art. 29 da LINDB-Regime jurídico da consulta pública. **RDA: Revista de Direito Administrativo**, n. Especial, p. 225, 2018.

Para garantir a conformidade com o devido processo legal durante a elaboração de um ato administrativo normativo, é essencial que as decisões baseadas em estudos técnicos, econômicos ou normas constitucionais sejam devidamente justificadas. A administração deve detalhar os estudos utilizados para fundamentar sua decisão e também explicar os motivos por trás de suas escolhas, oferecendo justificativas claras e fundamentadas.

O cumprimento legítimo do dever de justificar atos administrativos normativos requer que a Administração forneça acesso a todos os elementos que embasaram sua decisão regulatória. Assim, disponibilizar todos os elementos que sustentam o esboço de um ato normativo é uma condição fundamental para garantir o direito de defesa dos interesses afetados por ele.

Embora a Constituição tenha se concentrado principalmente no detalhamento do processo legislativo, ela estabeleceu a aplicação do devido processo legal também no âmbito administrativo. Decorrentes do devido processo legal na esfera administrativa, estão as garantias do contraditório e da ampla defesa, que permitem aos interessados conhecerem a fundamentação dos atos normativos produzidos pela Administração.

Além disso, o artigo 20 da LINDB reforça, primeiro, que é um dever motivar as decisões administrativas com base nos dados do processo (a publicação de um ato normativo é uma decisão) e, em segundo lugar, que são inadmissíveis motivações vazias, apenas retóricas ou principiológicas⁵³². Assim, a lei ressalta a importância de uma instrução adequada do processo. Portanto, a LINDB como um todo enfatiza a necessidade de justificação sólida e substancial nas decisões administrativas.

Há que se realizar uma interpretação sistemática da LINDB, com o cotejo do art. 20 e do artigo 29. Melhor explica-se. Enquanto o art. 20 determina que na esfera administrativa não se decide com base em valores jurídicos abstratos e que a motivação deve demonstrar a necessidade e adequação da medida imposta inclusive em face de possíveis alternativas, o artigo 29 determina a realização de consultas públicas que deverão ser consideradas na decisão. Logo, a par da discussão da

⁵³² MONTEIRO, Vera. Art. 29 da LINDB-Regime jurídico da consulta pública. **RDA: Revista de Direito Administrativo**, n. Especial, p. 225, 2018.

obrigatoriedade ou não da realização da consulta pública para edição de atos normativos, é certo que uma vez realizada deverá ser considerada na decisão no âmbito da motivação⁵³³.

De igual opinião, Sundfeld e Câmara⁵³⁴ que, antes mesmo da alteração da LINDB, estatuíam que o dever de motivação, principalmente na expedição de atos normativos pela Administração Pública demandam o dever de motivação, em respeito aos princípios do devido processo legal.

Nesta medida, Monteiro⁵³⁵ e Sundfeld e Câmara⁵³⁶ convergem em considerarem a realização de consulta pública é um dever, uma vez que é o método pelo qual se concretiza a verdadeira motivação dos atos normativos da Administração.

A consulta pública é um instrumento essencial para ouvir e dialogar no contexto administrativo. O cumprimento do dever de justificar os atos normativos surge do diálogo facilitado pela consulta pública. A Administração Pública tem a obrigação de realizar essa consulta antes de publicar atos normativos administrativos. Sem isso, a justificação do ato administrativo fica comprometida. É necessário garantir que todos os elementos que fundamentam a minuta do ato normativo estejam acessíveis, para garantir o direito de defesa dos interessados.

O principal objetivo da consulta pública é garantir que o processo administrativo tenha todas as informações necessárias para uma decisão adequada. Embora seja uma maneira importante de envolver o público, sua finalidade principal é permitir que o governo colete informações para tomar melhores decisões.

Segundo Marrara⁵³⁷, isso implica em três diferentes âmbitos. Primeiro, significa basear a decisão em um conjunto mais amplo e detalhado de informações e

⁵³³ No próximo item 4.2.2, será discutida a amplitude ou grau de vinculação dessa 'consideração' a ser efetuada pelo administrador público a sustentar uma mudança de metodologia que leva à vinculação das proposições.

⁵³⁴ SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. O dever de motivação na edição de atos normativos pela Administração Pública. **A&C-Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, 2011, 11.45: 55-74. p. 59.

⁵³⁵ MONTEIRO, Vera. Art. 29 da LINDB-Regime jurídico da consulta pública. **RDA: Revista de Direito Administrativo**, n. Especial, p. 225, 2018.

⁵³⁶ Os autores expandem seus argumentos também para as audiências públicas, com fundamento no art. 3º da Lei nº. 9.784/99. SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. O dever de motivação na edição de atos normativos pela Administração Pública. **A&C-Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, 2011, 11.45: 55-74. p. 63.

⁵³⁷ MARRARA, Thiago. Consultas Públicas, o que mudou na LINDB? **Direito Administrativo do pós Crise**. Curitiba: Íthala, 2021.p.444.

evidências. Ao obter informações com o apoio da participação pública, o governo pode entender melhor todos os interesses envolvidos e fazer uma decisão que leve em conta todos esses interesses, além de respeitar os princípios fundamentais e os direitos básicos.

Segundo, significa tomar decisões de forma colaborativa e transparente, dando à sociedade a oportunidade de ajudar na construção da decisão pública. Quando as pessoas se sentem envolvidas no processo decisório, é provável que entendam e aceitem a decisão, o que reduzirá os desafios administrativos e legais, garantindo uma implementação mais estável e eficaz.⁵³⁸

Terceiro, significa que as pessoas têm acesso ao processo decisório e aos debates que ocorrem, o que ajuda a ajustar suas expectativas em relação à decisão. Isso permite que as pessoas se preparem para a implementação da decisão e evitem surpresas desagradáveis. A consulta pública, juntamente com outros mecanismos de participação e divulgação de informações, promove a previsibilidade e garante a segurança jurídica.⁵³⁹

Monteiro⁵⁴⁰ traz um exemplo de uma Administração Municipal que deseje regulamentar o transporte individual privado remunerado por meio de aplicativos. Caso decida emitir um decreto sem consultar previamente os interessados, a decisão seria invalidada por não respeitar o devido processo legal. Por isso, é essencial que os interessados tenham a oportunidade de se manifestar sobre o conteúdo da minuta da norma antes da sua publicação.

A administração Pública não pode divulgar ato administrativo normativo sem uma motivação, portanto, a consulta pública valida o ato administrativo normativo. A ausência de uma motivação implica em omissão, inclusive com o atendimento do parágrafo único do art. 20 que explicita a obrigatoriedade de abarcar todos as possibilidades levantadas no âmbito do processo administrativo, inclusive as

⁵³⁸ MARRARA, Thiago. Consultas Públicas, o que mudou na LINDB? **Direito Administrativo do pós Crise**. Curitiba: Íthala, 2021.p.444.

⁵³⁹ MARRARA, Thiago. Consultas Públicas, o que mudou na LINDB? **Direito Administrativo do pós Crise**. Curitiba: Íthala, 2021.p.444.

⁵⁴⁰ MONTEIRO, Vera. Art. 29 da LINDB-Regime jurídico da consulta pública. **RDA: Revista de Direito Administrativo**, n. Especial, p. 225, 2018.

realizadas no âmbito da consulta pública, bem como a necessidade e adequação da medida imposta.

Monteiro⁵⁴¹ defende que a consulta pública é essencial para validar o ato administrativo normativo. Quando a consulta pública é omitida ou realizada de maneira superficial, e conseqüentemente a Administração Pública falha em considerar as opiniões dos interessados, compromete-se a legitimidade do ato. Isso significa que a ausência ou insuficiência desta pode afetar a validade do ato normativo.

A consulta pública é uma etapa fundamental para garantir a legitimidade dos atos administrativos normativos. Essa etapa é especialmente relevante para os atos de caráter geral e abstrato, como regulamentos, resoluções, circulares, portarias e outras normas que afetam os direitos dos cidadãos.

O propósito da consulta pública é assegurar que a tomada de decisão seja transparente e envolva a participação dos interessados. Trata-se de um processo no qual a Administração Pública busca receber contribuições e feedback da sociedade antes de finalizar o ato normativo.

Consulta é uma palavra que vem do latim *consultare* e significa receber conselhos. Atualmente, ainda tem esse significado, indicando buscar orientação, opinião ou análise sobre algo. É uma forma de coletar informações para esclarecer aspectos ou detalhes sobre um assunto específico, ajudando a guiar uma ação ou decisão.

Na Administração Pública, as consultas têm diversos propósitos. Um administrador público pode solicitar pareceres de especialistas, como advogados, para orientar suas ações. Isso era comum em regimes autoritários, onde os governantes precisavam de conselhos para tomar decisões. Com a chegada das democracias, esses conselheiros deram lugar a órgãos consultivos, como comissões e grupos de trabalho.

Além disso, com o fortalecimento dos órgãos de controle e a consagração do Estado de Direito, os administradores públicos passaram a consultar esses órgãos para garantir a legalidade de suas decisões de gestão.

⁵⁴¹ 198 MONTEIRO, Vera. Art. 29 da LINDB-Regime jurídico da consulta pública. **RDA: Revista de Direito Administrativo**, n. Especial, p. 225, 2018.

Atualmente, no contexto democrático e de legalidade, o princípio da eficiência ganhou destaque, incentivando a cooperação e a coordenação entre diferentes autoridades e órgãos públicos. As consultas são usadas para alinhar processos de tomada de decisões e desenvolver políticas públicas de maneira mais eficaz, evitando conflitos que possam prejudicar as ações do Estado.

As consultas não se limitam apenas às relações dentro da Administração Pública, mas também são usadas em relações com a sociedade, o mercado e o terceiro setor. A legislação brasileira reconhece o direito dos cidadãos de solicitar opiniões de órgãos públicos sobre assuntos específicos, o que contribui para a segurança jurídica e fortalece o papel do Estado em auxiliar as pessoas a exercerem seus direitos e cumprir suas obrigações.

Conforme Fagundes e Duarte⁵⁴², a consulta pela internet facilita a acessibilidade, eles acreditam que as consultas pelo site ou presencialmente devem ser feitas de maneira intuitiva e fácil, onde tudo tenha boa visibilidade. O objetivo é desobstruir mais uma barreira a participação popular. É importante ressaltar que a divulgação das consultas deve ser abrangente, acompanhada pela realização de campanhas de conscientização e apresentação desse mecanismo participativo à população por meio da divulgação em canais que as pessoas tenham fácil acesso e seja amplificado, como rádio, televisão e internet. Os autores também ressaltam a importância da participação informada, ou seja, que as consultas sejam realizadas e que haja com elas informativos para a população sobre o que está consultando.

Ainda há muito o que se debater sobre a consultas públicas no que concerne a participação popular, já que o objetivo dele é fazer com que a administração seja mais transparente possível, no entanto, o que se percebe em sua aplicabilidade não corresponde a sua teoria.

O sistema apresenta ineficácia em relação aos seus objetivos. Conforme Fagundes e Duarte⁵⁴³, é evidente que para que a consulta pública cumpra

⁵⁴² FAGUNDES, Gabriel Lima Miranda Gonçalves; DUARTE, Luciana Gaspar Melquíades. As consultas públicas enquanto mecanismo de legitimação dos atos administrativos normativos. **Revista Opinião Jurídica**, Fortaleza, v. 20, n. 34, p. 1-29, maio/ago. 2022.

⁵⁴³ FAGUNDES, Gabriel Lima Miranda Gonçalves; DUARTE, Luciana Gaspar Melquíades. As consultas públicas enquanto mecanismo de legitimação dos atos administrativos normativos. **Revista Opinião Jurídica**, Fortaleza, v. 20, n. 34, p. 1-29, maio/ago. 2022.

efetivamente seus princípios democráticos e valide os atos administrativos resta necessário que o processo seja obrigatório e inclua a implementação de um procedimento simplificado para situações de urgência. Além disso, é crucial que a consulta abranja toda a área afetada pela norma administrativa.

Nesse sentido, pode ser vantajoso adotar um sistema virtual, dependendo da extensão do território envolvido, mas sem negligenciar os meios físicos para garantir a participação daqueles que não têm acesso à internet. Quanto mais democrática e transparente a administração pública for, melhor a relação dos cidadãos com o Estado.

Portanto, ressalta-se a vinculação formal do procedimento das consultas públicas a teor do art. 29 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, reforçado pelo art. 3º, inciso III, da Lei de Processo Administrativo Federal – Lei nº 9.784/1999.

Além de vinculação da formal, outros institutos participativos já assentaram a sua vinculação, mas no que concerne ao seu conteúdo, ou seja, no âmbito material, como nas decisões de conselhos deliberativos e referendos e plebiscitos administrativos.

4.2.2 Vinculação material: participação popular vinculantes para além da exigência legal

No aspecto material, Nigro⁵⁴⁴ aponta que a extensão da participação pode ser classificada quanto à qualidade como cooperação, codecisão e chegar à prevalência da vontade do partícipe. Tem-se que no Brasil o arranjo constitucional moldado pela Constituição Federal de 1988 determina que a participação não seja uma mera cooperação como normalmente apontado pela doutrina como seu grande mérito, pois alça o cidadão ao papel de co-decisor, ao mínimo, e, preferencialmente, com prevalência da sua vontade.

⁵⁴⁴ NIGRO, Mario. Il nodo Della Partecipazione, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1980, 1980: 225-36. p. 232.

O direito à participação fortalece o princípio democrático no contexto do Estado Social e Democrático de Direito e está sujeito ao regime de direitos fundamentais. Assim, o direito de participação concretiza o Estado Democrático de Direito, um princípio estruturante da República Federativa do Brasil, e, portanto, acobertado pelo regime de direitos fundamentais.⁵⁴⁵

Assim, não apenas nas modalidades de participação popular que a lei determina a sua vinculação expressa⁵⁴⁶, é possível extrair que a participação popular demanda uma nova metodologia decisória para garantir o direito fundamental à participação popular.

Conforme Carla Amado Gomes⁵⁴⁷, a participação popular não é uma fórmula mágica para produção de boas decisões, implica uma alteração na metodologia decisória a fim de encontrar o justo equilíbrio entre as virtudes da democracia participativa e as exigências da democracia representativa.

A metodologia decisória que se propõe é a inversão do ônus do administrador público, isto é, na motivação do ato administrativo este tem o dever de cumprir com os anseios sociais manifestados e apenas poderá afastá-los se impertinentes. Melhor explica-se.

É corrente na doutrina o apontamento que a participação popular quando não obrigatória materialmente por lei, deva ser enfrentada minuciosamente pelo Administrador Público⁵⁴⁸. Contudo, mesmo assim, consideram que os debates, anseios e conclusões não vinculam ao administrador, uma vez que apenas contribuem ou influenciam a administração pública na fundamentação do ato administrativo⁵⁴⁹.

⁵⁴⁵ SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **A Participação Popular na Administração Pública: O direito de reclamação**. São Paulo: Renovar, 2002.p. 27.

⁵⁴⁶ Cf. item 4.2.2.

⁵⁴⁷ GOMES, C. A. Participação pública e defesa do ambiente: Um silêncio crescentemente ensurdecido - monólogo com jurisprudência em fundo. **Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça**, [S. l.], v. 3, n. 9, p. 38–52, 2009. DOI: 10.30899/dfj.v3i9.470. p. 45

⁵⁴⁸ DICKSTEIN, André Constant. **Participação pública na tomada de decisão ambiental**. 2019. PhD Thesis. Lisboa: Alameda da Universidade, 2019.

⁵⁴⁹ “Assim, no *Citizens to preserve Overton Park Inc. v. Volpe* case (1971), a Suprema Corte Americana assentou que “a agência não só deve dar audiência a todos os interessados, reconhecer com detalhes as informações técnicas que avalizam a decisão e motivar sua resposta aos comentários e observações dos sujeitos participantes, bem como a solução deve revelar que levou em consideração adequada tanto as características de fato relevantes como os interesses representados” nos procedimentos de sua competência”. MORÓN, Miguel Sanchez. **Discrecionalidad administrativa e control judicial**. Madri: Tecnos, 1995.

Com efeito, David Duarte⁵⁵⁰ assevera que a participação no procedimento administrativo é um componente essencial de enriquecimento do processo de construção da decisão, pois atua como uma ponte de materialização da incorporação de fatos e interesses. Dessa forma, a participação (que o autor denomina de procedimental) aproxima e otimiza o princípio da imparcialidade. A tese do autor é que a participação corrobora com o dever de considerar a completude do elenco de interesses a constar na ponderação. Contudo, assevera, que naturalmente na manifestação de interesses exteriores haverá dados informativos que não são pertinentes ao contexto da seleção para a ponderação.

