



Princípio da participação no Código do Procedimento Administrativo português: inovações do Decreto-lei n. 4/2015

PARTICIPATION PRINCIPLE IN PORTUGUESE ADMINISTRATIVE PROCEDURE CODE: INNOVATIONS IN DECREE-LAW N. 4/2015

Janaína Rigo Santin¹

Resumo

O artigo faz uma análise sobre o princípio da participação no procedimento administrativo português, confrontando com o tratamento da temática no Brasil. Para tanto, abordam-se as alterações trazidas pelo Decreto-Lei n. 4/2015, de 7 de janeiro, denominado novo Código do Procedimento Administrativo, com foco maior no direito dos particulares em participar do processo decisório de políticas públicas, atos e contratos administrativos. Também pretende apresentar quais as possibilidades de contestar tais decisões administrativas quando não forem respeitados os direitos dos particulares no procedimento administrativo, o qual é tido em Portugal como um direito fundamental, garantidor do princípio da dignidade humana. O método de abordagem utilizado foi o dedutivo, com pesquisa a textos de lei e doutrina. Conclui-se que, assim como no Brasil, há o reconhecimento formal do princípio da participação no regime jurídico-administrativo português, mas ainda há muito o que se avançar em ambos países para que o princípio seja uma realidade na atividade pública.

Palavras-chave

Administração Pública; participação; direitos fundamentais; princípio; Portugal.

Abstract

This paper analyses the participation principle in Portuguese administrative procedure, confronting it with the Brazilian reality. The analysis address the changes introduced by Decree-Law n. 4/2015 of 7 January, called in Portugal the "New Administrative Procedure Code", approaching especially the right to participate in the decision-making process of public policies, acts and administrative contracts. It also aims to present the possibilities to challenge such administrative decisions when the rights of individuals are not respected in the administrative procedure, which is held in Portugal as a fundamental right, the guarantor of the human dignity principle. The method of approach was deductive, used to research texts of law and doctrine. We conclude that, as in Brazil, in Portugal there is the formal recognition of the participation principle in the law system, but there is still much to advance in both countries to make this principle a reality in public activity.

Keywords

Public Administration; participation; fundamental rights; principle; Portugal.

INTRODUÇÃO

Este artigo estuda a significativa presença do princípio da participação na legislação portuguesa, em especial a partir das recentes alterações advindas com o novo Código do Procedimento Administrativo de 2015. Salienta-se que em Portugal há uma dualidade de jurisdições, uma específica para questões que envolvem atos, contratos e regulamentos administrativos, e outra que julga os conflitos comuns. Sobre a natureza jurídica do procedimento administrativo, Diogo Freitas do Amaral informa que em Portugal ele é um verdadeiro processo, assim como é o processo legislativo e o processo judicial. Todos são uma “sequência juridicamente ordenada de actos e formalidades tendentes à formação e à manifestação de uma vontade funcional ou à respectiva execução” (AMARAL, 2003, p. 300).

Ao se dar força normativa ao princípio da participação no procedimento administrativo, o ordenamento jurídico português passa a prever a necessidade de institucionalização de novas maneiras de participação dos indivíduos na gestão da coisa pública, ultrapassando o aspecto formal da representação política para ser perpassado por institutos e instrumentos de uma democracia participativa.

A concretização do ideal participativo depende de um esforço mútuo da sociedade civil e da sociedade política. É necessário que os cidadãos participem do procedimento de tomada de decisão das questões de interesse individual e coletivo. Da mesma forma, os gestores públicos precisam criar mecanismos facilitadores dessa participação como, por exemplo, uma divulgação ampla dos momentos em que os cidadãos são chamados a definir as políticas públicas.

A falta de confiança do povo na classe política é a expressão do sentimento de alienação do poder em participar da gestão da coisa pública, a qual historicamente foi vista não como questão dos cidadãos, mas dos próprios titulares da gestão, que se apropriam dela e de seus fins, em atitudes clientelísticas que rompem com a legitimidade do sistema. O cidadão precisa sentir-se como o verdadeiro titular do poder político, crer que seus interesses são o verdadeiro objetivo dos governantes.

Assim, este artigo tem a intenção de analisar o princípio da participação no ordenamento jurídico português e as novidades trazidas pelo novo Código do Procedimento Administrativo, equiparando-as com o que ocorre no regime jurídico administrativo brasileiro. Também pretende estudar as possibilidades de contestá-las quando não forem respeitados os direitos dos particulares em participar do procedimento administrativo, o qual é tido em Portugal como um direito fundamental, garantidor do princípio da dignidade humana.

I O PRINCÍPIO DA PARTICIPAÇÃO NO CÓDIGO DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO PORTUGUÊS

O direito de participar ativamente da organização administrativa do Estado democrático português pela via do procedimento administrativo é considerado um direito de natureza

fundamental, capaz de: a) otimizar as decisões administrativas; b) ajustar eficientemente meios e fins, concretizando os princípios da eficiência e do custo/benefício; c) aumentar a informação e o conhecimento indispensáveis à decisão e ao diálogo interinstitucional e interorgânico, concretizando os princípios da transparência, do acesso à informação e da cooperação; e, por fim, d) proporcionar a sustentabilidade ambiental do desenvolvimento, tanto para esta quanto para as futuras gerações (GARCIA, 2010, p. 185).

Nessa senda, o plano local é o mais próximo do cidadão e, portanto, se mostra como o mais adequado para salvaguardar o princípio da participação. Nas palavras de Maria da Glória Dias Garcia (2010, p. 185), “deverá reconhecer-se à Administração Pública, nomeadamente a autárquica, municipal, vinculada à CRP pelo seu artigo 3 e, mais fortemente, pelo artigo 18, n. 1, a obrigação de se organizar, de modo a garantir eficazmente o direito fundamental em presença”.

Logo, a partir do momento em que novas exigências sociais vão se transformando em novos interesses públicos a alcançar, cada vez mais será necessária a abertura do gestor público à participação democrática, nos diferentes domínios em que ela se manifestar. E nesse sentido, nada melhor que o espaço local, onde que estão situados os cidadãos (freguesias, municípios, associações de moradores), diretamente interessados na otimização das prestações do poder público.

Assim, passa-se a analisar o direito à participação dos privados no procedimento de tomada das decisões administrativas em Portugal, previsto nos artigos 11 (princípio da colaboração da administração com os particulares), 12 (princípio da participação), 13 (princípio da decisão) e 68 (princípio da ampla legitimidade procedimental), dentre outros, do novo Código do Procedimento Administrativo. A positivação desse diploma pelo Decreto-Lei n. 4/2015, de 7 de janeiro, exige uma maior transparência da administração pública, bem como estreita a relação entre cidadãos e poder público. O novo Código, além de promover o aprofundamento do princípio da participação, inclui outros com ele relacionados, como os previstos nos artigos 5º (princípio da boa administração), 14 (princípios aplicáveis à administração eletrônica) e 16 (princípio da responsabilidade).

A lei criadora do Código do Procedimento Administrativo (Decreto-Lei n. 4/2015, de 7 de janeiro) veio para regulamentar o artigo 267, n. 2, da Constituição Federal portuguesa, que remete para uma lei especial o processamento da atividade administrativa, a qual deverá prever formas de desconcentração e descentralização, bem como racionalizar a atividade administrativa e possibilitar formas de participação do cidadão nas decisões da Administração Pública.

