

ODETE MEDAUAR

98.

O DIREITO  
ADMINISTRATIVO  
EM EVOLUÇÃO

2.<sup>a</sup> edição revista, atualizada e ampliada

ampl.

Marcos Augusto Perez

U-35

EDITORA   
REVISTA DOS TRIBUNAIS

# O DIREITO ADMINISTRATIVO EM EVOLUÇÃO

2.<sup>a</sup> edição revista, atualizada e ampliada

ODETE MEDAUAR

1.<sup>a</sup> edição: 1992

© desta edição: 2003

**EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS LTDA.**

*Diretor Responsável:* CARLOS HENRIQUE DE CARVALHO FILHO

Visite nosso *site*: [www.rt.com.br](http://www.rt.com.br)

CENTRO DE ATENDIMENTO AO CONSUMIDOR: Tel. 0800-702-2433  
(ligação gratuita de segunda a sexta-feira, das 8 às 17 horas)

*e-mail* de atendimento ao consumidor: [sac@rt.com.br](mailto:sac@rt.com.br)

Rua do Bosque, 820 • Barra Funda

Tel. (0xx11) 3613-8400 • Fax (0xx11) 3613-8450

CEP 01136-000 - São Paulo, SP, Brasil

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS. Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, especialmente por sistemas gráficos, microfilmicos, fotográficos, reprográficos, fonográficos, videográficos. Vedada a memorização e/ou a recuperação total ou parcial, bem como a inclusão de qualquer parte desta obra em qualquer sistema de processamento de dados. Essas proibições aplicam-se também às características gráficas da obra e à sua editoração. A violação dos direitos autorais é punível como crime (art. 184 e parágrafos do Código Penal) com pena de prisão e multa, busca e apreensão e indenizações diversas (arts. 101 a 110 da Lei 9.610, de 19.02.1998, Lei dos Direitos Autorais).

Impresso no Brasil ( 10 - 2003 )

ISBN 85-203-2459-2

01453

## NOVOS TÓPICOS DA TEMÁTICA: ADMINISTRAÇÃO-ADMINISTRADO

SUMÁRIO: 6.1 Considerações preliminares – 6.2 Processo administrativo – 6.3 Participação – 6.4 Transparência da Administração.

### 6.1 Considerações preliminares

As mutações dos quadros político-institucionais e científicos vinculados ao direito administrativo não exaurem suas conseqüências nas transformações que vêm acarretando no tratamento dos temas da dogmática clássica; propiciam, também, o surgimento de novos tópicos, ou de novos focos de interesse; ou ressaltam o relevo de itens até então pouco estudados.

A própria atuação da Administração Pública, ao longo do tempo, muitas vezes oposta aos preceitos que, segundo a teoria, deveriam informá-la, ensejou a preocupação com aspectos não inseridos na temática originária.

Na atual reflexão científica, cultural e política sobre problemas da Administração, um dos fulcros da atenção situa-se nas relações entre Administração e administrados.<sup>1</sup> Trata-se de ângulo concernente, não a

<sup>(1)</sup> Pastori. Il procedimento amministrativo tra vincoli formali e regole sostanziale. *Diritto amministrativo e giustizia amministrativa nel bilancio de un decennio di giurisprudenza*, 1987. vol. II, p. 818. Essa tendência apareceu expressa em obras dedicadas ao tema, como p. ex. Braibant, Questiaux e Wiener, *Le controle de l'administration et la protection des citoyens*, 1973, que discorre sobre formas de controle voltadas para a relação direta entre cidadãos e Administração; a obra coletiva, organizada por Debbasch, *Administration et administrés en Europe*, 1984; a obra coletiva organizada

um vínculo específico do indivíduo com a Administração, como no caso de um contratado e no caso da pessoa que pleiteia reparação de danos causados por agente público, e, sim, referente ao comportamento geral da Administração em relação a indivíduos ou grupos da sociedade. O interesse no assunto se justifica, entre outras causas, pela tradição de comportamento fechado e refratário à mesma população a que se destina a atividade administrativa; e pela visão do indivíduo como súdito, não como cidadão. No intuito de alterar essa perspectiva, vem se direcionando o foco de estudos para o âmbito das relações Administração-administrado, que também se poderia considerar como item fundamental no tema da democracia administrativa, ou como o aspecto não conflitual dessas relações.

Os tópicos a seguir tratados mantêm vínculos com essa preocupação.

## 6.2 Processo administrativo

O tema do processo administrativo não se inclui nas matrizes elaboradas no século XIX. Registra-se, na matéria, a edição da lei espanhola

por Delperée, *Citoyen et administration*, Louvain-Bruxelas, 1985. Nota-se que no binômio se usa por vezes o vocábulo *administrado*, por vezes o vocábulo *cidadão*. Quanto ao termo *administrado*, este recebe críticas por subentender passividade ou sujeição do indivíduo ao poder administrativo (Delperée. Op. cit., p. 11); o termo *cidadão* pode dar a entender que se trata somente daquele que detém direito de votar e ser votado, o que significaria restritividade de sentido; esse não é o sentido atribuído ao termo *cidadão* nas obras supracitadas; com este termo, se quer designar a pessoa considerada portadora de direitos perante o poder público, não o súdito submisso e subordinado, sem possibilidade de nada pleitear. Cabe notar que a invocação das *relações de supremacia especial* ou de um *poder de supremacia especial* para justificar atos editados por autoridades administrativas ou para fundamentar figuras do direito administrativo vem contestada por alguns autores italianos. P. ex.: Giuseppe Di Gaspare, para quem “não é mais possível reconhecer relevância autônoma, fora do direito, às relações de supremacia especial nas relações com os cidadãos” (*Il potere nel diritto pubblico*, 1992. p. 28); Franco Bassi afirma que “a concepção de supremacia geral da Administração era coerente com a época do Estado monoclasse, em que o conceito chave do direito administrativo era o de autoridade pública” (*Autorità e consenso. Riv. Trim. Dir. Pub.* 3/744-745, 1992); para D’Alberti, a concepção de supremacia como poder geral sofre crise irreversível a partir da década de 90 do século XX (*Gli studi di diritto amministrativo: continuità e cesure tra primo e secondo novecento. Riv. Trim. Dir. Pub.* 4/1.305, 2001).

de procedimento, em 1889, destinada a fixar normas uniformes a serem observadas pelos ministérios na elaboração de regulamentos para disciplinar assuntos de sua competência; introduziu o registro de entrada de documentos e previu um sistema de recursos.<sup>2</sup> A Áustria, em 1925, promulgou sua famosa lei para disciplinar a edição de atos administrativos.<sup>3</sup> Na doutrina, o austríaco Merkl reservou um item da sua *Teoria geral do direito administrativo* (editada em 1927) para o procedimento administrativo. Nas décadas seguintes, alguns estudos vieram à luz, sobretudo na Itália, sob o prisma do atendimento de requisitos na edição do ato administrativo para que produzisse efeitos válidos, visando, ainda, a facilitar a realização do controle jurisdicional. Tratava-se do enfoque do enquadramento da *fattispecie* na previsão normativa abstrata.