Duarte⁵⁵¹ esclarece que os interesses impertinentes são aqueles ligados à valorações pessoais pejorativas, o que os aproximam da figura do desvio de poder, também aqueles ilícitos e os irrelevantes, que não estão relacionados ao objeto do ato (procedimento) administrativo:

Uma das consequências da avaliação da multiplicidade de interesses que são canalizados para o procedimento, efectuada a partir da experiência concreta dos procedimentos complexos, bem como da revisão das técnicas jurídicas de compreensão dos procedimentos simples daí derivada, reside na constatação de que não são interesses relevantes todos aqueles que estão protegidos pelo ordenamento. Em consequência, os interesses irrelevantes não são apenas os interesses de facto e os interesses sobre os quais incida uma censura jurídica evidente. A leitura que parte da consideração dos interesses relevantes como aqueles que o ordenamento reconhece tem como efeito que a noção de interesses irrelevantes fica ligada a valorações pessoais pejorativas semelhantes às que envolvem a figura do desvio de poder, bem como à própria ilicitude dos próprios interesses. Mas, sem prejuízo da reconsideração desenvolvida da questão, a ideia de interesses irrelevantes não significa necessariamente o conjunto de interesses que de algum modo representam fins de natureza «estritamente pessoal» do decisor ou interesses cuja incorporação no procedimento se manifesta como ilícita. Ao lado destes interesses, são também interesses irrelevantes aqueles que, não sendo assim caracterizáveis, não devem ser considerados porque, através de critérios a determinar, não se encontram relacionados com o objecto do procedimento administrativo em causa. A noção de interesses irrelevantes compreende, portanto, um amplo leque de interesses, cuja qualificação depende de apreciações objectiváveis, relacionadas com o

⁵⁵⁰ DUARTE, David. Reflexos Procedimentais do Princípio da Imparcialidade Administrativa. **Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura. RDAI**, São Paulo: Thomson Reuters | Livraria RT, v. 5, n. 19, págs. 235/298, 2022.

⁵⁵¹ DUARTE, David. Reflexos Procedimentais do Princípio da Imparcialidade Administrativa. **Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura. RDAI**, São Paulo: Thomson Reuters | Livraria RT, v. 5, n. 19, págs. 235/298, 2022.

objecto concreto do procedimento, e que incluem também interesses que são reconhecidos no ordenamento.⁵⁵²

Tal alerta é importante e não desnatura a vinculação entre a participação e a decisão administrativa. Os dados e interesses impertinentes normalmente são excluídos e desconsiderados na própria deliberação pelos partícipes⁵⁵³. A deliberação tem justamente a finalidade de testar e desconsiderar interesses egoísticos, desconectados, equivocados, ilegais e irrelevantes para o contexto da decisão e do interesse público.

Regata-se as lições de Habermas⁵⁵⁴ de que o direito apenas conseguirá conservar a estabilidade dessas expectativas geradas na esfera pública por meio do agir comunicativo⁵⁵⁵, já que é a força do melhor argumento que terá autoridade e não o sujeito individual. A norma jurídica formada deve gozar de racionalidade e para tanto, deve respeitar os princípios do discurso (D)⁵⁵⁶ e da universalização (U)⁵⁵⁷. Se discurso é que irá formar a vontade racional, a legitimidade do direito apoia-se em arranjos comunicativos, onde os participantes do discurso poderão analisar as normas jurídicas para verificarem se possuem a concordância de todos os possíveis atingidos. Lembra-se o exposto por Souza⁵⁵⁸ que é neste arranjo comunicativo que haverá críticas racionais entre os envolvidos na formação da opinião e vontade de modo a visibilizar interesses que são legítimos, bem como preconceitos e pretensões

⁵⁵² DUARTE, David. Reflexos Procedimentais do Princípio da Imparcialidade Administrativa. **Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura. RDAI**, São Paulo: Thomson Reuters | Livraria RT, v. 5, n. 19, págs. 235/298, 2022.

⁵⁵³ DUARTE, David. Reflexos Procedimentais do Princípio da Imparcialidade Administrativa. **Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura. RDAI**, São Paulo: Thomson Reuters | Livraria RT, v. 5, n. 19, págs. 235/298, 2022.

⁵⁵⁴ Expostas com maior profundidade no item 2.3 deste trabalho.

⁵⁵⁵ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. V. 1, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 115.

⁵⁵⁶ Explica Habermas: "São válidas as normas de ação às quais todos os possíveis atingidos poderiam dar o seu assentimento, na qualidade de participantes de discursos racionais". HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. V. 1, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 142.

⁵⁵⁷ Explica Habermas: "Toda norma válida tem que preencher a condição de que as consequências e efeitos colaterais que previsivelmente resultem de sua observância universal, para a satisfação dos interesses de todo indivíduo, possam ser aceitos sem coação por todos os concernidos". HABERMAS, Jürgen. **Consciência Moral e Agir Comunicativo**. 2 ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. Trad. Guido A. de Almeida. p. 147.

⁵⁵⁸ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Teoria constitucional e democracia deliberativa**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 137.

autoritárias em projeto de poder. “Somente as razões motivadas pela pretensão de entendimento são capazes de superar o teste do diálogo que tem lugar em contextos comunicativos”⁵⁵⁹. Conforme já anteriormente exposto, os destinatários das normas passam a ser então simultaneamente seus autores e o procedimento a ser adotado na esfera discursiva deve estar claro para os participantes, senão, institucionalizado juridicamente.⁵⁶⁰

Caroline Bittencourt e Janriê Reck⁵⁶¹ destacam que a construção da ideia de interesse público requer uma ação coletiva entre diversos setores e atores sociais. Esse processo transforma a formulação de políticas públicas em um espaço de deliberação entre o Estado e a sociedade civil, onde trocas de ações, interesses e prioridades ocorrem em uma esfera acessível a todos os interessados, permitindo-lhes atuar como interlocutores. Um debate aberto, fundamentado em argumentos voltados ao interesse público e considerando o maior número de possibilidades, é essencial para a formulação de uma "boa política pública". No debate público, argumentos individuais de caráter parcial tendem a não ser expostos ou são refutados pelo público.

Com efeito, ao resgatarem as lições de Habermas, Caroline Bittencourt e Janriê Reck⁵⁶² apontam que a opinião pública não é um amontoado de opiniões individuais, mas que se inserem dentro de uma prática comunicativa mediada pelo princípio do discurso (Princípio D). Dessa forma, o sucesso da comunicação pública é medido pela qualidade procedimental no seu processo de criação, que fundamenta a legitimidade da influência das diversas opiniões públicas sobre o sistema político.

⁵⁵⁹ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Teoria constitucional e democracia deliberativa**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 138.

⁵⁶⁰ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. V. 1, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 138.

⁵⁶¹ BITENCOURT, Caroline Müller; RECK, Janriê Rodrigues. Formulação e execução de políticas sociais no cenário brasileiro a partir de uma ação comunicativa: Atores sociais. In: BITENCOURT, Caroline Müller; RECK, Janriê Rodrigues. **Abordagens Epistemológicas sobre Democracia, Políticas Públicas e Controle Social**. Santa Cruz do Sul: Essere Nel Mondo, 2018, 64-83. p. 68.

⁵⁶² BITENCOURT, Caroline Müller; RECK, Janriê Rodrigues. Formulação e execução de políticas sociais no cenário brasileiro a partir de uma ação comunicativa: Atores sociais. In: BITENCOURT, Caroline Müller; RECK, Janriê Rodrigues. **Abordagens Epistemológicas sobre Democracia, Políticas Públicas e Controle Social**. Santa Cruz do Sul: Essere Nel Mondo, 2018, 64-83. p. 68.

Outrossim, não se considera irrelevante a atividade da administração de efetuar uma averiguação oficiosa dos interesses, conforme proposto por Duarte⁵⁶³. Considera-se que a filtragem de interesses é uma atividade conjunta da Administração e de todos os partícipes extrair a racionalidade da deliberação e a implementar o princípio da imparcialidade. Bacellar Filho⁵⁶⁴ relembra que o interesse público reclama a atuação administrativa imparcial como uma forma de garantia de distinção entre a vontade pessoal e vontade funcional, de modo que pressupõe a instituição de centros de formação da vontade coletiva.

Também é importante considerar que a deliberação além de se constituir como uma forma de identificar o interesse público alinhado à vontade majoritária, é concebida aqui como um mecanismo que justifica, de forma marcante, um estatuto jurídico em favor de grupos contramajoritários. Portanto, mesmo quando a decisão pública atende ao interesse majoritário, a participação popular é uma oportunidade de interação plural na sociedade; propicia o surgimento de novas ideias no espaço público; permite que uma maioria ocasional possa ser convencida por uma minoria; fomenta a representação pública de ideias contramajoritárias e possibilita que o cidadão exerça sua existência digna e autônoma no espaço público. Aqui, a discussão não se limita apenas ao aspecto digno da participação pública, mas também à sua abordagem instrumental, já que o aprimoramento da qualidade decisória é alcançado, em grande medida, pelo contraste entre as vontades majoritária e minoritária.⁵⁶⁵

Ademais, o princípio da imparcialidade exige que devam ser ponderados todos os interesses que forem relevantes no contexto decisório⁵⁶⁶:

A relação entre imparcialidade decisória e procedimental com a participação no procedimento não corresponde apenas a uma identificação dos interesses

⁵⁶³ DUARTE, David. Reflexos Procedimentais do Princípio da Imparcialidade Administrativa. **Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura. RDAI**, São Paulo: Thomson Reuters | Livraria RT, v. 5, n. 19, págs. 235/298, 2022.

⁵⁶⁴ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A noção jurídica de interesse público no Direito Administrativo brasileiro. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). **Direito Administrativo e interesse público: estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello**. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 100.

⁵⁶⁵ DICKSTEIN, André Constant. **Participação pública na tomada de decisão ambiental**. Dissertação (Mestrado em Direito) 2019. Lisboa. Universidade de Lisboa. 2019. p. 103.

⁵⁶⁶ DUARTE, David. Reflexos Procedimentais do Princípio da Imparcialidade Administrativa. **Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura. RDAI**, São Paulo: Thomson Reuters | Livraria RT, v. 5, n. 19, págs. 235/298, 2022.

convergentes e conflituantes no exercício da competência. Ao mesmo tempo, a participação procedimental, como actividade exterior no procedimento, transporta consigo uma multiplicidade de contributos para o esclarecimento de dúvidas e incertezas, funcionando também como uma forma de auxílio para a delimitação da realidade inerente a cada alternativa. As referidas funções participatórias ligadas ao fornecimento de informação e à colaboração no processo de aquisição de material de ponderação materializam a vertente em que a participação no procedimento serve objectivos de ampliação dos elementos necessários para a decisão. A partir da medida em que se vê na participação um factor de preenchimento das incertezas decisórias e de esclarecimento informativo de dúvidas, a intervenção no procedimento aparece também como um meio, neste sentido, de realização do princípio da imparcialidade.⁵⁶⁷

Com efeito, a partir do momento em que se propõe que o administrador deva obrigatoriamente examinar todos os pontos levantados e discutidos na esfera pública proporcionada pela legislação, inverte-se o ônus para este. O interesse público advém do povo que fundamenta o próprio exercício do poder, logo a vontade exarada na esfera deliberativa deve ser cumprida pelo administrador que não detém a função pública para implementar a sua vontade própria⁵⁶⁸. Para que o administrador deixe de respeitar a opinião pública manifestada, tem o ônus argumentativo de comprovar que ela é impertinente⁵⁶⁹, ilegal, desarrozoada ou impossível de ser implementada.

⁵⁶⁷ DUARTE, David. Reflexos Procedimentais do Princípio da Imparcialidade Administrativa. **Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura. RDAI**, São Paulo: Thomson Reuters | Livraria RT, v. 5, n. 19, págs. 235/298, 2022.

⁵⁶⁸ Importante alerta é feito por Caroline Bittencourt e Janriê sobre a manipulação e vulnerabilidade, ao enfatizarem que uma pessoa isolada está mais vulnerável a outros interesses que não o público do que aqueles que são expostos na esfera pública: “Desconcentrar a tomada das grandes decisões em termos de interesse público nas mãos de um único agente, partido ou ideologia é realizar um dos preceitos fundamentais do sistema republicano e federalista: a desconcentração de poder, da tomada de decisão. Logo, um único agente ou partido é mais manipulável, vulnerável a interesses privatizados, não públicos, que beneficiem as partes, e não o todo. Não se pretende dizer que a própria esfera pública não pode ser manipulável, ou melhor, poderá até o ser, mas não em seu todo. As opiniões na esfera pública podem até ser manipuladas, mas não obtidas mediante o uso da força, da coerção. Portanto, antes de ser dominada por atores sociais que agem estrategicamente, a esfera pública deve poder reproduzir-se a partir de si mesma, buscando configurar-se como estrutura autônoma. Não pode também deixar de se formar a partir de contextos das pessoas virtualmente atingidas, porque o público que lhe deve dar suporte também está na totalidade das pessoas privadas – uma vez que também são atingidas e influenciadas por interações cotidianas (por exemplo, pelo aparelho do Estado), pois essas opiniões, ao entrarem na esfera pública, também se tornam passíveis ao debate e à tomada de opiniões (HABERMAS, 2003)” BITENCOURT, Caroline Müller; RECK, Janriê Rodrigues. Formulação e execução de políticas sociais no cenário brasileiro a partir de uma ação comunicativa: Atores sociais. In: BITENCOURT, Caroline Müller; RECK, Janriê Rodrigues. **Abordagens Epistemológicas sobre Democracia, Políticas Públicas e Controle Social**. Santa Cruz do Sul: Essere Nel Mondo, 2018, 64-83. p. 70-71.

⁵⁶⁹ Conforme conceituação realizada por David Duarte, acima exposta.

Inclusive tal determinação tem apoio legal no parágrafo único do art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), com redação instituída pela Lei nº 13.655/2018, ao determinar a demonstração da necessidade e adequação das medidas impostas nas esferas administrativas, inclusive em face de possíveis alternativas. Assim, o dever do administrador público é cumprir com vontade popular deliberada e somente pode afastar como possíveis alternativas impertinentes.

Caso não se encaixe em nenhuma das hipóteses de impertinência, a manifestação exarada pelos particulares na esfera pública passa a ser de cumprimento obrigatório ao administrador público. É uma importante alteração de perspectiva para concretização de uma Administração Pública de fato dialógica e não autoritária, ou como lembra Diogo de Figueiredo Moreira Neto⁵⁷⁰ um instrumento de realização da democracia substantiva.

Democracia substantiva que ultrapassa o conceito formal de mera escolha dos agentes público. Conforme ensina Moreira Neto⁵⁷¹, na “Era da Informação” em que a sociedade é complexa e plural, a democracia substantiva exige mais da eficiência das políticas e decisões públicas, mas uma efetividade social. Efetividade social que demanda um maior consenso sobre as escolhas públicas por meio de uma processualidade participativa. Logo, o autor reclama por novos tipos de arranjos participativos que não apenas revelem as reivindicações populares, mas que se traduzam em conteúdo:

Como se pode facilmente deduzir há ainda muito a fazer na linha da legitimação pelo consenso direto para desenvolver outros e inúmeros tipos de participação política de conteúdo, que não se limitem apenas a revelar ou ascender as reivindicações populares, como concorram para dinamizar a própria democracia representativa no sentido de torná-la mais eficiente em termos de resultado.⁵⁷²

⁵⁷⁰ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O Direito Administrativo do século XXI: um instrumento de realização da democracia substantiva. **A&C R. de Dir. Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 11, n. 45, p. 13-37, jul./set. 2011.

⁵⁷¹ MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. Novas tendências da democracia: consenso e direito público na virada do século — o caso brasileiro. **R. Dir. Proc. Geral**, Rio de Janeiro, n. 57, p. 106-126, mar./maio 2008. p.106.

⁵⁷² MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. Novas tendências da democracia: consenso e direito público na virada do século — o caso brasileiro. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Salvador, n. 13, p. 1-17, mar./maio 2008. p.116.

Com a mudança de perspectiva que se propõe, não é necessária a criação de novos mecanismos de participação. Vincular a administração pública ao conteúdo da deliberação, de forma a afastar o autoritarismo seria o meio adequado de efetivar o princípio participativo.

Assim, vai-se além do defendido por Moreira Neto⁵⁷³ que se a participação popular⁵⁷⁴ prevista em lei teriam eficácia vinculatória em seu resultado, sob o argumento de que o exercício direto do poder, dispensados os representantes políticos, se dá apenas por meio da Constituição (art. 1º, parágrafo único) e por meio de lei específica. Entende-se que não há exigência normativa para o exercício direto e pleno na formulação de decisões públicas.

O autor fundamenta seu raciocínio no artigo 48, incisos X e XI, da Constituição Federal que atribuem competência ao Congresso Nacional dispor das matérias de competência da União para criação, transformação e extinção de cargos, empregos e funções públicas (inciso X) e para criação e extinção de Ministérios e órgãos da administração pública (inciso XI). Ora, não se trata de uma extinção de função pública ou de órgãos da administração pública, pois ainda será o administrador público o competente para emanar o ato e inclusive realizar a sua motivação com fundamento no mecanismo participativo. A vinculação eleva o cidadão a coautor do ato administrativo, em que o administrador terá que a função de compilar e extrair a *ratio* deliberativa do momento participativo. Portanto, não há que se falar em renúncia por parte do Estado de um poder que jamais foi seu, mas do próprio povo.⁵⁷⁵

Para tanto, interessante os argumentos trazidos por Santin e Toazza⁵⁷⁶ acerca da necessidade da regulamentação da participação popular, em especial nas

⁵⁷³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Audiências públicas. **Revista de Direito Administrativo**, v. 210, p. 11-23, 1997. p. 14.

⁵⁷⁴ O autor trata mais especificamente das audiências públicas, contudo o argumento pode ser estendido aos demais instrumentos participativos.

⁵⁷⁵ Cf. "Vale observar que ao assim atuar o cidadão não desvirtua a repartição constitucional de poderes final a decisão continua sendo tomada pela administração, em nada sendo usurpada a divisão constitucional de poderes e funções estatais. Há isto sim uma estruturação aberta do processo de construção da decisão administrativa de modo a possibilitar ao cidadão exercitar como que em devolução os poderes que ele próprio delegou constitucionalmente à administração. PEREZ, Marcos Augusto. **A administração pública democrática: institutos de participação popular na administração pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 139.