Nessa senda, o novo Código de Procedimento Administrativo foi editado para regular o modo de proceder da Administração perante os particulares, e abrange todos os órgãos administrativos, em todas as atividades, mesmo que técnicas ou de caráter privado. Em seu preâmbulo traz os seguintes objetivos: racionalizar a prestação dos serviços públicos; regular a formação da Administração com vistas a tomar decisões justas, equânimes, lícitas, úteis

e oportunas; assegurar o direito de informação dos interessados e a sua participação nas decisões que lhes digam respeito; salvaguardar a transparência administrativa e o respeito aos direitos fundamentais dos cidadãos; evitar a burocratização; e, por fim, dar maior eficiência e proximidade dos serviços públicos perante a população (PORTUGAL, 2015). Assim, percebe-se que o Decreto-Lei n. 4/2015, de 7 de janeiro, aprofundou ainda mais as bases participativas da Administração Pública portuguesa. Trata-se de

[...] transformar a relação entre cidadãos e Administração num exercício de responsabilidades, à semelhança do sucedido com o Código de Processo Civil, que incute uma matriz muito diferente da instalada até hoje, das quais se realçam o dever de boa gestão, a realização das conferências procedimentais e a responsabilidade pelo incumprimento de prazos, bem como os códigos de conduta, justifica-se plenamente que esta transformação seja assumida através de um novo Código do Procedimento Administrativo. O novo Código do Procedimento Administrativo é o resultado de todos os contributos da discussão atrás referida. Na sua elaboração foram, entretanto, também levados em conta os contributos da doutrina e da jurisprudência portuguesas, assim como do direito comparado, designadamente, da Alemanha, da Itália e da Espanha, e do direito da União Europeia. (PORTUGAL, 2015)

Os principais pilares sobre o qual se assenta o novo Código do Procedimento Administrativo são os princípios da participação dos particulares na formação das decisões que lhes digam respeito, da colaboração da Administração com os particulares, bem como os princípios da informação e da transparência na gestão pública, os quais foram incrementados com a inserção do princípio da boa administração, da participação, da administração aberta e da administração eletrônica. Tais princípios foram inseridos entre os já tradicionais, descritos por Diogo Freitas do Amaral como: caráter escrito, simplificação do formalismo, natureza inquisitória, colaboração da Administração com os particulares, direito de informação dos particulares, participação dos particulares na formação das decisões que lhes respeitem, dever de decisão por parte dos órgãos administrativos sobre assuntos de sua competência, desburocratização e eficiência e, por fim, princípio da gratuidade (AMARAL, 2003, p. 300-308).

Muitos foram os fatores que contribuíram para a necessidade de elaboração de um novo diploma. A adequação aos princípios presentes na Constituição portuguesa, as exigências vindas do direito da União Europeia, a vasta construção jurisprudencial, a elaboração doutrinária, bem como a incansável evolução social que diariamente impõe desafios à Administração Pública. O novo Código do Procedimento Administrativo português encontra-se revestido da mais moderna doutrina e proporcionou o alargamento democrático quando reforçou os princípios da transparência e da participação social.

O direito ao acesso à informação administrativa está garantido pelos artigos 82 a 85 do novo Código. Carla Amado Gomes lembra que tal direito tem assento constitucional,

no artigo 268 da Constituição de 1976, ali abordado a partir de dupla dimensão: subjetiva e objetiva. A primeira se dá “na medida em que a informação e o acesso às suas fontes são essenciais para que o cidadão compreenda o funcionamento e o limite dos seus direitos em face dos poderes públicos (n. 1)”; e a segunda se dá “porquanto o controlo da transparência da decisão administrativa depende da possibilidade de os cidadãos se informarem e serem informados sobre os passos do *inter* procedimental (n. 2)” (GOMES, 2008, p. 81). Trata-se de um esforço em tornar a administração pública mais transparente, remetendo para legislação própria a concretização do princípio denominado pelos portugueses de “Administração Aberta”, agora positivado no artigo 17 do novo Código.

Como medida de vulto resultante desta reforma foi a publicação do Código de Procedimento Administrativo, pelo qual se pretendia uma *Administração aberta*, permitindo aos cidadãos o acesso aos processos. Foram igualmente estabelecidas novas medidas, facilitadoras da comunicação entre Administração e cidadão, como sejam as formas de acolhimento ao público, a supressão do anonimato dos funcionários, os postos de atendimento e as linhas directas de informação ao público. Mais tarde, com a ajuda de outras medidas, esperava-se introduzir nos serviços públicos a gestão da qualidade total (TQM). (MARQUES, 2000)

No capítulo II do novo Código do Procedimento Administrativo (CPA) é estabelecido o direito de intervenção dos particulares no procedimento administrativo (artigo 67). Atribui legitimidade para iniciar ou intervir no procedimento aos titulares de direitos subjetivos ou interesses legalmente protegidos; às associações que tenham por fim a defesa desses interesses; como também aos titulares de interesses difusos e às associações dedicadas à sua defesa (artigo 68). Também têm legitimidade na proteção dos interesses difusos dentro do procedimento administrativo:

Artigo 68. – Legitimidade processual. n. 2 [...] a) Os cidadãos no gozo dos seus direitos civis e políticos e os demais eleitores recenseados no território português; b) As associações e fundações representativas de tais interesses; c) As autarquias locais, em relação à proteção de tais interesses nas áreas das respectivas circunscrições. 3 – Têm, ainda, legitimidade para assegurar a defesa de bens do Estado, das regiões autónomas e das autarquias locais afetados por ação ou omissão da Administração, os residentes na circunscrição em que se localize ou tenha localização o bem defendido. 4 – Têm igualmente legitimidade os órgãos que exerçam funções administrativas quando as pessoas coletivas nas quais eles se integram sejam titulares de direitos ou interesses legalmente protegidos, poderes, deveres ou sujeições que possam ser conformados pelas decisões que nesse âmbito forem ou possam ser tomadas, ou quando lhes caiba defender interesses difusos que possam ser beneficiados ou afetados por tais decisões. (PORTUGAL, 2015)

Veja-se que qualquer dos citados acima que se sentir prejudicado no seu direito à iniciativa ou participação no procedimento poderá ingressar via contencioso administrativo, com vista a defender os seus direitos individuais, difusos ou coletivos.

2 FASES DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO

Diogo Freitas do Amaral (2003) identifica as seguintes fases no procedimento para formulação do ato administrativo em Portugal, dispostas no novo Código no Capítulo II do seu Título II: inicial; instrução; audiência dos interessados; preparação da decisão; decisão; e, por fim, fase complementar.

A fase inicial para formação do ato administrativo está prevista nos artigos 102 a 114 do CPA, a ser desencadeada oficiosamente pela Administração Pública ou por particulares interessados (artigo 53). Ressalta-se que, tanto na fase inicial quanto nas demais fases, há a possibilidade de medidas provisórias em caso de haver legítimo receio de, na sua falta, constituir-se

uma situação de facto consumado ou se produzirem prejuízos de difícil reparação para os interesses públicos ou privados em presença, e desde que, uma vez ponderados esses interesses, os danos que resultariam da medida se não mostrem superiores aos que se pretendam evitar com a respetiva adoção (artigo 89, n. 1). (PORTUGAL, 2015)

A fase instrutória regula-se pelos artigos 115 a 120 do CPA, na qual são averiguados os fatos relevantes para a decisão final e produzidas as provas que se mostrarem necessárias. Nessa fase vigora o princípio do inquisitório (artigo 58), e é conduzida pelo órgão competente para a decisão final (artigo 55, n. 1). Nessa fase pode ser ouvido o particular cujo requerimento tenha dado origem ao procedimento ou contra quem este tenha sido instaurado (artigo 117, n. 1, e artigo 118, n. 1), “mas esta audiência não deve ser confundida com aquela a que necessariamente se terá de proceder na terceira fase do procedimento” (AMARAL, 2003, p. 315). Para Diogo Freitas do Amaral (2003, p. 315), “nesta fase, trata-se de uma diligência instrutória, na fase subsequente tratar-se-á do exercício do direito de participação ou de defesa”.

Por sua vez, a fase da audiência dos interessados, objeto do presente estudo, está regulada pelos artigos 121 a 124 do CPA, e é uma das mais importantes fases no procedimento administrativo, na qual se conjuga representação e participação dos interessados. Essa fase será melhor abordada a seguir.

