

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

ARLI PINTO DA SILVA

**PROCESSO ADMINISTRATIVO E MUNICÍPIO: UMA FORMA DE
PARTICIPAÇÃO DEMOCRÁTICA**

CURITIBA

2008

ARLI PINTO DA SILVA

**PROCESSO ADMINISTRATIVO E MUNICÍPIO: UMA FORMA DE
PARTICIPAÇÃO DEMOCRÁTICA**

**Dissertação apresentada como requisito parcial à
obtenção do grau de Mestre em Direito do Estado,
Curso de Pós-Graduação em Direito, Setor de
Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.**

Orientador: Prof. Dr. Clèmerson Merlin Clève

CURITIBA

2008

Silva, Arli Pinto da
Processo Administrativo e Município: uma forma de participação
democrática / Arli Pinto da Silva. - Curitiba, 2008.
132 f.; 29cm.

Orientador: . Prof. Dr. Clèmerson Merlin Clève
Dissertação (Mestrado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas,
Universidade Federal do Paraná.

1. Estado. 2. Constituição. 3. Município. 4. Processo Administrativo.
I. Título.

TERMO DE APROVAÇÃO

ARLI PINTO DA SILVA

PROCESSO ADMINISTRATIVO E MUNICÍPIO: UMA FORMA DE PARTICIPAÇÃO DEMOCRÁTICA

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito do Estado – Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientador: Prof. Dr. Clèmerson Merlin Clève
Departamento de ...

Prof. Dr.
Departamento de

Prof. Dr.
Departamento de

Curitiba, ... de de 2008.

Dedico à memória de meu pai Eli. À minha mãe Eurides, e minha irmã Arlete. À Nanci pelo amor e cumplicidade e ao nosso pingo de amor Leticia Maria. Nada teria conquistado até aqui, na trajetória de vida, sem a participação destes. Cada um a seu modo.

Agradeço de modo veemente aos Professores Doutores Clèmerson Merlin Clève e Luiz Vergílio Dalla Rosa. Não há palavras que possam expressar as razões. A que mais se aproxima, ainda que de modo incompleto é gratidão.

Sou grato, ainda, aos Professores Doutores Egon Bockmann Moreira e Eroulths Cortiano Junior.

A luta que se trava no seio da Assembléia Constituinte, após a elaboração do documento constitucional, apenas se transfere para o campo da prática constitucional (aplicação e interpretação). Por isso a Constituição há de ser visualizada como processo e como espaço de luta.

Clèmerson Merlin Clève

RESUMO

O presente trabalho tem por objeto o estudo do processo administrativo como forma de participação democrática, enfocando o Município. Foram analisadas questões pertinentes ao Estado, com a finalidade de chegar à conclusão de que somente no Estado Democrático de Direito é possível que sejam concretizadas as emanções constitucionais com vistas à legitimidade das ações estatais permeadas pela participação popular. A Constituição é o vetor desse Estado e possui uma força normativa com grande carga de valores e tem no sistema de regras e princípios a fonte onde devem inspirar-se todas as manifestações estatais. Entretanto, reclama por concretização que somente será possível de ser alcançada com uma cultura e consciência constitucional que inclua toda a sociedade como seus intérpretes. O Município, assume relevante papel à concretização da Constituição, considerando-se que o cidadão tem na esfera municipal um contato mais próximo com o poder o que possibilita uma maior vivência democrática. Considerado o interesse local este detém competência para legislar sobre o processo administrativo. Não se confundem procedimento com processo administrativo. Aquele se refere à ampla procedimentalização da Administração Pública o que facilita o controle das atividades necessárias ao exercício da função administrativa. Este, existirá quando houver uma relação entre pessoas que objetivem uma decisão da autoridade, cujos atos se desenvolvem de acordo com um procedimento em sentido estrito. O processo administrativo é meio de concretização constitucional na medida em que possibilita a participação de todos seja de modo a buscar a decisão de um conflito administrativo, seja para participar democraticamente das escolhas e decisões de autoridade que tenham reflexos na esfera de interesses que lhe pertençam.

Palavras-Chave: Estado, Constituição, Município, Processo Administrativo.

ABSTRACT

The present work aims to study the administrative process as a way of democratic participation considering the County. Issues related to the State have been analyzed to get to the conclusions that only in the Democratic State of Right, the activities of the State are legitimated by popular participation. The Constitution leads the State and it possesses normative power with great values and has in the system of rules and principles the source for the manifestations of the State.

However it claims for realizations which will only be possible through a constitutional culture and awareness that includes all society as its interpreters . The County plays an important role in the realizations of the Constitution, considering that the citizen has in the County, a closer contact with power, which facilitates democracy.

Considering the local interest it has competency to legislate over administrative process. Procedure and Administrative process are not confused . The first refers to wide procedures of public administration which facilitate the control of necessary activities for the administrative functions. The second one will exist whenever there is relationship between people that seek for an authority's decision, whose actions develop according to a procedure in a strict sense. The administrative process is a constitutional way of feasibility as long as it makes possible the participations of everybody in order to decide on an administrative conflict or to participate in a democratic way in choices and decisions of authorities that may reflect on one's interests.

Key words: State, Constitutions, County, administrative process

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 DO ESTADO.....	13
1.1 COMPREENSÃO INICIAL SOBRE O ESTADO.....	13
1.2 A CONSTITUIÇÃO COMO VETOR DO ESTADO.....	22
1.3 AS FORMAS POLÍTICAS REPÚBLICA E FEDERAÇÃO	32
1.3.1 República.....	33
1.3.2 Federação.....	39
2 DO MUNICÍPIO	45
2.1 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O MUNICÍPIO.....	46
2.1.1 A Origem Histórica do Município.....	46
2.1.2 O Contexto do Município nas Constituições Anteriores a 1988.....	49
2.2 O MUNICÍPIO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	53
2.2.1 Autonomia Municipal.....	56
2.2.2 Interesse Local.....	58
2.2.3 Competência Legislativa Municipal.....	61
2.2.3.1 Lei municipal sobre processo administrativo - competência	65
2.3 REFLEXÕES PONTUAIS SOBRE O REGIME JURÍDICO ADMINISTRATIVO	69
2.3.1 Atividade e Função Administrativa Municipal e os Meios de Controle	70
2.3.2 Regime Jurídico Administrativo.....	76

3 DO PROCESSO ADMINISTRATIVO	84
3.1 PROCESSUALÍSTICA ADMINISTRATIVA	85
3.1.1 Questão Terminológica: Processo Ou Procedimento Administrativo.....	88
3.2 PROCEDIMENTALIZAÇÃO, PROCEDIMENTO E PROCESSO ADMINISTRATIVO	93
3.2.1 Nota Inicial	93
3.2.2 Acepção das Categorias Procedimentalização, Procedimento, Processo e sua Aplicabilidade na Administração Pública.....	96
3.2.2.1 Processo administrativo como espécie do gênero procedimento	101
3.2.2.2 Proposta de disposição dessas categorias.....	103
3.3 APONTAMENTOS SOBRE O REGIME JURÍDICO PROCESSUAL ADMINISTRATIVO	106
3.3.1 Referencial Democrático e Participativo do Processo Administrativo	108
3.3.2 Princípios Informadores do Processo Administrativo.....	110
CONCLUSÃO.....	122
REFERÊNCIAS	124

INTRODUÇÃO

A pesquisa desenvolvida teve como preocupação estudar o processo administrativo para demonstrar seu aspecto democrático no que se refere à participação popular nas decisões administrativas, e apresentar uma proposta de sistematização das categorias procedimentalização, procedimento e processo administrativo que, embora interligadas possuem finalidades distintas.

Foi atribuído o enfoque municipal, porque representa o poder local, o ambiente mais próximo entre a pessoa e o Estado e para demonstrar que a autonomia conquistada com a Constituição Federal de 1988, possibilita sobremaneira a realização da efetividade constitucional, nessa esfera da Federação, e o processo administrativo pode ser inserido na municipalidade como instrumento dessa realização.

Com a finalidade de cumprir com esse roteiro, o trabalho está dividido em três capítulos. No primeiro, buscamos delimitar a concepção de Estado que serve de base às discussões que serão aventadas. Para isso, são consideradas algumas das intercorrências sofridas na evolução do Estado Liberal ao Estado Democrático de Direito, para em seguida serem estabelecidas considerações sobre a Constituição como vetor do Estado, onde são levantados aspectos necessários à efetividade de suas emanções. Em seguida se verificam as implicações democráticas da divisão política do Estado em República e Federação.

Estabelecidas as considerações sobre o capítulo base, serão estudados no segundo capítulo aspectos específicos sobre os Municípios, mas que possuem pertinência temática com o processo administrativo. Assim, para que se tenha noção da árdua conquista da autonomia municipal, fez-se necessária uma digressão às suas origens históricas e o posicionamento do caráter autonomia antes da Constituição Federal de 1988.

Com isso fica notória a distinção de períodos antes e após 1988. Estabelecido

esse contraste, são inferidas considerações sobre o interesse local, e a competência legislativa municipal, para que se verifique a possibilidade ou não da edição de lei sobre processo administrativo pelo município. Depois, são traçadas linhas pontuais sobre o direito material administrativo, e o conexo regime jurídico.

Fez-se necessária esta inclusão porque no processo administrativo ou serão discutidas questões litigiosas decorrentes do direito material administrativo, ou instaurados processos com vistas à participação da pessoa nas decisões administrativas, o que igualmente enseja mínima compreensão do direito material em questão.

Trabalhadas estas questões, chega-se ao terceiro capítulo, que trata do processo administrativo, onde de modo inaugural considera-se a teoria do processo administrativo e as justificativas quanto à terminologia processo ou procedimento e os fundamentos de optarmos pela expressão processo administrativo. Em seguida, são estabelecidos parâmetros para se compreender as categorias procedimentalização, procedimento e processo administrativo.

Trata-se de ponto essencial, uma vez que essas expressões não podem ser entendidas como sinônimas, tendo cada uma seu emprego específico. Por isso, analisamos as circunstâncias que nos possibilitam conferir o sentido de cada uma, para que possamos entender a razão pela qual no âmbito da Administração Pública processo é espécie do gênero procedimento, inclusive é apresentada uma proposta de sistematização dessas categorias.

Derradeiramente, são pontuadas considerações sobre o processo administrativo no que se refere ao seu regime jurídico. Para isso, dois foram os balizamentos deduzidos. Inicialmente apresentamos aspectos que justificam uma compreensão democrática desse regime jurídico, o que possibilita ser afastada a idéia de que o processo é utilizado unicamente para discussões que envolvam uma contenda específica a ser deduzida administrativamente.

Procuramos demonstrar a utilidade do processo administrativo como meio

para viabilizar a participação da pessoa na tomada de decisões que influenciam sua esfera de interesses. Assim, todos os elementos que servem como referencial à esse regime jurídico processual, devem ser interpretados em consonância com esses parâmetros democráticos. O segundo balizamento diz respeito ao referencial principiológico que informa o regime jurídico processual administrativo. Desse modo a abordagem realizada sobre eles diz respeito não só à sua compreensão a partir da conotação democrática e participativa mas também como asseguradores da seriedade e segurança jurídica que possibilitem às pessoas confiança na condução do processo administrativo, bem como inspire a autoridade pública à realização do Estado Democrático de Direito.

Ao final, em breve síntese a conclusão do quanto investigado nessa pesquisa.

1 DO ESTADO

À finalidade desta pesquisa é necessário que de modo preliminar possamos estabelecer parâmetros para o entendimento sobre qual Estado serve de base ao tema em estudo. Expõe FERRARI que “quando se propõe estudar alguns elementos de Direito Municipal surge como primeira necessidade a de se ter uma conceituação de Estado, considerando que os problemas do Município são, na verdade, problemas do próprio Estado.”¹

Para tanto neste capítulo discorreremos sobre a evolução do Estado, pesquisamos a Constituição pois é quem o parametriza, e as formas políticas pelas quais se configura.

1.1 COMPREENSÃO INICIAL SOBRE O ESTADO

Preocupamo-nos com uma descrição desprovida de enunciações metafísicas, com o objetivo de alcançarmos especificidades realísticas do Estado², cuja base constitucional que o fundamenta reclama por máxima efetividade³.

O Estado é fruto de uma evolução histórica que se confunde ou que se desenvolveu juntamente com a evolução da humanidade. Desde o sentido teocêntrico de poder até o denominado Estado Moderno, cujo poder se triparte em funções estatais

¹ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Elementos de Direito Municipal**. São Paulo: RT, 1993, p.13.

² Conforme MIRANDA, o vocábulo Estado decorre de uma “evolução da terminologia para designar a sociedade política O primeiro autor que introduz o termo na linguagem científica é Maquiavel em *Il Principe*: ‘Todos os Estados, todos os domínios que tiveram e têm império sobre os homens são Estados e são repúblicas ou principados’”. Em, MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 33-34.

³ Usamos efetividade no sentido dado por BARROSO, qual seja, “a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social.” Em BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas: Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira**. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 85.

definidas, uma série de experiências foram vivenciadas pelo homem e amoldaram a concepção de Estado e a sua importância à vida em sociedade. Apropria BURDEAU: “assim, como a história do Estado resume nosso passado, sua existência no presente parece-nos prefigurar nosso futuro. Esse Estado, ocorre-nos de maldizê-lo, mas sentimos bem que, para o melhor e para o pior, estamos ligados a ele.”⁴

Permeia nossa reflexão o princípio da dignidade da pessoa humana⁵ como ponto inicial de preocupação do Estado⁶. A complexidade das ações estatais, de modo direto ou não, direciona-se ao homem, individual ou coletivamente considerado, com o tólos de lhe possibilitar o seu desenvolvimento individual e do corpo social no qual se insere, e da nação. Assinala JELLINEK:

El más alto principio para la actividad general del Estado es, por tanto, promover la evolución progresiva de la totalidad del pueblo y de sus miembros. Este principio se aplica en tres direcciones: una frente al individuo, cuya evolución ha de ser favorecida como miembro del todo; la segunda, frente del pueblo, en cuanto totalidad de los miembros actuales y futuros del Estado; la tercera y última, en relación con la especie humana, de la cual cada pueblo particular no es sino un miembro. Hay, pues, tres géneros de intereses solidarios de los cuales ha de cuidar el Estado, a saber: individuales, nacionales y humanos. (...) el Estado tiene para nosotros, hoy, el carácter de *asociación de un pueblo, poseedora de una personalidad jurídica soberana que de un modo sistemático y centralizador, valiéndose de medios exteriores, favorece los intereses solidarios individuales, nacionales y humanos en la dirección de una evolución progresiva y común.*⁷

Há uma complexidade no entendimento do que seja Estado, muito embora exista uma noção que surge de modo espontâneo tendo em vista as relações sociais ou

⁴ BURDEAU, Georges. **O Estado**. Trad.: Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 9.

⁵ A dignidade da pessoa humana é fundamento do Estado Democrático de Direito brasileiro, conforme inciso III, do art. 1º, da Constituição da República Federativa do Brasil. MORAES, aponta como conexos na Constituição, os artigos 5º, III; 6º; 7º; 8º; 194-204 (dignidade ao trabalhador); 226, § 7º. Ver em MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 128. Mas nesse sentido protetivo do Estado à dignidade humana, podemos ainda mencionar o art. 170, que determina a valorização do trabalho humano como um dos fundamentos da ordem econômica e financeira, bem como o disposto nos artigos 205-217, que tratam da educação, da cultura e do desporto.

⁶ Em BONAVIDES, temos uma síntese de reflexões teóricas sobre os fins do Estado. Propõe o autor que o “mais acertado critério metodológico (...), para se chegar à consideração do problema seria situá-lo historicamente, e daí submetê-lo às reflexões da filosofia, da história, da política e do direito, ou seja, tratá-lo no plano metafísico ou positivo que abranger, segundo as idéias dominantes em cada época.” Conferir em BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 17-25. Também, o Capítulo VIII, “La doctrina de los fines del Estado”, em JELLINEK, op. cit., p. 234-263.

⁷ JELLINEK, Georg. **Teoria General del Estado**. Trad.: Fernando de los Rios. México: Fondo de Cultura Económica, 2004. p. 261-262.

jurídicas próprias do viver social. Sabe-se que ele está presente, como observa BURDEAU, “nunca ninguém viu o Estado. Quem poderia negar, porém, que ele seja uma realidade? O lugar que ele ocupa em nossa vida cotidiana é tamanho que não poderia ser retirado dela sem que, ao mesmo tempo, ficassem comprometidas nossas possibilidades de viver”⁸. Entretanto, é difícil o consenso quanto à sua definição, dado que para cada momento da evolução humana se extraem significados que são caros à sua definição.

Mostra Kelsen esta dificuldade: “devido à variedade de objetos que o termo comumente denota, definir ‘Estado’ torna-se difícil. Às vezes, a palavra é usada em um sentido bem amplo, para indicar a ‘sociedade’ (...) o governo, ou os sujeitos do governo, uma ‘nação’, ou o território que eles habitam.”⁹

Entre nós, Dallari também observa esse sentido plurívoco de Estado e observa que:

Encontrar um conceito de Estado que satisfaça a todas as correntes doutrinárias é absolutamente impossível, pois sendo o Estado um ente complexo, que pode ser abordado sob diversos pontos de vista e, além disso, sendo extremamente variável quanto à forma por sua própria natureza, haverá tantos pontos de partida quantos forem os ângulos de preferência dos observadores. E em função do elemento ou do aspecto considerado primordial pelo estudioso é que este desenvolverá o seu conceito. Assim, pois, por mais que os autores se esforcem para chegar a um conceito *objetivo*, haverá sempre um *quantum* de subjetividade, vale dizer, haverá sempre a possibilidade de uma grande variedade de conceitos.¹⁰

Oportuna a ênfase de Marques Neto ao expressar que “... emerge com preponderância a noção de Estado enquanto um espaço onde se adotam decisões voltadas a controlar, coordenar, dirigir ou incentivar a sociedade. Ou seja, o espaço onde se desenvolveria o poder decisório no processo de controle político e de efetivação dos fins coletivos de uma dada sociedade.”¹¹

⁸ BURDEAU, op. cit., p. 9.

⁹ Kelsen, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Trad.: Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 261.

¹⁰ Dallari, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 115.

¹¹ Marques Neto, Floriano Peixoto de Azevedo. **Regulação Estatal e Interesses Públicos**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 27.

A partir do entendimento sobre o Estado, se assenta toda a idéia do exercício do poder político por ele exercido, bem como, as possibilidades de participação e de controle do cidadão sobre as ações estatais. Interessa-nos a repercussão sobre as ações administrativas da função Executiva. Sublinhamos as palavras de MEDAUAR:

Assim, da concepção do Estado decorrem conseqüências no contexto das instituições públicas, sobretudo governamental e administrativa. Se a disciplina jurídica da Administração pública centraliza-se no direito administrativo e se a Administração integra a organização estatal, evidente que o modo de ser e atuar do Estado e seus valores repercutem na configuração dos conceitos e institutos desse ramo do direito. (...) As raízes do direito administrativo e as linhas fundamentais de sua sistematização o vinculam, nas formulações originárias, precipuamente ao Estado do século XIX.¹²

Do ensinamento, extraímos que os valores difundidos pelo Estado possuem significativa importância nas relações de poder dele derivadas. Então, aquela finalidade do Estado de garantir a dignidade da pessoa humana será também um fim a ser alcançado mediante suas ações administrativas.

A formulação do Estado surge com o triunfo das idéias Iluministas¹³. Após a Revolução Liberal Americana (1776), é promulgada em 1787 a Constituição dos Estados Unidos, posteriormente temos a Constituição da França em 1791. O foco do poder deixa de ser o absolutismo do soberano¹⁴, para ter seu eixo deslocado em favor do indivíduo. O caminho evolutivo do Estado, entremeado por diversos conflitos, tem para a humanidade aspecto significativo com a estruturação do Estado mediante uma Constituição e a limitação do poder político do governante pelo Direito. Explica

¹² MEDAUAR, Odete. **O Direito Administrativo em Evolução**. 2. ed. São Paulo: RT, 2003. p. 77-78.

¹³ “O termo Iluminismo indica um movimento de idéias que tem suas origens no século XVII (ou até talvez nos séculos anteriores, nomeadamente no século XV, segundo interpretação de alguns historiadores), mas que se desenvolve especialmente no século XVIII, denominado por isso o ‘século das luzes’. Esse movimento visa estimular a luta da razão contra a autoridade, isto é, a luta da ‘luz’ contra as ‘trevas’. Daí o nome de Iluminismo, tradução da palavra alemã *Aufklärung*, que significa esclarecimento, iluminação. O Iluminismo é, então, uma filosofia militante de crítica da tradição cultural e institucional; seu programa é a difusão do uso da razão para dirigir o progresso da vida em todos os aspectos”. Conforme *Verbete Iluminismo* em BOBBIO, Norberto et al. (Comp.). **Dicionário de Política**. 11. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1998. p. 605.

¹⁴ Conforme SUNDFELD, “a idade moderna, com a centralização do poder em torno de um soberano, permitirá enfim a identificação mais clara das regras a regerem as relações deste com seus súditos. O período se caracteriza pela formação do Estado, de um poder soberano dentro de certo território, sujeitando todos os demais. O poder soberano não encontra limitação, quer interna, quer externa. Será, por isso, insuscetível de qualquer controle. Parecia ao espírito da época que quem detinha o poder (...) não poderia ser pessoalmente sujeito a ele: ninguém pode estar obrigado a obedecer a si mesmo. SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 33-34.

BONAVIDES que se tratava da “consolidação do Estado Liberal (...), em suma o primeiro Estado jurídico, guardião das liberdades individuais. (...) Mas, no momento em que se apodera do controle político da sociedade, a burguesia já se não interessa em manter na prática a universalidade daqueles princípios, como apanágio de todos os homens. Só de maneira formal os sustenta (...)”¹⁵

A sujeição do Estado ao Direito, como resultado das revoluções burguesas opostas do absolutismo, tem como consequência não mais a vontade do governante, mas da lei, em respeito às liberdades fundamentais do indivíduo. Na doutrina do liberalismo, a lei assume papel preponderante na medida em que limita, regula e vincula o poder estatal, o que acaba por transmutar o Estado de Direito em Estado de Legalidade.¹⁶

A absolutização da lei¹⁷, própria do liberalismo individual, professa o culto à lei como medida última de todos os direitos, de todas as liberdades¹⁸. Em alusão a este pensamento, ZIMMERMANN observa que “... não podemos confundir o Estado de Direito com o mero Estado Legal. (...) A lei sob a restrita ótica do Estado Legal, não mais serviria para garantir a liberdade ou a propriedade, mas apenas para reproduzir a fonte arbitrária do poder governamental.”¹⁹ Por isso, externa CLÈVE que “o culto da lei como forma e conteúdo foi, lentamente, sendo substituído pelo simples culto da lei como forma.”²⁰

Comenta BONAVIDES que esse “Estado liberal, humanizou a idéia estatal, democratizando-a teoricamente, pela primeira vez na Idade Moderna. Estado de uma classe – a burguesia -, viu-se ele, porém, condenado à morte, desde que começou o declínio do capitalismo.”²¹

¹⁵ BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 42.

¹⁶ SILVA, Enio Moraes da. O Estado Democrático de Direito. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 42, n. 167, p.218-220, jul/set. 2005.

¹⁷ Ibid., p. 221.

¹⁸ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Do Processo Legislativo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 21

¹⁹ ZIMMERMANN, Augusto. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 62.

²⁰ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Atividade Legislativa do Poder Executivo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 48.

²¹ BONAVIDES, op. cit., p. 23.

BASTOS faz a seguinte menção à esta autodeterminação econômica originada na política do *laissez-faire*:

Sua máxima principal está esculpida na expressão francesa ‘Laissez faire, laissez passer, le monde va de lui-même’ (“Deixai fazer, deixai passar, o mundo caminha por si só”). Sua maior aplicação se deu no campo econômico em que se procurou suprimir toda interferência do Estado na regulação da economia. (...) Do Estado se espera muito pouco: basicamente que ele organize um exército para defender a sociedade contra o inimigo externo. Que ele assegure a boa convivência internamente mediante a polícia e o Judiciário incumbidos de aplicar as leis civis e as leis penais. Tudo o mais, saúde, educação, previdência, seguro social, será atingido pela própria atividade civil. Prega-se, portanto, o Estado absenteísta. Quanto menos Estado melhor, ou, se se preferir, o Estado é um mal necessário.²²

Ainda com palavras de BASTOS, essa concepção estatal enfrenta “crises econômicas que, provocando a recessão e o desemprego, demonstravam ser os mecanismos auto-reguladores da economia insuficientes para promover harmonicamente o desenvolvimento da riqueza nacional.”^{23 24}

Conforme analisa CLÈVE “a crise recorrente do capitalismo, o sufrágio universal, as reivindicações da classe operária, (...) a passagem da empresa individual para a coletiva e da concorrência para o oligopólio, a emergência da sociedade de massas e a conseqüente urbanização pela qual passou o mundo, esses dados (...), concluíram por forçar o nascimento de um novo tipo de Estado.”²⁵

Para uma sintetização, obtida nas reflexões de VERDÚ, temos que:

O Estado de Direito serviu de apoio para os direitos subjetivos públicos, convertendo os súditos em cidadãos livres. Os movimentos sociais do século XIX revelaram a insuficiência das liberdades burguesas, permitindo que se formasse uma consciência da necessidade da justiça social. Mas o Estado de Direito, que já não podia se justificar como liberal, precisou abandonar a sua neutralidade para afrontar a maré social, além de integrar a sociedade sem renunciar ao primado do Direito. O Estado de Direito deixa de ser formal, neutro e individualista para transformar-se em Estado Material de Direito, na medida em

²² BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Teoria do Estado e Ciência Política**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 69

²³ Ibid., p. 70.

²⁴ Os diversos aspectos das dissensões da passagem do Estado Liberal ao Estado Social, podem ser analisados dentre outras obras em BONAVIDES Paulo, **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. 230 p. ou ainda em STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolsan de. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 61-72. Também, VERDÚ, Pablo Lucas. **A Luta pelo Estado de Direito**. Trad.: Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 53-73.

²⁵ CLÈVE, **Atividade ...** op. cit., 41.

que adota uma dogmática e uma finalidade voltadas para o fomento da justiça social. Desse modo, pode-se dizer que, nas condições do capitalismo avançado, a classe dominante optou pelo Estado Social de Direito. No entanto, dados os resíduos exploradores que ele alberga, é necessário superá-lo mediante uma nova modalidade de Estado de Direito, um Estado que venha a harmonizar-se plenamente com a justiça social.²⁶

Ocorre então uma nova alteração de estrutura do Estado para em sentido contraposto à não intervenção estatal, surgir o Estado Social de Direito, muito embora seja uma transformação premida pelos resquícios do liberalismo, ou seja o Estado Social que emerge é na verdade o Estado Liberal Social. Torna-se interventor, paternalista, e que resente a ausência da necessária participação popular, momento em que nova reestruturação será necessária.

Em relação ao exposto exprime BONAVIDES que “representa efetivamente uma transformação superestrutural por que passou o antigo Estado Liberal.”²⁷ Na percepção de SUNDFELD, “o Estado torna-se um Estado Social, positivamente atuante para ensejar o desenvolvimento (não mero crescimento, mas a elevação do nível cultural e a mudança social) e a realização de justiça social (é dizer, a extinção das injustiças na divisão do produto econômico).”²⁸

Percebe-se nessa passagem do Estado Liberal de Direito para o Estado Social, uma constante evolutiva com base nos estudos realizados por BOBBIO, pois, o “caminho contínuo, ainda que várias vezes interrompido, da concepção individualista da sociedade procede lentamente, indo do reconhecimento dos direitos do cidadão de cada Estado até o reconhecimento dos direitos do cidadão do mundo, cujo primeiro anúncio foi a Declaração Universal dos Direitos do Homem (...)”²⁹. Em outro estudo, infere o autor que o Estado Social é a “antítese do estado liberal é o estado paternalista, que toma conta dos súditos como se fossem eternos menores de idade e cuida da sua felicidade”³⁰.

²⁶ VERDÚ, Pablo Lucas. **A Luta pelo Estado de Direito**. Trad.: Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 91.

²⁷ BONAVIDES, op. cit., p. 184.

²⁸ SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 55.

²⁹ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 5.

³⁰ BOBBIO, Norberto. **O Futuro da Democracia: Uma Defesa das Regras do Jogo**. Trad.: Marco Aurélio Nogueira. 6. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1997. p. 121.

Estado que assume encargos múltiplos, tornando-se, para BASTOS, “Estado provedor”³¹, o que na lição de ZIMMERMANN, “objetiva um desempenho do governo que não se restrinja apenas aos limites da proteção à liberdade individual e à propriedade privada. (...) Deve significar o alcance de um grau de desenvolvimento social que permita com que todas as pessoas tenham uma capacidade própria de decisão acerca de suas próprias concepções (...) da vida digna.”³²

Ocorre destarte, uma crescente demanda pelo atendimento das necessidades sociais, o que determina ao Estado concentrar-se em “políticas públicas”³³, para atender às necessidades de “materialização”³⁴ à que se propuseram as ações interventivas no campo social, o que acaba por ensejar “o aumento progressivo e acumulativo de investimentos do Estado (...)”³⁵.

Aludem STRECK e MORAIS que o Estado Social de Direito expressa “uma revisão frente à própria disfunção ou desenvolvimento do modelo clássico do liberalismo. (...) Ao Direito antepõe-se um conteúdo social. Sem renegar as conquistas e valores impostos pelo liberalismo burguês (...). A adjetivação pelo social pretende a correção do individualismo liberal por intermédio de garantias coletivas. Corrige-se o liberalismo clássico pela reunião do capitalismo com a busca do bem-estar social”³⁶ Entretanto, nessa estrutura de Estado há ausência da participação efetiva da sociedade, o que reclama a democratização do Estado de Direito.

Mas não se trata de mera justaposição do adjetivo democrático ao vocábulo Estado para transformá-lo encantadamente em uma democracia, e terá o povo, por consequência, observado o seu direito à soberania. É de ser relevado, conforme expõe FIGUEIREDO, que democracia “é algo muito mais denso e complexo do que simplesmente ‘eleições livres populares e periódicas dos governantes (...)’. É o regime

³¹ BASTOS, op. cit. p. 71.

³² ZIMMERMANN, op. cit. p. 65.

³³ CRUZ, Paulo Márcio. **Política, Poder, Ideologia e Estado Contemporâneo**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2002. p. 168.

³⁴ Ibid., p. 169.

³⁵ Id.

³⁶ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolsan de. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p 91.

da liberdade, do respeito aos direitos humanos, onde os governantes ascendem ao poder mediante regras claras e justas do Estado de Direito, em um Estado sujeito ao Direito.”³⁷

Nas palavras de TOCQUEVILLE, o princípio da soberania do povo “se encontra sempre mais ou menos no fundo de quase todas as instituições humanas, (...) é reconhecido pelos costumes, proclamado pelas leis; estende-se com liberdade e chega sem obstáculos às últimas conseqüências. (...) Ora o povo em corpo faz as leis, (...); ora deputados, (...) o representam e agem em seu nome sob sua vigilância quase imediata.”³⁸

Desse modo, é necessário que a estrutura estatal possibilite uma configuração de Estado Democrático, previamente determinada num Texto Constitucional, que franqueará instrumentos de participação popular e o povo expresse sentimento democrático, pois a efetivação da democracia estatal depende também dele – povo³⁹, como um dos elementos constitutivos do Estado.

