

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE
MINAS GERAIS
DISSERTAÇÃO DE MESTRADO**

PROF^a. ORIENTADORA: DR^a. VANESSA OLIVEIRA BATISTA

**PROCESSO ADMINISTRATIVO NO
ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

Sergio Caetano de Resende

Mestrando em Direito Processual

BELO HORIZONTE, JUNHO DE 2001

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	04
CAPÍTULO 1 – MARCOS TEÓRICOS	07
1.1 – Estado	07
1.2 - Crises do Estado	11
1.3 - Administração Pública no Estado Democrático de Direito	19
1.4 – Processo e procedimento – Teorias do processo	33
1.5 – Leis do processo administrativo	39
1.6 – Processo administrativo no Brasil	43
CAPÍTULO 2 – PRINCÍPIOS DO PROCESSO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO	
2.1 – Princípios jurídicos	48
2.2 - Princípios gerais da Administração Pública	49
2.3 – Isonomia processual	53
2.4 – Devido processo legal administrativo	58
2.5 – Contraditório administrativo	63
2.6 – Ampla defesa administrativa	68
2.7 - Direito de petição	69
2.8 – Competência	71
CAPÍTULO 3 – ELEMENTOS DO PROCESSO ADMINISTRATIVO FEDERAL BRASILEIRO	
3.1 – Ação administrativa	73

3.2 – Ato Administrativo	
3.2.1 – Complexidade	79
3.2.2 – Legitimidade	84
3.2.3 – Elementos constitutivos essenciais	87
3.3 – Sujeitos do processo administrativo	95
3.3.1 – Dos sujeitos da Administração Pública	98
3.3.1.1 – Órgãos públicos	103
3.3.1.2 – Agentes públicos	106
3.3.2 – Dos interessados litigantes	113
3.4 – Nulidades	114
3.5 – Finalidades	116
3.6 – Recurso e pedido de reconsideração	119
CAPÍTULO 4 - CONCLUSÃO	121
BIBLIOGRAFIA	124

INTRODUÇÃO

O inciso LIV do artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, de 05.10.1988 – CF/88 -, garante que as pessoas só podem ser privadas da liberdade ou da propriedade por ato decorrente do devido processo legal. No mesmo artigo, o inciso LV estende aos litigantes, em processo administrativo, os direitos ao contraditório e à ampla defesa, historicamente privativos da ação judicial. Como somente o Estado tem o poder de privar alguém da liberdade ou dos seus bens, esses direitos individuais limitam a atuação estatal. Com a consagração dessas garantias constitucionais, nestes casos, o procedimento administrativo brasileiro obtém uma nova dimensão, a de processo administrativo.

Nas situações em que ameaçar ou restringir a liberdade de qualquer pessoa, ou a sua propriedade, a atuação da Administração Pública somente poderá ser democrática, participativa e lícita, se o seu ato resultar do devido processo legal, observando-se o contraditório e a ampla defesa. Nesses casos, a existência dessas garantias alcança efeitos que ultrapassam aqueles possíveis com o controle interno ou externo da legalidade. O controle do ato administrativo é de fundamental importância para garantir o Estado de Direito. Mas tanto o controle de legalidade realizado via ação administrativa, quanto aquele realizado via ação judicial, de imediato, visam ao desfazimento do ato administrativo. O Estado Democrático de Direito se constitui por institutos mais amplos que a legalidade. Mais que controlar as atividades da Administração Pública, o exercício combinado dos direitos e garantias fundamentais lhe dá uma estrutura cooperativa, em que a providência final resulta da colaboração equânime dos litigantes com a autoridade administrativa. Essa estrutura dialética propicia a elaboração

de uma melhor providência administrativa para uma determinada situação, com maior aderência ao ordenamento jurídico e à justiça.

A extensão dos direitos processuais ao procedimento administrativo desafia os estudiosos do Direito Constitucional, do Direito Administrativo e, principalmente, do Direito Processual. Como bem disse Meirelles, “a verdade é que, entre nós, o processo administrativo não tem merecido os estudos teóricos necessários à sua compreensão doutrinária e à sua sistematização metodológica que, naturalmente, informaria a legislação e aprimoraria os julgamentos internos da Administração.”¹

Basicamente, as três maiores dificuldades em realizar esses direitos processuais na esfera administrativa são: a não-formação jurídica dos sujeitos da ação administrativa, o que dificulta a interpretação e aplicação do Direito; a inadequação direta dos princípios gerais do Direito, das regras do Direito Processual e da Teoria Geral do Processo; e a dificuldade do estudo dessa adequação decorrente da complexidade do ato administrativo, que tem natureza jurídica muito diferente daquela do ato judicial.

A escassez de obras sobre o tema, a extrema dificuldade em realizar o Processo Administrativo e o seu grande potencial em democratizar e legitimar a Administração Pública Brasileira serviram de motivação para a escolha do tema dessa dissertação de mestrado.

O objetivo básico que se pretende neste trabalho é desenvolver um estudo sobre a maneira de aplicar o princípio do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa no Processo Administrativo. Sua

¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 22ª ed. Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho (atual.). São Paulo: Malheiros, 1997. P. 592.

importância mediata se revela com os resultados que provavelmente advirão de tal aplicação, que contribuirão para tornar a atividade administrativa pública mais legítima, mais participativa, mais justa, mais aceita e de melhor qualidade. Digo provavelmente porque este estudo está voltado para os comandos de disciplina da judicção e do procedimento em contraditório como estrutura e instrumento jurídico de exame e debate do Direito, o que não é suficiente para garantir a realização do aspecto substantivo do Direito, isto é, a legalidade do ato administrativo.

A importância imediata deste trabalho é dar subsídio jurídico-processual às autoridades ou agentes administrativos e aos administrados litigantes, seja em contestação, querela ou disputa, sujeitos da formação de qualquer ato administrativo capaz de atingir a liberdade ou o patrimônio de uma pessoa natural ou jurídica.

