

FUNDAÇÃO DE ENSINO “EURÍPIDES SOARES DA ROCHA”
CENTRO UNIVERSITÁRIO EURÍPIDES DE MARÍLIA – UNIVEM
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO

SILVIA HELENA DE ALMEIDA STEFANO

**O PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE E CONTROLE DA
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: LEI DE ACESSO À INFORMAÇÃO**

MARÍLIA
2017

SILVIA HELENA DE ALMEIDA STEFANO

O PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE E CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA:
LEI DE ACESSO À INFORMAÇÃO

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito do Centro Universitário Eurípides de Marília, mantido pela Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha, como requisito parcial para obtenção do Título de Mestre em Direito.

Área de Concentração: Teoria do Direito e do Estado

Linha de Pesquisa: Construção do Saber Jurídico

Orientador: Prof. Dr. Edilson Donisete Machado

MARÍLIA
2017

Stefano, Silvia Helena de Almeida.

O PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE E CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: Lei de Acesso à Informação / Silvia Helena de Almeida Stefano. Orientador: Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado. Marília, SP: [s.n.], 2017.
114f.

Dissertação (Mestrado em Direito) - Mestrado em Direito, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, Marília, 2017.

1. Princípio da Publicidade 2. Controle da Administração Pública 3. Lei de Acesso à informação

CDD: 341.301

SILVIA HELENA DE ALMEIDA STEFANO

O PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE E CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA:
LEI DE ACESSO À INFORMAÇÃO

Banca Examinadora da dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito do UNIVEM/F.E.E.S.R., como requisito parcial para obtenção do Título de Mestre em Direito.
Área de Concentração: Teoria do Direito e do Estado.

Resultado:

ORIENTADOR: _____
Prof.º Dr. Edinilson Donisete Machado

1º EXAMINADOR: _____
Prof.

2º EXAMINADOR: _____
Prof.

Marília, ____ de _____ de 2017.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a minha família, por guiar meus passos e transmitir-me forças para seguir em frente.

Ao meu professor e orientador Dr. Edinilson Donisete Machado, pela dedicação, sabedoria, paciência e apoio incondicional no desenvolvimento deste trabalho.

A todos os professores e funcionários do Programa de Mestrado da Instituição UNIVEM, pelo conhecimento compartilhado. Aos colegas, pela amizade e colaboração para o meu crescimento.

STEFANO, Silvia Helena de Almeida. **O Princípio da Publicidade e Controle da Administração Pública: Lei de Acesso à Informação**. 2017. 114f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, Marília, 2017.

RESUMO

Apoiada na análise da configuração do Estado e sua evolução histórica, bem como nos paradigmas da Administração Pública, esta dissertação objetiva analisar o controle social a partir do acesso à informação, sugerindo o princípio da publicidade como instrumento ao maior envolvimento e comprometimento social, visando demonstrar que a informação é essencial para a participação cidadã, com o que são apresentados alguns resultados instrumentalizados, através da pesquisa de trabalhos acerca do cumprimento da Lei nº 12.527/2011. Para tanto, assinalam-se as evoluções do Direito Administrativo, do Estado e da própria Administração Pública, a fim de estabelecer um diálogo histórico com vista a demonstrar a quebra de paradigma que permitiu o enquadramento da gestão pública pautada no diálogo. Aborda-se a participação popular, no Brasil, como meio à construção de uma cultura dialógica, com o exame de instrumentos de participação contemporâneos, bem assim de temáticas que corroboram o direito à informação, como pressuposto do exercício da democracia. Por fim, o texto encerra com a pesquisa de trabalhos sobre estudo de caso, sendo que a pesquisa alcança seu objetivo primário no sentido de investigar a qualidade da informação prestada no Brasil. Confirma-se, ainda, que o acesso à informação é muito debilitado, razão pela qual são apontados alguns desafios a serem superados na busca pelo acesso à informação e controle social.

Palavras-chave: Controle da Administração Pública. Princípio da Publicidade. Lei de Acesso à Informação.

STEFANO, Silvia Helena de Almeida. **O Princípio da Publicidade e Controle da Administração Pública: Lei de Acesso à Informação**. 2017. 114f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, Marília, 2017.

ABSTRACT

Based on the analysis of the configuration of the State and its historical evolution, as well as on the paradigms of Public Administration, this dissertation aims to analyze social control based on access to information, suggesting the principle of publicity as an instrument for greater involvement and social commitment, aiming to demonstrate that information is essential for citizen participation, with which some instrumented results are presented, through the research of works on compliance with Law 12,527 / 2011. In order to do so, we highlight the evolution of Administrative Law, the State Law and the Public Administration itself, in order to establish a historical dialogue with a view to demonstrating the breakdown of the paradigm that allowed the framing of public management based on dialogue. In Brazil, popular participation is approached as a means to construct a dialogical culture, with the examination of contemporary instruments of participation, as well as themes that corroborate the right to information, as a presupposition of the exercise of democracy. Finally, the text closes with the research of papers on case study, and the research reaches its primary objective to investigate the quality of information provided in Brazil. It is also confirmed that access to information is very weak, which is why some challenges are pointed out to be overcome in the search for access to information and social control.

Keywords: Access to Information Law. Principle of Advertising. Public Administration Control.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1 O ESTADO E A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO BRASIL.....	9
1.1 Administração Pública no Brasil	16
1.2 Administração Pública no Positivismo	20
1.3 Administração Pública no Pós-Positivismo.....	27
1.5 Administração Pública patrimonial, burocrática e gerencial.....	35
1.6 Administração Pública dialógica	37
2 CONSTITUCIONALISMO E SUA CONCEPÇÃO ANALÍTICA	44
2.1 Princípios da Administração Pública pós-88.....	54
2.2 Princípios basilares da Administração Pública	58
2.3 Participação democrática e constitucionalismo	64
2.4 Controle ante o Poder Público	71
3 A LEI DE ACESSO À INFORMAÇÃO COMO MEIO DE CUMPRIMENTO DO PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE	77
3.1 Dos requisitos e suas dificuldades materiais na implementação da Lei de Acesso à Informação.....	82
3.2 A carência de metodologia e entendimento da competência dos órgãos responsáveis pelo arquivamento das informações	86
3.3 A LAI – Do controle social e sua eficiência.....	91
CONSIDERAÇÕES FINAIS	95
REFERÊNCIAS	97

INTRODUÇÃO

O objetivo do presente trabalho é analisar a atual configuração do Estado brasileiro, e dentro desta perspectiva apontar meios adequados, por meio de fundamentação embasada em princípios constitucionais norteadores da Administração e da participação democrática, sob uma ótica mais realista e eficaz, acerca do tema proposto para estudo.

Para isto, necessário deitar olhos sobre o arcabouço principiológico encontrado na Constituição Federal de 1988, bem como a atual estrutura interna do Estado, a analisar suas novas tendências ante as alterações comportamentais humanas.

Neste diapasão, busca-se um novo olhar para o “dever-poder” que recai sobre o Estado, dando ao mesmo meios adequados dentro do que a doutrina pátria ressalta acerca da segurança jurídica, para melhor e mais prontamente agir, referindo-se ao suprimento das necessidades da população, diante do fato de ser notório o “engessamento” do Estado, o que o prejudica em suas atuações.

Com a aplicabilidade direta dos princípios aos atos administrativos, assim como à Lei de Acesso à Informação, a realização dos vínculos jurídicos entre o Estado e seus parceiros se tornaria mais efetiva; estes vínculos, conseqüentemente mais transparentes, passariam a ter uma maior efetivação do controle dos atos por parte dos administrados, a se primar pela aduzida segurança jurídica e à proteção do erário público.

Para melhor esclarecer o tema, faz-se necessário, primeiramente, definir a terminologia “princípio”, visto que há uma gama de interpretações a demonstrar a complexidade e infinidade de posicionamentos e entendimentos quanto à análise de institutos regedores do ordenamento jurídico, bem assim verdades fundamentais que influem no comportamento humano.

Em todas as ciências existirão preceitos a serem observados para sua reprodução. Na física não se pode estudar o movimento de um corpo sem se atentar ao princípio da inércia, de forma que todas as matérias de cognição e compreensão estarão repletas destes propulsores essenciais; na ciência jurídica, não é diferente.

Para demonstrar a utilidade deste paradigma na ciência jurídica, primordial a observância dos ensinamentos de Paulo Bonavides em sua obra Curso de Direito Constitucional, em que desenvolve um capítulo sobre conceitos de princípio, resplandecendo a irrenunciabilidade deste instituto.

Na qualidade de princípios de um determinado Direito Positivo, servirão os mesmos de duas maneiras diferentes: de um lado como critério de inspiração às leis ou normas concretas desse Direito Positivo, e de outro como normas obtidas mediante um processo de generalização e declaração dessas leis.

Posteriormente, analisa-se o constitucionalismo e sua importância para a interpretação do sistema jurídico, além da aplicabilidade nas atuações do Estado, haja vista a necessidade de se alcançar as finalidades descritas no ordenamento jurídico, por parte da Administração Pública.

Por derradeiro, reflete-se sobre a luta em defesa da universalização do acesso à informação, com subsídio nos fundamentos doutrinários capazes de orientá-la na tomada de posição sobre a temática. Pretende-se analisar a presença da temática, qual seja “acesso à informação”, no desenho do Estado Democrático, debruçando-se em fontes documentais institucionais.

Avançando na discussão, busca-se indagar acerca da eficácia da Lei de Acesso à Informação, como meio de controle e participação democrática, apontando para a possibilidade de elevar o nível do acesso aos cidadãos, na produção do conhecimento e atuação nas atividades administrativas.

A Administração Pública é regida por princípios e normas, dentre eles o princípio da legalidade, o qual determina que ao Poder Público incumbe a prática de atos previstos em lei. Desta forma, para atender às crescentes necessidades dos administrados, bem como conseguir acompanhar as mudanças tecnológicas, culturais, a solução de conflitos, a efetiva assistência na área da saúde, há que se compreender que a participação democrática nestas políticas públicas está cada vez mais ligada ao bom funcionamento da Administração Pública.

Sem o referido controle, já se demonstrou que a atuação pública é, por vezes, além de morosa, ineficaz, uma vez que não há habitualidade quanto à aplicação dos demais princípios previstos na Constituição Federal, levando-se em conta o atual papel do Estado. Não existe mais uma distância, como anteriormente se vislumbrava, na relação entre os administrados e o Estado, entre os administrados e a legislação proveniente de pactos, convenções e demais atos internacionais diuturnamente aduzidos em questões administrativas.

1 O ESTADO E A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO BRASIL

Deve-se conceituar, a fim de uma compreensão mais adequada, o que seja o “Estado” e quais seus fundamentos, para que se analisem as consequências de sua função administrativa, mais precisamente no que tange ao princípio da publicidade e às formas de controle previstas no ordenamento jurídico, notadamente a Lei de Acesso à Informação, que será tratada nos capítulos seguintes.

Inobstante as incontáveis discussões acerca da conceituação de Estado, após dois mil e quinhentos anos não se chegou a uma conformidade, podendo-se afirmar que existem mais de cento e cinquenta e cinco diferentes definições desse “sistema político”, sendo possível constatar que, apesar de diversas serem de cunho meramente verbal, também se encontram outras de cunho substancial (DALLARI, 1995, p. 43).

De acordo com o mestre Canotilho, existem três pontos que devem ser ressaltados: a) é necessário o conhecimento das instituições, pois quem vive numa sociedade sem consciência de como ela está organizada e do papel que nela representa não é mais do que um autômato, sem inteligência e sem vontade; b) é necessário saber de que forma e através de que métodos os problemas sociais deverão ser reconhecidos e as soluções elaboradas, para que não se incorra no gravíssimo erro de pretender o transplante, puro e simples, de fórmulas importadas, ou a aplicação simplista de ideias consagradas, sem a necessária adequação às exigências e possibilidades da realidade social; c) esse estudo não se enquadra no âmbito das matérias estritamente jurídicas, pois trata de muitos aspectos que irão influir na própria construção do direito (CANOTILHO, 2000, p. 01).

Ainda nas palavras de Canotilho:

Constitucionalismo é a teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade. Neste sentido, o constitucionalismo moderno representará uma técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos (1993, p. 33).

José Afonso da Silva, ao explanar sobre o conceito de Constituição, ensina seu emprego e seus vários significados:

A palavra *constituição* é empregada com vários significados, tais como: (a) “Conjunto dos elementos essenciais de alguma coisa: a *constituição* do universo, a *constituição* dos corpos sólidos”; (b) “Temperamento, compleição do corpo humano: uma *constituição* psicológica explosiva, uma

constituição robusta”; (c) “Organização, comissão”; (d) “O ato de estabelecer juridicamente: a *constituição* de dote, de renda de uma sociedade anônima”; (e) “Conjunto de normas que regem uma corporação, uma instituição: a *constituição* da propriedade”; (f) “A lei fundamental de um Estado” (2016, p. 39).

O Império Romano referia-se a um conceito de denominação técnica dos atos de legislação imperial, também a Igreja incorporou tal entendimento, aplicando-o em todas as suas regulamentações.

Na Idade Média, voltou-se a utilizar o termo, com a aplicação aos atos normativos seculares da época, ainda sob influência das disposições eclesiásticas, mostrando que a supremacia da constituição dever ser levada em consideração, para que seja possível a manutenção organizacional e funcional do Estado, prevendo abusos como os cometidos na Constituição de Weimar, legitimando os atos praticados na II Grande Guerra.

Dalmo de Abreu Dallari (1995, p. 01) ressalta a importância e a necessidade do estudo de disciplinas ligadas à Filosofia, Sociologia, Teoria Geral do Estado, Ciências Políticas, Economia, dentre outras fora do âmbito estritamente jurídico, a fim de demonstrar o vínculo com a Ciência de Direito, uma vez que ultrapassada a ideia de total autonomia das ciências, pois o próprio fundamento de Direito surge para a “regulamentação das condutas humanas na sociedade, bem como as de seus representantes e governantes”.

Dalmo de Abreu Dallari leciona que:

O que mais se precisa no preparo dos juristas de hoje é fazê-los conhecer bem as instituições e os problemas da sociedade contemporânea, levando-os a compreender o papel que representam na atuação daqueles e aprenderem as técnicas requeridas para a solução destes. Evidentemente — acrescenta Bodenheimer — certas tarefas a serem cumpridas com relação a esse aprendizado terão de ser deixadas às disciplinas não-jurídicas da carreira acadêmica do estudante de Direito (1995, p. 13).

Como elementos do Estado, tradicionalmente são elencados três indissociáveis, que são o povo, componente humano do Estado; território, sua base física (área geográfica delimitada); e Governo Soberano, chamado de elemento condutor do Estado, o detentor do poder, que se autodetermina e se auto-organiza, poder este proveniente do povo (MEIRELLES, 2006, p. 61).

Como leciona Tercio Sampaio Ferraz Junior (2003, p. 05), atualmente no Estado Brasileiro há forte influência da sociedade no Estado, principalmente no que toca às questões administrativas, mais precisamente na manutenção da eficácia da Constituição Federal.

Ao tratar de Estado de Direito, Tércio Sampaio Ferraz salienta:

Mas o direito é movimento e vida, síntese dialética entre as forças de transformação da sociedade e das tendências do conservantismo, devendo reajustar constantemente as necessidades do processo com as tradições da história (2003, p. 05).

Para melhor embasar e elucidar a abordagem da configuração do Estado brasileiro, indispensável trazer em tela a constante luta da liberdade (direito de primeira geração), a qual se mostra basilar para um Estado Social, cuja abordagem que será demonstrada no decorrer do trabalho.

A luta entre a liberdade e a autoridade, como descreve Mill referenciado por Ferraz (2003, p. 11), é o aspecto mais característico da História, fazendo observação do entendimento de liberdade que seria de proteção contra a tirania dos governantes públicos, excluindo algumas cidades democráticas da Grécia.

Ocorre que o poder soberano passa a cindir, não como o livre arbítrio, ou seja, a liberdade social ou civil, sendo a natureza e os limites impostos pelo poder que a sociedade pode, legitimamente, exercer sobre o indivíduo. Tal visão, prevê que a importância dessa temática será inevitável e vital para o futuro, e também da contemporaneidade, com a afirmação de que a problemática influi profundamente sobre as controvérsias práticas do século, leia-se século XX, ainda que raramente abordada e quase nunca discutida de forma global.

Importante destacar que o problema não é novo, pois a luta pela liberdade vem dividindo a humanidade desde os tempos mais remotos, mas com novas formas, em consonância com a era de progresso das comunidades humanas, o que exige tratamento diferenciado e cada vez mais aperfeiçoado.

Numa mesma vertente, mas agora com um enfoque não apenas em uma liberdade individual ou local, Ferraz (2003, p. 23) assinala que todas as formas de governo podem ser reduzidas a uma só fórmula: contrabalançar a autoridade pela liberdade e vice-versa. Para complementar, a liberdade é vista como basilar de um Estado Democrático, essa premissa condiz com os pensamentos de Bourdeau (*apud* FERRAZ, 2003, p. 29).

Em suas lições, associar liberdade com o princípio democrático não seria o suficiente para se ter uma ciência do significado contido na democracia. Para tal, Bourdeau (*apud* FERRAZ, 2003, p. 29) realiza a divisão da concepção de liberdade em suas vertentes, sendo elas: a) liberdade-autonomia, que seria a “ausência de constrangimento”, qualidade de o ser

humano dispor de si só, levando em consideração as consequências e a responsabilidade do uso dessa liberdade; b) liberdade-participação, que seria a associação dos governados ao exercício do Poder, para buscar impedir a imposição de medidas arbitrárias.

Ainda seguindo o pensamento acima exposto, salienta Bourdeau que a liberdade reside na essência do ser humano e a democracia seria apenas “(...) um aparelho técnico, um conjunto de mecanismos protectores, uma fórmula de governo que permite conciliar a liberdade com as exigências de uma ordem política” (*apud* FERRAZ, 2003, p. 30).

Analisando-se a história, verifica-se um problema constante e ainda não superado, quanto à relação entre o governo e o povo, logo, não há como se falar em conceituação da Administração Pública desvinculada do Direito Constitucional. Neste entendimento: “(...) Das Ciências do Direito Público, aquela que se apresenta mais afim ao Direito Constitucional é, indubitavelmente, o Direito Administrativo” (BONAVIDES, 2010, p. 43).

Há que se frisar que a conceituação, tanto de liberdade como de democracia, não se exaure em um único pensamento, pois, como se verifica, é o modelo de democracia adotado no Brasil que será basilar para a verificação da problemática trazida no presente trabalho, para tal trar-se-ão os pensamentos de Edinilson Donisete Machado, para quem obrigatoriamente se deve responder sobre qual modelo de democracia está embasado o Estado, bem assim a partir de quais arranjos constitucionais é decorrente, para que seja possível saber o limite das atribuições às funções estatais. Pautado em Arend Lijphat, Machado analisa 36 (trinta e seis) democracias, seguramente, para descrever o modelo brasileiro, tendo trazido ao bojo o modelo majoritário de Westminster e o consensual (LIJPHART, 2003, *apud* MACHADO, 2006, p. 56).

Edinilson Donisete Machado explica que o modelo de Westminster tem as características de ser o modelo puro de democracia, conforme abaixo:

- 1) Concentração do Poder Executivo em gabinete unipartidários e de maioria mínima;
- 2) Gabinete dominante em relação à legislatura;
- 3) Sistema bipartidário;
- 4) Sistema de eleições majoritário e desproporcional;
- 5) Pluralismo de grupos de interesse;
- 6) Governo unitário e centralizado;
- 7) Concentração do poder legislativo em uma legislatura unicameral;
- 8) Flexibilidade Constitucional;
- 9) Ausência de revisão constitucional e
- 10) Banco Central controlado pelo poder executivo (LIJPHART, 2003, p. 25–38, *apud* MACHADO, 2006, p. 55).

Ainda de acordo com Edinilson Donizete Machado, o mais próximo do modelo democrático brasileiro seria o consensual, com ênfase no modelo norte-americano, com ressalva à exceção do requisito de independência do Banco Central: “(...) o que nos levará a

um modelo que promove o controle jurisdicional para a realização das promessas contidas na lei fundamental” (2006, p. 56). Conclui o autor que:

1) Partilha do Poder Executivo por meios de gabinetes de ampla coalizão; 2) Equilíbrio de poder entre o Executivo e o Legislativo; 3) Sistema Multipartidário; 4) Representação proporcional; 5) Corporativismo dos grupos de interesse; 6) Governo federal e descentralizado; 7) Forte bicameralismo; 8) Rigidez constitucional; 9) Revisão judicial e 10) Independência do Banco Central (LIJPHART, 2003, p. 50–65, *apud* MACHADO, 2003, p. 56).

Poder-se-ia, de tal forma, comungar que não se trata mais de Estado de Direito, mas de Estado Democrático de Direito, assim que se tenha uma visão sobre o Estado Contemporâneo, ante a intervenção não mais apenas do político, como também do social, a influenciar concretamente na organização e funcionamento do Estado.

Necessário trazer o pensamento de Paulo Neto (2015, p. 7), segundo o qual, em sua tese de Doutorado, a compreensão de democracia estaria próxima à adequação atual de uma sociedade complexa e pluralista.

Sob o aspecto histórico, vale trazer à tona o modo como os antigos lidavam com o exercício da política:

Atenas estava, então, em pleno crescimento. Isto bem prova que, não só um caso isolado, mas em todo lugar, a igualdade entre cidadãos é uma coisa preciosa: governados pelos tiranos, os atenienses não eram superiores na guerra a nenhum dos povos que habitavam à sua volta; libertos dos tiranos, eles, ao contrário, passaram de mito, para o primeiro lugar. Isto prova que na servidão, eles se conduziam, voluntariamente, como covardes, pensando que trabalhavam para um senhor, enquanto, uma vez libertados, cada um encontrava seu próprio interesse em cumprir sua tarefa com zelo (LORAUX, [2017], p. 13).

A transcrição acima menciona que o relato de Heródoto sobre os atenienses em período de guerra e sob o governo tirano demonstra a necessidade de defesa da igualdade jurídica e social entre os cidadãos, para o desenvolvimento exitoso da comunidade política. Essa descrição histórica esclarece que o exercício da política não pode ser sugestionado por senhores (tiranos) que queiram a submissão irrestrita de seus subordinados.

A melhor forma de exercício político é pela defesa da igualdade de direitos individuais e comunitários, assim como a invenção de mecanismos que protejam os cidadãos das tentações de que algum membro possa ter ao desejar se tornar “senhor dos outros”.

Desde a democracia de Atenas até a democracia nos tempos atuais, pode-se dizer, ocorreram muitas transformações na política democrática, além da criação de novos

instrumentos para o exercício democrático, tais como a representatividade e a divisão dos poderes políticos, para a garantia da integridade política e pessoal dos cidadãos. A defesa da igualdade jurídica e social, bem como o princípio da publicidade na ação política são elementos constitutivos de duas formas históricas de política democrática, as quais merecem o zelo para a reformulação de uma teoria democrática adequada à atualidade de uma sociedade complexa e pluralista.

Estas observações são explicadas por Paulo Neto (2015, p. 07), uma vez que, na contemporaneidade filosófica, o tema da liberdade política e estabelecimento de princípios democráticos para a legitimação do Estado de direito tem sido um dos objetos mais debatidos, devido às exigências igualitárias que os novos movimentos sociais têm almejado na discussão sobre o multiculturalismo, questões de gênero, modelos de democracia, participação política, virtudes cívicas e constitucionalismo. A teoria política contemporânea deve enfrentar as questões multiculturais com a tolerância de que é própria de uma teoria democrática.

Logo, com a forma de exigência de participação crescente social, torna-se necessária a abordagem do contexto social, político, estrutural, organizacional, funcional, além da necessidade de proporcionar eficácia nas atuações do Estado. Para isso, devem ser observados procedimentos específicos previstos em Lei e na Constituição Federal.

Não obstante, Hely Lopes Meirelles traz considerações sobre conceito, elementos e poderes do Estado, para quem a conceituação seria variável em concordância do ângulo sob o qual o Estado estaria sendo considerado, adotando os pensamentos sociológicos de Jellinec, políticos de Malberg e constitucionais de Biscaretti di Ruffia.

Desta forma, sob a vertente sociológica, como a corporação territorial dotada de um poder de mando originário (RUFFIA, 1965, p. 115); sob o aspecto político, a comunidade de homens, fixada por um território, com potestade superior de ação, de mando e de coerção; de forma que em conformidade com a conceituação trazida pelo Código Civil, em seu artigo 41, inciso I, o Estado é pessoa jurídica de Direito Público Interno, salientando-se que a teoria da dupla personalidade do Estado estaria definitivamente superada (MEIRELES, 2016, p. 61). Esta conceituação, ante a ótica do Estado juridicamente organizado e sob a égide de suas próprias leis, se trata de Estado de Direito.

Inobstante as vertentes mencionadas, digno de nota e indispensável ao presente estudo lembrar que a maneira pela qual o Estado irá cumprir com esses deveres será de responsabilidade da Administração Pública, que deverá distribuir, organizar, fiscalizar, regulamentar e executar os atos necessários para tais objetivos, conforme será demonstrado adiante.

Para se concluir tal assertiva, e sem a pretensão de exaurimento dos conceitos acima mencionados — pela complexidade e também por não ser o objeto central da problemática do presente trabalho —, indispensável a alusão de que o conceito de Estado ora utilizado poderia remeter a uma instituição juspolítica que concentra poder de uma sociedade organizada, em que o limite do exercício desse poder se daria em seu território e a observância da eficácia jurídica, que recaia sobre pessoas e bens, tendo por destinação o exaurimento de seu fim, ou seja, o fundamento de sua existência, que necessariamente lhe fora outorgado pelo povo que o compõe.

Conforme o pensamento e a visão de Moreira Neto (1992, p. 81), a expressão “poder” seria a derivação dos fatores “Política” e “Direito”, que traduziria a característica do ser humano em converter vontade em ato, ou seja, enquanto no âmbito da vontade a vertente é política, ao Direito cabe o ato.

A organização juspolítica, apresentada como elemento essencial à existência do Estado, compreende um conceito dúplice, estrutura e funcionamento, muito à semelhança de um corpo físico, que para atingir suas finalidades desenvolve funções específicas, e para desempenhá-las gera órgãos especializados.

Moreira Neto continua fundamentando que o *poder* teria duas vertentes de concepções, ao se referir sobre a organização Estatal, uma vez que o sentido da expressão será determinado sob a ótica do seu exercício, ao passo que quando tratar da organização será o *sentido* organizacional, conquanto em relação às funções será o sentido funcional:

Dessa duplicidade de sentidos, decorrem duas linhas de classificações do Poder Estatal: tanto sob critério orgânico quanto sob critério funcional. Para que se defina, sem necessidade de maiores esclarecimentos, em qual dos dois sentidos se há de tomar, em determinado contexto, a palavra poder, é possível convencionar-se o emprego de uma terminologia em que desinências sejam o elemento diferenciador (1992, p. 81).

Desse modo, é comum a denominação de os poderes orgânicos serem os três pilares da República, isto é, a divisão entre Poder Legislativo, Poder Executivo e Poder Judiciário, em que cada qual exerce sua função de competência originária, a saber, respectivamente, o poder de legislar (legiferante), o poder de administrar (executivo) e o poder judicante (jurisdicional).

Nesta linha de entendimento, Moreira Neto salienta que não haveria qualquer correspondência rígida entre os clássicos poderes orgânicos e os poderes funcionais com idêntica raiz etimológica, pois, nos modelos reais, a distribuição de funções entre órgãos do

Estado obedece apenas a critérios político-constitucionais, que expressam as altas definições organizativas próprias de cada Estado, em que o aspecto orgânico é regido pelo Direito Constitucional, ao passo que o funcional pelo Direito Administrativo (1992, p. 81).

Continuando com a fundamentação trazida por Paulo Neto, no Estado Democrático de Direito é necessário reconduzir as discussões políticas para o âmbito da participação política e para o reconhecimento das minorias sociais que lutam por igualdade de direito. Não obstante, a obrigação de estruturar o Estado de Direito a partir do constitucionalismo estabelece-se como mecanismo para salvaguardar a liberdade dos cidadãos, pois o exercício majoritário do poder político pode constituir uma forma de restrição da liberdade individual (PAULO NETO, 2015, p. 94).

A ação autoritária dos governantes poderá se configurar como indiferença em relação aos interesses dos cidadãos. Geoffrey Brennan e Loren Lomasky, citados por Paulo Neto, afirmam que a defesa republicana pela liberdade como não-dominação poderá ocasionar a execução de ações paternalistas pelo Estado de direito:

A liberdade republicana é compatível com o amplo controle paternalista. Porque a exigência é a de considerar os interesses dos cidadãos, e não as suas preferências, não há limite para a autoridade do Estado para substituir as preferências dos indivíduos, tão extenso como ele é considerado em seu melhor interesse para ser desviado da atividade desejada (BRENNAN; LOMASKY, 2006, p. 221–252, *apud* PAULO NETO, 2015, p. 95).

Para impossibilitar o possível desvio acima mencionado, cumpre enfatizar que, por outro lado, os artifícios constitucionais servem para a manutenção do complexo projeto de comunidade política livre da dominação. O ideal de não-dominação constitui-se em artifício para a maximização da liberdade na sociedade.

O controle do sistema político e o uso estratégico das instituições políticas estabelecem-se como formas de restrição ao domínio majoritário, sustentando que o processo de legislação constitui-se em um momento institucional político de exercer a liberdade como não-dominação, em conformidade com o interesse comum, como forma de organizar uma sociedade política igualitária.

1.1 Administração Pública no Brasil

O que se pretende mostrar é a contribuição do direito europeu, do direito inglês, do direito francês, do direito alemão e do direito italiano para a formação do Direito

Administrativo como ramo autônomo. A orientação seguida pelos "direitos" foi diversa: o primeiro, que praticamente deu origem ao Direito Administrativo, formou, no início, a chamada escola legalista ou exegética, porque o estruturou quase inteiramente a partir da interpretação de textos legais, levada a efeito pelos Tribunais Administrativos; o segundo, embora influenciado pelo direito francês, deu os primeiros passos no sentido da elaboração científica do Direito Administrativo; e o terceiro, seguindo um pouco de cada tendência — a exegética e a científica — trouxe inegável contribuição para a elaboração sistemática do Direito Administrativo.

Na visão de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, o Direito Administrativo, como ramo autônomo, nasceu em fins do século XVIII e início do século XIX, com destaque ao fato de que não significa que inexistissem anteriormente normas administrativas, pois onde quer que exista o Estado existem órgãos encarregados do exercício de funções administrativas. O que ocorre é que tais normas se enquadravam no *jus civile*, da mesma forma que nele se inseriam as demais, hoje pertencentes a outros ramos do Direito (2003, p. 01).

Além disso, o que havia eram normas esparsas relativas, principalmente, ao funcionamento da Administração Pública, à competência de seus órgãos, aos poderes do Fisco, à utilização, pelo povo, de algumas modalidades de bens públicos, à servidão pública. Não se tinha desse ramo do direito uma elaboração baseada em princípios informativos próprios que lhe imprimissem autonomia.