Na sequência, na fase da preparação da decisão, o órgão decisor fará a ponderação dos interesses colidentes. Aqui, a Administração Pública vai analisar todos os argumentos presentes no debate e ponderá-los. Nos dizeres de Amaral,

primeiro, os funcionários competentes apresentarão as suas *informações burocráticas*; depois, os órgãos consultivos elaborarão os seus *pareceres*; o procedimento é então levado ao órgão singular competente *para despacho*, ou é inscrito na agenda da próxima reunião do órgão colegial competente *para deliberação*. O órgão decisório pode considerar insuficiente a instrução, ordenando novas diligências, e pode também solicitar novos pareceres. (AMARAL, 2003, p. 324)

Acaso as demais fases tenham sido conduzidas por outro órgão que não o órgão competente para a decisão final, este elaborará um relatório final de sua atuação, o qual fará um resumo do procedimento, com o pedido, os fatos e as provas, bem como proporá a decisão que entender justa ao caso (artigos 126). Após, o órgão com competência decisória editará o ato, o contrato ou o regulamento administrativo. E, por fim, Diogo Freitas do Amaral ainda distingue uma última etapa no procedimento administrativo, a fase complementar, na qual poderão ser praticados

actos e formalidades *posteriores à decisão final* do procedimento: registros, arquivamento de documentos, sujeição a controles internos ou a aprovação tutelar, visto do Tribunal de Contas, publicação no “Diário da República” ou noutro jornal oficial, publicação em jornais privados ou afixação “nos lugares do estilo”, notificação aos destinatários da decisão (quando necessária), etc. (AMARAL, 2003, p. 325-326)

Porém, apesar de o CPA prever o princípio da decisão, o qual vincula todos os órgãos ao dever de se pronunciarem sobre assuntos de sua competência, poderá haver uma decisão tácita da Administração Pública no procedimento, ou seja, quando mesmo solicitada a Administração nada faz acerca dos assuntos que é chamada a decidir. Nesses casos caberá ao cidadão recorrer ao contencioso administrativo, pela inércia ou silêncio da Administração, por violação a um direito subjetivo e ao princípio da legalidade, conforme artigo 129 do CPA (AMARAL, 2003, p. 326-336). Entretanto, Paulo Otero entende que as recentes alterações no recurso de anulação contra o indeferimento tácito da Administração Pública têm ocasionado um comportamento reiterado da Administração portuguesa em não se manifestar quando é solicitada, nem fazer a audiência pública e demais atos do procedimento, esperando a decisão jurisdicional que a condene à prática do ato devido. Transfere-se, assim, a avaliação decisória do caso concreto aos tribunais, o que, para o autor, engessa demais a atividade administrativa (OTERO, 2003, p. 1009-1010).

No próximo item será analisada com maior profundidade a etapa da audiência dos interessados, objeto do presente estudo.

3 A MARCHA DO PROCEDIMENTO: AUDIÊNCIA DOS INTERESSADOS

Na parte III do novo CPA, aborda-se o procedimento administrativo propriamente dito,

ou pode-se dizer a “marcha do procedimento” (AMARAL, 2003), que é iniciado oficiosamente ou a requerimento do interessado, conforme já analisado. Nessa parte percebe-se a preocupação do legislador em concretizar o princípio da colaboração entre Administração Pública e sociedade civil, bem como dá reais possibilidades de participação dos cidadãos na instrução e na discussão das questões a eles pertinentes (artigos 11 e 12).

Em especial quando se analisa o seu capítulo III e IV, envolvendo os artigos 77 a 85 do novo CPA, percebe-se a concretização do princípio constitucional da participação dos cidadãos nas decisões que lhes disserem respeito, o que no Código está clarividente com o direito à conferência procedimental, a qual contempla como uma de suas fases a audiência dos interessados antes de ser tomada a decisão final.

Assim, o CPA obriga à audiência dos interessados no procedimento administrativo de aprovação tanto de um ato administrativo, de um contrato administrativo ou de um regulamento, o que para muitos autores trata-se de um direito fundamental, podendo padecer o ato que a prescindir do vício da nulidade, nos termos do que é disposto agora pelo artigo 161, n. 2, alínea “d”. Nesse sentido são as conclusões de Vasco Pereira da Silva (2003).

A audiência pública prévia dos interessados é obrigatória sempre que a Administração se incline por uma decisão desfavorável aos interessados (artigo 124, n. 1, alínea “f”). Porém, o artigo 121 dispõe que, mesmo sem atender aos requisitos do artigo 124, tem os interessados o direito de serem ouvidos antes da tomada da decisão final.

Ela inicia com a notificação dos interessados para manifestarem seu entendimento a respeito da decisão administrativa a ser tomada. Nessa notificação, conforme artigo 122, n. 2 do CPA, deverá constar o sentido provável da decisão, acompanhado de fundamentação da Administração sobre sua escolha, e por que ela se inclinará para beneficiar este ou aquele ponto de vista. Trata-se, no dizer de Diogo Freitas do Amaral (2003), de uma formalidade importante a fim de que o particular possa, na audiência prévia, contra-argumentar eficazmente. Na audiência, os particulares formulam um juízo valorativo em suas declarações sobre a contenda, expondo os seus interesses de fato e de direito. A partir disso o decisor irá identificar o objeto do procedimento, bem como irá ponderar todos os argumentos e motivos apresentados pelos interessados em defesa de seus interesses.

Há duas modalidades de audiência pública, conforme o artigo 122, n. 1 do CPA: escrita e oral. Compete ao órgão responsável decidir entre uma ou outra. Em ambos os casos, por força do novo Código, os interessados devem ser notificados em um prazo não inferior a 10 dias. Na audiência oral, quando disponível e justificável, pode ser utilizado o recurso da teleconferência, como assegura o novo dispositivo. As alegações apresentadas oralmente serão lavradas em ata (artigo 123, n. 4).

Para Vasco Pereira da Silva, o direito à participação no procedimento administrativo é, por si só, um direito fundamental, vinculado ao princípio da dignidade humana, cuja revelia viciará o ato pela nulidade. Em uma fase de incremento da atividade administrativa pelo aumento das demandas estatais, o autor defende a necessária garantia da participação dos

interessados no procedimento como mecanismo potencializador do princípio da dignidade humana, a qual se dará a partir de duas perspectivas: a) perante o Estado-Administração, mediante a prestação dos direitos econômicos e sociais; b) em face do Estado-Administração, “através da consideração do indivíduo como sujeito de direito nas relações administrativas, titular de direitos substantivos e procedimentais” (SILVA, 2003, p. 430). Logo, o direito à participação dos cidadãos no procedimento administrativo surge “como o desenvolvimento do princípio da dignidade da pessoa humana num Estado pós-social de Direito ou, dito de outra maneira, como uma manifestação desse princípio nas relações jurídicas administrativas” (SILVA, 2003, p. 431). Assim, nas conclusões de Vasco Pereira da Silva, todas as decisões administrativas capazes de afetar direitos fundamentais devem ser formuladas a partir de um “procedimento participado”.