O Direito Processual Administrativo é uma disciplina nova no Brasil, com legislação infraconstitucional geral recente, ainda carente de atenção por parte dos doutrinadores pátrios. Assim, estudaremos a Administração Pública no Estado Democrático de Direito; os princípios constitucionais gerais e específicos que informam o processo administrativo brasileiro; a complexidade, a legitimidade, os sujeitos e os elementos condicionadores do ato administrativo; e o processo administrativo federal brasileiro. Ainda, estudaremos alguns aspectos da nova Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que regulamenta o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, de forma esparsa, à medida que os diversos assuntos forem sendo desenvolvidos neste trabalho.

CAPÍTULO 1 – MARCOS TEÓRICOS

O Estado está em crise e continua a atuar sob o pálio da ordem autocrática anterior. A Administração Pública tem papel de destaque nessa crise por ter função executiva e, principalmente, porque as autoridades administrativas têm simplificado as situações de regulamentação e aplicação do Direito, ignorando os direitos das pessoas afetadas, típico dos paradigmas constitucionais anteriores. Como a Administração Pública deverá proceder para regulamentar e aplicar a lei e, principalmente, para decidir a lide administrativa de um determinado caso concreto, de forma consistentemente fundamentada e justa, garantindo a certeza do Direito à luz do Estado Democrático de Direito, se definindo pelos conteúdos dos princípios da ampla defesa, contraditório e devido processo legal?

1.1 – Estado

O conceito de Estado nos conduz à conceituação de Administração Pública. O Estado é uma organização jurídico-política. Política porque tem o dever de satisfazer às necessidades coletivas. Jurídica porque se submete ao Direito, no Estado Constitucional. Esta organização pressupõe a unificação de Estado (coercibilidade) e Direito (legitimação). Considerando a soberania como o poder ilimitado de auto-limitação, à soberania dos Estados corresponde a soberania de seus ordenamentos jurídicos, sob o moderno Estado Constitucional. Direito e política são condicionados pela Constituição ao exercerem a sua competência. Isto é, com a criação da Constituição formal no final do século XVIII, o Estado adquire legitimidade operacional e o Direito obrigatoriedade coercitiva. Para MAGALHÃES, “através do discurso da soberania é possibilitada a

articulação entre os sistemas jurídico e político, o que, na modernidade, nos trouxe a idéia de Estado de Direito e, portanto, de um poder político juridicamente controlável.”² Porém, o conceito de soberania, aplicado ao Estado de Direito, vem sendo rediscutido devido ao processo de globalização. Num esquema de inclusão internacional, os Estados renunciam à sua soberania clássica, para se submeterem a uma nova ordem comunitária. Assim a soberania já não pode cumprir o papel histórico de ser elemento essencial do conceito de Estado, pois já não é compatível com as novas formas de organização política comunitária. O processo de globalização e os blocos econômicos, controlados por grandes organizações internacionais com força econômica, seja financeira, industrial ou tecnológica, criaram verdadeiros “governos privados,” palavras de CANOTILHO³, sem equivalência com os sistemas de “constitucionalismo que se consagram na trilogia: direitos, liberdades e garantias; legitimação do poder político e legitimidade do exercício do próprio poder político.”

O conceito de soberania já não é essencial no discurso moderno acerca da política e do direito. A soberania ainda tem uma posição central, mas como uma instância de legitimação que prescinde do soberano, fundadora de uma cidadania que prescinde dos cidadãos, mas é resultado da comunicação: uma soberania sem soberanos. Assim, para uma análise sistêmica, o sistema jurídico oferta ao poder político uma legitimação especificamente jurídica, e o sistema político disponibiliza para o Direito a coercibilidade própria da esfera política, articulando-se, na modernidade, sob a forma do chamado Estado de Direito.

² MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander. *O paradoxo da Soberania Popular: O Reentrar da Exclusão na Inclusão*. Revista Dir. Comparado. V. 2 N° 2. UFMG, março/1998. P. 362.

³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *A globalização cria governos privados*. Jornal do Advogado. OAB/MG. Junho/2001. P. 12.

A legitimidade do poder político tem reflexo direto na real coercibilidade do Direito, sendo sua condição de validade. O aspecto mais objetivo dessa coercibilidade para o poder político, como fator essencial de sua legitimação, é o efetivo cumprimento da determinação constitucional de aplicação dos princípios e regras processuais à Administração Pública. Daí a necessidade de uma maior compreensão de qual é a construção do ato administrativo mais adequada constitucionalmente.

O Estado é pessoa jurídica de direito público (art. 14, inc. I, do CC), juridicamente organizado e obediente às suas próprias leis. O Estado, entendido como todos os seus órgãos e entidades, em nível federal, estadual e municipal, deve organizar-se e conduzir-se segundo a vontade livre do seu povo, fonte única de poder, manifestada indiretamente na lei ou, diretamente, nas formas constitucionais, e deve fazer cumprir as suas providências inclusive pela força, na forma e intensidade necessária. Apesar de ser um termo constitucional, a designação de poderes para as divisões da União é inadequada porque a única fonte de poder é o povo, que outorga competência aos órgãos públicos. A Constituição determina competência, que é função e não poder, centrada no povo (parágrafo único do art. 1º da CF/88), e onde há função não há lugar para autonomia da vontade nem para a busca de interesses pessoais. Os legisladores, os administradores e os juízes exercem funções porque não são titulares do poder, mas seus executores por direito concedido.

As funções do Estado são, precipuamente, exercidas pelo Órgão Legislativo, pelo Judiciário e pela Administração Pública, independentes e harmônicos entre si (CF/88, art. 2º). A função precípua do Órgão Legislativo é a elaboração da lei. A função precípua da Administração Pública é a conversão da lei em ato individual e concreto. A função

precípua do Judiciário é a aplicação coativa da lei aos litigantes em processo jurisdicional. Referimo-nos à função precípua de cada Órgão do Estado porque, embora sejam independentes entre si, não é possível a exclusividade de função, uma vez que todos os Órgãos do Estado têm necessidade de praticar atos complementares, e próprios, aos precípuos e de mesma natureza dos outros. Devido à independência constitucional, os órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário da União desempenham as atividades administrativas que lhe são próprias e, nesses casos, também estão sujeitos aos preceitos da Lei 9784/84 (art. 1º, §2º).