Indispensável mencionar o desenvolvimento e a evolução do Direito Administrativo, que rege as relações públicas. Para tanto, traz-se, novamente, o pensamento de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, que aduz que a evolução na Idade Média não encontrou ambiente propício para o desenvolvimento do Direito Administrativo, embasando-se no fato de ser uma época das monarquias absolutas, em que todo poder pertencia ao soberano; a sua vontade era a lei, a que obedeciam todos os cidadãos, justificadamente chamados servos ou vassalos (aqueles que se submetem à vontade de outrem) (2003, p. 01).

Sobre referido período, denominado de “Estado de Polícia”, Merkl assinala o fato de que o direito público se esgotava num único preceito jurídico, que estabelecia um direito ilimitado para administrar, estruturado sobre princípios segundo os quais *quod regi placuit lex est, the king can do no wrong, le roi ne peut malfaire* (1980, p. 93).

Ante as colocações acima expostas, percebe-se que o rei não podia ser submetido aos Tribunais, pois os seus atos estavam acima de qualquer ordenamento jurídico. Com base nessa ideia é que se formulou a teoria da irresponsabilidade do Estado, que, em alguns

sistemas, continuou a ter aplicação mesmo após as conquistas do Estado Moderno em benefício dos direitos individuais.

Outra diferença para os tempos atuais é o fato de que não havia, àquela época, Tribunais independentes, haja vista que o funcionamento das demandas se dividiu, em duas fases, a saber: a) na primeira fase, o próprio rei decidia os conflitos entre particulares; b) em fase posterior, as funções judicantes foram delegadas a um conselho, que ficava, no entanto, subordinado ao soberano.

Contudo, apontam-se algumas obras de glosadores da Idade Média, principalmente dos séculos XIII e XIV, nas quais se encontra o germe dos atuais direitos constitucional, administrativo e fiscal. Indica-se a obra de Andrea Bonello (1190 a 1275 d.C.), dedicada ao estudo dos três últimos livros do Código Justiniano, que tinham sido deixados de lado, porque dedicados a estruturas fiscais e administrativas de um império que já não existia. Outro texto sobre o qual trabalharam os juristas, na época, segundo Di Pietro ao rememorar as lições de Losano, foi o *Liber Constitutionis*, publicado pelo parlamento de Melfi em 1231. No século XIV, a obra de Bartolo de Sassoferrato (1313, p. 57) lança as bases da teoria do Estado Moderno (PIETRO, 2003, p. 01).

Apesar das considerações realizadas, a formação do Direito Administrativo, como ramo autônomo, somente teve início juntamente com o Direito Constitucional e outros ramos do Direito Público, a partir do momento em que começou a desenvolver-se — já na fase do Estado Moderno — o conceito de Estado de Direito, estruturado sobre o princípio da legalidade (em decorrência do qual até mesmo os governantes se submetem à lei, em especial à lei fundamental que é a Constituição) e sobre o princípio da separação dos poderes, que tem por objetivo assegurar a proteção dos direitos individuais, não apenas nas relações entre particulares, mas também entre estes e o Estado.

Esses são os fatos dos quais decorrem a afirmação de que o Direito Administrativo nasceu das Revoluções que acabaram com o velho regime absolutista que vinha da Idade Média.

Constitui disciplina própria do Estado Moderno, ou melhor, do chamado Estado de Direito, porque só então se cogitou de normas delimitadoras da organização do Estado-poder e da sua ação, estabelecendo balizas às prerrogativas dos governantes, nas suas relações recíprocas, e, outrossim, nas relações com os governados. Na verdade, o Direito Administrativo só se plasmou como disciplina autônoma quando se prescreveu processo jurídico para atuação do Estado-poder, através de programas e comportas na realização das suas funções (MELLO, 2007, p. 76).

Parece correta a argumentação trazida por Di Pietro, ao levantar a defesa de parte da doutrina, que vai ao ponto de afirmar que o Direito Administrativo é produto exclusivo da situação gerada pela Revolução Francesa, só existindo nos países que adotaram os princípios por ela defendidos, ou seja, de que onde não houve a mesma luta que convergiu para a mudança brusca de regime, não existe Direito Administrativo (2003, p. 02).

É o que expõe Mario G. Losano (1979, p. 68), quando, citando tese defendida, na França, por Hauriou, na Suíça, por Fleiner, e na Itália, por Zanobini, afirma que ela "foi reconsolidada pela constatação de que o direito inglês - não tendo sofrido o nítido corte gerado pela Revolução Francesa entre mundo feudal e mundo burguês - não conhece um Direito Administrativo, tal como não conhece direitos imobiliários (ou reais) encerrados em categorias taxativas determinadas" (2003, p. 02).

Di Pietro continua embasando-se nos autores acima citados, dizendo que, com isso, deve concluir-se que:

O Direito Administrativo é um produto da Europa continental pós-revolucionária, o que impede a generalização de conceitos para além destes limites de espaço e de tempo. Na realidade, ele apresenta-se como o direito que o Estado burguês utiliza para se defender tanto contra a classe derrubada como contra a que, utilizada como aliada no decurso da revolução, é reprimida depois da tomada do poder (2003, p. 02).

Segundo a autora, afigura-se verdadeira a tese de que o Direito Administrativo só existe nos sistemas europeus formados com base nos princípios revolucionários do século XVIII, já que nem todos os países tiveram a mesma história, nem se estruturaram pela mesma forma o seu poder; em consequência, o Direito Administrativo teve origem diversa e desenvolvimento menor em alguns sistemas, como o anglo-americano. Mesmo dentro dos "direitos" filiados ao referido sistema europeu, existem diferenças que vale a pena assinalar, uma vez que, quanto menos desenvolvido o Direito Administrativo, maior é a aplicação do direito privado nas relações jurídicas de que participa o Estado.

Na realidade, o conteúdo do Direito Administrativo varia no tempo e no espaço, conforme o tipo de Estado adotado. No chamado Estado de Polícia, em que a finalidade é apenas a de assegurar a ordem pública, o objeto do Direito Administrativo é bem menos amplo, porque menor é a interferência estatal no domínio da atividade privada. O Estado do Bem-estar é um Estado mais atuante; ele não se limita a manter a ordem pública, mas desenvolve inúmeras atividades na área da saúde, educação, assistência e previdência social, cultura, sempre com o objetivo de promover o bem-estar coletivo (PIETRO, 2003, p. 02).

Nesse caso, o Direito Administrativo amplia o seu conteúdo, porque cresce a máquina estatal e o campo de incidência da burocracia administrativa. O próprio conceito de serviço público amplia-se, pois o Estado assume e submete, ao regime jurídico publicístico, atividades antes reservadas aos particulares.

Além disso, a substituição do Estado liberal, baseado na liberdade de iniciativa, pelo Estado-Providência, ampliou, em muito, a atuação estatal no domínio econômico, criando novos instrumentos de ação do poder público, quer para disciplinar e fiscalizar a iniciativa privada — com base no poder de polícia do Estado —, quer para exercer atividade econômica, diretamente, na qualidade de empresário (PIETRO, 2003. p. 02).

Também sob esse aspecto, ampliou-se o conteúdo do Direito Administrativo, a ponto de já se começar a falar em novo ramo, que a partir daí vai formando o direito econômico baseado em normas parcialmente públicas e parcialmente privadas.

Para o exercício das suas funções, em concordância com os moldes trazidos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, os poderes orgânicos são convencionalmente separados entre o Legislativo (poder legiferante ou normativo), o Executivo (poder executante ou administrativo) e o Judiciário (poder judicante ou jurisdicional) (MOREIRA NETO, 1992, p. 81).

A organização juspolítica, apresentada como elemento essencial à existência do Estado, compreende um conceito dúplice, estrutura e funcionamento, muito à semelhança com um corpo físico, que, para atingir suas finalidades, desenvolve funções específicas e, para desempenhá-las, gera órgãos especializados.

Antes de adentrar-se na atual configuração da relação entre a Administração Pública e o administrado, é adequado realizar, de forma breve, as evoluções das correntes norteadoras da aplicabilidade da norma, notadamente no que concerne ao positivismo, ao pós-positivismo e aos princípios trazidos com a Constituição de 1988.

1.2 Administração Pública no Positivismo

No novo modelo estatal, a demanda passa a ser concretizada por um ordenamento jurídico que garanta o ideal da segurança. Para alcançar referido ideal, o novo ordenamento jurídico dependerá da objetividade e da previsibilidade na identificação do Direito, autônomo em relação à moral (valores) e à política (poder) (BARZOTTO, 2007, p. 18).

Para Eduardo Bittar e Guilherme Assis de Almeida: “(...) a norma jurídica é a única segurança para a teoria do direito; é ela o centro das investigações positivistas do Direito” (2005, p. 376).

Com o surgimento do Positivismo Jurídico no século XIX, houve a transformação e o norteamento de toda a elaboração e codificação das leis no Ocidente. A fim de ilustrar este contexto jurídico da época, escreveu Bobbio:

Dar a prevalência à lei como fonte do direito nasce do propósito do homem de modificar a sociedade. Como o homem pode controlar a natureza através do conhecimento de suas leis, assim, ele pode transformar a sociedade através da renovação das leis que a regem; mas para que isto seja possível, para que o direito possa modificar as estruturas sociais, é mister que seja posto conscientemente, segundo uma finalidade racional; e mister, que seja posto através da lei. O direito consuetudinário não pode de fato, servir a tal finalidade, porque é inconsciente, irrefletido, é um direito que exprime e representa a estrutura atual da sociedade e, conseqüentemente, não pode incidir sobre esta para modificá-la; a lei em lugar disto, cria um direito que exprime a estrutura que se quer que a sociedade assuma. O costume é uma fonte passiva, a lei é fonte ativa de direito (2006, p. 120).

Para H. L. A. Hart, o fundamento de validade de um ordenamento jurídico encontra-se em uma norma última de reconhecimento, que especificaria os critérios segundo os quais a validade das leis é determinada. Ao contrário das normas subordinadas de um sistema, que podem ser válidas e existir mesmo que sejam desrespeitadas, a norma última de reconhecimento

[...] só existe como uma prática complexa, embora normalmente harmoniosa e convergente, que envolve a identificação do direito pelos tribunais, autoridades e indivíduos privados por meio da referência a determinados critérios. Sua existência é uma questão de fato (HART, 2009).

Já Kelsen sustenta a necessidade lógica de pressupor a existência de uma norma fundamental que seria “a fonte comum da validade de todas as normas pertencentes a uma e mesma ordem normativa”. Assim, a norma fundamental ordenaria que todos se conduzam de acordo com as normas positivas supremas do ordenamento e atribuiria validade a todas as normas decorrentes da manifestação da vontade do criador dessas normas supremas.

Uma posição intermediária entre a pressuposição de uma norma imaginária e a observação da realidade social é adotada por Joseph Raz, para quem o fundamento de validade de um ordenamento jurídico se encontra na *ultimate legal rule*, uma norma cuja

existência efetiva pode ser provada pela observação da realidade social em determinado local e momento.

As críticas mais frequentes e caricaturais dirigidas ao positivismo jurídico podem ser divididas da seguinte maneira:

A primeira — aplicação mecânica da lei — com frequência afirma-se que o positivismo, ao distinguir entre a criação e a aplicação da lei, prescreve que os juízes limitem-se a subsumir fatos a normas, não podendo decidir conforme suas próprias considerações morais. Esta afirmação não faz sentido, uma vez que se analisem as principais teorias positivistas como a de Kelsen, que “sustenta que o direito seria uma moldura para a interpretação”, como a de Hart, que “trata do tema da textura aberta do direito”, como a de McCormick, que “descreve a existência de uma penumbra de dúvida nas normas”, e como a de Raz, que “admite a criação discricionária de uma regra jurídica pelo juiz”. Para os positivistas, de maneira geral, o recurso do aplicador do Direito à moral para decidir pode ser obrigatório, facultativo ou proibido, conforme ele seja autorizado pelo ordenamento jurídico difamatório integrante à natureza moralista.

A segunda — legitimação incondicional do direito — frequentemente sustenta que para o positivismo jurídico a validade seria a consagração da justiça e que o dever de obediência às normas decorreria diretamente da sua validade, independente do seu conteúdo.

Assim, o positivismo jurídico é visto como uma teoria uniforme especialmente centrada em obtenção de fórmulas e exigências em relação ao conteúdo do Direito. Não obstante, os positivistas vinculam a validade do Direito ao requisito fático de eficácia social mínima, que está vinculado ao requisito de legitimidade do sistema jurídico.

O projeto positivista consiste em elevar o Direito a um patamar de ciência autônoma e, para isso, retirar dele os aspectos axiológicos e subjetivos. O foco está no direito positivo tratado como um fenômeno puramente jurídico: “(...) Para a Ciência do Direito não importam os fatos e as relações humanas em si, isto é, não são os fatos e as relações intersubjectivas objetos de estudo desta ciência” (HONESKO, 2006, p. 57).

Neste impasse reside a tarefa do positivismo: retirar do Direito, para que ele se torne uma “teoria pura”, os valores morais e de justiça, pois estes têm conteúdos subjetivos que variam conforme o tempo e o espaço, logo, não deverão ser apreciados pela ciência do Direito, já que não há uma ideia de justiça, mas várias (TRAVESSONI, 2011, p. 320).

Kelsen elucida quanto a este aspecto, ao descrever que:

Os juízos de justiça não podem ser postos à prova objetivamente. Portanto, uma ciência do Direito não tem espaços para eles. Os juízos de justiça são juízos de valor morais ou políticos, em contraposição aos juízos jurídicos de valor. Eles pretendem expressar um valor objetivo (*apud* TRAVESSONI, 2011, p. 320).

Não há que se falar, então, em Direito bom ou mau, justo ou injusto, isto é, não há que se fazer distinções ou juízos de valor, quando se trata de definir o que é o Direito. Para dar tal cientificidade ao Direito, Kelsen procura fundamentá-lo como um sistema lógico-formal, sem que seja necessário recorrer a elementos metafísicos, sociais, morais ou políticos.

Sendo assim, a normalidade da norma reside na sua imposição por uma autoridade legitimamente constituída para tal ofício, respeitando-se os procedimentos para sua criação. Deve, portanto, haver outra norma válida que confira tais poderes a esta autoridade. Diante da impossibilidade de se retroceder infinitamente neste ciclo normativo, em que uma autoridade, através de uma norma, foi legitimada a criar normas e legitimar novas autoridades para que estas possam também impor normas válidas, é que Kelsen invoca a última norma, a “norma fundamental” (*Grundnorm*)¹.

Em síntese, o Direito para Kelsen reside na norma válida, que é aquela lastreada pela norma fundamental que, por sua vez, fundamenta todo o ordenamento jurídico:

“O ordenamento jurídico é um sistema de normas gerais e individuais, vinculadas umas às outras pelo fato de que a produção de toda norma pertencente a este sistema é determinada por outra norma do sistema e, em última análise, pela sua norma fundamental” (KELSEN, 1987, p. 56).

Quanto à eficácia, Kelsen irá relacioná-la diretamente com a validade da norma, no sentido de que a norma válida é a norma eficaz. “(...) Não se pode negar que tanto um ordenamento jurídico na sua totalidade quanto uma norma singular perdem sua validade quando deixam de ser eficazes” (1987, p. 239). Com isto, o autor não estaria reduzindo a validade da norma à eficácia, até porque, antes que uma norma possa surtir efeitos, esta deve ser, primeiramente, válida, ou seja, posta por uma autoridade legitimada e derivada da norma fundamental. Tais condições são as quais conferem validade à norma.

A eficácia é, na verdade, condição para que a norma continue a ser válida após sua introdução no ordenamento jurídico. Quanto à perda da validade por ineficácia da norma, Kelsen deu o nome de 'desuetudo'.

¹ Alf Ross elaborou conceito parecido com o nome de 'norma básica', enquanto Herbert Hart elaborou com o nome de 'regra de reconhecimento'. Ambas com a mesma finalidade lógica e teórica da norma fundamental de Kelsen.

A norma válida é aquela que existe efetivamente, ou seja, a norma vigente em determinada sociedade. Na teoria de Ross, há uma restrição da validade da norma àquelas tomadas pelos juízes como obrigatórias (BARZOTTO, 2007, p. 74).

Barzotto afirma que, sendo assim, o Direito em Ross está submetido aos juízes que aplicam as normas de um ordenamento jurídico: a partir desta adesão ideológica, pode-se afirmar que normas válidas são aquelas que produzem um sentimento de compulsão psicológica nos juízes, na medida em que estão fundamentadas na ideologia jurídica em vigor. Assim, “(...) se em Kelsen, a autoridade máxima do sistema é o poder constituinte originário, em Ross é o poder constituinte instituído, isto é, o poder de reforma da constituição” (BARZOTTO, 2007, p. 80).

O desuetudo kelseniano também está presente na teoria de Ross e tem conteúdo aproximado. Para ele, os juízes podem deixar de aplicar determinada norma pelo fato de não concebê-la como compatível com a ideologia jurídica vigente, o que fará com que, após ter sido ignorada reiteradas vezes, perca sua validade por ineficácia. Logo, a questão da eficácia, para Ross, está atrelada também à contínua aplicação da norma.

O contexto cultural de onde emergiu o positivismo jurídico relaciona-se com aquele de uma “atitude de modernidade”.² O desenvolvimento argumentativo desta hipótese indica que a estrutura de pensamento caracterizada pelo discurso do positivismo jurídico, antes de ser tachada de um saber-poder formalista, fetichista, estatizante, deve ser considerada como uma estrutura comprometida com a efetivação do Estado de Direito moderno (ARCELO, 2008).

Neste sentido, as estruturas fundantes do pensar cientificamente o Direito por meio do discurso do positivismo jurídico refletem, antes do formalismo e do legalismo, os princípios da legalidade e da certeza do Direito.

Na obra “Teoria Pura do Direito”, Kelsen defende, expressamente, a inexistência de uma ordem moral absoluta, mas sim a de várias ordens morais, ou seja, o austríaco sustenta a ideia do pluralismo moral de que diferentes culturas sustentam diferentes ordens morais que muitas vezes são incompatíveis entre si (1987, p. 56).

A moral não pode ser um critério a identificar o Direito; com base nisto, Kelsen sustenta que o Direito é uma ordem normativa e coativa. A primeira, para o jurista, significa que o fenômeno jurídico é uma multiplicidade de normas que se organizam em diferentes

² Foucault chama de atitude de modernidade aquela que exemplifica “uma via filosófica em que a crítica do que somos é simultaneamente a análise histórica dos limites que nos são colocados e prova de sua ultrapassagem possível”.

escalões normativos, em que uma norma inferior retira sua validade de uma norma situada num escalão superior, assim sucessivamente até chegar num ato normativo fundamental.

A norma fundamental, nesta perspectiva, é, portanto, uma norma pressuposta no pensamento. Para Kelsen, “a norma é um ato de vontade humano”. Assim, a Constituição é uma norma posta, como norma superior, sendo que a sua validade é assegurada por uma norma fundamental.

Quando se fala em norma pressuposta, refere-se que um grupo que inseriu a Constituição demonstra que é capaz de garantir a eficácia global mínima da ordem jurídica, por tal grupo estabelecida, e que tem como ápice a Constituição Federal.

Kelsen leciona no sentido de que o Direito é uma ordem normativa que se determina por ser constituída mediante um conjunto de normas jurídicas. Pode-se afirmar que o ato normativo é inserido por meio da vontade humana, ou seja, permite-se que certos comportamentos sejam permitidos, proibidos e ordenados. O que diferencia o Direito das outras ordens sociais é, portanto, o seu caráter coativo. Assim, nas palavras de Kelsen: “(...) O Direito ele reage ao comportamento contrário ao direito de modo a impor, ainda que contra a vontade do destinatário, um mal àquele que se comportou contrariamente ao direito” (1987, p. 75).

O Direito tem um caráter coercitivo. Portanto, para Kelsen, é definido como uma ordem normativa, um conjunto de ordens jurídicas, normas estas que são entendidas como mecanismo de interpretação, a partir do qual é atribuído um significado jurídico ao comportamento humano. Neste sentido, o Direito é um conjunto de normas jurídicas que, ao impor um significado ao comportamento humano, prescreve certas condutas como proibidas e permitidas ou ordenadas, e atribui ao comportamento contrário ao Direito a aplicação de um mal, ou seja, uma sanção que é aplicada, ainda que contra a vontade do destinatário.

Enfim, o Direito Penal é o marco do pensamento kelseniano. Isto porque, ele proíbe que certos comportamentos sejam adotados pelos indivíduos, por serem considerados socialmente perniciosos, por aqueles que emitiram um ato de vontade por terem competência conforme norma superior/válida (KELSEN, 1987, p. 75).

O Direito, ante o pensamento de Kelsen, aplica-se no momento em que uma norma inferior seleciona um significado e fixa um sentido que ela atribui por uma norma superior, portanto, sucessivamente até se alcançar as normas mais concretas e individuais que integram a norma jurídica vigente.

O poder estatal seria a totalidade dos poderes concentrados no referido Estado, nos moldes acima delimitados, com o objetivo de servir aos interesses públicos, definidos nas sociedades democráticas, também denominado de Poder Público (MOREIRA NETO, 1992, p. 81).

É comum, por isso, em uma primeira e ainda limitada aproximação para desenvolver um conceito de Direito Administrativo, aqui tomado em relação ao Estado, conotá-lo, principalmente, às suas regras de funcionamento, como um administrador de interesses gerais da sociedade, que lhe são cometidos pela atribuição e partilha de competências definidas por sua arquitetura constitucional, lançando, com isso, as vigas mestras de sua estruturação. Esta visão, ainda que muito esquemática e simplificada, é útil como um primeiro e amplo enfoque sobre o Direito Administrativo, no contexto do Estado e de sua ordem jurídica, que se seguirá ampliado e enriquecido sob uma perspectiva integral do Direito Público (MOREIRA NETO, 1992, p. 65).

Em decorrência do exposto, nítida a interferência imediata do Direito Constitucional no Direito Administrativo, logo, a incidência dos princípios norteadores do primeiro necessariamente irá interferir no segundo, mesmo que possua sua própria axiologia.

No conceito clássico, essas sociedades se individualizavam sociologicamente como *nações*, de modo que o Estado não seria apenas um *instrumento* por elas criado, mas a própria transfiguração da nacionalidade, entendido, assim, como a *nação política e juridicamente organizada*. A ideia de *nação*, porém, como um grupo social com atributos étnicos ou culturais comuns, é fluida e vaga, como tão bem captou a pena elegante de Ernest Renan, “uma nação é uma alma, um princípio espiritual”, de modo que em sua compreensão combinam-se lembranças, costumes, vicissitudes, glórias, língua, passado e aspirações comuns, todos esses aspectos, como liames culturais que dão unidade e propósito a um grupo humano, mas que não se prestam a uma caracterização jurídica (MOREIRA NETO, 1992, p. 64).

É exatamente nesta perspectiva que se fundamenta o presente capítulo, ou seja, na busca de verificar os liames entre as duas áreas do Direito e onde há a possibilidade de diferenciação na aplicabilidade, a fim de demonstrar que o Direito Administrativo tem como objetivo primordial a execução dos deveres do Estado Brasileiro trazidos na Constituição Federal.

1.3 Administração Pública no Pós-Positivismo

Conforme mencionado anteriormente, a maneira como o Estado irá cumprir com os deveres perante a sociedade é de responsabilidade da Administração Pública, que deverá distribuir, organizar, fiscalizar, regulamentar e executar os atos necessários para este objetivo.

Ao tratar de temas relacionados à Administração Pública é vultuoso o subentendimento das limitações incidentes em seus atos, por versar no âmbito do Direito Público e, conseqüentemente, acerca da satisfação dos interesses públicos.

Assim, o Direito Administrativo é o ramo do Direito Público que disciplina o exercício da função administrativa, bem como das pessoas e órgãos que a desempenham (MELLO, 2008, p. 29). A Administração Pública busca a melhor circunstância e proposta para constituir relações obrigacionais, ou seja, busca a proposta mais vantajosa, levando-se em consideração o caso concreto, para a escolha da modalidade licitatória. Com isso, indispensável a formulação de Diógenes Gasparine: “Essa busca é, para umas, facultativa, e, para outras obrigatória. Para as pessoas particulares é facultativa. Para as públicas, as governamentais, é, quase sempre, obrigatória” (2001, p. 385).

Parece que há necessidade de observância — não somente incorporada por força de dispositivos previstos em leis ordinárias, bem como e indispensavelmente, de preceitos e princípios norteadores da administração pública e constitucional — nos atos e ações administrativos. Uma das formas de cumprimento do exercício legal das ações da Administração Pública constitui-se via publicidade de seus atos.

A esse sistema integrado de normas desenvolvidas na sociedade, dá-se o nome de ordem jurídica, conceituada, assim, como um modelo abstrato de condutas interpessoais destinado a reger harmonicamente as relações sociais, imposto com a finalidade de manter a unidade e a permanência do grupo (segurança) e proporcionar-lhe o máximo de eficiência na vida associativa (progresso).

Para isso, a organização jurídica se articula sobre certos princípios, destinados a conferir essa desejada harmonia e dar sentido à ordem social e à ordem política que instituem, para conformar as traves mestras de uma ordem jurídica (MOREIRA NETO, 1992, p. 65).

O Estado, basicamente, pode ser denominado como sendo uma situação de convivência permanente e correlacionada com a sociedade política, assim, é existente nas sociedades políticas, nas quais há uma autoridade superior que irá fixar e regulamentar as condutas de convivência daqueles que as formam.

Segundo a visão de Luís Henrique Vieira Rodrigues, afora questões afetas à efetividade das políticas públicas, outro efeito seria a limitação das atividades exercidas pelo administrador público à sua feição técnica. Há instituições e operadores do Direito que se valem, ainda, de institutos criados à luz das experiências sociais dos séculos XVIII e XIX, para deslindar questões de um mundo novo, contemporâneo, no que tange ao controle externo da Administração Pública pelos TC's.

Segundo Justen Filho:

É verdade que a definição de função administrativa é uma tarefa árdua. Adotadas concepções amplas, seria até correta a solução tradicional de reconduzir o controle a uma manifestação da atividade administrativa. Mas o exame da Constituição demonstra que o controle externo reservado ao desempenho dos Tribunais de Contas não se configura como uma atuação simplesmente administrativa. A atividade de controle consiste na revisão da atuação de gestão de recursos públicos, realizada por entidades estatais ou não, visando verificar a sua compatibilidade com Direito e a realização dos valores da economicidade e eficiência (JUSTEN FILHO, 2008, p. 15).

Neste sentido, a atividade de controle deve ser concebida como diferenciada da atividade administrativa, que hoje se vincula à legalidade, à medida que se orienta também pela verificação do atingimento da eficiência e economicidade na prestação dos serviços públicos. O autor supracitado buscou investigar como as transformações na órbita da sociedade civil imprimem um novo ritmo à sociedade humana, que resvala por sua vez no Estado que a organiza, no Direito — e Constituição — que a regula, e nos procedimentos no plano da Administração Pública que a gerencia nas perspectivas reguladora e provedora.

As transformações ocorridas na sociedade estão no cerne de tais mutações, tornando-as molas mestras das transformações, e demandando, tanto dos órgãos administrativos quanto dos órgãos de controle externo, uma atuação eficiente que consiga alcançar essas transformações que se traduzem em uma sociedade complexa e plural. Investigar como o Direito do controle da Administração lida com tal realidade pode contribuir para indicar como se dão as atualizações semânticas das normas (RODRIGUES, 2012, *on-line*).³

Para o autor, denota-se uma nova atribuição de sentido e significado dada a elas, observada no movimento constitucionalista, que se presta como contribuição para a aplicação do texto legal, nos dias de hoje. Sustenta que tal método deve também suceder no plano do

³ RODRIGUES, Luís Henrique Vieira. *CONTROLE DE CONTAS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA SEGUNDO A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA*: uma abordagem da atuação dos Tribunais de Contas do Brasil a partir de uma leitura pós-positivista dos princípios da legalidade e da eficiência. 169f. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2012. Disponível em: <http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_RodriguesLHV_1.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2017.

Direito Administrativo, pois considera a construção do sentido da norma a partir da sociedade plural e complexa.

Enfatiza, Luis Henrique Vieira Rodrigues (2012, *on-line*), que na idade moderna a teoria da Constituição ocupou-se da efetivação da limitação do poder estatal e da cogência das normas vinculadas aos direitos humanos e aos direitos fundamentais. Seria possível manter esta formulação à luz das transformações ocorridas na sociedade, principalmente, entre os séculos XVIII e XX? Para Castells, em uma primeira análise, tal postulação não se afirma, pois :

Vivemos em tempos confusos, como muitas vezes é o caso em períodos de transição entre diferentes formas de sociedade. Isso acontece porque as categorias intelectuais que usamos para compreender o que acontece à nossa volta foram cunhadas em circunstâncias diferentes e dificilmente podem dar conta do que é novo referindo-se ao passado. Afirmo que, por volta do final do segundo milênio da Era Cristã, várias transformações sociais, tecnológicas, econômicas e culturais importantes se uniram para dar origem a uma nova forma de sociedade (...) (CASTELLS, 1999, p. 01).

Nota-se, pois, que a realidade complexa implica efeitos objetivos nas instituições, pelo que se sustenta que esta deveria ser considerada, uma vez que, ao conformar a atividade estatal, impõe-se a apropriação desses elementos para construção do sentido e alcance das normas jurídicas. Sustenta-se, portanto, que o constitucionalismo deve ser investigado em interface com métodos de aplicação da lei que assegurem a efetividade dos atos e processos da Administração Pública. Ressalta-se, também, que no plano do Direito Administrativo esse debate deve suceder, dado que hoje tal ramo do Direito se ressentia dessa atualização percebida na órbita do Direito Constitucional. Assim, o constitucionalismo indica caminhos que se complementam para se compreender os *deficits* de legitimidade e eficácia do texto legal, já que sustenta a atribuição de significado da lei à luz da estrutura normativa e da realidade social com a qual o intérprete se depara (RODRIGUES, 2012, *on-line*).

Rodrigues elenca alguns autores para indicar que tais teorias se ocupam da ampliação da produção dos efeitos do texto legal, em que pesem os traços de distinção existentes e vinculação a diferentes tradições filosóficas e teorias da justiça. Adota como marco teórico: a perspectiva sistêmica (LUHMANN, 1980; NEVES, 2009); a perspectiva da legitimação procedimental pela soberania popular (HABERMAS, 2003); a perspectiva da adoção de métodos que otimizem a força cogente das normas (ALEXY, 2008; GUNTHER, 2006); e a perspectiva da apropriação da realidade para uma abordagem construtivista e holística do Direito (MULLER, 2003; DWORKIN, 2010; CRUZ, 2001).

Portanto, a referência a Rodrigues justifica-se ante o propósito do presente capítulo, que é o de discutir a dimensão científica do problema da inefetividade de direitos, a partir da sociedade contemporânea complexa e sua afetação com relação ao Estado, à Constituição e, especialmente, ao controle no Direito Administrativo, articulando tal debate ao tema central, que toca à redução da função executiva à sua dimensão técnica e seus efeitos no exercício da função pública.