Os direitos fundamentais – já se disse – não devem ser entendidos como possuindo apenas um conteúdo substantivo, mas constituem igualmente garantias de procedimento. Sempre que uma decisão administrativa possa afectar um direito fundamental (o que sucede com grande frequência no domínio da actividade relacional da Administração), ela necessita, portanto, de ser tomada de acordo com um procedimento participado, no qual os privados sejam ouvidos e possam defender os seus direitos perante a Administração. Assim, a não audiência do particular interessado implicaria (ainda e) sempre a violação de um direito fundamental, que seria agora não o direito de audiência (admitindo sem conceder que ele não possui tal natureza), mas aqueloutro direito fundamental que fosse, em concreto, afectado por uma decisão administrativa (por exemplo, o direito de propriedade, o direito ao ambiente, o direito à saúde, etc.). (SILVA, 2003, p. 431)

Logo, o autor entende que a decisão administrativa que não respeitar a participação dos privados interessados no procedimento para a sua elaboração “viola o conteúdo essencial de um direito fundamental” (SILVA, 2003, p. 431). Deve, portanto, ser considerada nula, nos termos do artigo 161, n. 1, alínea “d”, do novo CPA. Não se trata de uma mera anulabilidade, mas sim de uma nulidade, por ausência de um requisito legal no procedimento de formação do ato administrativo, qual seja: a participação dos interessados. (SILVA, 2003, p. 430-431).

Porém, essa opinião não é uníssona na doutrina. Veja-se a opinião de Diogo Freitas do Amaral, que apesar de trabalhar com os dispositivos legais do antigo CPA não perde o nexo lógico com a realidade atual, visto que o novo CPA apenas enraizou tais convicções:

A falta de audiência prévia dos interessados, nos casos em que seja obrigatória por lei, constitui obviamente uma ilegalidade. Mais concretamente, traduz-se num *vício de forma*, por preterição de uma *formalidade essencial*. Tem-se discutido entre nós se a sanção cominada na lei para esta ilegalidade será a nulidade ou a anulabilidade do

acto final do procedimento. Como adiante melhor veremos, o vício será gerador de *nulidade* se o direito à audiência prévia for concebido como um direito fundamental (CPA, artigo 133, n. 2, alínea *d*); se não o for, a falta de audiência produzirá mera *anulabilidade* (CPA, artigo 135). Por nós, temos sustentado que é a segunda concepção que deve ser perfilhada, a exemplo do que a jurisprudência do Supremo Tribunal Administrativo sempre entendeu quanto à falta de audiência do argüido no procedimento disciplinar. Isto, fundamentalmente, porque consideramos o direito subjectivo público de audiência prévia dos interessados de grande importância no sistema de protecção dos particulares face à Administração Pública, mas não um direito incluído no elenco dos direitos fundamentais, que são os direitos mais directamente ligados à protecção da dignidade da pessoa humana. A jurisprudência do Supremo Tribunal Administrativo tem seguido esta orientação. (AMARAL, 2003, p. 323)

Por sua vez, para Pedro Machete, a audiência dos interessados não é um elemento da decisão administrativa, mas sim um pressuposto, um ato preparatório. Logo, para o autor,

a CRP não atribui aos cidadãos um direito fundamental de participação no procedimento administrativo. [...] limita-se a prever que a acção administrativa seja disciplinada em termos participativos de molde a contribuir para o aprofundamento da democracia participativa. Tal não significa, porém, que se possa excluir de plano a existência de direitos fundamentais de participação procedimental. [...] Por outro lado, supomos que mesmo por via do art. 16, n. 1 da CRP o direito em análise não logra impor-se como fundamental por lhe faltar a essencialidade da conexão com a dignidade da pessoa humana. [...] Os interesses tutelados pelo direito de ser ouvido tal como configurado no CPA – a contribuição para a determinação do interesse público concreto através do aumento de informação, factos e interesses, que a Administração é obrigada a considerar imediatamente antes de decidir – não parecem justificar, à luz da axiologia constitucional, esse juízo de fundamentalidade. A prática de um acto administrativo com preterição da audiência dos interessados não parece, na verdade, constituir, apenas por esse facto e com independência dos efeitos concretamente visados, uma negação da dignidade pessoal desses mesmos interessados. (MACHETE, 1996, p. 506-507; 516)

Entretanto, é importante salientar que Pedro Machete filia-se à doutrina italiana, que vê a participação dos privados no procedimento na perspectiva objetiva, ou seja, com vistas a obter informações capazes de otimizar a decisão administrativa e impedir a violação de direitos, em especial os sociais, a *contrario sensu* da doutrina alemã, a qual se filia Vasco Pereira da Silva e J. J. Canotilho (com a qual se concorda), favorável à perspectiva subjectiva, ou seja, de que a participação dos privados no procedimento é, por si só, um direito

fundamental, relacionado ao princípio da dignidade humana, além de também ser um mecanismo potencializador dos demais direitos fundamentais.

Assim, a nulidade se fundaria nos seguintes argumentos: a) o direito de audiência é um direito fundamental; b) a falta de audiência poderá afetar outros direitos fundamentais, os quais não foram devidamente ponderados no procedimento decisório tendo em vista a falta de participação dos cidadãos interessados e, portanto, prejudicados; c) pela consideração do direito de audiência do particular como uma formalidade obrigatória, um elemento essencial para edição de um ato administrativo (vide o artigo 161 do CPA); d) pela conjugação de todos os fatores citados.

Como bem observa Mário Esteves de Oliveira e outros,

o direito de audiência dos interessados no procedimento constitui uma concretização legislativa do direito de participação dos cidadãos na formação das decisões administrativas que lhes disserem respeito, consagrado no artigo 267, n. 4 da Constituição da República Portuguesa. (OLIVEIRA; GONÇALVES; AMORIM, 2007, p. 449)

A audiência pública possibilita à sociedade conhecer e participar das decisões administrativas, aumentando o controle social sobre a gestão pública. É por meio das audiências que o administrador presta informações ao público sobre os detalhes do regulamento, ato ou contrato administrativo que irá proferir, compartilhando o poder decisório com a sociedade civil. E, por sua vez, os cidadãos colaboram com seus conhecimentos, sua vivência e experiência na questão, confrontando pontos de vista divergentes e possibilitando assim a otimização da decisão administrativa. Consolida-se, por essa via de mão dupla, o princípio constitucional da participação.

Mas é necessário ressaltar que deveria haver maior abertura à sociedade civil das audiências públicas, bem como realizar uma ampla publicização, tanto nos meios oficiais como imprensa falada e escrita, do momento em que ocorrem as audiências públicas. Aumentar a divulgação das audiências, bem como definir horários que facilitem a participação de um maior número de pessoas. Possibilitar que todos aqueles interessados naquela decisão, mesmo que mediatamente, possam estar presentes e expressar suas opiniões e posições em face ao objeto da audiência. Ao prever apenas a notificação dos interessados, pode-se excluir pessoas e grupos sociais que também poderiam ter interesse e contribuir para a otimização daquela decisão, para os quais só restará ingressar no contencioso administrativo para pleitear seus direitos.

Acompanhando a reflexão de Vasco Pereira da Silva, possibilitar a participação dos privados no procedimento administrativo constitui um método de democratização da Administração Pública e de legitimação pela via procedimental, evoluindo-se de uma administração autoritária para uma administração “participada”. Para o autor, o incremento da participação

da cidadania na tomada de decisões administrativas caracteriza: a) uma forma de controle social capaz de se aliar aos controles tradicionais; b) uma maneira de limitar o poder administrativo; c) uma maior aceitação das decisões administrativas, diminuindo a conflituosidade que marca as relações entre a Administração Pública e os administrados; d) uma otimização da atuação dos gestores públicos, atendendo ao princípio da eficiência; e) a possibilidade de as autoridades administrativas ponderarem melhor os interesses de que são portadoras e as diferentes perspectivas possíveis de resolução dos problemas, aproximando o teor das decisões às necessidades da população; f) um relevante mecanismo de legitimação e democratização do atuar da Administração Pública (SILVA, 2003, p. 401-402). Trata-se, portanto, de otimizar a atuação administrativa com a participação dos cidadãos, atendendo, com isso, ao princípio da eficiência.