A análise histórica da evolução do Estado, desde a queda do absolutismo, não nos permite uma involução na compreensão de Estado. Desse modo, não se compreende na expressão Estado Democrático de Direito, apenas uma locução formal de Estado, como ressalta DALLARI:

Para a simulação de um governo democrático pode-se até adotar formalmente a clássica separação dos Poderes, utilizando a forma de lei para a imposição das determinações do governo. (...). Em tais circunstâncias, a observação superficial da organização do Estado, da forma de governo e das ações governamentais poderá dar a impressão de que a Constituição é respeitada, o governo é democrático e os direitos fundamentais estão garantidos (...). Mas o exame atento das circunstâncias e dos acontecimentos revelará que se utiliza apenas uma legislação formal, sem legitimidade democrática e destinada apenas a transmitir as ordens dos governantes e a resguardar os interesses deles próprios ou de

³⁷ FIGUEIREDO, Marcelo. Federalismo x Centralização. A Eterna Busca do Equilíbrio – A Tendência Mundial de Concentração de Poderes na União. A Questão dos Governos Locais. **Revista Interesse Público**, Porto Alegre, v. 41, p. 93-108, jan./fev. 2007.

³⁸ TOCQUEVILLE, Alexis de. **A Democracia na América: Leis e Costumes**. Trad.: Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2005. 1 v. p. 65-67.

³⁹ A referência de povo utilizada é no sentido expressado por HÄBERLE: “povo não é apenas um referencial quantitativo que se manifesta no dia da eleição e que, enquanto tal, confere legitimidade democrática ao processo de decisão. Povo é também um elemento pluralista para a interpretação que se faz presente de forma legitimadora no processo constitucional Em HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**. Trad.: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997. p. 37.

pessoas ou grupos aos quais eles servem. O que se tem, nesse caso, não é um verdadeiro Estado de Direito, mas apenas um ‘Estado de legalidade’, ilegítimo e antidemocrático.⁴⁰

E também SILVA numa percuciente visão, para quem:

A configuração do Estado Democrático de Direito não significa apenas unir formalmente os conceitos de Estado Democrático e Estado de Direito. Consiste, na verdade, na criação de um conceito novo, que leva em conta os conceitos dos elementos componentes, mas os supera na medida em que incorpora um componente revolucionário de transformação do *status quo*. E aí (...) a extrema importância do art. 1º da Constituição de 1988, quando afirma que a República Federativa do Brasil se constitui em Estado Democrático de Direito. (...) O ‘democrático’ qualifica o Estado, o que irradia os valores da democracia sobre todos os elementos constitutivos do Estado e, pois, também sobre a ordem jurídica. O Direito, então, imantado por esses valores, se enriquece do sentir popular e terá que ajustar-se ao interesse coletivo.⁴¹

Entendemos que resulta da dinâmica evolutiva do Estado a compreensão de que esse deve ser essencialmente democrático, mediante uma estrutura constitucional que assegure efetividade à soberania popular, para que o povo possa, de modo concreto participar e controlar as ações de governo, tendo na Constituição Federal o instrumento legítimo para traçar o itinerário a ser seguido por esse Estado. Destarte, necessário o estudo seguinte.

1.2 A CONSTITUIÇÃO COMO VETOR DO ESTADO

A Constituição é a condutora do Estado, e tem no seu texto o que lhe é essencial. Assim, a Constituição introduz no Estado as características vitais ao seu desenvolvimento e aprimoramento. Não descuidamos de que a Constituição estabelece um novo Estado. Há ruptura com o passado. Mas há uma carga de hereditariedade. Daí o zelo extremo com a interpretação constitucional e as ações de governo, para que reflitam exatamente o novo sentimento e lógica constitucional. Como afirma CLÈVE, “as Constituições, agora, são documentos normativos do Estado e da sociedade. (...)”

⁴⁰ DALLARI, Dalmo de Abreu. Estado de Direito e Direitos Fundamentais. In: FIGUEIREDO, Marcelo; PONTES FILHO, Valmir (Org.). **Estudos de Direito Público**: Em Homenagem a Celso Antônio Bandeira de Mello. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 228-229.

⁴¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 119.

Representa um momento de redefinição das relações políticas e sociais, (...) impõe diretrizes específicas para o Estado, apontando o vetor (sentido) de sua ação, bem como de interação com a sociedade.”⁴²

TOCQUEVILLE, com sensibilidade percebeu que

O tempo sempre acaba fazendo nascer, no mesmo povo, interesses diferentes e consagra direitos diversos. Quando se trata, em seguida, de estabelecer uma constituição geral, cada um desses interesses e direitos constitui um obstáculo natural que se opõe a que qualquer princípio político chegue a todas as suas conseqüências. Logo é apenas quando do nascimento das sociedades que se pode ser completamente lógico nas leis. Quando virem um povo gozar dessa vantagem, não se apressem em concluir que é sábio; pensem antes que é jovem.⁴³

O Poder Constituinte cria a nova Constituição, na visão de SIEYÈS, “não é obra do “poder constituído, mas do poder constituinte”⁴⁴. Nasce uma nova ordem normativa dentro do Estado que expressa a soberania nacional, bem como manifesta o poder popular. Revela uma transformação da ordem vigente, que possibilitará a existência de um novo arcabouço social, político e jurídico, que fomentará a releitura dos institutos então vigentes. Produz e formata novos fundamentos de uma sociedade cuja potencialidade permeará todas as estruturas até então vigentes.

Para CANOTILHO, o poder constituinte se “revela sempre como uma questão de ‘poder’, de ‘força’ ou de ‘autoridade’ política que está em condições de, numa determinada situação concreta, criar, garantir ou eliminar uma Constituição entendida como lei fundamental da comunidade política.”⁴⁵ Essa força constituinte é de titularidade do povo, como salienta em continuação o professor lusitano: “o povo real – concebido como comunidade aberta de sujeitos constituintes que entre si ‘contratualizam’, ‘pactum’ e consentem o modo de governo da cidade -, tem o poder de disposição e conformação da ordem político-social.”⁴⁶

⁴² CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 2. Ed. São Paulo: RT, 2000. p. 22.

⁴³ TOCQUEVILLE, op. cit., 134.

⁴⁴ SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A Constituinte Burguesa: Qu'est-ce que le Tiers État**. Trad.: Norma Azevedo. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 49.

⁴⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003. p. 65

⁴⁶ Ibid. p. 76.

O exercício desse poder se efetiva mediante ação de representantes eleitos pelo povo, nomeadamente quando se pretenda que o texto instaure um Estado Democrático. Assim, o Poder Constituinte não pertence aos membros que compõem a Assembléia, pois estes apenas integram o “órgão ao qual são atribuídas competências e não qualquer outra prerrogativa.”⁴⁷ A obediência à soberania popular para a emanação da Constituição confere legitimidade⁴⁸ ao Estado e ao governo que o subjaz. Nos Estados como o brasileiro, que proclamam a democracia como regente do agir estatal, essa condição se demonstra essencial sem a qual as ações em sua origem serão ilegítimas, desprovidas de representatividade, até porque assim o exigem nossa forma de governo republicana e o regime político democrático.

O Estado Constitucional, nos ensinamentos de CANOTILHO é:

Mais do que Estado de direito. O elemento democrático não foi apenas introduzido para ‘travar’ o poder (...); foi também reclamado pela necessidade de legitimação do mesmo poder (...). Se quisermos um Estado constitucional assente em fundamentos não metafísicos, temos de distinguir claramente duas coisas: (1) uma é a da legitimidade do direito; (2) outra é a da legitimidade de uma ordem de domínio e da legitimação do exercício do poder político. O Estado ‘impolítico’ do Estado de direito não dá resposta a este último problema: donde vem o poder. Só o princípio da soberania popular segundo o qual ‘todo o poder vem do povo’ assegura e garante o direito à igual participação na formação democrática da vontade popular. Assim, o princípio da soberania popular concretizado segundo procedimentos juridicamente regulados serve de ‘charneira’ entre o ‘Estado de direito’ e o ‘Estado de direito democrático’.⁴⁹

Entrementes, não basta ser um texto escrito, é necessário que haja conexão entre os preceitos constitucionais ali estabelecidos com a realidade, como afirma HESSE:

A norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade. A sua essência reside na sua vigência, ou seja, a situação por ela regulada pretende ser concretizada na realidade. (...) A Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e

⁴⁷ CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do Direito Constitucional**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2006. p. 62.

⁴⁸ Conforme FERREIRA FILHO, sobre legitimidade: “Toda sociedade tem uma cosmovisão, (...) uma determinada concepção da vida e do mundo, tem uma hierarquia de valores, uma determinada colocação, dentro desses valores, do direito. Essa cosmovisão repousa então no que os sociólogos chamam de *consensus*, termo latino que significa assentimento, concordância. (...) É legítima a tomada do poder para a realização da idéia de direito que tem por si o *consensus*; ou seja, a legitimidade se mede em relação ao *consensus*, não em relação ao direito positivo. Em relação ao direito positivo, mede-se a legalidade, e não a legitimidade.” FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **O Poder Constituinte**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 47-48.

⁴⁹ CANOTILHO, op. cit., p. 100.

social. Determinada pela realidade social e, ao mesmo tempo, determinante em relação a ela, não se pode definir como fundamental nem a pura normatividade, nem a simples eficácia das condições sócio-políticas e econômicas. A força condicionante da realidade e a normatividade da Constituição podem ser diferenciadas; elas não podem, todavia, ser definitivamente separadas ou confundidas.⁵⁰

A Constituição ensina CLÈVE, passa a ser o fundamental “documento normativo do Estado e da Sociedade. (...) A luta que se trava no seio da Assembléia Constituinte, após a elaboração do documento constitucional, apenas se transfere para o campo da prática constitucional (aplicação e interpretação).”⁵¹ Passa ainda a possibilitar, demonstra FERRARI, a “unidade do sistema normativo [proporcionando] validade a um determinado ordenamento jurídico. (...) Toda vontade política se acha hierarquizada juridicamente. (...) Esta superioridade constitucional é a mais eficaz garantia da liberdade e da dignidade do indivíduo, já que obriga a enquadrar todos os atos normativos às regras prescritas na Constituição,”⁵².

É preciso que se considere a concretização das determinações constitucionais para que o Estado Democrático de Direito seja pressentido. Se a Constituição reflete a vontade constituinte e essa constituinte não é mais que a voz soberana do povo, então, vê-la concretizada é direito que não lhe pode ser proscrito, posto que colocaria em risco a sua possibilidade de autodeterminação. O ato de concretizar a constituição não é exclusivo dos órgãos estatais, mas ao governo assiste maior possibilidade na medida em que exerce o poder político, autorizado pela representação democrática. Ambos, Estado e povo, assumem essa responsabilidade, como anota MIRANDA, “não são apenas os indivíduos (ou os particulares) que vivem subordinados a normas jurídicas. Igualmente o Estado e as demais instituições que exercem autoridade pública devem obediência ao Direito (incluindo ao Direito que criam).”⁵³

Importante a constatação de HESSE:

⁵⁰ HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Trad.: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. p. 14-15.

⁵¹ CLÈVE, op. cit., p. 23.

⁵² FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade**. 5. ed. São Paulo: RT, 2004. p. 54-55.

⁵³ MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 1.

Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem. Concluindo, pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa se fizerem-se presentes na consciência geral – particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional – não só a vontade de poder (...), mas também a vontade de Constituição ...”⁵⁴

Desse modo, para que a Constituição possa desempenhar sua função como vetor de um Estado Democrático, é imprescindível a cultura constitucional, ou seja, que efetivamente as ações de governo se pautem pelas diretrizes constitucionais, e que as relações entre o cidadão e o Estado sejam permeadas pela percepção íntima da Constituição, sem o que, a efetivação de seus enunciados será meramente retórica. SARAIVA manifesta a seguinte posição: “se antes o constitucionalismo poderia ser visto como processo e movimento, hoje ele deverá ser identificado pelo seu teor de concretização. (...) Faltam-nos, impõem-se dizê-lo, a consciência e o sentimento constitucionais, (...) para que nossas instituições sejam duradouras.”⁵⁵ Em alusão a esse raciocínio DALLARI exclama:

Uma grande vantagem da prática da Constituição é o desenvolvimento de uma consciência constitucional em todo o povo. Onde a Constituição é efetivamente aplicada as pessoas percebem sua existência e suas vantagens e todos estão conscientes em cada situação, de estarem agindo de acordo com ela ou contra ela. Existindo essa consciência constitucional, será muito difícil o uso arbitrário de qualquer poder, pois cada pessoa exercerá vigilância sobre a constitucionalidade dos atos e os que afrontarem a Constituição terão a repulsa imediata de todo o povo.⁵⁶

Isto porque, como salienta VERDÚ, o sentimento constitucional realiza “la adhesión íntima a las normas e instituciones fundamentales de un país, experimentada con intensidad, porque se estiman que son buenas y convincentes para la integración, mantenimiento y desarrollo de una justa convivencia.”⁵⁷

Com efeito, o cidadão pode ser partícipe efetivo da concretização

⁵⁴ HESSE, Op. cit., p. 19.

⁵⁵ SARAIVA, Paulo Lopo. **Direito, Política e Justiça na Contemporaneidade**. Campinas: Edicamp, 2002. p. 123-124.

⁵⁶ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Constituição e Constituinte**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 54-55.

⁵⁷ VERDÚ, Pablo Lucas. **El Sentimiento Constitucional**. Madrid: Réus, 1985. p. 7.

constitucional ao se afastar de uma posição contemplativa com relação ao poder político, para ele mesmo interpretar e exigir atuação da representatividade política de acordo com as premissas constitucionais estabelecidas⁵⁸. Daí não se segregarem os momentos de formação da Constituição (constituente), e do momento lógico posterior da vivência constitucional no que pertine ao interesse e dedicação daquela soberania popular. Apresenta-nos SILVA, o seguinte traço característico desse cidadão:

O sujeito desse século XXI não pode ser o sujeito do século XIX que buscava a sua liberdade perante os desmandos do absolutismo recém derrubado, nem pode ser o sujeito do início do século XX, que assustado com a revolução industrial, lutava pela igualdade com a já conquistada boa condição de vida dos burgueses liberais, mas é um sujeito do terceiro ideal da Revolução Francesa, o sujeito da solidariedade (...). Apesar de ter consciência de sua posição de indivíduo, não se sustenta só nisso, pois somente como membro de uma coletividade e inserido no conceito difuso de cidadão é que ganha a força da sua liberdade e igualdade perante os demais, sempre em busca de sua dignidade como ser humano. (...) Parte de um todo que lhe dá força para lutar (...) não no plano abstrato-filosófico (...), mas no plano concreto, da vida real, das rotinas pessoais (modo de viver) e profissionais (modo de produzir) ...⁵⁹

Esse sujeito compõe a identidade da sociedade plural, aberta à interpretação constitucional, conforme palavras de HÄBERLE:

A teoria da interpretação constitucional esteve muito vinculada a um modelo de interpretação de uma 'sociedade fechada'. Ela reduz, ainda, seu âmbito de investigação, na medida que se concentra, primariamente, na interpretação constitucional dos juizes e nos procedimentos formalizados. (...) Uma teoria da interpretação constitucional deve encarar seriamente o tema 'Constituição e realidade constitucional' (...) para atendimento do interesse público e do bem-estar geral. (...) No processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição. (...) Os critérios de interpretação constitucional hão de ser tanto mais abertos quanto mais pluralista for a sociedade.⁶⁰

⁵⁸ Aqui raciocinamos nas hipóteses de participação popular nas decisões de governo. Para além da participação democrática já prevista no texto constitucional como o referendo, plebiscito e iniciativa popular de lei, outros modos são assentes como a audiência pública, a consulta pública, orçamento participativo, conselhos comunitários. Nessas hipóteses o cidadão leva sua contribuição, imantada pela idéia de Constituição e democracia, e isso tendo como instrumento o processo administrativo, conforme se vê no terceiro capítulo desse trabalho.

⁵⁹ SILVA, Christine Oliveira Peter. Estado Constitucional Cooperativo. **Revista Direito Público - IOB**, Brasília, n. 8, p. 14, abr./jun. 2005.

⁶⁰ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional: A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e "Procedimental" da Constituição**. Trad.: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997. p. 12-13.

Consagra a Constituição de 1988⁶¹, o pluralismo político, que para MORAES, “demonstra a preocupação do legislador constituinte em afirmar-se a ampla e livre participação popular nos destinos políticos do país, garantindo a liberdade de convicção filosófica e política e, também, a possibilidade de organização e participação em partidos políticos.”⁶² Essa posição é congruente com o Estado Democrático de Direito, ante a possibilidade de formação de grupos sociais, com uma carga de traços distintivos fundamentais que marcam a heterogeneidade da sociedade, mas na razão final possuem os mesmos anseios de bem-estar.

As divergências de posicionamento são próprias do ambiente democrático e consentâneas à forma de governo republicana. Dos debates (e até mesmo embates) entre a sociedade e o governo ressaltam as interpretações mais ajustadas do texto constitucional à realidade o que influenciará a tomada de posição do governante com maior proximidade aos vetores determinados pela Constituição. No ensinamento de BASTOS, “a democracia impõe formas plurais de organização da sociedade, desde a multiplicidade de partidos até a variedade de igrejas, escolas, empresas, sindicatos, organizações culturais, enfim, de organizações e idéias que têm visão e interesses distintos daqueles adotados pelo Estado. Desta forma, o pluralismo é a possibilidade de oposição e controle do Estado”⁶³.

Abre-se, assim o universo de intérpretes⁶⁴ da Constituição e a possibilidade de se realizar com maior grau a sua concretização. HÄBERLE manifesta-se, ainda, no sentido de que nesse caso “tem-se (...) uma democratização da interpretação constitucional. Isso significa que a teoria da interpretação deve ser garantida sob a influência da teoria democrática. Portanto, é impensável uma interpretação da Constituição sem o cidadão ativo e sem as potências públicas ...”⁶⁵, arremata.

Desse predomínio democrático sobressai o constitucionalismo, consoante as

⁶¹ BRASIL. Constituição (1988). Constituição Federal. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. 447 p.

⁶² MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 131.

⁶³ BASTOS, Celso. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002. p. 249.

⁶⁴ Entretanto, não estamos omissos à advertência de HÄBERLE: “subsiste sempre a responsabilidade da jurisdição constitucional, que fornece, em geral, a última palavra sobre a interpretação”. Op. cit.: p. 14.

⁶⁵ HÄBERLE, op. cit., p. 14.

palavras de BARROSO:

O constitucionalismo chega vitorioso ao início do milênio, consagrado pelas revoluções liberais e após haver disputado com inúmeras outras alternativas de construção de uma sociedade justa e de um Estado democrático. A razão de seu sucesso está em ter conseguido oferecer ou, ao menos, incluir no imaginário das pessoas (i) *legitimidade* – soberania popular na formação da vontade nacional, por meio do poder constituinte; (ii) *limitação do poder* – repartição de competências, processos adequados de tomada de decisão, respeito aos direitos individuais, inclusive das minorias; (iii) *valores* – incorporação à Constituição material das conquistas sociais, políticas e éticas acumuladas no patrimônio da humanidade.⁶⁶

A síntese acima demonstra os eixos do texto constitucional que impulsionam a concretização constitucional, cujo exercício deve ser constante tanto impulsionado pela sociedade quanto pelas funções estatais constitucionalmente tripartidas. Sabendo, como observa ROSENFELD, que “um texto constitucional escrito é inexoravelmente incompleto e sujeito a múltiplas interpretações plausíveis.”⁶⁷ Este fato justifica que “as constituições devem permanecer abertas à interpretação.”⁶⁸ Constata BARROSO que o “projeto modernidade não se consumou”⁶⁹. Daí a necessidade de construção dinâmica do ideário constitucional para que efetivamente a Constituição expresse a direção a ser seguida pelo Estado.

Para que a Constituição possa servir de vértice aos rumos democráticos do Estado, não pode ser entendida apenas como um “documento descritivo de normas”.⁷⁰ Em suas palavras, CANOTILHO destaca duas idéias básicas de uma constituição em sentido normativo e que as distingue das “constituições semânticas (de fachada)”⁷¹:

(a) a constituição é um conjunto de regras jurídicas (normas e princípios) codificadas num texto (...); (b) é um conjunto de regras jurídicas de valor proeminente porque estas são portadoras de determinados conteúdos aos quais é atribuído numa comunidade um valor específico superior. (...) A constituição normativa (...) para ser qualificada como um conceito de valor, não se basta com um conjunto de regras jurídicas formalmente superiores; estas regras têm de transportar ‘momentos axiológicos’ corporizados em

⁶⁶ BARROSO, Luiz Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 310-311.

⁶⁷ ROSENFELD, Michel. **A Identidade do Sujeito Constitucional**. Belo Horizonte: Melhoramentos, 2003. p. 18.

⁶⁸ Id.

⁶⁹ BARROSO, op. cit., p. 311.

⁷⁰ CANOTILHO, op. cit., p. 1129.

⁷¹ Ibid., p. 1131

normas e princípios dotados de bondade material (garantia de direitos e liberdades, separação de poderes, controlo do poder, governo representativo).”⁷²

Estas características fazem da Constituição norma superior que não pode ser superada por nenhuma outra norma. Possui superlegalidade formal e material, como teoriza BARROSO, que prossegue “a superlegalidade formal identifica a Constituição como a fonte primária da produção normativa, ditando competências e procedimentos para a elaboração dos atos normativos inferiores. A superlegalidade material subordina o conteúdo de toda a atividade normativa estatal à conformidade com os princípios e regras da Constituição.”⁷³ Ainda segundo o autor, “a inobservância dessas prescrições formais e materiais deflagra [o] controle de constitucionalidade.”⁷⁴

Dessa maneira, toda ação estatal que inaugure a ordem jurídica ou dela derive, as decisões judiciais e administrativas, por assim dizer, qualquer agir material ou formal do Estado deve ser interpretado a partir da Constituição para que contenha a eficácia⁷⁵ pretendida.

Levando em conta esta ordem de considerações, temos novamente em BARROSO que: “toda interpretação constitucional se assenta no pressuposto da superioridade jurídica da Constituição sobre os demais atos normativos no âmbito do Estado. Por força da supremacia constitucional, nenhum ato jurídico, nenhuma manifestação de vontade pode subsistir validamente se for incompatível com a Lei Fundamental.”⁷⁶

Pressupõe-se então, a Constituição como um sistema normativo aberto de regras e princípios. Esta abertura, explica SCHIER, possibilita “vislumbrar o Direito como um sistema dinâmico, em constante evolução e construção, em constante diálogo com as realidades social, econômica e jurídica, capacitando a sua atualização mediante

⁷² Id.

⁷³ BARROSO, op. cit., p. 164.

⁷⁴ Id.

⁷⁵ Conforme BARROSO, Eficácia “consiste na sua aptidão para a produção de efeitos, para a irradiação das conseqüências que lhe são próprias. Eficaz é o ato idôneo para atingir a finalidade para a qual foi gerado.” Em BARROSO, Luiz Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas**. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 83.

⁷⁶ BARROSO, op. cit., p. 161.

certa aprendizagem dos dados jurídicos com os históricos (e vice-versa).⁷⁷

Sustenta CANOTILHO que “as regras e princípios são duas espécies de normas; a distinção entre regras e princípios é uma distinção entre duas espécies de normas.”⁷⁸

A distinção nas palavras de DWORKIN:

A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão. Os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão do peso ou importância. Quando os princípios se inter cruzam (...) aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um.⁷⁹

É preciso considerar, também, o método a ser aplicado ante o aparecimento de conflitos. Didaticamente BARROSO explica que “ante conflito de leis (...) [há] três critérios tradicionais: o da hierarquia – pelo qual a lei superior prevalece sobre a inferior -, o cronológico – onde a lei posterior prevalece sobre a anterior – e o da especialização – em que a lei específica prevalece sobre a lei geral.”⁸⁰ De outro modo, continua BARROSO, se a colisão for entre normas constitucionais, na esfera dos princípios constitucionais, deverá ocorrer a ponderação de valores ou de interesses, pois:

É a técnica pela qual se procura estabelecer o peso relativo de cada um dos princípios contrapostos. Como não existe um critério abstrato que imponha a supremacia de um sobre o outro, deve-se, à vista do caso concreto, fazer concessões recíprocas, de modo a produzir um resultado socialmente desejável, sacrificando o mínimo de cada um dos princípios ou direitos fundamentais em oposição.⁸¹

Deste modo, o Estado Democrático de Direito não se perfaz sem que a Constituição possa, de modo pleno, ser efetivada. As complexas relações do Estado

⁷⁷ SCHIER, Paulo Ricardo. **Direito Constitucional**: Anotações Nucleares. Curitiba: Juruá, 2003. p. 74.

⁷⁸ CANOTILHO, op.cit., p. 1160.

⁷⁹ DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 39-42.

⁸⁰ BARROSO, op. cit., p. 330.

⁸¹ Ib.

devem se desenvolver mediante uma estrutura política que possibilite o concerto da democracia, em que ressaltem de modo harmônico as ações de governo e a soberania popular, para que se pronuncie a efetividade da Constituição. A soberania do povo ressalta no princípio republicano e a democracia se alastra mediante a descentralização federativa, daí necessárias as considerações expostas abaixo no quanto sustentem o objeto dessa pesquisa.

1.3 AS FORMAS POLÍTICAS REPÚBLICA E FEDERAÇÃO

O Estado brasileiro possui uma conformação constitucional em forma de República e Federação. Anota MIRANDA que “forma de Estado é o modo de o Estado dispor o seu poder em face de outros poderes de igual natureza (...) e quanto ao povo e ao território (que ficam sujeitos a um ou mais de um poder político). Forma de governo é a forma de uma comunidade política organizar o seu poder ou estabelecer a diferenciação entre governantes e governados.”⁸²

Com efeito, o princípio republicano exprime que as ações governamentais devem se desenvolver no Estado Democrático de Direito com a participação popular, em respeito aos fundamentos constitucionalmente estabelecidos à República. A forma de Estado federativa tem como eixo a descentralização numa dinâmica democrática de distribuição do poder político pelo território nacional. No que pesem as diversas emanções desse arranjo estrutural, apresentaremos alguns dos aspectos que se relacionam com o objeto pesquisado e que, na sua medida, auxiliam a sua compreensão.

⁸² MIRANDA, op.cit., 298-299.

1.3.1 República

Consentaneamente com as idéias até aqui desenvolvidas, a forma de governo republicana adotada pelo Estado brasileiro reclama ações de governo e de administração pública, convergentes com a vontade popular. Como ensina José Afonso da SILVA, República é uma “forma de governo (...) conceito que se refere à maneira como se dá a instituição do poder na sociedade e como se dá a relação entre governantes e governados. Responde à questão de quem deve exercer o poder e como este se exerce.”⁸³

O princípio republicano tem um sentido plural e nele, afirma ATALIBA, estão “as bases para compreensão de todo direito público. Efetivamente, quem penetrar o significado capitular do princípio republicano terá condições de estabelecer ilações e propor desdobramentos que iluminarão todo o direito público, apreendendo melhor e mais seguramente o conteúdo, sentido e alcance de todos os seus institutos.”⁸⁴

Não pode significar apenas um princípio formalmente estabelecido no texto constitucional, antes, deve ser realizável, conforme observa ROCHA:

A República brasileira foi antes concebida como um meio que como um fim político pelo qual se lutou; mero instrumento de adversação da dependência de uma Metrópole monárquica. E quando a ela se chegou institucionalmente deixou-se de discuti-la, pensá-la e buscar a sua prática diuturna e comprometida. Desde a sua entronização como princípio constitucional no Brasil, não se discute a República, não se afirma a sua impositividade demarcadora do modelo de direito que a política cuida de realizar, como se bastasse a sua definição na forma da lei para se materializar uma proposta ou um compromisso governativo e administrativo.⁸⁵

O posicionamento republicano deve demandar a mais ampla possibilidade de diálogo entre o Estado e o cidadão. O sincronismo republicano ocorre numa relação de domínio, segundo assevera CANOTILHO, para quem a “República é ainda uma ordem de domínio – de pessoas sobre pessoas -, mas trata-se de um domínio sujeito à

⁸³ SILVA, José Afonso da, op. cit., p. 102.

⁸⁴ ATALIBA, Geraldo. **República e Constituição**. 2. ed. atualizada por Rosalea Miranda Folgosi. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 15.

⁸⁵ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **República e Federação no Brasil**: Traços constitucionais da organização política brasileira. Belo Horizonte: Del Rey, 1997. p 18.

deliberação política de cidadãos livres e iguais. Precisamente por isso, a forma republicana de governo está associada à idéia de democracia deliberativa.⁸⁶

Esse domínio do governante sobre o povo governado no ambiente democrático pressupõe uma desigualdade em favor daquele, pelas próprias especificidades das obrigações do Estado, que concretiza a vontade estatal pelas ações de governo. Por essa razão a relação de domínio do governo pressupõe a legitimidade do governante. WEBER ensina que “dominação é a probabilidade de encontrar obediência a uma ordem de determinado conteúdo, entre determinadas pessoas indicáveis”⁸⁷ ⁸⁸. Essa dominação legítima é racional, ou seja, ainda com palavras de WEBER: “baseada na crença da legitimidade das ordens estatuídas e do direito de mando daqueles que, em virtude dessas ordens, estão nomeados para exercer a dominação (dominação legal).”⁸⁹

Assim, a relação de domínio governante/governado será legítima quando os representantes de governo agirem de acordo com o catálogo de interesses originalmente ditado pelo povo. Não há outra razão de ser, pois na República brasileira expressamente todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente nos termos autorizados pela Constituição Federal.⁹⁰

Pronuncia-se ATALIBA: “como o povo não pode apresentar-se na função de governo, os seus escolhidos o representam. Governam em seu nome, no seu lugar, expressando sua vontade.”⁹¹ Complementa para citar que o princípio republicano, tem como “características a eletividade, a periodicidade e a responsabilidade. A eletividade é instrumento de representação. A periodicidade assegura a fidelidade aos mandatos e possibilita a alternância no poder. A responsabilidade é o penhor da idoneidade da

⁸⁶ CANOTILHO, op. cit., p. 224.

⁸⁷ WEBER, Max. **Economia e Sociedade**. Trad.: Regis Barbosa e Elsabe Barbosa. Brasília: UNB, 1999. p 33.

⁸⁸ Conforme WEBER, disciplina tem contexto diferente de dominação. Disciplina é “a probabilidade de encontrar obediência pronta, automática e esquemática a uma ordem, entre uma pluralidade indicável de pessoas, em virtude de atividades treinadas. (...) O conceito de ‘disciplina’ inclui o ‘treino’ na obediência em massa, sem crítica nem resistência.” WEBER, op. cit., p. 33.

⁸⁹ Ibid. , p. 141.

⁹⁰ BRASIL. Constituição (1988). Constituição Federal. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. 447 p.