O Estado é organizado pela CF/88, em seus art. 1º e 2º, determinando-se a sua divisão política, a origem e a divisão do poder.⁴ Complementando as disposições constitucionais que moldam a organização política do Estado, a legislação complementar e a ordinária estabelecem a organização administrativa das entidades estatais, de suas autarquias e entidades paraestatais instituídas para a execução desconcentrada e descentralizada de serviços públicos e outras atividades de interesse coletivo. A Federação Brasileira compreende a União, os Estados Federados, o Distrito Federal e os Municípios. Estes também são entidades estatais, com autonomia política reconhecida pela CF/88 (art. 18), embora em menor grau que a dos Estados Federados (art. 25). Essa outorga constitucional de autonomia política aos Municípios é uma peculiaridade da Federação Brasileira. As entidades estatais, ou seja, entidades com autonomia política (além da administrativa e financeira), são unicamente a União, os Estados Federados, os Municípios e o Distrito Federal. As

⁴ A CF/88 assim organizou o Estado Brasileiro: “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta

demais pessoas jurídicas instituídas ou autorizadas a se constituírem por lei ou são autarquias, ou são fundações, ou são entidades paraestatais. Esse conjunto de entidades estatais, autárquicas, fundacionais e paraestatais constitui a Administração Pública em sentido instrumental amplo, ou seja, a Administração centralizada e a descentralizada, também denominada direta.

Nos termos do art. 4º, I, do Decreto-lei 200, de 25.02.67, Administração direta é a que se constitui dos serviços integrados na estrutura administrativa da Presidência da República e dos Ministérios. Administração indireta é a que compreende as seguintes categorias de entidades dotadas de personalidade jurídica própria: autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações públicas.

1.2 – Crises do Estado

O final do século XX é marcado por grandes mudanças nas estruturas públicas, devido à crise incontestável dos paradigmas que orientavam a estruturação dos Estados nacionais contemporâneos. Depois dos três grandes momentos do século - como as grandes guerras mundiais, a crise de 1929, o fascismo, os anos dourados das décadas de 50 e 60, caracterizados por expansão econômica do capitalismo e por profundas mudanças sociais, os sistemas institucionais da política e da economia ortodoxa adotados, principalmente nos anos 80, mostraram-se inadequados. No último período, ficaram marcantes as transformações estatais minimalistas, tendo lugar comum as expressões como Estado Mínimo, desestatização, desregulação, privatização, mercado e competitividade.

Constituição. Art. 2º, CF/88: São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.” Esta palavra “poder” tem o sentido de função.

Essas expressões têm o sentido comum de minimização da atividade pública, tida como um mal necessário.

Nos Estados menos desenvolvidos, esse discurso da desestatização ocorreu na década de 90, com defasagem temporal, marca das antigas colônias, marcadamente orientadas pelas realidades metropolitanas. A formação dos Estados modernos teve uma lógica econômica. As transformações do Estado e da economia resultam de relações de causa e efeito entre si, devido à natureza dessa articulação: o poder político, ou aparelho de Estado, moldado pelos imperativos da evolução da economia, demanda sucessivos mecanismos para manter sua autoridade. O Estado deve desenvolver um processo de inclusão para que todos os cidadãos possam estar no mundo globalizado, com conhecimento e meios de participação suficientes para responderem em tempo real às situações de seu interesse.

O estudo sobre a eficiência do Estado tem fundamentado as teses de redução do seu tamanho, como reforma. Os enfoques têm sido a busca de um melhor desempenho, que envolve decisões e técnicas administrativas, e a revisão do papel e das funções do Poder Público. A crise do Estado está ligada diretamente à crise de paradigmas, com impasses na área fiscal e operacional. Também é certa “a perda de legitimidade social do modo de intervenção estadista”.⁵ Então, a crise é das relações entre o Estado e a sociedade. Dentre as várias explicações para o fenômeno da crise do Estado, uma é a crise do *Welfare State* (WS), isto é, o tamanho ou peso tributário da crise do Estado Providência. Por sua vez, a crise do WS decorre da mudança na política econômica internacional, que repercute

⁵ BURSZTYN, Marcel. *Introdução à Crítica da Razão Desestatizante*. Revista de Dir. Púb., n° 29, jan.-mar. 1998, p. 151.

negativamente no contrato entre o capital e o trabalho organizado, e da sua incompatibilidade com a economia de mercado, a longo prazo. Ainda, o desemprego e o trabalho informal, próprios do pós-industrialismo, concorrem para inviabilizar o WS, pois quebram a relação securitária entre a população ativa e a inativa. Também nesse sentido, a diminuição da taxa de natalidade e o aumento da vida média das pessoas têm aumentado a pressão sobre os trabalhadores ativos. Nos países como o Brasil, a crise do WS tem natureza diversa. Mesmo regulamentando o mercado e as relações de trabalho, mesmo instituindo um sistema previdenciário e o seguro-desemprego, a abrangência do WS nunca foi universalizada. Uma grande parte da população não recebe qualquer tipo de serviço público, o que reduz o grau de expectativa em relação ao Estado, diminuindo a sua legitimidade. Ao invés do saturamento e envelhecimento da fórmula do WS dos países desenvolvidos, no Brasil houve uma atrofia precoce de seu desenvolvimento.