Esse entendimento, aos poucos, vai se alterando. Um dos fatores da mudança concerne à questão da possibilidade de se vislumbrar caráter processual também em atuações administrativas. Entre processualistas e administrativistas, havia a concepção de que a processualidade seria típica e exclusiva da função jurisdicional. Depois, se acentuou a idéia da extensão da figura processual a outras atuações estatais. Já em 1927, Merkl afirmava o seguinte: “Explica-se historicamente a limitação do conceito de processo à justiça, porque dentro desta função estatal se acham as raízes do ‘processo’ e dentro desta foi elaborado tecnicamente, mas do ponto de vista jurídico-teórico não é sustentável essa redução, porque o ‘processo’, por sua própria natureza, pode ocorrer em todas as funções estatais, possibilidade que se vai atualizando cada vez mais”.<sup>4</sup> Manifestam-se nesse sentido vários administrativistas, dentre os quais: os espanhóis Villar y Romero<sup>5</sup> e Gonzalez Pérez;<sup>6</sup> o argentino Hector Jorge Escola;<sup>7</sup> os italianos Giannini<sup>8</sup> e Al-

(2) Martin Mateo. *Manual de derecho administrativo*. Madri, 1980. p. 335; Giannini. *Diritto amministrativo*, 1988. vol. II, p. 534.

(3) Segundo Giannini, sob o ângulo histórico, tal lei decorreu de um feliz encontro de alguns fatores: a tradição administrativa austríaca, a jurisprudência do tribunal administrativo que funcionava desde 1875, o influxo teórico da Escola de Viena (*Diritto amministrativo*, 1988. vol. II, p. 530).

(4) *Teoría general del derecho administrativo*, p. 279.

(5) *Derecho procesal administrativo*. 2 ed. Madri, 1948. p. 47.

(6) *Derecho procesal administrativo hispano-americano*. Bogotá, 1985. p. 10.

(7) *Tratado general de procedimiento administrativo*. Buenos Aires, 1981. p. 8-9.

(8) *Diritto amministrativo*, 1988. vol. I, p. 538.

legretti;<sup>9</sup> o francês Guy Issac;<sup>10</sup> no Brasil, registre-se o entendimento de Cretella Júnior no sentido de que “o processo administrativo é processo; e processo é verdadeira categoria jurídica”.<sup>11</sup>

Entre os processualistas contemporâneos, Fazzalari entende que “processo é também empregado para o desempenho das funções de legislação, administração e jurisdição voluntária” (...); “o processo é uma estrutura na qual se desenvolvem numerosas atividades de direito público”; “o direito público não se limita a disciplinar o ato final, pois também exige uma série de atividades preparatórias quanto ao ato”; “o processo é a seqüência de atividades que precedem o ato, prepara-o e se conclui com ele”.<sup>12</sup> Nessa linha, se insere o pensamento dos processualistas pátrios, Ada Pellegrini Grinover, Araújo Cintra e Cândido Dinamarco: “Processo é conceito que transcende o direito processual. Sendo instrumento para o legítimo exercício do poder, ele está presente em todas as atividades estatais (processo administrativo, legislativo) (...)”.<sup>13</sup>

Por sua vez, Cândido Dinamarco divide os processos estatais em jurisdicionais e não jurisdicionais, incluindo entre estes o processo administrativo, que igualmente constitui canal para o exercício do poder estatal.<sup>14</sup>

Admitida a processualidade também no campo da função administrativa, surge o problema de denominá-la de processo ou de procedimento. Utiliza-se o termo *procedimento* em alguns ordenamentos estrangeiros dotados de lei geral na matéria (p. ex.: na Argentina e na Espanha). No Brasil, se emprega por vezes *procedimento*, mas a Constituição de 1988 adota o vocábulo *processo* para a seqüência referente à seleção da melhor proposta para contratar (processo de licitação, art. 37, XXI) e para a apuração de responsabilidade por falta disciplinar (CF, § 1.º do art. 41); e no dispositivo que assegura aos litigantes e aos acusados em geral, no âmbito judicial e administrativo, o contraditório e a ampla defesa (CF, art. 5.º, LV).

(9) *Pubblica amministrazione e ordinamento democratico. Il Foro italiano*, jul.-ago. 1984. p. 5.

(10) *La procedure administrative non contentieuse*, 1968. p. 106-107.

(11) *Tratado de direito administrativo*, vol. VI, p. 19-20.

(12) *Istituzioni di diritto processuale*. Pádua, 1976. p. IX, 3-5.

(13) *Teoria geral do processo*. 17. ed. 2001, p. 278.

(14) *A instrumentalidade do processo*. 9. ed. 2001, p. 64-65.

Deixando de lado a indicação dos vários modos pelos quais a doutrina busca diferenciar processo de procedimento, parece melhor entender o processo como “procedimento realizado mediante o desenvolvimento da relação entre seus sujeitos, presente o contraditório”.<sup>15</sup>

Outro fator de relevo no progressivo alargamento da concepção de processo administrativo encontra-se na promulgação, em 1946, da *Administrative procedure act* norte-americana,<sup>16</sup> não só em virtude de transpor, para a atuação administrativa, o tradicional princípio do *due process of law*, como por fixar rol de imposições ao modo de atuar da Administração, sobretudo quanto à divulgação prévia de projetos de regulamentos e à obrigatoria ouvida de administrados antes da tomada de certas decisões.

Outras leis de processo administrativo foram editadas, suscitando estudos e decisões jurisdicionais sobre seus dispositivos. Assim, em 1958 na Espanha, depois outra lei em 1992, revista em 1999; em 1972 na Argentina; em 1976 na Alemanha Federal, complementada por lei de 1996; em 1981 na Venezuela. Na Itália, vários projetos tramitaram no Parlamento nas décadas de 70 e 80 do século XX, alguns elaborados sob orientação de professores de direito administrativo, culminando com a edição de lei de processo administrativo em 1990, alterada por leis posteriores. Na França, a partir de 1979, editaram-se leis esparsas, que, no conjunto, poderiam compor uma lei geral de processo administrativo; tais leis apresentam o denominador comum da melhoria das relações Administração-administrado.<sup>17</sup> Papel relevante no interesse e concepção atuais sobre a processualidade administrativa desempenhou o publicista italiano Feliciano Benvenuti, com seu artigo “Funzione amministrativa, procedimento, processo”, publicado em 1952,<sup>18</sup> que for-

(15) É o entendimento de Ada Pellegrini Grinover, Araújo Cintra e Cândido Dinamarco exposto na *Teoria geral do processo*, 17. ed., 2001, p. 285, e de Fazzalari, op. cit., p. 30-31.

(16) V. Capítulo II, item 11.2.