⁹¹ ATALIBA, op.cit., p. 13.

representação popular.”⁹² Esse conjunto de características afirma o sentimento de segurança naquele que governa. Ilustra esse pensamento, JOUVENEL, quando reflete sobre a legitimidade dos dirigentes em uma democracia:

... O que mais importa são as idéias sobre a legitimidade dos dirigentes. Segundo a idéia democrática, os dirigentes são legitimados por sua harmonia com a opinião pública, que não pode ser perfeita, mas não deve ficar abaixo de certo nível. Se há um divórcio muito pronunciado, os dirigentes tornam-se ilegítimos. E com isso legitima-se o uso da força contra eles. Mas como só se recorre à força para restabelecer a harmonia dos dirigentes com a opinião, tal procedimento torna-se válido exclusivamente para a derrubada, não para a instauração da autoridade subsequente, que deve sustentar-se por meio da harmonia restabelecida.⁹³

Daí a repulsa contra o governante quando ofende o princípio republicano, porque desatende a interesses superiores aos quais constitucionalmente está vinculado mediante a legitimidade da representação. Há quebra da harmonia, da confiança, revoga-se a legitimidade pela negação material do mandato e deste momento em diante suas ações são ilegítimas no plano material. Situação desse jaez torna o cidadão vítima, refém do governante, fato que se amolda negativamente ao preceito da dignidade da pessoa humana, fundamento da República. Ressalta ROCHA que “a condição da dignidade da pessoa humana significa que esta não é uma qualificação alienável, modificável pelo sistema jurídico, porque é intrínseca, inerente à própria humanidade do ser sujeito-fim do Direito.”⁹⁴

Tal vinculação é debitada ao princípio republicano justamente porque a pessoa exprime, conforme MENDES, COELHO e BRANCO, “valor pré-constituente e de hierarquia supraconstitucional”⁹⁵. Ainda com base nos estudos de ROCHA, podemos compreender que:

A dignidade da pessoa humana, que é positivada no art. 1º, inciso III, da Lei Magna, como fundamento da República brasileira, ganha, a partir daí, uma condição especial, decorrente de sua natureza de valor supremo fundante da existência do Estado brasileiro e da

⁹² Id.

⁹³ JOUVENEL, Bertrand de. **As Origens do Estado Moderno**: Uma história das idéias políticas no século XIX. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1978. p 349.

⁹⁴ ROCHA, op. cit., p. 97.

⁹⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 140.

coexistência nele. A verdade é que a Constituição, ao consagrar o princípio da dignidade humana como valor supremo não apenas do sistema jurídico, mas da organização política do povo brasileiro, dota-o de prevalência sobre todos os outros princípios e regras jurídicos, determinando, então, que todas as normas, medidas políticas e atos públicos e particulares praticados no País somente são considerados válidos não apenas se não negarem, mas se se voltarem à realização daquele valor magno.⁹⁶

O reconhecimento constitucional da dignidade da pessoa humana, elevado a categoria de fundamento da República, proporciona o sedimento da relação entre o Estado e indivíduo e faz surgir, segundo CASTRO, “novos direitos supralegais (...), a exemplo dos regimes jurídicos aplicáveis à propriedade, à proteção do consumidor, à tutela da infância e da adolescência, à nova configuração da família, calcada na igualdade entre os cônjuges à salvaguarda do meio ambiente, ao resguardo da imagem e da intimidade individual, dentre outros mais.”⁹⁷

Com efeito, o legislador constituinte estabeleceu ao lado da soberania, da cidadania, dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e do pluralismo político, a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil. São fundamentos gerais que possibilitam uma existência digna da pessoa e, desse modo, necessário convir com ROCHA, que esse princípio “entranhou-se no constitucionalismo contemporâneo, daí partindo e fazendo-se valer em todos os ramos do direito. A partir de sua adoção se estabeleceu uma nova forma de pensar e experimentar a relação sociopolítica baseada no sistema jurídico; passou a ser princípio e fim do Direito contemporaneamente produzido...”⁹⁸.

Constitui-se em princípio que traspassa a interpretação da Constituição, a formação do ordenamento jurídico e permeia todas as ações de governo. Ainda com palavras de ROCHA, é “valor fundante do sistema no qual se alberga, como espinha dorsal da elaboração normativa, exatamente os direitos fundamentais do homem. (...) Converteu-se, pois, no coração do patrimônio jurídico-moral da pessoa humana

⁹⁶ ROCHA, op. cit., p. 95.

⁹⁷ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. Dignidade da Pessoa Humana: O Princípio dos Princípios Constitucionais. In: FIGUEIREDO, Marcelo; PONTES FILHO, Valmir (Org.). **Estudos de Direito Público**: Em Homenagem a Celso Antônio Bandeira de Mello. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 164.

⁹⁸ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O Princípio da dignidade da Pessoa Humana e a Exclusão Social. **Revista Interesse Público**, Belo Horizonte, v. 4, p. 23-48, out./dez. 1999.

estampado nos direitos fundamentais acolhidos e assegurados na forma posta no sistema constitucional.”⁹⁹

Demonstra, como refere CANOTILHO, “a abertura da República à idéia de comunidade constitucional inclusiva.”¹⁰⁰ Isso determina que as ações estatais devem pautar-se pela igualdade com relação a todas as pessoas sem sondar-lhes previamente, por exemplo, a consciência, a cor, a religião. Ressalta MORAES:

A dignidade da pessoa humana concede unidade aos direitos e garantias fundamentais, sendo inerentes às personalidades humanas. Esse fundamento afasta a idéia de predomínio das concepções transpessoalistas de Estado e Nação, em detrimento da liberdade individual. A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.¹⁰¹

Esse mínimo invulnerável que todo estatuto deve assegurar, conforme descrito acima, também é aplicável ao processo administrativo enquanto garantia constitucional de participação e controle nas decisões estatais, qualificadamente quando diz respeito à esfera de interesses imediatos da pessoa, o que de resto é exercido pelo contraditório, ampla defesa, duração razoável do processo e motivação das decisões. Infere-se daí que o silêncio estatal ou a demora na resposta ou a resposta desmotivada ferem a dignidade da pessoa humana e por conseqüência o princípio republicano.

A República brasileira constitui-se em uma configuração de governo cuja titularidade das ações volta-se aos interesses de seu titular, o povo e em seu nome é exercido, sendo de extremada relevância a legitimidade das ações governamentais no exercício temporário da representatividade. Numa síntese: as ações de governo devem ser materialmente relevantes e conformadas com a vontade de seu titular, que de regra foram resumidas no texto constitucional como objetivos fundamentais da República,

⁹⁹ Id.

¹⁰⁰ CANOTILHO, op. cit.: p. 225.

¹⁰¹ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 16.

quais sejam, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, garantia do desenvolvimento nacional, erradicação da pobreza e da marginalização, redução das desigualdades sociais e regionais e a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.¹⁰²

Assim, o princípio da igualdade, reconhece ATALIBA é “imediatamente decorrente do republicano (...) diante dos atos infralegais, diante de todas as manifestações do poder, quer traduzidas em normas, quer expressas em atos concretos (...). Firmou-se a isonomia, no direito constitucional moderno, como direito público subjetivo a tratamento igual de todos os cidadãos pelo Estado.”¹⁰³ O destaque da igualdade se acentua para o Estado brasileiro, por ter na democracia seu adjetivo primeiro, além da dimensão social que pressupõe.

Quanto à este aspecto salienta em seus termos BONAVIDES: “a Constituição de 1988 é basicamente em muitas dimensões essenciais uma Constituição do Estado social. Portanto, os problemas constitucionais referentes a relações de poderes e exercício de direitos subjetivos têm que ser examinados e resolvidos à luz dos conceitos derivados daquela modalidade de ordenamento.”¹⁰⁴

O conteúdo material da Constituição é relevante uma vez que é ela quem conduz o sentido a ser expressado pelo Estado. Reforça novamente BONAVIDES: “uma coisa é a Constituição do Estado liberal, outra a Constituição do Estado social. A primeira é uma Constituição antigoverno e anti-Estado; a segunda uma Constituição de valores refratários ao individualismo no Direito e ao absolutismo no Poder.”¹⁰⁵ A observância e consistência do princípio da igualdade está na razão mesma da República.

O princípio republicano do Estado brasileiro deve ser observado pelas unidades federadas conforme as competências que constitucionalmente lhes foram distribuídas. Estas competências revelam a complexidade de atividades do Estado. A

¹⁰² BRASIL. Constituição (1988). Constituição Federal. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. 447 p.

¹⁰³ ATALIBA, op.cit., p. 158.

¹⁰⁴ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 336.

¹⁰⁵ Id.

materialização delas exige observância do ideal democrático e republicano como previsto na Constituição Federal, bem como daquelas especificidades próprias da Federação, às quais nos deteremos adiante.

1.3.2 Federação

A Constituição Federal brasileira estabelece como unidades federadas a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios¹⁰⁶. Nas palavras de FERREIRA, Estado federal “é uma organização, formada sob a base de uma repartição de competências entre o governo nacional e os governos estaduais, de sorte que a União tenha a supremacia sobre os Estados-Membros, e estes sejam entidades dotadas de autonomia constitucional perante a mesma União.”¹⁰⁷

A forma de organização política do Estado brasileiro em Estado Federal¹⁰⁸ vincula-se à idéia de Estado descentralizado e pressupõe a divisão de poder entre as unidades componentes da Federação, o que favorece a percepção do poder político pelo cidadão, dada a proximidade com os governantes. Assim, as ações estatais são melhor pressentidas, além de possibilitar a discussão dos temas locais mantendo conexão com as demais unidades federadas. Oportuna, nesse sentido, a passagem de FIGUEIREDO:

A análise da descentralização do poder do Estado tem um nítido caráter democrático, pois estaremos nos perguntando: quando e como o poder do Estado está efetivamente submetido a controles, o que é da essência da democracia e quando não está. O que caracteriza regimes autoritários. Ademais, a descentralização do poder do Estado é

¹⁰⁶ Consideramos os Municípios como unidade da federação, como, de resto, positivado na Constituição Federal. Entretanto, mencionamos que há inconformismo de alguns doutrinadores a respeito da inclusão dos Municípios como componente da federação. Por exemplo, SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 475. BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal Anotada**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 464. Também, CASTRO, José Nilo de. **Direito Municipal Positivo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 57-65.

¹⁰⁷ FERREIRA, Pinto. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 262.

¹⁰⁸ Quanto às origens do Estado Federal, narra DALLARI, “que é um fenômeno moderno que só aparece no século XVIII, não tendo sido conhecido na Antigüidade e na Idade Média. ... O Estado Federal nasceu, realmente, com a Constituição dos Estados Unidos da América, em 1787. Conforme DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 255

precisamente uma das formas de controlar o próprio Estado; de saber como as relações de poder estão estruturadas no Estado. A concentração de poderes em níveis nacionais esvazia, como se sabe, o poder regional e o poder local, podendo indicar quebra do princípio democrático ...¹⁰⁹

Trata-se de um conjunto de numerosas relações interdependentes, que se articulam mediante um plexo de competências constitucionalmente definidas, que segundo MENDES, COELHO e BRANCO, “expressa um modo de ser do Estado (...) em que se divisa uma organização descentralizada, tanto administrativa quanto politicamente, erigida sobre uma repartição de competências entre o governo central e os locais, consagrada na Constituição Federal, em que os Estados federados participam das deliberações da União, sem dispor do direito de secessão.”¹¹⁰

Observa BARACHO “que toda comunidade organizada como Estado soberano envolve o exercício do poder político, através de órgãos decisórios. (...) A existência de apenas um centro decisório de governo e poder configura o Estado unitário, ao passo que a pluralidade leva-nos ao Estado Federal.”¹¹¹ Outra distinção é aquela estabelecida entre Confederação e Federação. Naquela salienta ZIMMERMANN, “os membros são estados soberanos, (...) os Estados estão ligados por um simples tratado, mais próprio do direito internacional (...) [e] cada Estado guarda o direito de secessão, podendo ele romper ou tão somente retirar-se do pacto”¹¹². Nesta, “os membros da federação são apenas autônomos para determinados fins constitucionalmente dispostos, (...) os Estados estão unidos pelo pacto federativo de direito constitucional, por uma autêntica Constituição formal e rígida (...) [e] na Federação a unidade é perpétua, sendo legítimo que a União obrigue coercitivamente a permanência do Estado-membro insurgente.”¹¹³

O princípio federativo, ensina ROCHA, tem como “objetivo (...) alcançar a

¹⁰⁹ FIGUEIREDO, Marcelo. Federalismo X Centralização. A Eterna Busca do Equilíbrio – A Tendência Mundial de Concentração de Poderes na União. A Questão dos Governos Locais. **Revista Interesse Público**, Porto Alegre, v. 41, p. 93-108, jan./fev. 2007.

¹¹⁰ MENDES, COELHO e BRANCO, op. cit., p. 757.

¹¹¹ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Novos Rumos do Federalismo. **Revista de Direito Público**. São Paulo, v. 65, p. 05-26, jan./mar. 1983.

¹¹² ZIMMERMANN, Augusto. **Teoria Geral do Federalismo Democrático**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 38-39.

¹¹³ Id.

eficácia do exercício do poder no plano interno de um Estado, resguardando-se a sua integridade pela garantia de atendimento das condições autônomas dos diferentes grupos que compõem o seu povo e assegurando-se assim, a legitimidade do poder e a eficiência de sua ação.”¹¹⁴ Isso remete à possibilidade de maior aproximação do cidadão às esferas governamentais, facilitando o exercício da democracia e, como identifica VELLOSO, “a combinação da descentralização funcional do poder com a descentralização geográfica ou territorial deste, amplia, significativamente, o sistema de proteção à liberdade e propicia a prática da democracia”¹¹⁵. Ainda nas esclarecedoras palavras de ROCHA:

O princípio federativo (...) realiza a aspiração de participação, conciliando-se (...) com as idéias democráticas (...). Quanto mais próximo do centro de decisões políticas estiver o cidadão, mais a comunidade participa do exercício do poder e mais legitimidade tem esse exercício. Logo, o princípio da participação política plural aperfeiçoa-se mais facilmente com a descentralização política, pelo que se fortalece o princípio federativo que a contempla, informando um modelo de institucionalização do poder segundo tal paradigma.¹¹⁶

A realização concreta dessa participação e o vínculo da Federação com a democracia decorrem do Estado que temos constitucionalmente estruturado, qual seja, democrático de direito e republicano. As unidades componentes da Federação têm origem nesse Estado, logo dentro da esfera de suas competências outro não será o modo de governo admitido, senão republicano, no máximo alcance dessa expressão.

Nesse concerto federativo, os componentes são dotados de autonomia, caracterizando como denomina MORAES a “tríplice capacidade de auto-organização e normatização própria, autogoverno e auto-administração”¹¹⁷. Os Estados-membros organizam-se a partir das Constituições Estaduais, o Distrito Federal, rege-se-á por Lei Orgânica Distrital, tendo a mesma competência legislativa reservada aos Estados e aos Municípios. Estes também têm sua organização mediante Lei Orgânica.¹¹⁸

¹¹⁴ROCHA, op. cit., p. 171.

¹¹⁵ VELLOSO, Carlos Mário. Estado Federal e Estados Federados na Constituição Brasileira de 1988: Do Equilíbrio Federativo. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 187, p. 1-36, jan./mar. 1992.

¹¹⁶ ROCHA, op. cit. p. 173.

¹¹⁷ MORAES, Alexandre de. **Constituição** ... p. 705.

¹¹⁸ BRASIL. Constituição (1988). Constituição Federal. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. 447 p.

Salienta FERREIRA FILHO, que “na estrutura federativa brasileira, a autonomia do Estado federado importa em auto-organização. Cada Estado federado se rege por uma Constituição que o seu Poder Constituinte estabelece. Mas este Poder Constituinte do Estado-Membro não é originário, é decorrente do Poder Constituinte originário. Não é, pois, um poder ilimitado.”¹¹⁹

A citação é pertinente em razão da distinção entre soberania, própria do Poder Constituinte originário, e autonomia, aplicável quando se trata do Poder Constituinte decorrente, que demanda a elaboração das Constituições Estaduais.

A soberania expressa independência, plenitude do poder político. O Estado Federal é soberano e quem expressa essa soberania é a União, enquanto que a autonomia deferida aos membros da Federação encontra parâmetros que a delimitam juridicamente. Há um espaço reservado de atuação. Observa FERRAZ JR. quanto a autonomia do Estado-membro:

A autonomia tem algo de originalidade, na medida em que é, no âmbito territorial de sua competência, princípio de uma ordem (...). Princípio significa que os atos do poder constituinte são vistos como início, o começo de algo novo. ... Gozar de autonomia é gozar desta principialidade, atributo essencial da soberania, mas, no caso do poder constituinte decorrente, está pressuposto que o sistema normativo estadual como um todo há de se inserir no contexto da Constituição Federal.¹²⁰

O limite à ordem inicial não macula a unidade autônoma. A descentralização política ocorre e há uma definição de competências. Fixado o ponto de partida move-se a autonomia dos entes federados em direção ao seu exercício. Explica BARACHO que:

A definição do federalismo comporta diversas perspectivas, mas destaca-se entre elas a determinação das competências centrais e das competências locais, que de uma certa maneira leva-nos à configuração da descentralização. O mecanismo da descentralização constitui um dos pontos essenciais da definição do federalismo. A técnica de distribuição consiste na enumeração limitativa das competências centrais, com atribuições daquelas que restam aos órgãos locais.¹²¹

¹¹⁹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 64.

¹²⁰ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Princípios Condicionantes do Poder Constituinte Estadual em Face da Constituição Federal. **Revista de Direito Público**. São Paulo, v. 92, p. 34-42, out./dez. 1989.

¹²¹ BARACHO, op.cit., p. 12.

Entretanto, adverte ROCHA que “as competências repartidas sejam de importância política para que se tenha, verdadeiramente, uma Federação. Não é o número de competências que se deve considerar, mas a qualidade, a natureza e a significação política das competências repartidas.”¹²² A observação é pertinente. Falamos em concretização da Constituição e na pluralidade de seus intérpretes. Se a distribuição de competências às unidades federadas for meramente descritiva, quantitativa e não qualitativa, o sujeito local não encontrará na base política na qual reside, legitimidade no representante político, ou se este for legítimo, não poderá realizar as competências descritas porque irreais. Esse aspecto negativo nos remete à importância da descentralização política da Federação, descentralizar não pressupõe isolamento político, ao contrário é com a descentralização que o Estado se fortalece.

A existência de viabilidade financeira é outro aspecto relevante. Sobre isso a segunda observação de ROCHA: “há que se observar ser necessário haver estreita correlação entre as competências repartidas e os recursos financeiros assegurados às entidades da Federação para que elas possam ser efetiva e eficazmente exercidas. Sem esses recursos não há meio de serem satisfeitas, realizadas e cumpridas as competências outorgadas às diferentes entidades, ficando a descentralização inviabilizada.”¹²³ A existência de recursos financeiros está vinculada diretamente com a realização das prestações materiais do Estado. No balizamento dos aspectos sobre a República, vimos que o princípio da igualdade decorre do republicano consistindo em direito público subjetivo. Tendo o Estado brasileiro uma preocupação social, a má distribuição de recursos financeiros impede a realização do encargo estatal de efetivar a igualdade, responsabilidade que é de todas as esferas da Federação.

Conjectura BONAVIDES que “o Estado social é enfim um Estado produtor de igualdade fática. Trata-se de um conceito que deve iluminar sempre toda a hermenêutica constitucional, em se tratando de estabelecer equivalência de direitos. Obriga o Estado, se for o caso, a prestações positivas; a prover meios, se necessário

¹²² ROCHA, op.cit., p. 185.

¹²³ Id.

para concretizar comandos normativos de isonomia.”¹²⁴

Nessas considerações sobre a Federação percebemos que o modelo federativo brasileiro é peculiar com relação às demais federações, pois inclui uma terceira ordem federada, o Município. A descentralização do poder político é nota relevante à efetivação da democracia, particularmente em razão da extensão territorial brasileira, bem como possibilita a concretização ampla das disposições constitucionais.

Se dessume, pelo quanto até aqui analisado, que os municípios assumem relevante importância perante a Federação pois neles, muitas vezes de modo primeiro, ocorrerão as práticas que revelam a verdadeira face do Estado e os encontros e desencontros com a materialização da Constituição. Ao propósito disso, no capítulo seguinte estabelecemos considerações sobre o Município, antes e após a Constituição de 1988, bem como as implicações jurídicas decorrentes de sua autonomia, graduada como ente federado.

¹²⁴ BONAVIDES, Paulo. **Curso de...** p. 343.

2 DO MUNICÍPIO

O Município é formalmente uma unidade da Federação brasileira conforme determina a Constituição Federal. Desse modo, procuramos delinear em capítulo próprio aspectos que o caracterizam nesse cenário uma vez que em grande parte os anseios da soberania popular ocorrem no cotidiano do poder local. Comenta MOÁS que:

O cotidiano é fundamental para o desenvolvimento das atividades políticas. (...) O poder local pode (...) ser considerado como uma parcela do poder central, dado que o Estado, como estrutura política, pressupõe o relacionamento, a interdependência entre governantes e governados na qual o espaço local está inserido. (...) Desse modo, não há que negar a existência de características que definem o poder político local. Os prefeitos e vereadores, eleitos pela população local, estão de fato mais aptos a compreender as especificidades locais.”¹²⁵

Com efeito, não poderia o Município obter as conquistas alcançadas após um longo processo de conscientização política para sua autonomia, com o grau previsto pelo legislador constituinte para que suas ações fiquem insuladas nas suas próprias competências. Ao contrário, é imperiosa a necessidade de harmonia entre os componentes da Federação para que o Estado atinja a consecução de seu fim último, que é a distribuição eqüitativa do bem comum.

Na lição de FERRARI:

... A comunidade local está inserida num contexto maior da comunidade estadual e federal. Assim, as carências locais se projetam também nesse contexto mais amplo, o que faz com que também haja interesse estadual e federal no bom andamento e desenvolvimento das entidades locais. Portanto essas carências ou deficiências locais devem ser supridas pelos órgãos dos governos estadual e federal, porque, em última análise, a receita federal e a estadual se constituem a partir de bases municipais.¹²⁶

Sublinha BONAVIDES, que “em todos os sistemas constitucionais, de

¹²⁵ MOÁS, Luciane da Costa. **Cidadania e Poder Local**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2002. p. 32-35.

¹²⁶ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Controle da Constitucionalidade das Leis Municipais**. 3 ed. São Paulo: RT, 2003, p. 63.

natureza federativa ou unitária, a história da autonomia municipal é uma crônica política de oscilações, que variam pendularmente do alargamento à contração, conforme haja ocasiões mais propícias para concretizar o princípio de liberdade na organização das estruturas estatais.”¹²⁷ A conquista da autonomia municipal confere momento de “vanguarda ao Estado brasileiro, face os demais modelos autonomistas.”¹²⁸

Nesse contexto, o Município assume posição essencial à realização efetiva da Constituição, inexistindo possibilidade de dissociação do governo local com a concretização dos preceitos constitucionais. Em razão dessa relevância, tecemos aqui as observações referentes ao Município para a compreensão de algumas de suas especificidades na Federação brasileira, e importantes à concepção do processo administrativo municipal como instrumento de participação democrática nas decisões locais, bem como para defesa de direitos perante essa mesma administração.

2.1 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O MUNICÍPIO

Iniciamos com uma pequena digressão histórica sobre as origens do Município brasileiro, para posteriormente tecermos observações divididas em dois momentos distintos do Município no Brasil, quais sejam, o período anterior à Constituição Federal de 1988, e posteriormente verificamos as implicações jurídicas decorrentes do Município como componente da Federação.

2.1.1 A Origem Histórica do Município

Salienta FERREIRA que o Município em sua origem era uma entidade social e histórica, para posteriormente ser considerado como instituição político-jurídica, em

¹²⁷ BONAVIDES, Paulo. *Curso de...* p. 313

¹²⁸ *Ibid.*, p. 314.

razão de ser formado por inúmeras famílias reunidas em espaço territorial determinado, onde viabilizavam interesses comuns. Ressalta, de modo importante, que na Grécia predominava o Estado-Cidade com funções nacionais dotadas de soberania, mas com população pequena o que impossibilitava a expansão do municipalismo.¹²⁹

O Município como organização político-administrativa surge com os romanos para organizar os territórios conquistados. Segundo MEIRELLES, quando descreve a origem histórica do Município nesse período, a administração era exercida por Magistrados Superiores, órgão colegiado, composto por dois a quatro integrantes, que ocupavam estes cargos temporariamente e mediante eleição com função administrativa e judicial. Eram auxiliados por Magistrados Inferiores encarregados por atividades administrativas e de polícia.

Assinala ainda, que compunham também esta estrutura administrativa, os encarregados da arrecadação e de fiscalização dos negócios públicos, o defensor da cidade, os notários e os escribas. As leis locais eram editadas pelos membros do Conselho Municipal, com funções semelhantes aos Senadores Romanos. Esse modelo de administração acaba por servir a todas as Colônias da Itália e mais tarde implantado nas Províncias conquistadas na Grécia, Gália e Península Ibérica.¹³⁰

Entretanto, arremata FERREIRA:

Nem a todas as cidades conquistadas por Roma se concedia o direito ou o privilégio de se organizarem como *municipia*, com isso adquirindo o direito geral ou limitado de cidadania romana, porém conservando suas instituições e leis próprias. (...) Tais privilégios eram concedidos às cidades que não opunham resistência aos invasores romanos, mas tais cidades não conservavam a sua independência. Mantinham entretanto uma administração local relativamente autônoma; não só tinham a autonomia administrativa, mas também a sua legislação civil própria e também certa autonomia na legislação de direito público, com o que se distinguiam das colônias.¹³¹

Na Idade Média atesta CASTRO, o Município continua a ter importância, não na fase feudal, dominada pelas idéias dos senhores feudais, mas na segunda fase

¹²⁹ FERREIRA, Pinto. **Comentários à Constituição Brasileira**: 2º Volume. Artigos 22 a 53. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 190-191.

¹³⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Municipal Brasileiro**. 13. ed. atual. por Célia Marisa Prendes; Márcio Schneider Reis. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 34.

¹³¹ FERREIRA, Pinto. **Comentários** ... p. 191-192.

do feudalismo denominada de comunal, quando é retomada a idéia de organização administrativa.¹³²

Na Idade Moderna, surge uma nova preocupação ao Município, como explica BASTOS:

A Idade Moderna coincide com o renascimento do Estado e este, por sua vez, com o revigoramento das grandes vilas e cidades. Doravante, contudo, o Município vai enfrentar um problema, no fundo, novo. Como conviver com esta organização, também de natureza política, denominada Estado, que sobrepuja em abrangência territorial e mesmo na qualidade do poder de que desfruta. Só ao poder estatal passa a caber o predicativo de soberano. Eis aí posto o problema existencial do Município moderno. Sua razão de ser, contudo, continua presente.¹³³

Com efeito, àquela época a estruturação política do Estado e o relacionamento com o Município fazia-se relevante, considerada a dependência maior ou menor com relação à soberania que integrava. Isto porque, ainda na observação de BASTOS:

É no Município que todos vivemos e é da satisfação de suas necessidades básicas que deflui, em grande parte, o nosso bem estar individual. Todavia, o Município não detém as rédeas últimas do Poder. Suas competências dependem da estruturação do Estado em que se encontrar. E, é bom dizê-lo, os Estados adotam soluções institucionais diversas relativamente ao seu problema de organização local.¹³⁴

Os problemas desta vinculação política do Município com o Estado, e as tensões sentidas pelo municipalismo têm seu curso na história, ora convivendo com ditaduras ceifando qualquer possibilidade de vivência material, ora presente a democracia, mas sem que seu posicionamento junto à estrutura política da Federação proporcionasse a eficácia das ações municipais perante a realidade, dado o seu vínculo de dependência com o Estado-membro. Para o anseio municipalista, somente um ajuste no arranjo político-administrativo do Estado poderia determinar material e efetivamente a existência do Município.

A história do Município no Brasil inicia com a primeira estrutura formatada

¹³² CASTRO, José Nilo de. **Direito Municipal Positivo**. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 36.

¹³³ BASTOS, Celso. **Estudos e Pareceres: Direito Público. Constitucional, Administrativo e Municipal**. São Paulo: RT, 1993. p. 179.

¹³⁴ Id.

nos moldes da experiência vivenciada por Portugal. MEIRELLES narra que essa formação municipal tinha a mesma organização e atribuições dos Municípios portugueses. Não houve grande propagação de Municípios em razão da centralização das Capitanias Hereditárias, entretanto, com apoio da Igreja vários povoados conseguem se desenvolver e exercer os atos de competência municipal.¹³⁵

Considerando as nuances existentes nesta primeira inserção do Município no Brasil, enfatiza CASTRO que o “fenômeno de absorção do vigor das Câmaras Municipais já no Brasil-Colônia, reflete a identidade do homem com seu torrão natal, o sentimento nativista, a relação de vizinhança a demonstrar a necessidade de se proverem os interesses locais em consonância com as aspirações de emancipação de um povo, revelando as Câmaras Municipais, o fundamento de nossa nacionalidade e independência.”¹³⁶

O Município, após a fase colonial, passa a figurar em todas as Constituições, fato que será observado adiante.

2.1.2 O Contexto do Município nas Constituições Anteriores a 1988

A Constituição Imperial de 1824 traz basicamente três artigos relevantes ao Município. Por determinação constitucional, inscrita no art. 167, em todas as cidades e vilas então existentes, bem como naquelas que fossem criadas haveria a instalação de Câmaras, competentes para assuntos econômicos e municipais. O dispositivo seguinte mencionava a eleição dos membros da Câmara e a sua presidência que era encargo do Vereador mais votado. O art. 169 remete à regulamentação das matérias de competência das Câmaras à Lei ordinária. Aponta entretanto como competência o exercício das funções municipais, as posturas policiais, aplicação das rendas, bem

¹³⁵ MEIRELLES, op. cit., p. 36-37.

¹³⁶ CASTRO, op.cit., p. 40-41.

como, todas as demais ações particulares e úteis.¹³⁷

Em outubro de 1828 foi editada a Lei que disciplinava o procedimento eleitoral, entretanto a surpresa, revela MEIRELLES, foi a subtração da autonomia municipal, dada a subordinação imposta aos presidentes das Províncias, configurando uma centralização não prevista pela Constituição. O resultado foi o isolamento das municipalidades do poder central, o que as limitou à mera divisão territorial, em descompasso com os Municípios do período Colonial. Menciona ainda o autor que, ante a insatisfação geral com a Coroa Portuguesa, foi editado o Ato Adicional de 1834 que reforma a Constituição, mas submete as Câmaras Municipais às Assembléias Legislativas provinciais. Permanece o mesmo estado de coisas.

Em maio de 1840, mediante a Lei nº 105, nova tentativa de resgatar a autonomia das municipalidades. Em vão, pois algumas competências são restabelecidas, mas nenhuma estrutura é fornecida às Câmaras para poder desempenhar as competências originariamente determinadas pela Constituição. A figura do Prefeito somente foi criada em abril de 1835 pela Província de São Paulo e por Decreto nas Províncias do Ceará, Pernambuco e Alagoas. Prevalece, entretanto, o caráter centralizador e os Municípios não recuperam a autonomia anterior ao período da Constituição Imperial, permanecendo como meras corporações administrativas.¹³⁸

A Constituição da República de 1891 traz no artigo 68 o restabelecimento da autonomia do Município, “os Estados organizar-se-ão de forma que fique assegurada a autonomia dos Municípios em tudo quanto respeite ao seu peculiar interesse.”¹³⁹ O Brasil adota a forma de governo republicana e o Estado assume a forma de Federação.

Destaca FERREIRA, que ao Município expressamente é prevista a autonomia, mas coube à legislação infraconstitucional regulamentar o que se entenderia por peculiar interesse, bem como os termos em que seria exercida a

¹³⁷ CAMPANHOLE, Adriano; CAMPANHOLE, Hilton Lobo (Comp.). **Todas as Constituições do Brasil** . 3. ed. São Paulo: Atlas, 1978. 714 p.

¹³⁸ MEIRELLES op. cit., p. 37-39.

¹³⁹ CAMPANHOLE, Adriano; CAMPANHOLE, Hilton Lobo (Comp.). **Todas as Constituições do Brasil** . 3. ed. São Paulo: Atlas, 1978. 714 p.

autonomia municipal. Esta regulamentação, segundo o autor ficou a encargo dos Estados-membros, em suas Constituições Estaduais. A criação de Municípios não tinha critérios rígidos, bastava uma cidade ou vila com uma arrecadação própria e cerca de dez a vinte mil habitantes para ser qualificada como Município.