Além de tornar mais eficiente a Administração Pública, a participação dos cidadãos no procedimento administrativo passa a ser um mecanismo de legitimação do poder pela via procedimental (SILVA, 2003, p. 400). Nesse sentido, o autor ressalta uma característica fundamental da participação popular, já bem observada por Jürgen Habermas: a questão do consenso e da ponderação entre interesses divergentes. Para Habermas,

nos casos em que a administração decide, guiada apenas por pontos de vista da eficiência, convém buscar *filtros de legitimação*, os quais podem ser cedidos pelo direito procedimental. [...] Uma vez que a administração, ao implementar programas de leis abertos, não pode abster-se de lançar mão de argumentos normativos, ela tem que desenvolver-se através de formas de comunicação e procedimentos que satisfaçam às condições de legitimação do Estado de direito. (HABERMAS, 1997, p. 185)

Percebe-se que a participação dos cidadãos no procedimento administrativo permite a ponderação pelas autoridades dos interesses de que são portadores. Trata-se da otimização das decisões administrativas, em que se possibilita aos gestores uma noção mais real dos problemas e das diversas perspectivas de soluções, “como também torna as decisões administrativas mais facilmente aceites pelos seus destinatários. Pelo que a participação no procedimento constitui um importante factor de legitimação e de democraticidade de actuação da Administração Pública” (SILVA, 2003, p. 402). No entendimento de Diogo Freitas do Amaral,

[A] Administração já não tem apenas o dever de fundamentar os actos administrativos invocando as razões pelas quais considera que a lei e o interesse público justificam esta decisão; tem também que acrescentar à sua fundamentação as razões pelas quais não atende as alegações feitas pelo particular na audiência prévia. Só assim se garante seriedade e transparência ao procedimento administrativo: se a Constituição e a lei impõem que o particular seja ouvido antes da decisão, daí decorre logicamente que a Administração tem que ponderar seriamente as razões invocadas pelo particular

e a única forma de termos a garantia de que foram ponderadas seriamente as razões invocadas pelo particular é exigir que a Administração tenha de fundamentar por que motivos não as atendeu. (AMARAL, 1992, p. 36)

E na fundamentação da decisão deverão estar consignadas as razões que determinaram aquela decisão, bem como as justificativas na rejeição de argumentos. Trata-se de um importante fator para medir os princípios da proporcionalidade e da transparência administrativa, que para Rui Machete (1996, p. 504) são “dois objectivos caros ao princípio da participação procedimental dos interessados”. E continua,

Além disso e tendo presente que a valoração dos interesses adquiridos para o procedimento não consubstancia um juízo meramente cognoscitivo, antes está ordenada à ponderação, selecção e escolha dos interesses que devem prevalecer no caso concreto – sendo este o núcleo determinante da decisão –, deve o órgão competente para a decisão dar conta, na exteriorização das razões determinantes do acto que praticou, dos principais interesses que teve de considerar e dos motivos que o levaram, no caso concreto, a preferir uns em detrimento dos outros. Verifica-se, por conseguinte, um alargamento da fronteira da suficiência formal: as razões determinantes do acto devem explicar a necessidade de sacrifício de interesses dos particulares que estes tenham querido preservar, desde que os mesmos sejam atendíveis no círculo de interesses delimitado pela norma da competência exercida. Só desse modo pode um destinatário normal, colocado na situação concretamente decidida pelo acto a fundamentar, compreender as respectivas razões. Na medida referida, também nós entendemos que a consagração da audiência dos interessados no CPA pode determinar um reforço e uma ampliação ao dever de fundamentação. (MACHETE, 1996, p. 504)

Mediante a ponderação de valores e interesses confrontados na esfera pública não estatal, a própria cidadania, de maneira individual ou coletiva, determinará as melhores escolhas para se atingir o interesse público daquela comunidade, participando assim da instrução procedimental das políticas públicas a serem executadas pelo poder público. Ou seja, a gestão compartilhada entre instituições estatais e sociedade civil para a formulação das decisões administrativas torna-se um fator indispensável para a legitimidade do poder, revalorizando-se o procedimento enquanto instrumento de aquisição dos conhecimentos necessários à tomada das opções mais acertadas (SILVA, 2003, p. 568). E, nesse sentido, uma audiência aberta à população, amplamente divulgada nos meios de comunicação e em horários compatíveis às possibilidades do cidadão que trabalha participar, por certo aumentará o número de envolvidos na gestão daquela decisão administrativa. Ao ampliar seu âmbito de atuação, aqueles que participam do procedimento de tomada de decisão passam a se tornar coautores da lei ou política pública e, portanto, corresponsáveis pelo seu sucesso.

Diogo Freitas do Amaral, ao analisar a fase da audiência dos interessados no procedimento administrativo, afirma que a partir dela está se concretizando dois importantes princípios: o da colaboração da Administração com os particulares e o princípio da participação, dispostos nos artigos 11 e 12 do CPA. Tradicionalmente, o direito dos privados participarem da formação das decisões que lhes digam respeito sempre existiu nos procedimentos disciplinares, denominado direito de defesa, além de estar presente em outras leis especiais. Após sua inclusão constitucional, passou a ser exigido em todos os tipos de procedimento, em que o CPA construiu tal direito a partir da audiência prevista nos artigos 100 e 121 e seguintes, assim como a conferência procedimental e o amplo direito de informação previstos nos artigos 77 a 85. Para esse autor,

Trata-se de uma pequena revolução na nossa ordem jurídica. Na verdade, até aqui a Administração funcionava segundo o esquema tradicional “requerimento – informação dos serviços – decisão final”, pelo que na tramitação normal do procedimento administrativo (salvo nos processos sancionadores) não se incluía a fase da audiência dos interessados. Por outras palavras: não havia, na generalidade dos casos, qualquer participação dos particulares na formação das decisões que lhes dissessem respeito: as decisões, mesmo quando tomadas por iniciativa de particulares, eram formadas segundo um procedimento em que os interessados não eram ouvidos após a instrução e antes da decisão final. É fácil de imaginar os inconvenientes deste esquema tradicional, de uma *administração não participada*: o interessado nunca podia ter a certeza de que o seu pedido era convenientemente estudado ou de que as suas razões eram devidamente ponderadas; e a decisão final chegava sempre como uma total surpresa, podendo aliás consistir no indeferimento ou no deferimento parcial ou condicional do pedido formulado sem que o interessado tivesse sido ouvido sobre as intenções e os motivos da Administração. Agora, tendo a lei efectivamente consagrado o modelo de *administração participada* definido na Constituição, tudo passa a ser diferente: o interessado é associado ao órgão administrativo competente na tarefa de preparar a decisão final. E o antigo esquema trifásico “requerimento – informação dos serviços – decisão”, é substituído pelo novo esquema quadrifásico “requerimento – informação dos serviços – audiência do interessado – decisão”. (AMARAL, 2003, p. 316-318)

Dessa forma, a partir das conclusões de Vasco Pereira da Silva (2009a, p. 345) é possível constatar que a audiência pública no ordenamento jurídico-administrativo português é considerada, por si só, um ato administrativo e se configura em uma das etapas no procedimento administrativo, o qual é formado por diversos atos até a decisão final, e todos esses atos são impugnáveis individualmente pela via do contencioso administrativo.

Ora, uma vez que qualquer acto administrativo é suscetível de impugnação contenciosa, não em razão de particulares atributos substantivos, mas em resultado da verificação do pressuposto processual da lesão de direitos dos particulares, não há qualquer problema em admitir que uma medida administrativa produza simultaneamente efeitos externos e lesivos e efeitos internos de preparação de outras decisões, em cujo procedimento esteja inserida. Pois, perante um acto administrativo, a única coisa que é preciso saber é se ele afecta imediatamente, ou não, os direitos dos particulares, para nada interessando o facto dele ter sido praticado no início, no meio, ou no fim do procedimento administrativo. (SILVA, 2003, p. 701-702)

Assim, o controle social é realizado no decorrer da formação da decisão administrativa, como uma de suas etapas. Isso facilita as possibilidades de acerto e otimização da atividade pública, eis que a realiza em conjunto com os particulares e entidades da sociedade civil. Além disso, possibilita que aquele que se sentir prejudicado no procedimento de tomada da decisão possa ingressar perante contencioso administrativo antes mesmo de a decisão final ser tomada, com processos urgentes ou via tutela cautelar.