O constitucionalismo surge com a missão inicial de limitar o poder e efetivar direitos humanos e fundamentais em face das demandas históricas principalmente vinculadas à limitação do poder estatal e conquista das garantias individuais. Contudo, hoje, indica-se que é possível existir Constituição sem constitucionalismo (em ordenamentos em que as garantias não passam de “constitucionalizações simbólicas”), a fim de ilustrar que o seu significado é construído a partir da realidade, e esse processo orientado pela superação entre os hiatos entre a forma e a prática procedimental.

Conforme demonstra Marcelo Neves:

[...] sem autonomia da política em relação aos valores particulares de grupos familiares, étnicos e religiosos e aos interesses econômicos concretos, não se pode construir a democracia como apoio generalizado que possibilita o fechamento operativo do sistema político (2009, p. 56).

Corroborando com o pensamento de Rodrigues, parece adequada a consideração de que modernamente o significado de “Constituição” expandiu-se para além de um “documento escrito”. Por sua vez, Neves sustenta que, na modernidade, sua real acepção deva ser buscada no sentido semântico pragmático, em busca de uma Constituição real. Com efeito, esse modelo de constitucionalismo cunhado na modernidade (com vistas à limitação do poder estatal e efetividade de direitos fundamentais) encontra-se superado como atributo clássico da Teoria do Direito e do Estado, em virtude de cingir-se a um domínio territorial de incidência do texto normativo. Na contemporaneidade, Rodrigues entende que:

Considerando que o fenômeno da globalização minou o critério “território” como apto a designar/diferenciar a existência de um Estado, uma releitura do constitucionalismo e do papel e limites da Constituição e da ordem constitucional é necessária para indicar em que medida a nova ordem mundial pode ser pensada no contexto de problemas jurídico-políticos, também, sujeitos ao crivo da mundialização. Para Magalhães: “[...] a compreensão do significado do que é Constituição muda a partir de exigências de um mundo dinâmico e complexo” (2012, *on-line*).

Haja vista a integração do político e do social estarem influenciando concretamente na organização e funcionamento do Estado, e tendo em vista a nova forma de exigência de participação crescente nos produtos sociais, torna-se necessária, consoante já mencionado, uma abordagem do contexto social, político, estrutural, organizacional, funcional e a necessidade de eficácia nas atuações do Estado.

Para isso, por vezes é necessária a criação de vínculo jurídico com particulares, para a execução de suas obrigações, pois o Estado não é autossuficiente, utilizando-se de contratações, concessões, dentre outros institutos que necessitam de um procedimento específico, na sua maioria pela via de licitações, ou alguma forma prevista em Lei e na Constituição Federal, uma vez que o suprimento das necessidades dos administrados torna-se mais complexo, bem como toda a estrutura social, por conta de a velocidade de informações e as alterações comportamentais humanas estarem cada vez mais complexas e dinâmicas.

1.4 Administração Pública e seus novos paradigmas

Assim como todas as áreas do Direito, da ciência jurídica, vêm enfrentando uma crise de paradigmas — já que tendem a superar conceitos e premissas que lhes serviam de base, devendo ser substituídos por outros que sejam mais adequados com a evolução da sociedade massificada e pós-moderna —, o mesmo ocorre com o Direito Administrativo, haja vista que o Direito Público também passa pela mesma crise teórica visando ser compatível com a noção atual de Estado (MAFFINI, 2009, p. 112).

Apesar do entendimento de que o nascimento do Direito Administrativo se dera sob a égide de um fundamento de discurso libertário, resultante da prevalência da separação de poderes e da submissão do Estado à ordem jurídica vigente, deve-se ressaltar que apenas em tempos muito recentes tal ramo do Direito vem realizando a função para a qual fora criado, que seria assegurar os direitos e garantias fundamentais diante do Poder Público, uma vez que estes seriam os fundamentos jurídicos para haver Administração Pública dialógica.

O Direito Administrativo, como de resto todas as áreas da ciência jurídica, vem enfrentando uma crise de paradigmas, haja vista que tende a superar conceitos e premissas que lhe serviram de base, substituindo-os por outros mais consentâneos com o atual estágio evolutivo da sociedade pós-moderna e massificada. Enfim, o Direito Público vem buscando paradigmas teóricos compatíveis com a noção atual de Estado.

Tal fenômeno é sobremaneira relevante no caso do Direito Administrativo, uma vez que, embora o surgimento de tal área do conhecimento humano tenha sido fundamentada sob a égide de um discurso libertário, como uma categoria consecutória dos primados da separação de poderes e da submissão do Estado à ordem jurídica, trata-se de um ramo do direito que somente em tempos muito recentes vem realmente desempenhando o mister para o qual teria sido criado, isto é, de assecuração dos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos em face do poder público.

Com efeito, durante anos o Direito Administrativo serviu tão somente para a sistematização de um discurso que, em seu âmago, incumbia-se quase que exclusivamente da legitimação jurídica de um perfil autoritário de atuação estatal.

Não é árdua a tarefa de se depreender uma forte carga autoritária da noção vetusta de legalidade (ou legalismo) administrativa, da supremacia irrestrita do interesse público sobre o privado, da insindicabilidade judicial das decisões administrativas discricionárias, da unilateralidade/imperatividade. Tais institutos, por muito tempo, foram — e são, infelizmente, para alguns ainda — dogmas intransponíveis do Direito Administrativo. Trata-se de uma série de conceitos que, se não restaram empregados de modo intencionalmente autoritário por parte de quem os pronunciava, ao menos continham a grave potencialidade de sê-lo.

Num sinal de elogiável evolução, alvorece na doutrina pátria uma série de trabalhos que buscam a necessária adaptação do Direito Administrativo a um discurso efetivamente moderno e apto ao seu papel essencial, qual seja o de compatibilizar a existência de prerrogativas públicas, imprescindíveis à atuação estatal, com uma série de direitos e garantias fundamentais assegurados na Carta Política vigente, inserindo o ser humano na condição de aspecto nuclear na ordem jurídica, como se pode extrair já numa concepção topográfica da Constituição Federal de 1988, adequadamente concebida como cidadã.

Entre os inúmeros componentes desta moderna leitura do Direito Administrativo, destaca-se aqui um aspecto que, *ultima ratio*, pretende sobrelevar o papel do cidadão nas relações jurídico-administrativas. Em efeito, na perspectiva em superação, o cidadão (ou administrado) apresentava-se de modo absolutamente submissivo perante o Estado. Para um aprofundamento sobre tal ponderação, cumpre ressaltar as lições de Otero (2003:269-331), especialmente quando referido autor trata do que denominou “*ilusão garantística da gênese do Direito Administrativo*” (2003, p. 275). Destacam-se, nesse sentido: Moreira Neto (1992); Baptista (2003); e Binenbojm (2008).

Di Pietro afirma em suas lições que:

[...] Ora, sendo a Administração Pública, em seus vários aspectos, objeto central do direito administrativo, este se caracteriza essencialmente pela busca de um equilíbrio entre as prerrogativas da autoridade e os direitos individuais (2003, p. 09).

Neste aspecto, e também quanto à substituição da necessária supremacia do interesse público sobre particulares por uma constante ponderação entre os interesses públicos com os demais interesses em jogo, veja Justen Filho (1999, p. 115–136).

Um dos sintomas de textos constitucionais autoritários consiste na distribuição de temas que começam pela organização do Estado, passando pelo sistema tributário-financeiro, quando então chega a um tímido rol de direitos e garantias fundamentais. Na situação oposta, ou seja, em textos constitucionais verdadeiramente cidadãos, inicia-se por um rol de direitos e garantias fundamentais, colocando-se o ser humano como elemento nuclear de todo o sistema jurídico. Topograficamente, portanto, a Constituição Federal de 1988 não possui a nota autoritária que caracterizava a Constituição que a antecedeu.

Quanto à posição do cidadão na teoria do Direito Administrativo moderno, busca-se um novo paradigma, em que esse, demais de obviamente ser o destinatário da Administração Pública, coloca-se como um importante ator no cenário das relações jurídico-administrativas, o qual terá, juntamente com o Estado, o desiderato de construir as tomadas de decisões que lhe afetam e que afetam a sociedade como um todo. Trata-se de uma decorrência do princípio da participação, o qual há de se colocar em relevante patamar no horizonte de paradigmas que se inclinam à modernização e racionalização do Direito Administrativo. Desta forma, parece indispensável traçar um breve contorno da linha evolutiva dos modelos de Administração Pública, uma vez que se vinculam normativamente aos textos constitucionais e, portanto, estão ligados aos paradigmas constitucionais.

Primeiramente, utiliza-se a breve conceituação do que se entende por paradigma, especialmente para a ciência do Direito. Nas palavras de Raimundo Márcio Ribeiro de Lima: “(...) o paradigma se revela como uma referência dogmática-jurídica inovadora que, a despeito dos posicionamentos até então vigentes, e talvez por isso, apresenta novas formas de compreensão e resolução dos problemas para a ciência do direito” (2013, p. 73). Ou seja, o paradigma busca trazer uma melhor visão para a resolução dos problemas existentes, ainda assim, pode ser incapaz de solucionar a problemática da dogmática-jurídica, mantendo o seu objetivo, que seria a superação.

Com relação aos paradigmas constitucionais, Pâmela de Moura Santos leciona no sentido de que: “(...) três podem ser apontados: Estado de Direito, Estado Social e Estado

Democrático de Direito, cada um influenciando a gestão pública como um verdadeiro marco jurídico-político” (2016, p. 12).

Pode-se retirar disso que o Estado de Direito seria o modelo de Estado em que os cidadãos gozam de expressivo grau de segurança jurídica, onde “(...) o exercício do Poder público se encontra limitado pelas normas jurídicas e, dessa forma, se revele previsível” (LIMA, 2013, p. 74).

Em tempo, para Pâmella de Moura Santos: “(...) o Estado de Direito designa ordenamentos jurídicos em que os agentes públicos estão sujeitos à lei formal e material, centrado na liberdade do cidadão, consagrando em especial a liberdade (2016, p. 44).” Continua sua classificação salientando que, marcado por aspirações liberais, o Estado de Direito tem como característica os direitos fundamentais negativos.

Conforme Eduardo Cambi, isto significa que os direitos fundamentais negativos são pautados em ações negativas, a partir da abstenção estatal, uma vez que “(...) a liberdade implica a ausência de obstáculos, impostos pelo Estado, para que as pessoas exerçam suas escolhas e possam decidir quais os caminhos pretendem trilhar” (2011, p. 173).

Para justificar o modelo de Estado Social, posicionamento que parece ideal, continua Santos dizendo que:

Por sua vez, surge como um novo paradigma constitucional, superando a mera perspectiva liberal. Neste sentido, busca alcançar parâmetros mínimos de realizabilidade material por parte dos membros da sociedade, de maneira que as prestações estatais demandadas se prestem a suprir as evidentes necessidades do corpo social (2016, p. 44).

E a fortalecer este entendimento:

O advento do Estado Social trouxe plenitude aos direitos subjetivos (individuais) ao completá-los com os direitos sociais, pois “considerou-se que tão importante quanto reconhecer a esfera de direito necessário a assegurar a autonomia da vontade dos indivíduos é tomar a pessoa como membro de uma sociedade” (CAMBI, 2011, p. 176).

Para Santos, há que se frisar: “(...) Ainda, trouxe à tona a discussão entre liberdade e igualdade, pois neste novo modelo paradigmático foi possível perceber o embate entre aspirações liberais e igualitárias” (2016, p. 44).

Neste sentido, ressalta-se importante fragmento da obra de Eduardo Cambi:

No estado Liberal, todos eram iguais perante a lei. Consagrava-se a isonomia em sentido formal, pois a lei não se preocupava com as diferentes necessidades sociais. A lei, por ser geral e abstrata, não levava em consideração alguém em específico nem era feita para uma determinada hipótese, cabendo ao Judiciário atuar simplesmente atuar a vontade concreta da lei, pois qualquer tratamento diferenciado comprometeria sua imparcialidade e era visto como violado da igualdade.

Entretanto, é uma ilusão pensar que a generalidade e a abstração da lei asseguram, por si só, a certeza jurídica.

(...)

Se todos são tratados de igual maneira, sem considerar estarem em uma mesma situação fática e jurídica, não se promove a isonomia. Igualdade de fato depende da aceitação de desigualdades jurídicas (2011, p. 176–177).

Assim, busca-se traçar uma linha evolutiva dos modelos de Administração Pública, com vistas a observar que cada época constitucional tem sua tipologia de Administração Pública. Na sequência, explana-se brevemente sobre a visão habermasiana de esfera pública e democracia, para, ao final, trabalhar o instituto da participação.

Desde já importa mencionar que a Constituição Federal de 1988 prestigia o modelo de Administração Pública pautado no diálogo, sendo que diferentes dispositivos ao longo do texto constitucional demonstram claramente que o cidadão ganhou espaço relevante, deixando de ser um mero coadjuvante e destinatário da ação estatal, para tornar-se partícipe na construção da própria gestão.

Importa asseverar que, no caso brasileiro, ainda é possível verificar um descompasso entre os comandos constitucionais e o modelo de Administração Pública preponderante, ao passo que a intenção deste capítulo é chamar atenção para as diretrizes constitucionais e a amplitude da participação propiciada pelo constituinte em 1988.

Por certo, não se deve permitir que a Carta Maior se transforme em uma “constituição de papel”, ou seja, “uma espécie de simulacro que não pode ser reduzido à constituição substantiva” (ALVES, 2014, p. 45). Pelo contrário, a Constituição viva deve servir para impulsionar a democracia, e não silenciá-la.

1.5 Administração Pública patrimonial, burocrática e gerencial

Santos, de forma precisa, ora transcrita, realiza brevemente a menção da evolução de modelos de administração: de herança colonial, o modelo patrimonial não é voltado à consecução conjunta com a sociedade civil, ou seja, os negócios são vinculados ao patrimônio ou à propriedade, daí notoriamente a origem etimológica da expressão (2016, p. 52–54).

Raimundo Márcio Ribeiro Lima pontua que não é preciso um largo esforço cognitivo para compreender que o patrimonialismo brasileiro remonta ao anacrônico sistema português de gestão pública, pautado na força centralizadora das medidas tomadas pelos seus administradores, cujos propósitos são, muitas vezes, egoísticos ou simplesmente autocráticos (2013, p. 80).

Com efeito, em muitos municípios brasileiros, especialmente aqueles afastados dos grandes centros, ainda é possível verificar e se deparar com o modelo de gestão pública submerso numa “névoa de valores coloniais de subordinação da coisa pública à autoridade senhorial” (2013, p. 80).

No modelo patrimonial, as relações apresentam-se de forma estritamente pessoal e vinculadas a uma autoridade detentora de poder sobre os seus subordinados, inexistindo, portanto, um dever de atender a uma finalidade pautada numa diretriz impessoal e objetiva, há, então, uma verdadeira confusão entre a esfera privada e a pública.

Desta forma, percebe-se que a administração patrimonial não consente com a participação administrativa, já que isso representaria uma ameaça à atuação autocrática do detentor de poder, caracterizando-se como uma administração pautada na manutenção dos privilégios e defesa de mecanismos de dominação social.

Por outro lado, quanto ao modelo burocrático, a temática foi retratada por Max Weber da seguinte forma: “(...) Administração burocrática significa: dominação em virtude de conhecimento; este é o seu caráter fundamental especificamente racional” (2009, p. 147). A rigidez normativa presente na administração burocrática também pode resultar em ineficácia, por não concretizar os objetivos exigidos pela sociedade, a qual está em constante mutação. O Direito e a própria Administração Pública devem acompanhar a evolução social, e ser capazes de disciplinar e atender, respectivamente, as novas demandas surgidas no seio social.

Além disso, Max Weber já alertava que a administração burocrática proporciona ambiente propício à dominação, daí por que incompatível com a participação ampliada. Neste sentido:

[...] a administração puramente burocrática, portanto, a administração burocrático-monocrática mediante documentação, considerada do ponto de vista formal, é, segundo toda experiência, a forma mais racional de exercício de dominação (WEBER, 2009, p. 145).

Já a administração pública gerencial, como o próprio nome revela, “(...) apregoa uma sistemática de fiscalização e controle sobre o serviço público prestado pelos particulares

assim como a própria eficiência do serviço público prestado diretamente pelo Estado” (LIMA, 2013, p. 91). Diferente do método burocrático, no gerencial há uma preocupação com os fins, com os resultados perseguidos, sendo que a eficiência não se manifesta necessariamente no cumprimento das regras, mas no alcance concreto dos seus objetivos.

Mas é certo que “(...) a resposta gerencial ao modelo burocrático revelou um ponto decididamente evolutivo e inarredável em qualquer gestão pública moderna: a eficiência funcional deve permear toda a atuação administrativa” (LIMA, 2013, p. 98).

1.6 Administração Pública dialógica

A essência do Direito Administrativo não se pauta mais na antiga concepção puramente do interesse público, mas dos direitos fundamentais, que consiste na proteção do indivíduo adiante da atuação do Estado (LIMA, 2010, p. 74).

Os direitos fundamentais assumem posição significativa, pois reconhecem que o indivíduo tem, primeiro, direitos e, depois, deveres perante o Estado, e que os direitos que o Estado tem em relação ao indivíduo se ordenam ao objetivo de melhor cuidar das necessidades dos cidadãos, invertendo-se a concepção tradicional (BRANCO; COELHO; MENDES, 2008, p. 127–128).

Por esse motivo que “(...) os direitos fundamentais incorporam ao seu âmbito as prestações do Estado, as garantias institucionais, o sentido objetivo da norma e a qualificação valorativa” (BONAVIDES, 2001, p. 534).

A supremacia dos direitos fundamentais — assegurada aos cidadãos de um Estado Democrático de Direito — deverá ser observada em toda e qualquer decisão proferida pelo Poder Público, visando aflorar uma democracia participativa.

Canotilho, ao analisar o tema, promove o conceito de “democracia social” como “indicador” de movimentos sociais:

Quando atrás se aludiu às linhas de força do princípio democrático, deixou-se já assinalado que o conceito de democracia bem cedo passou de um conceito «literário» e de um conceito indissociado do problema de forma do Estado (a democracia como forma de Estado) para conceito político-social, verdadeiro «indicador» de movimentos sociais. Assim, o termo «democracia social» surge, inicialmente, para exprimir a ideia de República como «poder do povo», como «resultado da Revolução Social», como «forma constitucional» de realização de uma «nova sociedade». Para a distinguirem da simples «democracia política», os «democratas radicais» (ex.: LEDRU ROLIN) e os «socialistas democratas» pretendiam acentuar, através da

fórmula «democracia social», o tom programático-social do princípio democrático (CANOTILHO, 2001, p. 407).

Pode-se considerar que a Constituição Federal traz em seu próprio texto, a nível de garantias fundamentais individuais, tradicionalmente consagrado na doutrina e na jurisprudência, os direitos de petição e o de representação não apenas judicialmente, como administrativamente.

Tal como são um elemento constitutivo do Estado de direito, os direitos fundamentais são um elemento básico para a realização do princípio democrático. Mais concretamente: os direitos fundamentais têm uma função democrática dado que o exercício democrático do poder: (1) significa a contribuição de todos os cidadãos (arts. 48.º e 112.º) para o seu exercício (princípio direito da igualdade e da participação política); (2) implica participação livre assente em importantes garantias para a liberdade desse exercício (o direito de associação, de formação de partidos, de liberdade de expressão, são, por ex., direitos constitutivos do próprio princípio democrático); (3) coenvolve a abertura do processo político no sentido da criação de direitos sociais, económicos e culturais, constitutivos de uma democracia económica, social e cultural (art. 2.º). Realce-se esta dinâmica dialéctica entre os direitos fundamentais e o princípio democrático. Ao pressupor a participação igual dos cidadãos, o princípio democrático entrelaça-se com os direitos subjectivos de participação e associação, que se tornam, assim, fundamentos funcionais da democracia. Por sua vez, os direitos fundamentais, como direitos subjectivos de liberdade, criam um espaço pessoal contra o exercício de poder antidemocrático, e como direitos legitimadores de um domínio democrático asseguram o exercício da democracia mediante a exigência de garantias de organização e de processos com transparência democrática (princípio maioritário, publicidade crítica, direito eleitoral). Por fim, como direitos subjectivos a prestações sociais, económicas e culturais, os direitos fundamentais constituem dimensões impositivas para o preenchimento intrínseco, através do legislador democrático, desses direitos. Foi esta compreensão que inspirou logo o art. 2.º da CRP ao referir-se a Estado democrático baseado na soberania popular e na garantia dos direitos fundamentais (cfr. art. 2.º) (CANOTILHO, 2001, p. 431).

O princípio da participação, ora em comento, não autoriza ao administrador tomar decisões discricionárias segundo um “auditório” que inclua a si próprio como único interlocutor. Pelo contrário, pela participação abre-se o “auditório” aos interessados aos cultos e assuntos públicos, alargando-se sobremaneira o leque daqueles que devem ser convencidos pela decisão do administrador (SILVA, 2000, p. 23).

Maria Sylvia Zanella Di Pietro destaca que é na terceira fase da evolução da Administração Pública, no caso a Administração Pública do Estado Democrático de Direito, que a participação do particular se dá mediante atuação direta na gestão e no controle desta.

Neste sentido afirma: “(...) a participação popular é uma característica essencial do Estado de Direito Democrático, porque ela aproxima mais o particular da Administração, diminuindo ainda mais as barreiras entre o Estado e a sociedade” (2003, p. 133). Um dos obstáculos a ser ultrapassado é a ideia de redução da soberania popular a mera ideologia, para não dizer, rechaçada, na realidade dos Estados constitucionais modernos.

Nesses termos, Friedrich Müller:

Tudo o que o povo até agora empreendeu em matéria de elaboração de constituições teve um caráter mais mediado do que imediato, foi mais símbolo do que realidade. Mesmo tocante ao procedimento aqui discutido, amparado no direito positivo, de elaborar democraticamente uma Constituição e/ou deixar colocá-la em vigor, o esforço não vai, por um lado, além da mediação (a Constituição é elaborada por um grêmio de representantes do povo), enquanto, por outro lado, o plebiscito sobre a aceitação do texto constitucional está aberto a todas as formas conhecidas e praticadas de manipulação. Ainda numa preparação da Constituição pelo povo no sentido de uma discussão extensa e ampla no seio da população, o esforço não vai além da estrutura da representação: barreiras de especialização, bem como o problema da inércia fundamental do povo (MÜLLER, 2003, *apud* MARQUES, 2010, p. 7161–7162).

Por tais visões, bem se demonstra o quadro da realidade brasileira:

A palavra democracia pode ser traduzida como um meio para a realização dos valores essenciais da convivência humana, por meio da participação dos cidadãos diretamente na gerência dos atos estatais. Repousa ela, assim, sobre dois princípios fundamentais: o princípio da soberania e o princípio da participação popular, que conjugados tendem a realização dos valores da igualdade e da liberdade (MARQUES, 2010, p. 7175).

É defendida uma processualização da atividade administrativa, neste sentido, Di Pietro confere um conceito elástico à categoria processo administrativo:

[...] existe sempre como instrumento indispensável para o exercício da função administrativa; tudo o que a Administração Pública faz, operações materiais e atos jurídicos, fica documentado em um processo; cada vez que ela for tomar uma decisão, executar uma obra, celebrar um contrato, editar um regulamento, o ato final sempre é precedido de uma série de atos materiais ou jurídicos, consistentes em estudos, pareceres, informações, laudos, audiências, enfim, tudo o que for necessário para instruir, preparar, fundamentar o ato final objetivado pela Administração (2003, p. 589).

Reforça-se, pois, a importância da existência de um sistema interligado, para que se alcance a “Justiça”, pautando-se na morosidade judiciária, deixando de trazer ao sistema a

retomada dos meios administrativos, que tratam de uma relação bilateral, em que não se tem a intervenção do Poder Judiciário, fato que enseja na movimentação de mais um órgão da Administração.

Mencionam as formas alternativas de solução de conflito restringindo-se na conciliação e mediação, deixando às margens a possibilidade de posicionamento administrativo, o que viabilizaria a minimização de processos judiciais, assim:

Afinal, a celeridade não é um valor que deva ser perseguido a qualquer custo. “Para muita gente, na matéria, a rapidez constitui o valor por excelência, quiçá o único. Seria fácil invocar aqui um rol de citação de autores famosos, apostados em estigmatizar a morosidade processual. Não deixam de ter razão, sem que isso implique — nem mesmo quero crer, no pensamento desses próprios autores — hierarquização rígida que não reconheça como imprescindível, aqui e ali, ceder a passo a passo a outros valores. Se uma justiça lenta demais é decerto uma justiça má, daí não se segue que uma justiça muito rápida seja necessariamente uma justiça boa. O que todos devemos querer é que a pretensão jurisdicional venha a ser melhor do que é. Se para torná-la melhor é preciso acelerá-la, muito bem: não, contudo a qualquer preço” (MOREIRA, 2001, p. 232).

Em concordância com o acima mencionado:

O homem necessita de segurança para conduzir, planificar e conformar autônoma e responsabilmente a sua vida. Por isso, desde cedo se consideravam os princípios da segurança jurídica e da proteção à confiança como elementos constitutivos do Estado de Direito. Esses dois princípios — segurança jurídica e proteção da confiança — andam estreitamente associados, a ponto de alguns autores considerarem o princípio da confiança como um subprincípio ou como uma dimensão específica da segurança jurídica. Em geral, considera-se que a segurança jurídica está conexada com elementos objetivos da ordem jurídica — garantia de estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização do direito — enquanto a proteção da confiança se prende mais com os componentes subjetivos da segurança, designadamente a calculabilidade e previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos dos actos (CANOTILHO, 2000, p. 256).

No tocante ao Estado e à Administração Pública em suas relações com os seus servidores e administrados, verifica-se que não é abordada uma possibilidade de resgate ao processo administrativo, o qual teria elementos suficientes para a boa adequação nas referidas situações.

No que se refere ao momento histórico do ordenamento jurídico, pode-se reportar ao Constitucionalismo, em conformidade com aquilo que Virgílio Afonso da Silva, com base no que o autor francês Favoreu chama de “efeitos indiretos” (2014, p. 38–49), uma vez que os

diretos seriam os acima expostos, porém distintos dos efeitos propriamente ditos, decorrentes da constitucionalização em si, não do processo de constitucionalização, uma unificação da ordem jurídica.

Em consonância com o pretendido no presente trabalho, Silva traz que, a partir dos ensinamentos de Favoreu, são duas as frentes para a referida unificação: “As normas constitucionais tornam-se progressivamente o fundamento comum dos diversos ramos do direito” (2014, p. 38–49), ou seja, a perda da importância dos chamados princípios gerais de direito em favor das normas constitucionais, salientando que ainda não foi plenamente assimilado pela jurisprudência.

Há uma impregnação das normas constitucionais nos diversos ramos do Direito, o que é um ponto central do processo de constitucionalização, especialmente para a interpretação do direito infraconstitucional; de forma que a distinção entre direito público e direito privado é relativizada.

Como consequência da elevação das normas constitucionais e o enfraquecimento dos princípios gerais do direito, esta unificação da ordem jurídica passou a exigir uma relativização da distinção clássica entre direito público e direito privado, com base na difusão desses “novos princípios gerais”, pois não seria obstada pela dualidade de jurisdição existente na França.

Com um enfoque constitucional, é a legalidade o reduto básico das atividades administrativas, ressaltando-se os ensinamentos de Seabra Fagundes, segundo o qual “administrar é atuar a lei de ofício” (*apud* DALLARI, 2007, p. 28). Portanto, fundamental a pertinência em respaldar na Constituição Federal os princípios expressos e implícitos, que determinam e informam a interpretação das normas, referentes ao processo administrativo.

O princípio da confiança, trazido por Canotilho, como já mencionado, só será alcançado levando em conta o posicionamento dos autores acima descritos, haja vista que são convergentes ao entendimento de que os princípios norteadores da Administração Pública, principalmente os que regem a relação para com os administrados, podem ser extraídos da Constituição Federal expressa ou implicitamente, de modo que em ambos os casos a sua incidência e eficácia independem de quaisquer atos positivadores, ou seja, indispensáveis para garantir os direitos fundamentais que protegem tanto o Estado quanto os cidadãos.

Mister a abordagem de Pâmella de Moura Santos (2016, p. 64) ao lembrar que é a partir do espaço público, quando as pessoas discordam, que se torna possível restabelecer o consenso, já que a sociedade civil tem papel importante para a revigoração das discussões do espaço privado para o espaço público, este, por sua vez, interpretado como uma verdadeira

caixa de ressonância, em que os problemas a serem elaborados pelo sistema político encontram eco:

Este espaço público político foi descrito como uma caixa de ressonância onde os problemas a serem elaborados pelo sistema político encontram eco. Nesta medida, a esfera pública é um sistema de alarme dotado de sensores não especializados, porém, sensíveis no âmbito de toda a sociedade. Na perspectiva de uma teoria da democracia, a esfera pública que reforçar a pressão exercida pelos seus problemas, ou seja, ela não pode limitar-se a percebê-los e a identifica-los, devendo, além disso, tematizá-los e dramatizá-los de modo convincente e eficaz, a ponto de serem assumidos e elaborados pelo complexo parlamentar. E a capacidade de elaboração dos próprios problemas, que é limitada, tem que ser utilizada para um controle ulterior do tratamento dos problemas no âmbito político (HABERMAS, 2011, p. 92).

Pâmella de Moura Santos utiliza Habermas como referencial teórico para concluir que contribuiu de forma contundente para a pesquisa proposta ao reconhecer o papel fundamental da esfera pública e da sociedade civil, bem como o equilíbrio entre a esfera pública e privada, visto que, por meio da participação dos atores, é possível abrir um canal entre o cidadão comum, suas demandas cotidianas e o poder politicamente exercido:

O limiar entre esfera privada e esfera pública não é definido através de temas ou relações fixas, porém, através de condições de comunicação modificadas. Estas modificam certamente o acesso, assegurando, de um lado, a intimidade e, de outro a publicidade, porém, elas não isolam simplesmente a esfera privada da esfera pública, pois canalizam o fluxo de temas de uma esfera para outra. A esfera pública retira seus impulsos da assimilação privada de problemas sociais que repercutem nas biografias particulares (2016, p. 99).

Justifica-se tal referencial, uma vez que Habermas foi vanguardista na percepção acerca das possibilidades de mudança que a esfera pública pode produzir no âmbito da sociedade e com isso refletir no próprio sistema político-jurídico. Ainda, de forma magistral, expôs que a autonomia privada e autonomia pública precisam ser mediadas e equânimes para que uma não prejudique a outra, de modo a legitimar o Direito como um meio para a garantia de ambas.

Neste sentido, pontua Oliveira:

A autonomia jurídica surge sob a dupla forma de autonomia pública enquanto autores das normas jurídicas e da autonomia privada enquanto destinatários das normas jurídicas em razão da obrigatoriedade do Direito remontar não apenas a processos legislativos institucionalizados constitucionalmente segundo o princípio democrático, mas também a processos administrativos e jurisdicionais que garantam as condições

institucionais, respectivamente, para a realização de programas administrativos e para discursos jurídicos de aplicação normativa (2007, p. 17).

