
A&C

Revista de Direito Administrativo & Constitucional



A&C R. de Dir. Administrativo e Constitucional, Belo Horizonte, ano 6, n. 23, p. 1-253, jan./mar. 2006

A&C REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL

IPDA

Instituto Paranaense
de Direito Administrativo

Direção Geral

Romeu Felipe Bacellar Filho

Direção Editorial

Paulo Roberto Ferreira Motta

Direção Executiva

Emerson Gabardo

Conselho de Redação

Edgar Chiuratto Guimarães

Adriana da Costa Ricardo Schier

Célio Heitor Guimarães

Conselho Editorial

Adilson Abreu Dallari
Alice Gonzáles Borges
Carlos Ari Sundfeld
Carlos Ayres Britto
Carlos Delpiazzi
Cármen Lúcia Antunes Rocha
Celso Antônio Bandeira de Mello
Clèmerson Merlin Clève
Clóvis Beznos
Enrique Silva Cyma
Eros Roberto Grau
Fabrício Motta
Guilherme Andrés Muñoz (*in memoriam*)
Jaime Rodríguez-Arana Muñoz
Jorge Luis Salomoni

José Carlos Abraão
José Eduardo Martins Cardoso
José Luís Said
José Mario Serrate Paz
Juan Pablo Cajaville Peruffo
Juarez Freitas
Julio Rodolfo Comadira
Luís Enrique Chase Plate
Lúcia Valle Figueiredo
Manoel de Oliveira Franco Sobrinho
(*in memoriam*)
Marçal Justen Filho
Marcelo Figueiredo
Márcio Cammarosano
Mária Cristina Cesar de Oliveira

Nelson Figueiredo
Odilon Borges Junior
Pascual Caiella
Paulo Eduardo Garrido Modesto
Paulo Henrique Blasi
Paulo Neves de Carvalho (*in memoriam*)
Paulo Ricardo Schier
Pedro Paulo de Almeida Dutra
Regina Maria Macedo Nery Ferrari
Rogério Gesta Leal
Rolando Pantoja Bauzá
Sérgio Ferraz
Valmir Pontes Filho
Yara Stropa
Weida Zancaner

A246 A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional.
ano 3, n. 11, jan./mar. 2003. Belo Horizonte: Fórum,
2003.
Trimestral
ano 1, n.1, 1999 até ano 2, n.10, 2002 publicada pela
Editora Juruá em Curitiba
ISSN: 1516-3210
1. Direito Administrativo. 2. Direito Constitucional.
I. Fórum.

CDD: 342 CDU: 33.342

© Editora Fórum Ltda. 2006

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xerográficos, de fotocópias ou de gravação, sem permissão por escrito do possuidor dos direitos de cópias (Lei nº 9.610, de 19.02.1998).

Editora Fórum Ltda
Av. Afonso Pena, 2770 - 15º/16º andar - Funcionários
CEP 30130-007 - Belo Horizonte/MG - Brasil
Tel.: 0800 704 3737
Internet: www.editoraforum.com.br
e-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Editor responsável: Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Projeto gráfico e diagramação: Luís Alberto Pimenta
Revisora: Olga M. A. Sousa
Pesquisa jurídica: Fátima Ribeiro - OAB/MG 74868
Bibliotecária: Nilcéia Lage de Medeiros
CRB 1545/MG 6ª região

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

Impressa no Brasil / Printed in Brazil
Distribuída em todo Território Nacional

Processo administrativo: um diálogo necessário entre Estado e cidadão

Carlos Ari Sundfeld

Professor da Escola de Direito da FGV-SP e da PUC/SP, pela qual é Doutor e Mestre em Direito do Estado. Presidente da Sociedade Brasileira de Direito Público

Sumário: 1 O poder político em mãos da burocracia - 2 O método processual a serviço da autonomia da política e dos interesses públicos - 3 A retórica constitucional da impessoalidade - 4 Processo: legalidade e democracia - 5 Ouvir e dialogar - 6 Concretizando a lei e criando políticas públicas - 7 Audiências e consultas públicas - 8 O devido processo legal e a anulação de atos administrativos