BRESSER PEREIRA⁶ retrata o neoliberalismo ao fazer várias assertivas, como a de que a crise do Estado é causa, e não efeito, da crise econômica; que a crise do Estado decorreu da perda de sua capacidade em coordenar o sistema econômico de forma complementar ao mercado; que fracassou a tentativa de se criar no Brasil um Estado de Bem-Estar que se aproximasse dos moldes social-democratas europeus; que houve crise da forma burocrática de administrar um Estado, que não chegou a ser plenamente instalada no Brasil. Entretanto o Estado não pode se limitar a garantir a manutenção do poder econômico de poucos para complementar o mercado. O Estado deve garantir a segurança dos cidadãos, a igualdade de oportunidades de trabalho e de empreendimentos, a preservação do meio

⁶ BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. *Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial*. Rio de Janeiro. FGV, 1998, p. 239.

ambiente, a universalização do acesso à educação, à saúde, à educação, à moradia e à participação direta nas atividades administrativas, além de garantir a liberdade de expressão, partidária e de comunicação, depois de erradicar a pobreza, o desemprego e a corrupção.

A crise da administração pública burocrática no Brasil começou no regime militar e permanece até hoje. As principais causas são o patrimonialismo e o despreparo dos servidores públicos no sentido de cumprir a lei e servir à causa pública, ao invés de servir aos senhores detentores de competência temporária. Uma administração burocrática profissional requer reforma das carreiras, treinamento incentivado e um processo sistemático de abertura de concursos públicos para a alta administração. Ao invés de consolidar uma burocracia profissional, optou-se por contratar administradores através de suas empresas estatais. A crise da Administração Pública decorre, principalmente, da falta de legitimação perante as demandas da cidadania.

No final dos anos 60, com o Decreto-lei nº 200, de 1967, o Brasil fez uma reforma gerencial da Administração Pública, nos moldes da administração pública gerencial implantada em países desenvolvidos como Reino Unido, Nova Zelândia, Austrália e Estados Unidos, principalmente. O Decreto-lei transferiu produção de bens e serviços para autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista, descentralizando para ser mais eficiente. Os princípios de racionalidade administrativa eram o planejamento, o orçamento, a descentralização e o controle de resultados. Os objetivos principais eram maior eficiência nas atividades econômicas do Estado, fortalecer a aliança política entre o Estado e a classe empresarial. Essa reforma não foi satisfatória, principalmente, sob dois aspectos: não proibiu a contratação de

empregados sem concurso público, possibilitando a continuação da principal causa das práticas patrimonialistas e fisiológicas, e não reformou a administração direta, mantendo a livre contratação e não criando uma carreira especial para a alta administração. Assim, essa reforma não modificou o sistema autoritário e ilegítimo.

Considerando que um dos papéis do Estado é regular as relações entre os diferentes agentes do sistema econômico-social, o modo como o neoliberalismo vem pregando a hegemonia do mercado sobre o Estado, na regulação dos sistemas econômico-sociais, representa uma revolução, que consiste em assumir o controle do Estado para mudá-lo a favor dos que detêm o poder econômico. Sob a aparência de desmantelamento do Estado, a revolução neoliberal busca a sua conquista, para viabilizar a mediação entre os atores sociais pelo mercado; onde o econômico substitua o social; onde a concorrência substitua a cooperação. Fundamentando-se em conferência proferida pelo Presidente da República, em 1996, BRESSER PEREIRA⁷ afirmou que, antes da globalização, os Estados podiam ter como um de seus objetivos fundamentais proteger as respectivas economias da competição internacional, mas, depois da globalização, o novo papel do Estado passou a ser o de facilitar a transformação da economia nacional em internacionalmente competitiva. Nessa situação, um corpo burocrático profissional⁸ e neutro, formado por servidores públicos, deveria dominar racionalmente as instituições públicas, para exercer efetivamente o poder legítimo de decidir. Sob o paradigma do Estado Democrático de Direito, a teoria neoliberal descrita somente seria aceitável se a transformação da economia nacional, pela Administração Pública, fosse centrada na

⁷ BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. Ob. cit. P. 237.

⁸ A burocracia profissional se refere a uma atividade administrativa gerencial condizente com critérios e rotinas legítimos, promulgados, e compatível com os princípios da celeridade e da segurança jurídica.

universalização de um ensino de qualidade, no investimento maciço em pesquisa, na valorização da mão de obra, na tributação condizente com a dos países concorrentes e na elaboração de decisões administrativas com ampla participação das pessoas interessadas.

O processo de desmantelamento das instituições públicas é acompanhado do sucateamento dos seus recursos humanos, operando-se uma perda de eficiência e de credibilidade no papel do Estado em cumprir suas funções. Entretanto, é preciso mais organização e regulamentação para assegurar mais liberdade a um grupo maior de pessoas.

Por exemplo, a privatização de empresas que prestavam serviço público nem sempre resultou em aumento da eficiência social. A rentabilidade, quase sempre, se sobrepõe ao caráter público do serviço, natureza que não muda conforme o prestador. O princípio da universalização do atendimento também tem sido substituído pelo conceito de cliente, como objeto da busca de satisfação, ocasionando uma exclusão social devido ao fato de que grande parte dos usuários não constitui o chamado mercado. O Estado tem grande capacidade de alavancar, de promover e de mediar mudanças na busca de fins coletivos, desde que essa capacidade seja bem utilizada. Principalmente nos países pobres como o Brasil, em que as estruturas de mercado são frágeis, devido à pobreza de ampla camada da população, o mercado não atende às necessidades básicas cujos investimentos são de maior risco e retorno lento.