Narra ainda, que a Constituição não previu a eletividade dos Prefeitos, existindo a possibilidade de indicação do Presidente da República ou Governador de Estado, cuja regulamentação da escolha ficava adstrita à Constituição Estadual. Esse tema, indicação dos Prefeitos sem eleição, cita o autor, chegou ao Supremo Tribunal Federal que não se pronuncia sobre o fato. Tratava-se à época de eloqüente discussão entre doutrinadores de peso. Entre os que opinavam pela inconstitucionalidade da indicação estavam Rui Barbosa, Pedro Lessa e João Barbalho, de modo contrário, Carlos Maximiliano e Castro Nunes.¹⁴⁰

Entrementes, esse período inaugural da República é fortemente influenciado pelo regime Imperial anterior, o que reflete o modo político centralizador e opressivo, conforme relata MEIRELLES:

Durante os 40 anos em que vigorou a Constituição de 1891 não houve autonomia municipal no Brasil. O hábito do centralismo, a opressão do coronelismo e a incultura do povo transformaram os Municípios em feudos de políticos truculentos, que mandavam e desmandavam nos 'seus' distritos de influência, como se o Município fosse propriedade particular e o eleitorado um rebanho dócil ao seu poder. (...) As eleições eram de antemão preparadas, arranjadas (...) Não havia qualquer garantia democrática. E nessa atmosfera de opressão, ignorância e mandonismo o Município viveu quatro décadas, sem recurso, sem liberdade, sem progresso, sem autonomia.¹⁴¹

A Constituição da República de 1934, inspirada na Constituição Alemã de Weimar, foi a que melhor disciplinou o Município, em comparação com as constituições anteriores. No artigo 13, o Constituinte estabelece a organização do Município. Prevê a autonomia municipal e permanece a expressão peculiar interesse, quanto aos assuntos locais. Permite a eletividade do Prefeito e dos Vereadores, a participação na distribuição de receitas tributárias e organização dos serviços de sua

¹⁴⁰ FERREIRA, Pinto. **Comentários** ... p. 200-201.

¹⁴¹ MEIRELLES, op. cit., p. 39.

competência. Entretanto, é prevista a criação de um órgão de assistência técnica à Administração municipal e fiscalização de suas finanças.¹⁴²

A fixação de receitas próprias aos Municípios, exclama MEIRELLES impulsiona o seu desenvolvimento material. Mas considera que foi muito breve o período de vigência da Constituição para uma avaliação quanto à sua eficácia.¹⁴³

Entretanto, no que pese o impulso dado à estruturação do Município, houve a criação do mencionado órgão para fiscalizar suas finanças, sem que o constituinte fixasse limites à sua competência.

A Constituição de 1937 corporifica a ditadura Vargas. Toda estrutura existente foi modificada. FERREIRA escreve que “foi eliminada a democracia e com ela a autonomia municipal. O dito documento da ditadura prescreveu a nomeação dos prefeitos pelo chefe do Executivo estadual, mas ressaltou a competência tributária dos municípios.”¹⁴⁴ MEIRELLES giza, em síntese, a estrutura administrativa ditatorial:

Ao golpe de 10 de novembro seguiu-se um regime interventorial nos Estados e nos Municípios. O interventor era um preposto do ditador, e os prefeitos, prepostos do interventor. Todas as atribuições municipais enfeixavam-se nas mãos do prefeito, mas acima dele pairava soberano o Conselho Administrativo estadual, órgão controlador de toda atividade municipal, que entravava eficientemente as iniciativas locais. Àquele tempo os interesses municipais ficaram substituídos pelo interesse individual do prefeito em se manter no cargo à custa de subserviências à interventorias.¹⁴⁵

Após este período ditatorial, a Constituição de 1946 redemocratiza o Brasil e restaura a autonomia dos Municípios e explicita as bases em que esta é assegurada, para trato de assuntos de seu peculiar interesse. São garantidas as receitas tributárias próprias e participação na arrecadação da União e dos Estados. Prevê a eletividade dos prefeitos e vereadores e os serviços públicos locais.¹⁴⁶ Essa estrutura concedida ao Município retoma de modo aperfeiçoado aquela estabelecida pela Constituição de

¹⁴² CAMPANHOLE, Adriano; CAMPANHOLE, Hilton Lobo (Comp.). **Todas as Constituições do Brasil** . 3. ed. São Paulo: Atlas, 1978. 714 p.

¹⁴³ MEIRELLES, op. cit., p. 40.

¹⁴⁴ FERREIRA, op. cit., p. 202.

¹⁴⁵ MEIRELLES, op. cit., p. 41.

¹⁴⁶ CAMPANHOLE, Adriano; CAMPANHOLE, Hilton Lobo (Comp.). **Todas as Constituições do Brasil** . 3. ed. São Paulo: Atlas, 1978. 714 p.

1934 e assegura autonomia política, administrativa e financeira.

Entretanto, nova fúria ditatorial é vivenciada com a Constituição de 1967 e a Emenda Constitucional nº 1 de 1969 servem à ditadura militar com grande centralização no Executivo Federal. É mantida a autonomia estadual e municipal, porém os atos institucionais e as emendas posteriores a restringem política, administrativa e financeiramente, observa MEIRELLES.¹⁴⁷

Com efeito, o recrudescimento da ditadura impõe duro trauma ao municipalismo, uma vez que o governo militar pôs por terra qualquer esperança de efetivação dos dispositivos constitucionais que expressavam a autonomia municipal. Ocorre que o Ato Institucional nº 5, como frisam BONAVIDES e ANDRADE, “englobava todos os itens constantes dos atos anteriores, acrescentando a faculdade de intervir em estados e municípios, detalhando as conseqüências imputáveis aos que tivessem seus direitos políticos cassados, suspendendo a garantia de *habeas corpus* e concedendo total arbítrio ao Presidente da República no que se refere à decretação do estado de sítio ou de sua prorrogação.”¹⁴⁸

Por esses excertos históricos, percebemos a trajetória do Município que passa por diversas crises, em busca de afirmação constitucional e concretização de uma estrutura que de modo eficaz proporcionasse o trato com os assuntos de seu peculiar interesse. Esse caminhar do Município se beneficia com a redemocratização do Brasil, com densa proteção constitucional uma vez que é alçado à categoria de ente federado, com relevantes repercussões jurídicas decorrentes. Sobre essas inovações nos detemos no tópico seguinte.

2.2 O MUNICÍPIO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Após todas as vicissitudes experimentadas pelo Município, a resposta

¹⁴⁷ MEIRELLES, op. cit., p. 43-44.

¹⁴⁸ BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **História Constitucional do Brasil**. 4. ed. Brasília: OAB Editora, 2002. p. 434.

reivindicada pelos municipalistas quanto ao seu posicionamento na estrutura político-administrativa do Estado, vem com a Constituição Federal de 1988, ao sobrelevar o Município à condição de ente federado, detentor de personalidade jurídica de direito público interno, sujeito de direitos e obrigações. Considerado o percurso histórico traçado até a conquista da autonomia qualificada como unidade da Federação, houve verdadeira alforria dos municípios.

Quando BONAVIDES e ANDRADE, tratam do perfil da Constituinte de 1986, questionam sobre sua identidade ideológica e aludem que a “ação partidária foi substituída pela movimentação dos grupos e a imprensa acusou a organização de *lobbies* de interesses, os mais variados (o *lobby santo* da Igreja Católica; o *lobby evangélico* das várias ramificações protestantes; o *lobby* dos prefeitos, dos governadores ...), como influenciadores ou deformadores da vontade da Constituinte.”¹⁴⁹

Nos estudos que SOUZA realizou sobre os trabalhos da Constituinte, relata algumas particularidades da Subcomissão dos Municípios e Regiões. Discorre que após oito audiências públicas, presentes prefeitos, vereadores e técnicos municipalistas foram elaboradas sugestões. Dentre elas, acentua a autora, a inclusão do município como ente federado, sendo esse nível de descentralização consenso de toda a Subcomissão.¹⁵⁰

Narra ainda a autora, que se extrai do relatório da Comissão de Organização do Estado, que durante os trabalhos dessa Comissão o principal objetivo foi “a questão da autonomia e o problema da descentralização, porque a democracia requer a descentralização de poder.”¹⁵¹ Explica SOUZA que ao contrário do ocorrido na Subcomissão dos Municípios e Regiões, os Governadores e Prefeitos não firmaram presença nas discussões da Comissão de Organização do Estado e menciona palavras do relator da Comissão para quem “todas as conquistas relacionadas com a

¹⁴⁹ Ibid. p. 476.

¹⁵⁰ SOUZA, Celina. Federalismo e Descentralização na Constituição de 1988: Processo Decisório, Conflitos e Alianças.. **DADOS-Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro**, v. 44, n. 3, p.522-523, 2001.

¹⁵¹ Ibid., p. 529.

descentralização devem ser creditadas unicamente ao Congresso.”¹⁵²

A autora lembra que o relator da Comissão entendia pela contrariedade à descentralização municipal, com o argumento de que: “os prefeitos tratam a arrecadação de impostos como uma questão política e não financeira e são mais suscetíveis a pressões contra a cobrança de impostos do que os governadores.”¹⁵³ SOUZA ainda informa que as discussões pela reestruturação do Estado e conseqüente descentralização foram tratadas unicamente como uma questão de distribuição financeira.¹⁵⁴

A Constituição prevê estipulações constitucionais que determinam a indissolubilidade existente entre o Município e os demais componentes da Federação (art. 1º); aquelas que o colocam como pertencente à estrutura político-administrativa com autonomia (art. 18); as considerações sobre organização política, administrativa e competência (arts. 29 e 30); as hipóteses únicas de intervenção dos Estados-membros nos Municípios (art. 34); bem como, as que prescrevem seus impostos próprios (art. 156) e as que disciplinam sua participação na repartição de receitas tributárias (art. 157).¹⁵⁵

São expressivas alterações no regime jurídico dispensado ao Município e que o distinguem sensivelmente quanto ao tratamento previsto nas ordens constitucionais anteriores. São palavras de MEIRELLES: “a Federação Brasileira não dispensa nem prescinde do Município na sua organização constitucional. Segue-se, daí, que o Município Brasileiro é entidade político-administrativa de terceiro grau, na ordem descendente da nossa Federação: União – Estados – Municípios.”¹⁵⁶

O principal aspecto deste novo regime estabelecido pela Constituição ao Município é a autonomia que efetivamente assume contornos de ineditismo ante a ascensão como ente federado. Sobre ela nos ocupamos no tópico vindouro.

¹⁵² Ibid., p. 530.

¹⁵³ Id.

¹⁵⁴ Ibid. p. 529-531.

¹⁵⁵ BRASIL. Constituição (1988). Constituição Federal. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. 447 p.

¹⁵⁶ MEIRELLES, op. cit., p. 47.

2.2.1 Autonomia Municipal

A autonomia municipal possibilita ao governo local exercer as ações estatais pautado pelo sentimento republicano. Com isso preserva a dignidade humana e os demais fundamentos da República. Age localmente, mas suas ações devem guardar consonância com a Federação, isto é, há sempre uma pertinência com os demais entes federados. Conveniente o registro de ATALIBA:

Por meio da autonomia municipal realizam-se os ideais republicanos de maneira excelente (...) no que concerne à vida política local e no exercício das liberdades políticas (...). O funcionamento do regime municipal, entre nós com as garantias que a Constituição dá ao autogoverno, é a cabal demonstração desta afirmação. Realiza-se no Município brasileiro, com notável extensão, o ideal republicano da representatividade política, com singular grau de intensidade. Aí, a liberdade de informação, a eficácia da fiscalização sobre o governo, o amplo debate das decisões políticas, o controle próximo dos mandatários pelos eleitores, dão eficácia plena a todas as exigências do princípio republicano representativo.¹⁵⁷

Dessarte é indubitável a nova referência da autonomia concedida ao Município, assim como a responsabilidade do poder local na tarefa de concretização da Constituição Federal em seus princípios basilares. José Afonso da SILVA assevera a distinção existente entre o quadro da autonomia de agora com o pretérito, quanto à subordinação da vontade municipal, então submetida ao Estado-membro:

A autonomia, que a Constituição de 1988 outorga ao Município, contém uma qualificação especial que lhe dá um conteúdo político de extrema importância para a definição de seu *status* na organização do Estado brasileiro, inteiramente desconhecido no regime anterior. Antes, o reconhecimento da autonomia municipal tinha um sentido remissivo. Quer dizer, a Constituição remetia aos Estados o poder de criar e organizar seus Municípios. O dito sentido remissivo consistia em determinar aos Estados que, ao organizarem seus Municípios, lhes assegurassem a autonomia, mas apenas quanto às capacidades de auto-administração, autolegislação e autogoverno. Ao fazê-lo, os Estados haviam de respeitar a autonomia assegurada na Constituição Federal em termos genéricos relativos ao peculiar interesse local.¹⁵⁸

Necessário ainda permanecer com o autor:

Veja-se a diferença fundamental da outorga da autonomia municipal: as normas constitucionais anteriores sobre ela se dirigiam aos Estados-membros, porque estes é que

¹⁵⁷ ATALIBA, Op. cit., p. 45-46.

¹⁵⁸ SILVA, José Afonso da, op. cit., p.641.

deveriam organizá-los, assegurando-a, mas, aí, se reservavam a eles poderes sobre os Municípios, que agora já não têm: o poder de organizá-los, de definir suas competências, a estrutura e competência do governo local e os respectivos limites. Agora não, as normas constitucionais instituidoras da autonomia dirigem-se diretamente aos Municípios, a partir da Constituição Federal, que lhes dá o poder de auto-organização e o conteúdo básico de suas leis orgânicas e de suas competências exclusivas, comuns e suplementares (arts. 23, 29, 30 e 182).¹⁵⁹

Assim, é quebrado o grilhão com o Estado-membro, que acabava por sobrepujar sua vontade sobre o Município. Além do que, dada a importância da autonomia municipal, o legislador constituinte criou uma salvaguarda ao Município contra qualquer tentativa de quebra de sua autonomia pelo Estado-membro, conforme a previsão de intervenção federal sobre o Estado-membro (art. 34, VII, “c”).

Como efeito decorrente da autonomia constitucionalmente prevista lhe é reconhecida a possibilidade de auto-organização, auto-administração, autogoverno e autolegislação. De modo genérico, conforme MORAES, a auto-organização municipal ocorre “através de sua Lei Orgânica Municipal e, posteriormente, por meio da edição de leis municipais.”¹⁶⁰

A auto-administração, nas palavras de MEIRELLES, é a possibilidade da “gestão dos negócios locais pelos representantes do povo e do Município, sem interferência dos poderes da União ou do Estado-membro. Mas a cláusula limitativa dessa administração exige exata interpretação, para que o Município não invada competência alheia, nem deixe de praticar atos que lhe são reservados.”¹⁶¹

Quanto ao autogoverno, ensina FERRARI, que “dentro do aspecto político da autonomia municipal se encontra a capacidade de organizar e constituir o seu próprio governo, isto é, a capacidade de estruturar os Poderes Legislativo e Executivo, bem como seu inter-relacionamento.”¹⁶²

A Constituição Federal prevê a possibilidade de que os Municípios possam instituir e arrecadar os tributos de sua competência, participar da repartição de receitas

¹⁵⁹ Id.

¹⁶⁰ MORAES, Alexandre de. **Direito** ... p. 254.

¹⁶¹ MEIRELLES, op. cit., p. 109.

¹⁶² FERRARI, **Elementos** ... op. cit, 66.

tributárias, e dispor sobre suas receitas, aplicando-as nas ações locais de acordo com o planejamento estabelecido no Plano Plurianual de Investimentos, na Lei de Diretrizes Orçamentárias e na Lei Orçamentária, obediente ainda à Lei de Responsabilidade Fiscal.¹⁶³ A capacidade financeira, observa BASTOS, é “um dos suportes fundamentais da Federação Não poderia haver uma efetiva autonomia dos diversos entes que compõem a Federação se estes dependessem tão-somente das receitas que lhes fossem doadas. Sem a independência econômica e financeira não pode haver qualquer forma de autonomia na gestão da coisa pública.”¹⁶⁴

Essas capacidades decorrentes da autonomia municipal são manifestadas no âmbito do território municipal e em consonância com o interesse local. Assim, de imediato passamos à compreensão doutrinária dessa expressão interesse local, para mais em frente considerarmos a autolegislação, que é a possibilidade do Município editar suas próprias leis.

2.2.2 Interesse Local

Trata-se de critério de determinação de competência legislativa conforme prevê a Constituição Federal (art. 30, I). Essa expressão como salientado em linhas anteriores, teve outra antecessora nas constituições republicanas, o ‘peculiar interesse’. Sobre ela, argumenta TEIXEIRA:

É verdade que a caracterização de ‘peculiar interesse’ pode suscitar (...) muitas dúvidas, pois nenhum assunto, nenhum problema governamental existe em que, ao lado do interesse local (municipal) não apareça também o interesse estadual (regional) e o federal (nacional). A ação governamental federal atinge sempre, e necessariamente, os Estados e os Municípios, pois os grandes problemas nacionais de governo hão de ter sempre repercussão, maior ou menor, nas esferas regionais ou locais. (...) Não existe, portanto, interesse exclusivo, seja da União, seja dos Estados ou dos Municípios, em nenhum setor da administração, em nenhuma ordem de problemas ou assuntos governamentais. O que existe e determina a competência de cada ordem de poderes (...), será apenas uma predominância de interesses. (...) A noção de interesse peculiar, de interesse

¹⁶³ BRASIL. Constituição (1988). Constituição Federal. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. 447 p.

¹⁶⁴ BASTOS, Celso. **Estudos e ...** p. 194.

predominantemente local é uma noção objetiva, que resultará, em cada caso do criterioso exame, da ponderada consideração de todas as circunstâncias, em cada momento histórico.¹⁶⁵

Ao tecer considerações sobre o tema, BASTOS afirma que há identidade nas expressões, pois “não nos parece que tenha procedência científica a tentativa feita por alguns, para encontrar uma significação própria para a expressão ‘interesse local’, diferente de ‘peculiar interesse’. Qualquer tentativa nesse sentido irá ao encontro de um eventual retorno à noção de interesse exclusivo.”¹⁶⁶

Nominando de “cláusula de interesse local” dos municípios, FERREIRA avalia que “a cláusula do peculiar interesse ou a de interesse local não somente deve ser interpretada à luz dos dispositivos constitucionais que consolidam a organização da autonomia municipal, senão também de acordo com as necessidades históricas e o sentido de sua evolução.”¹⁶⁷

Esse autor não faz distinção entre as expressões: “são os que entendem imediatamente com as suas necessidades locais, e, indiretamente, em maior ou menor repercussão, com suas necessidades gerais. Sob certo aspecto, (...) todos os interesses são comuns (...). Em todos eles, há coexistência de interesses peculiares ao Município, e interesses diretos do Estado, a cada um toca prover os que lhe forem próprios.”¹⁶⁸

Interesse local, no ensinamento de MEIRELLES:

Não é interesse exclusivo do Município; não é interesse privativo da localidade; não é interesse único dos munícipes. Se se exigisse essa privatividade, essa unicidade, bem reduzido ficaria o âmbito da Administração local, aniquilando-se a autonomia de que faz praça a Constituição. Mesmo porque não há interesse municipal que não o seja reflexamente da União e do Estado-membro, como também, não há interesse regional ou nacional que não ressoe nos Municípios, como partes integrantes da Federação Brasileira. O que define e caracteriza o ‘interesse local’, inscrito como dogma constitucional, é a predominância do interesse do Município sobre o do Estado ou da União.¹⁶⁹

Também se perfila BULOS com os que afirmam tratar-se de expressões

¹⁶⁵ TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. atual. por Maria Garcia. Rio de Janeiro: Malheiros, Forense Universitária, 1991. p. 654-655.

¹⁶⁶ BASTOS, Celso. **Estudos e ...** p. 188.

¹⁶⁷ FERREIRA, op. cit., p. 256.

¹⁶⁸ Ibid., p. 259.

¹⁶⁹ MEIRELLES, op. cit., p. 109.

sinônimas. Afirma que “a terminologia ‘peculiar interesse municipal’, dantes disciplinada em termos constitucionais positivos, foi extinta da ordem jurídica brasileira. Agora o que vigora é a expressão ‘interesse local’ – fórmula encontrada pelo constituinte para revestir as mesmas idéias e os mesmos ideais de sempre, outrora veiculados sob outro signo.”¹⁷⁰

Ainda raciocinando nessas expressões, o autor interroga quanto à jurisprudência lançada pelos tribunais no período das Constituições antecessoras, se podem ser aproveitadas após 1988, com a promulgação do novo Texto que optou pela Expressão ‘interesse local’.

Responde afirmativamente, “nada obstante o fato de o constituinte de 1988 ter substituído a terminologia ‘peculiar interesse municipal’ por ‘interesse local’, o certo é que cairá na esfera de atribuições do município tudo aquilo que for ‘predominante’ ao gerenciamento de seus negócios próprios nos limites das atribuições que as normas constitucionais e ordinárias lhe irrogam.”¹⁷¹

No posicionamento de FERRARI, temos o entendimento de que, definido o interesse local, este se mostra privativo do Município. Sua compreensão aloca-se assim:

É da competência do Município legislar sobre assuntos de interesse local, e sobre eles sua competência legislativa se realiza de forma privativa. (...) É necessário o entendimento correto de ‘assunto de interesse local’ quando se quer analisar a competência municipal na atual Constituição do Brasil. (...) A lei municipal deve prevalecer em todas as matérias que demonstrem interessar apenas ou preponderantemente à comuna, e, conseqüentemente, a lei federal ou estadual que venha a violar este campo de autonomia do Município incorrerá em inconstitucionalidade, por desatender à repartição de competências prevista na Lei Maior do Estado brasileiro.”¹⁷²

Posição dissonante encontramos com FERREIRA FILHO. Entende que a substituição das expressões proporcionou uma redução da competência municipal. Sobre a expressão anterior ‘peculiar interesse’, informa que a doutrina pacificou o sentido do interesse ‘predominante’ ou ‘preponderante’. Então sentencia: “estariam

¹⁷⁰ BULOS, op. cit., p. 543.

¹⁷¹ Ibid., p. 544.

¹⁷² FERRARI, **Elementos** ... op. cit., p. 79.

incluídas na competência municipal questões que fossem de interesse preponderante do Município, embora não exclusivamente de interesse local.”¹⁷³ Quanto à expressão incorporada pela Constituição de 1988 seu pensamento é que “o texto (...) refere-se a ‘interesse local’ e não mais a ‘peculiar interesse’. Forçoso é concluir, pois, que a Constituição restringiu a autonomia municipal e retirou de sua competência as questões que, embora de seu interesse também são do interesse de outros entes. Na verdade, essa redução da competência municipal repercute num alargamento da esfera estadual, já que é ao Estado que se atribui a competência residual.”¹⁷⁴

Percorrendo esses posicionamentos doutrinários, identificamos que a expressão interesse local, como parâmetro de definição da competência legislativa do Município não é tarefa tão singela. Há que se considerar a competência dos demais entes da Federação e o interesse público contido nessa expressão. Ora, o Município se insere numa moldura republicana na qual a representação prepondera somente se for legítima.

Logo, o interesse local, de modo genérico é fluídico, necessita ser revelado pela ação democrática, deve ser precedido e permeado pela participação soberana do povo, haja vista o mandamento constitucional quanto à titularidade do poder. Nesse sentido, pensamos inexistir, ao menos materialmente, a satisfação do interesse local sem a presença popular quanto possível para definição do seu conteúdo, tanto na Lei Orgânica Municipal, quanto nas demais leis municipais.

Compreendida a expressão interesse local, estudaremos os aspectos relativos à competência legislativa municipal, onde está implícito o interesse local.

2.2.3 Competência Legislativa Municipal

A autolegislação é uma das principais conseqüências da autonomia

¹⁷³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição Brasileira**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 211.

¹⁷⁴ *Ibid.*, p. 211-212.

municipal e lhe possibilita a edição de suas próprias leis, conforme a competência deferida pela Constituição Federal.

Competência no ensinamento de José Afonso da SILVA, “é a faculdade juridicamente atribuída a uma entidade ou a um órgão ou agente do Poder Público para emitir decisões. Competências são as diversas modalidades de poder de que se servem os órgãos ou entidades estatais para realizar suas funções.”¹⁷⁵

Assim, BASTOS identifica que “a competência legislativa é, pois, uma expressão basilar da autonomia municipal. O Município edita leis no âmbito de suas competências que têm a mesma hierarquia das leis estaduais e federais, salvo se, no exercício da competência suplementar quando então as suas normas terão que amoldar-se às dos outros níveis de governo.”¹⁷⁶

Essa repartição de competências entre os componentes da Federação obedece à predominância do interesse, lembra José Afonso da SILVA. Segundo esse princípio geral, “à União caberão aquelas matérias e questões de predominante interesse geral, nacional, ao passo que aos Estados tocarão as matérias e assuntos de predominante interesse regional, e aos Municípios concernem os assuntos de interesse local...”¹⁷⁷

A lei de regência maior no Município é a Lei Orgânica que, na expressão de José Afonso da SILVA “é uma espécie de constituição municipal”¹⁷⁸, a qual irá balizar toda a construção normativa desse ente federado, respeitadas a Constituição Federal e a Constituição do Estado-membro.

Lembra MEIRELLES “que no regime das Constituições anteriores a quase-totalidade dos Municípios Brasileiros – à exceção do Estado do Rio Grande do Sul – adotava o sistema de leis orgânicas estaduais para reger a organização e administração de todos os seus Municípios.”¹⁷⁹ Então, a possibilidade de que o Município edite sua lei maior foi indubitavelmente um dos efeitos mais positivos da autonomia municipal.

¹⁷⁵ SILVA, José Afonso. op.cit., p. 479.

¹⁷⁶ BASTOS, Celso. **Estudos e ...** p. 179.

¹⁷⁷ SILVA, José Afonso. op.cit., p. 479.

¹⁷⁸ Ibid., p. 642.

¹⁷⁹ MEIRELLES, op. cit., p. 84.

Daí então, expõe MORAES que “a Lei Orgânica organizará os órgãos da Administração, a relação entre os órgãos do Executivo e Legislativo, disciplinando a competência legislativa do Município, observadas as peculiaridades locais, bem como sua competência comum, (...) e complementar (...), além de estabelecer as regras de processo legislativo municipal e toda regulamentação orçamentária.”¹⁸⁰ Há ainda, a competência comum (art. 23)¹⁸¹ que refere-se a “áreas comuns de atuação administrativa paralela”, na lição de MORAES¹⁸², o que possibilita, nas palavras de José Afonso da SILVA, “a faculdade de legislar ou praticar certos atos, em determinada esfera, juntamente e em pé de igualdade, consistindo, pois, num campo de atuação comum às várias entidades, sem que o exercício de uma venha a excluir a competência de outra, que pode assim ser exercida cumulativamente.”¹⁸³

A Constituição prevê também a competência municipal de suplementar a legislação federal e a estadual no que couber (art. 30, II).¹⁸⁴ A interpretação dessa competência exige a observância dos limites constitucionalmente deferidos ao Município, que não pode extrapolar e avançar sobre a competência das demais unidades. Também deve ser considerado o critério do interesse local quando da suplementação.

Já observamos que o Município pode concretizar a Constituição com suas ações estatais, na exata medida de sua participação na ordem federativa. A própria distribuição de competências possibilita esse caminho com a suplementação da legislação federal e estadual.

Na percepção de KRELL sobre a suplementação legislativa, “muitas vezes, a União e os Estados demoram em reconhecer problemas e não reagem dentro de prazos toleráveis. (...) Os Municípios podem agir de uma maneira mais livre e emitir (...) normas em áreas que não fazem parte das suas competências expressas. Nesses casos,

¹⁸⁰ MORAES, Alexandre de. **Direito** ... p. 255.

¹⁸¹ BRASIL. Constituição (1988). Constituição Federal. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. 447 p.

¹⁸² MORAES, Alexandre de. **Direito** ... p. 271.

¹⁸³ SILVA, José Afonso. op.cit., p. 481.

¹⁸⁴ BRASIL. Constituição (1988). Constituição Federal. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. 447 p.

os entes locais são capazes de ‘antecipar’ os dispositivos dos níveis estatais superiores.”¹⁸⁵

Não obstante a possibilidade de competência suplementar pelos municípios, observa BASTOS que o conteúdo descrito no art. 22 da Constituição, não pode ser alvo de suplementação pelo Município porque são de caráter privativo da União. Há apenas autorização regrada para que o Estado-membro por delegação legisle suplementarmente as matérias listadas no art. 24, mas indispensável o interesse local. Com suas palavras: “não cabe pretender suplementar normas que nada tenham a ver com o Município. (...) Não pode a atividade supletiva incursionar por leis cujos interesses sejam manifestamente das alçadas Federal e Estadual.”¹⁸⁶ Lembra ademais o autor, que observados esses limites à suplementação, cabe ao Município suplementar a legislação estadual ‘no que couber’, igualmente observado o ‘interesse local’.¹⁸⁷

Todavia, como se deduz com FERREIRA FILHO, a possibilidade de suplementação das matérias de competência concorrente não são simples ou pacificadas doutrinariamente. Para ele, o inciso II do art. 30, oferece grandes dificuldades de interpretação:

Uma advém do impreciso sentido do termo suplementar que tanto pode significar complementar como suprir. Outra decorre do fato de que o art. 24 da Constituição, ao estabelecer a competência legislativa concorrente, não contempla o Município. Assim, não se pode aceitar a interpretação literal de que, em razão deste inciso, o Município poderia legislar sobre qualquer matéria, complementando ou suprimindo a legislação federal ou estadual. A melhor interpretação deste inciso é a de que ele autoriza o Município a regulamentar as normas legislativas federais ou estaduais, para ajustar sua execução a peculiaridades locais. Destarte, aqui, a competência não seria propriamente legislativa, mas administrativa: a competência de regulamentar leis.¹⁸⁸

Com efeito, é árdua a tentativa de concluir pela possibilidade ou não da suplementação de lei federal ou estadual ‘no que couber’ dada a polissemia do vocábulo. Para De Plácido e SILVA suplementar tem como significados: “adicional,

¹⁸⁵ KRELL, Andréas Joachim. Subsídios para uma Interpretação Moderna da Autonomia Municipal na Área da Proteção Ambiental. **Revista Interesse Público**, Sapucaia do Sul, v. 10, p. 27-42, abr./jun. 2001.

¹⁸⁶ BASTOS, Celso. **Estudos e ...** p. 191.

¹⁸⁷ Id.

¹⁸⁸ FERREIRA FILHO, op. cit., p. 212.

que vem de ampliar, (...) como suplementário, complementar.”¹⁸⁹ Etimologicamente deriva do vocábulo suplemento e significa para o autor: “complemento, adição, é empregado, na terminologia jurídica, para designar tudo o que acresce, ou o que se adiciona a outra coisa, no sentido de completá-la, ou de lhe suprir o que lhe falta”¹⁹⁰. Mas “por vezes, o suplemento não tem a significação de suprimento, de aditivo, ou de aumento (...). Neste aspecto, pois, revela-se uma suplência, no conceito de ação de substituir, ou de colocar-se coisa, ou pessoa, em lugar de coisa ou pessoa, que faltou à realização de certo objetivo.”¹⁹¹

Nesse aspecto, José Afonso da SILVA ao comentar a competência suplementar do Município elenca as possibilidades de suplementação que de regra se amoldam aos incisos VII, VIII e IX do art. 24 da Constituição Federal.^{192 193}

Estabelecidas essas reflexões sobre a competência legislativa municipal, enfrentamos a questão da edição de lei municipal sobre processo administrativo, notadamente em razão de que dentro da repartição constitucional de competências, nos deparamos com a competência privativa da União sobre o tema processo, e competência concorrente para legislar sobre procedimento, deferida às unidades federadas, à exceção do Município.