Palavras-chave: Processo administrativo, Brasil ; Burocracia, Brasil ; Órgão público, Brasil ; Comportamento organizacional, Brasil ; Organizações, Brasil; Participação comunitária, Brasil ; Ato Administrativo, Brasil ; Devido processo legal, Brasil ; Audiência pública ; Consulta pública

1 O poder político em mãos da burocracia

Se há tema clássico do Direito Administrativo, cujos fundamentos nós no Brasil ainda não fomos capazes de compreender ou de aceitar, é o do processo administrativo. Nós temos uma história, além de autoritária, de desorganização administrativa, uma luta permanente para realizar as tarefas do dia-a-dia sem organização e planejamento, o que concorre contra a idéia de processo e procedimento administrativo.

Nossa visão acerca do Estado decorre diretamente de sua história. A Administração Pública, no sentido contemporâneo, é muito distinta daquela do passado. No entanto, muitas das idéias e, sobretudo, muitas das formas da Administração antiga permanecem ou resistem em morrer. A Administração contemporânea é baseada no conceito de burocracia. Conquanto essa expressão tenha uma conotação negativa na linguagem popular, na verdade ela correspondeu a uma evolução notável na organização do poder político. Por quê?

A idéia de burocracia se opõe ao modelo anterior, o da Administração patrimonial, isto é, uma Administração dos negócios públicos ligada à propriedade ou patrimônio. Se olharmos para o Brasil no início do século XIX, e para os municípios especialmente, veremos a confusão entre poder político e propriedade. Quem exercia o poder político concretamente detinha o poder econômico, isto é, a propriedade.

Outrora, a Administração Pública também se confundiu com os estamentos, isto é, os grupos de “status” que, sem serem os dos proprietários, exerciam o poder a título permanente, sem vinculação maior com as várias camadas da sociedade. É contemporânea a idéia de Administração Pública como corpo de burocratas que exerce o poder político por conta de outrem, isto é, que deve a legitimidade da sua atuação à investidura alheia, que deve prestar contas à coletividade. É a figura de alguém obrigado a exercer o poder impessoalmente, que maneja uma competência que não lhe pertence, que não é sua propriedade.

Este conceito de Administração Pública nasce, em termos práticos, no século XIX. O grande fundamento desse tipo de exercício do poder político são as revoluções do final do século XVIII. Mas, na prática estatal e administrativa, a luta pela criação da burocracia e do Estado burocrático, neste sentido, é a própria história do século XIX. De modo que tratamos de algo muito recente, a Administração Pública transformada em burocracia, exercida como atividade em si, sem se confundir com o poder patrimonial.

2 O método processual a serviço da autonomia da política e dos interesses públicos

A Administração contemporânea assume compromissos com uma idéia repetida com insistência, mas que não é vivida com profundidade: de interesse público, bem público, bem comum ou interesse coletivo, não importa a nomenclatura. No passado, a Administração Pública se confundiu com o patrimônio; administrar os interesses gerais da coletividade era tratar dos negócios do proprietário, de modo que as duas classes de interesse — os gerais e patrimoniais — se confundiam.

A separação entre negócio privado e negócio público não tinha condições de acontecer. E ela só será viável na medida em que o poder se burocratizar. Esta introdução histórica explica porque, embora o processo administrativo seja fundamental ao Estado contemporâneo, não tinha a menor importância nos Estados administrativos que o precederam. É um instituto criado em decorrência da noção de Administração Pública burocrática, cuja atuação é independente da vida privada de cada um dos burocratas, que cuidam de interesses que não são os seus pessoais. Quem atua assim, quem é burocrata neste sentido Weberiano, precisa de um método de ação que evite a contaminação, que impeça os interesses privados de contaminarem os atos praticados no exercício do poder burocrático.

Essa é a grande razão da existência do mecanismo sofisticado a que damos o nome de processo administrativo.