Nos países menos desenvolvidos, com sociedades complexas mas frágeis sob o ponto de vista político-institucional, o mercado tem mostrado fortes limitações em assumir o papel de regulador das forças sociais e econômicas. Considerando que “o cenário, para essa virada de século,

parece ser muito mais o de busca de um novo modo de atuação estatal do que a continuidade do seu desmantelamento,” BURSZTYN⁹ sugere alguns princípios norteadores da reforma do Estado. Primeiro, implementar a reforma agrária, despatrimonializar o Estado, universalizar de fato a educação e as oportunidades sociais, inverter o processo de exclusão social: enfim, estender a cidadania a toda a população. Segundo, estabelecer regras claras e duradouras: sem casuísmos de dirigentes transitórios que, geralmente, obedecem muito mais à lógica patrimonialista e ao clientelismo político do que a critérios de competência técnica. Terceiro, o Estado é perene, enquanto os governos são temporários e têm a missão de gerir e assegurar o bom funcionamento do Estado, ao invés de desmantelá-lo. Quarto, os servidores são funcionários do Estado e não dos governos: os ditados “manda quem pode e obedece quem tem juízo” e “o chefe sempre tem razão” não podem ser aplicados automaticamente no serviço público. Antes de tudo, os servidores devem propugnar pela legalidade, razoabilidade e bom desempenho das instituições públicas.

A crise do Estado exige mudança nas suas relações com a sociedade, de forma que existam participação e controle social direto e parceria. Para BRESSER PEREIRA, a partir de 1995, busca-se reformar a estrutura do Estado Brasileiro, com enfoque fiscal e administrativo. O ajuste fiscal se baseia na exoneração de servidor por excesso de quadros, teto remuneratório, e aumento de tempo de serviço e idade mínima para aposentadoria com tempo mínimo de serviço público e com aposentadoria proporcional à contribuição. Assim a reforma fiscal ficaria restrita ao corte nos gastos com a folha salarial, como se a despesa com os servidores fosse a única causa das crises do Estado. Deveria haver corte na folha de pessoal

⁹ BURSZTYN, Marcel. Ob. cit. P. 159.

de forma localizada e racional, eliminando os excessos e os privilégios ilegítimos e não da forma apresentada. O maior capital do Estado é o humano, seus servidores. Por isso, a reforma do Estado deveria passar por uma boa remuneração aos servidores públicos, por amplos investimentos em treinamento e por novos métodos de trabalho em que se busquem a eficiência, a legitimidade e o pleno atendimento do bem comum.

Para aumentar a eficiência da administração, busca-se fortalecer a administração direta, chamado núcleo estratégico do Estado, e descentralizar a administração com a implantação de agências autônomas e de organizações sociais controladas por contratos de gestão. Dentro desse sistema, busca-se expandir a esfera pública não-estatal, almejando ampliar o caráter democrático e participativo, ensejando um processo co-gestionário que combina democracia direta com representação política. Seria transformar os serviços não-exclusivos de Estado em propriedade pública não-estatal e declará-los uma organização social, de direito privado. Sobre a administração pública burocrática, procura-se implantar uma administração pública gerencial, preservando-se alguns institutos e criando outros, como permitir a recompensa do mérito pessoal e dar espaço para a criatividade e iniciativa do administrador público para administrar seus recursos humanos. Em suma, apesar de a cultura política no Brasil sempre ter sido mais autoritária do que democrática, a reforma que está sendo praticada, para BRESSER PEREIRA, visa a “promover a transição de uma administração pública burocrática, lenta e ineficiente, para uma administração pública gerencial, descentralizada, eficiente, voltada para o atendimento dos cidadãos.”¹⁰ Para não ser apenas discurso, o “atendimento dos cidadãos” deverá ser entendido como a realização de atos

¹⁰ BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. Ob. cit. P. 267.

administrativos no devido processo legal, com todas as suas condicionantes, que tenha perfeita aderência ao ordenamento jurídico, que seja razoável, eficiente e proporcional. Enfim, que o ato administrativo seja a melhor solução para uma determinada situação jurídico-administrativa, condizente com o Estado democrático de Direito.

1.3 – Administração Pública no Estado Democrático de Direito

A Constituição Federal de 1988 definiu que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito. Para entendermos os pressupostos que informam a postura da Administração Pública constitucionalmente adequada ao paradigma do Estado Democrático de Direito, vamos marcar, primeiro, o que é paradigma. Para CARVALHO NETO,¹¹ a noção de paradigma apresenta um duplo aspecto:

“por um lado, possibilita explicar o desenvolvimento científico como um processo que se verifica mediante rupturas, através da tematização e explicitação de aspectos centrais dos grandes esquemas gerais de pré-compreensões e visões-de-mundo, consubstanciados no pano de fundo naturalizado de silêncio assentado na gramática das práticas sociais, que a um só tempo tornam possível a linguagem, a comunicação, e limitam ou condicionam o nosso agir e a nossa percepção de nós mesmos e do mundo. Por outro, permitem que se apresentem essas grades seletivas gerais pressupostas nas visões-de-mundo prevalentes e tendencialmente hegemônicas em determinadas sociedades por certos períodos de tempo e em contextos determinados.”

Para melhor compreendermos o novo paradigma positivado na CF/88, empreenderemos uma reconstrução dos três grandes paradigmas de Direito e organizações políticas da modernidade: o do Estado de Direito, o

¹¹ CARVALHO NETTO, Menelick de. *Requisitos Pragmáticos da Interpretação Jurídica sob o Paradigma do Estado Democrático de Direito*. Revista de Direito Comparado. FDUFG: mai/1999. P. 476.

do Estado Social ou do Estado do Bem-Estar Social e o do Estado Democrático de Direito.

Antes do período moderno, na Antigüidade e na Idade Média, o Direito e a organização política se fundamentavam em regras transcendentemente justificadas de religião, direito, moral, tradição e costumes. O Direito era visto como algo devido às pessoas em razão do local de seu nascimento e da sua posição social. A justiça se realizava pela sabedoria e sensibilidade do seu aplicador em realizar a equidade aristotélica, que consistia em reconhecer e reproduzir as diferenças e desigualdades sociais, consagradoras de regras concretas e individuais, e não gerais e abstratas válidas para todos.