⁵⁷⁶ . SANTIN, Janaina Rigo; TOAZZA, Vinicius Francisco. O paradigma da linguagem, as audiências públicas e a participação por consensos linguísticos. **Quaestio Iuris**, vol. 09, nº. 03, Rio de Janeiro, 2016. pp. 1344-1362 DOI: 10.12957/rqi.2016.20759. p. 1356.

audiências públicas, para que possa alcançar uma maior efetividade, tal como regulamentar um número mínimo de indivíduos para a instauração da audiência pública e publicidade ostensiva do local, horário, data da audiência a ser realizada. Para os autores, essa medida atuaria como um processo de reeducação da sociedade para fins participativos. David Duarte⁵⁷⁷ defende a elaboração prévia de decisão administrativa como ato preparatório para a audiência pública formal, pois apresenta uma vantagem qualitativa de proporcionar o contraditório ao individualizar os pontos de conflito e a susceptibilidade da sua resolução. Dessa forma, continua o autor português, atenuar-se-ia a unilateralidade autoritária da decisão⁵⁷⁸.

Logo, não se concorda com a classificação de Justino de Oliveira⁵⁷⁹ acerca da existência de audiências instrutórias, que não seriam vinculantes, e decisórias, essas sim vinculativas. No âmbito do direito das cidades alguns autores⁵⁸⁰ já enfrentaram o tema de forma a propor que neste âmbito específico não haveria que se diferenciar audiências preparatórias das decisórias. Ao analisar o art. 40, § 4º, inciso I, da Lei nº. 10.257 de 10 de julho de 2001⁵⁸¹, o Estatuto das Cidades, Grassi⁵⁸² expõem que a audiência pública deve gozar de efeito vinculante, pois caso não o tenha poder deliberativo é apenas figurativa de participação popular, o que leva ao decréscimo no interesse participativo da sociedade.

⁵⁷⁷ DUARTE, David. Reflexos Procedimentais do Princípio da Imparcialidade Administrativa. **Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura. RDAI**, São Paulo: Thomson Reuters | Livraria RT, v. 5, n. 19, págs. 235/298, 2022.

⁵⁷⁸ Tema debatido no item 4.1.1 do presente trabalho.

⁵⁷⁹ OLIVEIRA, G. H. J. de. As audiências e o processo administrativo brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, [S. l.], v. 209, p. 153–167, 1997. DOI: 10.12660/rda.v209.1997.47049.

⁵⁸⁰ Cf. GRASSI, Karine. **Plano Diretor e Audiência Pública: Legislação, doutrina e relatos de casos**. Lumen Juris, 2016. PEREIRA, Juliano Sartor. **A democracia participativa no planejamento urbano por meio da audiência pública como uma via de construção do direito fundamental à cidade: análise comparada do Plano Regolatore Generale Italiano e do Plano Diretor Brasileiro**. Dissertação (Mestrado em Direito). 2021. Criciúma. Universidade do Extremo Sul Catarinense – UNESC. p. 135. SANTIN, Janaina Rigo; TOAZZA, Vinicius Francisco. O paradigma da linguagem, as audiências públicas e a participação por consensos linguísticos. **Quaestio Iuris**, vol. 09, nº. 03, Rio de Janeiro, 2016. pp. 1344-1362 DOI: 10.12957/rqi.2016.20759. BUCCI, Maria Paula Dallari. Gestão democrática da cidade. In: DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio (Coord.). **Estatuto da Cidade: comentários à Lei Federal 10.257/2001**. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 322-341.

⁵⁸¹ Art. 40. § 4o No processo de elaboração do plano diretor e na fiscalização de sua implementação, os Poderes Legislativo e Executivo municipais garantirão: I – a promoção de audiências públicas e debates com a participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade.

⁵⁸² GRASSI, Karine. **Plano Diretor e Audiência Pública: Legislação, doutrina e relatos de casos**. Lumen Juris, 2016.

A crítica não é pertinente apenas à formulação de políticas urbanas, mas é adequada para todas as esferas participativas. Como exemplo, nos orçamentos participativos essa crítica também é travada pela doutrina, à exemplo de Régis Fernandes de Oliveira ao afirmar que “seria ignóbil fazer comícios, travar discussões, dar a palavra à população, e, ao final toda essa *mise-en-scène* não produzir qualquer efeito ou ter qualquer utilidade prática”⁵⁸³.

No âmbito das agências reguladoras, Carolina Zancaner Zockun e Gabriela Zancaner Bandeira de Mello⁵⁸⁴ apontam que a Lei Geral das Agência Reguladoras, Lei nº. 13.848, de 25 de junho de 2019, avança ao estabelecer a obrigatoriedade de realização de consultas públicas⁵⁸⁵, contudo apontam para não obrigatoriedade de acatar as sugestões, mas tão somente de motivar a decisão ao enfrentar os argumentos trazidos na esfera pública. Contudo, criticam o art. 19 do Decreto nº. 10.411/2020, que, ao determinar que a agência reguladora deve disponibilizar em sítio eletrônico a análise das informações e as manifestações recebidas no processo de consultas e audiências pública, desobriga os agentes públicos de comentem ou considerarem individualmente todas as informações recebidas, podendo agrupá-las por conexão ou eliminar as repetidas. A crítica é no sentido de que há de se ter cuidado com o agrupamento ou eliminação para que não se ignore manifestações importantes para o melhor resultado da decisão normativa.

Contudo, apesar da crítica, já se aponta que a existência de uma vinculação material serve justamente para se garantir que todas as manifestações sejam apreciadas diante do ônus que o Administrador Público tem para refutar qualquer delas. Dessa forma, não haveria de ser ter receios quanto à certeza de alcançar o melhor resultado da decisão normativa.

⁵⁸³ OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Curso de direito financeiro**. 3ª. Ed. Rev. amp. Ed. Revista dos Tribunais, 2010. p. 351.

⁵⁸⁴ ZANCANER ZOCKUN, Carolina e BANDEIRA DE MELLO, Gabriela Zancaner. Consulta Pública e Audiência Pública na Lei das Agências Reguladoras (art. 9º ao 13 da Lei nº. 13.848/2019). In: **Marco Legal das Agências Reguladoras na visão delas**. Organizadores: Adriana da Costa Ricardo Schier; Cristiana Fortini, Lígia Melo, Vanice Valle, Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2021.

⁵⁸⁵ Art. 13. A agência reguladora deverá decidir as matérias submetidas a sua apreciação nos prazos fixados na legislação e, em caso de omissão, nos prazos estabelecidos em seu regimento interno.

Conforme a tipologia estruturada por Sherry Arnstein⁵⁸⁶ na "escada de Arnstein", existem vários níveis de participação. No escalonamento proposto pela autora, os níveis mais baixos (manipulação do público e terapia) não refletem nenhum sentido participativo real. Os níveis intermediários (informação, consulta e apaziguamento) apenas simbolizam a participação pública, uma vez que não oferecem garantias de que a participação influenciará a instância decisória. Finalmente, os níveis mais altos (parceria, delegação de poder e controle cidadão) representam um poder efetivo da cidadania sobre as decisões públicas a serem tomadas. A autora representa graficamente a sua "escada"⁵⁸⁷:

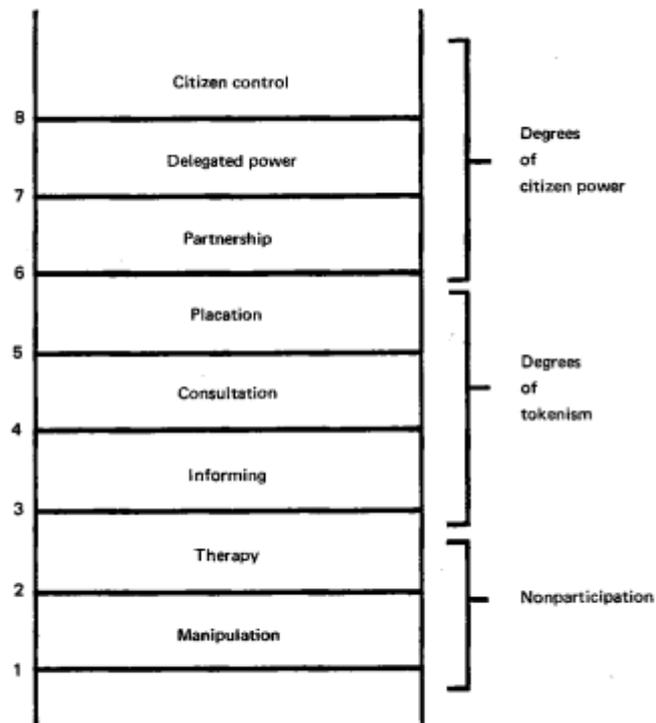


FIGURE 2 *Eight Rungs on a Ladder of Citizen Participation*

⁵⁸⁶ ARNSTEIN, Sherry R. A ladder of citizen participation. In: **AIP Journal**, July 1969, p. 216/224, p. 217.

⁵⁸⁷ ARNSTEIN, Sherry R. A ladder of citizen participation. In: **AIP Journal**, July 1969, p. 216/224, p. 217.

Assevera a Arnstein⁵⁸⁸ que há uma diferença fundamental entre passar pelo ritual vazio da participação e ter o poder real necessário para afetar o resultado do processo. De forma a participação realizada sem a devida distribuição de poder é um processo vazio e frustrante, no qual apenas alguns são beneficiados e o *status a quo* é mantido. Neste sentido, os degraus mais baixos de manipulação e terapia sequer podem ser considerados como participação.

O nível intermediário chamado de "*tokenism*", onde estão incluídas as informações, consultas, apaziguamento, refere-se a uma prática superficial ou simbólica de inclusão de membros de grupos minoritários ou desfavorecidos, feita apenas para criar uma aparência de igualdade e diversidade sem realmente promover mudanças significativas ou oferecer poder real a esses grupos. Em contextos de participação pública e social, "*tokenism*" ocorre quando se envolve esses grupos em processos de tomada de decisão de forma apenas simbólica, sem lhes conceder verdadeira influência ou consideração nas decisões finais. Alerta Arnstein⁵⁸⁹ que solicitar a opinião dos cidadãos, assim como informá-los, pode ser um passo legítimo em direção à sua plena participação. No entanto, se a consulta não for combinada com outros modos de participação, esse degrau da escada ainda é uma ilusão, pois não oferece garantia de que as preocupações e ideias dos cidadãos serão levadas em consideração. É neste degrau que podemos incluir as consultas populares e as audiências públicas como estão delineadas hoje no direito brasileiro.

Dessa forma, apenas nos degraus superiores de parceria, delegação de poder e controle cidadão é que haveria participação popular de fato. Na parceria, o poder é redistribuído de fato, ao concordam em compartilhar as responsabilidades de planejamento e tomada de decisões por meio de estruturas sólidas de participação.

Portanto, o que se propõe é uma parceria entre a sociedade e a Administração Pública com efetiva distribuição de poder. Um processo estruturado de aferição de vontade popular; com o manejo de informações claras, transparentes e adequadas por parte da Administração; e uma deliberação efetiva para a construção do melhor

⁵⁸⁸ ARNSTEIN, Sherry R. A ladder of citizen participation. In: **AIP Journal**, July 1969, p. 216/224, p. 216-217.

⁵⁸⁹ ARNSTEIN, Sherry R. A ladder of citizen participation. In: **AIP Journal**, July 1969, p. 216/224, p. 219.

argumento; coloca cidadãos e Administração como corresponsáveis nas decisões administrativas. Somente com a vinculação efetiva da vontade popular na construção da tomada de decisão administrativa é que esse processo de redistribuição de poder irá acontecer.

Insta ainda esclarecer que não se propõem uma tomada geral de poder pelo povo com a delegação de poder e o controle cidadão, já que será por meio da ação motivada da Administração Pública que o interesse público será de fato revelado. É papel da Administração Pública a mediação dos interesses especiais:

Os interesses especiais, na medida em que se revelem legitimados perante uma parcela da sociedade e encontrem eco nos princípios estruturantes do ordenamento jurídico, não podem ser desconsiderados como interesses públicos. A partir do momento em que se revelem transcendentais aos interesses particularísticos dos atores sociais organizados, que os encampam, tais interesses passam a ser interesses públicos consideráveis, devendo ser tomados em conta no processo decisório voltado à alocação de bens, direitos e oportunidades amealhados pela coletividade. Neste particular, parece-nos que a Administração Pública se revela necessária na mediação entre os interesses especiais.⁵⁹⁰

Com efeito, a vinculação da administração à participação popular é o caminho para a existência de uma verdadeira participação popular, que irá cumprir com os princípios constitucionais da transparência, imparcialidade, motivação e a promoção do Estado Social e Democrático de Direito.

Assentada a premissa que a participação popular enquanto direito fundamental apenas será aperfeiçoada por meio da vinculação do ato administrativo, necessário averiguar as consequências da sua não consecução.

4.3 A INVALIDAÇÃO DO ATO ADMINISTRATIVO E A PARTICIPAÇÃO POPULAR

4.3.1 Planos do ato administrativo: existência ou perfeição, validade e eficácia

A doutrina estuda os atos administrativo também quanto aos seus planos do mundo jurídico: existência ou perfeição, validade e eficácia. Trata-se de classificação

^{590M} MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Regulação Estatal e Interesses Públicos**, São Paulo: Malheiros, 2002. p. 161

não exclusiva do direito administrativo, mas aplicável a diversas áreas do direito, notadamente no direito privado.

Foi na célebre obra *Teoria Pura do Direito* que Hans Kelsen sustentou que os planos da vigência, existência e validade teriam o mesmo significado. Inicialmente, destaca-se que Kelsen não faz diferenciação entre validade e vigência, pois utiliza o substantivo “Geltung” para referenciar a vigência ou validade da norma jurídica. O equívoco na interpretação da doutrina brasileira advém da interpretação realizada por João Baptista Machado na segunda edição do livro, por empregar algumas vezes o substantivo “validade” e outras o substantivo “vigência”. Na tradução de Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno não se encontra mais essa diferenciação, eis que foi uniformemente utilizado o substantivo “validade” em toda a obra⁵⁹¹. Desta feita, já se percebe que vigência e validade sequer foram conceitos trabalhados separadamente por Kelsen.

Para Kelsen, a “validade” de uma norma expressa “nada mais que a existência específica de uma norma, o modo específico através do qual ela é dada, diferentemente do ser da realidade natural, que se dá no espaço e no tempo”⁵⁹². Kelsen desenvolve uma teoria escalonada do direito, na qual uma norma será válida (portanto, existente e vigente) se elaborada de acordo com a norma hierarquicamente superior, que também deverá guardar respeito e fundamento na norma hierarquicamente superior até se chegar na primeira norma do ordenamento jurídico, que terá fundamento definitivo de validade na norma hipotética fundamental. Logo, os juristas não averiguam se a norma é justa ou eficaz, mas se é válida ou inválida, ou seja, se elaborada de acordo com a Constituição.⁵⁹³

⁵⁹¹ TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes. Notas sobre a tradução. In: KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. BARUERI: Grupo GEN, 2021. *E-book*. ISBN 9788530994198.

⁵⁹² KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. BARUERI: Grupo GEN, 2021. *E-book*. ISBN 9788530994198.

⁵⁹³ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. BARUERI: Grupo GEN, 2021. *E-book*. ISBN 9788530994198.

A maior contribuição de Kelsen para os planos do mundo do direito se dá, portanto, no âmbito da validade ao afirmar que uma norma permanece válida até que seja sua invalidade declarada pelo órgão responsável, a Corte Constitucional⁵⁹⁴.

A teoria dos planos do direito introduzida e adaptada ao Brasil por Pontes de Miranda encontra ligação com o positivismo jurídico que se desenvolvia em Europa na época em o autor desenvolvia seus estudos, bem como as ideias de Hans Kelsen começavam a ser difundidas⁵⁹⁵.

Pontes de Miranda em seu Tratado de Direito Privado⁵⁹⁶ tornou célebre no Brasil a teoria dos três planos. À Pontes de Miranda é atribuído o mérito de ter distinguido perfeitamente os planos da existência, validade e eficácia⁵⁹⁷ e demonstrar as consequências práticas destes. Não por outro motivo, Canuto Mendes de Almeida⁵⁹⁸ em seu discurso realizado na solenidade realizada na Faculdade de Direito das Arcadas do Largo de São Francisco que concedeu o título de professor honorário a Pontes de Miranda relembra que foi Pontes de Miranda que inseriu no direito brasileiro o plano da existência:

"Dos autores mais antigos aos mais recentes, os juristas alemães de maior prestígio na Ciência esqueceram de examinar o plano da existência. Para eles há apenas a relação TatbestandRechtsfolge, suporte fático e efeito jurídico" (razão pela qual os atos nulos, via de regra — afirma o mesmo colega de Porto Alegre — são considerados inexistentes, pelos melhores juristas alemães). Pois bem! A Pontes de Miranda deve-se não apenas aquela transplantação do conceito de "Tatbestand", ou sua pura inserção no sistema do pensamento jurídico brasileiro, como fora importado, mas também — o que constitui sua grande contribuição à ciência do direito — o plano da existência, "fundamental (observa aquele professor), tanto quanto o da validade e o da eficácia, para compreensão e qualificação científica dos fatos jurídicos". Trata-se de uma "original descoberta no centro mesmo da teoria

⁵⁹⁴ MARTINS, Ricardo Marcondes. As alterações da LINDB e a ponderação dos atos administrativos. **A&C-Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, ano 20, n. 79, p. 259-284, jan./mar. 2020. p. 262.