Apesar do fato de a filosofia de Habermas não ter por destinatário o contexto sócio-político brasileiro, resta evidente a estima atribuída à necessidade de fortalecimento do espaço público. Por isso, sua escolha como fundamento teórico da pesquisa ante a importância atribuída à deliberação extraída de sua filosofia, a fim de demonstrar que o fortalecimento da esfera pública pode aproximar os atores sociais às necessidades locais, resultando, naturalmente, em políticas públicas mais adequadas à realidade da sociedade multicultural, a qual vem se apresentando como fruto, por certo, da era global (SANTOS, 2016, p. 65).

Mais que isso, quanto maior a participação social, mais qualitativo tende a ser o controle da agenda pública, conseqüentemente, o controle dos recursos públicos também se torna mais factível, assim como o surgimento de políticas públicas que atendam às necessidades da comunidade local.

Sua importância resta nítida, à temática da participação no Brasil para, posteriormente, tratar da questão afeta ao controle social e a publicidade. Desta forma, há na atualidade a necessidade de uma maior participação do cidadão, a qual deve ser interpretada em concordância com o contexto previsto na Constituição Federal de 1988.

2 CONSTITUCIONALISMO E SUA CONCEPÇÃO ANALÍTICA

Esta análise permite resgatar a opulência conceitual dos ideais de constitucionalismo. Como uma alternativa ao projeto de Estado de Direito, remete à necessidade de resgate dos ideais do constitucionalismo, que será objeto de análise no tópico abaixo.

Como já mencionado, impossível a desvinculação de análise dos ramos do Direito sem olhar para as diretrizes constitucionais, desta forma, utilizando Canotilho, Bonavides e Barroso como referenciais teóricos, traz-se a importância do constitucionalismo e suas implicações, ressaltando que os autores serão parafraseados, até mesmo transcritos, ante a intenção de manter imaculado o pensamento dos mesmos.

Nas palavras de Canotilho:

Constitucionalismo é a teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade. Neste sentido, o constitucionalismo moderno representará uma técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos (2008).

Referido autor relata que a história do constitucionalismo português está por fazer. Além de não existirem histórias globais sobre mais de um século e meio de Estado constitucional, bem como monografias e estudos parciais suficientemente iluminantes da história social portuguesa respeitantes ao mesmo período, as tentativas até agora empreendidas da história constitucional portuguesa são também insuficientes: (1) ou são propostas metodologicamente ultrapassadas assentes numa concepção positivista de história do direito (história das fontes ou história da dogmática jurídica); (2) ou dissolvem uma história regional, como deve ser a história constitucional, numa história integral (CANOTILHO, 1993, p. 245).

Canotilho afirma que o direito constitucional, como direito conformador do político, é necessariamente o direito de uma realidade social, historicamente determinada. A indissociabilidade do político e do jurídico aponta para a indeclinável compreensão do direito político no âmbito de uma *história constitucional*, concebida não apenas como uma história das constituições escritas, mas também como *história da constituição* e da *administração* e, conseqüentemente, como *história social*.

Nesta perspectiva, a história do direito constitucional não é apenas nem fundamentalmente a *história do texto*; é também, e, sobretudo, a história do

contexto (o conjunto de *práticas* constitucionais e de *estratégias*), o que o coloca no cerne da própria *produção histórica e social*. Isto não significa, porém, como vai ver-se, a aceitabilidade de uma "história constitucional" com base na "constituição social" (*Sozialverfassung*) (CANOTILHO, 1993, p. 245).

A proposta anteriormente formulada por Canotilho (1999, p. 244) ressalva que devem reconhecer-se sérios riscos de indeterminação quanto ao objecto: se a história constitucional é história social, quais os critérios, quais os espaços e quais os limites que possibilitam a construção de uma história regional, com objecto específico, diferente da história política global? Se a história constitucional não se reduz ao direito (e muito menos às fontes escritas e à dogmática), como manter a relativa autonomia do jurídico relativamente às outras instâncias (sobre tudo ideológico-políticas)?

Para as perguntas formuladas, considera que esta dificuldade conduziu a ciência jurídica francesa a distinguir entre *Histoire Constitutionnelle*, desenvolvida a partir das constituições jurídicas escritas, e *Histoire des Institutions*, construída em torno das constituições-instituições (órgãos de produção legislativa, agentes de concretização jurídica, escolas etc.). Estas considerações justificam as posições teóricas de alguns autores, para os quais a história constitucional continuará a ser uma "história da estrutura política", uma "história parcial", embora com numerosas conexões com o conjunto dos outros factores históricos. Também aqui a máxima de que o "todo é o verdadeiro" merecerá reticências (CANOTILHO, 1999, p. 246).

Não obstante se continuar a falar hoje de «História do Direito Constitucional», de «História do Direito Público», de «História do Direito Privado», existe uma significativa convergência entre os historiadores na oposição a esquemas redutivos da história constitucional (*Verfassungsgeschichte*) a uma simples «história do direito» (*Rechtsgeschichte*). A eles se deve a demonstração da unilateralidade caracterizadora da «ideologia da separação» (*Trennungsdenken*, denunciado por G. BRUNNER), conducente a uma dicotomia radical entre história do direito e determinantes político-sociais. Em tempos recentes, a sobrevivência da ideologia da separação procurou ancorar-se no programa hermenêutico-metodológico. Nesta perspectiva, a história constitucional reconduzir-se-ia à interpretação e aplicação do texto constitucional, ou seja, a uma história dogmática das constituições. Se a consideração dos textos constitucionais (*rectius* do direito constitucional) representa, no presente curso, um ponto de partida para uma *Histoire Constitutionnelle*, nem por isso a história constitucional se reconduz a descrições históricas e positivísticas das fontes e da dogmática constitucional (CANOTILHO, 1999, p. 246).

Canotilho entende que, se impõe, assim, a combinação de uma leitura “institucional” das questões estruturais do constitucionalismo português com uma leitura “constitucional” assente na análise dos textos constitucionais que se foram sucedendo na nossa história constitucional. Isto por duas razões: (1) a *verdade político-constitucional* é, a maior parte das vezes, uma *história externa* aos documentos constitucionais (exs.: interferência de potências estrangeiras, jogo diplomático); (2) um conceito operativo de constituição, no plano historiográfico, deve aproximar-se da forma estrutural político-social de uma época, o que aponta para uma noção de constituição mais ampla do que a de simples documento escrito (1999, p. 248).

Para melhor esclarecimento de qual fora o desenvolvimento da Constituição e os paradigmas do Estado ao longo de movimentos ideológicos, traz-se ao bojo do presente algumas das vertentes entendidas como as mais marcantes para o objeto deste trabalho, assim, continuando com os ensinamentos de Bonavides, para corroborar com a necessidade de uma democracia participativa pautada na Constituição Federal.

Bonavides (2001, p. 29) inicia elencando que o constitucionalismo da democracia participativa é o mesmo constitucionalismo de luta que prevaleceu no ocidente, quando os países do Primeiro Mundo proclamavam repúblicas, promulgavam Constituições ou, em evasivas conservadoras de apego e afeição ao passado, instalavam monarquias constitucionais, afiançando a sobrevivência política dos tronos e das dinastias ameaçadas. Continua enfatizando o fato de ser por igual, doravante, o constitucionalismo dos países da periferia, em que o espírito da Constituição tem o mesmo sentido histórico que teve o espírito das leis no século da revolução, quando a França liquidou o Absolutismo.

Explica que O *Espírito das Leis*, de Montesquieu, e o *Contrato Social*, de Rousseau, foram as obras mais influentes e clássicas na elaboração da doutrina do velho liberalismo e sua ideologia de mutação das bases sociais em proveito da nova classe dominante, ou seja, a máquina do poder absoluto e dos privilégios feudais, mantida e criada pelo *ancien régime* e pela arrogância de seus reis de direito divino, desmantelou-se e produziu um estrondo cuja ressonância chega aos dias atuais, a perdurar ainda com a memória dos eventos revolucionários daquela época.

Bonavides enfatiza que as nações do Velho Mundo, durante aquela idade de mudança e rebelião social, espargiam o sangue de seus povos nas guerras civis do Continente, bem como de que se tratavam de guerras de inspiração libertária, nascidas das ideias propagadas e propugnadas pelos publicitas e filósofos da Revolução Francesa. Salienta, ainda, que pelas invasões napoleônicas, estendendo-se por toda a Europa, se tomaram, depois,

deveras significativas a esse respeito. A ditadura imperial, tomando a forma do passado, conduzia, porém, às sementes que germinavam o futuro. O presente se consagrava mediante o Código, e o porvir mediante a Constituição (BONAVIDES, 2001, p. 29).

Ante o conceito de Constituição, extraído do Oxford Dictionary, pode-se dizer que significa a forma ou composição que determina a natureza de algo. Encontra-se precisamente com o aspecto político das questões mencionadas, pois eram os acontecimentos políticos que se encontravam por trás das mudanças de concepções do que deveria ser qualquer Constituição.

Ou seja, em qualquer Estado em que não se observe a distinção entre Constituição e Governo, inexiste a verdadeira Constituição, já que esta perece do controle, estando, desta forma, diante de um Estado déspota.

Com base neste entendimento, a defesa de uma força normativa constitucional, aliada ao fato de necessária segurança jurídica e eficácia do ordenamento jurídico, é basilar para a manutenção e adequação do funcionamento da “máquina” administrativa, convergindo para o efetivo papel do Estado em suprir as necessidades de seus administrados, em todas as suas searas.

O fato é que, analisando a história, verifica-se um problema constante e ainda não superado, quanto à relação entre o governo e o povo, haja vista que a doutrina dominante, reportando-se aos pensadores acima mencionados, demonstra a necessidade de uma Constituição para o melhor desenvolvimento estatal, da sociedade e instauração da ordem jurídica, como será abordado no rol dos princípios.

Barroso (2005, *on-line*) traz em seu trabalho, “Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito”, vertentes analíticas sobre o tema, quais sejam os marcos histórico, filosófico e teórico, conforme será abaixo abordada.

Inicia realizando a análise do marco histórico do novo direito constitucional:

[...] na Europa continental, foi o constitucionalismo do pós-guerra, especialmente na Alemanha e na Itália. No Brasil, foi a Constituição de 1988 e o processo de redemocratização que ela ajudou a protagonizar (BARROSO, 2005, *on-line*).

Barroso menciona que:

A reconstitucionalização da Europa, imediatamente após a 2ª Grande Guerra e ao longo da segunda metade do século XX, redefiniu o lugar da Constituição e a influência do direito constitucional sobre as instituições

contemporâneas. A aproximação das ideias de constitucionalismo e de democracia produziu uma nova forma de organização política, que atende por nomes diversos: Estado democrático de direito, Estado constitucional de direito, Estado constitucional democrático. Seria mau investimento de tempo e energia especular sobre sutilezas semânticas na matéria (2005, *on-line*).

Salienta que:

A principal referência no desenvolvimento do novo direito constitucional é a Lei Fundamental de Bonn (Constituição alemã), de 1949, e, especialmente, a criação do Tribunal Constitucional Federal, instalado em 1951. A partir daí teve início uma fecunda produção teórica e jurisprudencial, responsável pela ascensão científica do direito constitucional no âmbito dos países de tradição romano-germânica (BARROSO, 2005, *on-line*).

Enfatiza que:

A segunda referência de destaque é a da Constituição da Itália, de 1947, e a subsequente instalação da Corte Constitucional, em 1956. Ao longo da década de 70, a redemocratização e a reconstitucionalização de Portugal (1976) e da Espanha (1978) agregaram valor e volume ao debate sobre o novo direito constitucional (BARROSO, 2005, *on-line*).

Retrata que: “No caso brasileiro o renascimento do direito constitucional se deu, igualmente, no ambiente de reconstitucionalização do país, por ocasião da discussão prévia, convocação, elaboração e promulgação da Constituição de 1988” (BARROSO, 2005, *on-line*).

Entende que:

Sem embargo de vicissitudes de maior ou menor gravidade no seu texto, e da compulsão com que tem sido emendada ao longo dos anos, a Constituição foi capaz de promover, de maneira bem sucedida, a travessia do Estado brasileiro de um regime autoritário, intolerante e, por vezes, violento, para um Estado Democrático de Direito.

Barroso complementa dizendo:

[...] a Carta de 1988 tem propiciado o mais longo período de estabilidade institucional da história republicana do país. E não foram tempos banais. Ao longo da sua vigência, destituiu-se por *impeachment* um Presidente da República, houve um grave escândalo envolvendo a Comissão de Orçamento da Câmara dos Deputados, foram afastados Senadores importantes no esquema de poder da República, foi eleito um Presidente de oposição e do Partido dos Trabalhadores, surgiram denúncias estridentes envolvendo esquemas de financiamento eleitoral e de vantagens para parlamentares, em

meio a outros episódios. Em nenhum desses eventos houve a cogitação de qualquer solução que não fosse o respeito à legalidade constitucional. Nessa matéria, percorremos em pouco tempo todos os ciclos do atraso (BARROSO, 2005, *on-line*).

Termina a análise histórica da Constituição de 1988, sustentando que:

[...] o direito constitucional no Brasil passou da desimportância ao apogeu em menos de uma geração. Uma Constituição não é só técnica. Tem de haver, por trás dela, a capacidade de simbolizar conquistas e de mobilizar o imaginário das pessoas para novos avanços. O surgimento de um *sentimento constitucional* no País é algo que merece ser celebrado. Trata-se de um sentimento ainda tímido, mas real e sincero, de maior respeito pela Lei Maior, a despeito da volubilidade de seu texto. É um grande progresso. Superamos a crônica indiferença que, historicamente, se manteve em relação à Constituição. E, para os que sabem, é a indiferença, não o ódio, o contrário do amor (BARROSO, 2005, *on-line*).

Barroso aborda o marco filosófico do novo Direito Constitucional afirmando tratar-se do pós-positivismo, sustentando que:

[...] o debate acerca de sua caracterização situa-se na confluência das duas grandes correntes de pensamento que oferecem paradigmas opostos para o Direito: o jusnaturalismo e o positivismo. Opostos, mas, por vezes, singularmente complementares. A quadra atual é assinalada pela superação — ou, talvez, sublimação — dos modelos puros por um conjunto difuso e abrangente de idéias, agrupadas sob o rótulo genérico de pós-positivismo (2005, *on-line*).

Barroso entende que:

O jusnaturalismo moderno, desenvolvido a partir do século XVI, aproximou a lei da razão e transformou-se na filosofia natural do Direito. Fundado na crença em princípios de justiça universalmente válidos, foi o combustível das revoluções liberais e chegou ao apogeu com as Constituições escritas e as codificações. Considerado metafísico e anti-científico, o direito natural foi empurrado para a margem da história pela ascensão do positivismo jurídico, no final do século XIX. Em busca de objetividade científica, o positivismo equiparou o Direito à lei, afastou-o da filosofia e de discussões como legitimidade e justiça e dominou o pensamento jurídico da primeira metade do século XX. Sua decadência é emblematicamente associada à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha, regimes que promoveram a barbárie sob a proteção da legalidade. Ao fim da 2^a. Guerra, a ética e os valores começam a retornar ao Direito (2005, *on-line*).

Finaliza mencionando que:

A superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação. O pós-positivismo busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas (BARROSO, 2005, *on-line*).

Sampaio leciona que:

A interpretação e aplicação do ordenamento jurídico hão de ser inspiradas por uma teoria de justiça, mas não podem comportar voluntarismos ou personalismos, sobretudo os judiciais. No conjunto de idéias ricas e heterogêneas que procuram abrigo neste paradigma em construção incluem-se a atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica constitucional; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana. Nesse ambiente, promove-se uma reaproximação entre o Direito e a filosofia (SAMPAIO, 2006, p. 101).

Barroso analisa, também, a vertente no plano teórico, onde afirma que:

[...] três grandes transformações subverteram o conhecimento convencional relativamente à aplicação do direito constitucional: a) o reconhecimento de força normativa à Constituição; b) a expansão da jurisdição constitucional; c) o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. A seguir, a análise sucinta de cada uma delas (2005, *on-line*).

A primeira seria o que chama de “a força normativa da Constituição”, quando diz que:

Uma das grandes mudanças de paradigma ocorridas ao longo do século XX foi a atribuição à norma constitucional do status de norma jurídica. Superou-se, assim, o modelo que vigorou na Europa até meados do século passado, no qual a Constituição era vista como um documento essencialmente político, um convite à atuação dos Poderes Públicos. A concretização de suas propostas ficava invariavelmente condicionada à liberdade de conformação do legislador ou à discricionariedade do administrador. Ao Judiciário não se reconhecia qualquer papel relevante na realização do conteúdo da Constituição (2005, *on-line*).

Ainda de acordo com Barroso:

Com a reconstitucionalização que sobreveio à 2ª Guerra Mundial, este quadro começou a ser alterado. Inicialmente na Alemanha e, com maior retardo, na Itália. E, bem mais à frente, em Portugal e na Espanha. Atualmente, passou a ser premissa do estudo da Constituição o

reconhecimento de sua força normativa, do caráter vinculativo e obrigatório de suas disposições. Vale dizer: as normas constitucionais são dotadas de imperatividade, que é atributo de todas as normas jurídicas, e sua inobservância há de deflagrar os mecanismos próprios de coação, de cumprimento forçado. A propósito, cabe registrar que o desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial na matéria não eliminou as tensões inevitáveis que se formam entre as pretensões de normatividade do constituinte, de um lado, e, de outro lado, as circunstâncias da realidade fática e as eventuais resistências do *status quo*.

O debate acerca da força normativa da Constituição só chegou ao Brasil, de maneira consistente, ao longo da década de 80, tendo enfrentado as resistências previsíveis. Além das complexidades inerentes à concretização de qualquer ordem jurídica, padecia o país de patologias crônicas, ligadas ao autoritarismo e à insinceridade constitucional. Não é surpresa, portanto, que as Constituições tivessem sido, até então, repositórios de promessas vagas e de exortações ao legislador infraconstitucional, sem aplicabilidade direta e imediata. Coube à Constituição de 1988, bem como à doutrina e à jurisprudência que se produziram a partir de sua promulgação, o mérito elevado de romper com a posição mais retrógrada (BARROSO, 2005, p. 07–08).

Sobre a nova interpretação constitucional, Barroso entende que é uma modalidade de interpretação jurídica:

Tal circunstância é uma decorrência natural da força normativa da Constituição, isto é, do reconhecimento de que as normas constitucionais são normas jurídicas, compartilhando de seus atributos. Porque assim é, aplicam-se à interpretação constitucional os elementos tradicionais de interpretação do Direito, de longa data definidos como o gramatical, o histórico, o sistemático e o teleológico. Cabe anotar, neste passo, para adiante voltar-se ao tema, que os critérios tradicionais de solução de eventuais conflitos normativos são o hierárquico (lei superior prevalece sobre a inferior), o temporal (lei posterior prevalece sobre a anterior) e o especial (lei especial prevalece sobre a geral).

Sem prejuízo do que se vem de afirmar, o fato é que as especificidades das normas constitucionais levaram a doutrina e a jurisprudência, já de muitos anos, a desenvolver ou sistematizar um elenco próprio de princípios aplicáveis à interpretação constitucional. Tais princípios, de natureza instrumental, e não material, são pressupostos lógicos, metodológicos ou finalísticos da aplicação das normas constitucionais. São eles, na ordenação que se afigura mais adequada para as circunstâncias brasileiras: o da supremacia da Constituição, o da presunção de constitucionalidade das normas e atos do Poder Público, o da interpretação conforme a Constituição, o da unidade, o da razoabilidade e o da efetividade.

Antes de prosseguir, cumpre fazer uma advertência: a interpretação jurídica tradicional não está derrotada ou superada como um todo. Pelo contrário, é no seu âmbito que continua a ser resolvida boa parte das questões jurídicas, provavelmente a maioria delas. Sucede, todavia, que os operadores jurídicos e os teóricos do Direito se deram conta, nos últimos tempos, de uma situação de carência: as categorias tradicionais da interpretação jurídica não são inteiramente ajustadas para a solução de um conjunto de problemas ligados à realização da vontade constitucional. A partir daí deflagrou-se o processo de

elaboração doutrinária de novos conceitos e categorias, agrupados sob a denominação de *nova interpretação constitucional*, que se utiliza de um arsenal teórico diversificado, em um verdadeiro sincretismo metodológico. Procede-se, a seguir, a uma breve comparação entre os dois modelos (BARROSO, 2005, p. 15).

Barroso explica que:

A interpretação jurídica tradicional desenvolveu-se sobre duas grandes premissas: (i) quanto ao *papel da norma*, cabe a ela oferecer, no seu relato abstrato, a solução para os problemas jurídicos; (ii) quanto ao papel do *juiz*, cabe a ele identificar, no ordenamento jurídico, a norma aplicável ao problema a ser resolvido, revelando a solução nela contida. Vale dizer: a resposta para os problemas está integralmente no sistema jurídico e o intérprete desempenha uma função técnica de conhecimento, de formulação de juízos de fato. No modelo convencional, as normas são percebidas como *regras*, enunciados descritivos de condutas a serem seguidas, aplicáveis mediante *subsunção*.

Com o avanço do direito constitucional, as premissas ideológicas sobre as quais se erigiu o sistema de interpretação tradicional deixaram de ser integralmente satisfatórias. Assim: (i) quanto ao *papel da norma*, verificou-se que a solução dos problemas jurídicos nem sempre se encontra no relato abstrato do texto normativo. Muitas vezes só é possível produzir a resposta constitucionalmente adequada à luz do problema, dos fatos relevantes, analisados topicamente; (ii) quanto ao *papel do juiz*, já não lhe caberá apenas uma função de conhecimento técnico, voltado para revelar a solução contida no enunciado normativo. O intérprete torna-se co-participante do processo de criação do Direito, completando o trabalho do legislador, ao fazer valorações de sentido para as cláusulas abertas e ao realizar escolhas entre soluções possíveis.

Estas transformações noticiadas acima, tanto em relação à norma quanto ao intérprete, são ilustradas de maneira eloqüente pelas diferentes categorias com as quais trabalha a nova interpretação. Dentre elas incluem-se as cláusulas gerais, os princípios, as colisões de normas constitucionais, a ponderação e a argumentação. Abaixo uma breve nota sobre cada uma delas. As denominadas *cláusulas gerais* ou conceitos jurídicos indeterminados contêm termos ou expressões de textura aberta, dotados de plasticidade, que fornecem um início de significação a ser complementado pelo intérprete, levando em conta as circunstâncias do caso concreto. A norma em abstrato não contém integralmente os elementos de sua aplicação. Ao lidar com locuções como ordem pública, interesse social e boa fé, dentre outras, o intérprete precisa fazer a valoração de fatores objetivos e subjetivos presentes na realidade fática, de modo a definir o sentido e o alcance da norma. Como a solução não se encontra integralmente no enunciado normativo, sua função não poderá limitar-se à revelação do que lá se contém; ele terá de ir além, integrando o comando normativo com a sua própria avaliação.

O reconhecimento de normatividade aos *princípios* e sua distinção qualitativa em relação às regras é um dos símbolos do pós-positivismo. Princípios não são, como as regras, comandos imediatamente descritivos de condutas específicas, mas sim normas que consagram determinados valores ou indicam fins públicos a serem realizados por diferentes meios. A definição do conteúdo de cláusulas como dignidade da pessoa humana,

razoabilidade, solidariedade e eficiência também transfere para o intérprete uma dose importante de discricionariedade. Como se percebe claramente, a menor densidade jurídica de tais normas impede que delas se extraia, no seu relato abstrato, a solução completa das questões sobre as quais incidem. Também aqui, portanto, impõe-se a atuação do intérprete na definição concreta de seu sentido e alcance.

A existência de *colisões de normas constitucionais*, tanto as de princípios como as de direitos fundamentais, passou a ser percebida como um fenômeno natural – até porque inevitável – no constitucionalismo contemporâneo. As Constituições modernas são documentos dialéticos, que consagram bens jurídicos que se contrapõem. Há choques potenciais entre a promoção do desenvolvimento e a proteção ambiental, entre a livre-iniciativa e a proteção do consumidor. No plano dos direitos fundamentais, a liberdade religiosa de um indivíduo pode conflitar-se com a de outro, o direito de privacidade e a liberdade de expressão vivem em tensão contínua, a liberdade de reunião de alguns pode interferir com o direito de ir e vir dos demais. Quando duas normas de igual hierarquia colidem em abstrato, é intuitivo que não possam fornecer, pelo seu relato, a solução do problema. Nestes casos, a atuação do intérprete criará o Direito aplicável ao caso concreto.

A existência de colisões de normas constitucionais leva à necessidade de *ponderação*. A subsunção, por óbvio, não é capaz de resolver o problema, por não ser possível enquadrar o mesmo fato em normas antagônicas. Tampouco podem ser úteis os critérios tradicionais de solução de conflitos normativos hierárquico, cronológico e da especialização quando a colisão se dá entre disposições da Constituição originária. Neste cenário, a ponderação de normas, bens ou valores (v. *infra*) é a técnica a ser utilizada pelo intérprete, por via da qual ele (i) fará *concessões recíprocas*, procurando preservar o máximo possível de cada um dos interesses em disputa ou, no limite, (ii) procederá à *escolha* do direito que irá prevalecer, em concreto, por realizar mais adequadamente a vontade constitucional. Conceito-chave na matéria é o princípio instrumental da *razoabilidade*.

Chega-se, por fim, à argumentação, à razão prática, ao controle da racionalidade das decisões proferidas, mediante ponderação, nos casos difíceis, que são aqueles que comportam mais de uma solução possível e razoável. As decisões que envolvem a atividade criativa do juiz potencializam o dever de fundamentação, por não estarem inteiramente legitimadas pela lógica da separação de Poderes – por esta última, o juiz limita-se a aplicar, no caso concreto, a decisão abstrata tomada pelo legislador. Para assegurar a legitimidade e a racionalidade de sua interpretação nessas situações, o intérprete deverá, em meio a outras considerações: (i) reconduzi-la sempre ao sistema jurídico, a uma norma constitucional ou legal que lhe sirva de fundamento – a legitimidade de uma decisão judicial decorre de sua vinculação a uma deliberação majoritária, seja do constituinte ou do legislador; (ii) utilizar-se de um fundamento jurídico que possa ser generalizado aos casos equiparáveis, que tenha pretensão de universalidade: decisões judiciais não devem ser casuísticas; (iii) levar em conta as conseqüências práticas que sua decisão produzirá no mundo dos fatos .

(...)

Em suma: o neoconstitucionalismo ou novo direito constitucional, na acepção aqui desenvolvida, identifica um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, em meio às quais podem ser assinalados, (i) como *marco histórico*, a formação do Estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século

XX; (ii) como *marco filosófico*, o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética; e (iii) como *marco teórico*, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. Desse conjunto de fenômenos resultou um processo extenso e profundo de constitucionalização do Direito (BARROSO, 2005, p. 15).

É nesta conjuntura que se depara com a hermenêutica constitucional atual, onde os princípios são elementares para a devida aplicabilidade do sistema jurídico e político, podendo, desta forma, ser realizados os controles do ato administrativo, vinculado ou discricionário, cabendo elencar os princípios basilares que regem a Administração Pública.

2.1 Princípios da Administração Pública pós-88

O legislador constituinte traz no inciso XXXIII do artigo 5º, combinado com os artigos 37 e 216, todos da Constituição Federal de 1988, a regra da obrigatoriedade da publicidade, com o intuito de exercitar os princípios da legalidade, impessoalidade, probidade, igualdade, moralidade, os quais informam a Administração Pública, além da própria iletividade do patrimônio público, que pode ser entendida como a primeira visão da publicidade, como sendo um princípio.

Dentre os doutrinadores, ainda há discussões quanto à natureza da publicidade. Porém, no tocante as suas finalidades e características essenciais existirão posicionamentos pacíficos.

No intuito de aplicar diretamente os princípios, emergem inúmeras questões, dentre elas: a) o conceito de princípios, b) se todos podem ser autoaplicáveis, c) qual o critério para a aplicabilidade de um determinado princípio nos casos de aparentes conflitos, dentre outras. A obra de Humberto Ávila, “Teoria dos Princípios”, traz a definição e a aplicabilidade dos princípios jurídicos.

A importância da obra acima mencionada se dá pela abordagem exaustiva da definição de princípios, elencando quando e como podem ser aplicados, afastando o que chama de “euforia do novo” (ÁVILA, 2004), visando dar efetividade ao ordenamento jurídico, dentro dos limites nele estipulados, inibindo exageros e desvios das finalidades, dando a cada elemento contido no Direito pátrio, a sua verdadeira conceituação, se princípio, se regra, outro aspecto, se autoaplicável ou se necessária a sua complementação.

Para melhor esclarecer, é necessário, primeiramente, definir a terminologia *princípio*, visto que existe uma gama de interpretações demonstrando a complexidade e infinidade de posicionamentos e entendimentos quanto à análise de institutos regedores do ordenamento jurídico, bem como verdades fundamentais que influem no comportamento humano.

Em todas as ciências existirão preceitos a serem observados para sua reprodução. Na física não se pode estudar o movimento de um corpo sem intentar ao princípio da inércia, e assim todas as matérias de cognição e compreensão estarão repletas destes propulsores essenciais.

Para demonstrar a utilidade deste paradigma na ciência jurídica, primordial será a observância dos ensinamentos de Paulo Bonavides em sua obra “Curso de Direito Constitucional”, em que acertadamente desenvolve um capítulo sobre conceito de princípio, resplandecendo a irrenunciabilidade deste instituto.

Segundo Luís-Diez Picazo, a ideia de princípio é derivada da geometria, “onde designa as verdades primeiras” e seria exatamente por isso que são princípios, “premissas de todo um sistema que se desenvolve de modo geométrico”, “porque estão ao princípio”. Acrescenta, recorrendo ao pensamento de F. de Castro, a característica de verdades objetivas, que nem sempre são pertencentes ao mundo do ser, mas sim do dever ser, como sendo normas jurídicas munidas de validade, obrigatoriedade e vigência.

Concluindo que, na qualidade de princípios de um determinado Direito Positivo, servirão de duas maneiras diferentes, sendo de um lado “critério de inspiração às leis ou normas concretas desse Direito Positivo”, e de outro lado normas obtidas “mediante um processo de generalização e declaração dessas leis”.

Assim, a definição de princípio acima exposta mostra-se repleta de positivismo, inserindo função restrita e objetiva. Logo, deixa respaldo para lacunas permissivas de condutas lesivas do ser humano, uma vez que a premissa do ordenamento jurídico é de que tudo será permitido ao particular, salvo aquilo que defeso em lei, de modo que ao público só será permitido e devido o que estiver expresso em lei, assim, existirá validade dos atos, mesmo ofendendo princípios, pelo simples fato de ser necessária sua expressão.

Retornando à evolução conceitualista de Paulo Bonavides, é mister fazer alusão de que, na época onde a apreensão se via arraigada numa concepção civilista (século XX, por meados de 1916), F. de Clemente consolidava uma ponderação fundamental fazendo um paralelo demonstrando: “assim como quem nasce tem vida física, esteja ou não inscrito no Registro Civil, também os princípios” “gozam de vida própria e valor substantivo pelo mero

fato de serem princípios”, figurem ou não nos Códigos”, seguindo uma linha antipositivista ao declarar princípio como sendo “uma verdade jurídica universal”.