(17) Na esteira desta legislação, foi editada a Lei 321, de 12.05.2000, relativa aos direitos dos cidadãos nas suas relações com as Administrações. Ao comentar a Lei, Pierre Ferrari lamenta a ausência, na França, de um Código de Processo Administrativo (*Le droit des citoyens dans leurs relations avec les administrations: commentaire général de la Loi 2000-321 du 12 avril 2000. L'actualité juridique – Droit administratif* 6/478, 2000).

(18) *Riv. Trim. Dir. Pub.*, vol. I, p. 118-145, 1952. Cândido Dinamarco menciona a inspiração para a teoria moderna do processo que lhe adveio do estudo de

mou a base para estudos posteriores de um rol de autores italianos, dentre os quais Giannini, Berti, Allegretti, Pastori, Nigro, Franco Ledda e o espanhol Sanchez Morón (em virtude do período de estudos passado na Itália).

As idéias de Benvenuti, de modo sucinto, centram-se no seguinte: “a concretização do poder em ato nem sempre é instantânea; entre poder e ato há qualquer coisa relativa ao ‘fazer-se ato’ que é a função; ato administrativo também é função de um poder; a história do ato é sempre procedimento e todo procedimento é o modo de fazer-se o ato; é a manifestação sensível da função; é fenômeno que ocorre em todo exercício de uma função; a extensão das formas processuais ao exercício da função administrativa está de acordo com a mais alta concepção da Administração: o agir a serviço da comunidade”.<sup>19</sup>

Na concepção atual, o processo administrativo configura meio de atendimento de requisitos de validade do ato administrativo. Além disso, propicia o conhecimento do que ocorre *antes* que o ato faça repercutir, sobre os indivíduos, os seus efeitos, permitindo verificar, por conseguinte, como se realiza a tomada de decisões;<sup>20</sup> e assim contribui para conferir-lhe maior grau de objetividade. Como contraponto à visão estática da atividade administrativa, correspondente à noção atomista do ato, se tem a visão dinâmica, pois se focaliza o ato no seu “formar-se” e nos seus vínculos instrumentais.<sup>21</sup>

Nesse entendimento, o ato administrativo se torna produto do exercício da função, deixando-se de considerá-lo como expressão pré-constituída de uma autoridade privilegiada.<sup>22</sup> O caráter proces-

Benvenuti (*A instrumentalidade do processo*. 9. ed., 2001. p. 65, nota 5), demonstrando, assim, a contribuição de um estudioso do direito administrativo ao direito processual; por outro lado, indubitável é a influência da teoria do processo sobre a concepção atual do processo administrativo, demonstrando essa reciprocidade inter-relações científicas profícuas do direito processual e do direito administrativo.

<sup>(19)</sup> Funzione amministrativa, procedimento, processo. *Riv. Trim. Dir. Pub.*, passim, p. 121-145.

<sup>(20)</sup> Berti. *Diritto e Stato*, 1986. p. 325.

<sup>(21)</sup> Nigro. *Scienza dell'amministrazione e diritto amministrativo*. *Riv. Trim. Dir. e Procedura Civile*, 1968. p. 671.

<sup>(22)</sup> Berti. *Diritto e Stato*, cit., p. 337.



sual da formação do ato administrativo contrapõe-se, desse modo, a operações internas e secretas, à concepção dos *arcana imperii*, dominante na época do poder absoluto, lembrada por Bobbio ao discorrer sobre a publicidade e o poder invisível, considerando essencial à democracia um grau elevado de visibilidade do poder.<sup>23</sup>

Na Administração inserida em sociedade e Estado caracterizados pela complexidade sócio-político-econômica e pela multiplicidade de interesses, o procedimento também é meio para que os diversos interesses aflorem antes da tomada de decisões; permite o confronto objetivo e mesmo a coexistência de interesses. Com isso propicia, ainda, o controle dos indivíduos e grupos sobre a atividade administrativa.

Além do mais, o “esquema processual responde à exigência pluralista que domina a sociedade atual, pois chama a cooperar, no exercício do poder, todos os sujeitos privados e públicos inscritos no quadro de disciplina do poder e, portanto, envolvidos no exercício deste; deixa de ocorrer o rígido confronto entre autoridade e liberdade, em prol de um ‘compartilhar’ do poder que se liga ao princípio democrático; realiza-se uma cooperação entre sujeitos públicos e sujeitos privados, entre entidades centrais e descentralizadas, entre órgãos hierarquizados”,<sup>24</sup> o que propicia atenuação do caráter de rigidez e de imposição unilateral que predomina nas condutas administrativas.

O conjunto dos aspectos mencionados induz à idéia de uma “democracia pelo procedimento”, ao lado da democracia representativa e da democracia resultante de mecanismos descentralizadores,<sup>25</sup> e permite vislumbrar o processo como “ferramenta jurídica idônea, na disciplina das relações entre governantes e governados”.<sup>26</sup>

Se for considerado que o poder tradicionalmente tido como democrático, o Legislativo, e que o poder tradicionalmente identificado com a justiça, o Judiciário, atuam mediante processo, o esquema processual na função administrativa reuniria democracia e justiça.

A idéia de disciplina, contida em leis diversas ou em texto único, do modo de formação dos atos administrativos, pode parecer, à primeira

(23) *Estado, governo, sociedade*, 1987. p. 29 e 30.

(24) Nigro. *L'azione dei pubblici poteri. Manuale di diritto pubblico*, p. 727.

(25) Na concepção de Guy Isaac, op. cit., p. 237-245.

(26) Dromi. Prólogo à obra coletiva intitulada *Procedimiento administrativo*. Tucuman, 1982. p. 11.

vista, aposta à tendência contemporânea no sentido da redução de exigências de documentos e papéis, do decréscimo de normas administrativas incidentes sobre atividades, sobretudo econômicas, de particulares (*deregulation*).

No entanto, registra-se também, na época atual, um movimento para busca de mecanismos que propiciem melhor conhecimento do modo de atuar da Administração e maior proximidade da população aos circuitos decisoriais. E verifica-se que a lentidão existe nas ações administrativas desprovidas de disciplina processual.

Dá a necessidade de se partir de um ponto comum: não agravar a ação administrativa com inúteis exigências onde isso não seja fator de composição de interesses e fator de obtenção de decisões decorrentes de contraditório e ampla defesa. Para tanto se fixariam não modelos processuais, mas princípios informadores das relações entre Administração e administrados (indivíduos, grupos, associações, na defesa de interesses individuais, coletivos e difusos) e informadores das relações entre os próprios órgãos administrativos.<sup>27</sup>

Para o enunciado desses preceitos que formam o mínimo denominador comum da ação administrativa, parece pertinente invocar as propostas formuladas, na década de 80 do século XX, por Allegretti<sup>28</sup> e Pastori,<sup>29</sup> com base em projetos de lei geral de procedimento administrativo elaborados na Itália, naquela época:

- a) publicidade dos processos e atos administrativos;
- b) direito de acesso a documentos e autos administrativos, realizado pelo direito de vista e de obtenção de cópia ou certidão de documentos, com exceções restritamente identificadas;
- c) princípio da concentração, concernente à contribuição de vários órgãos na formação do ato; o instrumento principal situa-se na chamada *conferência dos serviços*, pela qual num encontro entre os representantes dos vários órgãos ou entes envolvidos se adquira o consenso;
- d) obrigatoriedade de concluir o processo quando iniciado e mediante ato explícito;

(27) Pastori. Il procedimento..., cit., 1987. vol. I, p. 819.