2.2.3.1 Lei municipal sobre processo administrativo - competência

Verificado o interesse local como indicativo ou critério constitucional para a competência legislativa municipal e os principais aspectos que fundamentam essa competência, é oportuno, então, verificarmos a possibilidade de edição de lei sobre processo administrativo, por iniciativa municipal.

¹⁸⁹ SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990. 4 v. p. 300.

¹⁹⁰ Id.

¹⁹¹ SILVA, De Plácido e, op. cit., p. 301.

¹⁹² SILVA, José Afonso da, op. cit., p. 643

¹⁹³ Os incisos se referem às seguinte matérias: VII - proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico; VIII - responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; IX - educação, cultura, ensino e desporto.

Todavia devemos considerar que a Constituição Federal determina à União competência privativa para legislar sobre processo (art. 22, I), e quando trata da competência concorrente, diz que estão legitimados a União, os Estados e o Distrito Federal, para legislar sobre procedimento em matéria processual (art. 24, XI)¹⁹⁴. Dessa competência o Município foi excluído, entretanto, lhe é autorizada a competência suplementar, no que couber, conforme linhas já delineadas.

No ordenamento infraconstitucional, temos a lei federal de processo administrativo nº 9.784/99 que, em seu art. 1º, determina como âmbito de abrangência a Administração Federal direta e indireta, bem como, espalha seus efeitos aos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário da União, quando no exercício de função administrativa. Há pois, um limite no campo de incidência da lei.

Vimos que uma das capacidades da autonomia municipal é a de auto-administração, o que pressupõe o exercício de atividade administrativa vinculada ao regime jurídico-administrativo, tarefa da qual se incumbe a função Executiva municipal de modo típico. Assim, o exercício autônomo e pleno dos atos de Administração Pública repousa sob a responsabilidade do Município no âmbito de seu território. Com isso, vislumbra-se interesse local para disciplinar tema de direito material administrativo.

Entretanto, a questão objetivamente considerada é a hipótese de edição de lei processual administrativa pelo Município.

Uma proposição de resposta à questão merece o olhar e a reflexão sobre duas situações: a) possibilidade de o município legislar sobre processo – lei adjetiva e não de ordem substantiva face a competência privativa da União sobre a matéria e b) existindo existir a competência legislativa, verificar se a lei de processo administrativo federal pode ser considerada como norma geral, o que ensejaria sua observância obrigatória pela municipalidade, ao menos naquilo que possa ser considerado como norma geral na lei de processo administrativo federal.

¹⁹⁴ BRASIL. Constituição (1988). Constituição Federal. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. 447 p.

A primeira consideração nos remete à análise do processo a que se refere a Constituição como de competência privativa da União. Sobre isso, argumenta ROCHA amparada no princípio federativo, que:

Se o processo administrativo, instrumentalizador das condutas administrativas e somente utilizado para a garantia dos direitos subjetivos do cidadão e do administrado em geral, não fosse inserido no espaço de competência própria e autônoma de cada entidade federada, como se ter que a auto-administração dessa pessoa estaria garantida? Como dizer autônoma para organizar a sua própria administração quem não dispõe de autonomia política para legislar sequer sobre o processo a ser seguido no exercício dessa matéria?¹⁹⁵

A autora ressalta o princípio federativo por entender que a cada ente federado subsistirá o direito processual administrativo, que possibilite a defesa dos cidadãos locais, mas adverte: “a adoção dessa legislação estadual e municipal e, em especial, a que concerne a matéria legislativa – em cuja seara se tem o cuidado legislativo do processo administrativo – tem os seus limites estabelecidos no próprio sistema constitucional”.¹⁹⁶ Por esse fundamento, não estaria contido o processo administrativo dentre as competências privativas da União, muito menos o procedimento a que se refere em sede de competência concorrente.

Assim, o Município estaria autorizado ao exercício de competência para edição de lei processual administrativa, em razão de sua autonomia de governo e administrativa, podendo editar lei material e adjetiva sobre processo administrativo, respeitada a competência dos demais entes federados, insistimos.

Resta sabermos se a lei federal de processo administrativo é norma geral e sendo, a repercussão para o Município.

Destaca BORGES, que “surgem normas gerais quando, por alguma razão, convém ao interesse público que certas matérias sejam tratadas por igual, entre todas as ordens da Federação, para que sejam devidamente instrumentalizados e viabilizados os princípios constitucionais com que guardam pertinência.”¹⁹⁷ Em outro ponto,

¹⁹⁵ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes Rocha. *Princípios Constitucionais do Processo Administrativo Brasileiro*. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo: Malheiros, 1997, v. 17 p. 12.

¹⁹⁶ Id.

¹⁹⁷ BORGES, Alice Gonzáles. Normas Gerais nas Licitações e Contratos Administrativos. **Revista de Direito Público**, São Paulo: RT, 1990, p. 84.

sintetiza que são “normas gerais previstas na Constituição, como normas de coesão das unidades federadas.”¹⁹⁸.

Explicita, um elenco de hipóteses que caracterizam as normas gerais previstas na Constituição:

Normas que desenvolvem e instrumentalizam princípios constitucionais, em aspectos cuja disciplina uniforme seja essencial à atuação integral do preceito que as fundamenta; normas de sobredireito, que estabelecem comandos, diretrizes, parâmetros de orientação, para que sejam respeitados e desenvolvidos pelo legislador das ordens federadas em suas normas próprias; normas necessárias para tornar pacífica e uniforme, em todo o território nacional, a integral realização dos princípios que emanam ou decorrem da Constituição.”¹⁹⁹

Sobre o tema, MOREIRA nos ensina que “a previsão sobre as normas gerais visa a suprimir (ou atenuar) os potenciais conflitos que podem, emergir de tamanho número de competências oriundas de um mesmo texto constitucional, especificamente nos temas que envolvam interesses nacionais (comuns às entidades federativas)”²⁰⁰ E assevera,

A referência à expressão normas gerais tem triplo efeito: por um lado, a União está proibida de legislar sobre normas particulares ou descer a minúcias sobre a matéria (nada além do geral pode incidir sobre as demais esferas políticas). Por outro lado, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios estão impedidos de legislar tanto acerca de normas gerais inaugurais como em sentido contrário às normas gerais (cuja competência é privativa da União). Por fim, as normas gerais não podem se afastar da teleologia dessa competência constitucional.”²⁰¹

Das lições acima, é possível reconhecer que a lei federal 9.784/99 constitui norma geral em matéria de processo administrativo, quando estabelece um núcleo principiológico²⁰² que deve ser resguardado por todas as unidades federadas quando da edição de lei adjetiva processual, e que servem como critério de condução e desenvolvimento válido do processo administrativo, que possibilita ao interessado a confiança necessária quanto à decisão administrativa a ser expressada pela autoridade

¹⁹⁸ BORGES, Alice Maria Gonzáles. **Temas do Direito Administrativo Atual**: Estudos e Pareceres. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 88.

¹⁹⁹ Id.

²⁰⁰ MOREIRA, Egon Bockmann. Breves Notas sobre a Parte Geral da Lei de Parcerias Público-Privadas. **Revista dos Tribunais**, São Paulo: RT, 2006, p. 12.

²⁰¹ Ibid., p. 13.

²⁰² Notadamente nos artigos 1º *caput* e 2º *caput*, seu parágrafo único e incisos.

competente. Além do mais, preserva no exercício da atividade processual a constitucionalização da Administração Pública.

Em análise última, é crível entendermos pela existência de competência municipal para edição de lei sobre matéria processual administrativa, presumindo-se o interesse local. Este fato nos remete à interpretação de que o art. 22 do texto constitucional se refere à competência privativa da União no que tange a processo judicial e de igual modo a competência legislativa concorrente sobre procedimento, conforme deduzido na Constituição. Todavia, como vimos, há um núcleo de norma geral estabelecido pela lei 9784/99 de observância obrigatória às leis locais, que visam a preservar a unicidade de interpretação e trato nas questões de Administração Pública, além de uniformizar o valor jurídico a ser consignado ao processo administrativo.

À parte daquilo que se refira a norma geral, terá o Município legitimidade para dispor na lei local processual administrativa do melhor modo que atenda à sua estrutura, e à composição hierárquica de suas autoridades. Logicamente por se tratar de uma lei de processo, haverá de ser estruturada a disciplinar os procedimentos de desenvolvimento deste, contemplando a instauração do processo, a instrução processual, a fase decisória e as possibilidades de recurso e revisão.

Consonante com o estudado até o momento, fazemos adiante o registro de aspectos pontuais sobre o regime jurídico administrativo, uma vez que será da ação administrativa, pautada por uma relação jurídica administrativa material com os cidadãos ou sujeitos destinatários do agir administrativo, que poderá ocorrer a instauração do processo administrativo, seja por provocação da própria administração, seja por interesse do particular.

2.3 REFLEXÕES PONTUAIS SOBRE O REGIME JURÍDICO ADMINISTRATIVO

A proximidade maior do munícipe com o governo local proporciona melhor pressentimento das implicações decorrentes do regime jurídico administrativo no

desenvolvimento das funções e atividades administrativas pelo poder municipal.

As especificidades da Administração Pública, de sua peculiar mecânica de desenvolvimento, bem como os controles sobre ela incidentes e o seu regime jurídico mostram-se relevantes para a compreensão do processo administrativo, uma vez que este é permeado pela singularidade própria do conjunto normativo de Direito Administrativo. Pensamos que a advertência é oportuna porque o direito processual administrativo não tem o mesmo grau de alcance do processo judicial e é informado uma sistemática jurídica própria.

2.3.1 Atividade e Função Administrativa Municipal e os Meios de Controle

É necessário que se estabeleça o entendimento sobre função administrativa e atividade administrativa, não só pelo que se desenvolve nesse tópico, mas pelo quanto a ser considerado no capítulo seguinte, quando serão delineadas questões pertinentes à processualística administrativa.

São apresentados por JUSTEN FILHO dois sentidos para o vocábulo função. Numa acepção material “indica as características e a finalidade de um objeto. (...) Indica [também] a natureza instrumental de um objeto ou de uma atividade, colocando-se relevo na existência de um fim a ser atingido. (...) Na acepção finalística (...) consiste na atribuição a um sujeito do encargo de perseguir a satisfação de um interesse ou de um direito que ultrapassa sua órbita individual.”²⁰³ Salienta o autor que o “conceito (...) complementa-se pela integração de três aspectos diversos (...): a) titularidade alheia do interesse a ser realizado; b) o dever do sujeito de perseguir a realização desse interesse; c) atribuição de poder jurídico necessário para a realização desse interesse.”²⁰⁴

Por outras palavras, decompondo o conceito de função, MOREIRA aponta

²⁰³ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2008. p 31.

²⁰⁴ Id.

para sete elementos, a saber: “(a) agente público, investido no (b) dever de satisfazer uma (c) finalidade no (d) interesse público, tal como (e) fixado em lei, necessitando para isso dos (f) poderes indispensáveis à consecução de seu dever, outorgados sempre (g) no interesse alheio ao sujeito que maneja o poder.”²⁰⁵

Aquele que recebe as competências necessárias para o exercício da função administrativa estará completamente sujeito à realização dos poderes que lhe foram outorgados para satisfazer interesses do cidadão. Desse modo, aquele que titulariza o poder, conforme MELLO, “maneja, na verdade, ‘deveres-poderes’, no interesse alheio.”²⁰⁶

Em alusão à expressão ‘dever-poder’, destaca JUSTEN FILHO, “a natureza ‘passiva-ativa’ da função. O titular da função encontra-se, juridicamente, em uma situação que é simultaneamente passiva e ativa. (...) O sujeito está obrigado a praticar todas as condutas necessárias e adequadas, (...) [e] proibido de praticar qualquer conduta incompatível com ou desnecessária para a realização de seu encargo.”²⁰⁷

Em síntese, nas palavras do autor, “função administrativa é um conjunto de competências, o que significa sua instituição e definição por meio do direito. Esses poderes jurídicos legitimam o exercício de atividades materiais e a formulação de comandos relativamente à conduta alheia ...”²⁰⁸ Por outro lado, atividade administrativa, “compreende uma pluralidade de atuações do Estado, que apresentam natureza e características (...) diversas. (...) Por exemplo, são atividades administrativas tanto a limpeza das ruas e a coleta de lixo como a realização de um contrato administrativo, a fixação do sentido de direção do tráfego nas vias públicas, a adoção de limites ao uso da propriedade privada e assim por diante.”²⁰⁹

No Município são exercitadas funções e atividades administrativas, com

²⁰⁵ MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo Administrativo**: Princípios Constitucionais e a Lei 9.784/99. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 31.

²⁰⁶ MELLO. Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 62-63.

²⁰⁷ JUSTEN FILHO, op. cit., p. 32.

²⁰⁸ Ibid., p. 36.

²⁰⁹ Ibid., p. 210.

respeito, entretanto, à estrutura federada, pois dispõe de sua própria Administração Pública. O interesse local, informado pela competência legislativa, também se estende aos assuntos administrativos. Em termos teóricos, não difere daquilo que cabe às demais unidades da federação. O que ocorre é a adaptação material do tema Administração Pública, aplicado à particularidades específicas da municipalidade.

Desse modo, quando se estuda Administração Pública, os métodos para se chegar àquilo que é particular ao Município são os mesmos. Deve-se apenas considerar o que é interesse local fundado nas competências distribuídas ao Município. Esse campo de ação administrativa municipal pode ser delimitado em três partes, conforme ensina MASAGÃO: “o da autonomia, da esfera de ação e o da fiscalização da atividade do município.”²¹⁰

Não descuidamos do fato de que o autor, quando expendeu seus ensinamentos, estava em outro espaço temporal, ou seja, àquela época a autonomia municipal estava jungida ao Estado-membro, conforme já observamos. Hoje a relação é de uma autonomia livre de qualquer vinculação ao Estado-membro, salvo logicamente, aqueles vínculos que cercam os entes federados dada a harmonia do princípio federativo. Usamos então, o tríplice eixo – autonomia, esfera de ação e fiscalização, fundados na nova base constitucional.

Deste modo, quanto à autonomia, explica o autor que “o conceito etimológico de autonomia coincide com o sentido jurídico da palavra: ‘governo próprio’. É autônomo o município que provê por si mesmo os órgãos do governo municipal (...), isto é, que elege seu prefeito e seus vereadores.”²¹¹

A esfera de ação tem vínculo direto com a repartição de competências atribuída ao Município. O governo local somente poderá agir territorialmente e, quanto ao conteúdo, sem interferir naquilo que diga respeito aos demais entes federados, mas em coexistência com eles e, com respeito às normas gerais de competência da União, como tivemos a oportunidade de estudar. Assim, será interesse local o assunto

²¹⁰ MASAGÃO, Mário. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Max Limonad, 1962. p. 122.

²¹¹ Ibid., p. 123.

previdência social, por exemplo. Explicamos: supondo que o Município adote o regime estatutário aos seus servidores e opte pelo regime próprio previdenciário. O tema previdência social diz respeito ao poder local, desde que, o regime jurídico adotado seja o de previdência própria municipal, observadas as leis federais que regem a matéria.

Ainda será de competência municipal aquelas ações decorrentes da competência comum, onde encontramos uma série de atividades desenvolvidas de modo tripartido (ações vinculadas à área de saúde, de assistência social, de vigilância sanitária, de meio ambiente, dentre outras), em que há uma sintonia uniforme com a União e os Estados-membros. Também as matérias inseridas no campo da competência concorrente, de modo suplementar à atuação da Administração Federal e Estadual, observada a regra “no que couber”, determinada pela Constituição Federal.

Naquilo que se refere à dimensão da fiscalização, consideramos a mais ampla possibilidade com pertinência ao tema Administração Pública. Raciocinamos sobre o seguinte esquema fiscalizatório dividido em dois grupos. Primeiramente sobre o prisma interno da Administração, conforme MELLO “aquele exercido por órgãos da própria Administração, isto é, integrantes do aparelho do Poder Executivo.”²¹²

A Lei Complementar Estadual do Paraná nº 113 de 15/12/2005 – Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Paraná torna obrigatória a composição de um órgão de controle interno, sob pena de desaprovação das contas do Município, de conformidade com os artigos 7º e 8º dessa lei. Percebemos quanto à fiscalização interna, que encontramos participação ativa do Agente Público, na medida em que é também exercício de uma atividade voltada à eficiência ou otimização dos serviços públicos submetidos ao cidadão. De modo contrário, é sujeito passivo dessa atividade fiscalizatória na razão em que se submete ao crivo de um órgão interno que lhe fiscaliza estas mesmas ações.

Quanto ao grupo externo de fiscalização, salienta MELLO, que é o exercido

²¹² MELLO, op. cit., p. 861.

“por órgãos alheios à Administração,”²¹³ comporta uma subdivisão, qual seja: fiscalização sobre o Município e exercida pelo Município.

A fiscalização sobre o Município é aquela originária do controle externo, como a exercida pelos Tribunais de Contas – Estadual e Federal, este quando de algum modo a Administração Federal participa da Administração Municipal, face o desenvolvimento de projetos conjuntos. A competência constitucionalmente típica fiscalizatória do Poder Legislativo municipal, também competirá ao Legislativo estadual e federal, na medida em que as ações administrativas do Município de alguma maneira interajam com as demais unidades da Federação.

Também será sobre o Município o controle exercido pelo cidadão, ante o manejo da Ação Popular, quando este poderá questionar a validade de ato administrativo que não esteja em conformidade com as determinações normativas específicas ao ato.

Também pelo exercício do direito de petição, fincado no inciso XXXIV, letras “a” e “b”, do art. 5º da Constituição Federal, quando obrigatoriamente receberá resposta motivada às suas indagações, sob pena de omissão da autoridade competente, configuradora de abuso de poder da autoridade, que consiste, como diz JUSTEN FILHO, “no exercício reprovado de competências administrativas...”²¹⁴, o que, conforme o autor, pode ocorrer “por ação ou omissão.”²¹⁵

O controle jurisdicional sobre as ações administrativas é previsto na Constituição Federal em seu art. 5º, inciso XXXV e de conformidade com MEDAUAR “abrange a apreciação, efetuada pelo Poder Judiciário, sobre atos, processos e contratos administrativos, atividades ou operações materiais e mesmo a omissão ou inércia da Administração.”²¹⁶ A fiscalização exercida pelo Ministério Público decorre de suas atribuições constitucionalmente estabelecidas, com a possibilidade de instauração de Inquérito Civil Público e Ação Civil Pública, em

²¹³ Id.

²¹⁴ JUSTEN FILHO, op. cit. p. 839.

²¹⁵ Ibid., p. 841.

²¹⁶ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 8. ed. São Paulo: RT, 2004. p. 465.

defesa da sociedade, quando de algum modo o patrimônio público ou os preceitos constitucionais vinculadores do agir administrativo não sejam respeitados pela autoridade.

Quanto à fiscalização exercida pelo Município, também podemos subdividir em interna e externa. Internamente para reconhecer as ações decorrentes do poder disciplinar, ao qual se refere DI PIETRO como sendo aquele “que cabe à Administração (...) para apurar infrações e aplicar penalidade aos servidores públicos e demais pessoas sujeitas à disciplina administrativa. (...) Não abrange as sanções impostas a particulares não sujeitos à disciplina interna da Administração (...)”²¹⁷

Do exercício desta prerrogativa da Administração Pública, para o curso das investigações quanto à conduta disciplinar do servidor público, decorre a manifestação do processo administrativo disciplinar.

Por derradeiro, a fiscalização exercida pelo Município, externamente, encontra sua mais forte expressão nas atividades pertinentes ao poder de polícia administrativo. Alude JUSTEN FILHO que “o poder de polícia administrativa é a competência administrativa de disciplinar o exercício da autonomia privada para a realização de direitos fundamentais e da democracia, segundo os princípios da legalidade e da proporcionalidade.”²¹⁸

Trata-se de forte poder de intervenção estatal sobre a esfera privada. No exercício das competências administrativas do Município, esta é uma das ações de maior influência na vida privada e que em grande parte conduz à instauração de processo administrativo, seja de ofício mediante a lavratura de um auto de infração, por exemplo, ou por iniciativa do interessado.

Toda essa complexidade de controle revela a importância do processo administrativo no agir da Administração Pública municipal. Sem reservas, esse sistema deve ser processualizado ao máximo para conferir legitimidade à conduta do agente público, ou para fazer prevalecer os direitos constitucionais dos munícipes, com o

²¹⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 82

²¹⁸ JUSTEN FILHO, op.cit., p. 459.

exercício do devido processo legal.

Estabelecidas estas considerações, percebemos que a Administração Pública municipal do ângulo das atividades administrativas é tão complexa quanto a de seus pares de Federação, e por assim dizer, geradora de conflitos de interesses, passíveis de discussão mediante o processo administrativo. Desse modo, é relevante que sejam consideradas algumas impressões sobre o regime jurídico administrativo, no sentido de demonstrar seu modo de interpretação com vistas à constitucionalização do direito administrativo.

2.3.2 Regime Jurídico Administrativo

Na Administração Pública são exercidos atos de gestão sobre coisa alheia, como se deduz do ensinamento de LIMA, “a palavra administração, nos quadros do direito privado, designa geralmente a atividade do que não é proprietário – do que não é senhor absoluto (...).”²¹⁹ Ademais, prossegue: “administração chama-se também a atividade dos órgãos executivos das sociedades civis (...) órgãos de uma sociedade são os administradores; entretanto, como indivíduos, meros instrumentos temporários da vontade social, sucedem-se, passam, e a sociedade fica.”²²⁰ Analogamente assim se sucede com a Administração Pública.

Desse modo, cabe à Administração Pública resguardar, gerenciar com suas ações aquilo que efetivamente é de domínio da sociedade, o interesse público. É um desdobramento republicano do poder popular que se manifesta perante os seus representantes de governo no exercício da atividade administrativa.

Por conseqüência desse gerenciamento e de todas as especificidades que ocorrem ao exercício da atividade administrativa, há um regime jurídico próprio que superintende as condutas administrativas. É importante o entendimento sobre ele para

²¹⁹ LIMA, Ruy Cirne. **Princípios de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 37.

²²⁰ Id.

que se possa compreender o processo administrativo, uma vez que uma das críticas que se estabelece é a bilateralidade da relação jurídica processual, na qual o Estado instaura o processo e o decide ou se o processo é inaugurado pelo particular o Estado figura como sujeito passivo, mas também decide a discussão, o que sugere imparcialidade estatal para conduzir um processo em que a decisão pode lhe ser desfavorável. Entretanto, tal insegurança jurídica não ocorre, face às garantias constitucionais que asseguram a juridicidade do processo administrativo.²²¹

Ainda que de modo breve, convém apresentarmos elementos para a fixação do sentido dessa expressão ‘regime jurídico’. Para De Plácido e SILVA regime deriva “do latim *regimen*, de *regere* (reger, dirigir, governar) (...). No sentido jurídico, regime importa no sistema ou no modo regular, por que as coisas, instituições ou pessoas se devam conduzir.”²²²

Assinala-se então, que ao regime jurídico administrativo, nos termos do ensinamento de BACELLAR FILHO é conferido o “tratamento de sistema, referindo-se que por meio de tal idéia alcança-se a unidade e a coerência desse ramo do direito, estabelecendo-se a sua racionalidade interna (...). Nesse sentido (...), teria por escopo acomodar as normas jurídicas e institutos atinentes ao direito, ou a uma sua parcela específica em exame, num todo coerente e harmônico.”²²³

Não se confundem regime jurídico administrativo com regime jurídico da Administração Pública, conforme distinção apontada por DI PIETRO:

A expressão regime jurídico da Administração Pública é utilizada para designar, em sentido amplo, os regimes de direito público e de direito privado a que pode submeter-se a Administração Pública. Já a expressão regime jurídico administrativo é reservada tão-somente para abranger o conjunto de traços, de conotações, que tipificam o Direito Administrativo, colocando a Administração Pública numa posição privilegiada, vertical, na relação jurídico-administrativa.²²⁴

Assevera MELLO, que são “pedras de toque do regime jurídico

²²¹ Esse específico ponto será retomado ao final do capítulo seguinte, quando esboçamos as idéias principiológicas da processualística administrativa.

²²² SILVA, De Plácido e, op. cit., p. 66.

²²³ BACELLAR FILHO, Romeu. **Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 36.

²²⁴ DI PIETRO, op. cit., p. 54

administrativo (...) dois princípios: a supremacia do interesse público sobre o privado e a indisponibilidade, pela Administração, dos interesses públicos.”²²⁵ Ao afirmar isso, MELLO adverte que estes princípios “são realçados não em si mesmos, mas em suas repercussões no ordenamento jurídico em geral,”²²⁶ o que não confere à essa supremacia, “valor absoluto – à moda do que Duguit fazia com o serviço público.”²²⁷

Essa clássica estruturação tendo como pilares a supremacia e a indisponibilidade do interesse público, vem sendo detidamente reflexionada pela doutrina²²⁸. Os parâmetros para a Administração Pública estão fixados na Constituição Federal. No ensinamento de BARROSO

O aspecto decisivo para a constitucionalização do direito administrativo foi a incidência, no seu domínio, dos princípios constitucionais – não apenas os específicos, mas sobretudo os de caráter geral, que se irradiam por todo o sistema jurídico. Também aqui, a partir da centralidade da dignidade da pessoa humana e da preservação dos direitos fundamentais, alterou-se a qualidade das relações entre Administração e administrado, com a superação ou reformulação de paradigmas tradicionais.”²²⁹

Dessas considerações o constitucionalista destaca três pontos fundamentais. O primeiro “a redefinição da idéia de supremacia do interesse público sobre o interesse privado”²³⁰, e entende necessária a distinção entre interesse público “(i) primário – isto é, o interesse da sociedade, sintetizado em valores como justiça, segurança e bem-estar social e (ii) secundário, que é o interesse da pessoa jurídica de direito público. (...) O interesse secundário jamais desfrutará de uma supremacia a priori e abstrata em face do interesse particular.”²³¹

A segunda observação diz respeito à “vinculação do administrador à

²²⁵ MELLO, op.cit., p. 47.

²²⁶ Id.

²²⁷ Id. Ibid.

²²⁸ Sobre o tema e seu novo balizamento, ver artigos de: Alexandre Santos Aragão; Daniel Sarmento; Gustavo Binenbojm; : Humberto Ávila e Paulo Ricardo Schier na obra SARMENTO, Daniel (Org.). **Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 246.

²²⁹ BARROSO, Luís Roberto. A Reconstrução Democrática do Direito Público no Brasil. In: BARROSO, Luiz Roberto. (Org.). **A Reconstrução Democrática do Direito Público no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 29-30.

²³⁰ Id.

²³¹ Id. Ibid.

Constituição e não apenas à lei ordinária.”²³² Aqui, entende o autor que “supera-se a leitura convencional do princípio da legalidade. (...) O princípio da legalidade transmuda-se assim, em princípio da constitucionalidade ou (...), da juridicidade, compreendendo sua subordinação à Constituição e à lei, nessa ordem.”²³³

Por fim, explica a “possibilidade de controle judicial do mérito do ato administrativo.”²³⁴ O controle ocorre mediante princípios como “moralidade, eficiência, e, sobretudo, a razoabilidade, a proporcionalidade permitem, o controle da discricionariedade administrativa.”²³⁵

O problema encontra sua origem na crise da representatividade democrática. BOBBIO salienta que “a democracia nasceu de uma concepção individualista da sociedade, isto é, da concepção para a qual (...) a sociedade, qualquer forma de sociedade, e especialmente a sociedade política, é um produto artificial da vontade dos indivíduos.”²³⁶ Compreende que nos Estados, os “sujeitos politicamente relevantes tornaram-se sempre mais os grupos, grandes organizações, associações da mais diversa natureza, sindicatos das mais diversas profissões, partidos das mais diversas ideologias, e sempre menos os indivíduos.”²³⁷

Essa tensão na representatividade política depõe contra os ideais democráticos do Estado, desobedece ao vetor constitucional e por conseguinte faz com que a Administração Pública se embote em procedimentos distanciados das necessidades da sociedade. Não há comunicabilidade, muito menos eficácia. Sobre isso, WOLKMER entende tornar-se

Imperiosa a superação desse quadro institucional através de fórmulas de organização mais democráticas e participativas, fundadas numa racionalidade diversa das atuais estruturas formais e burocratizadas. Trata-se da criação de novas constituições políticas que contemplem novos sujeitos emergentes e que universalizem a prática da cidadania participativa. (...) A radicalização do processo democrático (...) não implica descartar o paradigma da representação, mas reconhecer sua fragilidade e sua inoperância,

²³² Id. Ibid.

²³³ Id. Ibid.

²³⁴ Id. Ibid.

²³⁵ Id. Ibid.

²³⁶ BOBBIO, Norberto. **O Futuro** ... p. 21-22.

²³⁷ Ibid., p. 23

redefinindo-o em função de uma nova cultura político-constitucional, fundada na participação cidadã de sujeitos sociais insurgentes e na reordenação de procedimentos alternativos de decisão.”²³⁸

Sobre esses novos rumos do Direito Administrativo, que impõem mudança significativa no modo de sua interpretação, percebe BAPTISTA que um efeito direto da crise de representação vem a afetar a lei. “Designada na democracia representativa, para ser a expressão exata da vontade geral, a lei vinculava e (...) legitimava a atuação administrativa. Esse edifício desmorona, (...) a partir do momento em que os interesses retratados na lei passam a ser identificados com os interesses de grupos e, ainda, com a transferência maciça de funções normativas ao Poder Executivo.”²³⁹

Daí concluir a autora, que “não é mais possível, portanto, continuar fundamentando a legitimidade administrativa exclusivamente no cumprimento da lei. Ou, do contrário, teria de ser considerada legítima, hoje, uma Administração limitada a executar esses interesses corporativos e capaz de ditar as suas próprias regras.”²⁴⁰

Como desdobramento desse raciocínio, a autora destaca a repercussão desse estado de coisas sobre a Administração Pública, por entendê-la como “centro de convergência de interesses e de dignificação da pessoa humana.”²⁴¹ Nesses precisos termos dá-se sua locução:

Essa nova posição do indivíduo, amparada no desenvolvimento do discurso dos direitos fundamentais, demandou a alteração do papel tradicional da Administração Pública. Direcionada para o respeito à dignidade da pessoa humana, a Administração, constitucionalizada, vê-se compelida a abandonar o modelo autoritário de gestão da coisa pública para se transformar em um centro de captação e ordenação dos múltiplos interesses existentes no substrato social. Não pode, assim, prosseguir com um corpo autônomo em permanente oposição à sociedade, nem mesmo como um aparato decisório isolado, mas, ao contrário, deve funcionar como um espaço deliberativo para o desenvolvimento das potencialidades sociais.²⁴²

As atividades materiais da Administração Pública deverão assumir essa

²³⁸ WOLKMER, Antonio Carlos. Crise de Representação e Cidadania Participativa na Constituição Brasileira de 1988. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **O Direito Público em Tempos de Crise: Estudos em Homenagem a Ruy Ruben Ruschel**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 39.

²³⁹ BAPTISTA, Patrícia. **Transformações do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 123-124.

²⁴⁰ Id.

²⁴¹ Ibid., p. 128

²⁴² Ibid., p. 129-130.

pauta democrática de atuação e nesse contexto estará inserido o interesse público almejado, permeado e ponderado no contexto da atuação concreta administrativa, com vistas à realização da melhor decisão. O processo administrativo se insere nesse contexto. Por consequência, a atividade adjetiva da Administração igualmente terá como base de interpretação esses novos parâmetros, conforme se estudará no capítulo seguinte.