Com o enfraquecimento do feudalismo pela força do capital e o aumento dos indivíduos livres e possessivos que participavam do mercado, pelo menos com a força de seu trabalho; com o desenvolvimento das práticas de investigação policial; com a substituição da cosmologia feudal pela isonômica estrutura matemática do universo na física de Galileu; com a luta por liberdade de confissão religiosa e com a distinção entre Direito, religião, moral e ética social, houve um processo de mudança de paradigma. A tradição é posta como corrupção histórica, devendo ser alterada por regras racionalmente elaboradas pelos homens, sujeitos de sua história, inaugurando o Estado Nacional, organização política que deveria impor essas novas leis a todos. O direito deixa de ser uma coisa devida à manutenção da hierarquia social da sociedade de castas, para se transformar no Direito, que impõe as idéias abstratas do jusracionalismo, como a da liberdade de fazer tudo que não for proibido, a da liberdade de ter (não só de ser), e a idéia de igualdade de todos diante da lei.

Com o movimento constitucionalista implanta-se o Estado de Direito, para impor essas idéias e dar-lhes curso. O Direito passa a ser um sistema normativo de regras gerais e abstratas válidas para todas as pessoas. O Direito Público deveria assegurar essas idéias com leis, às quais também estaria submetido o Estado. Mas não passava de uma convenção, porque a sociedade política era formada pela melhor sociedade, isto é, o exercício do direito de voto e de candidatura só cabia a quem tivesse renda mínima. O Direito Privado correspondia ao direito à vida, à liberdade, à igualdade e à propriedade privada. Os interesses gerais eram guardados pela sociedade política, formada por aqueles cultural e economicamente bem aquinhoados, o que provocou um grande fosso em relação à sociedade civil.

No Estado de Direito, pela razão prática de que haveria maior liberdade se houvesse o mínimo de leis gerais e abstratas, uma vez que liberdade era fazer tudo que não fosse proibido, buscou-se o espaço naturalizado para o desenvolvimento máximo das propriedades privadas, desconsiderando totalmente as diferenças materiais das pessoas. O Direito estabelecia limites negativos, delimitando os espaços de liberdade dos indivíduos. Enfim, o paradigma do Estado de Direito limitava o Estado à legalidade. Com leis aprovadas pelos representantes da melhor sociedade, formou-se o Estado mínimo, restrito à segurança e à aplicação da lei. A ordem jurídica liberal clássica é assim formada com o livre jogo de vontade dos atores sociais individualizados, vedada a organização coletiva, com regras gerais e abstratas negativas, conhecidas como os direitos individuais de primeira geração.

Essa ordem liberal, a liberdade e igualdade abstratas, e a propriedade privada, no Estado mínimo, causaram o maior acúmulo de capital e a maior

exploração do homem pelo homem registrada na era moderna. Esse contexto gerou as idéias socialistas, comunistas e anarquistas, expressas em movimentos coletivos de massa em busca de direitos coletivos e sociais como, principalmente, o direito de greve, de livre organização sindical e partidária, de ter um salário mínimo comum fixado, de jornada máxima de trabalho, de seguridade e previdência social, de acesso à saúde, à educação e ao lazer.¹²

No Estado de Direito, a atividade judicial se restringia a aplicar a lei de forma mecânica, em que, prioritariamente, o fato lhe era adaptado. As atividades da Administração Pública eram rigorosamente restritas aos exatos termos da lei.

Após a Primeira Guerra Mundial, com a nova sociedade de massas surge o novo paradigma constitucional do Estado Social, ou Estado do Bem-Estar Social. Nessa época, a ordem liberal clássica cede às novas formas de organização política, como o socialismo (União Soviética/1918), a social democracia (Alemanha/1919 e Áustria/1920), até o nazismo e o fascismo, configurando o Estado Social. Além da materialização dos direitos coletivos e sociais, chamados de direitos de segunda geração, os direitos de primeira geração são redefinidos: a liberdade pressupõe as leis sociais e coletivas, que reconhecem as diferenças materiais, privilegiando o lado mais fraco da relação jurídica; a propriedade privada deixa de ser absoluta e passa a ter função social; todo o Direito é público por imposição de um Estado posto acima da sociedade. Para absorver toda a coisa pública em si, o Estado procura prestar todos os serviços decorrentes dos direitos

¹² CARVALHO NETO, Menelick de. Ob. cit. P. 479 e segs.

de segunda geração, como a saúde, a educação e a previdência, além de dirigir, financiar e produzir o desenvolvimento econômico.

Devido ao paradigma do Estado Social, o campo de atuação do Estado é extremamente ampliado, para atender às suas novas finalidades econômicas e sociais, e o Direito, positivado, torna-se mais complexo. Essas condições exigiram uma nova hermenêutica jurídica, em que o sentido da lei adquire vontade objetiva própria, condizente com o atendimento das finalidades sociais assumido pelo Estado. A Administração Pública, como executora das atividades econômicas e sociais do Estado, praticamente sobrepuja as restrições legais, com fulcro no interesse público e na finalidade social.

Após a Segunda Guerra Mundial, o modelo do Estado Social começa a ser questionado, principalmente pelos abusos da Administração Pública atinentes aos campos de concentração, às explosões de bombas atômicas, à exclusão do mercado e dos serviços públicos de grande parcela da sociedade, aos privilégios de determinados segmentos sociais e à maneira arbitrária de aplicar e regulamentar a lei.

A partir de 1970, a crise do Estado Social se agrava de forma insuperável. Várias são as novas situações determinantes, como o movimento *hippie* pela paz e liberdade de ser e comunicar; a crise de energia; o aumento da demanda por serviços e seguridade estatais; a crise econômica devido à competitividade internacional e ao grande déficit público (aumento da dívida pública, corte do financiamento externo, alto custo do assistencialismo, baixa poupança interna, exaurimento da capacidade contributiva do setor privado, má gestão empresarial pública). O desenvolvimento tecnológico vertiginoso da eletrônica nesse período,

somado à massificação da comunicação, provocou uma revolução cultural inclusiva extra-acadêmica. O Estado autoritário e arbitrário sofre uma rejeição enorme por toda a sociedade, principalmente quando deixa de censurar e controlar os veículos de difusão sonora, impressa e televisiva, com a maior consciência das pessoas sobre a realidade dos fatos.