(28) Legge generale sui procedimento e moralizzazione amministrativa. *Scritti in Onore di Massimo Severo Giannini*, 1988. vol. 3, p. 11.

(29) Op. ult. cit., p. 819-821.

- e) condenação do silêncio, com sanções aos responsáveis;
- f) prefixação de prazos para conclusão, com decorrências no tocante aos controles de eficiência;
- g) liberdade de formas;
- h) dever de completar a instrução;
- i) obrigação de motivar (Constituição do Estado de São Paulo, art. 4.º);
- j) obrigatoriedade de contraditório e defesa na formação de atos pontuais restritivos de direitos (a Constituição Federal assegura aos litigantes em processo administrativo e aos acusados em geral o direito ao contraditório e à ampla defesa – art. 5.º, LV);
- l) utilização de meios de instrução pública antes da edição de atos gerais ou de atos que impliquem elevada complexidade de interesses envolvidos (a Constituição do Estado de São Paulo determina a realização de audiências públicas antes da aprovação do Estudo Prévio de Impacto Ambiental e respectivo relatório, que precedem a outorga de licença ambiental – art. 192, § 2.º);
- m) identificação do responsável pelo processo ou conjunto de processos e dos respectivos poderes de impulso, dos deveres instrutórios e da responsabilidade pelo andamento até a conclusão; a esse responsável caberia também a redação de minuta de ato, com indicação de alternativas, se for o caso;
- n) possibilidade de participação de administrados, sob forma individual ou como grupos, na tomada de decisões.

As considerações acima foram escritas em 1990. Ao longo da década de 90 do século XX, consolidaram-se a doutrina, a legislação e a prática do processo administrativo. O tema passou a ser inserido nos manuais, foi objeto de várias dissertações e teses e vem recebendo tratamento em inúmeras publicações nacionais e estrangeiras.<sup>30</sup> Em novem-

<sup>(30)</sup> No direito brasileiro, v. p. ex.: Odete Medauar. *A processualidade no direito administrativo*, 1993; Romeu Felipe Bacellar Filho. *Princípios constitucionais do processo administrativo disciplinar*. Max Limonad, 1998; Carlos Ari Sunfeld (Org.). *As leis de processo administrativo*. Malheiros, 2000; Egon Bockman Moreira. *Processo administrativo*, 2000; Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari. *Processo administrativo*. Malheiros, 2001; Marcelo Harger. *Princípios constitucionais do processo administrativo*. Forense, 2001; José Carvalho dos Santos. *Processo administrativo federal*. Lumen Juris, 2001. Floresceu também a literatura sobre processos administrativos referentes a

bro de 1991, Portugal editou seu Código de Processo Administrativo, para vigorar em 15 de maio de 1992. No Brasil, foi promulgada a Lei Federal 9.784, de 29.01.1999, regulando o processo administrativo no âmbito da Administração Federal. Pouco antes, o Estado de São Paulo publicara a Lei 10.177, de 30.12.1998, disciplinando os processos administrativos na Administração Estadual. Além dos textos gerais, várias leis, a partir de 1993, contêm capítulos dedicados ao processo administrativo nos respectivos âmbitos, como é o caso da Lei 8.884, de 11.06.1994 – concorrência, ou trazem preceitos garantidores do contraditório e ampla defesa, p. ex. Lei 8.666, 21.06.1993 – licitações e contratos, e Lei 9.605, 12.02.1998 – crimes ambientais. A consolidação do processo administrativo e das garantias do contraditório e ampla defesa recebeu a contribuição relevante do Poder Judiciário brasileiro, que hoje oferece jurisprudência ampla na matéria, abrangendo inúmeros setores da atividade administrativa, não estando restrita ao processo disciplinar de servidores públicos, como ocorria antes de 1990.

### 6.3 Participação

A presença dos cidadãos, das formações sociais e dos interesses coletivos no interior da Administração,<sup>31</sup> sob o nome de participação, constitui uma das tendências atuais.<sup>32</sup>

setores específicos da atividade administrativa; v. p. ex.: Dejalma de Campos. *Direito processual tributário*. 4. ed. Atlas, 1996; Alberto Nogueira. *O devido processo legal tributário*. Renovar, 1997; Lutero Xavier Assunção. *Processo administrativo tributário federal*. Edipro, 1998; Emerson Odilon Sandim. *O devido processo legal na Administração Pública – Com enfoques previdenciários*. LTr, 1997. No direito estrangeiro, v. p. ex.: Marta Calábria. *La tutela dei diritti nel procedimento amministrativo*. Giuffrè, 1991; Javier Barnes Vazquez (Org.). *El procedimiento administrativo en el derecho comparado*. Madri: Civitas, 1993; Diogo Freitas do Amaral e Laureano López Rodó (Org.). *Procedimiento administrativo*. Santiago de Compostela, 1994; Marco D'Alberti, *La visione e la voce: le garanzie di partecipazione ai procedimenti amministrativi*. *Riv. Trim. Dir. Pub.* 1/1-34, 2000. Luiza Torchia ressalta a importância do processo administrativo como instrumento da ação administrativa e nas relações entre Administração e cidadãos (*L'attività amministrativa nella (vecchia e nella nuova) costituzione*. *Riv. Trim. Dir. e proc. Civile*, jun. 1995. p. 457).

<sup>(31)</sup> Franco Levi. *Partecipazione e organizzazione*. *Riv. Trim. Dir. Pub.*, vol. II, p. 1.626, 1977.

<sup>(32)</sup> Cassese, em 1971, incluiu a participação entre os novos temas surgidos após a segunda metade do século XX (*Cultura e politica del diritto amministrativo*,

Algumas idéias mais amplas associam-se à de participação. O novo modo de ser do Estado contemporâneo, em relação ao modelo do século XIX, reflete-se no exercício da função administrativa. A participação se apresenta “como expressão e efeito da moderna idéia da relação Estado-sociedade, em que se vislumbra não rigorosa separação, nem fusão, mas recíproca coordenação”,<sup>33</sup> significando maior proximidade entre os dois.