A Constituição, como vetor do Estado, impôs fundamentos à República e estabelece garantias ao cidadão contra o abuso autoritário do regime jurídico peculiar da Administração Pública, não se trata, pois, de ser considerada uma supremacia de interesse público sobre o particular, não ao menos com feição autoritária, mas sim, fazer prevalecer a supremacia da melhor decisão, considerada assim, aquela dialogada com os interessados e enquanto prevalecerem as circunstâncias em que ensejaram a tomada de posição.

Assim, se afasta a idéia de supremacia considerada em si mesma, entronizada no Estado para deleite da autoridade. Isto seria retornar ao Estado absoluto. O ângulo de interpretação da supremacia do interesse público é oposto a isso, deve ser permeado pela soberania democrática, própria do Estado Democrático de Direito e republicano e não de modo meramente retórico. Nessa pesquisa já foi referenciado que não basta um mero simulacro de democracia. A adjetivação do Estado como democrático impõem prática concreta, maximamente quando se trata de dignidade da pessoa humana.

Desde que interpretado com inspiração constitucional, MOREIRA NETO entende como interesse público “aquele posto sob a responsabilidade do Estado e como finalidade de sua ação, não é outro senão (...), o interesse geral da sociedade, ou, preferindo-se, o bem comum, que, em sua acepção metajurídica, será inspiradora da ação política, que o definirá, discriminadamente, no Direito, para cada sociedade e para cada tempo.”²⁴³

²⁴³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 14.

É comum se entender que o regime jurídico administrativo comporta um binômio de prerrogativas e sujeições, assinalados por BACELLAR FILHO: “as prerrogativas garantem à Administração posição superior às demais pessoas com quem se relaciona, fazendo com que estas relações não mantenham um nivelamento horizontal. Justifica-se a posição privilegiada pela finalidade da atividade administrativa, a busca do bem comum.”²⁴⁴

Esta particularidade do regime jurídico administrativo revela o poder deferido à autoridade competente para que realize na medida do necessário (ponderadamente) as ações voltadas à execução das competências administrativas, que não podem ser ultrapassadas, em razão das sujeições administrativas, vinculadas à dignidade da pessoa humana e de modo que preserve também os direitos das pessoas jurídicas, “as quais restringem a atuação do Estado, condicionando-a ao atendimento dos princípios vetores do sistema normativo.”²⁴⁵ Constituem-se as sujeições em garantias da pessoa contra o extrapolamento das prerrogativas as quais se consubstanciam na observância da Constituição, das leis e princípios informadores do regime jurídico da Administração Pública.

Com base no escólio teórico de BINENBOJM, “erige-se hodiernamente a idéia de constitucionalização do direito administrativo,”²⁴⁶ tendo por fundamento o “sistema de direitos fundamentais e [o] sistema democrático qual vetores axiológicos – traduzidos em princípios e regras constitucionais – a pautar a atuação da Administração Pública”²⁴⁷. Prossegue, para identificar que “tais vetores convergem no princípio maior da dignidade da pessoa humana e, (I) ao se situarem acima e para além da lei, (II) vincularem juridicamente o conceito de interesse público, [e] (III) estabelecerem balizas principiológicas para o exercício legítimo da discricionariedade administrativa.”²⁴⁸

²⁴⁴ BACELLAR FILHO, op. cit., p. 37.

²⁴⁵ Id.

²⁴⁶ BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 24.

²⁴⁷ Ibid., p. 24-25.

²⁴⁸ Ibid., p. 25.

Esse enfoque democrático deve envolver toda a Administração Pública, porque é isso que sugere o princípio federativo – descentralização democrática. A autoridade municipal inclui-se no sistema federativo, executando atividades com implicação nas demais esferas. O destinatário da atividade administrativa não está isolado no âmbito municipal. Para que se alcance o objetivo não meramente teórico da concretização constitucional as condutas locais deverão legitimar-se por essa orientação, ou seja, de intercâmbio federativo de ações democráticas. Fazemos a referência porque o tema pesquisado aborda o processo administrativo com enfoque municipal e na medida em que defendemos a necessidade de que seja densificada uma teoria concernente ao processo administrativo.

Compreendida a posição de regência jurídica à qual se submetem as autoridades públicas no exercício das funções e atividades administrativas é factível crer que no desenvolvimento dessa complexidade de ações perpetradas pela Administração Pública e, por consequência da administração municipal, são geradas situações decorrentes dessa atividade material que podem ensejar a instauração do processo administrativo. Por essa razão, delineamos no capítulo seguinte atenção específica à processualidade administrativa.

3 DO PROCESSO ADMINISTRATIVO

No primeiro capítulo desse estudo procuramos demonstrar um traço evolutivo do Estado até chegarmos à sua forma Democrática de Direito, que tem na Constituição o vetor principal à toda ação dos Poderes Legislativo, Executivo e Judicial. É inequívoco que nenhuma atividade exercida em nome do Estado pode afrontar o texto constitucional.

É assim, porque a locução constitucional decorre da soberania popular. Também por esse fato, mencionamos em linhas anteriores que há uma supremacia estatal prevalecente em favor da sociedade, ou seja, a prerrogativa do regime jurídico administrativo consistente na supremacia do interesse público sobre o particular, sendo este indisponível.

Não se trata de interesse supremo do Estado, mas da sociedade, que tem no aparelhamento estatal a garantia e o dever de que este agirá com preponderância manifesta se presente o interesse público, respeitados os parâmetros das sujeições constitucionais. Isto dimana da regra constitucional de que “todo o poder emana do povo”²⁴⁹. Os agentes estatais atuam na função administrativa como gestores de interesses que não lhes cabe apropriar, porque o *dominus* é do povo.

Acorre à essa linha de pensamento, o princípio republicano e a estrutura federada da forma de Estado. O primeiro porque torna indubitável a participação popular nos interesses do Estado, naquilo que se refira às ações de governo e administrativas, enquanto que a estrutura federada possibilita a descentralização dessas emanações republicanas.

Nesse contexto, o processo administrativo, seja como meio de defesa de interesses dos particulares numa determinada relação material administrativa, seja como mecanismo que possibilita a participação democrática nas decisões, atende

²⁴⁹ BRASIL. Constituição (1988). Constituição Federal. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. 447 p.

àquela comunidade aberta de intérpretes da Constituição e, nesse prisma, observa a execução das possibilidades de concretização constitucional.

Constitui-se, em instrumento de participação democrática quanto à tomada de decisões da autoridade municipal em tudo aquilo que se vincule ao interesse público. Esse o mecanismo de impulso das emanações reais pretendidas pelo princípio republicano.

Em razão disso, nesse capítulo serão estudados alguns contornos da processualística administrativa, do processo administrativo como meio de defesa de interesses dos particulares perante a administração e como mecanismo de participação democrática para, ao final, abordarmos os aspectos que envolvem o regime jurídico desse processo.

3.1 PROCESSUALÍSTICA ADMINISTRATIVA

A acepção expressada pelos dicionaristas ao vocábulo processualística, remete-nos à teoria do processo judicial²⁵⁰. A presença do adjetivo judicial é até compreensiva nessas definições, em razão do desenvolvimento dos estudos sobre o processo pela ótica da jurisdição, o que não implica na ausência de uma trajetória histórica observada com referência a processo administrativo²⁵¹. Entretanto, chama a atenção SUNDFELD, para o fato de que “após a edição da Lei Federal de Processo, toda a literatura geral de direito administrativo ampliou o espaço dedicado ao tema.”²⁵²

O avançar do direito processual administrativo é insuspeito, o que propiciará

²⁵⁰ Explica De Plácido e Silva, que processualística se refere a um “neologismo introduzido no vernáculo por Tobias Barreto (Estudos de Direito), para exprimir a teoria do processo judicial” em SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990. 3 v. p. 460. Definido como “teoria do processo judicial”, conforme HOUAISS, Antonio, VILLAR, Mauro de Salles, FRACO, Francisco Manoel de Mello. **Dicionário Houaiss** da língua portuguesa. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001. 2922 p.

²⁵¹ Essa trajetória pode ser verificada por exemplo nas obras: SUNDFELD, Carlos Ari; MUÑOZ, Guillermo Andrés (Org.). **As Leis de Processo Administrativo: Lei Federal 9.784/99 e Lei Paulista 10.177/98**. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 20-23. MEDAUAR, Odete. **A processualidade no Direito Administrativo**. 2. ed. São Paulo: RT, 2008. p. 25-26.

²⁵² SUNDFELD, Carlos Ari; MUÑOZ, Guillermo Andrés (Org.). **As Leis de Processo Administrativo: Lei Federal 9.784/99 e Lei Paulista 10.177/98**. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 21.

em dado momento a sistematização teórica quanto às regras de caráter adjetivo que possibilitem acentuar sua importância no cenário jurídico e intensificar o seu emprego pelas autoridades competentes e pelas pessoas em geral. Não obstante, como já frisamos, a lei federal 9.784/99 contemplar dispositivos de norma geral, obrigatórias às unidades da federação. A disseminação de uma cultura processual administrativa ainda está por vir, são poucos os Estados-membros que se ocuparam de legislar sobre a matéria, e, inexistente na imensidão dos municípios.²⁵³

Não obstante a isso, a teorização sobre um núcleo de processualística administrativa comum às unidades federadas, contemplará regras de procedimento processual que viabilizem às pessoas não só deduzirem suas pretensões individuais, como tornar eficaz a participação democrática nas decisões administrativas, no máximo sentido que se possa exprimir do texto constitucional, balizador de um Estado Democrático de Direito, republicano e que tem entre seus fundamentos a dignidade da pessoa humana.

Há uma associação entre processo administrativo e Constituição, verificada por MEDAUAR, e que “representa um dos meios pelos quais, na atividade administrativa, se concretizam princípios e normas constitucionais. Significa, portanto, um núcleo que abriga regras substanciais da atuação administrativa e do ordenamento, de modo conforme aos princípios constitucionais.”²⁵⁴

Sendo a Administração Pública totalmente constitucionalizada, resulta disso que o direito processual administrativo por intermédio do qual se discutirá o direito material deverá, na mesma medida ter seu núcleo constitucionalizado também. Anota BACELLAR, de modo importante que a “constitucionalização do Direito Administrativo ganha especial relevância nas federações (...), porque diante da repartição constitucional de competências legislativas entre as unidades federativas

²⁵³ São listadas por FERRAZ e DALLARI, além da Lei Federal 9.784/1999, as leis dos Estados de São Paulo - 10.177/1998; do Alagoas - 6.161/2000; do Amazonas 2.794/2003; de Goiás 13.800/2001; de Mato Grosso 7.692/2002; de Minas Gerais 14.184; de Pernambuco 11.781/2000; de Roraima 418/2004; e Lei Municipal de São Paulo 14.141/2006, verificar em FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. **Processo Administrativo**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 258-376.

²⁵⁴ MEDAUAR, Odete. **A processualidade no Direito Administrativo**. 2. ed. São Paulo: RT, 2008. p. 78

garante-se um núcleo mínimo de unidade e coerência a partir dos postulados constitucionais.”²⁵⁵

Essa constitucionalização do Direito Administrativo ocorre não somente em termos materiais, mas adjetivos também, para que possa ensejar a participação de todos como intérpretes da Constituição. Entretanto, lembra SUNDFELD “que a elaboração teórica concernente aos aspectos adjetivos da decisão administrativa é, por ora, menos rica do que a dos processualistas com referência à decisão judicial.”²⁵⁶

Em realidade, quando o referente for Administração Pública, os preceitos que regem a conduta da autoridade estão expressos na Constituição Federal em título próprio, somando-se aos dispositivos que tratam dos princípios constitucionais do processo. Por assim ser, anota MEDAUAR que “ao dispor expressamente sobre Administração Pública em tais preceitos, a Constituição brasileira de 1988 fixa as diretrizes fundamentais que devem nortear sua atuação; portanto, daí se extrai a conformação institucional e funcional da Administração Pública brasileira e os princípios informadores do próprio Direito Administrativo.”²⁵⁷

Nos seus estudos, SUNDFELD ensaia algumas indagações para fazer uma conclusão posterior:

É viável cogitar do desenvolvimento de uma teoria geral sobre os aspectos adjetivos das decisões administrativas que venha a ter a mesma abrangência da relativa às decisões judiciais? Tem sentido trabalhar com a hipótese de um grande direito processual (...) administrativo? A edição de Leis Gerais de Processo Administrativo faz supor que a resposta seja positiva, embora essas novidades legislativas possam parecer, a nós administrativistas brasileiros, ainda um tanto surpreendentes. Mas a verdade é que as questões adjetivas são próprias do direito administrativo, e fragmentos de uma teoria geral do processo administrativo vêm sendo esboçados há muito tempo.”²⁵⁸

Em suma, com a evolução do Direito Administrativo e das funções cada vez mais complexas assumidas pela Administração Pública exigíveis em razão da dinâmica social, com o desenvolvimento de uma cultura popular de controle sobre

²⁵⁵ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo Administrativo Disciplinar**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 78.

²⁵⁶ SUNDFELD e MUÑOZ, op. cit., p. 29-30.

²⁵⁷ MEDAUAR, op. cit., p. 75.

²⁵⁸ SUNDFELD e MUÑOZ, op. cit., p. 30.

seus representantes e o domínio da consciência participativa em detrimento de um comportamento passivo, atenta a estes movimentos, a doutrina administrativista acabará por densificar sobremaneira a temática, o que poderá possibilitar a redução das polêmicas existentes sobre a teorização de uma processualidade administrativa.

Isto porque, o manejo do processo na esfera administrativa pode conduzir a decisões juridicamente válidas e que de certa maneira dado o valor e a segurança jurídica alcançada pela decisão administrativa, que respeite à principiologia às quais se sujeita o regime jurídico administrativo, poderão ter estas decisões a intensidade necessária para, inclusive, não ensejar o reclame judicial para seu controle, por absoluta satisfação do interessado.

Necessário então, que a União, Estados-membros e Municípios tenham a mesma convergência constitucional o que reclamará em dado momento a positivação nivelada de um núcleo processual administrativo comum, para a conquista de uma cultura e comportamento adjetivo na esfera administrativa.

Nesse sentido, um dos pontos que merecerá uniformização diz respeito à discussão terminológica, processo ou procedimento administrativo. Analisamos o signo processo em busca de justificar a nomenclatura até aqui utilizada e posteriormente balizar as distinções entre procedimentalização, procedimento e processo administrativo.

3.1.1 Questão Terminológica: Processo ou Procedimento Administrativo

Entendemos que não se confundem essas duas expressões. Não podem ser tomadas como sinônimas, ao menos naquilo que se refira ao âmbito administrativo. Na referência feita por MARTINS “se processo e procedimento administrativo fossem cientificamente expressões sinônimas o uso de uma ou outra terminologia seria absolutamente irrelevante. Ocorre que (...) há diferença científica entre as expressões

e, por força disso, não se trata de pura e simples escolha terminológica do cientista.”²⁵⁹

De outra ordem, essas expressões devem estar perfeitamente delimitadas quanto ao seu campo de aplicabilidade em razão das especificidades próprias da atividade administrativa que não se confundem com aquelas de ordem jurisdicional.

Esse acertamento terminológico é também especialmente relevante porque ainda estão em desenvolvimento pela doutrina vários aspectos da processualidade administrativa, e uma proximidade uniforme de nomenclatura pelos estudiosos pode enriquecer a necessária densidade a ser empregada ao tema, dadas as relevantes funções do processo administrativo no cenário do Estado Democrático de Direito. Por isso, conveniente também a advertência de MAFFINI:

Um instituto jurídico deve ser considerado pelo que significa em sua essência, bem como pelos princípios e regras jurídicas que lhe são pertinentes. A preocupação terminológica, embora cientificamente importante, não pode ser colocada num patamar acima daquele que é próprio ao instituto estudado, ou seja, o signo não pode sobrepujar o seu significado. O nome que se dá a um determinado instituto deve, por óbvio, buscar traduzir com perfeição a sua essência.²⁶⁰

É comum, e até justificável de certa maneira, que o substantivo processo venha a ser compreendido com o adjetivo ‘judicial’. O que refletimos adiante é a justificativa de que também seja utilizado vinculativamente ao adjetivo ‘administrativo’.

No estudo da linguagem²⁶¹ podemos encontrar amparo que satisfaça à esse raciocínio. O signo lingüístico, na lição de CELSO MENDES “são sinais abstratos que usamos em substituição às coisas. Tais são as palavras, os conceitos, que passam a representar os objetos.”²⁶² Processo, sendo um signo lingüístico, possibilita uma determinada compreensão. De modo comum, processo designa um conjunto de atos

²⁵⁹ MARTINS, Ricardo Marcondes. O Conceito Científico de Processo Administrativo. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 235, p. 321-381, jan./mar. 2004.

²⁶⁰ MAFFINI, Rafael. **Direito Administrativo**. São Paulo: RT, 2006. p. 138.

²⁶¹ Ensina-nos VANOYE, que a linguagem “é um conjunto cujos elementos se determinam em suas inter-relações, ou seja, um conjunto no qual nada significa por si, mas tudo significa em função de outros elementos. Em outras palavras, o sentido de um termo, bem como de um enunciado, é função do contexto em que ele ocorre.” Conforme: VANOYE, Francis. **Usos da Linguagem: Problemas e Técnicas na Produção Oral e Escrita**. Trad. Clarice Madureira Sabóia São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 21.

²⁶² MENDES, Antônio Celso. **Direito Linguagem e Estrutura Simbólica**. Curitiba: Unificado, 1994. p. 14.

ordenados destinados à obtenção de um determinado fim, normalmente uma decisão.

Podemos ilustrar nosso pensamento com a mentalização de dois ambientes distintos, tendo o signo lingüístico processo como eixo central. De um lado a variante judicial e de outro, administrativa, e em cada um, teremos o desenvolvimento do sentido a ser apreendido desse signo.

Nessa ordem relacional, a solução dependerá do referente²⁶³ ao qual se reporta o signo. Destarte, quando o significado da palavra processo estiver acometido das idéias do regime jurídico administrativo, o referente do intérprete será o âmbito de Direito Administrativo, se o caso concreto, evidentemente, não estiver a inferir ao interessado, o exercício de um direito que reclame sua discussão (pela autonomia de sua vontade) na esfera jurisdicional.²⁶⁴

Ocorre, como observa BORBA, que “os signos não existem isolados (...). Um signo só funciona quando ajuda o intérprete a explicitar algo e isso só pode ser expresso com referência a outros signos.”²⁶⁵

Por outro modo, observamos que o legislador constituinte, por mais de uma vez faz menção expressa à existência de processo administrativo. Vejamos:

Art. 5º LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; LXXII - conceder-se-á habeas-data: (...) b) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo; LXXVIII a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação; Art. 41, parágrafo 1º II - mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa.²⁶⁶

Essa questão terminológica não é pacífica entre os administrativistas. Ao discorrer sobre a distinção entre processo e procedimento administrativo, JUSTEN

²⁶³ O verbete ‘referente’, tem por definição o elemento do mundo extralingüístico, real ou imaginário, ao qual remete o signo lingüístico, num determinado contexto sociocultural e de discurso. Conforme HOUAISS, Antonio, VILLAR, Mauro de Salles, FRACO, Francisco Manoel de Mello. **Dicionário Houaiss** da língua portuguesa. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001. 2922p.

²⁶⁴ Empregamos o signo jurisdição no sentido de exprimir a manifestação do Estado-juiz. Entretanto, não estamos a afirmar que a jurisdição não possa ser objeto de investigação quanto à sua aplicabilidade na processualística administrativa, fato que, por certo, demanda outro estudo, inoportuno à pretensão ora desenvolvida.

²⁶⁵ BORBA, Francisco da Silva. **Introdução aos Estudos** Lingüísticos. 13. ed. São Paulo: Pontes, 2003.

²⁶⁶ BRASIL. Constituição (1988). Constituição Federal. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. 447 p.

FILHO esclarece “privilegiar o conceito de procedimento.”²⁶⁷ Entretanto, não desacredita a possibilidade de uso da expressão processo administrativo, que “deve ser utilizada com a cautela de evitar a identificação com o processo jurisdicional. O grande risco reside em ignorar que todas as regras peculiares ao processo jurisdicional (não administrativo) relacionam-se com algumas características que não existem no processo administrativo propriamente dito.”²⁶⁸

Aponta o autor ao fundamentar sua opção que “há uma característica que é própria apenas do processo judicial. Trata-se da posição do juiz, que integra a relação processual, mas que não é titular dos interesses em conflitos.”²⁶⁹ Refere-se JUSTEN FILHO à isenção do juiz para julgar, uma vez que “ele não é titular dos interesses sobre os quais decide (...). Quando surge um conflito de interesses na instância administrativa, instaura-se um procedimento sem a participação de órgão independente. No processo administrativo, o sujeito, encarregado da função de julgar, integra a própria Administração Pública.”²⁷⁰

A preocupação de JUSTEN FILHO não se relaciona com o uso da expressão processo administrativo, mas com o fato da “tentativa de aplicar ao campo da atividade administrativa os princípios processuais desenvolvidos a propósito da atividade jurisdicional. Acaba-se por supor que o processo administrativo seria um processo igual ao jurisdicional, com a única peculiaridade de ser conduzido pela própria Administração.”²⁷¹

Ainda que a confusão possa ser evidenciada, não vemos campo fértil ao seu desenvolvimento. Parece-nos que a linha demarcatória e interpretativa entre processo judicial e administrativo foi fixada pelo constituinte de modo iniludível e representada pela inafastabilidade do controle judicial sobre (mera) ameaça ou lesão a direito, o que resguarda o monopólio da decisão definitiva ao exercício da jurisdição.

²⁶⁷ JUSTEN FILHO, op. cit., p. 218.

²⁶⁸ Ibid., p. 219.

²⁶⁹ Id. ibid.

²⁷⁰ Ibid., p. 220.

²⁷¹ JUSTEN FILHO, op. cit., p. 221.

Há desse modo, completo (insistimos) controle judicial sobre os processos administrativos. Bem realizada a ressalva de MOREIRA, quando enfatiza que “o termo ‘processo’ não é de uso exclusivo do Poder Judiciário e que os órgãos administrativos devem ser autônomos (liberdade para poder analisar fatos e direito de acordo com a legislação).”²⁷² Em 1927, MERKL apresentava seu pensamento sobre idêntico embate terminológico,

La teoría procesal tradicional consideraba el ‘proceso’ como propiedad de la justicia, identificándolo con el procedimiento judicial. Constituía una de esas restricciones habituales de conceptos jurídicos de validez general. Se explica históricamente la limitación del concepto del proceso a la justicia, porque dentro de esta función estatal se hallan las raíces del ‘proceso’ y dentro de ella ha sido elaborado técnicamente, pero, desde el punto de vista jurídico-teórico, no es sostenible esta reducción, porque el ‘proceso’ por su propia naturaleza, puede darse en todas las funciones estatales, posibilidad que, en realidad, se va actualizando en medida cada vez mayor.²⁷³

Não há ineditismo na existência de termos jurídicos apropriados por regimes jurídicos diferenciados. Esclarecemos melhor. No campo do Direito Público são utilizados institutos que tiveram sua origem e desenvolvimento na esfera do Direito Privado. O contrato por exemplo, de origem privada é amplamente usado por regimes jurídicos distintos, cada um em obediência às características vinculadas ao regime que servem.

Idêntica análise quanto às Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista que, mesmo a despeito de serem estatais, a estruturação é de direito privado, ou seja, para constituí-las a autoridade pública, devidamente autorizada busca na lei civil e na das Sociedades Anônimas sua estruturação jurídica para o desempenho de atividades caras ao Estado, mas o regime aplicável lhes é peculiar, respeitadas as determinações constitucionais sobre essas empresas. No mesmo sentido a instituição de Fundação, cujos conceito e estruturação seguem o observado pela lei civil, entretanto, servem às peculiaridades estatais.

Observa MOREIRA que “a existência de regimes jurídicos estritamente

²⁷² MOREIRA, op. cit., p. 56.

²⁷³ MERKL, Adolfo. **Teoría General del Derecho Administrativo**. Granada: Comares, 2004.p.273

opostos entre si, regulando origem e efeitos do ato administrativo e do ato civil, conduziu à inevitável diferenciação dos conceitos. Não se pode tratar duas realidades jurídicas, regidas por diversos feixes normativos, através de entendimento único.”²⁷⁴

Em suma, parece-nos possível o uso da nomenclatura processo administrativo. Entretanto, é necessário que se fixem outros parâmetros de ordem jurídica sobre a expressão adotada, o que ficará evidenciado em seguida, quanto à distinção e aplicação das categorias procedimentalização, procedimento e processo administrativo.

3.2 PROCEDIMENTALIZAÇÃO, PROCEDIMENTO E PROCESSO ADMINISTRATIVO

Essas categorias²⁷⁵ são realidades inconfundíveis tecnicamente, embora relacionadas entre si, e de extrema importância para os estudos de ordem adjetiva sobre Administração Pública.

3.2.1 Nota Inicial

Na análise que faz sobre a procedimentalização, adverte inicialmente JUSTEN FILHO que o “conceito de ato administrativo perdeu sua relevância como instrumento de compreensão e organização do direito administrativo. (...). Somente é possível compreender o Estado e a Administração Pública como um conjunto de instituições aptas a produzir atos em massa, para satisfazer grande quantidade de interesses e necessidades que parecem inexauríveis.”²⁷⁶

²⁷⁴ MOREIRA, op. cit., p. 45.

²⁷⁵ Por categoria nessa pesquisa temos como referência “a palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou à expressão de uma idéia.” Conforme PASOLD, César Luiz. **Prática da Pesquisa Jurídica: Idéias e Ferramentas Úteis para o Pesquisador do Direito**. 9. ed. Florianópolis: OAB Editora, 2005.

²⁷⁶ JUSTEN FILHO, op. cit., p. 209-210.

Esse raciocínio não é excludente. Ou seja, “é necessário estudar o ato administrativo, mas é indispensável reconhecer que a configuração de cada ato, isoladamente considerado, é condicionada pela pluralidade de atuações administrativas. O que satisfaz as necessidades coletivas é o conjunto de ações administrativas: a atividade.”^{277 278}

Temos, então, que a complexidade de ações da Administração Pública enseja um modo de agir que possibilite a eficácia dos resultados, com vistas à consecução dos objetivos do Estado - proporcionar o bem comum naquilo que pertine à função administrativa. Para tanto, que há uma nova identidade material que preside o exercício da função administrativa. A constitucionalização e a busca pela democracia participativa.

A mesma exigência de constitucionalização esperada da Administração Pública numa dimensão material é aguardada na processual. Nesse sentido, comenta MOREIRA NETO

Essa processualidade participativa, como qualquer outra que se destine a disciplinar a ação do Estado para conferir-lhe previsibilidade no procedimento e efetiva garantia dos direitos das partes, envolve sempre uma cuidadosa reafirmação do sentido formal do direito ao devido processo, constitucionalmente garantido. (...) É sobre [os] fundamentos material e formal – a busca da eficiência das políticas públicas e o rigor do atendimento da processualidade – que se vai erguendo a formidável arquitetura jus-política da nova administração pública, capaz de atender aos desafios institucionais de nosso tempo.²⁷⁹

As funções e atividades da Administração Pública não podem ser desvinculadas da Constituição Federal. Não há exceção. Menciona ROCHA que “a constitucionalização da Administração Pública, (...) passou a ser cuidada como subsistema fundamental, de tal modo que se explicitem os princípios e as regras que

²⁷⁷ Id.

²⁷⁸ Para JUSTEN FILHO, não há que se falar na doutrina dos atos materiais. Entende que “todos os atos que correspondam ao modelo normativo e envolvam o desenvolvimento de função administrativa são administrativos. Por isso, mesmo os atos de pura execução são abrangidos na categoria. Mais precisamente, reputa-se que os atos materiais, de pura execução, produzem um efeito jurídico de cunho extintivo ou satisfativo. Assim, por exemplo, a varredura das ruas é um ato administrativo, porque reflete a satisfação de um dever jurídico e traduz o exercício da função administrativa.” Conforme, JUSTEN FILHO, op. cit., p. 268.

²⁷⁹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do Direito Público**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 332-333.

conduzem o processo de gerir a coisa pública e de se garantir ao cidadão o serviço que lhe seja necessário ou útil, a fim de que os fins do Estado sejam plenamente realizados.”²⁸⁰

Em razão do enfoque municipalista dessa pesquisa, oportuno mencionar que as diretrizes democráticas impostas à Administração Pública, seja em sua acepção material, seja na sua consideração formal, ensejam um olhar aos Municípios. Vimos no capítulo específico sobre a municipalidade, que lá ocorrem repetidas vezes o contato com as funções administrativas o que pode demandar à maior incidência de desrespeito aos interesses da pessoa. Pensamos não ser possível alcançar desenvolvimento, participação, eficácia, eficiência plena do Estado sem que, de modo efetivo, concorra a vontade municipal na formação de uma cultura participativa e democrática estendida à esse novo entendimento de processo administrativo, como instrumento de controle e de participação.

Para que se possibilite a aferição ou sindicabilidade da conduta do agente no exercício das atividades administrativas, cujo parâmetro é a constitucionalização da Administração Pública, faz-se necessário que as ações tenham um modo de proceder formal, juridicamente válido e eficaz.

Como a Administração Pública deve seguir o vetor constitucional e este aponta, para um Estado Democrático de Direito, o modo de proceder administrativo deve ser pautado por critérios democráticos, o que por conseqüência impõe o deferimento da participação dos destinatários das ações administrativas nas escolhas e decisões perpetradas pelo agente competente. Toda essa complexidade administrativa tem um modo de desenvolvimento jurídico que lhe é totalmente peculiar. São, por assim dizer, suas especificidades próprias.

²⁸⁰ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Democracia, Constituição e Administração Pública. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo: Malheiros, 1999, v. 26 p. 61.

3.2.2 Acepção das Categorias Procedimentalização, Procedimento, Processo e sua Aplicabilidade na Administração Pública

Cumpramos então buscamos compreender o sentido de aplicação desses instrumentos de realização da função administrativa. A procedimentalização, no ensinamento de JUSTEN FILHO

Consiste na submissão das atividades administrativas à observância de procedimentos como requisito de validade das ações e omissões adotadas. Significa que a função administrativa se materializa em atividade administrativa, que é um conjunto de atos. Esse conjunto de atos deve observar uma seqüência predeterminada, que assegure a possibilidade de controle do poder jurídico para realizar os fins de interesse coletivo e a promoção dos direitos fundamentais.²⁸¹

Explica também, que “a procedimentalização orienta uma pluralidade de fins: controle do poder, realização da democracia, atividade administrativa isenta de defeitos e redução dos encargos do Poder Judiciário.”²⁸² Prossegue para assinalar que é “imposição constitucional [a] procedimentalização (...) [e] não depende, para incidir, da edição de leis infraconstitucionais. Deriva da Constituição Federal e da sua condição de instrumento inafastável de realização de garantias constitucionais democráticas.”²⁸³

Indubitavelmente a nova orientação à Administração Pública é possibilitar quanto mais a participação das pessoas na atividade administrativa. Sobre esse cenário, discorre BAPTISTA para afirmar que

No contexto dessa nova função administrativa, vocacionada para o respeito e a concretização dos direitos fundamentais, a participação administrativa desempenha papel de destaque. Apenas pela participação (...) o cidadão consegue dialogar com a Administração. A participação administrativa representa, assim, em uma primeira acepção, o instrumento que torna possível ao indivíduo exercer influência em processos nos quais ele é afetado.²⁸⁴

Com relação ao procedimento, referente da procedimentalização, esclarece

²⁸¹ JUSTEN FILHO, op. cit., p. 212-213.