⁵⁹⁵ CASTRO, Isabella Silveira. Por uma compreensão da teoria do fato jurídico de Pontes de Miranda afinada ao pensamento integral do autor: da definição à aplicação do direito. **Revista Eletrônica da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro -PGE-RJ**, Rio de Janeiro, v. 4n. 2, maio./ago. 2021.

⁵⁹⁶ MIRANDA, Pontes. Tratado de Direito Privado, Tomo I. 2. §9.1, p. 84 e Tomo IV, §356-1, p. 61-62.

⁵⁹⁷ SILVA, Clóvis do Couto. **Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno**, Florença, v. 18, n. 1, p. 733-738, 1989.

⁵⁹⁸ ALMEIDA, Canuto Mendes de. Outorgado o título de professor honorário ao Dr. Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 62, n. 2, p. 381-392, 1967.

geral do direito" Os precursores — e houve — jamais tinham teorizado o tema. Nenhum deles traçou-lhe os limites.⁵⁹⁹

Pontes de Miranda funda a sua teoria na estrutura da norma jurídica, que estabelece uma proposição jurídica de imputação: no antecedente estabelece-se seu suporte fático, ou seja, é descrito um fato ou conjunto de fatos hipotéticos, e no conseqüente se estabelece os efeitos jurídicos advindos da concretização da hipótese fática. Bem explica Martins:

O fenômeno jurídico realiza-se, assim em três planos distintos: ocorrido os fatos descritos no suporte fático, presente seus elementos nucleares, a norma incide, juridiciza os fatos e os torna jurídicos. Ingressados os fatos no plano da existência, existindo enquanto fatos jurídicos, se presentes os elementos complementares do suporte fático, eles ingressam no plano de validade; se presentes os elementos integrativos, eles produzem efeitos, ingresso no plano da eficácia. É o sistema jurídico que determina quais são os elementos nucleares complementares e integrativos do suporte fático.⁶⁰⁰

Atos administrativos são normas jurídicas, de forma que os três planos da existência (chamado por alguns autores de perfeição⁶⁰¹), validade e eficácia também são aplicados aos atos produzidos pela Administração Pública.

Bandeira de Mello⁶⁰² aduz ser perfeito o ato quando esgotadas as fases necessárias para a sua produção. Já Pondé⁶⁰³ entende que a existência ou perfeição se dá com o implemento de todos os seus requisitos essenciais. É neste ponto que se retoma à anatomia do ato administrativo representada por seus elementos. Conforme revisitado no item 4.1.2 do presente trabalho, consideram-se elementos do ato o *conteúdo* e a *forma* e pressupostos de existência o *objeto* e *pertinência do ato*. Apesar

⁵⁹⁹ Outorgado o título de professor honorário ao Dr. Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 62, n. 2, p. 381-392, 1967.

⁶⁰⁰ MARTINS, Ricardo Marcondes. **Efeitos dos vícios do ato administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 123.

⁶⁰¹ No presente trabalho, serão consideradas as expressões sinônimas. Weida Zancaner entende que não faz sentido falar em existência jurídica, pois um ato existente é perfeito. (ZANCANER, Weida. **Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos**. 2. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 1996. p.30) De igual posição, Lafayette Pondé defende que “quando se reúnem todos os seus elementos essenciais, diz-se que o ato existe: é um ato perfeito”. PONDÉ, Lafayette. O ato administrativo, sua perfeição e eficácia. **Revista de Direito Administrativo**, 1952, 29: 16-21. p. 16.

⁶⁰² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 27ª ed. São Paulo: Malheiros. 2010.p. 387

⁶⁰³ PONDÉ, Lafayette. O ato administrativo, sua perfeição e eficácia. **Revista de Direito Administrativo**, 1952, 29: 16-21. p. 16.

de a participação popular ter reflexos nesses elementos, não são relevantes a ponto de influenciar na sua existência/perfeição ou inexistência/imperfeição.

O ato administrativo é considerado eficaz quando detém aptidão de produzir efeitos jurídicos próprios. Novelli assevera que a eficácia significa a “realização do efeito jurídico mediante o qual deve cumprir-se a função própria do ato, isto é, realização do efeito final”⁶⁰⁴.

Bandeira de Mello⁶⁰⁵ distingue efeitos típicos e atípicos do ato. Os efeitos típicos correspondem a uma tipologia esperada ligado à sua função jurídica, enquanto os atípicos geram efeitos que podem ser preliminares, entre o período da sua produção e o desencadeamento de seus efeitos típicos, ou reflexos, que incidem em outra relação jurídica não objetiva pelo ato.

Neste sentido, Martins⁶⁰⁶ ressalta que o ato administrativo eficaz ou ineficaz é aquele que goza (ou não) de eficácia normativa, isto é, a “para que a norma jurídica incida devem estar presentes requisitos de ordem fática e de ordem técnico-normativa; ausentes os primeiros, não há efetividade; ausentes os segundos há ineficácia técnica”⁶⁰⁷.

Portanto, vale o alerta de que a eficácia e a efetividade são conceitos diversos. A eficácia diz respeito à capacidade potencial do ato produzir efeitos, enquanto a efetividade envolve a real produção de efeitos⁶⁰⁸.

O plano da validade, por sua vez, ganha especial importância neste trabalho diante da repercussão que a ausência de observância no aspecto material da participação popular pode gerar. Não há dúvidas de que um ato gerado na competência e em acordo com os requisitos é perfeito e existe. Também não há dúvida da capacidade potencial de gerar efeitos.

⁶⁰⁴ NOVELLI, F. B. Eficácia do ato administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, [S. l.], v. 61, p. 15–41, 1960. DOI: 10.12660/rda.v61.1960.20941. p. 15.

⁶⁰⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 27ª ed. São Paulo: Malheiros. 2010. p. 388/389.

⁶⁰⁶ MARTINS, Ricardo Marcondes. *Efeitos dos vícios do ato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 139.

⁶⁰⁷ MARTINS, Ricardo Marcondes. *Efeitos dos vícios do ato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 139.

⁶⁰⁸ TALAMINI, Daniele Coutinho. *Revogação do ato administrativo*. 2001. São Paulo: Editora Malheiros, 2002. p.38.

É no plano da validade que o descaso com o teor participativo irá gerar reflexos que levaram a sua invalidade.

Por validade do ato, entende-se a sua compatibilidade com o ordenamento jurídico⁶⁰⁹ e, a teor da teoria Kelsiana, que tem fundamento de validade na norma hierarquicamente superior, que em última *ratio* é a Constituição⁶¹⁰. Bem assevera França que “sem um mínimo de regresso à norma fundamental, o ato administrativo não integra o ordenamento jurídico”⁶¹¹.

Com efeito, cabe lembrar que a norma superior não se restringe às regras, mas que o neoconstitucionalismo alçou os princípios⁶¹² ao status normativo. Como denota Schier⁶¹³, os princípios passam a ser o próprio ‘coração das Constituições’, entendidos como valores jurídicos supremos da sociedade dotados de normatividade e vinculatividade.

A onipresença da Constituição se manifesta no efeito irradiante de seu conteúdo, repleto de valores, princípios e direitos fundamentais que servem como diretrizes para o exercício do poder público, influenciando profundamente as demais fontes do direito, inclusive o ato administrativo.⁶¹⁴

Deste modo, o administrador não deve apenas cumprir a lei (entendida) em sentido estrito, também a Constituição e todo o direito. Nesta medida, ressalta-se que a participação popular é direito fundamental que tem sua fundamentalidade material extraído do princípio democrático, conforme Adriana da Costa Ricardo Schier:

⁶⁰⁹ Martins alerta que apesar de não haver previsão expressa na Constituição Federal de 1988 que a Administração Pública está submetida à lei e ao Direito, reconhece-se ser uma regra implícita extraída de uma série de outros princípios constitucionais expressos. MARTINS, Ricardo Marcondes. **Efeitos dos vícios do ato administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 144.

⁶¹⁰ Cabe ressaltar apesar de superada pela doutrina a identidade que Kelsen propunha entre validade e existência, não tornou impróprio o seu conceito de validade. KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. BARUERI: Grupo GEN, 2021. *E-book*. ISBN 9788530994198.

⁶¹¹ FRANÇA, Vladimir da Rocha. Classificação dos atos administrativos inválidos no Direito Administrativo Brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, 2001, 226: 59-80. p. 66.

⁶¹² Como denota Schier, os princípios no positivismo jurídico tinham um caráter depreciativo e de “tampa-buraco” do sistema, já que “não passavam de conselhos éticos ou morais aos quais não estavam os legisladores vinculados”. SCHIER, Paulo Ricardo. **Direito constitucional**. Anotações nucleares. Curitiba: Juruá, 2001. p. 98

⁶¹³ SCHIER, Paulo Ricardo. Constitucionalização do direito no contexto da constituição de 1988. In: CLÉVE, Clémerson Merlin. (Org.). **Direito Constitucional Brasileiro**. 1ª. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 106

⁶¹⁴ *Ibidem*. p. 131.

Assim, o direito de participação administrativa em suas diversas acepções, constitui-se como um direito fundamental implícito no 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 Estado⁶¹⁵.

Neste jaez, conforme defendido no item anterior, a participação popular tem vinculação tanto formalmente, quando a lei a exige, e, sobretudo, materialmente em relação ao conteúdo extraído do debate. Logo, a validade do ato administrativo necessariamente perpassa pelo respeito ao princípio constitucional da participação administrativa que irá exigir a devida motivação do administrador público, a teor do art. 20, *caput* e parágrafo único da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro.

Isto posto, necessário analisar os efeitos do não cumprimento do princípio constitucional participativo no âmbito do ato administrativo. Como elucida Talamini⁶¹⁶, enquanto a eficácia é aferida desde o aperfeiçoamento do ato administrativo até a produção ou não dos seus efeitos, a validade é aferida no momento da emissão do ato administrativo. Assim, na análise da extinção do ato administrativo, a eficácia tem ressonância na discussão da revogação e a validade na invalidação. Portanto, em esfera diferentes, é possível a existência de atos válidos, mas ineficazes e atos inválidos, mas eficazes. Desta feita, o ato sempre deve ser existente ou perfeito, contudo, pode gerar repercussões diversas acerca da sua validade e eficácia⁶¹⁷.

À vista do exposto, no próximo item serão estudados os vícios do ato administrativo para lograr constituir a invalidade do ato administrativo que não respeita materialmente a participação popular.

4.3.2 Vícios do ato administrativo: invalidade do ato administrativo em despeito à vinculação material da participação popular

Sustentado anteriormente que a participação popular vincula o administrador

⁶¹⁵ SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **A Participação Popular na Administração Pública: O direito de reclamação**. São Paulo: Renovar, 2002. p. 34.

⁶¹⁶ TALAMINI, Daniele Coutinho. **Revogação do ato administrativo**. 2001. São Paulo: Editora Malheiros, 2002. p.35.

⁶¹⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 27ª ed. São Paulo: Malheiros. 2010. p. 389.

público em seu conteúdo de forma a alçar o cidadão ao papel de corresponsável na construção do ato administrativo, necessário analisar quais as consequências da não implementação da vontade popular pelo agente público.

Nesse contexto, se os atos administrativos são fundamentados em uma audiência pública viciada (ou melhor, desconsiderada), é razoável questionar a validade desses atos, uma vez que foram influenciados por um procedimento irregular que não deve prosperar para produzir efeitos na sociedade.

Quando a participação popular é comprometida por vícios, os resultados dessas consultas não refletem verdadeiramente a vontade coletiva e podem distorcer a democracia representativa. Portanto, a invalidação dos atos administrativos que não respeitaram o conteúdo da participação popular não apenas protege a legitimidade do ato, preserva a integridade do processo democrático e a confiança dos cidadãos nas instituições públicas.

Cabe, mais uma vez, lembrar que participação popular influencia o modelo de Estado a ponto de se tornar um pressuposto deste, o desrespeito do Estado à vontade da população⁶¹⁸, expressa por meio da participação direta por ele mesmo proposta, vicia o ato administrativo, tornando-o nulo. Assim, para o modelo de Estado adotado por nossa Constituição Federal, não basta cumprir os procedimentos formais de participação popular apenas ouvindo a população. É essencial que o resultado da deliberação influencie efetivamente o ato administrativo; caso contrário, estaremos diante de uma manipulação⁶¹⁹ por parte da Administração Pública, que formula uma participação fictícia, fingindo atender aos anseios da população e pseudolegitimando seus atos.

Alguns esclarecimentos prévios acerca dos vícios administrativos que levam à invalidação do ato administrativo são necessários. Uma primeira divergência no tema é em relação à terminologia adotada, Weida Zancaner relata que com algumas correntes preferindo o termo "invalidação" para abranger tanto os casos de nulidade quanto os de anulabilidade, enquanto outras fazem distinções mais precisas entre

⁶¹⁸ Cf. item 3.1

⁶¹⁹ Cf. ARNSTEIN, Sherry R. A ladder of citizen participation. In: **AIP Journal**, July 1969, p. 216/224.

esses conceitos⁶²⁰.

Patente é a lição de Martins⁶²¹ que o vício consiste em uma contrariedade ao Direito, e o Direito não tolera vícios, que devem ser regularizados, saneados ou eliminados. Palma⁶²² aponta que a invalidação dos atos jurídicos desconformes são uma medida de proteção ao direito e quanto mais sensíveis foram os bens, interesses e valores protegidos mais robusto será o desvalor aplicado.

Segundo França⁶²³, a invalidação de um ato administrativo produz dois efeitos jurídicos principais: o efeito declaratório da invalidade e o efeito constitutivo negativo da pertinência do ato administrativo. Com a invalidação, determina-se que a generalidade dos administrados deixe de reconhecer o ato invalidado como pertinente ao ordenamento jurídico.

No contexto do Direito Privado, as nulidades se dividem em atos nulos e anuláveis, de acordo com a intensidade do vício e o repúdio da ordem jurídica em relação a eles. No entanto, no Direito Administrativo, alguns doutrinadores aplicam a teoria monista, defendendo que os atos podem ser apenas válidos ou nulos, enquanto outros seguem a teoria dualista, admitindo também a anulabilidade⁶²⁴.

Para os adeptos da teoria monista, qualquer vício no ato administrativo resulta em sua invalidade total, sem distinção de graus. Por outro lado, os defensores da teoria dualista reconhecem a possibilidade de atos serem anuláveis, levando em consideração a gravidade do vício, o que pode implicar na adoção do instituto da convalidação, permitindo que o ato seja validado posteriormente⁶²⁵.

Assim, invalidação de um ato administrativo ocorre quando este se mostra em

⁶²⁰ “os atos ilícitos, quando em desacordo com as exigências normativas, serão inválidos, podendo ser nulos ou anuláveis, dependendo do repúdio que a ordem jurídica tenha em relação a eles”. ZANCANER, Weida. **Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos**. 2.ed. São Paulo. Malheiros, 1996. p. 90.

⁶²¹ MARTINS, Ricardo Marcondes. **Efeitos dos vícios do ato administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 139.

⁶²² PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Atividade normativa da administração pública: estudo do processo administrativo normativo**. 2014. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de São Paulo. 2014. p. 111.

⁶²³ DA ROCHA FRANÇA, Vladimir. Classificação dos atos administrativos inválidos no Direito Administrativo Brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, 2001, 226: 59-80. p. 69.

⁶²⁴ ZANCANER, Weida. Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos. 2.ed. São Paulo. Malheiros, 1996.

⁶²⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**, 12. ed., São Paulo: Malheiros, 2000.

desacordo com as normas jurídicas que o regem, sendo que, esse desfazimento retroage à data de sua criação, produzindo efeitos *ex tunc*⁶²⁶. Tanto o Poder Judiciário quanto a própria Administração têm competência para invalidar esses atos, buscando restaurar a ordem jurídica violada ⁶²⁷.

A sistematização dos vícios se dá por meio dos elementos e pressupostos do ato administrativo, não por outro motivo foram expostos anteriormente neste trabalho⁶²⁸. A classificação adotada por este trabalho foi a de Celso Antônio Bandeira de Mello⁶²⁹, que diferencia os elementos, que determinam a existência do ato, e os pressupostos, que delineiam os pressupostos de validade⁶³⁰. Assim, cabe lembrar que sujeito e conteúdo são elementos do ato, de forma que compõe a existência ou perfeição do ato administrativo. Já os pressupostos são de cinco dimensões: pressuposto subjetivo (sujeito); pressuposto objetivo (motivo e requisitos procedimentais); pressuposto teleológico (finalidade); pressuposto lógico (causa) e pressuposto formalístico (formalização).

Martins⁶³¹ aponta que é no pressuposto formalístico que a participação popular terá sua repercussão mais significativa. Ele esclarece que a forma exige não apenas a realização da audiência pública, mas também a motivação, ou seja, a exposição detalhada dos motivos que fundamentaram a decisão final administrativa. Desta feita, “o conteúdo da motivação dos atos conclusivos do processo administrativo apresenta importante peculiaridade: deve, necessariamente, conter o exame de todos os elementos trazidos aos autos do processo administrativo pelos administrados”⁶³²

Tal assertiva é igualmente aplicada aos procedimentos de defesa,

⁶²⁶ VITTA, H. G. Invalidação dos atos administrativos. **Revista de Direito Administrativo**, [S. l.], v. 220, p. 35–51, 2000. DOI: 10.12660/rda.v220.2000.47525. p. 49.