Tal ensinamento, em que destaca a proximidade das essências dos princípios ao instituto romano da equidade como “a razão intrínseca do Direito”, inspira vários juristas, como Unger, a entenderem: “Princípio de direito é o pensamento diretivo que domina e serve de base à formação das disposições singulares de Direito de uma instituição jurídica, de um Código ou de todo um Direito Positivo”.

A Corte Constitucional italiana elaborou outro conceito em uma de suas primeiras sentenças, como:

Faz-se mister assinalar que se devem considerar como princípios do ordenamento jurídico aquelas orientações e aquelas diretivas de caráter geral e fundamental que se possam deduzir da conexão sistemática, da coordenação e da íntima racionalidade das normas, que concorrem para formar assim, num dado momento histórico, o tecido do ordenamento jurídico.

Contudo, Paulo Bonavides destaca um defeito fundamental que seria “a omissão daquele traço que é qualitativamente o passo mais largo dado pela doutrina contemporânea para a caracterização dos princípios, a saber, o traço de sua normatividade” (2008, p. 257). Baseando-se na conceituação de Crisafulli:

Princípio é, com efeito, toda norma jurídica, enquanto considerada como determinante de uma ou de muitas outras subordinadas, que a pressupõem, desenvolvendo e especificando ulteriormente o preceito em direções mais particulares (menos gerais), das quais determinam, e, portanto resumem, potencialmente, o conteúdo: sejam, pois, estas efetivamente postas, sejam, ao contrário, apenas dedutíveis do respectivo princípio geral que as contém (BONAVIDES, 2008, p. 257).

Relevante será a observância do resultado da pesquisa doutrinária realizada por Ricardo Guastini, em que se encontram seis distintos conceitos de “princípios”, sendo todos vinculados a disposições normativas.

Uma primeira definição seria que “princípio” refere-se àquelas normas, diretrizes (ou preceitos legais que expressam normas) dotadas de um nível de abstração e generalidade. Poderá ser também utilizado este vocábulo no sentido de dispositivos legais munidos de extrema indeterminação, a ponto de necessitarem de interpretação para sua concretização e aplicação aos casos concretos.

Uma terceira função por ele encontrada seria de caráter “programático”, ou seja, discriminação dos tópicos essenciais do ordenamento jurídico a ser disciplinado. Luís Roberto Barroso menciona que:

[...] a visão crítica que muitos autores mantêm em relação às normas programáticas é, por certo, influenciada pelo que elas representavam antes da ruptura com a doutrina clássica, em que figuravam como enunciados políticos, meras exortações morais, destituídas de eficácia jurídica. Modernamente, a elas é reconhecido valor jurídico idêntico ao dos restantes preceitos da Constituição, como cláusulas vinculativas, contribuindo para o sistema através dos princípios, dos fins e dos valores que incorporam. Sua dimensão prospectiva ressalta, Jorge Miranda, é também uma dimensão de ordenamento jurídico, pelo menos no Estado Social (BARROSO, 1993, p. 111).

Neste sentido:

Normas de elevada abstração e generalidade, não circunscritos em pressupostos de fato, relacionados historicamente à moral e à justiça, o que a eles confere superioridade normativa, bem como propicia a descoberta do sentido e da finalidade a ser perseguida na solução de casos concretos, sistematizando e permitindo a adequação da ordem jurídica à dinâmica social, mediante a ponderação justificada pelo razoável (NIEHBUR, 2000, p. 44).

Em suma, eles dão sentido e alcance à legislação, sendo o fundamento básico e normativo. No Texto Maior, são encontradas duas categorias principais de normas constitucionais que exercem funções distintas, sendo elas os princípios e as regras. As regras caracterizam-se por aproximar-se às normas do direito comum, que englobam elementos necessários para gerar um direito subjetivo, ou seja, que é passível de incidir diretamente em um caso concreto. Os princípios, como anteriormente dito, são normas de extrema abstração, mas, apesar de não gerar direitos subjetivos, são indispensáveis e basilares à Constituição e, conseqüentemente, ao ordenamento jurídico, pois tornam o Texto Maior uma estrutura única e dá suas diretrizes fundamentais, a fim de respaldar e orientar o Estado Democrático de Direito no Brasil.

Jorge Miranda ensina:

O Direito não é um mero somatório de regras avulsas, produto de atos de vontade, ou mera concatenação de fórmulas verbais articuladas entre si. O Direito é um ordenamento, ou seja, um conjunto significativo e não uma conjunção resultante de vigência simultânea. O Direito é coerência, ou talvez, mais rigorosamente, consistência, entendida esta como uma unidade

de sentido. Trata-se de um valor incorporado em uma norma jurídica. Esse ordenamento, esse conjunto, essa unidade, esse valor, projeta-se ou traduz-se em princípios, logicamente anteriores aos preceitos, como bem preleciona o mestre português (2000, p. 225).

Assim, conforme acima mencionado, sendo os princípios norteadores das outras normas, quando houver possibilidades de várias significações para a regra, dever-se-á escolher aquela que permitir maior proximidade com o princípio.

A indivisibilidade dos direitos fundamentais, porque é garantia dos direitos civis e políticos, é condição para a observância dos direitos sociais, econômicos e vice-versa. Os direitos fundamentais compõem, assim, uma unidade indivisível, interdependente e inter-relacionada, capaz de conjugar o catálogo de direitos civis e políticos ao catálogo de direitos sociais, econômicos e culturais.

Não há que se fazer aplicação isolada de um princípio, mas sim encará-los como critérios de interpretação. Os princípios serão concretizados através de regras nas quais estarão implícitos, sendo então a autarquia predominante nesta categoria de norma. Com isso, demonstra-se que a gravidade de lesão a um princípio é nefasta, extremamente mais grave que a lesão a uma regra.

Nas palavras de Eduardo Appio: “Teorias de ruptura se justificam, unicamente, em sistemas em que a Constituição não possui qualquer normatividade” (2004, p. 21).

2.2 Princípios basilares da Administração Pública

Para demonstrar a importância dos princípios do Direito Administrativo, o referencial teórico ora utilizado baseia-se em Marçal Justen Filho e Maria Sylvia Zanella Di Pietro, que serão parafraseados, ou mesmo transcritos, não obstante os doutrinadores clássicos.

Esta escolha se justifica na contemporaneidade dos pensamentos dos autores mencionados, mais consoante com a problemática do objeto do presente trabalho.

Entende que a atividade administrativa traduz o exercício de poderes-deveres, o que significa a vinculação quanto ao fim a ser atingido, por existirem situações nas quais as condutas a serem realizadas dependerão das circunstâncias fáticas, bem como lembrar que o agente está sob a égide de uma ordem jurídica, visto que este não é livre para escolher a seu bel prazer a solução a ser apresentada.

Por lógica, existirá certa autonomia, mas serão os princípios os instrumentos normativos apropriados para evitar atos inadequados, pois “serão inválidas todas as decisões incompatíveis com os fins a serem promovidos e com os valores protegidos pela ordem jurídica” (JUSTEN FILHO, 2016, p. 61).

Desta maneira, os princípios têm função normativa relevante no que se refere ao Direito Administrativo, podendo-se afirmar que sua influência é maior neste ramo do Direito que no direito privado.

Tais considerações se mostram necessárias, pois, se analisa, por ora, a publicidade como meio de controle da Administração Pública, a qual possui prerrogativas, isto é, poderes estranhos às demais relações jurídicas privadas, de modo que não seria possível realizar o presente trabalho sem as premissas ora trazidas.

Certamente, existirão limitações na aplicabilidade destes princípios, porque não exaurem a regulamentação da atividade administrativa. Desta forma, serão abordados os princípios basilares da Administração Pública.

Dentre os doutrinadores, ainda se versa quanto à natureza da publicidade. Porém, conforme já mencionado anteriormente, no tocante as suas finalidades e suas características essenciais existirão posicionamentos pacíficos.

Corroborando com o acima mencionado, Di Pietro (2014, p. 64) entende que toda a estruturação do Direito Administrativo se dá pela Constituição Federal, a qual traz em seu bojo os princípios fundamentais.

Como Marçal Justen Filho ensina (2016, p. 61), a Constituição indica e fornece as diretivas do desenvolvimento do sistema normativo. Referido autor faz a ressalva de que, mesmo que o conteúdo concreto do

[...] regime administrativo somente possa ser conhecido mediante as regras efetivamente adotadas, pode-se afirmar que sua identidade é determinada pela Constituição. Talvez se pudesse aludir uma espécie de *código genético* do direito administrativo, consagrado na Constituição (JUSTEN FILHO, 2016, p. 61).

Continua embasando-se no conceito de Cretella Júnior: "Princípios de uma ciência são as proposições básicas, fundamentais, típicas que condicionam todas as estruturações subsequentes. Princípios, neste sentido, são os alicerces da ciência" (1998, p. 77).

A partir de referido autor, Di Pietro classifica a matéria da seguinte forma:

Segundo o mesmo autor, os princípios classificam-se em: a) univalentes ou universais, comuns a todos os ramos do saber, como o da identidade e o da razão suficiente; b) plurivalentes ou regionais, comuns a um grupo de ciências, informando-as nos aspectos em que se interpenetram. Exemplos: o princípio da causalidade, aplicável às ciências naturais e o princípio do *alterum non laedere* (não prejudicar a outrem), aplicável às ciências naturais e às ciências jurídicas; c) monovalentes, que se referem a um só campo do conhecimento; há tantos princípios monovalentes quantas sejam as ciências cogitadas pelo espírito humano. É o caso dos princípios gerais de direito, como o de que ninguém se escusa alegando ignorar a lei; d) setoriais, que informam os diversos setores em que se divide determinada ciência. Por exemplo, na ciência jurídica, existem princípios que informam o Direito Civil, o Direito do Trabalho, o Direito Penal etc. Desse modo, o Direito Administrativo está informado por determinados princípios, alguns deles próprios também de outros ramos do direito público e outros dele específicos e enquadrados como setoriais, na classificação de Cretella Júnior (PIETRO, 2014, p. 63–64).

Conforme já mencionado, Di Pietro embasa seu entendimento na afirmativa de que:

Sendo o Direito Administrativo, em suas origens, de elaboração pretoriana e não codificado, os princípios sempre representaram papel relevante nesse ramo do direito, permitindo à Administração e ao Judiciário estabelecer o necessário equilíbrio entre os direitos dos administrados e as prerrogativas da Administração (2014, p. 64).

Conforme o entendimento da autora:

Os dois princípios fundamentais e que decorrem da assinalada bipolaridade do Direito Administrativo — liberdade do indivíduo e autoridade da Administração — são os princípios da legalidade e da supremacia do interesse público sobre o particular, que não são específicos do Direito Administrativo porque informam todos os ramos do direito público; no entanto, são essenciais, porque, a partir deles, constroem-se todos os demais (2014, p. 64).

Em relação aos demais princípios que regem a Administração Pública, ressalta que:

A Constituição de 1988 inovou ao fazer expressa menção a alguns princípios a que se submete a Administração Pública Direta e Indireta, a saber, os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade administrativa, da publicidade e eficiência (art. 37, caput, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 04-6-98) (PIETRO, 2014, p. 64).

Serão a seguir comentados apenas os princípios constitucionais e legais já referidos. No que tange aos não contemplados expressamente no direito positivo, mas que informam também o Direito Administrativo, inobstante a importância de cada um, a análise será

delimitada nos acima mencionados, com maior ênfase no princípio da publicidade, por ser objeto central da problemática do presente trabalho, ressaltando que as conceituações e considerações tiveram o referencial teórico de Di Pietro, ora transcrita:

Este princípio [da legalidade], juntamente com o de controle da Administração pelo Poder Judiciário, nasceu com o Estado de Direito e constitui uma das principais garantias de respeito aos direitos individuais. Isto porque a lei, ao mesmo tempo em que os define, estabelece também os limites da atuação administrativa que tenha por objeto a restrição ao exercício de tais direitos em benefício da coletividade (2014, p. 65).

A autora não deixa de defender que seria exatamente neste princípio onde “melhor se enquadra aquela ideia defendida pela autora de que, na relação administrativa, a vontade da Administração Pública é a que decorre da lei” (PIETRO, 2014, p. 65).

Segue com a afirmativa de que:

Segundo o princípio da legalidade, a Administração Pública só pode fazer o que a lei permite. No âmbito das relações entre particulares, o princípio aplicável é o da autonomia da vontade, que lhes permite fazer tudo o que a lei não proíbe. Essa é a ideia expressa de forma lapidar por Hely Lopes Meirelles (2003:86) e corresponde ao que já vinha explícito no artigo 4º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789: a liberdade consiste em fazer tudo aquilo que não prejudica a outrem; assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não ter outros limites que os que asseguram aos membros da sociedade o gozo desses mesmos direitos. Esses limites somente podem ser estabelecidos em lei (PIETRO, 2014, p. 65).

Em decorrência disso, a Administração Pública não pode, por simples ato administrativo, conceder direitos de qualquer espécie, criar obrigações ou impor vedações aos administrados; para tanto, ela depende de lei. Assim, tal assertiva de Di Pietro corrobora com os ensinamentos de Bandeira de Mello, quando trata do mérito administrativo.

A autora complementa que:

A observância do referido preceito constitucional é garantida por meio de outro direito assegurado pelo mesmo dispositivo, em seu inciso XXXV, em decorrência do qual "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito", ainda que a mesma decorra de ato da Administração, já mencionando a necessidade de controle dos atos da Administração complementa que a Constituição ainda prevê outros remédios específicos contra a ilegalidade administrativa, como a ação popular, o habeas corpus, o habeas data, o mandado de segurança e o mandado de injunção; tudo isto sem falar no controle pelo Legislativo, diretamente ou com auxílio do Tribunal de Contas, e no controle pela própria Administração (PIETRO, 2014, p. 65).

Ainda de acordo com Di Pietro, o princípio da impessoalidade

[...] que aparece, pela primeira vez, com essa denominação, no art. 37 da Constituição de 1988, está dando margem a diferentes interpretações, pois, ao contrário dos demais, não tem sido objeto de cogitação pelos doutrinadores brasileiros. Exigir impessoalidade da Administração tanto pode significar que esse atributo deve ser observado em relação aos administrados como à própria Administração. No primeiro sentido, o princípio estaria relacionado com a finalidade pública que deve nortear toda a atividade administrativa. Significa que a Administração não pode atuar com vistas a prejudicar ou beneficiar pessoas determinadas, uma vez que é sempre o interesse público que tem que nortear o seu comportamento. Aplicação desse princípio encontra-se, por exemplo, no artigo 100 da Constituição, referente aos precatórios judiciais; o dispositivo proíbe a designação de pessoas ou de casos nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para esse fim.

No segundo sentido, o princípio significa, segundo José Afonso da Silva (2003, p. 647), baseado na lição de Gordillo que “os atos e provimentos administrativos são imputáveis não ao funcionário que os pratica, mas ao órgão ou entidade administrativa da Administração Pública, de sorte que ele é o autor institucional do ato. Ele é apenas o órgão que formalmente manifesta a vontade estatal”. Acrescenta o autor que, em consequência “as realizações governamentais não são do funcionário ou autoridade, mas da entidade pública em nome de quem as produzira. A própria Constituição dá uma consequência expressa a essa regra, quando, no § 1º do artigo 37, proíbe que conste nome, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos em publicidade de atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos” (PIETRO, 2014, p. 68).

Para referida autora:

Outra aplicação desse princípio encontra-se em matéria de exercício de fato, quando se reconhece validade aos atos praticados por funcionário irregularmente investido no cargo ou função, sob fundamento de que os atos são do órgão e não do agente público (PIETRO, 2014, p. 69).

Quanto ao princípio da moralidade administrativa, Di Pietro afirma que não é aceito por todos os autores, pois:

[...] alguns entendem que o conceito de moral administrativa é vago e impreciso ou que acaba por ser absorvido pelo próprio conceito de legalidade.

No entanto, antiga é a distinção entre Moral e Direito, ambos representados por círculos concêntricos, sendo o maior correspondente à moral e, o menor, ao direito. Lícitude e honestidade seriam os traços distintivos entre o direito

e a moral, numa aceitação ampla do brocardo segundo o qual *non omne quod licet honestum est* (nem tudo o que é legal é honesto) (PIETRO, 2014, p. 77).

Nas palavras de Di Pietro:

É evidente que, a partir do momento em que o desvio de poder foi considerado como ato ilegal e não apenas imoral, a moralidade administrativa teve seu campo reduzido; o que não impede, diante do direito positivo brasileiro, o reconhecimento de sua existência como princípio autônomo (2014, p. 79).

O princípio da eficiência fora inserido no ordenamento jurídico pátrio com a Emenda Constitucional nº 19, dentre os princípios constitucionais da Administração Pública previstos no artigo 37, *caput*, bem assim no artigo 2º, *caput*, da Lei nº 9. 784/99.

Para Hely Lopes Meirelles:

[...] o que se impõe a todo agente público de realizar suas atribuições com presteza, perfeição e rendimento funcional. É o mais moderno princípio da função administrativa, que já não se contenta em ser desempenhada apenas com legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros (2003, p. 102).

Para Di Pietro:

O princípio da eficiência apresenta, na realidade, dois aspectos: pode ser considerado em relação ao modo de atuação do agente público, do qual se espera o melhor desempenho possível de suas atribuições, para lograr os melhores resultados; e em relação ao modo de organizar, estruturar, disciplinar a Administração Pública, também com o mesmo objetivo de alcançar os melhores resultados na prestação do serviço público.

Trata-se de ideia muito presente entre os objetivos da Reforma do Estado. No Plano Diretor da Reforma do Estado, elaborado em 1995, expressamente se afirma que "reformular o Estado significa melhorar não apenas a organização e o pessoal do Estado, mas também suas finanças e todo o seu sistema institucional-legal, de forma a permitir que o mesmo tenha uma relação harmoniosa e positiva com a sociedade civil. A reforma do Estado permitirá que seu núcleo estratégico tome decisões mais corretas e efetivas, e que seus serviços - tanto os exclusivos, quanto os competitivos, que estarão apenas indiretamente subordinados na medida que se transformem em organizações públicas não estatais - operem muito eficientemente".

(...)

Vale dizer que a eficiência é princípio que se sorna aos demais princípios impostos à Administração, não podendo sobrepor-se a nenhum deles, especialmente ao da legalidade, sob pena de sérios riscos à segurança jurídica e ao próprio Estado de Direito (DI PIETRO, 2014, p. 84–85).

De acordo com Di Pietro:

O princípio da publicidade, que vem agora inserido no artigo 37 da Constituição, exige a ampla divulgação dos atos praticados pela Administração Pública, ressalvadas as hipóteses de sigilo previstas em lei. Existem na própria Constituição (art. 5º) outros preceitos que ou confirmam ou restringem o princípio da publicidade (2014, p. 72).

Esses outros preceitos serão tratados devidamente na análise da Lei de Acesso à Informação, pois o presente trabalho busca demonstrar a relação dos modelos de Administração, o princípio da publicidade e uma das formas de sua concretização.

2.3 Participação democrática e constitucionalismo

Sob as perspectivas do Constitucionalismo como base de sustentabilidade e segurança jurídica, ante as novas atribuições conferidas ao Estado, e levando em consideração as relações humanas globalizadas, não somente em seu sentido econômico, mas também de intercâmbios culturais, tecnológicos, bem como o surgimento de novas doenças que passaram a ser motivo de discussões e preocupações mundiais, haja vista que as fronteiras entre os Estados se estreitaram, com a facilidade de locomoção das pessoas de um para o outro: “Muitas das decisões adotadas atualmente ofendem diretamente o princípio democrático, já que impõem aos governos eleitos e à sociedade decisões contra-majoritárias que não encontram qualquer apoio no texto da Constituição Federal de 1988” (APPIO, 2004, p. 23).

Conforme leciona Luís Roberto Barroso:

A ideia de constitucionalização do direito (...) está associada a um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico. Os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Constituição passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional.

Como intuitivo, a constitucionalização repercute sobre a atuação dos três Poderes, inclusive e notadamente nas suas relações com os particulares (2005, p. 32).

Não se pode mais encarar um problema comportamental de grupos de indivíduos como eventos singulares. Por esta razão, busca-se encontrar qual seria a melhor definição do Estado contemporâneo, diante da integração sociocultural a nível global. Tal fato pode ser comprovado por meio das redes sociais, jogos de realidade virtual, dentre outros meios de

comunicação, em que os indivíduos interagem com outras pessoas no mundo todo, passando a ter contato com as mais diversas culturas, o que remete à uma necessária análise do Constitucionalismo.

Neste sentido: “A Constituição é, justamente, o espaço das diferenças, da tolerância necessária à convivência dos diversos segmentos da população” (APPIO, 2004, p. 23).

No Estado Liberal de Direito, porém, por influência da corrente contratualista e do apogeu do Poder Legislativo após a Revolução Francesa de 1789, a lei e a justiça estão plenamente identificados, passando o Estado a sofrer uma limitação decorrente da soberania popular concretizada pela democracia representativa. O Estado Liberal de Direito, entretanto, muito embora seja um notável avanço em relação ao modelo anterior (*Rechtsstaat*), deixa intocadas as bases do modo de produção vigente que serão questionadas somente a partir dos movimentos populares que eclodiram ainda no final do século XIX, por conta dos processos de industrialização e concentração urbana (APPIO, 2004, p. 35).

Bonavides, maestralmente, traz a seguinte conclusão:

E isto o que se propõe com o Direito Constitucional de luta, com a Nova Hermenêutica, com a despolitização da legitimidade. Tudo quanto ocupa, pois, o espaço destas páginas assinala o pensamento que nos guiou, a constante que nos inspirou ao elaborar esta obra. Com efeito, não estamos a escrever a proposta nem a minuta de um tratado de paz com a ideologia neoliberal senão que lhe fazemos uma declaração de guerra. Declaração formal, mesmo. E a tomamos extensiva a quantos se bandearam para as facções globalizadoras e puseram em risco de vida a Constituição, a soberania, a identidade nacional. A esta altura não podemos deixar de assinalar que há quatro princípios cardeais compondo a estrutura constitucional da democracia participativa, cada qual com sua peculiaridade conceituar na contextura desse sistema (2001, p. 10–13).

Partindo do pressuposto de que os princípios podem colaborar para a instauração de um Estado Democrático de Direito mais justo e realmente democrático, distinguir-se-ão regras e princípios, objetivando dar ênfase à adoção dos princípios como forma mais adequada para solucionar os casos complexos ou onde a lei for omissa ou injusta.

Bonavides bem relata a assertiva de Lincoln, no sentido de que a democracia é o governo do povo, para o povo e pelo povo. Defende, pois, que dessa máxima lapidar infere-se que o povo é sujeito ativo e passivo de todo esse processo, mediante o qual se governam as sociedades livres. Ainda, infere que a participação ocupa um lugar decisivo na formulação do conceito de Democracia, em que avulta, por conseguinte, o povo participante, povo na

militância partidária, povo no proselitismo, povo nas urnas, povo elemento ativo e passivo de todo o processo político, povo, enfim, no poder (BONAVIDES, 2001, p. 13).

Assim descreve, genericamente, o que chama de

[...] a essência da democracia abraçada com a dinâmica do movimento e da ação, ou materializada em aspectos que presumem já sua manifestação concreta ou objetiva, posto que em dimensão fugaz, de contornos ainda por definir, na esfera conceitual (BONAVIDES, 2001).

Outra premissa para Bonavides é a sua defesa de que sem participação não existe democracia, salienta, ainda, que a referida participação deve versar para as forças sociais, as quais são vitalizadoras da democracia, além de concederem grau de legitimidade e eficácia no que se refere ao “(...) quadro social das relações de poder, bem como a extensão e abrangência desse fenômeno político numa sociedade repartida em classes ou em distintas esferas e categorias de interesses” (BONAVIDES, 2001).

Democracia, ao nosso ver, é processo de participação dos governados na formação da vontade governativa; participação que se alarga e dilata na direção certa de um fim todavia inatingível: a identidade de governantes e governados, meta utópica, que traz a memória a imagem amortecida de Rousseau configurada na hipótese da democracia como governo de deuses. Contudo, há certa forma de democracia que se acerca bastante dessa identidade, da extrema perfeição, da legitimidade absoluta, da visão de um povo que se governa por si mesmo, coisa que Rousseau disse jamais se haveria de ver, e da restauração do modelo ateniense, sonho e utopia gravados no coração e na fé de todos os democratas. Hoje, todavia, já se começa a vislumbrar a possibilidade de fazê-la vingar nos anais do terceiro milênio, abraçada com os processos tecnológicos que impulsionam a libertação do pensamento político e a alforria de seus meios de expressão. A democracia direta do voto no computador caracteriza o crepúsculo da intermediação, peculiar a democracia indireta do voto na uma (BONAVIDES, 2001, p. 13).

Bonavides (2001, p. 14), de forma precisa, diz que o futuro iminente revoga o passado, abolindo a técnica de bloqueio mais difícil de afastar. Descortina-se, assim, a idade nova da democracia direta, a democracia do século XXI, a democracia como direito da quarta geração, coroando, na linha histórica, um processo que leva o povo das regiões metafísicas do contrato social à sede das constituintes investidas na soberania popular. Menciona o que ocorrera depois que os órgãos do privilégio caíram e as castas feudais se desagregaram, as quais, ardendo nas chamas da revolução ou sendo decapitadas na guilhotina, desapareceram por obra do desforço das multidões oprimidas e sublevadas.

O autor conclui que:

Chegou-se, enfim, a idade contemporânea, com a democracia cumprindo, assim, lenta e dificultosa peregrinação de dois séculos, assinalada de avanços e recuos, de triunfos e reveses, eclipses e irradiações de luz, mortes e ressurreições.

A democracia aponta, invariavelmente, em todas as épocas, para uma progressão participativa e emancipatória, que avançam com lentidão, mas em grau e qualidade que surpreende (BONAVIDES, 2014).

Ainda de acordo com Bonavides:

Vejamos, a seguir, assim na doutrina como na práxis, que bloqueios ou empecos retardam, dificultam ou paralisam a marcha democrática para o futuro.

Concretizar a democracia e, num certo sentido, em termos de fazê-la eficaz, remover esses bloqueios, desobstruir caminhos de participação, afastar obstáculos que lhe foram erguidos ou lhe são levantados com frequência, para estancar-lhe a correnteza das ideias. Busca-se interromper um processo, tolhendo o curso a navegação popular rumo ao exercício do poder legítimo e democrático. Basta deitarmos uma vista panorâmica sobre o curso da ideia democrática e sua institucionalização desde as regiões do poder estabelecido. E logo verificaremos a essência dessa verdade: não se chega a um grau razoável de governo consensual sem a consideração da verdade histórica - que é histórica e também contemporânea - dos inumeráveis óbices já afastados, a que outros, porém, sucederam, em manifestações pressentidas e singulares, abatendo, ate mesmo, nas sociedades menos vulneráveis, a força e o ritmo de introdução do princípio democrático, exposto, de último, a fraturas mais e mais graves e frequentes (2001, p. 17).

O autor fala que o descompasso, a desproporção e o fosso, porém, entre a ideia e a realidade da democracia são tão grandes nos países em desenvolvimento que, ali, por um paradoxo, os professores de ciência política e ciência constitucional já postulam, com suas formulas teóricas em sede objetiva, o advento dos direitos de quarta geração. Seriam estes, entre outros, o direito à democracia, cuja dimensão universalizadora atribui sua respectiva titularidade ao gênero humano. Transcende-se, assim, a natureza legitimante do indivíduo, do grupo ou da coletividade nacional (um povo), para colocá-la na razão concreta da humanidade. Esta compõe o pedestal supremo de um valor jurídico posto em quarta dimensão. A verdade fática ensina, todavia, que nos sobreditos países — e este é também o caso do Brasil — a democracia, enquanto forma participativa, quase naufragada, ainda permanece como direito de primeira geração, ou forma de governo em estado rudimentar, rodeada de escolhos e transgressões, distante, muito distante, por conseguinte, de lograr, na

contextura social, a concreção das expectativas políticas e jurídicas do regime (BONAVIDES, 2001, p. 19).

A participação deu princípio à democracia na categoria tradicional e clássica dos chamados direitos fundamentais de primeira geração. Percorreu, a seguir, lenta evolução pelo caminho da subjetividade. Direito da primeira geração, a democracia se concretizava apenas no domínio individual e na dimensão subjetiva.

Seu titular, por conseguinte, é o indivíduo, o cidadão, o sujeito enquanto membro ou partícipe de um processo no qual a democracia não alcançava ainda a vertente *principiai* da positividade, que se auferia depois nas Constituições, quando se reconhece que os princípios são mais direito do que ideia ou norma programática (BONAVIDES, 2001, p. 19).

Bonavides aborda que:

Do ponto de vista qualitativo, ao assumir, porém, a dimensão objetiva, o direito fundamental a democracia varia de titularidade axiológica e se traslada do cidadão para o gênero humano.

A politização da espécie, assim personificada, o fez eixo referencial de toda a dignidade participativa, convertida, doravante, em instrumento universal de libertação, mas instrumento que se deseja efetivo, concreto e não abstrato; a um tempo, ação e palavra, verdade e dogma, valor e fato, teoria e práxis, ideia e realidade, razão e concreção (2001, p. 19).

Ainda nas palavras do mestre:

Afigura-se-nos que a verdadeira substancia política da democracia participativa deve incorporar-se ao direito constitucional positivo sob a designação de democracia direta. Mas esta expressão não corresponde, com extremo rigor, ao símile grego da antiguidade clássica, porquanto o modelo nela contido, extraído de formula mista consideravelmente atenuada, mantém no seu receituário político de organização e função elementos representativos remanescentes e subsidiários, sem embargo de haver deslocado, já, o eixo da soberania, em bases funcionais, dos corpos intermediários do Estado - as casas legislativas e os órgãos executivos - para a sede da autoridade moral, centralizadora e suprema, que e o povo, *desbloqueado* no exercício direto e vital de suas prerrogativas de soberania (BONAVIDES, 2001, p. 20).

E prossegue:

Tal modelo de democracia participativa direta conserva ainda a aparência de uma forma mista, típica das chamadas democracias sem representativas ou semidiretas, bastante conhecidas da nomenclatura política pós-Weimar, mas com esta diferença capital: seu centro de gravidade, sua mola chave, em todas as ocasiões decisivas, e a vontade popular, e o povo soberano. A parte

direta da democracia e máxima, ao passo que a parte representativa será mínima; uma primária ou de primeiro grau, a outra secundária ou de segundo grau. Poder-se-ia, até, dizer, em termos matemáticos, num cálculo de aproximação, que a democracia participativa direta é noventa por cento mais direta que representativa (BONAVIDES, 2001, p. 23).

De mais a mais, importante colacionar que:

Enquanto isto, a democracia do sistema constitucional brasileiro se mostra, na essência, o reverso, em virtude da execução que se lhe tem dado por obra do bloqueio representativo quase total, que obscurece, usurpa e invalida o teor de democracia direta constante dos artigos 12 e 14 da Carta Magna de 1988.