Vincula-se ao pluralismo, caracterizado, na essência, pela multiplicidade dos grupos, pela multiplicidade das interações indivíduo-sociedade e dos interesses; o binômio pluralismo-participação é indissolúvel.<sup>34</sup>

Inclui-se entre os meios invocados para alterar o modelo de atuação dos complexos burocráticos estatais; assim, Cappelletti contrapõe às opressões do burocratismo governamental a simplificação, a descentralização, o incentivo ao espírito de colaboração e de pacífica coexistência e a participação, num novo ponto de vista que privilegia *os consumidores* do governo, os administrados, marcando o sentido de reforma da atuação administrativa e a mudança no método de pensamento dos juristas contemporâneos.<sup>35</sup> Elabora-se novo paradigma em lugar do antigo, no qual dominava a centralização, o monolitismo de centros de poder.<sup>36</sup>

Com a participação forma-se “ponte entre um mundo administrativo muito fechado e cidadãos muito esquecidos”,<sup>37</sup> ocorrendo, portanto, ruptura da imagem clássica de uma dualidade radical entre Administração e administrado<sup>38</sup> e decréscimo da oposição entre autoridade e liberdade.

1971. p. 147); Torne Jimenez a inclui entre suas propostas para a Administração do futuro (*El derecho administrativo entre la sociología y la dogmática*, 1978. p. 57).

(33) Nigro. Il nodo della partecipazione. *Riv. Trim. Dir. e Procedura Civile*, 1980. p. 229.

(34) Guido Alpa. Aspetti e problemi della partecipazione nel diritto urbanistico. Appunti per una discussione. *Riv. Trim. Dir. Pub.*, vol. I, p. 255, 1979.

(35) Acesso a la giustizia come programma di riforma e come metodo di pensiero. *Rivista di diritto processuale*, abr.-jun. 1982. p. 233-245

(36) Molitor. Prefácio à obra *Citoyen et Administration*, organizada por Delperée, 1985. p. 15.

(37) Mathiot. Bureaucratie et démocratie. *Pages de doctrine*. Paris, 1980. vol. I, p. 251 (artigo publicado pela primeira vez em 1961).

(38) Morell Ocana. El *criterium* de la Administración pública y el derecho administrativo contemporâneos. *Revista Española de Derecho Administrativo*, 1982. p. 225.

Por outro lado, reflete diferente posição dos indivíduos e grupos, caracterizada pelo empenho em atuar de modo direto na atividade administrativa. Caio Tácito menciona “uma nova ordem espiritual, feita de consenso, participação e justiça social”.<sup>39</sup> Nessa nova ordem, os cidadãos não mais aceitam a condição de sujeitos passivos; o indivíduo também evoluiu: o grau mais elevado de informação propiciado por maior instrução formal e pelos meios de comunicação de massa acarreta a vontade geral de “tomar a palavra” ante a burocratização maciça das grandes organizações estatais.

Desse modo, de uma ação exterior à Administração passa-se ao controle interno;<sup>40</sup> nessa linha de fiscalização interna, se coloca a obra de Braibant, Questiaux e Wiener, *Le controle de l'Administration et la protection des citoyens*, na qual arrolam vários meios de participação que propiciam controles internos e preventivos, exercidos por indivíduos ou grupos na formação das decisões administrativas. Nota-se, pois, tendência a buscar outros meios de controle da Administração, além do jurisdicional, dos quais são exemplos o *Ombudsman* e os vários instrumentos de participação.

Na época atual, ressaltam-se as tentativas de fazer coincidir o mais possível a realidade social e o conteúdo das decisões administrativas, inclusive para o efeito de obter mais facilmente a adesão dos cidadãos, como já observava Rivero em 1965.<sup>41</sup> E a participação figura entre as mesmas.

A participação liga-se à identificação do interesse público de modo compartilhado com a população; associa-se ao decréscimo da discricionariedade; propicia atenuação da unilateralidade na formação dos atos administrativos; liga-se também às práticas contratuais baseadas no consenso, na negociação, na conciliação de interesses.

Além do aspecto referente ao quadro mais amplo da idéia de participação, seu estudo suscita a necessidade de premissa terminológica ante

<sup>(39)</sup> Poder de polícia e polícia do poder. *Carta mensal*. Rio de Janeiro, 1985. p. 39-40.

<sup>(40)</sup> Debbasch. Prefácio à obra coletiva *Administration et administrés en Europe*. Paris, 1984. p. 12.

<sup>(41)</sup> A propos des métamorphoses de l'Administration d'aujourd'hui: démocratie et Administration. *Pages de Doctrine*. vol. I, p. 254 (publicado pela primeira vez em 1965).

o uso múltiplo do vocábulo. Em acepção larga, abrange também a atuação do povo na escolha de integrantes do Legislativo e chefes do Executivo, pelo voto e a militância em partidos políticos, por exemplo.

Em sentido mais restrito, se focaliza a participação no âmbito da atividade administrativa. Mesmo sob tal ângulo, registra-se sentido mais e menos abrangente. No primeiro, se inclui a atuação de administrados e a de servidores que, por vínculos funcionais, integram a instituição. Torna-se freqüente a menção à influência dos servidores na tomada de decisões em geral e naquelas que lhes concernem, sobretudo ante o reconhecimento do seu direito à sindicalização (como prevê a Constituição pátria, no art. 37, VI). Mas, sob o enfoque das relações Administração-administrado, sobressai o interesse pela participação das pessoas não inseridas profissionalmente na organização administrativa, que é o sentido menos abrangente do termo, referido à esfera administrativa.

No âmbito da participação de particulares, pode-se pensar também em sentido genérico, para significar todo tipo de atuação, individual e por representantes de grupos e associações; e em acepção restrita, ao se cogitar somente da atuação direta de administrados individualmente considerados. No aspecto administração-administrado, o sentido genérico parece mais adequado ao tratamento do tema, porque leva em conta a realidade associativa e os interesses coletivos e difusos, estes por vezes assumidos por entes da sociedade.

Nessa linha, excluem-se da concepção participativa aqui exposta os seguintes aspectos: a) o exercício privado de funções públicas, como ocorre na concessão de serviço; b) a atuação do indivíduo na defesa direta de direitos próprios perante a Administração, como nos casos de multa, interdição de atividades, indeferimento de licenças; c) a colaboração técnica, pericial, por exemplo.<sup>42</sup>

Em nível constitucional, o tema da participação tem recebido tratamento em textos recentes. Na Constituição espanhola de 1978, o art. 23 assegura aos cidadãos o direito de participar nos assuntos públicos diretamente ou por meio de representantes; no art. 105, determina, em dois itens, a disciplina, por lei, da audiência dos cidadãos, direta ou por meio de organizações, no procedimento de elaboração de disposições

<sup>(42)</sup> Como propõe Sanchez Moron na obra *La participación del ciudadano en la Administración Pública*, Madri, 1980, p. 105.

administrativas que lhes afetem. A Constituição brasileira previu algumas práticas participativas; no art. 10, assegura a participação de trabalhadores e empregadores nos colegiados dos órgãos públicos em que seus interesses profissionais ou previdenciários sejam objeto de discussão e deliberação; no item VII do art. 194, arrola um dos objetivos da organização da seguridade social: a participação da comunidade, em especial de trabalhadores, empresários e aposentados na gestão administrativa; o item III do art. 198 contém uma das diretrizes do sistema único de saúde: a participação da comunidade; uma forma de controle popular ou controle social da Administração, mediante participação, vem prevista no art. 31, § 3.º, segundo o qual, as contas dos Municípios ficarão durante sessenta dias por ano à disposição de qualquer contribuinte para exame e apreciação, com possibilidade de questionar-lhes a legitimidade; e outra forma vem indicada no § 2.º do art. 74, que atribui legitimidade a qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato para denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas.