⁶²⁷ ZANCANER, Weida. **Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos**. 2.ed. São Paulo. Malheiros, 1996.

⁶²⁸ Cf. item 4.1.2

⁶²⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**, 12. ed., São Paulo: Malheiros, 2000.

⁶³⁰ Martins entende que não são pressupostos de validade, mas sim de regularidade, eis que para o autor nem todo ato viciado é inválido já que mesmo na ausência de alguns desses pressupostos o ato mantém a sua validade. MARTINS, Ricardo Marcondes. **Efeitos dos vícios do ato administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 148.

⁶³¹ MARTINS, Ricardo Marcondes. **Efeitos dos vícios do ato administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 235.

⁶³² MARTINS, Ricardo Marcondes. **Efeitos dos vícios do ato administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 246.

caracterizado pela existência de litígio entre o administrado e a Administração Pública, e procedimentos de participação, que permitem ao administrador contribuir com os elementos que considerar pertinentes para a decisão final.⁶³³

Assim, sustenta Martins⁶³⁴ que vigora para o Administrador Público um dever similar ao do juiz no processo jurisdicional de examinar todos os elementos trazidos pelo administrado e justificar o afastamento ou acolhimento. E alerta, basta que um único elemento trazido pelo administrado seja ignorado para o que o ato seja viciado.

Corroborando com a posição de Martins, a já mencionada alteração legislativa no art. 20 da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro em 2018⁶³⁵, ao determinar que o administrador público demonstre na motivação a necessidade e adequação do ato administrativo, especialmente em face de possíveis alternativas. Não menos importante, o art. 50 da Lei de Processos Administrativos em seu parágrafo primeiro ao prever que a concordância com os fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas são parte integrante do ato. Logo, do cotejo dos dispositivos legais resta claro o dever de o administrador público examinar todos os elementos trazidos na deliberação pública e que estes passam a compor o ato administrativo.

Portanto, a motivação deve refletir de maneira clara e transparente as contribuições e preocupações expressas pela população durante o processo participativo, garantindo que a deliberação administrativa não só respeite os procedimentos legais, mas também incorpore efetivamente a vontade popular. Isso assegura que o ato administrativo seja não apenas formalmente válido, mas também materialmente legítimo.

Neste sentido, Figueiredo⁶³⁶, no âmbito das audiências públicas, relembra que

⁶³³ MARTINS, Ricardo Marcondes. **Efeitos dos vícios do ato administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 246.

⁶³⁴ MARTINS, Ricardo Marcondes. **Efeitos dos vícios do ato administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 246.

⁶³⁵ Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

⁶³⁶ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Instrumentos da administração consensual. A audiência pública e sua finalidade. **Revista de Direito Administrativo**, v. 230, p. 237-250, 2002. p. 245.

a participação popular não pode ser apenas formal e determina que as decisões sejam construídas de forma dialógica e não autoritária, sob pena de todo o procedimento ser invalidado.

A teor do que foi defendido anteriormente neste trabalho⁶³⁷, cabe lembrar que o direito fundamental à participação popular determina que na identificação do interesse público é dever do Administrador Público cumprir com os anseios manifestados nos instrumentos participativos e apenas pode afastá-los quando impertinentes⁶³⁸. Nesta medida, é inválido o ato administrativo que não cumpre com a vinculação material no âmbito do pressuposto formalístico de motivação.

No âmbito da vinculação formal da participação popular (obrigação de implementar), Justino de Oliveira⁶³⁹ assevera que haverá distinção quanto a sua não realização a depender da obrigatoriedade legal. Explica que se a lei determinar a realização da audiência pública e esta não for implementada, o processo será viciado e a decisão administrativa inválida. Se a promoção da audiência pública foi facultativa e a Administração não a realizar, não haverá qualquer consequência. Contudo, o ponto de chave, se for facultativa, mas a Administração Pública optar pela sua realização, está se torna obrigatória e a sua não consecução torna o processo maculado e nulo o provimento final.

A mesma lógica pode ser aplicada à vinculação material da participação popular (obrigação de implementar a vontade popular manifestada). Se a lei impõe a prevalência da vontade popular, como nos casos visto dos conselhos deliberativos e Plebiscitos administrativos, e a Administração não a observa, haverá nulidade da decisão. Conclusão não poderia ser outra quando, apesar de não exigido legalmente o implemento da vontade popular, a Administração Pública convoca a sociedade para deliberar, resta vinculada à deliberação ocorrida no âmbito desta.

Gordillo⁶⁴⁰ defende que o cumprimento defeituoso de realização de audiência

⁶³⁷ Cf. item 4.2.2.

⁶³⁸ Consideram-se argumentos impertinentes passíveis de afastamento os interesses egoísticos, desconectados, equivocados, ilegais e irrelevantes para o contexto da decisão e do interesse público.

⁶³⁹ OLIVEIRA, G. H. J. de. As audiências e o processo administrativo brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, [S. l.], v. 209, p. 153–167, 1997. DOI: 10.12660/rda.v209.1997.47049. p. 163-164.

⁶⁴⁰ GORDILLO, Agustín. **Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas**, Buenos Aires, F.D.A., 2014. p. 458.

pública, ao menos no aspecto formal, é causa de nulidade absoluta e insanável do ato. Raciocínio que pode ser ampliado para a vinculação material da participação popular. A invalidação dos atos que se fundamentam em uma audiência pública viciada é uma medida necessária para garantir a observância dos princípios constitucionais e legais que regem a Administração Pública. Afinal, a legalidade e a legitimidade dos atos administrativos são pilares fundamentais do Estado de Direito, e qualquer desvio desses princípios compromete a ordem jurídica e a confiança dos cidadãos nas instituições públicas.

Também Palma⁶⁴¹ aponta que a violação ao direito de participação desencadeia o regime de validade mais severo que aponta para a nulidade do ato administrativo, pois “referidos direitos integram o estatuto da cidadania, na perspectiva do *status activus processualis*, traduzindo, assim, direitos fundamentais do cidadão”.

No domínio do ambiente, já se viu que a tragédia dos bens comuns reclama, justamente, um reforço dos meios de tutela de bens ecológicos em sua dimensão objetiva. Isto se faz não só pela ampliação dos sujeitos legitimados a participar da tutela do ambiente, como também pelo reforço do regime jurídico dessa participação. Não há dúvida que a efetividade dos direitos de participação depende da intensidade das sanções articuladas à sua inobservância e, neste sentido, já se disse que hierarquizar as duas vertentes da participação, deixando em plano inferior aquela puramente cívica, importa em enfraquecer as possibilidades de tutela dos bens comuns, negligenciando-se a tragédia anunciada. Por tais razões, somos de opinião de que, em linha de princípio, o conteúdo essencial dos direitos de participação deva estar articulado com a sua perspectiva cívica (tanto quanto com a sua perspectiva garantística), consagrando o ser humano como a terceira margem do rio, isto é, como guardião dos bens ambientais em prol da própria humanidade (presentes e futuras gerações). Com efeito, a posição aqui adotada além de encontrar abrigo normativo no contexto do Estado Constitucional Ecológico, também traduz um mecanismo necessário, adequado e proporcional de (reforço da) tutela do ambiente, em sua dimensão objetiva.⁶⁴²

Conclui-se, portanto, que o desrespeito à participação popular no aspecto material vinculativa ao administrador é causa de invalidação do ato administrativo no âmbito do pressuposto formal no que concerne à sua motivação, impassível de

⁶⁴¹ PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Atividade normativa da administração pública: estudo do processo administrativo normativo**. 2014. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de São Paulo. 2014. p. 112.

⁶⁴² PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Atividade normativa da administração pública: estudo do processo administrativo normativo**. 2014. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de São Paulo. 2014. p. 114

convalidação, com fundamento no parágrafo único do art. 1º da Constituição Federal, no art. 20, caput e parágrafo único, da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro e do art. 50, caput, inciso I e § 1º, da Lei 9.784/99.

Desta feita, a hipótese elenca na introdução que “a participação popular quando realizada compõe o ato administrativo enquanto pressuposto, de forma que a deliberação travada na esfera pública deve ser considerada na formulação do ato administrativo que a sucede a se tornar vinculativa e, por fim, o ato administrativo que não observe a conclusão da deliberação é inválido” restou comprovada pela pesquisa

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Falar, ser ouvido e respeitado. A participação dos cidadãos da esfera pública é seu direito fundamental e, além disso, implementa o modelo de Estado Democrático de Direito tecido pela Constituição Federal de 1988. Nesse contexto, afirmar que o cidadão tem o direito de participar ativa e diretamente das decisões públicas pouco acrescenta ao que já está consagrado constitucionalmente. O cidadão merece mais do que apenas participar ou deliberar, merece ser ouvido. Não apenas ouvido, o cidadão tem o direito de expressar suas aspirações para si e para a sociedade para além da vontade de qualquer agente público ou do ente que o supostamente representa.

Essa foi a perspectiva diante a qual o presente trabalho foi desenvolvido para responder ao seguinte problema de pesquisa: há vinculação da *'ratio decidendi deliberativa'* da participação popular no ato administrativo que a sucede? A ausência de influência da participação popular no ato administrativo implica em sua nulidade?

Com o intuito de responder ao questionamento, a tese tentou demonstrar que o Estado brasileiro pode implementar uma democracia com aspectos deliberativos e com a valorização do cidadão na interpretação da constituição.

Ao longo da pesquisa foi possível explorar os fundamentos teóricos do papel da população na criação do Estado Democrático, considerando as contribuições de pensadores como John Rawls e Jürgen Habermas. Ficou evidente que a simples participação popular na formulação das políticas públicas não era suficiente para garantir a sua legitimidade, era necessária uma discussão efetiva entre o poder público e a população.

A democracia deliberativa é considerada um modelo que promove tipo de interação de forma conjunta e inclusiva, com troca compartilhada de razões e argumentos. Nesta medida, a importância de garantir condições básicas de igualdade e liberdade no mundo material também é reconhecida. A participação cidadã é demorada e exige esforço da população e da Administração Pública, por isso sua eficácia está diretamente relacionada ao reconhecimento e respeito aos resultados da discussão no documento oficial final.

Tomando isso como certo, a pesquisa realizada buscou avaliar se a falta de associação entre os resultados da discussão no ato administrativo levaria ou não à sua nulidade, enfatizou a importância de considerar a contribuição popular na criação de decisões públicas. A nulidade do ato administrativo, neste contexto, não é apenas o reconhecimento da legitimidade da participação popular, mas também a oportunidade de estreitar os laços entre o governo e a comunidade, a fim de encontrar soluções eficazes para os problemas coletivos.

A democracia deliberativa na formulação de leis públicas é um aspecto significativo do Estado democrático de direito. Desde a promulgação da Constituição Federal em 1988, o Brasil obteve relativo sucesso no estabelecimento de mecanismos que promovam a democracia e incentivem uma maior integração social. No entanto, apesar dos avanços acima elencados, ainda existem problemas significativos quanto à eficácia e legitimidade destes mecanismos, especificamente no que diz respeito à ligação entre a participação popular e as decisões governamentais. A falta de uma associação significativa entre os resultados dos processos participativos e as políticas públicas implementadas tem levado a questionamentos sobre a legitimidade e a importância destes mecanismos no processo de tomada de decisão do Estado.

A dissertação de mestrado que deu origem a esta pesquisa examinou a eficácia da participação popular na formulação de políticas públicas municipais de acordo com os princípios da democracia deliberativa. Através da análise de experiências concretas específicas de participação em diferentes ambientes locais, a investigação identificou obstáculos e oportunidades para melhorar uma participação mais significativa e poderosa. A principal conclusão foi que a simples participação dos cidadãos no desenvolvimento de políticas públicas não é suficiente para garantir a legitimidade ou validade dessas políticas. É crucial que os resultados da discussão entre os funcionários do governo e o público sejam reconhecidos e incorporados de forma eficaz nas decisões do governo.

A presente investigação tenta expandir este assunto, explorando mais detalhadamente o papel do popular no contexto do constitucionalismo democrático e do Estado de Direito. O segundo capítulo discute a ligação entre democracia e constitucionalismo, centra-se na importância do papel eleito popularmente na criação

e validação do Estado. Serão incorporadas algumas leituras sobre a discussão pública, tanto no liberalismo de John Rawls quanto na teoria da discussão democrática de Jürgen Habermas. Na conclusão deste capítulo será feita uma discussão sobre a exigência de um papel de destaque na construção do Estado, serão destacados os desafios e possíveis soluções para uma democracia mais eficaz e participativa.

O primeiro subtítulo descreve a ligação intrínseca e tensa entre democracia e constitucionalismo, destaca a forma como o Estado moderno foi formado por princípios democráticos e constitucionais. O tema da tensão entre democracia e direitos fundamentais denota a tensão entre a soberania popular e a sua limitação por direitos fundamentais. Tentou-se a partir das lições de Nimer Sultany estabelecer uma visão geral da doutrina estrangeira sobre o tema, acerca da existência, inexistência ou irreconciliação entre a democracia e o constitucionalismo.

No segundo subtítulo, são discutidas algumas leituras sobre a discussão pública no contexto do liberalismo de John Rawls. A importância da democracia no centro da teoria da justiça de Rawls é aparente; esta teoria centra-se na necessidade de justificação pública das ações políticas. A justificação pública das decisões é crucial para garantir que as decisões sejam tomadas tendo em mente toda a comunidade, considerando os interesses de cada cidadão. Além disso, são discutidas limitações significativas à discussão pública, essas limitações devem ser instituídas para garantir a proteção dos direitos fundamentais e evitar que ocorram comportamentos tirânicos da maioria sobre a minoria.

O terceiro subcapítulo discute algumas leituras sobre a democracia deliberativa de Jürgen Habermas, enfoca a importância da comunicação racional e da discussão pública na formação da intenção política. Habermas defende uma forma de democracia baseada na discussão e nos argumentos, o modelo envolve os cidadãos tendo a oportunidade de discutir preocupações comuns. Através da esfera pública, os indivíduos podem participar na formação de políticas públicas de forma participativa e inclusiva.

No quarto subcapítulo, é discutido o tema de como liderar o povo na construção do Estado por meio da teoria do Mark Tushnet. É importante notar que, apesar dos avanços na promoção de mecanismos participativos, ainda existem obstáculos

significativos a superar para garantir uma participação efetiva e democrática. O processo de democratização do Estado é mais extenso do que simplesmente aumentar o número de espaços de participação, mas também necessita da proteção das decisões políticas do interesse da maioria. Neste sentido, é crucial promover uma cultura cívica que valorize a participação dos cidadãos e a discussão pública como componentes fundamentais da democracia.

No terceiro capítulo, a participação pública em si foi o objeto de estudo. Percebeu-se que desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, o Brasil tem visto aumentos significativos no campo da participação popular e também retrocessos que abalaram o próprio instituto da participação popular. Traços de uma pós-democracia puderam ser observados, com a feição autoritária que o Estado apresenta após 2018 até 2022.

A variedade de públicos que participam no processo democrático e a necessidade de desenvolver interfaces recíprocas entre o governo e a sociedade civil realçam a dificuldade de manter relações entre o governo e a sociedade civil. Diferentes grupos sociais, organizações não governamentais e movimentos sociais têm diversas preocupações e perspectivas que devem ser consideradas nos processos de tomada de decisão. Como resultado, é crucial criar espaços de discussão e colaboração que facilitem a representação e expressão destas diversas opiniões, o que promoverá um governo mais inclusivo e legitimado pelo cidadão. Dessa forma, classificar os mecanismos de participação popular para compreendê-los, especialmente no que concerne à vinculação, foi de especial importância. Também a análise

A partir dessas categorias, é possível organizar os diferentes mecanismos de participação popular na administração pública, que se mobilizam para expressar suas demandas, interesses e opiniões sobre as questões públicas que os afetam, seja por meio de movimentos sociais, organizações da sociedade civil, conselhos, fóruns, audiências, consultas, orçamentos participativos, entre outros mecanismos. Eles buscam exercer o controle social sobre o Estado, fiscalizando, monitorando e avaliando as ações governamentais, bem como propor alternativas e soluções para os problemas coletivos.

Como parte final do segundo capítulo, a ineficácia da participação popular foi um assunto que mereceu um exame detalhado. Apesar de existirem disposições institucionais e legais que promovem a participação popular, estes mecanismos são muitas vezes subutilizados ou mal utilizados para beneficiar a elite do poder político. Isto leva a uma participação superficial e dissociada que tem pouco impacto significativo nas políticas ou práticas governamentais. Além disso, a falta de transparência e de responsabilização diminui a eficácia da participação popular, o que diminui a confiança dos cidadãos nas instituições democráticas. Falta de informação, resistência e a fragmentação e manipulação dos cidadãos são desafios a serem enfrentados.

A implementação de processos participativos eficazes depende tanto de uma mudança estrutural no governo como de uma mudança na cultura política e na consciência da população. É crucial aumentar a propensão dos cidadãos para participarem no processo político, proporcionando-lhes os instrumentos, conhecimentos e recursos necessários para participarem de forma produtiva e informada. Isto abrange investimentos na educação comunitária, igualdade de acesso à informação e tecnologia e fortalecimento da sociedade civil e das organizações comunitárias.