É o oposto do que ocorre em outros países como, por exemplo, o Brasil, em que a audiência pública não é considerada um ato administrativo isolado, mas sim como uma etapa no processo de formação de uma lei municipal ou de um ato administrativo (TOAZZA; SANTIN, 2013). Assim, a existência ou não da audiência pública, bem como os vícios na sua execução, têm dificuldades de ser atacados isoladamente perante o Poder Judiciário, como um ato administrativo considerado de maneira isolada. É o oposto da lógica europeia, e, por consequência, portuguesa, que têm na audiência um ato administrativo que faz parte de uma cadeia de atos que formam, unidos, o procedimento de tomada da decisão administrativa final.

Logo, há uma diferença nos regimes jurídicos da audiência pública no Brasil (considerada uma etapa no procedimento de elaboração da lei ou ato administrativo) e em Portugal (que é um ato administrativo dentro de uma cadeia de atos que formam o procedimento administrativo de elaboração de atos, regulamentos e contratos públicos).

Essa diferenciação de regimes obriga que no Brasil seja necessário atacar judicialmente o resultado da audiência pública ao final do procedimento, quando editada a decisão pública que exige a audiência pública no procedimento formal de sua elaboração. Pode ser, por exemplo, uma lei (Plano Diretor Municipal – ver Lei n. 10.257/2001, artigo 40, parágrafo 4) ou um ato administrativo (concessão de licença de um empreendimento urbano com grande magnitude e impacto ambiental – ver Resoluções do Conama n. 01/86, 09/87 e 237/97) (SANTIN, 2011).

Assim, no Brasil, os prejudicados irão atacar os vícios da audiência pública em uma via reflexa, a partir do ataque direto (via Ação Popular, Mandato de Segurança ou via Ação Civil Pública) à lei ou ao ato administrativo que exigia, no seu procedimento de elaboração,

o processo de audiência pública. Questiona-se a ilegalidade da audiência pública pela sua não realização, ou sua realização inadequada, bem como quando não estejam presentes os interessados, ou quando o forem em um percentual abaixo do representativo da população daquela municipalidade.

Isso dificulta muito o controle social e judicial da audiência pública e da participação dos cidadãos no procedimento de tomada das decisões administrativas, já que ele se dá, no Brasil, não de maneira direta, mas sim reflexa ou mediata. Diferentemente do que ocorre no direito português, em que todos os atos praticados no procedimento administrativo são considerados atos administrativos sucessivos, todos aptos a serem impugnados individualmente pela via do contencioso, mediante a tutela cautelar ou tutela de urgência.

Assim, a audiência pública no procedimento administrativo português é uma instância no procedimento, que é público, apesar de ter obrigatoriedade de notificação apenas dos interessados na decisão administrativa, o que pode reduzir o número de participantes. É uma de suas fases, que conta com a participação dos interessados, individual ou por meio de associações da sociedade civil. E, nesse contexto, não interessa se essa participação foi em menor ou maior número. A quantidade de participantes não põe em causa a decisão final, mas sim se houve a violação de direitos fundamentais dos diretamente prejudicados por aquela decisão. Assim, aqueles que não tiveram conhecimento e, em decorrência, não puderam participar do procedimento decisório, acaso tenham seus direitos e interesses violados, em especial o direito de participação, poderão ingressar via contencioso administrativo.

É, portanto, o oposto do que ocorre no Brasil, já que em Portugal a audiência é um ato administrativo dentro de um procedimento público permeado de vários atos sucessivos, que se encadeiam e geram efeitos jurídicos individualmente considerados, nos quais intervêm entes privados e públicos.

O procedimento deve contribuir tanto para a racionalidade administrativa quanto para a legitimação democrática do atuar administrativo. Permite a discussão pública, a fim de evitar erros do decisor, já que possui os cidadãos como fonte de informação, permitindo, no procedimento dialógico de tomada da decisão administrativa, conhecer alternativas e outros interesses. Permite a reflexão do decisor de todos esses interesses divergentes, bem como educa a população politicamente, com vistas a melhorar sua capacidade de raciocínio e de argumentação, bem como a viver em comunidade, partilhando seus problemas e interesses com outras pessoas, num procedimento dialógico. No entendimento de Juli Ponce Solé (2001, p. 123-125), o procedimento administrativo fomenta a existência de uma democracia deliberativa, aos moldes da teoria habermasiana, especialmente importante em sociedades complexas e plurais como a atual. Trata-se de um pluralismo com uma variedade de valores nem sempre conciliáveis, e que muitas vezes impedem a Administração de encontrar o interesse geral em instâncias distantes da sociedade. Deve encontrá-lo conhecendo e ponderando os interesses privados e públicos no qual o interesse público está composto, e nesse sentido a participação dos privados no procedimento administrativo é essencial.

4 DIMENSÕES DO PRINCÍPIO DA PARTICIPAÇÃO

Vasco Pereira da Silva reconhece dois tipos de participação dos cidadãos no procedimento de definição do ato administrativo português: o tipo objetivo e o tipo subjetivo. O primeiro caracteriza o mecanismo da intervenção dos privados na gestão pública como facilitador da otimização das decisões a serem tomadas pela Administração, no intuito de orientar o administrador sobre qual seria a decisão mais acertada. Já o tipo subjetivista “concebe a intervenção dos privados como um instrumento de defesa prévia das suas posições jurídicas perante a Administração” (SILVA, 2003, p. 404), uma espécie de antecipação de seus interesses no contencioso administrativo. No sentido objetivo filia-se a doutrina italiana mais recente; no sentido subjetivo filia-se a doutrina alemã.

J. J. Gomes Canotilho, dentre os dois tipos de participação dos cidadãos na gestão pública citados acima, dá maior relevo à dimensão subjetiva, dizendo que a participação por si só já é o exercício de um direito fundamental, com a função de proteger os demais direitos fundamentais (CANOTILHO, 1999, p. 1178-1183). Classifica o direito de participação como um direito subjetivo fundamental dos indivíduos decorrente do princípio democrático, com todos os efeitos daí decorrentes (CANOTILHO, 1999, p. 284).

Ressalte-se que ambos os autores falam do direito português, sendo que Vasco Pereira da Silva aponta que a verdadeira diferença entre a visão objetiva e a subjetiva é saber se a participação no procedimento é um “instrumento de boa administração ou de protecção jurídica subjectiva” (SILVA, 2003, p. 408). A perspectiva objetiva da participação no procedimento administrativo influencia diretamente no contencioso administrativo, pois ao dilatar o acesso ao procedimento a uma ampla gama de atores sociais, necessariamente haverá um aumento no número de sujeitos legitimados a recorrer contenciosamente das decisões administrativas, não se exigindo que a participação no procedimento administrativo seja um requisito procedimental para contestar em sede jurisdicional o ato em questão. Alarga-se, portanto, a legitimidade ativa para o contencioso administrativo (SILVA, 2003, p. 415).