Esteve esse bloqueio prestes a converter-se numa inconstitucionalidade material no caso específico da reserva de lei do art. 14, até que, enfim, o Congresso Nacional sanou a omissão, legislando frouxa e brandamente sobre as técnicas plebiscitárias instituídas pelos constituintes (BONAVIDES, 2001, p. 23).

Do ponto de vista teórico, faz-se mister acrescentar e admitir que a democracia participativa, sobre transcender a noção obscura, abstrata e irreal de povo nos sistemas representativos, transcende, por igual, os horizontes jurídicos da clássica separação de poderes. E o faz sem, contudo, dissolvê-la. Em rigor, a vincula numa fórmula mais clara, positiva e consistente, ao povo real, o povo que tem a investidura da soberania sem disfarce.

Substitui-se assim, numa esfera renovadora, por outra concepção doutrinária, a velha divisão de poderes de Montesquieu.

O axioma da separação repousa agora numa distinção funcional e orgânica de poderes, que é a da democracia participativa, assentada com verdade, solidez e legitimidade, sobre pontos referenciais de valoração cuja convergência se faz ao redor de um eixo axiológico cifrado num único princípio cardinal: o princípio de unidade da Constituição (BONAVIDES, 2001, p. 23).

Com efeito, esse princípio magno e excelso, comum a todo regime constitucional legítimo, tem, na forma, a unidade normativa da Constituição; e na substância, a unidade espiritual da Carta Magna, ou seja, o espírito da Constituição em seus fundamentos invioláveis.

Fora daí nada é constitucional. Tudo se subsume ou se desfaz em infração e quebrantamento da Lei Magna, em ofensa a ordem superior de seus valores básicos, em postergação da hierarquia normativa, em ilegitimidade

insanável, em corrosão do sistema consensual de poder (BONAVIDES, 2001, p. 24).

Em suma, é possível também condensar noutras palavras o mesmo conceito da seguinte forma: a unidade da Constituição, tal qual concebida, vista pelo prisma formal, é uma hierarquia de normas que estabelece a rigidez e, a partir daí, a superioridade da lei constitucional sobre a lei ordinária, garantindo, desse modo, a segurança jurídica e, ao mesmo passo, a estabilidade do ordenamento; vista, porém, pelo prisma material, por ser sem dúvida o mais importante, a mesma unidade da Constituição é maiormente uma hierarquia de normas visualizadas pelos seus conteúdos e valores (BONAVIDES, 2001, p. 24).

Estes conteúdos e valores amparam a legitimidade do ordenamento constitucional, cujo fim já não é, apenas, aquela segurança, de todo formal, senão também a justiça substantiva, a justiça material, a justiça que se distribui na sociedade, a justiça em sua dimensão igualitária; portanto, a justiça incorporadora de todas as gerações de direitos fundamentais; da primeira a segunda, da segunda a terceira e desta a quarta, passando pelos direitos civis e políticos, pelos direitos sociais, pelo direito dos povos ao desenvolvimento, até alcançar a democracia participativa, onde têm sede os direitos da quarta geração — sobretudo, o direito à democracia, um paradigma de juridicidade compendiado na dignidade da pessoa humana (BONAVIDES, 2001, p. 24).

Essa dignidade consubstancia, por inteiro, a ordem axiológica do regime e das instituições; e o supremo valor onde jaz o espírito da Constituição.

O quebrantamento do espírito da Constituição configura a maior das inconstitucionalidades. As políticas de governo, ofensivas do direito popular e da soberania do país, se não forem tolhidas pela via judicial de controle o que só nos parece possível numa democracia participativa legitimam o direito de resistência, bem como a desobediência civil, por derradeiras instancias de defesa do povo agredido. Assim há de ser naquela forma de democracia cujas Cortes solverão conflitos constitucionais empregando princípios interpretativos desconhecidos a hermenêutica clássica, quais, por exemplo, entre outros, o princípio da proporcionalidade (BONAVIDES, 2001, p. 25)

Com tais categorias hermenêuticas se faz, por conseguinte, a ponderação de valores, no intuito primacial de assegurar uma ordem jurídica mais justa, a qual é impossível de ser estabelecida ou introduzida se não houvesse uma nova hermenêutica constitucional acostada a valores e princípio, além da hermenêutica da justiça, da materialidade normativa, da

concretude jurídica do poder popular, da realização moral do princípio da dignidade da pessoa humana naquele gênero de democracia (BONAVIDES, 2001, p. 26).

Tais reflexões se mostram indispensáveis, especialmente porque serão abordados os atos administrativos, políticos ou não, sob o viés contemporâneo, onde a decisão e a interpretação passam por controle do mérito administrativo, mesmo nos atos discricionários.

2.4 Controle ante o Poder Público

O Estado, por meio da função executiva, é organizado a partir de estruturas administrativas que visam implementar o bem comum; para tanto, organiza-se em estruturas hierárquicas objetivando a convivência permanente e correlacionada com a sociedade e demais funções.

Para fundamentar a necessidade de uma nova perspectiva da Administração Pública, imperatriz citar que: “Durante anos, o direito administrativo serviu tão somente para a sistematização de um discurso que, em seu âmago, incumbia-se quase que exclusivamente da legitimação jurídica de um perfil autoritário de atuação estatal” (OTERO, 2003, p. 275).

Analisar a Administração Pública mostra-se importante, pois é regida por um sistema normativo, que tem seu fundamento na Constituição da República, resultando em regras e princípios de forma cogente.

Nesse sentido, a legalidade é um dos mais importantes princípios da Administração Pública, o qual determina que o Poder Público só pode praticar atos previstos em Lei, o que ganha relevo e adequação quanto ao sentido, pois não é possível na atualidade submeter-se somente à legalidade formal, mas que os meios sejam analisados e os fins adequados às crescentes necessidades dos administrados decorrentes dos Direitos Fundamentais.

É cada vez mais recorrente a assertiva de que o controle da Administração Pública seja efetivado pela sociedade, que em um sentido mais amplo denomina a participação democrática nas políticas públicas, com objetivo de fomentar um melhor desempenho e aplicação dos princípios insculpidos na Constituição da República, em seu artigo 37, que no *caput* apresenta os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, dentre outros que serão objeto de análise no presente estudo.

Na sociedade, os direitos fundamentais assumem posição significativa quando se inverte a tradicional relação entre o Estado e indivíduo e se reconhece que o indivíduo tem, primeiro, direitos e, depois, deveres perante o Estado, e que os direitos que o Estado tem em relação ao indivíduo se

ordenam ao objetivo de melhor cuidar das necessidades dos cidadãos (BRANCO, 2008).

Este ponto é o central: promover o controle e o diálogo entre as instituições e a sociedade, por meio do sistema jurídico e sua abertura. Para fins desse trabalho, será feita uma análise da lei, promovendo a compreensão de suas regras matrizes no processo de conscientização e cientificarão dos administrados, ante as atuações do Poder Público visando espaços para fortalecer a participação do cidadão no resultado da Administração Pública, ou seja, o interesse público.

Busca-se, ainda, analisar o instituto com as regras contidas no ordenamento jurídico pátrio, que, a princípio, pode promover sua aplicabilidade de forma mais eficiente com os meios de solução e prevenção de conflitos, podendo-se dizer que será uma das formas legítimas de diálogo entre o Estado e o cidadão.

Diante disso, pode-se mencionar que as sociedades têm como características básicas um valor ou finalidade social; um poder social e manifestações de grupo ordenadas. Ao Estado é dada a função de alcançar esses valores, de modo que será não um poder, mas sim um dever-poder o fardo carregado por este Estado. Ainda, será conclusão desta a afirmação de que não serão os administrados que deverão servir ao Estado, mas o Estado é quem deverá servir aos administrados.

A democracia como um todo deve acompanhar a sociedade e a sua conseqüente evolução, sendo que, apenas as formas de participação não mais se mostram satisfatórias aos pleitos emergidos no seio social, isto quando não se limita tão somente ao dia da eleição em razão da obrigatoriedade civil.

Acerca da temática ora proposta, Diogo de Figueiredo Moreira Neto menciona que a participação é um tema antigo e o seu estudo confunde-se com a própria história da democracia:

Participação é um tema muito antigo. Seu estudo retrospectivo confundir-se-ia com a história da democracia e, em última análise, concentrar-se-ia no instituto da representação política, sua modalidade mais difundida e, por isso, mais importante (1992, p. 15).

A mera representação política mostra-se insuficiente como instrumento de legitimação democrática, por consequência da expansão da politização das massas e também das novas técnicas de comunicação que “tornaram praticáveis e desejáveis inúmeras modalidades participativas, não só realentando formas tradicionais, embora de pouco uso,

como abrindo espaço para a criação e o desenvolvimento de formas originais” (MOREIRA NETO, 1992, p. 15).

Nas palavras de Habermas:

A deliberação é uma forma de comunicação exigente, ainda que se desenvolva a partir de rotinas diárias invisíveis nas quais as pessoas trocam razões umas com as outras. No curso das práticas cotidianas, os atores estão sempre expostos a um espaço de razões. Eles não podem fazer outra coisa, senão oferecer mutuamente demandas de validade para seus discursos e argumentos, uma vez que o que dizem deveria ser assumido — e, se necessário, provado — como algo verdadeiro, correto ou sincero e, sem dúvida, racional. Uma referência implícita ao discurso racional — ou à competição por melhores razões — é construída dentro da ação comunicativa como uma alternativa onipresente ao comportamento rotineiro (2006, p. 05).

A construção de uma política participativa deve caminhar lado a lado com o modelo de Administração Pública delineado na Constituição brasileira de 1988, sendo que não há tempo para retrocessos democráticos.

Sendo essas garantias fundamentais individuais, podem ser alcançadas via processo, o que faz necessária a distinção entre processo e procedimento, que encontra sua importância, principalmente, na competência legislativa sobre o assunto, pois a Constituição Federal reservou exclusivamente à União a competência de legislar sobre processo, enquanto que em relação ao procedimento deu poder concorrente à União, ao Distrito Federal e aos Estados.

Um dos obstáculos a ser ultrapassado é a ideia de redução da soberania popular a mera ideologia, para não dizer, rechaçada, na realidade dos Estados constitucionais modernos, nesses termos Friedrich Müller:

Tudo o que o povo até agora empreendeu em matéria de elaboração de constituições teve um caráter mais mediado do que imediato, foi mais símbolo do que realidade. Mesmo tocante ao procedimento aqui discutido, amparado no direito positivo, de elaborar democraticamente uma Constituição e/ou deixar colocá-la em vigor, o esforço não vai, por um lado, além da mediação (a Constituição é elaborada por um grêmio de representantes do povo), enquanto, por outro lado, o plebiscito sobre a aceitação do texto constitucional está aberto a todas as formas conhecidas e praticadas de manipulação. Ainda numa preparação da Constituição pelo povo no sentido de uma discussão extensa e ampla no seio da população, o esforço não vai além da estrutura da representação: barreiras de especialização, bem como o problema da inércia fundamental do povo (MÜLLER, 2003, *apud* MARQUES, 2010, p. 7162).

Por tais visões, bem se demonstra o quadro da realidade brasileira:

A palavra democracia pode ser traduzida como um meio para a realização dos valores essenciais da convivência humana, por meio da participação dos cidadãos diretamente na gerência dos atos estatais. Repousa ela, assim, sobre dois princípios fundamentais: o princípio da soberania e o princípio da participação popular, que conjugados tendem a realização dos valores da igualdade e da liberdade (MARQUES, 2010, p. 7175).

Parece adequada a discussão do princípio democrático como fundamento de publicidade dos atos administrativos e, conseqüentemente, forma de controle, haja vista que, somente com o conhecimento dos motivos, elementos intrínsecos e extrínsecos do ato praticado, se terá a possibilidade de averiguação de observância de sua finalidade, a qual deverá estar atrelada com o interesse público.

Mello (2003, p. 11) realiza a reflexão de que o Estado de Direito, em qualquer de suas feições, sempre estará assujeitado aos parâmetros da legalidade, não podendo o agente estatal fugir destes parâmetros, nem mesmo nos atos discricionários.

De sorte que a origem, a justificação do poder, não mais residiria em algum direito divino, ou na simples positividade derivada da força, mas pelo contrário, seria uma resultante direta da vontade consonante dos vários indivíduos que compõem o todo social. É a idéia da soberania popular, é a ideia de democracia (MELLO, 2003, p. 11).

O autor, sem receio de equívoco, enfatiza que a atividade administrativa é fundamental e essencialmente uma atividade infralegal, concluindo que está sob a égide do sistema constitucional brasileiro, ou seja, a atividade administrativa submete-se integralmente ao sistema jurídico.

Ora, o raciocínio utilizado pelo autor é lógico, se a Administração Pública tem poder ante o dever de atingir uma finalidade derivada de lei (leia-se, regida pela legalidade), o ato discricionário

jamais poderia resultar da ausência de lei que dispusesse sobre dado assunto, mas tão somente poderá irromper como fruto de um certo modo pelo qual a lei o haja regulado, porquanto não se admite atuação administrativa que não seja previamente autorizada em lei (MELLO, 2003, p. 13).

O autor cita ainda que:

Induvidosamente, havendo litígio sobre a correta subsunção do caso em concreto a um suposto legal descrito mediante conceito indeterminado, caberá ao Judiciário conferir se a Administração, ao aplicar a regra, se manteve no campo significativo de sua aplicação ou a desconheceu.

Verificado, entretanto que a Administração se firmou em uma inteligência perfeitamente cabível, ou seja, comportada pelo conceito ante ao caso em concreto ainda que outra também pudesse sê-lo desassistirá ao Judiciário assumir est'outra, substituindo o juízo administrativo pelo seu próprio. É que aí haveria um contraste de inteligências igualmente, possíveis. Ora, se a inteligência administrativa não contrariava o direito – este é o tópico sub examine – faleceria título jurídico ao órgão controlador de legitimidade para rever o ato, conforme dantes disse (MELLO, 2003, p. 24).

Tal limitação de controle justifica-se pela mesma limitação, sustentada pelo autor, do poder discricionário, pois se a Administração deve atuar para atingir de modo preciso e excelente a finalidade legal, ou seja, por ser a inteligência humana limitada e as soluções cabíveis, em alguns casos, variáveis, somente com certa liberdade, chamada de oportunidade e conveniência, que poderá o agente “escolher” o ato.

Para melhor elucidar a questão, indispensável a conceituação de mérito administrativo realizado pelo autor mencionado:

Mérito é o campo de liberdade suposto na lei e que, efetivamente, venha a remanescer no caso em concreto, para que o administrador, segundo critérios de conveniência e oportunidade, se decida entre duas ou mais soluções admissíveis perante ele, tendo em vista o exato atendimento da finalidade legal, dada a impossibilidade de ser objetivamente reconhecida qual delas seria a única adequada (MELLO, 2003, p. 38).

Não obstante o acima descrito, uma vez que atividade administrativa, na visão de Bandeira de Mello, seria o desempenho de função, salientando que esta função é o cumprimento obrigatório do dever de atingir uma finalidade anteriormente estabelecida por lei, por meio do manejo de poderes exercitáveis em nome de outrem, bem como estabelecido que a lei sempre impõe o dever da busca da medida que atenda de forma precisa a sua finalidade, resta certo que a liberdade administrativa, acaso conferida por uma norma de direito, não significa sempre liberdade de eleição entre indiferentes jurídicos. Não significa poder de opções livres, ao contrário do Direito Privado. Significa, sim, o dever jurídico funcional, falando aqui em legitimidade, não em mérito, de acertar, ante a configuração do caso concreto, a providência, ou seja, o ato ideal, capaz de atingir, com exatidão a finalidade da lei, dando, assim, satisfação ao interesse coletivo, não ao do agente (MELLO, 2003, p. 47).

Nestes moldes, conceitua discricionariedade como sendo:

A margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso em concreto, a fim de cumprir o

dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente, uma solução unívoca para a solução vertente (MELLO, 2003, p. 48).

Conforme assinalado, a imoralidade administrativa surgiu e desenvolveu-se ligada à ideia de desvio de poder, pois se entendia que em ambas as hipóteses a Administração Pública se utilizava de meios lícitos para atingir finalidades metajurídicas irregulares. A imoralidade estaria na intenção do agente. Essa é a razão pela qual muitos autores entendem que a imoralidade se reduz a uma das hipóteses de ilegalidade que pode atingir os atos administrativos, ou seja, a ilegalidade quanto aos fins (desvio de poder).

Autores mais antigos, considerando a moral administrativa como algo relacionado à disciplina interna da Administração, entendiam que o seu controle também só podia ser feito internamente, excluída a apreciação pelo Poder Judiciário. Este só examinaria a legalidade dos atos da Administração, não o mérito ou a moralidade (PIETRO, 2016, p. 22).

Certamente, com o objetivo de sujeitar ao exame judicial a moralidade administrativa, é que o desvio de poder passou a ser visto como hipótese de ilegalidade sujeita, portanto, ao controle judicial. Ainda que no desvio de poder o vício esteja na consciência ou intenção de quem pratica o ato, a matéria passou a inserir-se no próprio conceito de legalidade administrativa. O direito ampliou o seu círculo para abranger matéria que antes dizia respeito apenas à moral.

Em resumo, sempre que em matéria administrativa verificar-se que o comportamento da Administração ou do administrado que com ela se relaciona juridicamente, embora em consonância com a lei, ofenda a moral, os bons costumes, as regras de boa administração, os princípios de justiça e de equidade, a ideia comum de honestidade, estar-se-á diante de ofensa ao princípio da moralidade administrativa.

É exatamente esta nova visão de possibilidade de controle, com a necessária boa administração, que se fizeram necessárias as considerações acima, haja vista que apenas com uma administração dialógica e com participação democrática é possível atingir as finalidades constitucionais do Estado Democrático de Direito.

3 A LEI DE ACESSO À INFORMAÇÃO COMO MEIO DE CUMPRIMENTO DO PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE

O capítulo tem por finalidade refletir sobre a defesa da universalização do acesso à informação, subsidiando-o com fundamentos doutrinários capazes de orientá-lo na tomada de posição sobre a temática. Pretende-se analisar a presença da temática “acesso à informação” no desenho do Estado Democrático, debruçando-se em fontes documentais institucionais. Avançando na discussão, busca-se verificar a eficácia da Lei de Acesso à Informação, como meio de controle dos atos e participação democrática, apontando para a possibilidade de elevar o nível do acesso aos cidadãos na produção do conhecimento e atuação nas atividades administrativas.

Importante frisar, novamente, que o Estado, por meio da função executiva, é organizado a partir de estruturas administrativas que visam implementar o bem comum, daí por que se organiza em estruturas hierárquicas objetivando a convivência permanente e correlacionada com a sociedade e demais funções.

Analisar a Administração Pública mostra-se importante, sendo regida por um sistema normativo, que tem seu fundamento na Constituição da República, resultando em regras e princípios de forma cogente.

O direito à informação dos cidadãos é fundamental, de forma que tal assertiva se deve ao fato de que a Lei de Acesso à Informação, veio atender aos dispositivos previstos no inciso XXXIII do artigo 5º, inciso II do § 3º do artigo 37 e no § 2º do artigo 216 da Constituição Federal, tal como disposto no artigo 1º da referida Lei.

Este ponto é o central, promover o controle e o diálogo das instituições e a sociedade, por meio do sistema jurídico e sua abertura. Para fins desse trabalho, será feita uma análise da Lei de Acesso à Informação (LAI), a fim de promover a compreensão de suas regras matrizes no acesso, visando espaços para fortalecer a participação do cidadão no resultado da Administração Pública, ou seja, o interesse público. Busca-se, ainda, a análise do instituto de implementação, que, a princípio, pode promover sua aplicabilidade de uma forma mais eficiente com os meios de solução, prevenção de conflitos, conscientização dos administradores e administrados, podendo-se dizer que será uma das formas legítimas de diálogo entre o Estado e o cidadão.

Nesse sentido, um dos mais importantes princípios da Administração Pública (princípio da legalidade), determina que o Poder Público só pode praticar atos previstos em

Lei, o que ganha relevo e adequação quanto ao sentido, pois não é possível na atualidade submeter-se somente à legalidade formal, mas que os meios sejam analisados e os fins adequados às crescentes necessidades dos administrados decorrentes dos direitos fundamentais.

É cada vez mais recorrente a assertiva de que os controles dos atos administrativos sejam efetivados pela sociedade, que em um sentido mais amplo denomina-se a participação democrática das políticas públicas, com objetivo de fomentar um melhor desempenho e aplicação dos princípios insculpidos na Constituição da República, especialmente em seu artigo 37, que no *caput* apresenta a legalidade, a impessoalidade, a moralidade, a publicidade e a eficiência, entre outros princípios.

O princípio da legalidade determina que o Poder Público só pode praticar atos em conformidade com a lei. Desta forma, a participação democrática nestas políticas públicas está cada vez mais ligada ao bom funcionamento da Administração Pública, pois, sem o referido controle, já se demonstrou que a atuação pública, além de morosa, é, por muitas vezes, ineficaz, uma vez que não há uma habitualidade em aplicar os demais princípios previstos na Constituição Federal, levando-se em conta o atual papel do Estado, que não existe mais uma distância, como antes, de relação entre os administrados e demais Estados, ou seja, pactos, convenções e demais atos internacionais.

A implementação da Lei de Acesso à Informação decorre não apenas da regulamentação dos preceitos constitucionais. Em concordância com a apresentação disponibilizada pelo *site* do Ministério da Justiça e Segurança Pública, justifica-se a elaboração da lei como tendo a finalidade:

[...] que estabeleceu a obrigatória prestação de contas por todo e qualquer órgão ou entidade da Administração Direta e Indireta (incluindo empresas públicas, sociedades de economia mista e outros entes controlados direta ou indiretamente pela União) e entidade privada sem fins lucrativos que receba recursos públicos. Assim, ao estabelecer rotinas para o atendimento ao cidadão, organiza e protege o trabalho do servidor.

A principal diretriz que rege a disponibilização de informações é: a publicidade e a transparência das informações é a regra e o sigilo é a exceção. Portanto, a informação sob a guarda do Estado é sempre pública, devendo o acesso a ela ser restrito apenas em casos específicos e por período de tempo determinado (BRASIL, *on-line*).

Como se tem observado, um fato ocorrido em determinado país passou a gerar impactos nas relações internas e externas de outros, desta forma, as ferramentas já existentes no ordenamento jurídico pátrio, que visam à colaboração, já mencionada, com instituições,

empresas e outros Estados, para a atuação política e estrutural, passou a exigir maior agilidade, mas, na mesma proporção, a adequação aos preceitos fundamentais que regem uma Nação.

Nos tempos atuais, a interação mencionada requer um novo olhar e soluções que tragam segurança, não somente jurídica, como em todas as searas da existência dos Estados e do ser humano, com a finalidade de bem-estar social, mas principalmente a efetivação da democracia.

Seguindo a necessidade de se ter um acompanhamento do Direito com as necessidades atuais dos cidadãos, a Obra “Ativismo Judicial: limites institucionais democráticos e constitucionais”, de Edinilson Donisete Machado, é de suma relevância, pois esclarece as funções de cada Poder, seus limites, bem como trabalha o “déficit democrático”, gerando uma busca do Judiciário pelos cidadãos para terem suas garantias asseguradas:

Compreender a evolução do princípio da separação dos poderes e seu atual estágio de desenvolvimento é possivelmente o caminho que se desenha para solução das crises ou mesmo para evitar sua ocorrência, como já se pode observar quanto ao déficit democrático (MACHADO, 2011, p. 78).

Em consonância com o explanado, a Lei nº 12.527/11 (Lei de Acesso à Informação – LAI), regulamentada pelo Decreto nº 7.724/2012, traz em seu bojo a finalidade de proporcionar, como regra, a publicidade da Administração Pública, abrangendo todos os poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário), bem como as instituições governamentais e não governamentais (sem fins lucrativos, que versem sobre interesse público).

Sem a eficiência não poderia se cogitar em Administração, uma vez que esta existe justificada por sua atuação. Como bem ensina Fazzio Júnior:

O dever de bem administrar decorre do princípio republicano, segundo o qual quem administra gere o que pertence à sociedade, a res publica. Aliás, a programação e a realização de projetos administrativos é, hoje, uma imposição legal imposta pela lei de responsabilidade fiscal (Lei Complementar nº 101/00). A negligência e o amadorismo não têm lugar na Administração Pública (2001 p. 23).

O princípio da gratuidade, visando à participação do cidadão e um diálogo com a Administração Pública, bem se apresenta como um dos norteadores do processo administrativo, uma vez que o direito de petição deve ser gratuito. Para melhor esclarecer:

Os procedimentos e os processos administrativos fiscais devem ser gratuitos, sobretudo porque são realizados no atendimento do interesse do Estado em promover sua autotutela tributária. O art. 2º, inc. XI, da Lei 9.784/99 (LGPAF) diz que o processo administrativo deve pautar-se pelo critério da proibição de cobrança de despesas processuais, ressalvadas as previstas em lei (MARINS, 2002, p. 189).

Em relação ao princípio do devido processo legal, deve-se observar que há duas vertentes de incidência sobre ele: a) devido processo legal substancial, que recairá sobre o direito material; b) devido processo legal, em sentido estritamente processual, isto é, a exigir a necessidade da observância dos procedimentos inerentes a cada tipo de processo, sua forma e conteúdo. Caracteriza-se, pois, como uma verdadeira *conditio sine qua non* da validade do processo administrativo em face da Constituição, condiz a requisitos de validade.

Quanto ao princípio do contraditório, será a possibilidade de defesa do administrado diante da Administração Pública. É a garantia de se manifestar, de ser ouvido, na oportunidade prevista em lei, sobre qualquer elemento de fato ou de direito trazido pela administração.

O princípio da ampla defesa deve ser concedido ao particular como requisito de validade constitucional, isto é, como a possibilidade de conhecimento e apreciação de suas alegações e de produção de todas as provas necessárias para restar comprovado o conteúdo por ele arrazoado.

O princípio da ampla competência decisória visa afastar qualquer limitação, por parte do órgão da administração encarregado do julgamento, de conhecimento e apreciação das matérias de defesa produzidas pelo contribuinte, não importando se a impugnação verse sobre matéria formal, material, de direito ou de fato, preliminares ou de mérito.

Qualquer estreitamento da função de julgar a lide em todos os seus aspectos, seja por razões normativas, ou meramente hierárquicas, ensejará cerceamento de defesa, ferindo a Constituição, tornando o processo nulo.

Sobre o princípio da ampla instrução probatória, deve-se dizer que é o direito à utilização de todos os meios de provas previstos ou não defesos no ordenamento jurídico, pertinentes ao objeto da impugnação realizada pelo contribuinte (CF/1988, art. 5º, LV).

O princípio do duplo grau de cognição, previsto no inciso LV do artigo 5º da Constituição, busca a qualidade e a segurança da prestação estatal julgadora, a representar mais uma manifestação do direito da ampla defesa.

O princípio do julgador competente é o dever de existência de um sistema previamente elaborado para o recebimento, conhecimento e julgamento das pretensões do cidadão, com julgadores imparciais, competência julgadora previamente estabelecida na legislação e previamente adequada para determinar a competência para cada caso concreto, acarretando, a sua inobservância, a criação de tribunal de exceção, vedado pela Constituição Federal (CF/1988, art. 5º, XXXVII e LIII).

Com um enfoque constitucional, é a legalidade o reduto básico das atividades administrativas, ressaltando os ensinamentos de Seabra Fagundes “administrar é atuar a lei de ofício”, portanto, fundamental pertinência em respaldar na Constituição Federal os princípios expressos e implícitos, que determinam e informam a interpretação das normas, referentes ao processo administrativo (DALLARI, 2007, p. 28).

Os princípios acima elencados, na visão dos doutrinadores citados, são os que mais demonstram o respaldo e a viabilidade da utilização do processo administrativo como meio de participação democrática, são basilares aos princípios fundamentais nesta seara, pois a Lei de Acesso à Informação vem dispor sobre os procedimentos a serem observados pelos entes da Federação, em todas as suas esferas. Assim:

Os princípios constitucionais fundamentais, pelo visto, são de natureza variada. Não será fácil, pois, fixar-lhes um conceito preciso em um enunciado sintético. Recorreremos, no entanto, mais uma vez, à expressiva lição de Gomes Canotilho e Vital Moreira, segundo a qual os «princípios fundamentais visam essencialmente definir e caracterizar a colectividade política e o Estado e enumerar as principais opções político-constitucionais», Relevam a sua importância capital no contexto da Constituição e observam que os artigos que os consagram «constituem por assim dizer a síntese ou matriz de todas as restantes normas constitucionais, que àquelas podem ser directa ou indirectamente reconduzidas (SILVA, 1994, p. 19).

Inês Virginia Prado Soares ensina que:

Abrangido pelo direito à liberdade de expressão, o direito à liberdade de informação é um direito humano fundamental expressamente previsto na Constituição (art. 5º, incisos XIV e XXXIII, art. 37, § 3º, II e art. 216 § 2º). Seu teor está baseado em três feixes: o direito de informar aos outros (de veicular informações), de se informar (de colher dados ou informações) e de ser informado (de receber informações).

Com a finalidade de oferecer subsídios para discussão no *Workshop sobre a Lei de Acesso à Informação – Lei nº 12.527/2011, promovido pela Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão- PFDC/MPF*, o direito à informação será abordado neste texto na perspectiva do direito de acessar informações produzidas ou guardadas por órgãos públicos. Sob essa ótica, o acesso a informações públicas é um direito que corresponde também à

obrigação dos órgãos publicarem as informações de forma proativa (com esclarecimento sobre seu funcionamento, sua gestão, as políticas internas, as formas de participação dos cidadãos, uso das tecnologia da informação, com uso da internet, inclusive das pessoas com deficiência etc). Além disso, o direito de acesso a informações públicas é entendido como obrigação do Estado de disponibilizar certas categorias-chave de informação sobre: utilização de recursos públicos; violações aos direitos humanos (com atenção às especificidades de grupos vulneráveis); legado de violência do passado, no caso de retorno à democracia (direito à verdade); danos ao meio ambiente; impactos econômicos das políticas públicas, dentre outros (SOARES, 2010, p. 01).

A autora Continua justificando o trabalho sustentando que:

[...] esse direito ao acesso a informações públicas incorporou não somente as demandas de transparência na administração-essencial para combater a corrupção e para o controle social da administração- mas também as necessidades de produção e sistematização de dados que contribuem para a defesa dos direitos humanos (SOARES, 2010, p. 01).

3.1 Dos requisitos e suas dificuldades materiais na implementação da Lei de Acesso à Informação

A Lei de Acesso à Informação determina que o Estado (em todas as suas esferas, incluindo a administração direta e indireta, em funções administrativas) exerça ativamente a publicação de seus atos espontaneamente, mesmo sem requerimento do administrado, no que se refere a atuações de interesse coletivo ou geral produzidas ou custodiadas pelo órgão ou entidade pública, conforme determina o artigo 8º da Lei:

Art. 8º. É dever dos órgãos e entidades públicas promover, independentemente de requerimentos, a divulgação em local de fácil acesso, no âmbito de suas competências, de informações de interesse coletivo ou geral por eles produzidas ou custodiadas.