Trata-se de tentativa de impedir que os agentes administrativos, colocados no corpo do Estado para realizar interesses impessoais, desvirtuem sua ação e misturem os atos públicos com seus interesses pessoais ou com sua visão privada. Deseja-se que o agente público seja instrumento da realização de interesses que transcendem a ele e, para viabilizá-lo, imaginou-se trazer da vida judicial este mecanismo: o processo.

O que há de fundamental na idéia de processo é o princípio da impessoalidade. Quer-se despersonalizar quem decide, de forma a transformá-lo em instrumento, em cada caso concreto, de interesses mais elevados, os públicos ou coletivos, impedindo que a decisão política seja contaminada por interesses pessoais.

Há uma tendência muito relevante na teoria política de mostrar como a luta política é contaminada pelos interesses pessoais. Os grupos que se digladiam na política lutariam por interesses privados e, como reflexo disso, os agentes públicos estariam postos dentro da máquina do Estado para realizar esses interesses. Nessa visão, não existiria propriamente interesse público como algo distinto ou separado do interesse individual; o interesse público corresponderia aos interesses individuais prevalecentes em certo momento histórico. Esta é, inclusive, uma feição da crítica marxista do Estado, segundo a qual o que denominamos interesse público não passa de interesse de certo grupo preponderante no momento, que o impõe a toda sociedade, de modo que, nesta visão, o agente público é agente de interesses privados — seus ou do grupo de que participa — e, toda vez que age, não passa de alguém tentando privatizar aquilo que, em termos idealizados, se diz ser interesse público.

Há, nesta visão da política, grande ceticismo quanto à possibilidade de existir o interesse público como algo distinto do privado, bem como quanto à viabilidade da política como espaço onde se fazem opções e se tomam decisões que não se confundem com aquelas que os interesses localizados, previamente existentes, querem impor à sociedade. É uma visão cética quanto à autonomia da política.

Há, no entanto, quem, no âmbito da teoria política, sustente essa autonomia. Aliás, é uma grande questão da filosofia, a identificação da política como atividade própria, específica. Está ligada à pretensão de demonstrar sua autonomia, de construir um universo de idéias e de métodos

que lhe sejam próprios e, portanto, distintos daqueles que se referem ao que chamamos aqui de interesses individuais.

Como ocorre sempre em teoria, podemos aderir a uma ou a outra. Mas, quando nos colocamos numa perspectiva jurídica, além de nossa concepção a respeito da política, devemos levar em consideração outro elemento, que não é desprezível: é a ordem jurídica, e, muito especialmente, nos tempos modernos, a ordem jurídica constitucionalizada. Ainda que sejamos céticos em relação à viabilidade de as normas constitucionais e os institutos jurídicos se realizarem, não podemos deixar de levá-los em consideração. Não nos é dado desconhecer este conjunto de normas e de institutos. Especialmente para quem trabalha profissionalmente com a ordem jurídica, é preciso partir do pressuposto de que, à margem de todo possível ceticismo, ela existe para ser implementada.

Temos de reconhecer a Constituição, sobretudo no contexto democrático, como ponto de partida e como desafio. Isso quer dizer o quê?

A Constituição fez uma série de escolhas e estamos condicionados por elas. Aquilo que podemos mencionar como a grande escolha em matéria de processo administrativo, foi a de construir uma Administração Pública com base na idéia de impessoalidade, para realizar os interesses da coletividade como um todo.

3 A retórica constitucional da impessoalidade

Se olharmos para a Constituição de 1988, vemos como ela incorpora inclusive esta retórica política. A Administração Pública do Brasil é guiada por uma Constituição de grande originalidade, se comparada com seus homólogos mais famosos na ordem internacional como, por exemplo, a Constituição Americana, e mesmo a Francesa, que é mais recente, da década de 50.

O que a Constituição Brasileira tem de fascinante é o fato de que, além de conter normas técnicas, concebidas para produzir efeitos técnicos diretos, ela incorpora uma preocupação retórica, e isso não no sentido negativo.