As pessoas se tornam mais bem informadas e conscientes da necessidade de preservação e uso racional do meio ambiente, da falta de proteção ao consumidor de bens e serviços, e da urgência em proteger as crianças e os adolescentes. Daí surgem os chamados interesses ou direitos difusos, que seriam os de terceira geração. A crise econômica, a injustiça social, a arbitrariedade, e o abuso e desvio de poder pela Administração Pública criam um impasse entre o setor público e o setor privado. Novos movimentos de massa, com motivação política e trabalhista, mobilizam toda a sociedade.

Além dos novos direitos de terceira geração, os direitos de primeira e segunda geração são rediscutidos e ganham novos significados. Com uma conotação processual, os direitos à vida, à liberdade, à igualdade e à propriedade privada têm uma nova dimensão como direitos à participação no debate público que informa e conforma o enfoque democrático de um novo paradigma constitucional do Estado Democrático de Direito e consagra o Direito participativo, pluralista e aberto.¹³

No Estado Democrático de Direito positivado na CF/88, a moderna doutrina constitucional nacional, representada por seus teóricos centrais como Carvalho Neto, Oliveira Baracho, Cattoni de Oliveira e Gonçalves, ressalta uma grande e significativa transformação na hermenêutica jurídica

¹³ CARVALHO NETO, Menelick de. Ob. cit. P. 481.

que integrava cada um dos paradigmas anteriores. A postura do aplicador do Direito, seja na ação judicial ou na ação administrativa, se tornou mais complexa, pois requer que ele tome

*“... decisões que, ao retrabalharem construtivamente os princípios e regras constitutivos do Direito vigente, satisfaçam, a um só tempo, a exigência de dar curso e reforçar a crença tanto na legalidade, entendida como segurança jurídica, como certeza do Direito, quanto no sentimento de justiça realizada, que deflui da adequabilidade da decisão às particularidades do caso concreto.”*¹⁴

No Estado Democrático de Direito, é fundamental que aquele que decide tenha pleno conhecimento do fato concreto e das regras e princípios jurídicos pertinentes, para que encontre a norma adequada a produzir justiça naquela situação específica. A norma adequada deve ser entendida como a decisão legítima e justa, interlocutória ou terminativa, proferida por autoridade processante competente, em ação administrativa ou judicial, para uma determinada situação jurídica. O senso de razoabilidade e de proporcionalidade deve informar o discurso executivo de aplicação, diante da concorrência com o discurso de justificação legislativa, regido pela exigência de universalidade e abstração.

Assim, sob o paradigma do Estado Democrático de Direito, o concretizador do ordenamento jurídico somente poderá atuar mediante a reconstrução do fato jurídico profundamente marcado pelo ponto de vista de todos os sujeitos da ação administrativa, desenvolvida sob o devido processo legal, garantidos o contraditório e a ampla defesa. Isto é, não basta que o ato administrativo seja consistente com o Direito vigente, para se fazer justiça é necessário que a autoridade pública se ponha no lugar de cada um dos litigantes, vendo a situação de todos os ângulos possíveis, para escolher a única norma adequada à situação única apresentada. Por isso, a

¹⁴ CARVALHO NETO, Menelick de. Ob. cit. P. 482.

imparcialidade de quem decide está relacionada à sua capacidade de considerar todas as versões do fato e todos os fundamentos de Direito juntados ao processo pelos litigantes, que serão afetados pelo provimento.

No Estado Democrático de Direito, além das razões e do modo pelos quais a autoridade produz uma decisão, interessa ao Direito uma reflexão sobre qual princípio rege aquela determinada situação, considerando que os princípios contrários estão sempre em conflito, como o princípio da reserva legal e o da decisão mais justa.

A racionalidade da decisão está em aplicar o Direito consistentemente, no devido processo legal, no sentido de garantir a certeza do Direito e da sua justiça. Assim, com CATTONI DE OLIVEIRA:

*“por um lado, o princípio da certeza requer decisões que podem ser consistentemente tomadas no quadro do Direito vigente; por outro, a pretensão de legitimidade da ordem jurídico-democrática requer decisões consistentes não apenas com o tratamento anterior de casos análogos e com o sistema de normas vigentes, mas pressupõe igualmente que sejam racionalmente fundadas nos fatos da questão, de tal modo que os cidadãos possam aceitá-las como decisões racionais”.*¹⁵

Na aplicação da lei ao caso concreto, deve haver adequabilidade, isto é, a providência final deve retratar o fato e as suas circunstâncias de tal modo que traduza perfeita aderência ao ordenamento jurídico. Assim, o princípio da igualdade não revela uma visão de igualdade mecânica, sem exceções. Mas, combinado com o princípio do devido processo legal,

¹⁵ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Prestação Jurisdicional e Estado Democrático*. Revista Brasileira de Estudos Políticos. N° 85. UFMG: jul/1997. P. 105.

revela-se no sentido de que circunstâncias excepcionais são admitidas, quando compatíveis com o paradigma constitucional vigente.

O Direito deve ser entendido como algo devido e não como um bem. O Direito não pode ser negociado como se pode fazer com bens e interesses, enquanto valores, que visam ao que é bom e melhor. Como princípio ou regra, as normas visam ao que é devido. Sob o paradigma do Estado Democrático de Direito, a tensão interna entre a pretensão de legitimidade e a positividade do Direito é resolvida no processo correto e consistente, que garanta a devida racionalidade procedimental e a reflexividade, própria desse Estado. A escolha da norma, válida e possível, aplicável a uma determinada situação jurídica, decorre da sua reconstrução condicionada e garantida pelo devido processo legal.