Ainda, em seus parágrafos e incisos, a Lei de Acesso à Informação traz, em rol exemplificativo, a forma de divulgação das informações. Diz-se em rol exemplificativo, porque cada ente ou entidade deve regulamentar e ser responsável pela execução do conteúdo normativo. Desta forma, como se pode extrair do próprio texto legal, seguem os requisitos mínimos:

Art. 8º, § 1º. Na divulgação das informações a que se refere o caput, deverão constar, no mínimo: I - registro das competências e estrutura organizacional,

endereços e telefones das respectivas unidades e horários de atendimento ao público; II - registros de quaisquer repasses ou transferências de recursos financeiros; III - registros das despesas; IV - informações concernentes a procedimentos licitatórios, inclusive os respectivos editais e resultados, bem como a todos os contratos celebrados; V - dados gerais para o acompanhamento de programas, ações, projetos e obras de órgãos e entidades; VI - respostas a perguntas mais frequentes da sociedade (BRASIL, *on-line*).

A Lei de Acesso à Informação (LAI) não deixa margem a dúvidas quanto à obrigatoriedade de serem explorados todos os meios e instrumentos legítimos, ou seja, caso não se tenha centralizado em um setor exclusivo para a divulgação e atendimento ao cidadão sobre as informações a serem requisitadas, é de obrigatoriedade do respectivo órgão aceitar a protocolização de pedido no seu protocolo geral. Negada a impossibilidade de rejeição de pedidos físicos, como escusa de viabilizar a informação ao cidadão, além da obrigatoriedade, já mencionada da divulgação desses dados ou informações por meio eletrônico:

Art. 8º, § 2º. Para cumprimento do disposto no caput, os órgãos e entidades públicas deverão utilizar todos os meios e instrumentos legítimos de que dispuserem, sendo obrigatória a divulgação em sítios oficiais da rede mundial de computadores (BRASIL, *on-line*).

No mesmo artigo, continua a lei a determinar requisitos mínimos obrigatórios, a fim de que sejam atendidos os demais requisitos técnicos para a elaboração da regulamentação e aplicabilidade do acesso à informação:

Art. 8º, § 3º. Os sítios de que trata o § 2º deverão, na forma de regulamento, atender, entre outros, aos seguintes requisitos: I - conter ferramenta de pesquisa de conteúdo que permita o acesso à informação de forma objetiva, transparente, clara e em linguagem de fácil compreensão; II - possibilitar a gravação de relatórios em diversos formatos eletrônicos, inclusive abertos e não proprietários, tais como planilhas e texto, de modo a facilitar a análise das informações; III - possibilitar o acesso automatizado por sistemas externos em formatos abertos, estruturados e legíveis por máquina; IV - divulgar em detalhes os formatos utilizados para estruturação da informação; V - garantir a autenticidade e a integridade das informações disponíveis para acesso; VI - manter atualizadas as informações disponíveis para acesso; VII - indicar local e instruções que permitam ao interessado comunicar-se, por via eletrônica ou telefônica, com o órgão ou entidade detentora do sítio; VIII - adotar as medidas necessárias para garantir a acessibilidade de conteúdo para pessoas com deficiência, nos termos do art. 17 da Lei nº 10.098, de 19 de dezembro de 2000, e do art. 9º da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, aprovada pelo Decreto Legislativo nº 186, de 9 de julho de 2008.

Em seu parágrafo quarto, é previsto que os pequenos municípios estarão desobrigados de divulgação via rede mundial de computadores, mas ainda serão obrigados à divulgação das informações relativas à execução orçamentária e financeira:

Art. 8º, § 4º. Os Municípios com população de até 10.000 (dez mil) habitantes ficam dispensados da divulgação obrigatória na internet a que se refere o § 2º, mantida a obrigatoriedade de divulgação, em tempo real, de informações relativas à execução orçamentária e financeira, nos critérios e prazos previstos no art. 73-B da Lei Complementar no 101, de 4 de maio de 2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal).

A falta de observância dos requisitos mínimos trazidos no artigo 8º da Lei nº 12.527/11 (LAI) é um demonstrativo da resistência do gestor público. Assim, fazendo menção direta a Santos:

Na parte prática do projeto, além dos achados apontados acima, outras inconsistências podem ser assinaladas, como, por exemplo, a exigência de justificativa para formular o pedido de acesso à informação ou, o que é pior, a inviabilidade de formular tal pedido.

Além disso, de um modo geral, foi possível perceber que os portais de transparência dos municípios que compreenderam a microrregião de Jacarezinho, quando existentes, possuíam dados muitas vezes incompreensíveis ao cidadão médio, o que por si só não atinge o objetivo legal que é conceder a informação ao cidadão (2016, p. 139).

A concessão da informação abrange dois aspectos: acesso e compreensão. Por isso, os dados divulgados, seja por meio da transparência, seja por meio da passiva, devem ser compreensíveis, inteligíveis com relação às informações prestadas para atingir o objetivo legal (SANTOS, 2016, p. 139).

Parece correta a afirmação trazida por Pâmella de Moura Santos (2016, p. 139) que, se não superadas as dificuldades expostas, ter-se-á um acesso à informação meramente formal e não material, impossibilitando o controle pela sociedade tal como se estivesse indisponível a informação.

Neste sentido:

Um dado de fato assustador foi a ausência de aplicabilidade do artigo 8º, §3º, VIII da LAI quanto à acessibilidade ao portador de necessidades especiais para navegar nos portais de transparência, pois, ferramentas simples como a possibilidade de ouvir as informações contidas nos portais de informações e aumento e diminuição da fonte não foram encontradas no site da maioria dos municípios paranaenses auditados (SANTOS, 2015, p. 139).

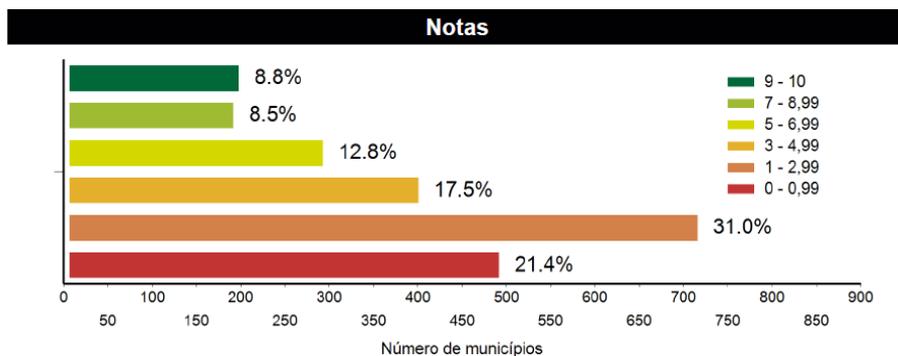
Foram acessados sítios oficiais na rede mundial de computadores (Internet), desde o sítio da Corregedoria Geral da União, do Ministério da Justiça e Segurança Pública, até o sítio do Tribunal de Contas do Estado do Paraná, para verificar-se as mínimas condições de obtenção de informação.

Absurdamente, depara-se com a falta de clareza e linguagem de fácil compreensão, ou seja, mesmo existindo dados nos portais da transparência, as informações contidas são de extrema complexidade linguística, até mesmo, pode-se dizer, puramente técnicas, que apenas os profissionais em finanças públicas — posteriormente à complementação de dados não disponibilizados conjuntamente — poderão compreendê-las.

Apenas a título exemplificativo, ao buscar informações sobre qual seria o a aplicabilidade da Lei de Acesso à Informação (LAI) nas esferas municipais, o interessado encontrará no sítio da Controladoria Geral da União o seguinte quadro analítico:

Panorama dos Governos Municipais

Escala Brasil Transparente - 3.^a avaliação



Necessário salientar que, apesar da obrigatoriedade de disponibilização dos dados em várias formas de arquivos, propositalmente, fora colada a imagem, uma vez que, somente por via de tentativa de impressão é que se conseguiu extrair a escala acima, dispensável é a menção de que palavras foram cortadas.

Para que não haja qualquer desvio de finalidade da presente dissertação, optou-se por não trazer ao bojo do mesmo a análise de sítios locais ou regionais, motivo pelo qual foram acessados os sítios da Controladoria Geral da União — responsável pelos órgãos e entidades de competência da União, Ministério da Justiça e da Segurança Pública.

Pelo gráfico retirado da Controladoria Geral da União, verifica-se que os requisitos trazidos pela Lei de Acesso à Informação só são atendidos de forma satisfatória (análise

apenas no âmbito municipal) em apenas 8,8% (oito vírgula oito por cento), dos Municípios, contra o péssimo percentual de 51,4% (cinquenta e um vírgula quatro por cento) dos municípios em que tais serviços são péssimos ou inexistentes, ou seja, mais da metade dos municípios brasileiros não implementaram adequadamente os Serviços de Informação ao Cidadão.

3.2 A carência de metodologia e entendimento da competência dos órgãos responsáveis pelo arquivamento das informações

Para corroborar com a proposta do presente trabalho, dada a relevância do tema, cumpre se remeter ao trabalho realizado por Juliana Fachin, em sua dissertação de mestrado do Programa de Pós Graduação em Ciência da informação da Universidade Federal de Santa Catarina, com a finalidade de demonstrar que não se trata de falta de legislação, pensamentos, ou iniciativa para a plena aplicabilidade da Lei de Acesso à Informação, visto que são as formas previstas que geram a demora ou, até mesmo, a insatisfação do pleito à informação.

Desde sua introdução, Juliana Fachin relata de forma precisa que no século XIX, as iniciativas internacionais discutiam questões de acesso ao acervo documental em ambiente arquivístico, sendo que o acesso à informação tornou-se elemento de reivindicação social, com várias mobilizações manifestando-se ao passar do tempo (2014, p. 25).

Menciona que:

[...] a revista *Archivum* publicou de 1967 a 1971 trabalhos voltados a legislações de acesso ao acervo documental, indicando um marco legal e histórico, no relato da criação da lei americana chamada *Freedom of Information Act* – FOIA - em 1966, voltada para a acessibilidade de documentos públicos nos Estados Unidos da América, representando o início da criação de várias outras legislações. Outros países se espelharam nela para construir as suas próprias leis de acesso. Reina (2012, p. 136) faz um profundo estudo sobre a aplicação do direito de acesso à informação em diversos países, indicando os pioneiros na implementação de legislações sobre o assunto:

PAÍSES ESCANDINAVOS: Suécia em 1766; Finlândia 1951; Dinamarca 1970; Noruega 2006; Países Baixos 1978.

AMERICA - INFLUENCIA ANGLÓFONA: Estados Unidos - FOIA- 1966; Canadá 1982; Nova Zelândia 2003; Austrália 2009.

EUROPA: França 1978; Grécia 1986; Itália 1990; Espanha 1992; Portugal 1993; Bélgica 1994.

EUROPA OCIDENTAL: Áustria 1987; Islândia 1996; Irlanda 1997; Liechtenstein 1999; Reino Unido 2000; Suíça 2004; Alemanha 2005; Malta 2008; Luxemburgo 2010 (FACHIN, 2014, p. 25).

Ante o já exposto, Fachin aponta, em concordância com as questões abordadas nos capítulos acima, que:

As políticas públicas voltadas para o acesso à informação são iniciativas que tendem a promover mudanças, impulsionam países em busca da governança pública voltada para a transparência e participação pública, possibilitando transformações profícuas na sociedade, como maior representatividade nas decisões governamentais, na tomada de decisões, direcionamentos constitutivos sociais (2014, p. 26).

Acrescenta que:

Devido a essas mudanças na forma da administração pública, muitos países têm desenvolvido uma legislação voltada para o acesso, pautada nas discussões internacionais. Mencionando Rodrigues (2012), em 1948, o Congresso Internacional de Arquivistas e Bibliotecários discutiu a questão do acesso, consagrando-se nos eventos do Conselho Internacional de Arquivos - CIA, criado no mesmo ano. No ano seguinte, 1949, as reuniões do CIA pautavam o acesso como tema central; em 1966, no Congresso Extraordinário em Washington, o CIA defendeu a "liberalização do acesso aos arquivos" (FACHIN, 2014, p. 25–26).

Para enfatizar a necessidade de acesso à informação, a autora faz menção de que:

O CIA e a UNESCO consagraram uma forte parceria; em 1971, publicaram em conjunto trabalhos sobre legislação de acesso aos arquivos, como forma de divulgar o tema para diversos países, iniciando um vasto cronograma, em que o acesso era tema central de discussões.

Desta forma, o foco até então apresentado por Fachin (2014, p. 27) refere-se ao fato de que:

A trajetória histórica das ações internacionais sobre o acervo arquivístico envolve várias questões como: a preocupação com a preservação da memória, e ações públicas para promover o acesso à informação documental do acervo militar, sigiloso e governamental, entre outros, que constituem muito mais que um arquivo administrativo, compõe a história de um país e, nelas, as ações envolvendo governo e população direta ou indiretamente em seus atos.

Passando a mencionar o Brasil, Fachin assinala:

O acesso à informação de interesse público no Brasil é um tema antigo, tomou maior proporção com as discussões da lei 12.527 de 2011; esse tipo de informação, pelo caráter institucional do poder público, nunca esteve de

fácil acesso. Os órgãos públicos passam a ter obrigação de facilitar o acesso documental informacional para a sociedade. Jardim (2012, p. 07) enfatiza o cenário em que se constitui a LAI no Brasil.

A lei refere-se ao Estado brasileiro como um todo: administração direta dos Poderes, Executivo, Legislativo, as Cortes de Contas, Judiciário e Ministério Público; autarquias, fundações públicas, empresas públicas, sociedades de economia mista e entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios (FACHIN, 2014, p. 26).

Mais uma vez, corroborando com aquilo que parece plausível, a autora pontua que: “O acesso à informação norteia as necessidades informacionais, no contexto do uso de mídias e tecnologias informacionais, proporcionando a acessibilidade, transparência pública, democracia e direitos cívicos” (FACHIN, 2014, p. 26).

A autora salienta que: “A busca por um país melhor e mais democrático faz com que mudanças aconteçam; elas são necessárias e elementares para o crescimento social e político de um país” (2014, p. 26).

Neste sentido, Abrucio e Loureiro definem democracia sob três ideais:

Primeiro: o governo deve emanar da vontade popular, que se torna a principal fonte da soberania – trata-se da idéia de autogoverno, mola mestre do regime democrático.

Segundo: os governantes devem prestar contas ao povo, responsabilizando-se perante ele, pelos atos ou omissões cometidos no exercício do poder.

E terceiro: o Estado deve ser regido por regras que delimitem seu campo de atuação em prol da defesa de direitos básicos dos cidadãos, tanto individuais como coletivos (2005, p. 02).

Realizando uma transcrição literal, Fachin (2014, p.27) salienta que:

É neste estado democrático que um país se desenvolve, inúmeras regras são representadas por leis, fazendo-se dos deveres e direitos do povo, voltados para o povo. É por isso que a democracia é almejada por muitas sociedades em todo o mundo, como forma de representatividade direta dos anseios do povo.

A sociedade vislumbra a importância do acesso à informação em que o sistema e serviços funcionam de forma aberta e acessível. Verardi (2011, p. 36) ressalta a importância do acesso à informação, indica que: “Nos países que são considerados democráticos, entre eles a Espanha, a informação é um dos elementos mais importantes para garantir o cumprimento da democracia.” Essa concepção expõe o papel do acesso à informação para com uma sociedade em busca do estado democrático e transparente.

Medidas são tomadas para tentar garantir o acesso informacional, que, no caso brasileiro, vieram por meio de leis (lei n. 12.527 de acesso à informação-

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm), medidas, normas, decretos.

A referida lei propõe mudanças de conduta quanto ao acesso à informação. Como principal mudança pode-se destacar a necessidade de adequação dos órgãos públicos, visando atender à nova demanda informacional. Os arquivos com seu ambiente informacional, contendo documentos de múltiplas características (informacional, histórico, organizacional, administrativo, etc.), de acordo com a LAI, têm o dever de dispor para a sociedade informações de interesse público acessíveis em diversos meios e formatos.

(...)

É nessa conjuntura que o acervo arquivístico contém informações que são fontes de pesquisa, e de necessidade pública. Tornar o acervo acessível via web é uma função que os órgãos públicos passam a ter, afirmados na lei de acesso à informação. Para O'Toole (1993), a relação do documento público está ligada com o sentimento social de patrimônio coletivo. O autor relata o fato da reflexão e cuidado com o acervo documental como memória coletiva (FACHIN, 2014, p. 27–28).

Inobstante a importância e necessidade de viabilizar o acesso à informação, Bacellar, em recente pesquisa, enfatiza o descaso do governo em avaliar os efeitos da LAI nos órgãos públicos, demonstrando uma ausência de infraestrutura e tecnologia para aplicação da LAI nos arquivos, ao afirmar: “Arquivos públicos devem ser dinâmicos, modernos e úteis para a sociedade, senão continuarão em sua triste sina de esquecidos às sombras do Estado” (2013, p. 276).

Na concepção de Jardim, os arquivos “Tratam-se (*sic*) de organizações voltadas quase exclusivamente para a guarda e acesso de documentos” (2008, p. 9). “Sua finalidade está em gerenciar a massa documental para torná-la conservada e acessível aos interessados” (FACHIN, 2014, p. 28).

A publicidade coloca em questão, por outro lado, alguns dos elementos mais típicos da organização burocrática. Como tal, o olhar do cidadão incidiria sobre as relações internas do aparelho burocrático, as condições de exercício da autoridade hierárquica, as condições de tomada de decisão. A personalidade burocrática é golpeada, na medida em que o segredo era um dos seus elementos constitutivos. A transparência constituiria, neste sentido, uma poderosa alavanca de desburocratização (JARDIM, 1999, p. 62).

Fachin traz o conceito de que a acessibilidade informacional, a qual é demandada pela necessidade de acesso, visto que o ser humano consome diariamente informação. “A relevância em fornecer informação se dá por sua procura, que, desde a idade antiga, vem sendo palco de muitas transformações, mudando e sendo mudado, criando e destruindo, produzido constantemente pelo ser humano” (FACHIN, 2014, p. 37).

Referida autora defende que: “A sociedade se nutre de informação, seja ela corriqueira, científica, organizacional, institucional, pública, cada uma com caráter diferente,

mas com a finalidade distinta, de informar, e todas são de suma importância” (FACHIN, 2014, p. 38).

Pontua que:

É responsabilidade do governo, proporcionar condições básicas de vivência, dispor de um bom sistema de saúde, saneamento básico, educação, esporte, lazer, cultura, entre outros. A responsabilidade social do governo inclui questões culturais, administrativas, conduta ética, boa prestação de serviço, e, o acesso à informação entra no quesito da prestação de serviços públicos (FACHIN, 2014, p. 38).

Cita, ainda, Indolfo:

Como a disponibilização da informação produzida no setor público é considerada essencial para o funcionamento de governos nacionais e locais “bem administrados”, o direito do público ao acesso e utilização dessa informação deve ser assegurado, seguindo-se os princípios norteadores dos regimes democráticos e a busca pela ‘boa governança’ (2013, p. 08, *apud* FACHIN, 2014, p. 38).

Fachin entende que:

A LAI visa potencializar o acesso às informações em diversos meios, isso representa uma quebra de paradigmas tanto no âmbito governamental como no social. Nesse sentido, o acesso documental envolve uma série de preceitos estruturais complexos, mas tangíveis de plenas mudanças.

A acessibilidade neste contexto é o elemento facilitador para a obtenção da informação desejada, na necessidade de indivíduos diferentes, envolvendo distintos ambientes de acesso que requerem adequação aos diversos usuários. (2014, p. 37–38).

Inobstante os entendimentos acima trazidos por Fachin (2014) e Soares (2010), fica nítida a dificuldade do Estado em atingir as finalidades da LAI, conforme abaixo:

A incorporação das Tecnologias da Informação na gestão documental é um desafio para a administração pública e para as instituições que defendem os direitos humanos, especialmente para o Ministério Público Federal. A lógica para guarda, organização e disponibilização dos dados e documentos que versem sobre direitos fundamentais e sobre transparência da administração (que previnam a corrupção) não pode mais ser a lógica do suporte em papel. E nesse sentido, a Lei de Acesso à Informação já prevê a necessidade de digitalização dos documentos bem como a disponibilização dos arquivos e informações em espaços virtuais, sejam em redes fechadas (intranet) seja na rede mundial de computadores-*internet* (SOARES, 2010, p. 05).

Jardim, nesta mesma vertente, sustenta, que:

Ao longo dos últimos 20 anos, diversos diagnósticos vêm denunciando a progressiva corrosão da situação arquivística, desde os acervos acumulados aos documentos em fase de produção, passando pela precariedade organizacional, tecnológica e humana relacionada a este quadro. Uma das expectativas quando da elaboração destes diagnósticos era a de produzir, de um lado, formas preliminares de acesso a estoques documentais dispersos e, de outro, fornecer indicadores para políticas públicas que permitissem a superação do quadro denunciado. A superação da ditadura militar e a expectativa de democratização do país forneceram elementos fundamentais a uma certa politização da questão, a partir, sobretudo, de dados obtidos nestes diagnósticos (1999, p. 150).

Mencionando a Lei nº 8.159/91, Lei de Arquivos, Jardim faz a ressalva do custeio e da questão econômica a ser superada:

No que diz respeito aos deveres da administração pública, além de dispor que esta deverá obedecer aos princípios de “legalidade, moralidade, publicidade”, conforme o artigo 7, um outro aspecto é explicitado no artigo 216, parágrafo 2º: “cabem à administração pública, na forma da lei, a gestão da documentação governamental e as providências para franquear sua consulta a quantos dela necessitem” (JARDIM, 1999, p. 157).

Parece que os problemas da aplicabilidade da Lei de Acesso à Informação (LAI) se mantêm, haja vista as informações levantadas nos trabalhos analisados e consultados.

3.3 A LAI – Do controle social e sua eficiência

A Lei nº 12.527/11 (LAI) é de natureza híbrida, da qual se retira os requisitos processuais para que cada ente da Federação regulamente o procedimento a ser adotado, em conformidade com as características, necessidades e possibilidades específicas dos mesmos, como uma forma de participação do cidadão no Estado, ou seja, forma de efetivação da participação democrática.

A Lei de Acesso à Informação (LAI), em seu artigo 9º, traz expressamente que a sua finalidade é de incentivo à participação da sociedade nas atividades administrativas, ressaltando as formas de interlocução entre a Administração e os cidadãos:

Art. 9º. O acesso a informações públicas será assegurado mediante: I - criação de serviço de informações ao cidadão, nos órgãos e entidades do poder público, em local com condições apropriadas para: a) atender e

orientar o público quanto ao acesso a informações; b) informar sobre a tramitação de documentos nas suas respectivas unidades; c) protocolizar documentos e requerimentos de acesso a informações; II - realização de audiências ou consultas públicas, incentivo à participação popular ou a outras formas de divulgação.

Em trabalho realizado após um ano de vigência da LAI, a título de verificação da eficiência da LAI, por Rosane Leal da Silva, Patrícia Adriani Hoch e Noemi de Freitas Santos registraram que:

A observação realizada, apesar de não ser exaustiva, possibilitou apresentar um panorama geral acerca da disponibilização do Serviço de Informação ao Cidadão (SIC) pelos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, revelando que ainda existem algumas deficiências que merecem ser sanadas, por meio de uma postura proativa no sentido de proporcionar um efetivo acesso à informação à sociedade (2013, p. 203).

(...)

A Lei nº 12.527/2011, a Lei de Acesso à Informação, tem um importante papel para a consolidação do regime democrático no país, uma vez que amplia a participação cidadã nas questões de interesse público e fortalece instrumentos de controle da gestão pública ao garantir ao cidadão o exercício do direito de acesso amplo e irrestrito à informação.

O controle da gestão pública nos três poderes, Executivo, Legislativo e Judiciário ganhou uma importante ferramenta de transparência passiva do Estado, o Serviço de Informações ao Cidadão (SIC), que quando disponibilizado através da Internet torna-se um instrumento mais ágil e menos burocratizado, eliminando tempo e recursos da Administração Pública.

Ao dizer da Lei de Acesso à Informação, necessário é esclarecer que já entrou no ordenamento jurídico em descrédito ante as atitudes da Administração Pública, a qual, na maioria das vezes se nega em dar ao administrado a devida atenção, nas palavras de Dallari “encastelada que está numa tão messiânica quanto infundada crença de infalibilidade”.

Não se pode negar que a omissão tem parcela de culpa da população, a qual apenas se prontifica em opinar ou sugerir aquilo que diga respeito ao seu interesse egoístico, causando um disparate no propósito de diálogo proposto pela Lei, passando a existir litígio e culminando com as questões transformadas em demandas judiciais, sob as escusas de “Poder de Polícia”, “insindicabilidade judicial do mérito do ato administrativo”, resistência do administrador em delegar funções e competências (DALLARI, 2007, p. 20).

As palavras de Dallari mostram-se atuais, ante a observância realizada de que esta divulgação, ou falta de divulgação e incentivo pode ser demonstrada ante os dados informados pela CGU em seu relatório de pedidos no período de junho do ano de 2012 até

junho do ano de 2017, em que se pode verificar o perfil dos solicitantes, que leva a dados alarmantes, pois a maioria dos solicitantes é composta por pessoas físicas.

De fato, a maioria fica com as com pessoas de nível superior completo, segundo dados anexados, totalizando o número de 60,7% (sessenta vírgula sete por cento) dos pedidos de informações. Em contrapartida, os demais referem-se a pessoas com ensino médio (24,28%), seguidos de 4,54% (quatro vírgula cinquenta e quatro por cento) com ensino fundamental, 0,76% (zero vírgula setenta e seis por cento) sem ensino formal e 9,72% (nove vírgula setenta e dois por cento) não informados.

Para demonstrar a concentração de pedidos de informação por uma parcela mínima da população, esclarece-se abaixo que a maioria dos pedidos decorre da minoria da sociedade, , uma vez que somente 12,02% (doze vírgula dois décimos por cento) da população brasileira possui acesso ao nível superior, conforme dados da realizada em 2015.

Acesso à escola, por nível de escolaridade e idade

PNAD 2015

	5	6	7	8	9	10	11	12	13	14	15	16	17	18	19	20	21	22	23	24	25	
Pré-escola	80,87%	32,13%	3,62%	1,16%	0,82%	0,21%	0,20%	0,00%	0,00%	0,00%	0,00%	0,00%	0,00%	0,00%	0,00%	0,00%	0,00%	0,00%	0,00%	0,00%	0,00%	0,00%
Ensino Fundamental	10,53%	64,94%	95,67%	98,05%	98,61%	99,01%	98,93%	98,85%	97,35%	86,76%	46,56%	22,95%	10,84%	4,95%	3,14%	1,75%	1,32%	0,80%	0,68%	0,60%	0,65%	
Ensino Médio	0,00%	0,00%	0,00%	0,00%	0,00%	0,00%	0,00%	0,00%	0,97%	10,07%	46,40%	64,31%	60,94%	32,84%	16,20%	7,99%	5,12%	3,57%	2,85%	2,28%	1,65%	
Ensino Superior	0,00%	0,00%	0,00%	0,00%	0,00%	0,00%	0,00%	0,00%	0,00%	0,00%	0,00%	0,10%	2,49%	12,27%	18,06%	22,03%	21,78%	20,33%	17,07%	14,11%	12,02%	

Visualiza-se com estes dados que os interessados em compreender as atividades administrativas são pessoas com nível superior completo. Assim mesmo, pode-se verificar a dificuldade na obtenção das informações, haja vista que o pedido solicitado para esta pesquisa não traz a qualidade da resposta, apenas se concedida, negada ou feito pedido de prorrogação de prazo, o que é no mínimo contraditório ao próprio propósito do portal transparência acessado, já que neste caso as informações foram prestadas, mas não foram satisfatórias para uma análise mais precisa, ou seja, não logrou êxito.

Fica patente que a política de publicidade e de transparência no Brasil ainda se mostra tímida, apesar das cartilhas realizadas pela CGU, necessitando de maior divulgação e atualização dos domínios, sítios e dados, pois nas buscas realizadas as informações não se mostram claras e de fácil compreensão, destoando da Lei.

Por outro lado, indispensável a alusão de uma grande evolução no sistema jurídico e social, isto se dá ante a implantação de “portais transparência” em quase todas as esferas do Estado, bem como das entidades. Melhor analisando, qualquer cidadão poderá ter acesso ou requerer informações referentes às funções administrativas.

Ao longo do tempo, tendo como base os trabalhos realizados nos primeiros anos de vigência da Lei de Acesso à Informação, a evolução na sua aplicabilidade foi significativa, longe de perfeição, mas dando início a um diálogo entre a Administração Pública e os administrados, mesmo que em linguagem ainda técnica. Já se pode acessar a maioria das destinações do erário, com a obtenção de informações de cunho gerencial, gerando uma maior possibilidade de exercício de controle social, diante das atuações do Estado.

O controle social deve ser passível de ser exercido por qualquer cidadão, independentemente de suas qualificações individuais, sendo inconcebível a ausência de acesso pleno à informação, decorrente da inexistência de mecanismos próprios que favoreçam a acessibilidade, abrangendo a compreensão e a exatidão das informações prestadas, cujas determinações foram trazidas pela Lei de Acesso à Informação.

No caso em tela, o princípio da publicidade pode ser efetivado pela aplicabilidade da Lei de Acesso à Informação, com maior ênfase em conscientizar a população das atuações da Administração Pública.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O tema tratado não se esgota no presente trabalho, e nem poderia, em razão de sua complexidade. O que se conclui é o fato de ser indispensável a viabilidade de proporcionar, nos ditames da Constituição Federal, maior celeridade, por meio de um diálogo entre a Administração e os cidadãos, sempre sob a égide da publicidade, com informações claras, bem como meios de controle dos atos administrativos.

Somente assim é possível atingir, ou ter maior proximidade, com os princípios da segurança jurídica e proteção da segurança no Estado Democrático de Direito. No caso específico do processo administrativo, é visto que o tema é atual e que ainda demonstra incertezas, quanto à sua definição, utilização e princípios.

Deve-se frisar, contudo, que os princípios constitucionais são aplicados ao Direito Administrativo, vez que este se encontra inserido no Texto Maior, sobretudo porque é basilar a hierarquia diante da Constituição Federal no ordenamento jurídico pátrio.

Os doutrinadores não são concordes sobre o exato número de princípios, nem sobre sua identidade, porém o artigo 37 da Constituição Federal oferece pelo menos cinco destes princípios, a saber: legalidade, moralidade, impessoalidade, eficiência e publicidade.

A pesquisa teve como problema central de estudo apreciar as implicações do princípio da publicidade para propiciar a participação democrática na Administração Pública por meio da Lei de Acesso à Informação, sob pena de consequências civis, penais e administrativas àquele que deu causa à sua não observância.

O que mais se torna explícito quando se trata de temas de cunho administrativo público, é que todos os princípios derivam de um único, qual seja do interesse público, o qual deve ser entendido como o interesse que a maioria dos cidadãos tem para que sejam mantidas a paz pública e a segurança jurídica.

A observância do princípio do interesse público, se realizada de forma proporcional e razoável, não deixaria margens à improbidade, isto porque, quanto mais ponderada as decisões dos administradores, mais seriam exauridos e efetivados os interesses e necessidades dos administrados.