Vasco Pereira da Silva, apesar de não se identificar totalmente com a corrente objetivista italiana, concorda que a legitimidade para participar no procedimento nem sempre coincide com a legitimidade para recorrer ao contencioso administrativo, e por isso deve-se ser sempre aberta a possibilidade de “recurso ao tribunal daqueles privados que, dotados de legitimação procedimental, foram impedidos de participar no procedimento”. De resto, a doutrina portuguesa filia-se à corrente subjetivista alemã,

onde se considera que a Administração tem o “dever de ponderação” de todos os interesses relevantes no procedimento. Dever, este, que obriga a Administração “a ponderar ‘ex ante’ a relevância dos interesses a seleccionar no material de ponderação, e a fazer com que o juiz possa controlar a ‘incompletude’ do próprio material”, que está na base da decisão, e cujo incumprimento leva a jurisprudência alemã a falar em “vício de ponderação inerente ao procedimento”. (COGNETTI *apud* SILVA, 2003, p. 416-417)

Logo, ao adotar esse posicionamento, não se coloca em causa a questão da legitimidade para ingressar no contencioso administrativo ou não, mas sim a “preterição de uma regra ‘formal’, que é a da necessidade da Administração ouvir todos os interessados numa decisão”. Assim, “aos direitos e deveres substantivos dos particulares perante a Administração acrescentam, naturalmente, os direitos e deveres de natureza procedimental” (SILVA, 2003, p. 417-419). Opta-se pela dimensão subjetiva e garantística, na qual a participação goza da natureza de um direito fundamental de titularidade dos cidadãos individual e coletivamente, mas afirma-se que a dimensão objetiva também é importante, quando se trata de alargar o aspecto da legitimidade ativa no contencioso administrativo.

No caso de inobservância do princípio da participação popular e dos dispositivos legais que o regulamentam, os autores reconhecem a existência de um “vício material” no ato administrativo, capaz de o invalidar, por não ter sido propiciada a escuta dos interessados naquela decisão e, portanto, não oportunizar “uma adequada ponderação de todos os interesses relevantes” (SILVA, 2003, p. 417). Conforme assinala J. J. Gomes Canotilho, vícios materiais do ato dizem respeito “ao conteúdo do acto, derivando do contraste existente entre os princípios incorporados no acto e as normas ou princípios da constituição” (CANOTILHO, 1999, p. 889). Esse posicionamento privilegia o aspecto subjetivo da participação popular. Nessa condição,

se um particular afectado por uma determinada decisão administrativa não tiver podido participar no procedimento, tal pode inquinar a validade do acto praticado, já que o desrespeito por parte da Administração do seu dever de ouvir todos os privados interessados pode pôr em causa a validade da decisão tomada. (SILVA, 2003, p. 417-425)

Já se fosse adotada posição contrária, ou seja, a visão objetiva da participação, a tendência italiana, no entender de Vasco Pereira da Silva (2003, p. 418), leva à conclusão de que o ato administrativo seria contaminado por vício de incompetência, pois tomado sem uma adequada representação e ponderação dos interesses em questão. Ao assumir tal posicionamento, colocam-se os particulares como órgãos integrantes do procedimento de definição do ato administrativo, equiparando a sua não participação ou sua participação deficiente como um vício de incompetência.

Em síntese, o autor salienta que a participação dos privados no procedimento administrativo português é um instituto que concretiza o direito fundamental à participação política, bem como possibilita o exercício dos demais direitos fundamentais, numa dimensão subjetiva. Entretanto, simultaneamente, o direito português também dá uma valoração importante à dimensão objetiva da participação, “enquanto instrumento democrático de formação da vontade administrativa”, com vistas a otimizar as decisões e, por consequência, tornar mais eficiente a gestão pública. Claro que sem entrar no exagero de transformar os privados em “funcionários putativos”, impregnando do vício da incompetência do

ato administrativo que não efetivar a adequada participação, como defendem os italianos: “o particular colabora com a Administração, mas não se confunde com ela; ele é um sujeito activo, titular de interesses próprios, e dos correspondentes direitos subjectivos, que faz valer através da sua intervenção no procedimento” (SILVA, 2003, p. 425). Trava-se, entre particulares e administração pública, verdadeiras “relações jurídicas procedimentais” capazes de permitir tanto a tutela subjetiva dos interesses privados, quanto a otimização da decisão administrativa, conforme bem expõe o artigo 8 do CPA (SILVA, 2003, p. 424-425).

Dessa forma, encontra-se consolidado na Administração Pública portuguesa o direito à participação dos privados no procedimento administrativo, tanto em uma dimensão subjetiva (principal) quanto numa dimensão objetiva (secundária). Todos os órgãos administrativos passaram a considerar a necessidade de ouvir os particulares, não havendo mais problemas quanto à exigência da audiência pública para a tomada da decisão final. Acaso esta não seja realizada, está pacificada na doutrina e na jurisprudência a existência de um vício formal e material na decisão administrativa, que poderá ser anulada pelos Tribunais Administrativos.

Porém, o grande problema que se apresenta hoje é a influência do decidido na audiência pública para a tomada da decisão final, um problema presente tanto em Portugal quanto no Brasil, já que em ambos países não se prevê o caráter deliberativo das audiências. O que ocorre muitas vezes é que a Administração Pública ouve os particulares, mas não considera seus argumentos. Trata-se, portanto, não de um problema formal, mas sim material. Um problema não de legalidade, mas sim de legitimidade da decisão jurídico-administrativa.

Essa postura está diretamente relacionada com os “problemas da infância difícil” por que passou o direito administrativo, com muita propriedade relatados por Vasco Pereira da Silva (2009b). Um direito de matriz autoritária, que impõe sua decisão aos particulares e tem dificuldades de se abrir a procedimentos democráticos.

Por certo a participação dos privados no procedimento é um mecanismo de otimização da decisão administrativa, que se abre para um maior número de pontos de vista, visando atingir o princípio da eficiência. Com a evolução social, as decisões se tornam cada vez mais complexas, necessitando o gestor público estar bem informado sobre a realidade pela qual precisa administrar. E nesse ponto nada melhor do que ouvir os afetados por aquela decisão, diretamente interessados na sua otimização.

O interesse público não é um dado adquirido, é uma realidade a construir dialeticamente, mediante um juízo de ponderação e análise de todos os argumentos apresentados, unindo dialeticamente a sociedade civil com a sociedade política. Não corresponde apenas ao que o gestor público pensa, mas deve resultar da participação de todos os interessados no discurso, a fim de compor a melhor solução possível. Ele constrói-se procedimentalmente, da participação de todos os cidadãos com interesses divergentes.

Logo, a melhor decisão é aquela que é construída perante o caso concreto, com a audiência dos particulares e interessados. Porém, essa participação não pode ser meramente formal, apenas para cumprir um requisito no procedimento de edição do ato, regulamento ou

contrato administrativo. A administração pública deve ponderar os interesses que estão em jogo para construir uma decisão mais justa conforme o caso concreto, sob pena de violar o interesse público e o direito fundamental à participação. Trata-se de um exercício que exige a colaboração responsável tanto da Administração Pública quanto dos cidadãos, com vista a atingir da melhor forma possível o bem comum, em uma “via de mão dupla”. Nas palavras de Pedro Machete, “o direito de ser ouvido implica, para ser eficaz, saber comunicar; e o dever de ouvir, por seu lado, pode implicar capacidade de persuasão e exige sempre disponibilidade para pensar por alternativas” (MACHETE, 1996, p. 532-533). Assim, a lógica da participação e da administração dialética são realidades que se impõem a ambas, sociedade civil e sociedade política, tanto em Portugal quanto no Brasil, sob pena dessa decisão ser questionada via contencioso administrativo (em Portugal) ou via judiciário (no Brasil), com todas as implicações daí decorrentes.

CONCLUSÃO

Atualmente, quase a totalidade dos países mundiais se afirma democrática. Entretanto, o ideal democrático é uma construção histórica e uma luta diária, pois não basta apenas dizer-se democrático, é preciso fazer-se democrático. Como afirma Giovanni Sartori (1997), o indivíduo, ao tentar definir a democracia, pode não se dar por satisfeito com esse conhecimento herdado, mas sim a partir dele construir algo novo. Aprender com o passado com olhos para o futuro, a fim de se buscar não o que a democracia foi, mas o que ela pode e deve ser. É isso que visou o presente artigo.