Em última análise, a participação popular no Brasil é um empreendimento complexo e multifacetado que exige um compromisso consistente com a promoção da igualdade, da justiça e da democracia. É crucial reconhecer e superar os obstáculos e desafios que impedem eficaz e inclusivo participação, como resultado, todos os cidadãos devem ter a oportunidade de participar na construção de uma sociedade mais justa e democrática.

O quarto capítulo, e último capítulo, intentou dar uma resposta às dificuldades enfrentadas pela ineficácia da participação popular. Não é necessário que se forneçam novos mecanismos participativos ou criação de institutos novos a fornecer a efetividade, basta que a Administração Pública tenha que efetivamente implementar a vontade da popular para que uma nova etapa surja com a seriedade que a democracia deliberativa demanda.

O indivíduo ultrapassa o estigma de ser súdito para lograr status de efetivo cidadão participe da vida pública para buscar a sociedade justa, fraterna e solidária que a Constituição Federal de 1988 preconiza como seu objetivo. Assim o diálogo dá a abertura necessária para que as ações sejam tomadas em conformidade com os anseios de seus maiores interessados e atingidos. Uma Administração Pública autoritária que formula atos administrativos unilaterais é deixada para trás para cumprir com o princípio da juridicidade. A Administração Pública tem o dever de agir conforme o ordenamento jurídico como um todo, a lei é apenas um desses elementos. Portanto, deve observar todos os princípios constitucionais e, especial para este trabalho, o direito fundamental à participação popular. Assim, se a Administração Pública é a mandatária do povo e se expressa por meio de atos administrativos, quando o detentor do poder quer se fazer ouvir, deve ser respeitado.

Assentadas as premissas iniciais sobre ato administrativo a partir de um modelo de Administração Pública Dialógica e plasmada na Constituição Federal de 1988, os elementos e pressupostos do ato administrativo contemplam a participação popular deliberada.

Especialmente nos pressupostos subjetivo (sujeito), finalístico (finalidade) e de motivação, a participação popular tem grande reverberação. Primeiramente, a participação cidadã nas decisões públicas está intrinsecamente ligada à legitimidade do exercício da competência administrativa, ou seja, em uma democracia deliberativa, os cidadãos não são apenas espectadores das decisões governamentais, mas agentes ativos na formulação e implementação das políticas que afetam suas vidas. Nesse sentido, a participação cidadã não apenas complementa a competência do gestor público, mas a fundamenta, conferindo-lhe uma base sólida de representatividade e responsabilidade. Afinal, a legitimidade do poder público deriva do consentimento dos governados e a participação cidadã é uma expressão direta desse consentimento.

No que concerne à finalidade do ato administrativo, é uníssono que a Administração Pública deva buscar o interesse público. Neste sentido, a participação popular colabora com a identificação da finalidade do ato a proteger o interesse não de apenas uma pessoa, um apunhado de pessoas ou do administrador, mas de toda

a sociedade. A participação popular também aprimora a identificação da proporcionalidade das decisões públicas, pois a população local possui um conhecimento íntimo das suas próprias necessidades e realidades. Ao integrar as perspectivas da comunidade no processo decisório, os gestores públicos podem garantir que suas ações sejam verdadeiramente proporcionais e adequadas às demandas locais, contribuindo para uma administração mais justa, eficiente e legitimada pelo consentimento dos governados.

Por fim, é na motivação do ato administrativo que a participação popular se concretiza, uma vez que o Administrador tem o dever de expor os motivos que fundamentam o ato administrativo. O ato administrativo elaborado por meio de uma processualidade deve cumprir com a Lei de Processos Administrativos, Lei nº. 9.784/99, que determina no seu artigo 3º a possibilidade de interessados formularem alegações e juntarem documentos antes de uma decisão, bem como o art. 50, que exige a motivação do ato administrativo que negue, limite ou afete direitos e interesses. A obrigatoriedade de a participação popular constar ato administrativo ainda pode ser extraída do parágrafo primeiro do art. 50 ao estabelecer que a motivação deve ser explícita clara e congruente, podendo consistir em concordância com fundamentos de anteriores informações, decisões ou propostas. Vai-se além, é dever do administrador motivar não apenas quando concorda com decisões e propostas efetuadas no âmbito do processo administrativo, mas principalmente quando não considera. Afinal, vige o princípio da impessoalidade, pelo qual o administrador deve explicitar que não agiu de maneira interessada egoisticamente.

De início, já se constata que todo ato administrativo formado com convocação da participação popular certamente negará, limitará ou afetará direitos e interesses, não por outro motivo os cidadãos são convocados a participar e têm interesse em estarem na esfera pública.

Ademais, essencial colacionar a aplicação do art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), com novel redação instituída pela Lei nº 13.655/2018, segundo qual na esfera administrativa não é possível decidir com fundamento em valor jurídico abstrato sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. O 'interesse público' é um valor jurídico abstrato que não pode

ser invocado como argumento desprovido de justificativa e apontamento das consequências da sua aplicação, de forma que nenhuma decisão concreta pode ser extraída desse valor diretamente⁶⁴³. O parágrafo único do art. 20 também galga relevância ao determinar que a motivação deverá demonstrar a necessidade e a adequação da medida imposta, inclusive em face das possíveis alternativas. É nesta medida que a participação popular contribui para a aferição do conteúdo do interesse público e deve ser expressamente considerada na motivação em todos os seus pontos.

Outrossim, o § 1º do art. 50 da Lei nº. 9.784/99 expressa prevê que os atos anteriores que influenciaram o ato administrativo passam a integrar o próprio ato, de modo que todos os elementos trazidos no bojo da participação devem ser enfrentados e passam a compor a estrutura do ato administrativo.

Percorridos os pressupostos do ato administrativo, regata-se a classificação da participação popular enquanto vinculante e não vinculante. Como já explorado anteriormente, o cidadão quer falar e ser ouvido. Assim, observa-se que a participação pode ser vinculante em um aspecto formal, ou seja, da necessidade do mecanismo participativo ser utilizado na construção processualizada do ato administrativo. E, em um segundo momento, que esta participação popular seja ouvida e respeitada, ao requer a efetivação das demandas explicitadas pelo povo no âmbito do ato administrativo.

No âmbito da vinculação formal, observa-se que a participação apenas é obrigatória quando exigida por meio de previsão legal. Para os demais casos, há “permissivo genérico” nos artigos 32, 33 e 34 da Lei Federal de Processo Administrativo, Lei nº. 9.784/99.

A maior discussão, primeiro problema da presente tese, reside na vinculação material, isto é, realizada a deliberação no espaço de abertura democrática, a razão da deliberação, enquanto força do melhor argumento, deve ser obrigatoriamente cumprida pela Administração Pública. O direito à participação fortalece o princípio democrático no contexto do Estado Social e Democrático de Direito e está sujeito ao

⁶⁴³ JUSTEN FILHO, M. Art. 20 da LINDB - Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas. **Revista de Direito Administrativo**, [S. l.], p. 13–41, 2018. DOI: 10.12660/rda.v0.2018.77648. p. 23.

regime de direitos fundamentais. Assim, o direito de participação concretiza o Estado Democrático de Direito, um princípio estruturante da República Federativa do Brasil, e, portanto, acobertado pelo regime de direitos fundamentais. Assim, não apenas nas modalidades de participação popular que a lei determina a sua vinculação expressa, é possível extrair que a participação popular demanda uma nova metodologia decisória para garantir o direito fundamental à participação popular.

A metodologia decisória proposta se consubstancia na inversão do ônus do administrador público na motivação do ato administrativo, eis que este tem o dever de cumprir com os anseios sociais e somente poderá afastá-los se impertinentes. Por impertinentes, entende-se aqueles ligados à valorações pessoais pejorativas, o que os aproximam da figura do desvio de poder, também aqueles ilícitos e os irrelevantes (desconectado com o tema da discussão).

É neste ponto que a atividade da Administração Pública tem o maior relevo, pois a ela cabe efetuar uma averiguação oficiosa dos interesses e realizar a sua filtragem no próprio âmbito deliberativo, antes mesmo da elaboração da redação final do ato administrativo.

Com efeito, a vinculação da administração à participação popular é o caminho para a existência de uma verdadeira participação popular, que irá cumprir com os princípios constitucionais da transparência, imparcialidade, motivação e a promoção do Estado Social e Democrático de Direito.

Sustentada uma nova metodologia para a consideração dos interesses emanados na esfera pública para o Administrador, que leva à vinculação material da participação popular, é consequência a invalidade do ato que não cumpre com a nova metodologia proposta. O desrespeito à participação popular no aspecto material vinculativa ao administrador é causa de invalidação do ato administrativo no âmbito do pressuposto formal no que concerne à sua motivação, impassível de convalidação, com fundamento no parágrafo único do art. 1º da Constituição Federal, no art. 20, caput e parágrafo único, da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro e do art. 50, caput, inciso I e § 1º, da Lei 9.784/99.

Em última análise, ficou demonstrado que a participação popular é crucial para a legitimidade e eficácia das políticas públicas num sistema verdadeiramente

democrático. Para que isso ocorra, é necessário um compromisso genuíno do Estado para promover processos transparentes, inclusivos e deliberativos que envolvam a participação dos cidadãos. Estes processos são caracterizados pela voz do cidadão ser ouvida e reconhecida. Só assim poderemos criar um Estado verdadeiramente democrático.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AARNIO, Aulis. **The Rational as Reasonable – A Treatise on Legal Justification**. Dordrecht: D. Reidel Publishing Company, 1987.

ADLER, Matthew; POSNER, Eric. Rethinking Cost-Benefit Analysis. **Yale Law Journal**, v. 109, p. 165-247, 1999.

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. 4^a ed. São Paulo: Landy Editora, 2017.

ALMEIDA, Canuto Mendes de. Outorgado o título de professor honorário ao Dr. Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 62, n. 2, p. 381-392, 1967.

AMAR, Vikram; TUSHNET, Mark V. (ed.). **Global perspectives on constitutional law**. Oxford University Press, 2009.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**, 3^a ed., Almedina: Coimbra, 2004.

ANTUNES, Luís Filipe Colaço. **A Tutela dos Interesses Difusos em Direito Administrativo**. Coimbra: Almedina, 1989.

ARNSTEIN, Sherry R. A ladder of citizen participation. In: **AIP Journal**, July 1969, p. 216/224,

ARAÚJO, Cícero. Legitimidade, justiça e democracia: o novo contratualismo de Rawls. **Lua Nova: Revista de Cultura e Política** [online]. 2002, n. 57.

ASENSI, Felipe Dutra; JUNIOR, Natália Pacheco. Legitimidade do direito, sociedade e estado: tensionando Habermas e o pluralismo jurídico. In: **VXII Encontro Preparatório Para o Congresso Nacional do Conpedi**. 2008.

AUDARD, Catherine. **Cidadania e democracia deliberativa**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2006.

AVRITZER, Leonardo. **Teoria democrática e deliberação pública em Habermas e Rawls**. Departamento de Ciência Política da UFMG. [online] Available from: <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/anpocs00/gt19/00gt1912.doc> [Accessed 5 March 2010], 2000.

_____. Sociedade civil e Estado no Brasil: da autonomia à interdependência política. **Opinião Pública**, Campinas, v. 18, n. 2, p. 383-398, nov. 2012.

AZEVEDO, Nilo Lima de; CAMPOS, Mauro Macedo; LIRA, Rodrigo Anido. Por que os conselhos não funcionam? Entraves federativos para a participação popular no Brasil. **Dilemas: Revista de Estudos de Conflito e Controle Social**. 2020, 13.02: 439-461.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Princípio Constitucionais do Processo administrativo disciplinar**. São Paulo: Max Limonad, 1998.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo administrativo disciplinar**. 3ª ed. Saraiva Educação SA, 2012.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A noção jurídica de interesse público no Direito Administrativo brasileiro. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). **Direito Administrativo e interesse público: estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 27ª ed. São Paulo: Malheiros. 2010.

_____. **Ato administrativo e direitos dos administrados**. Editora Revista dos Tribunais, 1981.

_____. Para uma teoria do ato administrativo unilateral. **Revista Trimestral de Direito Público – RTDP**, São Paulo, n. 58, p. 5863, 2013.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Jurisdição Constitucional: Entre constitucionalismo e democracia**. São Paulo: Editora Fórum, 2007.

BARDDAL, Fabiana Marissa Etzel; TORRES, Ricardo Lobato. Efetividade da participação cidadã nos conselhos municipais de Curitiba. urbe. **Revista Brasileira de Gestão Urbana**, 2020, 12: e20190045

BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito, **Revista da Emerj**, v. 9, n. 33, 2006.

BIM, Eduardo Fortunato. A autocontenção judicial no direito administrativo participativo: o caso das audiências públicas ambientais. **Revista Digital de Direito Administrativo**, [S. l.], v. 2, n. 1, p. 37–70, 2014. DOI: 10.11606/issn.2319-0558.v2i1p37-70. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/85642>.

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

BITENCOURT, Caroline Müller. Controle social: entre aspirações e realidades.” In: **Direito Administrativo, Políticas Públicas e Estado Sustentável**. Organizadores: Adriana da Costa Ricardo Schier; Caroline Müller Bitencourt, Curitiba: Íthala, 2020.

_____. **Acesso à informação para o exercício do controle social: desafios à construção da cultura de transparência no Brasil e diretrizes operacionais e legais para os portais no âmbito municipal**. 2019. Relatório não publicado (Pós-doutorado em Direito) – Programa de Pós-graduação em Direito. Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2019.

BITENCOURT, Caroline Müller; RECK, Janriê Rodrigues. Políticas públicas de Governo e de Estado – uma distinção um pouco complexa: necessidade de diferenciação entre modelos decisórios, arranjos institucionais e objetivos de políticas públicas de Governo e Estado. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, v. 12, n. 3, p. 631-667, set./dez, 2021. doi: 10.7213/rev.dir.econ.soc.v12i3.28105).

_____. Formulação e execução de políticas sociais no cenário brasileiro a partir de uma ação comunicativa: Atores sociais. In: BITENCOURT, Caroline Müller; RECK, Janriê Rodrigues. **Abordagens Epistemológicas sobre Democracia, Políticas Públicas e Controle Social**. Santa Cruz do Sul: Essere Nel Mondo, 2018, 64-83.

_____. Os Desafios do Acesso à Informação e o Controle Social no Estado Pós-Democrático: normalidade ou exceção?. **Sequência** (Florianópolis) [online]. 2020, n. 84 pp. 183-208. Disponível em: <<https://doi.org/10.5007/2177-7055.2020v43n84p183>>.p. 197.

BITENCOURT, Caroline Müller; PASE, Eduarda Simonetti. A necessária relação entre democracia e controle social: discutindo os possíveis reflexos de uma democracia “não amadurecida” na efetivação do controle social da administração pública. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 2, n. 1, p. 293-311, jan./abr. 2015. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v2i1.43663>

BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1999.

----- **Teoria constitucional da democracia participativa** (por um Direito Constitucional de luta Resistencia Por uma nova hermenêutica Por uma repolitização da legitimidade). 3º ed. *São Paulo*: Malheiros, 2008.

BRESOLIN, Keberson. Klaus Günther e a nova perspectiva sobre a teoria da argumentação: justificação e aplicação//Klaus Günther and the new perspective on the argumentation theory: justification and application. **CONJECTURA: filosofia e educação**, 2016, 21.2.

BOBBIO, Norberto. **A teoria das formas de governo**. Brasília: editora UnB, 1985, 4ª edição. CICERO.

_____. **Estado, governo, sociedade: Para uma teoria geral da política**. Editora Paz e Terra. 1988.

BOURGES, Fernanda Schuhli. Administração Pública digital: expansão e resgate da participação dos cidadãos – perspectivas sobre o Sistema “fala.br”. In: **Direito Administrativo, Políticas Públicas e Estado Sustentável**. Organizadores: Adriana da Costa Ricardo Schier; Caroline Müller Bitencourt, Curitiba: Íthala, 2020.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

_____. Gestão democrática da cidade. In: DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio (Coord.). **Estatuto da Cidade: comentários à Lei Federal 10.257/2001**. São Paulo: Malheiros, 2002.

CABANNES, Yves. Participatory budgeting: a significant contribution to participatory democracy. **Environment and Urbanization**, v. 16, n. 1, p. 27-46, 2004.

CAMPOS, Anna Maria. Accountability: quando poderemos traduzi-la para o português?. **RAP – Revista de Administração Pública**. v. 24, n° 2, p. 30-50, fev./abr. 1990.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

CARDOSO, Gabriela Schardosim. **Motivação e fundamentação dos atos administrativos**. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade Superior do Ministério Público. Porto Alegre. 2019.

CASARA, Rubens RR. **Estado pós-democrático: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis**. Editora José Olympio, 2017.

CASTELLS, Manuel. **Redes de Indignação e Esperança. Movimentos sociais na era da Internet**. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 271 páginas, 2013.

CASTRO, Isabella Silveira. Por uma compreensão da teoria do fato jurídico de Pontes de Miranda afinada ao pensamento integral do autor: da definição à aplicação do direito. **Revista Eletrônica da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro - PGE-RJ**, Rio de Janeiro, v. 4n. 2, maio./ago. 2021. Tomo I. 2. §9.1, p. 84 e Tomo IV, §356-1,

CASTRO, Jorge Abrahão de; RIBEIRO, José Aparecido Carlos. As políticas sociais e a Constituição de 1988: conquistas e desafios. In: **IPEA. Políticas sociais: acompanhamento e análise vinte anos da Constituição federal**. Brasília: Ipea, 2009.