²⁸² Ibid., p. 214.

²⁸³ Ibid., p. 222.

²⁸⁴ BAPTISTA, op.cit., p. 131.

JUSTEN FILHO como sendo uma “seqüência predeterminada de atos, entre si relacionados por vínculos lógicos, em que o exaurimento da etapa anterior é pressuposto de instauração da etapa posterior e cujo resultado final deve guardar compatibilidade lógica com os atos antecedentes.”²⁸⁵ Complementa para estabelecer que “a atividade administrativa é exercitada por via procedimental. Mas isso não significa que exista um único tipo de procedimento. Há diversos modelos de procedimentos, que variam de acordo com as circunstâncias e características a serem atendidas. Por isso pode-se aludir a modalidades procedimentais.”²⁸⁶

Como destaca o autor, a procedimentalização administrativa é de importância estremada para o agir administrativo, dado o exercício do controle sobre as ações da Administração Pública. Nesse ponto, são necessárias também as palavras de BACELLAR FILHO:

A procedimentalização do agir administrativo, a fixação de regras para o modo como a Administração deve atuar na sociedade e resolver os conflitos configura, assim, condição indispensável para a concretização da democracia. Sem, a fixação do procedimento administrativo, impossibilita-se qualquer relação estável entre Administração e cidadãos, onde cada um saiba até onde vai o poder do outro e como este poder será exercido.²⁸⁷

Trata-se, desse modo, de ser facilitada a investigação do agir administrativo, em razão dos parâmetros procedimentais previamente determinados. Ainda no pensamento do autor três alertas são necessários. Primeiro, “o procedimento administrativo atua como sistema de frenagem do poder anti-funcional (que se arroga a prerrogativa de fazer e desfazer as regras do jogo). O Estado Democrático de Direito exige, antes de tudo, um método democrático.”²⁸⁸ Segundo, “favorece a tônica funcional: os agentes estatais exercitam o poder em nome de uma finalidade, desempenham função. O procedimento impõe previsibilidade, estabilidade e exigibilidade.”²⁸⁹ Terceiro, “o procedimento administrativo, enquanto pressuposto ou

²⁸⁵ JUSTEN FILHO, op. cit., p. 213.

²⁸⁶ Ibid., p. 224.

²⁸⁷ BACELLAR FILHO, op. cit., p. 130.

²⁸⁸ Ibid., p. 131.

²⁸⁹ Ibid., p. 133.

suporte técnico, institucionaliza o método de efetivação da responsabilidade pública, no Estado Democrático de Direito.”²⁹⁰

Quanto ao sentido a ser apreendido do signo processo, observam CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO²⁹¹, que

Etimologicamente, processo significa ‘marcha avante’, ‘caminhada’ (do latim, *procedere* = seguir adiante). Por isso, durante muito tempo foi ele confundido com a simples sucessão de atos processuais (procedimento), sendo comuns as definições que o colocavam nesse plano. (...) [Entretanto], apercebeu-se a doutrina de que há, no processo, uma força que motiva e justifica a prática dos atos do procedimento, interligando os sujeitos processuais.²⁹²

Entendem, com esse esclarecimento, que processo deve ser observado “pelo aspecto dos atos que lhe dão corpo e das relações entre eles e igualmente pelo aspecto das relações entre os seus sujeitos.”²⁹³

Entretanto, necessário salientar o esclarecimento que fazem: “Processo é conceito que transcende ao direito processual. Sendo instrumento para o legítimo exercício do poder, ele está presente em todas as atividades estatais (processo administrativo, legislativo) e mesmo não-estatais (processos disciplinares dos partidos políticos ou associações, (...), etc).”²⁹⁴

Com arrimo nessa posição de idéias, destacam que procedimento²⁹⁵ é “o meio extrínseco pelo qual se instaura, desenvolve-se e termina o processo (...) realidade fenomenológica perceptível. A noção de processo é essencialmente teleológica, porque ele se caracteriza pela sua finalidade de exercício do poder (...). A noção de

²⁹⁰ Id.

²⁹¹ Na sugestão de idéias que apresentamos à processualística administrativa, entendemos por buscar a contribuição de autores da Teoria Geral do Processo. Não contribui este fato para uma tentativa de tomar processo administrativo por judicial, apenas esclarecer a posição dessas categorias (processo e procedimento) no âmbito administrativo, ainda mais porque não se desenvolveram nos meandros administrativos. Nesse sentido, observa MOREIRA que “o termo ‘processo’ não é exclusivo da linguagem jurídica, mas noção genérica que se reporta a atividade dinâmica e finalista (...)” Conforme MOREIRA, *op.cit.*, p. 33.

²⁹² CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 277.

²⁹³ Id.

²⁹⁴ *Ibid.*, 278.

²⁹⁵ Esclarecemos que, embora o raciocínio esteja em desenvolvimento no sentido procedimentalização – procedimento – processo, e tenhamos vencido as duas primeiras categorias, propositadamente deixamos aqui a noção de procedimento, insita ao processo, em razão da proposta de organização que fazemos a seguir, sendo esta noção importante ao nosso entendimento de procedimento em sentido estrito.

procedimento é (...) formal, não passando da coordenação de atos que se sucedem.”²⁹⁶
E concluem: “o procedimento (aspecto formal do processo) é o meio pelo qual a lei estampa os atos e fórmulas da ordem legal do processo.”²⁹⁷

Percebem ainda, os autores ser comum a confusão entre processo, procedimento e autos. Quanto a processo e procedimento já estão as distinções estabelecidas. Autos, explicam, “são a materialidade dos documentos em que se corporificam os atos do procedimento. Assim, não se deve falar, por exemplo, em fases do processo, mas do procedimento; nem em ‘consultar o processo’ mas os autos.”²⁹⁸ Igual confusão também ocorre com protocolos administrativos nas repartições públicas, mas trata-se de confusão estéril, que não gera qualquer repercussão científica.

Por sua vez, processo administrativo no entendimento de CARVALHO FILHO “é o instrumento formal que, vinculando juridicamente os sujeitos que dele participam, através da sucessão ordenada de atos e atividades, tem por fim alcançar determinado objetivo, previamente identificado pela Administração Pública.”²⁹⁹

Após seus estudos, MARTINS apresenta em conclusão que processo administrativo “consiste num procedimento administrativo em que vigore uma relação jurídica entre a Administração e os interessados diretos na tomada de decisão. Nessa relação jurídica há uma série de situações jurídicas instituídas em favor desses administrados, garantindo-lhes a possibilidade de influenciar na tomada de decisão.”³⁰⁰
Além disso, apresenta duas finalidades desses processos, quais sejam: “meio de exercício da função administrativa (...) [e] meio pelo qual o cidadão influi na atividade administrativa, sendo, nesse sentido, um direito político do cidadão. Esses dois fins traduzem-se em dois princípios: o princípio democrático e o princípio da eficiência.”³⁰¹

²⁹⁶ CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO, op. cit., p. 277.

²⁹⁷ Id.

²⁹⁸ Ibid., p. 278.

²⁹⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Processo Administrativo Federal**: Comentários à Lei 9.784/99. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 23.

³⁰⁰ MARTINS, Ricardo Marcondes. O Conceito Científico de Processo Administrativo. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 235, p. 321-381, jan./mar. 2004.

³⁰¹ Id.

Essa participação democrática por meio do processo administrativo, é facilitada pelo método procedimentalizado da atividade estatal pois permite a aferição da conduta do agente público no deslinde da função administrativa. Entretanto, a reciprocidade de comunicação com o poder ocorre mediante a instauração de processo administrativo. Isto porque, no ensinamento de MOREIRA, “o termo processo, especialmente frente à ciência do Direito, reporta-se à relação jurídica entre pessoas, uma das quais no exercício do poder estatal, consubstanciada em uma ordem lógica de atos, dirigidos a específica finalidade.”³⁰²

A par disso, complementa por entender que “é inequívoco que o termo ‘procedimento’ não se presta a designar uma ‘relação jurídica’. Não há no mundo do Direito vínculo intersubjetivo cuja natureza jurídica seja denominada ‘procedimento’. A palavra significa, só e tão-somente, o ritualismo processual: conjunto de praxes, seqüência ou marcha dos atos praticados no curso do processo.”³⁰³

Para melhor aclarar a idéia de relação jurídica, WALD, ensina que “a relação jurídica é o vínculo decorrente da norma ou de ato jurídico ou material, que existe entre as duas posições de sujeito ativo e sujeito passivo. (...) É, pois, o vínculo existente entre pessoas, em virtude de uma norma que cria deveres e direitos.”³⁰⁴

E sobre relação jurídica processual, posicionam-se CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO,

É inegável que o Estado e as partes estão, no processo, interligados por uma série muito grande e significativa de liames jurídicos, sendo titulares de situações jurídicas em virtude das quais se exige de cada um deles a prática de certos atos do procedimento ou lhes permite o ordenamento jurídico essa prática; e a relação jurídica é exatamente o nexó que liga dois ou mais sujeitos, atribuindo-lhes poderes, direitos, faculdades, e os correspondentes deveres, obrigações, sujeições, ônus. Através da relação jurídica, o direito regula não só os conflitos de interesses entre as pessoas, mas também a cooperação que estas devem desenvolver em benefício de determinado objetivo comum.³⁰⁵

Mostram-se oportunos esses ensinamentos doutrinários referentes à relação

³⁰² MOREIRA, op.cit., p. 40.

³⁰³ Ibid., p. 40-41

³⁰⁴ WALD, Arnoldo. **Curso de Direito Civil Brasileiro**: Introdução e Parte Geral. 8. ed. São Paulo: RT, 1995. p. 113.

³⁰⁵ CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO, op. cit., p. 282.

jurídica material e processual, para destacar sua existência entre pessoas, e que não se confunde com o processo, como, em síntese, destacam novamente CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO: “a aceitação da teoria da relação jurídica processual (...), não significa afirmar, (...) que processo e relação processual sejam expressões sinônimas.”³⁰⁶ E concluem reafirmando que “processo é uma entidade complexa, podendo ser encarado sob o aspecto dos atos que lhe dão corpo e da relação entre eles (procedimento) e igualmente sob o aspecto das relações entre os seus sujeitos (relação processual).”³⁰⁷

Após essas considerações que elucidam o sentido das categorias em estudo quanto à sua aplicabilidade na Administração Pública, importa ainda verificar complementarmente a questão de que no âmbito administrativo público, processo é espécie do gênero procedimento.

3.2.2.1 Processo administrativo como espécie do gênero procedimento

Para os esclarecimentos dessa estruturação é necessário o exame da compreensão de MEDAUAR sobre o assunto. Entende a autora que há uma evolução “na concepção do procedimento-gênero, como representação da passagem do poder em ato (...). O procedimento consiste na sucessão necessária de atos encadeados entre si que antecede e prepara um ato final. O procedimento se expressa como processo se for prevista também a cooperação de sujeitos, sob prisma contraditório.”³⁰⁸

Por este ensinamento, tem-se o processo se houver a cooperação dos sujeitos interessados. Entretanto, pelas lições que vimos sobre relação jurídica, preferimos a noção de que há relação jurídica no processo e que o procedimento não se transmuda em processo. São funções importantes, porém distintas. Nosso entendimento sobre a procedimentalização administrativa está no estabelecimento de métodos, técnicas para

³⁰⁶ Ibid.p. 283.

³⁰⁷ Id.

³⁰⁸ MEDAUAR, op. cit., p. 43.

o desenvolvimento das ações administrativas, situação distinta do processo cuja existência ocorrerá sempre que algum interesse, por iniciativa do Estado ou do particular se fizer necessário, em contraditório ou não.

Mais adiante a autora entende que “além do mais, no ordenamento pátrio, a Constituição Federal de 1988 adotou a expressão processo administrativo ou utilizou o termo processo, o que significa não só escolha terminológica, mas sobretudo reconhecimento do processo nas atividades da Administração Pública.”³⁰⁹

No tocante à terminologia observada pela Constituição Federal, temos o entendimento com a autora de que há uma distinção feita pela constituição quando usa as expressões ‘processo judicial ou administrativo’. Entretanto, não cremos ser critério que possa de modo seguro afirmar a existência do processo administrativo. Esse ocorrerá, frisamos se houver configurada uma relação jurídica, caso contrário o que há é procedimento administrativo.

Ao refletir sobre as questões que envolvem processo e procedimento administrativo, BACELLAR FILHO traz importante esclarecimento no sentido de que “a relação entre procedimento e processo administrativo é a de gênero e espécie. Deriva deste entendimento a possibilidade de identificação de um regime jurídico processual que, sem perder de vista as exigências do regimento procedimental (processo é procedimento também), apresente características próprias.”³¹⁰

Continuando com o autor, não há que se entender que “qualquer procedimento administrativo, em um Estado Democrático de Direito, deva garantir a participação do interessado. A processualização não atinge o exercício da competência administrativa em todas as suas manifestações. Contudo a institucionalização desta exigência pelo sistema jurídico permite graduar a extensão democrática do Estado.”³¹¹

A par do que até aqui estudamos e para melhor ser compreendida a proposta sugerida na seção seguinte, é necessário esclarecer que entendemos o procedimento

³⁰⁹ Ibid., p. 45.

³¹⁰ BACELLAR FILHO, op.cit. p. 51.

³¹¹ Ibid., p. 136.

como gênero porque na esfera da ação administrativa possui maior extensão. Não se trata de extensão em importância, mas em atividades dentro do regime jurídico administrativo. Todo o agir administrativo é procedimentalizado para possibilitar o controle da conduta do agente público e a eficácia das ações. Por outra face, compreendemos o processo como espécie daquele gênero, porque também expressa atividade administrativa, entretanto, apenas naquelas situações em que ocorre relação jurídica processual.

Fixados esses pontos, procuramos organizar essas categorias, conforme apresentamos na seção seguinte.

3.2.2.2 Proposta de disposição dessas categorias

De acordo com o até aqui observado pelos doutrinadores, necessário esclarecer nosso posicionamento, que reflete uma contribuição às discussões em busca de uma teoria que melhor identifique a processualística administrativa. Não deduzimos erro em outros posicionamentos, uma vez que ainda é preciso amadurecer a teoria do processo administrativo para que se tenha um sólido posicionamento doutrinário sobre a questão.

Temos que o procedimento indica o modo pelo qual a atividade administrativa será exercida, enquanto que somente no processo teremos uma vinculação entre pessoas – particular (interessado) x Estado-administração (ou agente público x Estado-administração). A partir daí estruturamos nossa visualização.

Com esse desiderato, (1) duas expressões devem ser consideradas: (1.1) procedimentalização administrativa, relativa a um conjunto de procedimentos necessários à execução das complexas atividades administrativas e que é instrumento democrático de controle e participação do povo nas escolhas e decisões administrativas.

Esta procedimentalização não se confunde com o procedimento que

acompanha o processo judicial, estudado como rito processual, e, (1.2) processualidade administrativa, relativa a processo. Então, quando nos referimos a processualística administrativa, processualidade administrativa, processualidade administrativa ampla, estamos inferindo a processo. E a adjetivação ampla (normalmente empregada para determinar a existência de processo nas esferas legislativa e administrativa do Estado), tem dimensão democrática, no sentido de que com a constitucionalização do direito há uma amplitude de possibilidades de participação das pessoas (físicas ou jurídicas) nos direcionamentos administrativos. Desse modo, nem todas as atividades administrativas são processualizadas. Por conseqüência, (1.2.1) há procedimentalização de uma série de atividades estatais, destas várias processualizadas.

Daí são necessárias observações importantíssimas, no sentido de que (2) estamos no âmbito administrativo e toda a aceção quanto à terminologia empregada, deve ser permeada pelo regime jurídico administrativo com todas as suas especificidades. Ainda que as locuções tenham sido retiradas de outros ramos do direito, deverão ser lidas com olhar administrativo, por esse fato (2.1) não há que se confundir processo administrativo com processo judicial. Somente o exercício jurisdicional pode conduzir à definitividade de uma decisão. Se uma autoridade administrativa entender ao contrário e isso limitar ou causar dano à esfera jurídica de alguém, não haverá maior dificuldade em caracterizar o ato como abuso de poder.

Consideramos que (3) procedimento é gênero e processo é espécie. Deflui então, (3.1) que a procedimentalização administrativa contém uma série de procedimentos (em sentido amplo), e nessa estrutura (3.2) o processo administrativo está alocado como espécie desse procedimento (em sentido amplo). Justificamos (3.3) esse entendimento pelo fato de que o processo administrativo é uma das inúmeras atividades administrativas dentro de um quadro geral de atividades típicas do Poder Executivo.

Assim, (3.3.1) acreditamos não ser possível isolar o processo administrativo

desse contexto específico e obrigatório à Administração Pública (procedimentalização). Mas, (3.4) isso não o torna inexpressível em importância. Apenas reafirma as peculiaridades próprias do nosso campo de estudo: Direito Administrativo, razão pela qual advertimos anteriormente que a apropriação de termos cuja origem não é de direito público, por assim dizer, exige seu estudo, adaptação e compreensão de acordo com o emprego que lhe for destinado. Essa, ao nosso entender a posição destinada ao processo na esfera administrativa.

E, por último, (3.5) observamos a possibilidade da existência do procedimento administrativo em sentido estrito, que está contido no processo administrativo e se refere ao rito, caminho, modo de desenvolvimento a ser observado especificamente ao processo administrativo. O que determina sua existência é a instauração do processo administrativo.

Por tais razões, (3.6) a sistematização dessas categorias, em suma, tem no procedimento administrativo (em sentido amplo) métodos de exercício da atividade administrativa, situação distinta do processo administrativo, que se desenvolve quando se estabelece uma relação jurídica processual administrativa, e tem no procedimento administrativo em sentido estrito, o iter relacionado especificamente com o processo administrativo.

Pertinente, em vista do exposto, vencermos a questão que se refere a quando teremos processo administrativo. Para isso, nos estudos de MOREIRA, destacamos que o “ponto de partida não seria a ‘acusação’ ou o ‘litígio’, mas o vínculo entre particulares e/ou servidores públicos e Administração; posto em ação em uma seqüência de atos previamente definida, com vistas a resultado final.”³¹²

Para atender à noção de processualidade ampla, dentro da organização que propusemos, sempre que comprovadamente houver interesse (individual ou coletivo) que possa ser traduzido numa relação jurídica administrativa, o processo é o meio hábil ao desenvolvimento das idéias que conduzirão à decisão final.

³¹² MOREIRA, OP. CIT., p. 49.

Em suma, pensamos inexistir impedimento de ordem jurídica que inviabilize o uso na esfera do processo administrativo de designativos que sejam próprios, ou ao menos até aqui insulados no processo judicial. Acresce à esse raciocínio MOREIRA, para enfatizar que

A alteração do conteúdo da definição apenas por motivos semânticos somente seria válida quando indispensável. A restrição justifica-se seja quando duas realidades não puderem ser designadas pelo mesmo termo preciso (pois absolutamente diversas), seja quando um termo ambíguo preste-se sempre a designar equivocadamente mais de uma realidade (pois absolutamente vago). (...) Assim, não será o adjetivo ‘administrativo apto a criar confusões e/ou transposições indevidas de normas de um regime jurídico ao outro. Nem tampouco o uso da expressão ‘processo administrativo’ poderá potencializar e/ou legitimar eventuais comportamentos ilegítimos e ilegais por parte de qualquer uma das funções estatais. Ao contrário. A expressão ‘processo administrativo’ designa, técnica e inequivocamente, realidade normativa específica.’³¹³

Vencidas essas questões terminológicas e a estrutura que pensamos para o processo administrativo, cumpre assinalar considerações sobre o regime jurídico processual, que é basicamente de ordem principiológica. Fazemos também considerações a respeito da interpretação a ser dada a esse regime, face a constitucionalização da Administração Pública.

3.3 APONTAMENTOS SOBRE O REGIME JURÍDICO PROCESSUAL ADMINISTRATIVO

Dedicamos este tópico de encerramento, para de modo geral apresentar aspectos que contornam o regime jurídico do processo administrativo. Anotamos do ensinamento de JUSTEN FILHO que “a expressão regime jurídico é utilizada para indicar um feixe de normas dentro do conjunto total do ordenamento jurídico. Sob esse ângulo, o regime jurídico é um subsistema normativo, (...) integrado pelas normas que disciplinam certo tipo de atividade socialmente relevante.”³¹⁴

Complementarmente, na lição de MOREIRA, temos:

³¹³ Ibid., p. 46.

³¹⁴ JUSTEN FILHO, op. cit., p. 42.

No interior do amplo sistema de direito administrativo há subsistemas, igualmente unos e coerentes, que distinguem suas inúmeras faces. Pois um desses subsistemas, conjunto de normas e princípios coerentes e unos, caracteriza o processo administrativo. A edição da Lei 9.784/99 tem efeitos de extrema relevância. Mas o processo administrativo não se encontra limitado a tal diploma. Ao intérprete do direito público importa sobremaneira o texto constitucional.³¹⁵

Como já assentado, o principal vetor jurídico para interpretação do direito processual em estudo é a Constituição. Desse modo, serão analisados alguns dos princípios incidentes sem a pretensão de esgotá-los.

Entrementes, dentro dos contornos jurídicos que o tema alcança, nos preocupamos em apresentar uma interpretação à esse regime com as características democráticas que fixam a constitucionalização desse ramo do Direito.

A contribuição que trazemos no tópico abaixo tem por finalidade expressar em linhas gerais o sentido democrático do processo administrativo, que deverá balizar tanto o processo quanto seu procedimento. Trata-se em verdade de apontamentos sobre os novos rumos tomados pela Administração Pública, tendo o processo como instrumento da democracia participativa. Ou seja, se reveste num espaço público para defesa de interesses, possibilidade que se soma àquela tradicional de discutir litígios.

Nesse sentido, MOREIRA conclui de sua análise que “o processo administrativo significa meio ativo de exercício e garantia de direitos dos particulares, que têm condições de participar e controlar a seqüência predefinida de atos anteriores ao provimento final. (...) É atividade pela qual o particular contribui com a formação da ‘vontade’ estatal, de forma direta e imediata.”³¹⁶

Ocorre desse modo uma nova forma de operacionalização da função administrativa do Estado, conforme verifica-se nessa passagem de JUSTEN FILHO quando ressalta que “a Constituição instrumentalizou o Estado. Significa que se atribuem poderes ao Estado como instrumento de promoção da dignidade da pessoa humana e do bem-estar de todos. Nenhum ato, especialmente aquele oriundo dos órgãos públicos, será válido se orientado a realizar valores não consagrados na

³¹⁵ MOREIRA, op. cit., p. 64

³¹⁶ MOREIRA, op., cit., p. 62-63.

Constituição.”³¹⁷

Do que estudamos no primeiro capítulo desta pesquisa, somado aos ensinamentos expressados acima, pode-se reputar ser o processo administrativo espaço para o exercício da cidadania, com a participação da sociedade, de modo efetivo não só para defesa de direitos, como para participar e sindicatar condutas e procedimentos, com vistas à geração de bem-estar.

3.3.1 Referencial Democrático e Participativo do Processo Administrativo

Com a constitucionalização da Administração Pública, o referente do processo administrativo é a democracia. Sobre ela, explica José Afonso da SILVA que “não sendo por si um valor-fim, mas meio e instrumento de realização de valores essenciais de convivência humana que se traduzem basicamente nos direitos fundamentais do Homem. (...) Não é mero conceito político abstrato e estático, mas é um processo de afirmação do povo e de garantia dos direitos fundamentais.”³¹⁸

O referencial participativo – democracia participativa, indica a possibilidade de participação efetiva em tudo que diga respeito à esfera da pessoa (física ou jurídica). Observa TÁCITO que “a lei não vincula, estritamente, todas as suas manifestações [da atividade administrativa], ainda que sempre sujeitas ao princípio superior do interesse público (...). A par da necessária vinculação à lei, goza, em suma, a Administração Pública do poder discricionário, variável em extensão segundo a modalidade do serviço prestado.”³¹⁹ A participação pode ocorrer também nas atividades vinculadas, quando no processo poderá ser ponderada a regularidade da decisão. Mas, na atividade discricionária há, inclusive, a possibilidade de influenciar

³¹⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **O Direito das Agências Reguladoras Independentes**. São Paulo: Dialética, 2002. p. 559.

³¹⁸ SILVA, José Afonso da. **Poder Constituinte e Poder Popular**: (estudos sobre a Constituição). São Paulo: Malheiros, 2007. p. 43.

³¹⁹ TÁCITO, Caio. **Temas de Direito Público**: Direito Administrativo Participativo. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. 3 v. p. 17.

na escolha da melhor decisão.

Há na Constituição Federal um catálogo de ações³²⁰ que possibilitam a participação e que lhe conferem contornos jurídicos, e abrem ensejo ao acionamento do processo administrativo para controle da ação estatal, com vistas ao atendimento dos interesses individuais ou coletivos. Não obstante, a necessária concretização da participação depende (e muito) da provocação popular, também nas municipalidades, por ser atitude de dimensão federativa.

Por essas razões, quando se considera como ponto de partida para interpretação do agir administrativo a Constituição, há que se pensar em efetividade do processo administrativo. Explicitam FERRAZ E DALLARI “que não basta, contudo, simples ‘arranjo’ formal, que simule um processo administrativo com equilíbrio de faculdades entre seus participantes: imperioso é que em seu próprio cerne material se reflitam tais propósitos éticos, tudo de molde a tornar o processo verdadeiro bastião potencial de defesa do cidadão contra o Estado.”³²¹

Assume portanto, o processo administrativo uma dimensão que não suportará um formalismo excessivo. A participação exige rapidez tanto na instrução, quanto na decisão, uma vez que diferentemente do processo judicial, com a decisão, muitas vezes se concretizam desde logo os direitos discutidos. Também porque o fluxo de processos acompanha a multiplicidade de ações administrativas, mesmo porque muitas dessas

³²⁰ Participação da comunidade nas ações de seguridade social - art. 194, VII; participação dos trabalhadores e empregadores nos órgãos colegiados dos órgãos públicos, para defesa de interesses profissionais ou previdenciários - art. 10; colaboração de associações representativas da coletividade no planejamento municipal - art. 29, XIII; colocação das contas dos municípios à disposição dos cidadãos, que poderão questionar-lhes a legitimidade - art. 31, § 3º; participação dos usuários dos serviços públicos na administração direta e indireta - art. 37, §3º; realização de audiências públicas das comissões do Legislativo com entidades da sociedade civil - art. 58, II; participação da comunidade, na gestão administrativa das ações de seguridade social - art. 194, parágrafo único, inciso VII; participação da comunidade nas ações e serviços públicos de saúde - art. 198, III; colaboração da sociedade na promoção e incentivo da educação, direito e dever de todos - art. 205; colaboração da comunidade com o poder público, para a proteção do patrimônio cultural brasileiro - art. 216, § 1º; exercício, pela coletividade, do dever de preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações - art. 225; participação das entidades não governamentais nos programas de assistência integral à saúde das crianças e adolescentes - art. 227, §1º; participação popular, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e controle das ações de assistência social, em todos os níveis (art. 204), bem como em defesa da criança e do adolescente - art. 227, § 7º.

³²¹ FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. **Processo Administrativo**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 22.

atividades, ensejadoras da relação processual, ressaem das políticas públicas.

Em suma, temos que o processo administrativo com essa nova perspectiva, ainda incipiente, ao menos com relação à densidade que pode ser alcançada, revela-se como uma das atividades administrativas mais relevantes porque processualiza os meios de participação nas ações estatais, elevando o grau de seriedade jurídica de sua percepção. Urge entendê-lo com a mesma importância do processo judicial, obviamente com as distinções de grau constitucionalmente fixados.

Se não é possível que a autoridade administrativa desborde do panorama principiológico que lhes rege a conduta, não há como deixar de conceber a processualidade administrativa com legitimidade e juridicidade, ou seja que efetivamente o processo exprima a desejada concretude constitucional. Neste raciocínio, estamos diante da sociedade aberta de intérpretes da Constituição, conforme já preconizado nessa pesquisa.

Passamos, então, ao exame de alguns princípios que informam a atividade processual administrativa e que servem para atribuir validade e eficácia ao seu desenvolvimento e possibilitar ao particular, confiança na sua condução.

3.3.2 Princípios Informadores do Processo Administrativo

Quando se consideram as sujeições do regime jurídico administrativo, ou seja, os deveres do agente, discorre-se sobre uma série de princípios que instruem o posicionamento de conduta que deve prevalecer para que as ações sejam legítimas. Isto é assim porque os princípios são dotados de normatividade e atribuem valores à conduta administrativa. Ao considerar os valores administrativos, DROMI cita que a “causa final do Estado como bem comum ou bem-estar geral é princípio político reitor, que no plano de sua conquista compreende, no diálogo intersubjetivo entre a Administração e os administrados, o direito-dever de procurar, de alcançar em toda a atividade administrativa a concretização material desses valores que, em seu conjunto,

descrevem a razão de ser da Administração Pública.”³²²

Os princípios aplicáveis à Administração Pública e ao processo administrativo são vários. Por essa razão, algum critério de seleção deve ser observado. Assim, a opção eleita foi a de considerar os princípios do devido processo legal, contraditório e ampla defesa, porque essenciais à validade do processo. Oportuno destacar que mesmo ante a inexistência em determinado Município, de lei de processo administrativo, não há qualquer justificativa para que não seja instaurado. Basta seguir esses princípios constitucionais.

Explanamos também, sobre aqueles que constam no artigo 2º da Lei de Processo Administrativo Federal, quais sejam legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, segurança jurídica, interesse público e eficiência, pois constituem-se em norma geral de observância obrigatória.

A abordagem desses princípios busca apenas expressar um sentido mínimo de compreensão, hábil a demonstrar que esse conjunto principiológico propicia garantias seguras de que o processo administrativo receberá o tratamento eficaz em seu desenvolvimento e que, em sentido contrário, poderá o interessado impugnar o modo de condução desconexo, inclusive com repercussão disciplinar, cível ou criminal do agente público.

Inicialmente, consideramos o devido processo legal. Possui um sentido imperativo, obrigatório, ou seja, não pode a autoridade negar o direito ao processo juridicamente válido. Conforme preconiza ROCHA “o princípio do devido processo legal compreende um conjunto de elementos jurídicos garantidores dos direitos fundamentais em sua persecução quando ameaçados, lesados ou simplesmente questionados, tais como o do direito à ampla defesa, ao contraditório, ao juízo objetivo, motivado prévia e naturalmente identificado.”³²³ Possui duas dimensões formal e material (substantiva).

³²² DROMI, Roberto. **Sistema Jurídico e Valores Administrativos**. Trad.: Equipe da Editorial Ciudad Argentina. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2007. p.165.

³²³ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes Rocha. Princípios Constitucionais do Processo Administrativo Brasileiro. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo: Malheiros, 1997, v. 17 p. 5-33.

O devido processo legal formal possibilita o acesso ao devido processo legal material ou substantivo. Significa dizer que a pessoa não pode ser impedida do livre acesso à utilização do processo como instrumento viabilizador de uma decisão sobre determinado interesse que lhe legitime exigir esse acesso. Não só acesso, mas ao desenvolvimento válido também, destinado a um fim útil.

Por outro lado, o devido processo material ou substantivo possibilita a aferição da aplicação do direito material pela autoridade que decide o processo. Ou seja, é possível verificar se o direito material aplicável à discussão foi considerado e está presente na motivação de decidir. São instrumentos hábeis à esta aferição de regularidade decisória os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, cuja aceção será analisada adiante.