Os exemplos mencionados expressam algumas formas ou instrumentos participativos. A atuação do particular pode ocorrer no bojo do processo administrativo<sup>43</sup> e mesmo na iniciativa do processo, que não é nova, pois tradicionalmente se admite o oferecimento de petições e requerimentos junto aos órgãos públicos, sem consequência alguma; novo é o cuidado em prever efeitos mais incisivos aos pedidos e denúncias formulados, como determina o Decreto francês 83-1025, de 28.11.1983, referente às relações entre a Administração e administrados; no tocante aos requerimentos apresentados, fixa prazos para decisão, caracterizando, em certos casos, a inércia como decisão implícita; e se o requerimento for interposto ante autoridade incompetente, obriga esta a transmiti-lo ao órgão competente, mesmo que se trate de outra pessoa jurídica. No âmbito do processo administrativo ou fora dele, podem ser realizadas consultas restritas ou amplas, ouvida de interessados, audiências públicas. A chamada participação orgânica ocorre mediante a atuação em órgãos colegiados da Administração, com atividade contínua, ou nos

<sup>(43)</sup> Para Dromi, o procedimento “deve traduzir em fórmulas jurídicas as relações dos sujeitos sociais na vida comunitária. (...) A participação administrativa é um dos conteúdos da democracia real e necessita de um instrumento jurídico que viabilize seu efetivo exercício: o processo administrativo” (Prólogo à obra coletiva *Procedimiento administrativo*, 1982, p. 12).



órgãos formados *ad hoc* para discutir matéria específica, p. ex.: conselhos, comissões, grupos de trabalho.

Paralelamente ao interesse atual pelo tema, suscitam-se vários problemas, relativos à sua própria concepção e ao seu instrumental.

Discute-se a respeito da participação em confronto com a representação política, no sentido de um enfraquecimento desta em virtude da dinâmica participativa; no entanto, uma das explicações desta dinâmica encontra-se na perda de ascendência, de fato, do Legislativo sobre o Executivo e a Administração e na dúvida quanto à adequada representação de valores e interesses da população pelos integrantes do Legislativo. A favor da participação pode-se aventar que propicia aprimoramento da conduta dos parlamentares ante o paralelismo da atuação popular; e pode-se ponderar que se trata de mais um meio de compatibilizar as decisões estatais às aspirações e reais interesses da coletividade.

Outra questão diz respeito ao predomínio da burocracia clássica temperada com a participação, ou melhor, à coexistência do modelo tradicional de burocracia com formas contemporâneas participativas;<sup>44</sup> daí decorre a prática limitada a setores periféricos e secundários da atividade administrativa. Surge, ainda, o problema da participação falsificada, ou seja, a Administração tenta manipular os participantes, o que levaria à *administrativização*<sup>45</sup> dessa prática, privando-a da espontaneidade e alongando a duração dos procedimentos. Vem referida, também, sua ambigüidade, quando utilizada para apresentar críticas e contestações, não para buscar soluções. Todos estes aspectos acarretariam decepção com as práticas participativas e descrença na sua efetividade. Para fazer face a problemas semelhantes, se encarece a necessidade de tratamento mais aprimorado da matéria, com elaboração de preceitos básicos a respeito.

No rol de problemas, a doutrina aventa a disfunção situada na “apropriação pseudocorporativa das decisões administrativas por forças sociais, organizadas ou não, que logram assenhorear-se ou predominar na participação”.<sup>46</sup> A disciplina básica das formas participativas e a con-

(44) Questão suscitada por Braibant (*Administration et participation. Revue Internationale des Sciences Administratives*, 1978. p. 161).

(45) Termo usado por Guarino (*Quale amministrazione?* 1985, p. 51).

(46) Parejo Alfonso. *Estado social y Administración Pública*. Madri, 1983. p. 98.

duta mediadora da autoridade administrativa contribuem para atenuar o risco, que existe nesta prática e em muitas outras típicas do pluralismo vigente na sociedade e no Estado, que não infirmam a concepção, mas convidam à busca de aprimoramento.

Discute-se também quanto ao *bloqueio* na tomada de decisões e na atividade administrativa trazido pela extensão participativa; haveria *emperramento* da máquina, sobretudo ante a *polisinódia*, ou seja, a criação *ad infinitum* de conselhos, comissões, grupos de trabalho; além disso, ocorreria diluição da responsabilidade do administrador ou justificativa para a ausência de atuação. Na verdade, parece inviável vincular toda a atividade administrativa à participação direta de particulares; igualmente sob este ângulo sobressai a importância de fixar preceitos básicos e pesquisar meios de conciliação de prestação com participação.<sup>47</sup>

Outro problema diz respeito à identificação dos participantes e à organização da participação. Aqui vem à tona, de novo, a importância do instrumento processual na organização da participação; e vem à tona o problema dos interesses difusos e sua representação nas práticas participativas.<sup>48</sup>

Discute-se ainda a respeito do caráter consultivo ou deliberativo da participação. Parece predominar ainda o efeito consultivo; a autoridade reserva-se o direito de decidir ou dar a última palavra. Mas pode-se cogitar de maior amplitude de práticas deliberativas. Aí se apresenta o problema da descaracterização da função administrativa e, portanto, do próprio poder estatal. Como encontrar formas organizacionais aptas a realizar a conciliação da exigência de acolher no Estado quanto mais sociedade possível com a exigência de não alterar as características fundamentais do modelo denominado Estado?<sup>49</sup>

(47) Parece viável essa conciliação; o trabalho em comissões com participação de interessados não funcionários, com prazos prefixados e debates objetivos, possibilita bons resultados em termos de atendimento de reivindicações e celeridade dos trabalhos.

(48) Aspecto ressaltado por Nigro, no artigo *Il nodo della partecipazione*, cit., p. 233, que atribui aos juristas a tarefa de conciliar a tendência dos interesses difusos a participar e as regras de atuação das estruturas constituídas.

(49) Eis aí o *nó* político da participação, segundo Nigro, em *Il nodo della partecipazione*, cit., p. 231.

Pode-se, ainda, aventar que a idéia de participação se mostra utópica, ilusória; se assim for, o confronto com a prática virá reduzi-la a proporções e contornos adequados ou, mesmo, levar à sua rejeição.