É impossível à democracia prescindir da representação, ante a magnitude dos Estados contemporâneos, totalmente diferentes das *polis* gregas. As eleições são fundamentais para a democracia, como um procedimento instrumental da expressão da confiança popular em seus representantes. Mas não absorvem a plenitude democrática, que deve ser mantida viva durante toda a gestão pública do eleito. Assim, para efetivar realmente a democracia é preciso que o povo imponha limites e controle efetivos do poder, podendo impugnar sua atuação pelo caráter crítico, aberto e dialógico que devem possuir as sociedades democráticas (SANTIN, 2011).

Uma sociedade democrática é aquela que realiza práticas democráticas, aceitando a pluralidade e o multiculturalismo de seu povo. Capaz de aceitar ideias contrárias às suas, ver o conflito como benéfico porque dinamiza, impede a acomodações e favorece a melhora das instituições, negando as formas absolutas, plenas e completas de verdades. Reconhecer no conflito o caráter de elemento constitutivo da vida, da política e do saber, a fim de evoluir e alcançar o novo. Assim, para a efetivação do princípio da participação, norte fundamental do novo código administrativo português, é preciso a colaboração de dois fatores: vontade política e interesse dos administrados em participar das decisões que afetam a todos.

Com relação ao primeiro fator, não há dúvidas de que o direito de participar está plenamente positivado no procedimento administrativo, assim como seu poder de contestá-las pela via do contencioso. Entretanto, de nada adianta leis e códigos democráticos se eles não passam apenas de um “papel”, sem se inserir nas práticas políticas da sociedade política e da sociedade civil. Os gestores públicos precisam estimular e facilitar a participação dos cidadãos nas audiências públicas, tanto individual quanto coletivamente. Aumentar os meios de divulgação dos momentos em que as audiências públicas ocorrem, englobando tanto meios oficiais como jornais de circulação local e regional, assim como rádio e televisão. Da mesma forma, é preciso agendar os momentos de audiência pública em datas e horários compatíveis com a participação do maior número possível de pessoas, evitando-se aqueles em que a maioria costuma trabalhar. Por fim, necessário se faz o uso de uma linguagem clara e transparente, capaz de se fazer entender por todos, independentemente do grau de escolaridade.

Por sua vez, a população deve assumir-se como sujeito ativo desse processo. Não se contentar apenas em ser espectador para ser agente de mudança do local onde vive, coautor e corresponsável pelas decisões político-administrativas. Ou seja, trata-se de uma “via de mão dupla”, a ser trilhada tanto pela sociedade civil quanto pela sociedade política.

O Código do Procedimento Administrativo português aponta o caminho para a democratização das decisões públicas, bem como fornece as ferramentas formais para contestá-las, acaso não observem seus ditames. Mas é preciso interesse tanto dos gestores públicos quanto dos cidadãos em cobrar a efetivação da legislação. Viabilizar, com a participação da sociedade civil, uma administração capaz de traduzir em ações os interesses públicos, a fim de que o princípio da participação seja um norte inviolável por parte do administrador público.

Trata-se não só de cumprir a legislação, mas também de otimizar as decisões administrativas, as quais passam a contar com uma multiplicidade de participantes, nos mais diversos interesses, e caberá ao poder público, a partir dessas informações, reduzir o aspecto de discricionariedade relativa à realização do interesse público.

NOTA DE AGRADECIMENTO

Este artigo faz parte do relatório de Pós-Doutoramento na Universidade de Lisboa, conforme auxílio pós-doutorado CAPES processo n. 5199.09.3, para a qual aqui se agradece pela viabilização da pesquisa.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Diogo Freitas do. O Novo Código do Procedimento Administrativo. In: *Código do Procedimento Administrativo: seminário promovido pelo Secretariado para Modernização Administrativa*. Faculdade de Direito de Lisboa e Instituto Nacional de Administração. Lisboa: INA, 1992.

_____. *Curso de Direito Administrativo*. Coimbra: Almedina, 2003. v. II.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

GARCIA, Maria da Glória Dias. Os serviços administrativos municipais em questão: é possível uma organização administrativa municipal inovadora? In: OLIVEIRA, António Cândido de. *Problemas actuais da Administração Municipal: actas do 8º Colóquio Luso-Espanhol de Direito Administrativo*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

GOMES, Carla Amado. O direito à Informação Ambiental: velho direito, novo regime. In: _____. *Textos dispersos de Direito do Ambiente (e matérias relacionadas)*. Lisboa: AAFDL, 2008. v. II.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 2.

MACHETE, Pedro. *A audiência dos interessados no Procedimento Administrativo*. 2. ed. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1996.

MARQUES, Maria da Conceição da Costa. Alguns Aspectos da Gestão Pública na Administração Central em Portugal. Valência, 2000. Disponível em: <<http://www.observatorio-iberoamericano.org/paises/spain/art%C3%ADculos%20diversos%20sobre%20contabilidad%20de%20gesti%C3%B3n/I%20Encuentro%20Iberoamericano%20Cont.%20Gesti%C3%B3n/Proyecciones%20Sectoriales/MariaCCosta.pdf>>. Acesso em: 14 fev. 2011.

OLIVEIRA, Mário Esteves de; GONÇALVES, Pedro Costa; AMORIM, J. Pacheco de. *Código do Procedimento Administrativo comentado*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2007.

OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2003.

PORTUGAL. Decreto-Lei n. 4/2015, de 7 de janeiro. Código de Procedimento Administrativo. Lisboa, 2015. Disponível em: <[http://www.cm-almodovar.pt/data/menus/servicos/DAF/Legislacao/dl_4_2015\(jan_2015\).pdf](http://www.cm-almodovar.pt/data/menus/servicos/DAF/Legislacao/dl_4_2015(jan_2015).pdf)>. Acesso em: 14 jul. 2016.

SANTIN, Janaína Rigo. Princípio da Participação: uma análise a partir do ordenamento jurídico brasileiro. *Revista de Direito Público*, ano III, n. 5, p. 59-105, jan.-jun. 2011.

SARTORI, Giovanni. *Teoría de la democracia: 2. Los problemas clásicos*. Trad. Santiago Sánchez González. Madrid: Alianza, 1997.

SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. *Em busca do acto administrativo perdido*. Coimbra: Almedina, 2003.

_____. *O contencioso administrativo no divã da psicanálise: ensaio sobre acções no novo processo administrativo*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009a.

_____. “A Caminho!”: nova viagem pela Europa do Direito Administrativo. In: SILVA, Vasco Pereira da; SARLET, Ingo Wolfgang (Coords.). *Portugal, Brasil e o mundo do Direito*. Coimbra: Almedina, 2009b.

SOLÉ, Juli Ponce. *Deber de buena Administración y Derecho al Procedimiento Administrativo Debido: las bases constitucionales del procedimiento administrativo y del ejercicio de la discrecionalidad*. Valladolid: Lex Nova, 2001.

TOAZZA, Vinícius Francisco; SANTIN, Janaína Rigo. Princípio da participação, consensualismo e audiências públicas. *A & C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, ano 13, n. 54, p. 207-231, out./dez. 2013.

Janaína Rigo Santin

PÓS-DOCTORA EM DIREITO PELA UNIVERSIDADE DE LISBOA, BOLSISTA CAPES. DOUTORA EM DIREITO PELA UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ. MESTRE EM DIREITO PELA UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA. PROFESSORA DO MESTRADO EM DIREITO E NO DOUTORADO EM HISTÓRIA DA UNIVERSIDADE DE PASSO FUNDO. PROFESSORA DA UNIVERSIDADE DE CAXIAS DO SUL. PROFESSORA CONVIDADA DO MESTRADO EM GOVERNAÇÃO E GESTÃO PÚBLICA DA UNIVERSIDADE AGOSTINHO NETO.

janainars@upf.br