Na área jurídica, temos grande desprezo pela idéia de que as normas podem ser elementos de retórica, porque isto nos parece negar que elas tenham efeitos jurídicos. Então, quando se diz que certa norma existe para produzir efeitos retóricos, somos imediatamente tentados a negá-lo, afirmando o seu caráter técnico, sua eficácia imediata, justamente por

ser norma jurídica, não um mero discurso. Conquanto seja importante afirmar o efeito imediato das normas, é no entanto uma perda substancial a recusa de que elas, especialmente as constitucionais, também estão postas para produzir impacto retórico.

A verdade é que a Constituição de 1988 teve enorme preocupação retórica. Por quê? As normas têm que ser aplicadas e em sua aplicação existe uma gigantesca estrutura de meios, especialmente humanos. O Código Civil tem por trás de si uma malha de autores de Direito Civil, muitos deles mortos, outros contemporâneos, juízes, Ministros dos Tribunais Superiores, políticos, pessoas com interesses. Todos esses sujeitos produzem, a todo momento, retórica a partir das normas jurídicas e é notável como em sua aplicação a retórica é importante. Há alguma disputa jurídica em que não se cita ninguém? Algum processo judicial que começa e termina sem que algum autor tenha sido invocado?

A cada vez que o Direito vai se realizar, invocamos uma sofisticada retórica a seu respeito, um conjunto de enunciados que procuram influir na aplicação, dizendo como ele deve ser em cada caso, qual é sua inspiração ideológica, sua razão de ser, o espírito da norma. Se alguém lê um artigo do Código Penal, feito de maneira técnica, e quer saber qual é seu espírito, vai aos livros, como o de Magalhães Noronha, e vê lá o que se diz a respeito. Por essa forma se constrói um discurso sobre o Direito, que, inclusive, pode se desviar completamente das intenções daqueles que fizeram as normas técnicas.

É perfeitamente possível imaginar que o sentido de uma norma jurídica se inverta no processo de aplicação e de interpretação. Os juristas são torturadores profissionais, que maltratam as normas até que confessem o que eles querem. E o grande problema é que as normas confessam sempre pela boca dos próprios juristas. Eles são os torturadores e fazem a confissão em lugar da norma, pois ela não fala por si, mas sempre por intermédio de alguém.

Tanto as Constituições modernas, inclusive a brasileira, quanto a legislação, resolveram assumir um papel que os juristas, sejam os acadêmicos, sejam os juízes, sempre se reservaram. O legislador constitucional e ordinário resolveram entrar no debate das idéias, por temer que suas decisões fossem transformadas, distorcidas ou destruídas no processo de aplicação. Por isso o Direito ficou tão verborrágico no século XX.

Houve época em que, para se defender contra os juristas, as normas tomaram uma decisão curiosa: proibiram sua própria interpretação.

A & C R. de Dir. Administrativo e Constitucional, Belo Horizonte, ano 6, n. 23, p. 39-51, jan./mar. 2006

Foi uma tentativa de impedir a destruição do sentido dos textos pelos seus aplicadores. Proibição curiosíssima, que obviamente não funcionou. Então o legislador passou, com os mesmos fins, a usar outra técnica: diante da inevitabilidade da interpretação, resolveu participar também deste processo.

As normas jurídicas hoje vêm com manual de instruções. A Constituição brasileira, em matéria de normas sobre a Administração Pública, além de tratar de questões técnicas, tem um discurso retórico, para influir concretamente sobre sua aplicação. Nessa linha, o “caput” do artigo 37 é fundamental: “A Administração Pública Direta e Indireta, de qualquer dos poderes, obedecerá aos princípios de legalidade, moralidade, impessoalidade, publicidade” e, mais recentemente, “eficiência”. O que dizer da inclusão do princípio da eficiência em uma norma constitucional? No bojo da reforma administrativa, da Emenda Constitucional 19, o que se quis, ao incluí-lo, foi produzir retórica. Quis-se introduzir nos discursos uma nova idéia, ausente na Administração Pública até então, mas forte nas preocupações de muitos administradores públicos e da ciência da Administração Pública.