A tendência à participação, apontada em 1990, ao se elaborar a 1.<sup>a</sup> edição deste livro, foi recebendo acolhida na doutrina e na legislação de vários países. P. ex.: Franco Bassi<sup>50</sup> refere-se ao ingresso do princípio participativo, indicando o processo administrativo como uma de suas expressões; Cassese<sup>51</sup> cita a abertura da Administração ao cidadão, que o ouve de vários modos, inclusive nas atividades de regulação, indicando a *regulatory negotiation* do ordenamento norte-americano; segundo Chevallier,<sup>52</sup> o cidadão tem o direito de se fazer ouvir e de influir no conteúdo da decisão; Jean-Bernard Auby<sup>53</sup> insere na democracia administrativa o reconhecimento do direito dos cidadãos de exprimir sua voz e suas necessidades e fazê-las valer, e dentre os meios para tal encontram-se os processos de participação; de seu lado, Philippe Zavoli<sup>54</sup> vincula cidadania a participação e cogita da tendência a não mais se utilizar o termo administrado, para dar lugar aos termos cidadão, usuário ou cliente.

Em vários países europeus associou-se a descentralização (sobretudo a territorial) à participação, para que as instâncias de decisão se tornassem menos distantes dos cidadãos. E reformas administrativas na Itália e Espanha ao longo da década de 90 do século XX realizaram descentralizações em grande escala.

Na França, a Lei 125, de 06.02.1992, relativa à administração territorial, fixa o direito dos habitantes da comuna de serem consultados quanto a decisões que lhes concernem; por sua vez, a Lei 276, de

<sup>(50)</sup> Autorità e consenso. *Riv. Trim. Dir. Pub.* 3/747, 1992.

<sup>(51)</sup> Il cittadino e l'Amministrazione Pubblica. *Riv. Trim. Dir. Pub.* 4/1.020, 1998.

<sup>(52)</sup> L'évolution du droit administratif. *Revue du droit public* 5-6/1.805, 1998.

<sup>(53)</sup> La bataille de San Romano. *L'actualité juridique – Droit administratif*, nov. 2001. p. 914.

<sup>(54)</sup> La démocratie administrative existe-elle? Pladoyer pour une refonte de l'enquête publique et du referendum local. *Revue du droit public* 5/1.495-1498, 2000. Sobre a participação, v. também Diogo de Figueiredo Moreira Neto, *Direito de participação política*, Renovar, 1992. Sobre a democracia de proximidade, v. Raphael Romi. La loi sur la démocratie de proximité, un renouveau du droit de l'environnement?, *Revue du droit public* 3/867-884, 2002.

27.02.2002, sobre a *democracia de proximidade*, menciona o princípio da participação (art. 132), tratando, no Título I, da participação dos habitantes na vida local e, no Título IV, da participação do público na elaboração de grandes projetos.

Vem se expandindo na Alemanha, desde 1999, no programa Estado moderno-Administração moderna, o uso da *Internet* para ouvir a opinião pública nos processos de decisão, no sentido de uma *democracia eletrônica*.

Difundiram-se, em muitos ordenamentos, os mecanismos de atuação dos usuários no controle da prestação de serviços pela própria Administração ou por concessionários e permissionários, seja diretamente, seja mediante associações. Assim, p. ex., no Brasil a lei de concessões – Lei 8.987/1995 inclui entre os deveres do poder concedente o incentivo para a formação de associações de usuários para defesa de interesses relativos ao serviço; por sua vez, a Lei 9.472/1997 – telecomunicações – criou um conselho consultivo como órgão de participação institucionalizada da sociedade na Agência Nacional de Telecomunicações, aí incluídas entidades representativas dos usuários. A Constituição de 1988, no art. 37, §3.º, com a redação dada pela EC 19/1998, prevê a disciplina, em lei, das formas de participação do usuário na Administração direta e indireta. Na Europa, as Cartas dos Cidadãos (*Citizen's Charter* na Inglaterra – 1991, *Charte des Services*, na França – 1992 e Itália – 1994) trazem preceitos não somente sobre a qualidade dos serviços públicos, mas também sobre a participação dos usuários.

Outras leis brasileiras prevêm mecanismos de participação. P. ex.: a lei de processo administrativo federal – Lei 9.784/1999 menciona a consulta pública (art. 31) e a audiência pública (art. 32); o Estatuto da Cidade – Lei 10.257/2001 arrola, dentre os instrumentos de gestão democrática da cidade, as audiências e consultas públicas, a gestão orçamentária participativa obrigatória e a promoção obrigatória de audiências públicas e debates na elaboração e fiscalização do plano diretor, nos quais atuam a população em geral e associações representativas.

#### 6.4 Transparência da Administração

Ao discorrer sobre democracia e poder invisível, Bobbio caracteriza a democracia, sob tal prisma, como o *governo do poder público em público*, atribuindo a este último vocábulo o sentido de *manifesto*,

*evidente, visível*. E afirma que “o caráter público do poder, entendido como não secreto, como *aberto* ao público, permaneceu como um dos critérios fundamentais para distinguir o Estado constitucional do Estado absoluto, e assim, para assinalar o nascimento ou renascimento do poder público em público”.<sup>55</sup> Associado à reivindicação geral de democracia administrativa, encontra-se o tema da transparência ou visibilidade, também tratado como publicidade da atuação administrativa (no sentido de atuação manifesta, visível, não como propaganda nos meios de comunicação).

A partir do término da Segunda Guerra, acentuando-se nos anos setenta, surge o interesse em alterar a tradição do *secreto*, predominante na atividade administrativa, mesmo nos países caracterizados nas respectivas Constituições como Estados de Direito com regime democrático. O *secreto, invisível*, reinante na Administração, mostra-se contrário ao caráter democrático do Estado. A publicidade ampla contribui para garantir direitos dos administrados; em nível mais geral, assegura condições de legalidade objetiva porque atribui à população o direito de conhecer o modo como a Administração atua e toma decisões; “abate o muro secreto da cidadela administrativa”,<sup>56</sup> possibilitando o controle permanente sobre suas atividades; a visibilidade, a cognoscibilidade, a acessibilidade congregam-se e se ligam à controlabilidade dos atos dos detentores do poder.<sup>57</sup> Com a publicidade como regra, tem-se “o diálogo em lugar do mutismo, a transparência em lugar da opacidade”,<sup>58</sup> e suscita-se a confiança do administrado na Administração.

O exemplo comumente invocado na matéria é a Suécia, onde desde 1766 vigora a regra do livre acesso de qualquer indivíduo, sem justificativa no interesse pessoal, a documentos administrativos. Nos Estados Unidos, desde a edição, em 1946, da Lei Federal de processo administrativo, vigora o preceito da publicidade, aprimorado depois com *the Freedom Information Act*, em 1967, e com *the Government Sunshine Act*, em 1976.