Estritamente vinculado ao devido processo legal, estão o contraditório e a ampla defesa.

O estabelecimento do contraditório possibilita a comunicação formal entre o Estado e a pessoa no âmbito do processo inaugurado. Sempre que o Estado pretender ouvir o interessado formalmente no processo, deverá fazê-lo de modo que seja inquestionável a sua ciência e que os termos aos quais deva se manifestar o notificado estejam certos e delimitados e seja possível atender ao chamado no prazo assinado. Aqui também permeia a razoabilidade e a proporcionalidade.

Por seu turno, a ampla defesa imbrica-se ao contraditório, dele sendo dependente. Se não houver inequívoca ciência do processo, não poderá haver defesa. Se houver, mas os termos da comunicação forem equivocados, incompletos, não poderá o interessado responder de modo válido à Administração. Se a autoridade que conduz o processo não atende à esses princípios, não há que se falar em devido processo legal formal, por conseqüência, ainda que proferida decisão não será válida, podendo se presentes os requisitos, ensejar ferimento a direito líquido e certo da pessoa.

A autoridade administrativa deve respeito à legalidade. Teoriza MEDAUAR

que “no vínculo legalidade-processo administrativo, este representa uma das garantias do princípio da legalidade, porque significa atuação parametrada da autoridade administrativa, em contraposição à atuação livre, em tese, mais suscetível de arbítrio.”³²⁴

Entretanto, ao processo administrativo estudado nessa pesquisa e que comporta uma identidade democrática é necessário que seja revista a idéia de legalidade. Esclarecemos com palavras de BINENBOJM

Com a crise da lei formal, a Constituição (...) passa a ser o elo de unidade a costurar todo o arcabouço normativo que compõe o regime jurídico administrativo. A superação do paradigma da legalidade administrativa só pode ocorrer com a substituição da lei pela Constituição como cerne da vinculação administrativa à juridicidade. (...) Tem-se hoje a Constituição como fundamento primeiro do agir administrativo. (...) [Ocorre] a ligação direta da lei aos princípios constitucionais, vistos estes como núcleos de condensação de valores.³²⁵

O pensamento do autor é melhor esclarecido em outra passagem, quando menciona que “a vinculação da Administração não se circunscreve, portanto, à lei formal, mas a esse bloco de legalidade (o ordenamento jurídico como um todo sistêmico). (...) [A] vinculação ao direito não plasmado na lei, marca a superação do positivismo legalista e abre caminho para um modelo jurídico baseado em princípios e regras, e não apenas nestas últimas.”³²⁶ Em reforço à isso, BARROSO ensina que:

Supera-se, aqui, a idéia restrita de vinculação positiva do administrador à lei, na leitura convencional do princípio da legalidade, pela qual sua atuação estava pautada por aquilo que o legislador determinasse ou autorizasse. O administrador pode e deve atuar tendo por fundamento direto a Constituição e independentemente, em muitos casos, de qualquer manifestação do legislador ordinário. O princípio da legalidade transmuda-se, assim, em princípio da constitucionalidade ou, talvez mais propriamente, em princípio da juridicidade, compreendendo sua subordinação à Constituição e à lei, nessa ordem.³²⁷

A observância da juridicidade não só das decisões, mas como de toda conduta do agente público, tem na razoabilidade e proporcionalidade instrumentos de larga utilização, cuja aceção desses princípios estão declinadas em linhas posteriores.

³²⁴ MEDAUAR, op.cit., p. 91-92.

³²⁵ BINENBOJM, op.cit., p. 142-143.

³²⁶ Ibid., p. 142.

³²⁷ BARROSO. **A Reconstrução**. p. 30.

A finalidade ampla perseguida pelo administrador está contida nos postulados estabelecidos pela Constituição, que é o vetor ao princípio da finalidade e não apenas a lei. Os interesses a serem satisfeitos com a ação administrativa precisam se amoldar à lei, mas à Constituição de modo precípua. O desvio de finalidade estará presente se o ‘bloco de legalidade’ não for obedecido. Essa conduta deve ser observada igualmente no processo administrativo. A análise que se faça da condução processual verificará, por exemplo, se foram resguardados os princípios constitucionais do processo.

Uma característica do processo administrativo é ser formado bilateralmente. Ou seja, em um dos pólos temos o Estado e no outro o interessado. Essa situação pode sugerir ausência de isenção estatal para decidir, o que acarretaria decisões em desfavor do particular.

Na verdade a construção principiológica que guarda o entorno da atividade administrativa, incluídas as de ordem processual, determina a seriedade jurídica de como devem se desenvolver as ações públicas. Assim, afirma ROCHA que pelo princípio da moralidade administrativa “põe-se a conduta administrativa conformada aos valores de honestidade e justiça devida a cada qual dos cidadãos e dos administrados na base das condutas públicas. (...) A moralidade administrativa desempenha, então, um papel preponderante e diretivo na garantia dos direitos subjetivos dos administrativos no exercício do poder manifestado pela função administrativa”³²⁸

A moralidade, como princípio constitucional autônomo, exige da autoridade pública que impulsiona o processo um conjunto de virtudes como honestidade, probidade, boa-fé de modo que estas sejam perceptíveis a todos que aguardam uma decisão confiável adequada à demanda administrativa.

Por igual razão, os fundamentos de convicção da autoridade competente para decidir devem ser justificados ao interessado. Nesse sentido, FERRAZ e DALLARI

³²⁸ ROCHA, op. cit., p. 10.

explicam que o princípio “determina que a autoridade administrativa deve apresentar as razões que a levaram a tomar uma decisão. ‘Motivar’ significa explicitar os elementos que ensejaram o convencimento da autoridade, indicando os fatos e os fundamentos jurídicos que foram considerados.”³²⁹

Novamente com amparo em ROCHA, temos que “o dever de fundamentação formal e suficiente dos atos decisórios estatais, especialmente aqueles emitidos em processo judicial ou administrativo, tem como finalidade dar concretude ao princípio da juridicidade e da precedência da norma de Direito aplicável aos casos, objeto de atuação do Estado, a impedir o arbítrio e qualquer forma discriminatória contra o cidadão.”³³⁰

Trata-se de demonstrar o raciocínio utilizado para chegar à conclusão obtida após a análise detida de tudo quanto foi produzido no processo. A lei federal de processo administrativo (9.784/99), em seu artigo 50, parágrafo primeiro, determina que “a motivação deve ser explícita, clara e congruente”, ao que explica a autora: “a fundamentação do ato decisório (...) há que ser suficiente (...), que ela seja clara e que o seu enunciado contenha os elementos que demonstrem a correlação lógico-jurídica necessária entre os fatos apurados e a decisão proferida(...). Julgamento subjetivo é ato de arbítrio (...), é negação da liberdade, é antinômico à democracia.”³³¹

Com isso, há exigência de que a motivação seja razoável, adequada e ponderada com relação à juridicidade reclamada pelo caso concreto em estudo pela autoridade. Nesse sentido, a razoabilidade é princípio que serve para a interpretação da conduta do agente seja quanto ao desenvolvimento dos procedimentos (em sentido amplo) bem como no desenvolvimento e decisão do processo administrativo. Explicita MOREIRA que “a razoabilidade tem lastro em análise axiológica, para descobrir se a relação entre finalidade normativa e conduta administrativa é racionalmente clara.”³³²

Ao estudar o sentido de aplicação desse princípio pelo Supremo Tribunal

³²⁹ FERRAZ e DALLARI, op. cit., p. 76.

³³⁰ ROCHA, op. cit., p. 23.

³³¹ Ibid., p. 24.

³³² MOREIRA, op.cit., p. 83.

Federal, BARROS informa que “a Corte utiliza com o sentido de aceitável, moderado, regular.”³³³ Desse modo, a aferição da juridicidade administrativa expressada pelos atos da autoridade competente devem conduzir ao aceitável, tendo como parâmetro a juridicidade aplicável ao caso.

Também é princípio aplicável à interpretação das condutas ou decisões administrativas a proporcionalidade. Revela SANTOS, que

É um instrumento específico, (...) que permite a limitação do poder estatal. (...) A medida a ser tomada pelo Estado há de ser adequada e necessária à finalidade apontada pelo agente, bem como deve ser garantida uma relação de proporcionalidade entre o bem protegido pela atividade estatal e aquele que, por ela, é atingido ou sacrificado. O princípio da proporcionalidade faz essa mediação entre diferentes grandezas, combinando, proporcionalmente à importância para o caso concreto, diferentes valores contidos no sistema.³³⁴

Enfatizam FERRAZ E DALLARI que o princípio da proporcionalidade veda a desproporção entre os meios utilizados para a obtenção de determinados fins e a ‘dosagem’ efetivamente requerida por tais fins, para serem concretizados.”³³⁵ Na lição de JUSTEN FILHO temos que o “intérprete tem o dever de avaliar os efeitos concretos e efetivos potencialmente derivados da adoção de certa alternativa. Deverá selecionar aquela que se configurar como a mais satisfatória, não do ponto de vista puramente lógico, mas em vista da situação real existente.”³³⁶

Observa BARROS que na sua “concepção estrutural reconhecida pela generalidade da doutrina alemã, (...) o princípio da proporcionalidade é formado por três elementos ou subprincípios, quais sejam: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito, os quais, em conjunto, dão-lhe a densidade indispensável para alcançar a funcionalidade pretendida.(...)”³³⁷

Ao comentar sobre esses subprincípios, SANTOS sublinha que pela

³³³ BARROS, Suzana de Toledo. **O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p.73.

³³⁴ SANTOS, Gustavo Ferreira. **O Princípio da Proporcionalidade na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. São Paulo: Lumen Juris, 2004. p.109.

³³⁵ FERRAZ e DALLARI, op. cit., p. 82.

³³⁶ JUSTEN FILHO, op. cit., p. 70.

³³⁷ BARROS, op. cit., p. 75

adequação se “indaga se a medida adotada pelo Estado é adequada à obtenção do fim que o legislador pretende atingir (...). Cuida da relação de causalidade entre a medida adotada pelo Estado e o fim que visa alcançar.”³³⁸ Como complemento, citamos MOREIRA, para quem “a conduta administrativa há de ser idônea ao atingimento do interesse público posto em jogo. Não se pode prestigiar comportamentos administrativos inadequados à hipótese concreta. (...) Exige-se congruência entre a finalidade buscada pela norma e os meios assumidos pelo agente.”³³⁹

O mesmo autor nos auxilia na acepção do subprincípio da necessidade ou exigibilidade nos termos de que “à Administração é vedada a opção de uma conduta que cause gravames desnecessários ao particular. A escolha deve recair sobre o comportamento administrativo imprescindível e certo ao atingimento dos fins legais.”³⁴⁰ Por outras palavras, como ensina JUSTEN FILHO, “identificado o fim a realizar e os meios adequados a tanto, deve ser escolhida a solução de acordo com o critério da necessidade ou da menor onerosidade: não se pode optar por solução que importe sacrifício desnecessário ou excessivo.”³⁴¹

Por derradeiro, a proporcionalidade em sentido estrito indica, segundo MOREIRA, mais do que a relação entre meios empregados e fins visados, mas engloba a situação fática à qual se aplica a decisão (princípio da ‘justa medida’). Comporta a investigação específica acerca da medida a ser tomada.”³⁴² Sintetiza esse subprincípio BARROS, ao comentar que “muitas vezes, um juízo de adequação e necessidade não é suficiente para determinar a justiça da medida restritiva adotada em uma determinada situação, precisamente porque dela pode resultar uma sobrecarga ao atingido que não se compadece com a idéia de justa medida. Assim, o princípio da proporcionalidade *strictu sensu*, complementando os princípios da adequação e da necessidade, é de suma importância para indicar se o meio utilizado encontra-se em

³³⁸ SANTOS, op. cit., p. 110.

³³⁹ MOREIRA, op. cit., p. 81.

³⁴⁰ Id.

³⁴¹ JUSTEN FILHO, op. cit., p. 71.

³⁴² MOREIRA, op. cit., p. 83.

razoável proporção com o fim perseguido. A idéia de equilíbrio entre valores e bens é exalçada.”³⁴³

Dos ensinamentos acima, temos que o princípio da proporcionalidade possibilita à autoridade aferir em exame de autocontrole de sua conduta, todos os elementos que formaram seu convencimento sobre a escolha decisória que entendeu prevalente em determinado caso concreto sob sua responsabilidade, de outro lado, é instrumento também de interpretação do interessado direto na decisão proferida, como meio de aferir a justa aplicação do direito material na relação jurídica estabelecida.

A decisão racional, ponderada e informada pelos princípios aplicáveis, constituem-se em interesse público. No capítulo que se refere à extinção do processo, precisamente no parágrafo segundo do artigo 51, da lei de processo administrativo federal 9.784/99, há menção de que “a desistência ou renúncia do interessado, conforme o caso, não prejudica o prosseguimento do processo, se a Administração considerar que o interesse público assim o exige”. Assim, diferentemente do processo judicial civil, em que prevalece a autonomia da vontade, no processo administrativo pode a autoridade considerar seu prosseguimento até final decisão por conta de ser considerado relevante o interesse público do caso apreciado, que ultrapassa uma consideração individual do interessado. Assim é em razão da indisponibilidade do interesse público.

Entretanto, a consideração sobre o caráter de interesse público da matéria em análise deve ser sopesada pela autoridade. Essa consideração deverá ser almejada a partir da Constituição Federal, ou seja, o interesse público deverá se coadunar com a democracia e com os direitos fundamentais. Daí a advertência a ser considerada com arrimo em JUSTEN FILHO:

A supremacia da Constituição não pode ser mero elemento do discurso político. Deve constituir o núcleo concreto e real da atividade administrativa. Isso equivale a rejeitar o enfoque tradicional, que inviabiliza o controle das atividades administrativas por meio de soluções opacas e destituídas de transparência, tais como ‘discrecionalidade administrativa’, ‘conveniência e oportunidade’ e ‘interesse público’. Essas fórmulas não

³⁴³ BARROS, op. cit., p. 82-83.

devem ser definitivamente suprimidas, mas sua extensão e importância têm de ser restringidas à dimensão constitucional e democrática.³⁴⁴

Numa síntese, nas palavras de BINENBOJM, “o interesse público, por ser um conceito jurídico indeterminado, só é aferível após juízos de ponderação entre direitos individuais e metas ou interesses coletivos, feitos à luz de circunstâncias concretas (...).”³⁴⁵ Essas reflexões deverão permear as decisões da autoridade, em sede de processo administrativo dado seu caráter público, o que exige a fixação do que se entende no caso concreto por interesse público, esse sim relevante à sociedade e indisponível.

A plena observância desses princípios pela autoridade competente empresta eficiência à função administrativa, que é princípio constitucional expresso. Sua aplicabilidade nos remete à concretização do objeto do processo, as razões pelas quais foi instaurado. Por isso deverá ser considerada a razoabilidade e, ou, a proporcionalidade cujos princípios já foram mencionados, somando-se à celeridade e à imparcialidade da autoridade.

A celeridade processual foi alvo de dimensão constitucional pelo que se depreende do inciso LXXVIII do art. 5º da Constituição, quando se determina a duração razoável dos processos. Desse modo, não basta que se considere a melhor decisão, se ela for tardia e não aproveitar mais à finalidade pela qual se reclamou por uma decisão administrativa, seja ela ocorrida nos processos de participação ou naqueles em que há uma dissensão de opiniões. Assim, considera JUSTEN FILHO que “a celeridade do processo, alçada ao nível de direito fundamental, pode ser invocada no âmbito dos processos administrativos, especialmente quando se verificar a ausência de interesse da Administração em dar seguimento ao processo. Não haverá infração (...) quando a (...) delonga deriva da complexidade da apuração dos fatos ou da ausência de condições materiais para promover os atos processuais pertinentes.”³⁴⁶

A demora injustificada por certo depõe contra a eficiência processual,

³⁴⁴ JUSTEN FILHO, op. cit., p. 14.

³⁴⁵ BINENBOJM, op. cit., p. 303.

³⁴⁶ JUSTEN FILHO, op. cit., p. 227

caracteriza abuso de poder da autoridade e fere direito líquido e certo do interessado quanto à condução eficiente do processo. Além da celeridade, a autoridade competente deverá ser imparcial. A relação jurídica processual administrativa é bilateral, entretanto, não pode esse fato caracterizá-lo como imparcial. O regime jurídico no qual ele se ancora, possibilita a imparcialidade e impede a sua condução tendenciosa.

Salienta MOREIRA que a “imparcialidade origina-se na plena eficácia do princípio do contraditório (...) [e] impõe que a decisão do órgão julgador emane de forma neutra, oriunda justamente da colaboração e cooperação de todos os envolvidos na relação processual. (...) É reforçada e garantida [a imparcialidade] pelo dever de motivação.”³⁴⁷ Com efeito, há uma obrigatoriedade de que as decisões sejam motivadas pela autoridade, como visto. Tal fato impõe à esta a exteriorização de seu convencimento sobre uma determinada posição, o que possibilita a sua sindicabilidade por meio dos princípios da razoabilidade e, ou, proporcionalidade e afasta ou reduz motivações pessoais, desprovidas do modelo de conduta aguardada da autoridade competente.

Esse conjunto de princípios expressos e implícitos na Constituição Federal, sujeições obrigatórias à Administração Pública, bem como ao processo administrativo, possibilitam margem efetiva de confiabilidade no agir administrativo. A respeito da segurança jurídica, apregoa BINENBOJM que “representa uma das idéias mais caras ao Estado de Direito, (...) o que impõe a articulação de mecanismos jurídicos que confirmam previsibilidade à aplicação do Direito e limitem o arbítrio do Estado, visando à proteção da confiança e das legítimas expectativas nutridas pelos cidadãos.”³⁴⁸

Evidencia COUTO e SILVA que é o “princípio pelo qual, nos vínculos entre o Estado e os indivíduos, se assegura uma certa previsibilidade da ação estatal, do mesmo modo que se garante o respeito pelas situações constituídas em consonância com as normas impostas ou reconhecidas pelo poder público, de modo a assegurar a

³⁴⁷ MOREIRA, op. cit., p. 114.

³⁴⁸ BINENBOJM, Gustavo. *Liquidação Extrajudicial, Prescrição e Segurança Jurídica: Aspectos Legais e Constitucionais*. In: BINENBOJM, Gustavo. **Temas de Direito Administrativo e Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 735-736.

estabilidade das relações jurídicas e uma certa coerência na conduta do Estado.”³⁴⁹

Por assim ser, assume grande preponderância a fundamentação dos atos emanados no processo administrativo pela autoridade. Desse modo, seu silêncio ou a fundamentação inadequada, incompleta, quebram a relação de confiança necessária.

Ante a infringência desses princípios há todo um aparato de proteção ao direito das pessoas, previstos constitucionalmente e designados como remédios constitucionais. Entrementes, não busquemos além do âmbito administrativo a devida segurança jurídica. Discutimos nesse trabalho, uma densificação do processo administrativo, então, é possível que a segurança jurídica igualmente possa ressaír do próprio regime administrativo, com a atuação escoreita das autoridades responsáveis pela condução dos processos a seu encargo, o que em última análise, é também exigência da moralidade administrativa.

Expostas essas considerações sobre os princípios que informam o desenvolvimento válido, dos processos administrativos, é oportuno o preciso alerta de MELLO:

Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.³⁵⁰

Impende observar derradeiramente, que esse conjunto principiológico corporifica um dever de conduta do agente público, capaz de assegurar a todos a possibilidade de discutir interesses numa válida relação jurídica com a Administração Pública, pois guiam o regime jurídico processual administrativo. Evidente que as intercorrências encontrarão pronta contraposição na esfera administrativa ou externamente, sempre no desvelo de concretizar o Estado Democrático de Direito.

³⁴⁹ SILVA, Almiro do Couto e. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art.54 da lei do processo administrativo da união (lei 9.784/99). **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 237, p. 271-315, jul/set. 2004.

³⁵⁰ MELLO, op. cit., p. 883.

CONCLUSÃO

Com os estudos realizados concluímos que o Estado que atende à construção da Democracia e realização do bem estar é o Democrático de Direito, que tem na Constituição a fonte emanadora de seus valores máximos, afirmados pela participação popular. Com isso, o agir estatal não pode desprezar a força normativa da Constituição.

Chegou-se igualmente à conclusão de que o Município após a Constituição Federal de 1988 assumiu importância relevante dada a sua autonomia e elevação a ente federado. Desse modo, e pela proximidade das pessoas com o poder local tem posição estratégica no exercício democrático. Pela definição de competências, coube-lhe legislar sobre assuntos de interesse local, o que possibilita a edição de lei processual administrativa, para que dote a municipalidade deste importante meio de realização democrática. Entretanto, deverá a lei municipal preservar o núcleo de norma geral, de ordem principiológica previsto na Lei Federal de Processo Administrativo, com vistas à uniformização da juridicidade desses processos e a segurança jurídica dos interessados.

Concluímos também que o processo administrativo deverá ser interpretado a partir da Constituição Federal, ou seja, constitucionalizado, tanto quanto o direito material administrativo, para que possibilite a segurança jurídica necessária às pessoas quando instaurada a relação jurídica processual.

Ainda não está solidificada a teoria processual administrativa, o que proporciona posicionamentos diversos sobre a matéria. Notadamente no uso da terminologia adequada, se processo ou procedimento administrativo. Concluímos pela expressão processo administrativo, distinguindo assim do procedimento amplo que se refere à método de exercício das atividades administrativas, reservando a relação jurídica que envolva pessoas, para o âmbito do processo.

Entretanto, no que pese a construção teórica do processo administrativo ainda estar em desenvolvimento, a Constituição lhe dá suporte e densidade suficiente para que o Estado e os cidadãos tenham no processo administrativo um instrumento de participação ampla, o que possibilitará a efetividade constitucional e a tornar efetivo o Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

ATALIBA, Geraldo. **República e Constituição**. 2. ed. atualizada por Rosalea Miranda Folgosi. São Paulo: Malheiros, 1998.

BACELLAR FILHO, Romeu. **Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. **Processo Administrativo Disciplinar**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

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

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Novos Rumos do Federalismo. **Revista de Direito Público**. São Paulo, v. 65, p. 05-26, jan./mar. 1983.

BARROS, Suzana de Toledo. **O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas: Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira**. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. A Reconstrução Democrática do Direito Público no Brasil. In: BARROSO, Luiz Roberto. (Org.). **A Reconstrução Democrática do Direito Público no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

_____. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Teoria do Estado e Ciência Política**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

_____. **Curso de Direito Administrativo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

BASTOS, Celso. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002.

_____. **Estudos e Pareceres: Direito Público. Constitucional, Administrativo e Municipal**. São Paulo: Rt, 1993.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. **Liquidação Extrajudicial, Prescrição e Segurança Jurídica: Aspectos Legais e Constitucionais**. In: BINENBOJM, Gustavo. **Temas de Direito Administrativo e Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BOBBIO, Norberto et al. (Comp.). **Dicionário de Política**. 11. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1998.

_____. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. **O Futuro da Democracia: Uma Defesa das Regras do Jogo**. Trad.: Marco Aurélio Nogueira. 6. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1997.

BONAVIDES Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. **Teoria do Estado**. São Paulo: Malheiros, 2001.

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **História Constitucional do Brasil**. 4. ed. Brasília: OAB Editora, 2002.

BORGES, Alice Gonzáles. Normas Gerais nas Licitações e Contratos Administrativos. **Revista de Direito Público**, São Paulo: RT, 1990.

_____. **Temas do Direito Administrativo Atual: Estudos e Pareceres**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição Federal. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal Anotada**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

BURDEAU, Georges. **O Estado**. Trad.: Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

CAMPANHOLE, Adriano; CAMPANHOLE, Hilton Lobo (Comp.). **Todas as Constituições do Brasil**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1978.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Processo Administrativo Federal: Comentários à Lei 9.784/99**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **Dignidade da Pessoa Humana: O Princípio dos Princípios Constitucionais**. In: FIGUEIREDO, Marcelo; PONTES FILHO, Valmir (Org.). **Estudos de Direito Público: Em Homenagem a Celso Antônio Bandeira de Mello**. São Paulo: Malheiros, 2006.

CASTRO, José Nilo de. **Direito Municipal Positivo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 2. Ed. São Paulo: RT, 2000.

_____. **Atividade Legislativa do Poder Executivo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do Direito Constitucional**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2006.

_____. **Política, Poder, Ideologia e Estado Contemporâneo**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2002.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Constituição e Constituinte**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1984.

_____. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Estado de Direito e Direitos Fundamentais**. In: FIGUEIREDO, Marcelo; PONTES FILHO, Valmir (Org.). **Estudos de Direito Público: Em Homenagem a Celso Antônio Bandeira de Mello**. São Paulo: Malheiros, 2006.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

DROMI, Roberto. **Sistema Jurídico e Valores Administrativos**. Trad.: Equipe da Editorial Ciudad Argentina. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2007.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Controle da Constitucionalidade das Leis Municipais**. 3 ed. São Paulo: RT, 2003.

_____. **Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade**. 5. Ed. São Paulo: RT, 2004.

_____. **Elementos de Direito Municipal**. São Paulo: RT, 1993.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Princípios Condicionantes do Poder Constituinte Estadual em Face da Constituição Federal. **Revista de Direito Público**. São Paulo, v. 92, p. 34-42, out./dez. 1989.

FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. **Processo Administrativo**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. **Comentários à Constituição Brasileira**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. **Do Processo Legislativo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. **O Poder Constituinte**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

FERREIRA, Pinto. **Comentários à Constituição Brasileira: 2º Volume**. Artigos 22 a 53. São Paulo: Saraiva, 1990.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

FIGUEIREDO, Marcelo. Federalismo x Centralização. A Eterna Busca do Equilíbrio – A Tendência Mundial de Concentração de Poderes na União. A Questão dos Governos Locais. **Revista Interesse Público**, Porto Alegre, v. 41, p. 93-108, jan./fev. 2007.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional: A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e "Procedimental" da Constituição**. Trad.: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Trad.: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

HOUAISS, Antonio, VILLAR, Mauro de Salles, FRACO, Francisco Manoel de Mello. **Dicionário Houaiss** da língua portuguesa. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

JELLINEK, Georg. **Teoría General del Estado**. Trad.: Fernando de los Rios. México: Fondo de Cultura Económica, 2004.

JOUVENEL, Bertrand de. **As Origens do Estado Moderno**: Uma história das idéias políticas no século XIX. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1978.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. **O Direito das Agências Reguladoras Independentes**. São Paulo: dialética, 2002.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Trad.: Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KRELL, Andréas Joachim. Subsídios para uma Interpretação Moderna da Autonomia Municipal na Área da Proteção Ambiental. **Revista Interesse Público**, Sapucaia do Sul, v. 10, p. 27-42, abr./jun. 2001.

LIMA, Ruy Cirne. **Princípios de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2007.

MAFFINI, Rafael. **Direito Administrativo**. São Paulo: RT, 2006.

MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. **Regulação Estatal e Interesses Públicos**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MARTINS, Ricardo Marcondes. O Conceito Científico de Processo Administrativo. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 235, p. 321-381, jan./mar. 2004.

MASAGÃO, Mário. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Max Limonad, 1962.

MEDAUAR, Odete. **O Direito Administrativo em Evolução**. 2. ed. São Paulo: RT, 2003.

_____. **A Processualidade no Direito Administrativo**. 2.ed. São Paulo: RT, 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Municipal Brasileiro**. 13. ed. atual. por Célia Marisa Prendes; Márcio Schneider Reis. São Paulo: Malheiros, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MENDES, Antônio Celso. **Direito Linguagem e Estrutura Simbólica**. Curitiba: Unificado, 1994.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

MERKL, Adolfo. **Teoría General del Derecho Administrativo**. Granada: Comares, 2004.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MOÁS, Luciane da Costa. **Cidadania e Poder Local**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2002.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

_____. **Direito Constitucional**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do Direito Público**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

MOREIRA, Egon Bockmann. Breves Notas sobre a Parte Geral da Lei de Parcerias Público-Privadas. **Revistas dos Tribunais**, São Paulo: RT, 2006.

_____. **Cenários do Direito Administrativo**: Estudos em homenagem ao professor Romeu Felipe Bacellar Filho. In: GUIMARÃES, Edgar, (Coord.). Belo Horizonte: Fórum, 2004.

_____. MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo Administrativo**: Princípios Constitucionais e a Lei 9.784/1999. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O Princípio da dignidade da Pessoa Humana e a Exclusão Social. **Revista Interesse Público**, Belo Horizonte, v. 4, p. 23-48, out./dez. 1999.

_____. Princípios Constitucionais do Processo Administrativo Brasileiro. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo: Malheiros, v. 17 p.12, 1997.

_____. **República e Federação no Brasil**: Traços constitucionais da organização política brasileira. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

_____. Democracia, Constituição e Administração Pública. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo: Malheiros, v. 26, p.61, 1999.

ROSENFELD, Michel. **A Identidade do Sujeito Constitucional**. Belo Horizonte: Melhoramentos, 2003.

SANTOS, Gustavo Ferreira. **O Princípio da Proporcionalidade na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. São Paulo: Lumen Juris, 2004.

SARAIVA, Paulo Lopo. **Direito, Política e Justiça na Contemporaneidade**. Campinas: Edicamp, 2002.

SCHIER, Paulo Ricardo. **Direito Constitucional: Anotações Nucleares**. Curitiba: Juruá, 2003.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A Constituinte Burguesa: Qu'est-ce que le Tiers État**. Trad.: Norma Azevedo. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

SILVA, Christine Oliveira Peter. Estado Constitucional Cooperativo. **Revista Direito Público - IOB**, Brasília, n. 8, p. 14, abr./jun, 2005.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 4 v. p. 300, 1990.

SILVA, Enio Moraes da. O Estado Democrático de Direito. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 42, n. 167, p.218-220, jul/set, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. **Poder Constituinte e Poder Popular: (estudos sobre a Constituição)**. São Paulo: Malheiros, 2007.

SOUZA, Celina. Federalismo e Descentralização na Constituição de 1988: Processo Decisório, Conflitos e Alianças.. **DADOS-Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro**, v. 44, n. 3, p.522-523, 2001.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolsan de. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SUNDFELD, Carlos Ari; MUÑOZ, Guillermo Andrés (Org.). **As Leis de Processo Administrativo: Lei Federal 9.784/99 e Lei Paulista 10.177/98**. São Paulo: Malheiros, 2000.

TÁCITO, Caio. **Temas de Direito Público: Direito Administrativo Participativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. 3 v. p. 17.

TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. atual. por Maria Garcia. Rio de Janeiro: Malheiros, Forense Universitária, 1991.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **A Democracia na América: Leis e Costumes**. Trad.: Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

VANOYE, Francis. **Usos da Linguagem: Problemas e Técnicas na Produção Oral e Escrita**. Trad. Clarice Madureira Sabóia São Paulo: Martins Fontes, 2002.

VELLOSO, Carlos Mário. Estado Federal e Estados Federados na Constituição Brasileira de 1988: Do Equilíbrio Federativo. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 187, p. 1-36, jan./mar, 1992.

VERDÚ, Pablo Lucas. **A Luta pelo Estado de Direito**. Trad.: Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. **El Sentimiento Constitucional**. Madrid: Réus, 1985.

WEBER, Max. **Economia e Sociedade**. Trad.: Regis Barbosa e Elsabe Barbosa. Brasília: UNB, 1999.

WOLKMER, Antonio Carlos. Crise de Representação e Cidadania Participativa na Constituição Brasileira de 1988. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **O Direito Público em Tempos de Crise: Estudos em Homenagem a Ruy Ruben Ruschel**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

ZIMMERMANN, Augusto. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

_____. **Teoria Geral do Federalismo Democrático**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.