No entanto, no próprio texto original da Constituição de 1988, houve já a preocupação de dizer que a Administração Pública se rege pela impessoalidade. O que é isso senão a afirmação constitucional de que existe um conjunto de idéias acoplado àquelas normas técnicas?

4 Processo: legalidade e democracia

Por trás desse princípio da impessoalidade há uma preocupação de expressar que o administrador público é gestor de interesses coletivos, que transcendem a ele, donde a obrigação de guiar suas decisões pelo objetivo de descobri-los e realizá-los.

Nessa perspectiva, que a Constituição retoricamente nos propicia, põe-se o problema de saber como implementar essas intenções. A resposta constitucional a este desafio é o uso de processos administrativos. Eles são o mecanismo para a realização da Administração Pública impessoal.

O que há por trás desta concepção de processo ligado ao princípio da impessoalidade? A de que o agente público se apresenta como mero instrumento que o comanda e faz com que dele brote o interesse público a ser realizado.

Na visão jurisdicional mais antiga, o valor do processo é o de realizar concretamente decisões já previamente tomadas pela lei. Então ele está

muito ligado à legalidade. A norma é abstrata e não atinge os indivíduos concretamente, o que só faz por meio do processo. Sem ele, há risco de as decisões concretas não realizarem o que abstratamente a lei previu. Então, o processo é o meio técnico de efetivação da legalidade.

Para o Direito Administrativo, o processo também é um meio técnico de realização concreta das opções abstratas das leis. Se a lei tributária, com grande objetividade, criou uma hipótese de incidência, uma base impunível e uma alíquota, isto é, disciplinou completamente tudo o que interessa para a tributação, é evidentemente necessário que, nos casos concretos, a Administração Pública verifique se deu-se ou não a situação descrita abstratamente pela norma. Para isso, ela precisa agir de acordo com algum método, representado pelo processo. O processo tributário é o método por meio do qual a Administração Pública realiza a identificação, no mundo fenomênico, das abstrações que estão na lei. Nesses casos, o processo tributário é método para identificar concretamente coisas que preexistem, porque neles o administrador público tem poder vinculado e o processo simplesmente permite a aplicação da lei.

Mas, na esfera administrativa, o processo não serve só para isso. Ele é também veículo para a criação da utilidade pública, para produção de decisões que não estão antecipadamente dadas. Em suma, o processo administrativo também tem semelhanças com o legislativo.

Ninguém dirá que o Poder Legislativo, quando decide por meios de processos, simplesmente realiza, no caso concreto, uma decisão antecipadamente tomada. O processo político não é isso. Ele consiste na criação da utilidade pública, na produção das escolhas que a sociedade quer em determinado momento. Essas decisões não são preexistentes. O processo legislativo é, então, um espaço de criação coerente com a autonomia da política. Ele é um instrumento da política, só que dentro de uma visão contemporânea: a da política democrática.

O processo legislativo não é o método para identificar tecnicamente algo já decidido por uma norma. Ele é um espaço para o encontro entre os sujeitos legitimados ao debate político, para que influenciem a decisão política. Os Parlamentos não decidem caoticamente. Nós elegemos os parlamentares e, portanto, lhes damos legitimidade para decidir. Mas não para fazê-lo de qualquer maneira. Não nos basta que a decisão saia da assembléia dos eleitos, é preciso que seja tomada segundo um processo em si mesmo democrático. O que há de democrático na ação dos Parla-

mentos não é apenas a presença de representantes do povo, mas também o modo como são obrigados a agir. Primeiro, para que os vários grupos representados internamente possam influir e, segundo, para que a sociedade como um todo possa controlar as opções tomadas.

O que existe de comum entre o processo legislativo e o judicial para que nós os chamemos pelo mesmo nome? E como essas idéias são trazidas para o Direito Administrativo e o processo administrativo?