À Administração cabe zelar pelo desenvolvimento social, o que somente será possível quando houver segurança, harmonia, respeito e, sobretudo, alteridade entre o Estado e o povo. Cumpre ressaltar que ao povo caberá a fiscalização e o exercício ativo da cidadania,

em busca de um equilíbrio social, devendo haver um consenso entre as diversas esferas da sociedade.

Sendo incidente em todas as esferas administrativas, os deveres do Estado serão alcançados, porém o maior problema para esta evolução não reside nas leis ou no governo, mas nos indivíduos que buscam favorecimentos pessoais. O grande defeito do sistema brasileiro de Estado é o fato de os administradores decidirem politicamente, sem buscar as bases no próprio fundamento de sua existência, deixando de ser representantes (servidores) para ser soberanos (autoritários), à margem dos valores éticos, para imperar a balbúrdia do governo brasileiro.

A Lei de Acesso à Informação, por ser um meio de controle da Administração Pública na busca de “subsídios” indispensáveis para a manutenção do Estado, em todas as suas esferas, deverá ser realizada em total concordância com os aspectos norteadores acima descritos, visando efetivamente dar ao Estado uma veracidade e essencialidade em sua real existência.

Discutiu-se o ato administrativo como forma de criação de direito, seu conceito e sua função, a partir de uma perspectiva histórica, cujo objetivo foi analisar os avanços e as limitações apresentadas no diálogo com a realidade social, destacando os elementos significativos que demarcaram os diferentes períodos da Administração Pública.

A partir da análise de validade, eficácia e perfeição do ato público foi possível verificar os meios de controle, tanto de modos externos quanto internos das instituições.

Por derradeiro, verificou-se que os atos necessitam ser claros, não podendo prevalecer os argumentos servirem de escusas infundadas para negar o acesso à informação, devendo, para tanto, ter real embasamento.

REFERÊNCIAS

ABRUCIO, Fernando Luiz; LOUREIRO, Maria Rita. **Finanças Públicas, Democracia e Accountability**: Debate Teórico e o Caso Brasileiro. 2005. Disponível em: <<http://www.ufpa.br/epdir/images/docs/paper12.pdf>>. Acesso em: 10 jan. 2017.

ALVES, Fernando de Brito. **Constituição e Participação Popular**: A construção histórico-discursiva do conteúdo jurídico-político da democracia como direito fundamental. Curitiba: Juruá, 2013.

_____. **Democracia Portuguesa**: Retórica democrática na tradição jurídica lusófona. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

AMORIM, Maria Salete. **Democracia e Participação**: dimensões do neoliberalismo e da globalização. Rio Grande do Sul: Escritos, 2008.

ANDRADE, Camila Cardoso; CARDOSO, Ana Maria Pereira. **O acesso à informação pública no Brasil**. A Lei 12.527/2011 e as práticas sociais. In: MOURA, Maria Aparecida (org.). A construção social do acesso público à informação no Brasil - contexto, historicidade e repercussões. Belo Horizonte: UFMG, 2014.

ANDRENS, Christina W; BARIANI, Edison. **Administração Pública no Brasil**: breve história política. São Paulo: Unifesp, 2010.

APPIO, Eduardo Fernando. **O controle judicial das políticas públicas no Brasil**. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. Florianópolis-SC, 2004. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/87373/208502.pdf>>. Acesso em: 10 jan. 2017.

ARCELO, Adalberto, A. B. **Condições de Possibilidade do Discurso do Positivismo Jurídico no Paradigma do Estado Democrático de Direito**. In: Teoria do direito neoconstitucional: superação ou reconstrução do positivismo jurídico? São Paulo: 2008.

ARENDT, Hannah. **Da Violência**. Tradução de Maria Claudia Drummond. Disponível em: <<http://delubio.com.br/biblioteca/wp-content/uploads/2014/02/harendtdv.pdf>>. Acesso em: 10 jan. 2017.

ASSIS, Mariana Prandini Fraga. **Deliberação, diferença e reconhecimento: da esfera pública “neutra” à participação paritária**. Congresso anual da Associação Brasileira de Pesquisadores de Comunicação e Política. Salvador, 2006. Disponível em: <http://www.compolitica.org/home/wp-content/uploads/2010/11/Assis_2006.pdf>. Acesso em: 27 out. 2015.

ÁVILA, Humberto, **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

BANDEIRA, Osvaldo Aranha Bandeira de. **Princípios Gerais de Direito Administrativo**. v. 2. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

BARROS, Renata Furtado de; LARA, Paula Maria T.; FERREIRA, Juliana M. M. **Direito e Justiça: estudos jurídicos contemporâneos**. Carolina do Norte/Estados Unidos da América: Lulu Publishing, 2013.

BARROSO, Luis Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito** (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista de Direito Administrativo*. v. 240. 2005. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618>>. Acesso em: 10 jan. 2017.

BATISTA, Carmen Lúcia. **A construção social do acesso público à informação no Brasil**. Contexto, historicidade e repercussões. In: *Mediação e Apropriação: questões do direito de acesso à informação pública*. Belo Horizonte: UFMG, 2014.

_____. **Informação pública, segredo e direito de acesso**. Intexto, Porto Alegre, UFRGS, nº 26, p. 204–222, jul. 2012.

_____. **Informação pública entre o acesso e a apropriação social**. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Ciência da Informação da Universidade de São Paulo – USP. São Paulo, 2010.

_____. **Mediação e apropriação: questões do direito de acesso à informação**. In: MOURA, Maria Aparecida (org.). *A construção social do acesso público à informação no Brasil - contexto, historicidade e repercussões*. Belo Horizonte: UFMG, 2014.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BEÇAK, Rubens. **Democracia: Hegemonia e aperfeiçoamento**. São Paulo: Saraiva, 2014.

BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de filosofia do direito**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

BIZERRA, A. L. V. **Governança no setor público: a aderência dos relatórios de gestão do Poder Executivo municipal aos princípios e padrões de boas práticas de governança**. 124 f. Dissertação de Mestrado, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2011.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1989.

_____. **Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant**. Tradução de Alfredo Fait. 2. ed. São Paulo: Mandarim, 2000.

_____. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 13. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

_____. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 2006.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. **Teoria constitucional da democracia participativa**. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. **Do País Constitucional ao País Neocolonial**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

BOTELHO, Marcos César. **A equiprimordialidade entre autonomia pública e privada como forma de garantia da intimidade e da privacidade**. In: Argumenta – Revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP), nº 12 (jan-jul) – Jacarezinho, 2010. p. 287–305.

_____. **Audiências Públicas e a abertura democrática do Supremo Tribunal Federal: legitimidade discursiva e consequente concretização de direitos fundamentais**. (Tese de doutorado) Programa de Pós-Graduação em Direito da ITE, Bauru, 2011.

_____. **A Corte Constitucional como espaço público por excelência considerações em Habermas e Häberle**. In: Instituto Brasiliense de Direito Público. Escola de Direito do IDP. Disponível em: <<http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/cienciajuridica/article/viewFile/737/529>>. Acesso em: 10 jan. 2017.

_____. **A legitimidade da jurisdição constitucional no pensamento de Jürgen Habermas**. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Gestão discursiva da saúde**. In: Revista de Direito e Liberdade – RDL – ESMARIN. v. 17, nº 3, p. 159-182, set/dez. 2015.

BRANCO, Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Emendas Constitucionais de Revisão. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 12 out. 2016.

_____. **Lei nº 9.784**, de 29 de Janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm>. Acesso em: 15 mar. 2016.

_____. **Lei 12.527/2011**. Disponível em: <<https://www.presidencia.gov.br/>>. Acesso em: 16 jul. 2014.

_____. **Controladoria Geral da União**. Disponível em: <<http://www.portaldatransparencia.gov.br/controlesocial/>>. Acesso em: 19 set. 2015.

_____. **Observatório Social do Brasil – OBS**. Disponível em: <<http://osbrasil.org.br/>>. Acesso em: 27 fev. 2016.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/audienciaPublica/audienciaPublicaPrincipal.asp>>. Acesso em: 15 mar. 2016.

NAÇÕES UNIDAS. ONU. 2013. Disponível em: <<http://nacoesunidas.org/informacao-e-direito-fundamental-destaca-programa-da-onu-em-forum-de-direitos-humanos/>>. Acesso em: 15 mar. 2016.

_____. **Tribunal de Contas do Estado do Paraná**. Disponível em: <<http://www1.tce.pr.gov.br/conteudo/o-que-e-lai-social/235510/area/243>>. Acesso em: 15 mar. 2016.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. **Eleições no Brasil: uma história de 500 anos**. Brasília: Tribunal Superior Eleitoral, 2014. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/hotSites/CatalogoPublicacoes/pdf/eleicoes-no-brasil-uma-historia-de-500-anos-2014.pdf>>. Acesso em: 15 mar. 2016.

_____. **Tribunal Superior Eleitoral**. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/institucional/museu-do-voto/historia-e-memoria>>. Acesso em: 15 mar. 2016.

BRENNAN, Geoffrey; LOMASKY, Loren. Against reviving republicanism. **Politics, Philosophy & Economics**, n. 5, v. 2, 2006, p. 221–252.

BRITO, Jaime. **Minorias e Grupos vulneráveis**: aquilatando as possíveis diferenças para os fins de implementação das políticas públicas. In: Argumenta – Revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica, da Universidade Estadual do Norte do Paraná- UENP. n. 11- Jacarezinho, 2009, p. 95–110.

BURKE, Edmund. **Textos Políticos**. México: Fondo de Cultura Econômica, 1996.

CABRAL, Manuel Villaverde. **O exercício da cidadania política em perspectiva histórica (Portugal e Brasil)**. Revista Brasileira de Ciências Sociais – RBCS. v. 18, n. 51, 2003.

CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade Civil do Estado**. 3. ed. ver. e atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CAMBI, Eduardo Augusto Salomão. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo**. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1999.

_____. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2000.

_____. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 2001.

_____. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almeida, 2003.

_____. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 8. ed. Coimbra: Almeida, 2004.

CANTO, Larissa Vizzoto. **Em busca da justiça perdida: Memória e Verdade na transição da ditadura civil-militar para a democracia (1979-1985)**. Dissertação apresentada ao Programa de Pós Graduação Stricto Sensu em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina-UFSC. Florianópolis, 2014. Disponível em:

<<https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/133210/333804.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 27 set. 2014.

CARREIRA ALVIM, J. E. **Elementos da Teoria Geral do Processo**. 7. ed. rev. amp. atual. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

CARVALHO, Ana Cristina Azevedo P. **Marco civil da internet no Brasil: análise da Lei 12.965/14 e do Direito de Informação**. Rio de Janeiro: Starlin Alta Editora e Consultoria Eireli, 2014.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 14. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CARVALHO, José Murilo de A. **A construção da ordem/Teatro de Sombras**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007.

CARVALHO, Valter Alves. **O direito à boa administração pública como instrumento de hermenêutica constitucional**. Instituições políticas, administração pública e jurisdição constitucional [Recurso eletrônico on-line- Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito/CONPED]. Florianópolis: Funjab, 2012. p. 312–336. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=234a1273487bf7b2>>. Acesso em: 15 fev. 2016.

CHEVALLIER, Jean-Jacques. **As grandes obras políticas: de Maquiavel aos nossos dias**. Rio de Janeiro: Agir, 1990. MACPHERSON, Crawford Brough. Burke. Madrid: Alianza editorial, 1984.

CONCEIÇÃO, Antonio Cesar Lima. **Controle Social da Administração Pública: Informação & Conhecimento – interação necessária para a efetiva participação popular nos orçamentos públicos**. Brasília, 2010. Disponível em: <<http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2055022.PDF>>. Acesso em: 21 set. 2015.

CORREA, Juliana Nonato. **As concepções contemporâneas de democracia**. Cadernos de ensino de sociologia da Universidade de São Paulo – USP, 2011. Disponível em: <<http://ensinosociologia.fflch.usp.br/>>. Acesso em: 10 jan. 2017.

CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. **Acesso à Informação Pública: Uma introdução à Lei 12.527, de 18 de novembro de 2011**. Brasília, 2011. Disponível em: <<http://www.acaoainformacao.gov.br/central-de-conteudo/publicacoes/arquivos/cartilhaacaoainformacao.pdf>>. Acesso em: 10 jan. 2017.

COSTA, Helena Regina Lobo da. **A dignidade humana: teorias de prevenção geral positiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

COSTA, Nelson Nery. **Direito municipal brasileiro**. 6. ed. rev. atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Direito Administrativo Comparado**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1972.

_____. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

_____. **Direito Administrativo Inglês**: Revista Informação Legislação. Brasília. A. 25. nº 99 jul./set. 1988. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/181860/000439755.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 08 ago. 2015.

CRUZ SILVA, Francisco Carlos. **Controle Social**: Reformando a Administração para a sociedade. TCU, Prêmio Serzedello Corrêa, 2001. p. 21–74.

DAHL, Robert. **Sobre a democracia**. Tradução de Beatriz Sidou. Brasília: Universidade de Brasília, 2001.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da Teoria Geral do Estado**. 19. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1995.

DALLARI, Sérgio Ferraz Abreu. **Processo Administrativo**. 2. ed. ver. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2007.

DEWEY, John. **Liberalism and Social Action**. Carbondale Illinois, Southern Illinois University Press, 1935.

DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico**. São Paulo: Método, 2006.

DO VALLE, Vanice Regina Lírio. **Controle social**: promovendo a aproximação entre administração pública e cidadania. TCU, Prêmio Serzedello Corrêa, 2001, p. 75–142.

DURÃO, Aylton Barbieri. **A política deliberativa de Habermas**. Veritas: Porto Alegre, v. 56, nº 1, jan./abr. 2011.

FACHIN, Juliana. **Acesso à Informação Pública nos Arquivos Públicos Estaduais**. 164 f. Dissertação (Mestrado em Ciência da Informação). Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. Florianópolis-SC, 164f, 2014. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/129179/328379.pdf?sequence>>. Acesso em: 10 jan. 2017.

FAORO, Raymundo. **Os donos do Poder**: formação do patronato político brasileiro. 3 ed. rev. 2001. Disponível em: <<http://groups.google.com.br/group/digitalsource>>. Acesso em: 06 out. 2015.

FAZZIO JUNIOR, Waldo. **Fundamentos de direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2001.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**. São Paulo: Atlas, 2003.

FOUCAULT, Michel. **A ordem do discurso: aula inaugural no Collège de France**, pronunciada em 2 de dezembro de 1970. Trad. Laura Fraga de Almeida Sampaio. São Paulo: Loyola, 2001.

_____. **A verdade e as formas jurídicas.** Tradução de Roberto Machado e Eduardo Morais. 3. ed. Rio de Janeiro: NAU, 2002.

_____. **Estratégia, poder-saber.** In: Manoel Barros da Motta (org.). Tradução de Vera Lúcia Ribeiro. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

FREITAS, Juarez. **Discrecionalidade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública.** 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

FROTA, Maria Guiomar da Cunha. **Comissão Nacional da Verdade e Lei de Acesso à Informação, memória e justiça no contexto democrático pós-1988. O processo de Construção de políticas de informação.** In: MOURA, Maria Aparecida (org.). A construção social do acesso público à informação no Brasil - contexto, historicidade e repercussões. Belo Horizonte: UFMG, 2014.

GOMES, Severo et. al.; **Democracia x Violência:** reflexões para a Constituinte. In: PINHEIRO, Paulo Sérgio; BRAUN (orgs.). Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

GORDILLO, Agustín. **Tratado de Derecho Administrativo.** Tomo 1. Parte general. 8. ed. Buenos Aires: Fundação de Direito Administrativo, 2003.

GUIMARÃES, Edgar. **Controle das Licitações Públicas.** São Paulo: Dialética, 2002.

HABERMAS, Jürgen. **Mudança estrutural da esfera pública.** Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984.

_____. **Direito e Democracia:** entre facticidade e validade. v. II. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

_____. **Direito e democracia: entre facticidade e validade.** 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

_____. **A inclusão do outro:** estudos de teoria política. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2004.

_____. **Direito e Democracia:** entre facticidade e validade. v. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2011.

HART, H. L. A. **O conceito de direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2009.

HELD, D. **A democracia, o Estado-nação e o sistema global.** São Paulo: Lua Nova, n. 23, mar. 1991.

HERRERO, Vicente. Introducción. In: BURKE, E. **Textos Políticos.** México: Fondo de Cultura Econômica, 1996, p. 7–37.

HESPANHA, Antonio Manuel. **Panorama histórico da cultura jurídica europeia.** 2. ed. Portugal: Publicações Europa-América, 2001.

HONESKO, Vitor Hugo Nicastro. **A norma jurídica e os direitos fundamentais**: um discurso sobre a crise do positivismo jurídico. São Paulo: RCS, 2006.

JARDIM, José Maria; MIRANDA, Vanessa Leite. **A implantação da Lei de Acesso à Informação nas Universidades Federais do Estado do Rio de Janeiro**. In: XVI ENANCIB – Informação, Memória e Patrimônio: documento às redes, GT 5 - Política e Economia da Informação. 26 a 30 de outubro - João Pessoa/PB, 2015. Disponível em: <<http://www.ufpb.br/evento/lti/ocs/index.php/enancib2015/enancib2015/paper/viewFile/2835/1113>>. Acesso em: 10 jan. 2017.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Coimbra: Armênio Amado, 1979.

_____. **Teoria pura do direito**. 2. ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1987.

_____. **A Democracia**. Tradução de Jeferson Luiz Camargo e Marcelo Brandão Cipolla. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

LIMA, Márcia H. T. de Figueiredo; CORDEIRO, Helene Cristina Duarte; GOMES, Claudiana Almeida de Souza. **Antecedentes e perspectivas do direito à informação no Brasil**: A lei de acesso à informação como marco divisor. In: MOURA, Maria Aparecida. A construção social do acesso público à informação no Brasil - contexto, historicidade e repercussões. Belo Horizonte: UFMG, 2014.

LIMA, Mariana Sciesleski de. **Fundamentos para uma Administração Pública Dialógica**. In: *Perspectiva*, Erechim. v. 34, n. 126, p. 73-84, junho/2010. Disponível em: <http://www.uricer.edu.br/site/pdfs/perspectiva/126_109.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2016.

LIMA, Raimundo Márcio Ribeiro. **Administração Pública Dialógica**. Curitiba: Juruá, 2013.

LUHMAN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Tradução de Maria da Conceição. Brasília: UNB, 1980.

MACHADO, Edinilson Donisete. **Ativismo Judicial: limites institucionais democráticos e constitucionais**. 1. ed. São Paulo: Letras Jurídicas, 2012.

MARINS, James. **Direito processual tributário brasileiro**: administrativo e judicial. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2002.

MARQUES, Lia Sampaio de Araujo. **Do povo como legitimador da soberania e as formas de participação política no Estado Democrático de Direito**. Trabalho publicado nos Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI realizado em Fortaleza, 2010, p. 7158–7177.

MARQUES, Rogério Moreno; PINHEIRO, Marta Macedo Kerr. **Marco Civil da Internet**: uma análise sob a ótica da razão jurídica. In: MOURA, Maria Aparecida (org.). A construção social do acesso público à informação no Brasil - contexto, historicidade e repercussões. Belo Horizonte: UFMG, 2014.

MARTINS, Ana Amélia Lage; DOS REIS, Alcenir Soares. **A informação pública como direito e acesso ao Poder: a Lei 12.527/2011 em debate.** In: MOURA, Maria Aparecida (org.). *A construção social do acesso público à informação no Brasil - contexto, historicidade e repercussões.* Belo Horizonte: UFMG, 2014.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional.** 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. **Curso de Direito Administrativo.** 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios Gerais de Direito Administrativo.** v. I. São Paulo: Florense, 1968.

_____. **Princípios Gerais de Direito Administrativo.** 3. ed. v. I. São Paulo: Malheiros, 2007.

MENDEL, Toby. **Liberdade de Informação: um estudo do direito comparado.** 2. ed. Brasília: UNESCO, 2009. Disponível em: <<http://www.acessoainformacao.gov.br/central-de-conteudo/publicacoes/arquivos/liberdade-informacao-estudo-direito-comparado-unesco.pdf>>. Acesso em: 26 set. 2015.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Municipal Brasileiro.** 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MICHAELIS. **Moderno Dicionário da Língua Portuguesa.** Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=controle>>. Acesso em: 17 out. 2015.

MILL, Stuart. **Introdução à obra De la Libertad, Madrid.** Tradução para o espanhol de Marta C. C. de Iturbe. Tradução para a obra por Marcus Cláudio Acquaviva. In: FERREIRA FILHO; GRINOVER, Ada Pellegrini; FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Liberdades Públicas: parte geral.* São Paulo: Saraiva, 1978.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional.** Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

MIRANDA, Pontes de. **Democracia, liberdade e Igualdade: os três caminhos.** São Paulo: Bookseller, 2002.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O futuro da justiça: alguns mitos.** Revista de Processo, v. 102, p. 228-237, abr./jun. 2001, p. 232.

_____. **Por um processo socialmente efetivo.** Revista de Processo. São Paulo, v. 27, n. 105, p. 183–190, jan./mar. 2002.

_____. **O Novo Processo Civil Brasileiro: exposição sistemática do procedimento.** 25. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. **Direito da participação política:** legislativa, administrativa, judicial (fundamentos e técnicas constitucionais da legitimidade). Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

_____. **Mutações do Direito Público.** Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?** São Paulo: Max Limonad, 2003.

NASCIMENTO, Silvio Firmo do. **Teses morais do tradicionalismo do século XIX.** Londrina: Humanidades, 2004.

NCPC. **Novo Código de Processo Civil, Lei 13.105 de 16 de março de 2015.** São Paulo: Atlas, 2015.

FIGUEIREDO TEIXEIRA, Sálvio. **As garantias do cidadão na Justiça.** São Paulo: Saraiva, 1993.

NETO, Alberto Paulo. **Entre o Consenso e a Contestação no Estado Democrático de Direito:** Uma Interlocação entre Teoria Democrática de J. Habermas e P. Pettit. 198 f. Tese (doutorado) – Faculdade de Filosofia, letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, 2015.

NETO, Diogo Figueiredo Moreira. **Direito da Participação Política:** Legislativa, administrativa, judícia (fundamentos e técnicas constitucionais da legitimidade). Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

_____. **Mutações do Direito Público.** Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NETTO DE ARAÚJO, Edmir. **O direito Administrativo e sua História.** In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. v. 95, 2000, p. 147–166.

OLIVEIRA, Cristiane Catarina Fagundes. **Controle social pelos conselhos municipais e controvérsias jurisprudenciais.** In: Revista da Ajuris: doutrina e jurisprudência. Porto Alegre, 2007. v. 34, n. 108. p. 35–47

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **O debate sobre a dialética hoje.** In: VERITAS – Revista quadrimestral de Filosofia da PUCRS. Porto Alegre, v. 43, n. 04, 897–905, dez 1998.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Direito, política e filosofia:** contribuições para uma teoria discursiva da constituição democrática no marco do patriotismo constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

ÓRPHÃO, Renata Santiago. **Direito e transparência na divulgação de informação:** regulamentação brasileira versus a americana (Lei Sarbanes – Oxley). São Paulo: Textonovo Editora, 2003.

PAIVA, Marília de Abreu Martins. **Os arquivos e o acesso à informação pública no Brasil:** desafios e perspectivas. In: MOURA, Maria Aparecida (org.). A construção social do acesso

público à informação no Brasil - contexto, historicidade e repercussões. Belo Horizonte: UFMG, 2014.

PEREIRA, Rodolfo Viana. **Hermenêutica filosófica e constitucional**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

PERELMAN, Chaim. **Ética e Direito**. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fones, 1996.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. **Direito Administrativo**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

_____. **Direito Administrativo**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. **Direito Administrativo**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

_____. **Direito Administrativo**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

_____. **Fundamentos para uma administração pública dialógica, perspectiva**. Erechim. v. 34, n. 126, p. 73–84, junho/2010

_____. **O Direito Administrativo sob influência dos sistemas de base romanística e da Common Law**. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*. N. 08 - nov/dez: Salvador, 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-8-NOVEMBRO-2006-MARIA%20SYLVIA.pdf>>. Acesso em: 02 ago. 2015.

_____. **500 anos de Direito Administrativo Brasileiro**. n. 05. jan/fer/mar de 2006: Salvador, 2006. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/rede-5-janeiro-2006-maria%20sylvia%20zanella.pdf>>. Acesso em 02 ago. 2015.

PINHEIRO, Marta Macedo Kerr. **O processo de Construção de políticas de informação**. In: MOURA, Maria Aparecida (org.). *A construção social do acesso público à informação no Brasil - contexto, historicidade e repercussões*. Belo Horizonte: UFMG, 2014.

PIRES JÚNIOR, Paulo Abraão. **A construção social do acesso público à informação no Brasil**. Contexto, historicidade e repercussões. Belo Horizonte: UFMG, 2014.

PRADO JUNIOR, Caio. **História Econômica do Brasil**. 1976. Disponível em: <<http://copyfight.me/Acervo/livros/C.PRADO.J-%20HIST%20EC.%20BRASIL.pdf>>. Acesso em: 17 out. 2015.

RACHELS, James. **Os elementos da filosofia da moral**. 4. ed. São Paulo: Manole, 2006.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

RIBAS, Lúcia Maria Lopes Rodrigues. **Processo Administrativo Tributário**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

RIVERO, Jean. **Curso de Direito Administrativo Comparado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

ROCHA, Luiz Alberto G. S. **Estado, Democracia e Globalização**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

RODRIGUES, Luís Henrique Vieira. **Controle de contas da administração pública segundo a jurisdição constitucional brasileira**: uma abordagem da atuação dos Tribunais de Contas do Brasil a partir de uma leitura pós-positivista dos princípios da legalidade e da eficiência. 169 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2012. Disponível em: <http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_RodriguesLHV_1.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2017.

ROTHENBURG, Walter Claudius. Democracia como Direito Fundamental. In: Argumenta – Revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica, da Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP. n. 18 (janeiro/julho). Jacarezinho, 2013, p. 251–260.

RUFFIA, Paolo Biscaretti di. **Derecho constitucional**. Tradução de Pablo Lucas Verdú. Madrid: Tecnos, 1965.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Constituição e Crise política**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

SANDEL, Michael J. **Justiça**: o que é fazer a coisa certa. 13. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Democratizar a democracia**: os caminhos da democracia participativa. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

SANTOS JUNIOR, Orlando Alves. **Governança e poder local**: a experiência dos conselhos municipais no Brasil. Rio de Janeiro: Revan, Fase, 2004.

SANTOS, Moacir Amaral. **Primeiras linhas de Direito Processual Civil**. 20. ed. atual. v. 3. São Paulo: Saraiva, 2001.

SANTOS, Pâmella de Moura. **Controle social a partir dos municípios**: o acesso à informação como pressuposto fundamental da participação cidadã. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica). Universidade Estadual do Norte do Paraná-UENP. Jacarezinho-PR, 2016.

SARINHO, José Mauricio Cavalcante. **Direito, Estado, Controle Social**. São Paulo: LCTE Editora, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____. **Curso Permanente, Módulo II, Direito Administrativo**. Disponível em: <http://www2.trf4.jus.br/trf4/upload/arquivos/emagis_atividades/ingowolfgangsarlet.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2013.

SCHOMMER, Paula Chies Schommer; MORAES, Rubens Lima. **Observatórios Sociais como promotores de controle social e accountability**: reflexões a partir do observatório

social de Itajaí. **Revista Eletrônica de Gestão Organizacional**. UFPE, 2010. Set/dez. p. 298–326.

SCHUMPETER, Joseph A. (1984). **O equacionamento do problema; A doutrina clássica da democracia; Mais uma teoria de democracia**: conclusão. In: Capitalismo, Socialismo e Democracia. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura.

SEABRA, Sergio Nogueira. **Entrevista ao Jornal Gazeta do Povo**. 2013. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/o-desafio-de-ampliar-a-lei-de-acesso-el212na11pph3i7byc73ocb2>>. Acesso em: 10 jan. 2017.

SECLAENDER, A. C. L. **O direito de ser informado: base do paradigma moderno do direito de informação**. In: Revista de Direito Público, v. 25, n. 99, p. 147-159, jul/set. 1991.

SILVA, Frederico Barbosa da; JACCOUD, Luciana; BEGHIN, Natalie. **Políticas Sociais no Brasil**: Participação Social, Conselhos e Parcerias. In: JACCOUD, Luciana (org.). **Questão social e políticas sociais no Brasil contemporâneo**. Brasília: IPEA, 2005. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/livros/Cap_8-10.pdf>. Acesso em: 13 set. 2015.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

_____. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. **Os Princípios Constitucionais Fundamentais**. In: Revista do Tribunal Regional Federal 1ª Região, Brasília, v. 6, n. 4, p. 17-22, out./dez. 1994.

SILVA, Shirlene Linny. **Transição política e a construção do direito de acesso aos arquivos da/sobre a repressão. O acesso à informação pública no Brasil**. A Lei 12.527/2011 e as práticas sociais. In: MOURA, Maria Aparecida (org.). **A construção social do acesso público à informação no Brasil - contexto, historicidade e repercussões**. Belo Horizonte: UFMG, 2014.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A Constitucionalização do Direito**. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

SOARES, Marcos Antônio Striquer. **O Princípio Constitucional da Publicidade e Propaganda do Governo**. In: Revista Jurídica da UniFil, Ano IV – n. 4. Disponível em: <http://web.unifil.br/docs/juridica/04/Revista%20Juridica_04-5.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2017.

SOUZA, Bernardo Pimentel. **Introdução aos Recursos Cíveis e à Ação Rescisória**. 4. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

SOUZA, Danuta Rafaela Nogueira. **RE n. 631240 (necessidade de prévio requerimento administrativo perante o INSS)**: como a decisão do STF vem sendo aplicada pelo TRF 1ª

Região. Conteúdo Jurídico, Brasília–DF: 13 jan. 2015. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.52053&seo=1>>. Acesso em: 15 mar. 2016.

SOUZA, Donaldo Bello. **Conselhos municipais e controle social da educação: descentralização, participação e cidadania**. São Paulo: Xamã, 2008.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos do direito público**. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

TABORDA, Maren Guimaraes. **O princípio da publicidade e a participação na administração pública**. 217 f. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre–RS, 2006. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10183/7472>>. Acesso em: 10 jan. 2017.

TOMAS, Catarina. **A Participação das Crianças nos Orçamentos Participativos**. In: VI Congresso Português de Sociologia: Contra os silêncios, a invisibilidade e a afonia. Portugal, 2008. Disponível em: <<http://www.aps.pt/vicongresso/pdfs/477.pdf>>. Acesso em: 10 jan. 2017.

TRAVESSONI, Alexandre. **Dicionário de teoria e filosofia do direito**. São Paulo: LTR, 2011.

VERGARA, Francisco. **Introdução aos fundamentos filosóficos do liberalismo**. São Paulo: Nobel, 1995.

WEBER, Max. Economia e Sociedade. **Fundamentos da Sociologia compreensiva**. v. I. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. 4. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 2009.

YIN, Robert. K. **Estudo de caso: planejamento e métodos**. Tradução de Cristhian Matheus Herrera. 5. ed. Porto Alegre, 2015.