CAVALCANTI, Eugênia Giovanna Simões Inácio. **O dever de motivar os atos administrativos como princípio implícito na Constituição Federal**. 2004. Mestrado (em Direito). Universidade Federal de Pernambuco. 2004

CHICOSKI, Davi. A legalidade administrativa e a crise do positivismo jurídico. **RDDA**, vol. 3, n. 1, 2016.

CHUEIRI, Vera Karam de; GODOY, Miguel G.. Constitucionalismo e democracia: soberania e poder constituinte. **Rev. direito GV**, São Paulo, v. 6, n. 1, p. 159-174, junho, 2010.

CICONELLO, Alexandre. **Participação social na administração pública federal: desafios e perspectivas para a criação de uma política nacional de participação**. Brasília: Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, 2012.

CLÉVE, Clémerson Mérlin. O Cidadão, a Administração Pública e a Nova Constituição. **Revista Informação Legislativa**, Brasília, ano 27 n. 106 abr./jun. 1990.

COHEN, Joshua. For a democratic society. In FREEMAN, Samuel Richard (ed.). **The Cambridge Companion to Rawls**. Cambridge: Cambridge University Press.

COLET, Charlise Paula; COITINHO, Viviane Teixeira Dotto. O PODER LOCAL COMO ESPAÇO DE ARTICULAÇÃO DA CIDADANIA E CONSTRUÇÃO DO DIREITO SOCIAL: a refundação política do Estado Democrático pela ação comunicativa de Jürgen Habermas. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, 2011, 10.10: 137-163.

COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: um análises metateórico. In: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. Trotta: Madrid, 2003, p. 123-158.

CONSANI, Cristina Foroni. A democracia deliberativa habermasiana e o déficit de representatividade. **Dois Pontos**, v. 13, n. 2, 2016.

CHRISTMANN, L. L. O papel da audiência pública no licenciamento ambiental do osx-estaleiro/sc: “circo montado” ou gestão compartilhada do risco ambiental? desafios e possibilidades. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, v. 18, n. 18, p. 36–80, 2015. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/647>.

DA COSTA OLIVEIRA, Assis. Participação social nos conselhos de políticas públicas na “era Bolsonaro”: o caso do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente. **Interseções: Revista de Estudos Interdisciplinares**, [S. l.], v. 24, n. 1, 2022. DOI: 10.12957/irei.2022.68332. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/intersecoes/article/view/68332>.

DA CUNHA, Alan Vargas; FERREIRA, Marcelo Benetele. O CONTROLE JURISDICIONAL SOBRE O ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO: ANÁLISE DE CASO. **Revista Ibero-Americana de Humanidades, Ciências e Educação**, 2024, 10.3: 1110-1123.

DA SILVA MENDONÇA, Crystianne; MELO, Luiz Carlos Figueira. Dever fundamental de publicidade administrativa: uma análise sob a transparência pública na gestão estatal e a efetividade da participação popular nas ações da Administração Pública brasileira. **A&C – R. de Dir. Adm. Const.** | Belo Horizonte, ano 18, n. 71, p. 249-266, jan./mar. 2018. DOI: 10.21056/aec.v18i71.828.

DAHL, Robert A. **Sobre a democracia**. Brasília: Editora UnB, 2009.

DALLARI, Pedro B. de Abreu. **Institucionalização da participação popular nos municípios brasileiros**. Instituto Brasileiro de Administração Pública, Caderno n. 1, p. 13-51, 1996.

DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. **A nova razão de mundo: ensaio sobre a sociedade neoliberal**. São Paulo: Boitempo. Tradução de: Mariana Echalar. 2016.

_____. A “nova” fase do neoliberalismo. **Viento Sur**. Traduzido por IHU, 2019.

DE ALMEIDA, Luiz Eduardo Lemos. **Direito do consumidor e democracia no processo de outorga de concessão de serviço público**. Editora Dialética, 2021.

DE ARAUJO, Valter Shuenquener. Efeitos da inovação no Direito Administrativo brasileiro: queremos saber o que vão fazer com as novas invenções. **REVISTA QUÆSTIO IURIS**, [S. l.], v. 11, n. 3, p. 1687–1703, 2018. DOI: 10.12957/rqi.2018.32568.

DE OLIVEIRA, Nythamar. Mundo da vida, ethos democrático e mundialização: a democracia deliberativa segundo Habermas. **Dois Pontos**, 2008, 5.2.

DENHARDT, R. B.; DENHARDT, J. V. (2003). The new public service: Serving rather than steering. **Public administration review**, ed. 60, 549-559. 2003.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. INOVAÇÕES NO DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO. **Revista Opinião Jurídica (Fortaleza)**, Fortaleza, v. 3, n. 5, p. 202–222, 2005. DOI: 10.12662/2447-6641oj.v3i5.p202-222.2005. Disponível em: <https://periodicos.unichristus.edu.br/opiniaojuridica/article/view/2854>.

_____. Participação Popular na Administração Pública, **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, n. 191, p. 26-39, 1993.

DICKSTEIN, André Constant. **Participação pública na tomada de decisão ambiental**. 2019. PhD Thesis. Lisboa: Alameda da Universidade, 2019.

DUARTE, David António A. Procedimentalização, participação e fundamentação: para uma concretização do princípio da imparcialidade administrativa como parâmetro decisório. Coimbra: Almedina, 1996.

_____. Reflexos Procedimentais do Princípio da Imparcialidade Administrativa. **Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura. RDAI**, São Paulo: Thomson Reuters | Livraria RT, v. 5, n. 19, págs. 235/298, 2022.

DUSSEL, Enrique. Ética da libertação: na idade da globalização e da exclusão. 2.ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2002.

EVANS, Mark. Participação social: lições aprendidas da Europa. In: ANTERO, Samuel; A.; SALGADO, Valéria Alpino Bigonha (Org.). **Participação Social: textos para discussão**. Fundação Instituto para o Fortalecimento das Capacidades Institucionais - IFCI; Agência Espanhola de Cooperação Internacional para o Desenvolvimento - AECID; Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão – MPOG; e Editora IABS, Brasília-DF, Brasil.

FAGUNDES, Gabriel Lima Miranda Gonçalves; DUARTE, Luciana Gaspar Melquíades. As consultas públicas enquanto mecanismo de legitimação dos atos administrativos normativos. **Revista Opinião Jurídica**, Fortaleza, v. 20, n. 34, p. 1-29, maio/ago. 2022.

FARIA, Daniela Lopes de; ITO, Christian Norimitsu; COSTA, Inês Moreira da. Desconstruindo a ineficácia dos direitos sociais: por uma reconstrução dos direitos sociais democrática, participativa e transnacional. **Rev. Bras. Polít. Públicas** (Online), Brasília, v. 6, nº 1, 2016.

FERNANDES, André Dias; CAVALCANTE, Denise Lucena. Administração fiscal dialógica. **Revista de Direito Administrativo**, v. 277, n. 3, Rio de Janeiro, 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.12660/rda.v277.2018.77676>.

FERRAZ, Sérgio e DALLARI, Adilson Abreu. **Processo Administrativo**, 1. ed., 2. tiragem, São Paulo: Malheiros, 2002.

FERRAZ, Sérgio. Instrumentos de defesa dos administrados. *Revista de Direito Administrativo*. v. 165, p. 11-22, jul./set. 1986.

FERREIRA, Ana Mônica Medeiros. **Direito à cidade e participação popular na política urbana da cidade do Natal-RN: uma crítica sócio-jurídica ao direito**

urbanístico. 2019. 263f. Tese (Doutorado em Ciências Sociais) - Centro de Ciências Humanas, Letras e Artes, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2019

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 5^o Ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. Instrumentos da administração consensual. A audiência pública e sua finalidade. **Revista de Direito Administrativo**, v. 230, p. 237-250, 2002.

FRANÇA, Phillip G. **Controle da administração pública**. São José dos Campos: SRV Editora LTDA, 2016. *E-book*. ISBN 9788547204051.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. Políticas públicas e proibição do retrocesso social no direito administrativo brasileiro. In: ZOCKUN, Maurício; GABARDO, Emerson. **O direito Administrativo no Pós Crise**. 2021. Curitiba: Editora Íthala.

_____. Classificação dos atos administrativos inválidos no Direito Administrativo Brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, 2001, 226: 59-80.

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: Direito ao Futuro**. 2. Ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012.

_____. O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais. 5^a. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2013.

FOLGOSI, Rosolea Miranda. A participação social na regulação: as e consultas públicas: vinculação. **Revista do Direito da Energia**, são paulo, v. j. 1,

FUNG, Archon. Reinventing Democracy in Latin America. **Perspectives on Politics**, 2011, 9.04:

GARGARELLA, Roberto. El Nacimiento Del 'Constitucionalismo Popular. **Revista de Libros de La Fundación Caja Madrid**, no. 112, 2006, pp. 15–18.

GODOY, Miguel Gualano de. **Devolver a constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos interinstitucionais**. Tese (doutorado) - Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Defesa: Curitiba, 09/06/2015.

GORDILLO, Agustín. **Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas**, Buenos Aires, F.D.A., 2014

GOHN, Maria da Glória. Sociedade civil no Brasil: movimentos sociais e ONGS. **Revista Meta: Avaliação**, 2013, 5.14: 238-253.

GOMES, C. A. Participação pública e defesa do ambiente: Um silêncio crescentemente ensurdecido - monólogo com jurisprudência em fundo. **Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça**, [S. l.], v. 3, n. 9, p. 38–52, 2009. DOI: 10.30899/dfj.v3i9.470.

GOMES, M. F. Da aplicação da regra da proporcionalidade no controle da discricionariedade. **Revista do Direito Público**, [S. l.], v. 5, n. 1, p. 139–156, 2010. DOI: 10.5433/1980-511X.2010v5n1p139.

GOMES, Patrick Mariano. **Crítica da crítica da democracia: pós-democracia, exceção e choque segundo as formas sociais do capitalismo**. 2021. Tese (Doutorado em Filosofia e Teoria Geral do Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2021. doi:10.11606/T.2.2021.tde-22072022-114004.

GRASSI, Karine. **Plano Diretor e Audiência Pública: Legislação, doutrina e relatos de casos**. Lumen Juris, 2016

GUIMARÃES, Daniel Serra Azul. O dever de transparência e motivação da Administração Pública. LIVIANU, Roberto (Coord.). **Justiça, cidadania e democracia**. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisa Social, 2009.

GÜNTHER, Klaus. **Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: justificação e aplicação**. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**. Estudos de teoria política. São Paulo: Loyola, 2002.

_____, «Como es posible la legitimidad por vía de legalidad?», in HABERMAS, Jürgen, **Escritos Sobre Moralidad y Eticidad**, Barcelona, Buenos Aires, México, Paidós/ICE da Universidad Autónoma de Barcelona, 1998.

_____, **Consciência Moral e Agir Comunicativo**. 2 ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. Trad. Guido A. de Almeida.

_____. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. V. 1, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

_____. **Teoria de la acción comunicativa: racionalidad. de la acción y racionalización social**. Madrid: Taurus humanides, 1987.

_____. Through the Public use of Reason: Remarks on John Rawls's Political Liberalism' In: **The Journal of Philosophy** Vol. XCII, nº 3, March 1995.

HACHEM, Daniel Wunder. **Princípio constitucional da supremacia do interesse público**. Editora Fórum, 2011.

_____. A dupla noção jurídica de interesse público em Direito Administrativo. *A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, v. 11, n. 44, p. 59–110, 2011. DOI: 10.21056/aec.v11i44.220. Disponível em: <https://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/220>.

HEY MELO, Juliane Andrea de Mendes. **Democracia deliberativa e efetividade da participação popular na formulação de políticas públicas em sociedade local**. Dissertação. 2016. Centro Universitário do Brasil.

HEY MELO, Juliane Andrea de Mendes. **Democracia deliberativa, Efetividade da participação popular na formulação de políticas públicas em sociedade local**. São Paulo: Editora Uiclap, 2024.

HOROCHOVSKI, Rodrigo Rossi; CLEMENTE, Augusto Junior. Democracia Deliberativa e Orçamento Público: Experiências de participação em Porto Alegre, Belo Horizonte, Recife e Curitiba. *Revista de Sociologia e Política*, v. 20, n. 43, p. 127-157, 2012.

JACOBI, Pedro R. Políticas sociais locais e os desafios da participação cidadina. I **Seminário Nacional de Controle Social: a sociedade no acompanhamento da gestão pública**. Relatório Crítico. Brasília. Controladoria Geral da União. 2009.

JUSTEN FILHO, Marçal. O Direito administrativo de espetáculo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coords.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

_____. Art. 20 da LINDB - Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas. *Revista de Direito Administrativo*, [S. l.], p. 13–41, 2018. DOI: 10.12660/rda.v0.2018.77648.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. BARUERI: Grupo GEN, 2021. *E-book*. ISBN 9788530994198.

KIRSTE, Stephan. O Direito Humano Fundamental à Democracia. *Revista Direitos Fundamentais & Democracia*, 2016, n. 20 n. 20, p. 5-38.

KISSELER, L., HEIDEMANN, F. G. **Políticas públicas: fundamentos e instrumentos**. ENAP. 2006.

KONZEN STEIN, L.; LIMBERGER COSTA, D. A participação social na administração pública local: a construção da democracia deliberativa no município de Porto Alegre. *Revista Direitos Fundamentais & Democracia*, v. 5, n. 5, 2009. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/36>.

LANDERDAHL Christmann, L. Audiência pública ambiental: um instrumento democrático para a gestão compartilhada do risco ambiental. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, [S. l.], v. 9, n. 9, p. 54–90, 2011. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/56>.

LAVALLE, Adrian Gurza. SZWAKO, José. Origens da Política Nacional de Participação Social: Entrevista com Pedro Pontual. **Novos Estudos - CEBRAP** [online]. 2014, n. 99, pp. 91-104. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S0101-33002014000200005>>.

LEAL, Rogério Gesta. O ato administrativo e relação jurídica administrativa. **A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, p. 119–147, 2007. DOI: 10.21056/aec.v0i0.771. Disponível em: <https://revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/771>.

_____. Demarcações conceituais preliminares da democracia deliberativa: matrizes habermasianas. In: LEAL, Rogério Gesta, et al. **A democracia deliberativa como nova matriz de gestão pública: alguns estudos de casos**. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2011.

_____. Possíveis dimensões jurídico-políticas locais dos direitos civis de participação social no âmbito da gestão dos interesses públicos. In.: (Org.). **Administração pública e participação social na América Latina**. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2005,

LEMOS, Rafael Diogo D.; DE ALENCAR XAVIER, Yanko Marcius. Participação popular e eficiência nas agências reguladoras: fundamentos, limites e conflitos no âmbito do direito positivo. **Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos**, 2010, 3.01.

LEONE MARCO, N. ASPECTOS DA INICIATIVA POPULAR: "TÍMIDO" MEIO DE PARTICIPAÇÃO DEMOCRÁTICA. **FMU DIREITO** - Revista Eletrônica (ISSN: 2316-1515), [S. l.], v. 28, n. 41, 2014. Disponível em: <http://35.247.246.3/index.php/FMUD/article/view/510>.

LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. **Como as democracias morrem**. Rio de Janeiro: Zahar, 2018

LIPSET, Seymour Martin. Algunos requisitos sociales de la democracia: desarrollo económico y legitimidad política. In: AA.VV. **Diez textos básicos de ciencia política**. Madrid: Ariel, 2001.

LORENZETTO, Bruno Meneses; KOZICKI, Katya. Constituindo a constituição: entre paradoxos, razões e resultados. **Revista Direito GV**, v. 11, p. 623-648, 2015.

MAGALHÃES, Amanda Gomes. **Ativismo institucional e os desafios do estado: uma análise da política nacional de participação social**. 2016. 112 f., il. Dissertação (Mestrado em Ciência Política). Universidade de Brasília, Brasília, 2016.

MANIN, Bernard. Legitimidade e deliberação política. In.: WERLE, Denilson Luis; MELO, Rúrion Soares. **A democracia deliberativa**. São Paulo: Editora Singular, Esfera Pública, 2007, p. 15-45. p. 31.

MARRARA, Thiago. Consultas públicas: o que mudou com a LINDB?. **Revista Digital de Direito Administrativo**, v. 11, n. 1, p. 44-59, 2024.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A superação do ato administrativo autista. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (Org.). **Os caminhos do ato administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Regulação Estatal e Interesses Públicos**, São Paulo: Malheiros, 2002.

MARTINS, Ricardo Marcondes. **Efeitos dos vícios do ato administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. Crise do ato administrativo e a retomada de sua centralidade. **A&C-Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, v. 19, n. 75, p. 105-141, jan./mar. 2019.

_____. Teoria do ato administrativo nos trinta anos da Constituição de 1988: o que mudou?. **Revista de Investigações Constitucionais**, v. 6, n. 2, p. 449-477, 2019.

_____. As alterações da LINDB e a ponderação dos atos administrativos. **A&C-Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, ano 20, n. 79, p. 259-284, jan./mar. 2020.

MEDAUAR, Odete. **O Direito Administrativo em Evolução**. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MEDEIROS, Clayton Gomes. **Fomento Fiscal: diretrizes de controle como requisito para a efetivação do desenvolvimento sustentável e dos direitos fundamentais**. Tese (Doutorado em Direitos Fundamentais e Democracia). Centro Universitário Autônomo do Brasil – UniBrasil. Curitiba. 2023.