O que há de comum, em primeiro lugar, é que o processo, agora considerado em sentido lato, é um método ponderado. Ele é contrário à solução imediata, instantânea. O tempo do processo não é meramente protelatório, pois ele funciona como um hiato para permitir a participação. E é isto que viabiliza que a Administração Pública se impessoalize.

5 Ouvir e dialogar

É preciso ouvir: essa é a simplíssima solução que o processo encarna.

O administrador público, no Estado patrimonial, só ouve alguém para efeitos simbólicos, para mostrar generosidade. Na tradição do coronelismo brasileiro, o coronel, antes de decidir, apenas dirige uma palavra de atenção e carinho àquele que, em seguida, será trucidado sem dó. Ele não ouve, apenas mostra um pouco de condescendência paterna.

Ouvir verdadeiramente alguém só é possível se o interlocutor não é humilhado, se fala sem medo, se pode expor tudo o que lhe interessa, se não é subserviente, não teme ofender a autoridade. Por isso, inclusive, inventou-se o advogado. Ele surgiu para eliminar a hipossuficiência, para fazer com que os interessados digam tudo o que lhes interessa, para que não sejam servis. É por isso, aliás, que os advogados têm tanta preocupação em se equiparar aos juízes, inclusive no aspecto ritualístico. Eles querem evitar a subserviência, a relação de poder, mesmo simbólica.

A grande idéia do processo é fazer com que haja participação, com que os que têm interesses direta ou indiretamente atingidos, dialoguem, aberta e integralmente. Mas é fundamental que também a autoridade que decide seja obrigada não só a ouvir, mas a dialogar. Dar oportunidade para manifestação real e igualitária exige esforço, tempo, e técnica. Mas isto seria absolutamente inócuo, se aquele que ouve pudesse decidir, em seguida, sem dialogar. Então, o que há de fundamental no processo é obrigar quem decide a dialogar com as partes. Não para saber se elas estão de acordo com a decisão. É um diálogo com os argumentos. Por isso que, ao decidir,

o juiz precisa motivar sua sentença.

Motivar é um modo de dialogar. Não é a simples explicação formal das razões que levaram a decidir. Quando a autoridade decide, ela é obrigada a dialogar com tudo que se passou no processo. Daí a necessidade de relatar o processo, percorrer metodicamente suas várias fases. Não se trata de necessariamente atender as razões das partes, mas de dialogar com elas, de responder a seus argumentos. Trata-se de estabelecer um debate na sentença.

Há sentenças maravilhosas como peças literárias, mas que não dialogam com o processo, nada têm a ver com ele. Às vezes algumas passam para a história como primores de erudição, mas são desastres como decisão por não terem dialogado com o processo.

É isto o que há de fundamental na concepção de processo, que é comum aos Parlamentos, ao Judiciário como um todo e também à Administração Pública. Ela é obrigada, antes de decidir, a ouvir, a dialogar com os cidadãos.

6 Concretizando a lei e criando políticas públicas

Essa é a chave do processo administrativo, nas suas duas grandes vertentes.

A primeira é a do processo como método de acerto, no caso concreto, da vontade legal previamente estabelecida. Para evitar que a autoridade, ao decidir, se descole da lei, faz-se com que esta fale pela boca dos interessados. A lei não fala sozinha, ela é muda para o caso concreto; sua fala já passou. A lei só soa pela boca das partes. Cada uma delas a invoca e reconstrói, segundo seus próprios interesses. Aquele que decide concretamente é obrigado a ouvir o que a lei tem a dizer, pela boca das partes. Esta é a idéia de processo como fundamental ao acerto, isto é, à concretização da vontade abstrata da lei nas situações concretas.

Há, muitas vezes, na Administração Pública, a sensação de que, em situações como essa, não é relevante ouvir as partes. Afinal, a lei já disse o que era preciso, cabendo ao administrador público, que é inteligente e probo, simplesmente aplicá-la. Esse tipo de visão desconhece a complexidade da ordem jurídica, que é enorme, de modo que a verificação de seu sentido para a situação concreta é algo problemático, donde a necessidade de fazê-lo ouvindo os interessados.