<sup>(55)</sup> *O futuro da democracia*, 1986, p. 84 e 87.

<sup>(56)</sup> Braibant; Questiaux e Weiner. Op. cit., p. 250.

<sup>(57)</sup> Bobbio. *O futuro da democracia*, cit., p. 89.

<sup>(58)</sup> Lemasurier. Vers une démocratie administrative: du refus d’informer au droit d’être informé. *Revue du Droit Public*, set.-out. 1980. p. 1.244.

Até 1978, predominava na França o princípio do segredo; a publicidade era a exceção. A partir daí, um conjunto de normas inverteu os termos da regra, colocando fim à “sociedade do segredo”,<sup>59</sup> e consagrando o direito de ser informado. Assim, uma lei de janeiro de 1978, relativa à informática, prevê o direito de conhecer, contestar e retificar dados constantes de tratamento automatizado. Lei de julho de 1978, referente à melhoria das relações entre a Administração e o público, determina o livre acesso a documentos administrativos, permanecendo secretos os assuntos sobre defesa nacional, política externa, moeda, vida privada e os prontuários médicos; a mesma lei determinou a publicação obrigatória de circulares e instruções, quebrando antiga prática de não divulgação ampla de tais atos. No âmbito da publicidade restrita, norma de novembro de 1983 estabeleceu disciplina para a notificação de atos administrativos individuais.

A Constituição brasileira de 1988 insere-se nessa tendência à publicidade ampla da Administração. Entre os princípios norteadores da atividade administrativa, em todos os setores, incluiu o princípio da publicidade; a doutrina pátria considera que “o Poder Público, por ser público, deve agir com a maior transparência possível, a fim de que os administrados tenham, à toda hora, conhecimento do que os administradores estão fazendo”.<sup>60</sup> “A publicidade, como princípio de administração pública, abrange toda atuação estatal, não só sob o aspecto da divulgação oficial de seus atos, como também de propiciação de conhecimento da conduta interna de seus agentes”.<sup>61</sup> Outros preceitos constitucionais reforçam a concepção de transparência administrativa vigente hoje no ordenamento pátrio; o art. 5.º, item XXXIII, reconhece a todos o direito de receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular ou de interesse coletivo ou geral, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado; o art. 5.º, item LXXII, prevê o *habeas data* como instrumento jurisdicional para assegurar o conhecimento de informações pessoais constantes de registros ou bancos de dados de órgãos públicos e para retificação de dados.

<sup>(59)</sup> Expressão usada por Lemasurier, op. ult. cit., p. 1.243.

<sup>(60)</sup> José Afonso da Silva. *Curso de direito constitucional positivo*. 20. ed., 2002. p. 649.

<sup>(61)</sup> Hely Lopes Meirelles. *Direito administrativo brasileiro*, 1990. p. 83.

É possível que a efetividade da transparência seja encarada com ceticismo, pois está na contracorrente de longa tradição e de hábitos moldados pela regra do segredo administrativo. Deve-se considerar, no entanto, que a inversão da relação Administração-administrado, em favor deste, trará conseqüências sobre as práticas predominantes, ensejará discussões sobre insuficiências da atuação administrativa e abrirá novas sendas aos estudiosos do direito administrativo.

A partir de 1990, se acentua a preocupação com a transparência administrativa sob o ângulo do acesso a informações e documentos e do dever de publicidade imposto à Administração.

A transparência tornou-se uma das idéias de fundo das reformas administrativas efetuadas neste período. Vobkuhle,<sup>62</sup> ao tratar dos objetivos da reforma do direito administrativo alemão, refere-se à intensificação das relações de comunicação entre as autoridades administrativas e os cidadãos; menciona também a abertura à informação do até agora arcaico mundo da Administração, assumindo o cidadão certa função de controle; e simboliza a Administração como *casa de vidro*. Jean-Bernard Auby<sup>63</sup> inclui a transparência dentre os progressos da democracia administrativa.

Na Itália, a Lei 241, de 07.08.1990, fixa normas sobre o processo administrativo e sobre o direito de acesso aos documentos administrativos. Vigora na Inglaterra um *Code of Practice*, de 1997, sobre o acesso às informações administrativas, segundo o qual as Administrações Públicas são obrigadas a publicar as análises relevantes para o fim da adoção de políticas e as informações sobre o funcionamento dos serviços públicos, a motivar os atos administrativos, a liberar informações sobre políticas, procedimentos e decisões administrativas.

Na França, além dos textos anteriores sobre acesso a documentos administrativos e da criação da Comissão de Acesso a Documentos Administrativos – CADA, como autoridade independente, a Lei 321, de 12.04.2000, relativa aos direitos dos cidadãos nas suas relações com as Administrações, dentre outros pontos, prevê o seguinte: a obrigação, para as Administrações, de organizar um acesso simples às normas de

<sup>(62)</sup> Concetti chiave della riforma del diritto amministrativo nella Repubblica federale tedesca. *Diritto Pubblico* 3/725, 2000.

<sup>(63)</sup> Op. cit., p. 915.

direito, seja por meios informatizados ou por outros; o livre acesso às decisões e documentos jurídicos, pela difusão dos textos e pelo estudo de impacto dos projetos de lei e de decretos (avaliar *a priori* os efeitos das medidas sob o plano administrativo, jurídico, social, econômico e orçamentário); direito de conhecer a identidade dos agentes administrativos; a transparência financeira, inclusive mediante o acesso ao cidadão das contas das autoridades administrativas e das contas dos organismos subvencionados por recursos públicos. Conforme Gounin e Laluque,<sup>64</sup> o traço essencial da referida lei está na Administração mais transparente e mais acessível.

No direito brasileiro, pode-se indicar como exemplo de transparência preceitos da Lei 8.666/93 – licitações e contratos: o art. 3.º, § 3.º, afirma serem acessíveis ao público os atos do processo licitatório, salvo quanto ao conteúdo das propostas até a abertura; o art. 4.º possibilita a qualquer cidadão acompanhar o processo licitatório, desde que não o perturbe; o art. 63 permite a qualquer interessado a obtenção de cópia dos termos de um contrato e do respectivo processo licitatório. Na administração ambiental, a transparência se realiza sobretudo na publicidade do Estudo Prévio de Impacto Ambiental e do Relatório de Impacto Ambiental – EIA-Rima, na publicidade de todos os passos do processo de licenciamento ambiental e na realização de audiências públicas, conforme determinam a Constituição de 1988, art. 225, § 1.º, IV, o Decreto 99.274/1990, art. 17, § 4.º, a Resolução Conama 237/1997, art. 3.º. Por sua vez, a EC 19/1998 – reforma administrativa, deu nova redação ao § 3.º do art. 37, remetendo à lei a disciplina do acesso de usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo (inciso II do referido parágrafo).

<sup>(64)</sup> La réforme du droit d'accès aux documents administratifs. *L'actualité juridique* – Droit administratif, jun. 2000, p. 486-494.