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

MELO, Rúrion. Discursos práticos e esfera pública: sobre as críticas de Thomas McCarthy a Jürgen Habermas. **Idéias**, 2016, 7.2: 81-98.

- MELLO, R. M. DE. Processo administrativo, devido processo legal e a Lei nº 9.784/99. **A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, p. 147–169, 2003.
- MENDES, D. C. V. R.. Representação política e participação: reflexões sobre o déficit democrático. **Revista Katálysis**, v. 10, n. 2, p. 143–153, jul. 2007.
- MIRANDA, Pontes. Tratado de Direito Privado, Tomo I. 2. §9.1, p. 84 e Tomo IV, §356-1.
- MODESTO, Paulo. Participação popular na administração pública: mecanismos de operacionalização. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**. Salvador, Instituto de Direito da Bahia, n.2, abr/maio/jun, 2005. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/rede-2-abril-2005-paulo%20modesto.pdf>.
- MOLITOR, André. Prefácio. In: DELPEREE, Francis (Org.). **Citoyen et administration**. Bruxelas: Bruylant, 1985.
- MONEDERO, Juan Carlos. Posdemocracia?: Frente al pesimismo de la nostalgia, el optimismo de la desobediencia. **Nueva Sociedad**, Buenos Aires, n. 240, p.68-86, ago. 2012.
- MONTEIRO, Rodrigo. Transparência e participação popular: ferramentas de contenção da corrupção, da ineficiência administrativa e da crise de legitimidade democrática do Estado brasileiro. Editora Dialética, 2022.
- MONTEIRO, Vera. Art. 29 da LINDB-Regime jurídico da consulta pública. RDA: Revista de Direito Administrativo, n. Especial, p. 225, 2018.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Audiências públicas. **Revista de Direito Administrativo**, v. 210, p. 11-23, 1997. p. 14.
- _____. O Direito Administrativo do século XXI: um instrumento de realização da democracia substantiva. **A&C R. de Dir. Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 11, n. 45, p. 13-37, jul./set. 2011.
- _____. Novas tendências da democracia: consenso e direito público na virada do século — o caso brasileiro. **R. Dir. Proc. Geral**, Rio de Janeiro, n. 57, p. 106-126, mar./maio 2008.
- MORÓN, Miguel Sánchez. El principio de participación en la Constitución española. **Revista de administración pública**, 1979, 89: 171-206.

_____. ELEMENTOS DE LA PARTICIPACION CIUDADANA. **Revista de estudios de la administración local y autonómica**, 1984, 37-46.

MOUFFE, C. Por um modelo agonístico de democracia. **Revista Sociologia Política**, Nov. 2005, no.25, p.11-23.

MOURA, Márcia Alane Fernandes de. **Participação popular no processo de formação das Leis**. Senado Federal. Universidade do Legislativo Brasileiro. Unilegis. Brasília, DF, 2008.

MOTTA, F. **O ato administrativo no direito inglês**. A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional, p. 71–99, 2003.

MURPHY, Walter F. Constitutions, constitutionalism and democracy. In: GREENBERG, Douglas; et al. (ed.). **Constitutionalism & democracy. Transitions in the contemporary world**. NY: Oxford Press, 1993. p. 3-25.

MUSSE, Mariana. **Desafios à participação popular no Brasil contemporâneo diante da realidade neoliberal e pós-democrática**, 2020. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-graduação da Faculdade Nacional de Direito, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2020.

NEF, J. Governing failure: Provisioning South Africa's clean water. **African Affairs**, 519-536. 2010.

NIGRO, Mario. Il nodo Della Partecipazione, **Rivista trimestrale di diritto e procedura civile**, 1980, 1980: 225-36.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. A participação nas licitações e contratos administrativos. In: (org) ZOCKUN, Maurício. GABARDO, Emerson. **Novas leis Promessas de um futuro melhor? Livro do XXXVI Congresso Brasileiro de Direito Administrativo**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2023.

NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do estado de direito: do estado de direito liberal ao estado social e democrático de direito**. Coimbra: Coimbra, 1987.

NOVELI, F. B. Eficácia do ato administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, [S. l.], v. 61, p. 15–41, 1960. DOI: 10.12660/rda.v61.1960.20941.

NUNES, Débora. Por uma pedagogia da participação popular. **Organizações & Sociedade** [online]. 1999, v. 6, n. 16, pp. 115-127. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S1984-92301999000300009>>. p. 117.

OLIVEIRA, G. H. J. de. As audiências e o processo administrativo brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, [S. l.], v. 209, p. 153–167, 1997. DOI: 10.12660/rda.v209.1997.47049.

OLIVEIRA, Mateus Moura de; SOUSA JÚNIOR, Eliezer Siqueira de. Administração Dialógica e uma nova legitimação dos Atos Administrativos: uma reflexão da democracia em Habermas e os obstáculos de uma sociedade civil multicultural. **Revista de Direito Administrativo e Gestão Pública**, Salvador, 2018, 4.1: 114-131.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Curso de direito financeiro**. 3ª. Ed. Rev. amp. Ed. Revista dos Tribunais, 2010.

OLIVEIRA, V. C. Comunicação, informação e participação popular nos Conselhos de Saúde. **Saúde Soc.** 2004; ed. 13. Pág. 56-69.

Outorgado o título de professor honorário ao Dr. Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 62, n. 2, p. 381-392, 1967.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Atividade normativa da administração pública: estudo do processo administrativo normativo**. 2014. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de São Paulo. 2014.

PEREIRA, Juliano Sartor. **A democracia participativa no planejamento urbano por meio da audiência pública como uma via de construção do direito fundamental à cidade: análise comparada do Piano Regolatore Generale Italiano e do Plano Diretor Brasileiro**. Dissertação (Mestrado em Direito). 2021. Criciúma. Universidade do Extremo Sul Catarinense – UNESC. p. 135.

PEREZ, Marcos Augusto. **A administração pública democrática: institutos de participação popular na administração pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

PINHO, José Antonio Gomes de; SACRAMENTO, Ana Rita Silva. Accountability: já podemos traduzi-la para o português? **RAP – Revista de Administração Pública**. v. 43, n° 6, p. 1343-1368, nov./dez., 2009.

PIRES, R. R. C. Da sociedade para o Estado: desafios da participação no Brasil. In: MARX, V. (Org.) **Democracia participativa, sociedade civil e território**. Porto Alegre: UFRGS; Cegov, 2014.

PÓ, Marcos Vinicius; ABRUCIO, Fernando Luiz. Desenho e funcionamento dos mecanismos de controle e accountability das agências reguladoras brasileiras: semelhanças e diferenças. **Revista de Administração Pública**, 2006, 40: 679-698. Jul./Ago. 2006.

PONDÉ, Lafayette. O ato administrativo, sua perfeição e eficácia. **Revista de Direito Administrativo**, 1952, 29: 16-21.

QUEIROZ DOS SANTOS, W.; PAIVA PIRES MOREIRA MAIA, G.. Segurança jurídica, transformações no direito administrativo e deveres da administração pública implementados pela Lei nº 13.655/2018. **Revista de Direito Administrativo**, [S. l.], v. 280, n. 3, p. 93–120, 2021. DOI: 10.12660/rda.v280.2021.85149.

ROLIM, Leonardo Barbosa, CRUZ, Rachel de Sá Barreto Luna Callou; SAMPAIO, Karla Jimena Araújo de Jesus. Participação popular e o controle social como diretriz do SUS: uma revisão narrativa. **Saúde em Debate**. Rio de Janeiro, v. 37, n. 96, p. 139-147, jan./mar. 2013.

RAWLS, John. **O liberalismo Político**. Trad. Dinah de Abreu Azevedo. 2ª ed. São Paulo: Ática, 2000.

_____. **Uma Teoria de Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

_____. Political Liberalism: Reply to Habermas. In: **The Journal of Philosophy** Vol. XCII, No 3, March 1995.

RODEGHERI, Leticia Bodanese. **Da democracia à ciberdemocracia: condições e (in) efetividade da participação popular na construção colaborativa do marco civil da internet**. 2015. Dissertação (Mestrado). Universidade Federal de Santa Maria, Santa Maria, 2015.

RODRIGUEZ B., Iván Ramón. Democracia Deliberativa, una oportunidad para la emancipación política. **Astrolabio. Revista internacional de filosofía**, Año 2010 Núm. 11.

SALOOJEE, A.; FRASER-MOLEKETI, G. Building a developmental state in South Africa: Challenges and opportunities. **The Journal of Development Studies**, ed. 46, 980-999. 2010.

SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. **La participación del ciudadano en al administración pública:(con especial referencia al ordenamiento italiano)**. 1979. Tese (Doutorado em Direito Administrativo). 2015. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 1979.

SANCHIS, Luis Pietro. Neoconstitucionalismo y ponderacion judicial. In: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. Trotta: Madrid, 2003, p. 123-158. p. 123-124.

SANTIN, Janaina Rigo; TOAZZA, Vinicius Francisco. O paradigma da linguagem, as audiências públicas e a participação por consensos linguísticos. **Quaestio Iuris**, vol. 09, nº. 03, Rio de Janeiro, 2016. pp. 1344-1362 DOI: 10.12957/rqi.2016.20759.

SANTOS, B.; AVRITZER, L. Para ampliar o cânone democrático. In: _____. (Org.) **Democratizar a democracia**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002, p. 39-82.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Orçamento participativo em Porto Alegre: para uma democracia redistributiva. In: (Org.). **Democratizar a democracia: os caminhos para democracia participativa**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002,

SANTOS, Mateus Levi Fontes. **Entre a cruz e a espada: do excessivo controle judicial da administração pública à deferência judicial redimida**. 2022. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal de Sergipe.

SAULE JR, Nelson. A participação dos cidadãos no controle da administração pública. **Revista Polis**, 1998.

SAWARD, Michael. Rawls and deliberative democracy. In: **Democracy as public deliberation**. Routledge, 2018. p. 112-130.

SCARPINELLA BUENO, Vera Cristina Caspari Monteiro. As leis de procedimento administrativo. Uma leitura operacional do princípio constitucional da eficiência, **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo: RT, vol. 39, p. 267-288, abr/jun-2002.

SILVA, Alessandra Obara Soares da. **Participação popular na administração pública: as audiências públicas**. 2009. 157 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009. p. 147.

SILVA, Clóvis do Couto. Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno, Florença, v. 18, n. 1, p. 733-738, 1989.

SILVA, Gabriel Escouto. Uma análise sobre a efetividade da participação popular no Direito Administrativo Brasileiro e Português: em defesa de uma Administração Pública Concertada. 2021. Dissertação (Mestrado) Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Porto, 2021.

SILVA, José Afonso da. **Orçamento-programa no Brasil**. Empresa Gráfica da Revista dos Tribunais, 1973.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Editora Malheiros, 2009.

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **A Participação Popular na Administração Pública: O direito de reclamação**. São Paulo: Renovar, 2002.

_____, Adriana da Costa Ricardo. Direito Administrativo Social em prol da realização do direito fundamental ao desenvolvimento. In: **Direito Administrativo**,

Políticas Públicas e Estado Sustentável. Organizadores: Adriana da Costa Ricardo Schier; Caroline Müller Bitencourt, Curitiba: Íthala, 2020.

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo; MEDEIROS, Clayton Gomes de. Fomento estatal: aproximações e distinções entre fomento administrativo e fomento fiscal. **Interesse Público – IP**, Belo Horizonte, ano 23, n. 128, p. 17-43, jul./ago. 2021.

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo; MELO, Juliane Andrea de Mendes Hey. O direito à participação popular como expressão do Estado Social e Democrático de Direito. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 17, n. 69, p. 127-147, jul./set. 2017.

SCHIER, Paulo Ricardo. Novos desafios da filtragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo. **A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, ano 5, n. 20, p. 145-165, abr./jun. 2005.

_____. Constitucionalização do direito no contexto da constituição de 1988. In: CLÉVE, Clémerson Merlin. (Org.). **Direito Constitucional Brasileiro**. 1ª. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. **Direito constitucional**. Anotações nucleares. Curitiba: Juruá, 2001.

SCHIER, Paulo Ricardo. Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais. In: SARMENTO, Daniel (org.). **Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007,

SCHUMPETER, Joseph. (1984) [1942], **Capitalismo, Socialismo e Democracia**. Rio de Janeiro, Zahar.

SILVA, Vasco Manoel Dias Pereira da. **Em Busca do Ato Administrativo Perdido**. Coleção Teses, Coimbra: Almedina 2003.

SOARES, Fabiana de Menezes. **Direito Administrativo de Participação (Cidadania, Direito, Estado e Município)**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Teoria do Estado: o substrato clássico e os novos paradigmas como pré-compreensão para o Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SOUZA, Clóvis Henrique Leite de. **Possibilidades e limites das assessorias de participação social e diversidade no desenho da arquitetura institucional do governo federal**. SciELO Preprints. disponível em: <https://doi.org/10.1590/SciELOPreprints.6766>.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Teoria constitucional e democracia deliberativa**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SOUZA, Ubiratan de; GENRO, Tarso. **Orçamento Participativo. A experiência de Porto Alegre**. 1º ed. São Paulo: Ed. Fundação Perseu Abramo, 1997.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. O dever de motivação na edição de atos normativos pela Administração Pública. **A&C-Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, 2011, 11.45: 55-74.

SUNDFELD, Carlos Ari. Motivação do Ato Administrativo como Garantia dos Administrados. In **Revista de Direito Público**. São Paulo, Jul./Set. 1985, N.º 75, Ano XVIII, pp. 118-27.

SULTANY, Nimer. The State of Progressive Constitutional Theory: The Paradox of Constitutional Democracy and the Project of Political Justification (August 1, 2012). **Harvard Civil Rights - Civil Liberties Law Review** (CR-CL), Vol. 47, No. 2, 2012.

TÁCITO, Caio. O princípio de legalidade: ponto e contraponto. **Revista de direito administrativo**, 1996, v. 206, p.1-8.

TALAMINI, Daniele Coutinho. **Revogação do ato administrativo**. 2001. São Paulo: Editora Malheiros, 2002.

TANSCHIEIT, Talita São Thiago. **Democracia e participação no Brasil: o Partido dos Trabalhadores e a Política Nacional de Participação Social**. 2014. 131 f. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) – Instituto de Estudos Sociais e Políticos, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014.

TEIXEIRA, A. B. .; BITENCOURT, C. M. . O desmanche do controle social no Estado pós-democrático: uma análise do decreto nº 9806. **Revista do Instituto de Direito Constitucional e Cidadania**, [S. l.], v. 6, n. 2, p. e035, 2023. DOI: 10.48159/revistadoidcc.v6n2.e035. Disponível em: <https://revistadoidcc.com.br/index.php/revista/article/view/126>.

TEIXEIRA, Elenaldo Celso. As dimensões da participação cidadã. **Caderno CRH**, Salvador, n. 26/27, p. 179-209, jan./dez. 1997

TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes. Notas sobre a tradução. In: KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. BARUERI: Grupo GEN, 2021. *E-book*. ISBN 9788530994198.

TUSHNET, Mark. **Democracy versus judicial review – is it time to amend the Constitution?** In: *Dissent*, vol. 52, spring, 2005, p. 59-63.

TUSHNET, Mark V. **Popular Constitutionalism as Political Law**. *Chicago-Kent Law Review*, Chicago, v. 81. p. 999-1000, 2006.

TUSHNET. **Taking the Constitution Away from the Courts**. New Jersey: Princeton University, 1999a

TUSHNET, Mark. **The new constitutional order**. Princeton/Oxford: Princeton University Press, 2003.

VALLA, Victor Vincent. Sobre participação popular: uma questão de perspectiva. **Cadernos de Saúde Pública** [online]. 1998, v. 14, suppl 2 [Acessado 12 Junho 2024], pp. S07-S18. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S0102-311X1998000600002>>.

VITALE, Denise. Democracia direta e poder local: a experiência brasileira do Orçamento Participativo. In: COELHO, Vera Schattan P.; NOBRE, Marcos (Org.). **Participação e Deliberação: Teoria Democrática e Experiências no Brasil Contemporâneo**. São Paulo: Ed. 34, 2004.

VIANA, Ruth Araújo. O neoconstitucionalismo no Brasil e suas repercussões na Administração Pública, permitindo o controle externo do Poder Judiciário dos atos administrativos discricionários. **Revista Direitos Humanos e Democracia**, ano 2, n. 3, jan./jun. 2014.

VITTA, H. G. Invalidação dos atos administrativos. **Revista de Direito Administrativo**, [S. l.], v. 220, p. 35–51, 2000. DOI: 10.12660/rda.v220.2000.47525

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. **O dever de fundamentação expressa de actos administrativos**. Coimbra: Almedina, 2003.

WAMPLER, Brian. A difusão do Orçamento Participativo brasileiro: "boas práticas" devem ser promovidas?. **Opinião pública**, v. 14, n. 1, p. 65-95, 2008.

XAVIER, Pedro Henrique. Ato administrativo: conceito e elementos. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, v. 22, n. 0, 1985.

ZANCANER ZOCKUN, Carolina e BANDEIRA DE MELLO, Gabriela Zancaner. Consulta Pública e Audiência Pública na Lei das Agências Reguladoras (art. 9º ao 13 da Lei nº. 13.848/2019). In: **Marco Legal das Agências Reguladoras na visão delas**. Organizadores: Adriana da Costa Ricardo Schier; Cristiana Fortini, Lígia Melo, Vanice Valle, Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2021

ZANCANER, Weida. **Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos**. 2. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 1996.