Mas há outra vertente: a do processo como instrumento da Administração Pública democrática, na criação de políticas públicas.

Nas últimas décadas, especialmente depois da Constituição de 1.988, tomou-se consciência de que a Administração deve fazer processos para formular decisões a respeito do interesse público, isto é, para criá-lo, inventando políticas nas situações em que elas não estão prefiguradas pela ordem jurídica.

A Administração Pública no Brasil tem grande tradição autoritária e, por isso, sempre adotou um processo muito informal de construção das suas políticas. Se tentarmos identificar como nasceu dada política de renda do Governo Federal, por exemplo, por que razão resolveu-se adotá-la em favor de certa camada da população, em certa área do Brasil, teremos grande dificuldade em identificar como se chegou a ela. É inclusive difícil a recomposição histórica por documentos administrativos, pois eles simplesmente não existem.

Outro exemplo: as grandes políticas industriais do Brasil no regime militar, que foi pródigo nelas, por que surgiram? Por que transferiram vantagens para certos setores? Onde estão as deliberações? Ninguém as encontra, porque foram tomadas sem processo. É óbvio que houve interação com alguém, mas não em um espaço democrático. Ela ocorria ou em gabinetes fechados, nas negociações com grupos de interesses, ou nas próprias entidades empresariais, que construía as propostas e as levavam ao Poder Público.

7 Audiências e consultas públicas

Nos últimos anos, cresceu a crença de que as políticas públicas, assim como as leis, têm de ser objeto de decisões democráticas, tomadas em processo, entendido como o espaço de deliberação política. Por isso, surgiram dois tipos de processos, relativamente novos na nossa experiência: a audiência pública e a consulta pública.

Quando as agências reguladoras foram instituídas, nos últimos anos, uma das preocupações foi a de obrigá-las a adotar processos para tomar as decisões, em matérias como saneamento, saúde, telecomunicações, energia, etc. A criação das agências reguladoras foi, em grande medida, uma proposta de burocratização dessa deliberação.

Foi uma maneira de tornar impessoais os métodos de decisão na Administração Pública. As competências foram retiradas da Administração Central e passadas para um corpo estável, sujeito à influência controlada da política. Pretendia-se aumentar o grau de impessoalidade na deter-

minação das políticas públicas. Não bastava criar órgãos, era preciso criar processos próprios. Aí surgiram as consultas públicas.

A Anatel, por exemplo, não toma decisão de política pública sem fazer processo. Todas as normas que edita, sem exceção, têm que passar pelo processo de consulta pública, que é obrigatório. Faz-se uma minuta do texto normativo, publica-se, dá-se um prazo para a sociedade opinar, recebem-se as manifestações e sugestões de todos, tudo é analisado e só aí toma-se a decisão final. Esta é a tendência moderna, em termos de regulação.

O fenômeno das audiências públicas já havia começado antes no Brasil, pois ele é contemporâneo do surgimento da grande discussão sobre Direito Ambiental. Quando se começou a reconhecer que a Administração tinha um grande papel em matéria de Direito Ambiental e, depois, na Defesa do Consumidor, resolveu-se introduzir o dever de fazer audiências públicas. É um instrumento ainda de difícil manejo. A Administração Pública ainda tem baixa experiência no seu uso.

Mas os Parlamentos o conhecem muito bem. Eles são abertos. Se alguém quer entrar na intimidade do Parlamento, basta subir a rampa. As pessoas têm canais de comunicação com o Parlamento. Elas os elegem e depois os usam. Quem conhece a atividade parlamentar sabe disso. As pessoas fazem os parlamentares vocalizar suas aspirações.

No campo da Administração, a audiência pública procura servir para isso. Mas há uma grande dificuldade, ainda hoje, de encontrar as pessoas que vocalizem os interesses difusos. Por isso, as audiências e consultas públicas ainda não funcionam adequadamente no Brasil.

Na experiência internacional mais sofisticada, essa vocalização, no âmbito do processo administrativo, não é feita por agentes internos — ou que são internalizados, como no caso do parlamento. Na esfera administrativa, o fenômeno é outro: como os interesses são muito mais dinâmicos, o que se procura fazer é a representação por meio de entidades associativas. Daí a importância do estímulo a tais entidades: para que sejam capazes de vocalizar, no processo administrativo, os interesses da sociedade, em toda sua variedade.

8 O devido processo legal e a anulação de atos administrativos

Ficamos até este ponto nos grandes pressupostos da teoria geral do processo administrativo. Para que se possa aplicar essas idéias em situações específicas, é interessante mencionar um ou dois problemas, que são decorrência imediata de algumas disposições constitucionais.

Uma delas é fundamental. É a do artigo 5º, inciso LV, o grande preceito com que a Constituição technicalizou o tema do processo administrativo. Diz ele: “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”.

Esse dispositivo é novo na Constituição. O princípio do devido processo legal, até a Constituição de 1969, não era constitucionalmente previsto como aplicável à Administração Pública. Havia debate jurisdicional e doutrinário para saber se incidia ou não na esfera administrativa, sobretudo se a Administração podia decidir sem ouvir os interessados. Este novo dispositivo veio dar uma resposta constitucional para o debate, alterando os rumos que vinha tomando até então.

A tendência do próprio Supremo Tribunal Federal à época era de afirmar que o princípio do devido processo legal não se aplicava na esfera administrativa. A resposta constituinte foi, então, uma tentativa de reverter esse quadro, dizendo-se que, também na esfera administrativa, se há litígio e acusado é preciso aplicar os princípios do contraditório e da ampla defesa. A Administração Pública resiste, passados 15 anos, porque ainda subsiste a herança tradicional, e os debates concretos a respeito desses dispositivos estão subindo ao Supremo Tribunal Federal. Por isso, se algo se pode sugerir como exercício importante é o de ver o que o Supremo Tribunal Federal vem decidindo.

No Direito Público brasileiro tem-se enorme desprezo pela jurisprudência. É preciso modificar isso. O Supremo Tribunal Federal trava debates decisivos sobre questões relevantíssimas. São também questões técnicas de importância e o Supremo deduz analiticamente, a partir de casos concretos, o que quer dizer o princípio do devido processo legal.

Um exemplo pode mostrar o impacto dessa nova idéia e como esse dispositivo constitucional transforma o Direito Administrativo brasileiro.

O Supremo Tribunal Federal tem uma velha Súmula, a de nº 473, segundo a qual: “a Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial”. Depois da Constituição de 1988 pôs-se ao Supremo a seguinte pergunta: a anulação administrativa dos atos pode ser feita sem qualquer processo? Há um dever de oitiva prévia dos interessados? Basta garantir

um direito de recurso posterior para o particular?

Para haver o contraditório, não basta garantir a possibilidade de recorrer, é preciso ouvir os interessados antes e não depois. Por isso, o Supremo afirmou ser inválida a anulação do ato pela Administração se ela, antes de anular, não ouvir os atingidos. A razão da invalidade é processual. Houve uma transformação na jurisprudência e a prática administrativa tem de mudar.

No campo da Administração Pública do Estado de São Paulo, por exemplo, a Lei de Processo Administrativo criou um processo administrativo de anulação. A Lei nº 10.177/98, para dar aplicação à jurisprudência do Supremo, previu um processo administrativo anulatório com prévia oitiva das partes. Esta é uma mudança profunda. O direito de recorrer administrativamente já era reconhecido antes de 1988 como algo importante. Mas a nova Constituição, segundo a interpretação que lhe dá o Supremo Tribunal Federal — a meu ver, correta — resolveu ampliar as garantias, somando ao recurso o direito de manifestação prévia, segundo a concepção de Administração Pública impessoal, de que o processo é uma parte tão fundamental.

Está aqui exposta uma pequena introdução à teoria geral do processo administrativo.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

SUNDFELD, Carlos Ari. Processo administrativo: um diálogo necessário entre Estado e cidadão. *A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, ano 6, n. 23, p. 39-51, jan./mar. 2006.