A democracia é uma forma de governo em que o poder indireto é exercido pelo povo e o direto por seus representantes, sob o império da lei, com legitimidade. A democracia não pode ter o aspecto estereotipado de poder do povo sobre o povo, porque poder é uma relação em que uma pessoa exerce o controle sobre outra e não sobre si mesma. O Estado burocrático e as dificuldades da realidade enfraqueceram a idéia de democracia nos anos 60, deixando o desencanto com o mundo e o negativismo como herança. Esses sentimentos instalaram-se na sociedade, marcadamente em relação à atividade política, causando uma grande desvalorização da função governista.

Dentre outras explicações para a rejeição política, SARTORI cita o negativismo, a televisão e, principalmente, a corrupção. O negativismo e o desencanto com o mundo real decorrem da sensação de impotência para reagir e mudar as situações graves e erradas. A corrupção corrompe

somente a política democrática, e não qualquer política, como aquela em que se entende que ganhar muito dinheiro com a política pode não ser corrupção. Como aquela citada por SARTORI: “de um lado temos políticos e servidores públicos corrompidos para fazer ou deixar de fazer certas coisas, de outro, políticos que extorquem dinheiro para custear sua carreira política e que, nesse processo, roubam também para seu proveito pessoal.”¹⁶

A política suja do dinheiro sujo é explicada, principalmente, pelo declínio da ética no serviço público, pela abundância de dinheiro e pelo alto custo da atividade política. O Estado administra preços, crédito, produtos, serviços, etc., quase sempre por autorizações, licenças, regulamentação e fiscalização, que geram muitas oportunidades de suborno e extorsão. Atualmente, a corrupção política está sendo mais exposta; o que tem causado um grande ressentimento popular. Uma democracia precisa depurar-se da corrupção, para que os agentes políticos não sejam objeto de desconfiança. O desencanto e a desilusão conduzem à apatia, à não-participação, à não-democracia. Entretanto, nos Estados Democráticos, a rejeição política é ativa, participante e exigente. Como a apatia facilita a vida do corrupto, o cidadão ativo, exigente e participativo, pode torná-la mais difícil. Porém, apesar da necessidade de se fazer, permanentemente, a limpeza da política, ela deve ser feita de forma ordenada, segura e legal, porque o desagrado com os partidos e a má fama dos políticos e agentes públicos, inevitavelmente, têm reflexos sobre as instituições que os abrigam.

¹⁶ SARTORI, Giovanni. *Engenharia Constitucional*. Trad. Sérgio Bath. Brasília: Ed. UNB, 1996. P. 160.

A partir da década de 60 do século passado, houve uma verdadeira revolução nos meios de comunicação, em especial aquela provocada pela mídia televisiva. O poder da televisão vai além da esfera política, pois a sua comunicação está mudando a forma de ser das pessoas. A televisão está transformando as pessoas, de uma mente modelada por construções mentais abstratas, capaz de ler e abstrair, compreender mais do que ver, para uma mente modelada com imagens mal explicadas, que ela não pode compreender. As pessoas acatam as sugestões da televisão, ou se submetem a elas, sem qualquer reflexão. Cientes dessa situação, os políticos estão, cada vez mais, decidindo em conformidade com o que aparece no vídeo, vale dizer, de acordo com o que é sugerido pela mídia. O serviço da mídia é positivo quando diverte, instrui e informa os desvios ou abusos de direito, mas é negativo quando informa, sem substância, só a aparência dos fatos, dolosa ou culposamente, de forma desordenada, superficial, insegura e, muitas vezes, ilícita. As redes de televisão mais assistidas não são empresas públicas, têm finalidade de lucro, visam ao furo de reportagem, ao maior índice de audiência e à atração de anunciantes. Nesse estado de campanha diária, e não de quatro em quatro anos, a televisão se tornou frívola e populista. A televisão tem o poder efetivo de mobilizar as pessoas, mas em condições de informação diminuída e empobrecida. Entretanto, percebe-se que as empresas de comunicação têm procurado investigar mais os fatos e seus fundamentos, antes de divulgá-los, aprofundando mais as notícias e se preservando de responsabilidade por ato ilícito.

Em geral, os meios de comunicação têm contribuído positivamente na busca de soluções para as crises do Estado. O Judiciário, o Legislativo, o Ministério Público e os Tribunais de Contas são eficientes mas não têm sido eficazes no combate à corrupção, à roubalheira, à impunidade, ao abuso e ao excesso de poderes dos Órgãos Públicos, uma vez que não têm

atendido às expectativas do povo, que continua ressentido, negativo, apático e desiludido. Por isso, é necessário que haja uma maior participação popular nas atividades do Estado. Para isso, as pessoas precisam de uma instituição jurídica eficiente, democrática, ordenada, segura e legal. Essa instituição jurídica é o devido processo legal administrativo, em que a pessoa interessada participa em simétrica paridade com o órgão do Estado, com amplas possibilidades de defender seus direitos ou interesses, construindo o ato administrativo regulamentar ou executivo, que cria, extingue ou modifica direitos relativos à liberdade e ao patrimônio, com todas as condicionantes e garantias do Direito Processual.

No Estado Democrático de Direito, o controle direto da licitude do ato administrativo cabe ao administrado, via processo administrativo, ou aos órgãos do próprio Estado, via revogação ou anulação administrativa. Ao Judiciário cabe o controle indireto de licitude¹⁷, via ação judicial, fora do âmbito interno da Administração Pública. O Direito administrativo é um direito comum do administrado em face da Administração Pública, é fundamental a busca de eficientes meios de participação das pessoas interessadas no exercício da Função Executiva. Assim, é importante a pesquisa de institutos e técnicas jurídicas que aperfeiçoem a ação administrativa. Por possibilitar que as pessoas interessadas busquem seus direitos e defendam seus interesses, o exercício do devido processo legal, e não de mero procedimento, enseja mudanças profundas nas atividades da Administração Pública. Impondo ao ato administrativo as condicionantes do Direito Processual, muitos vícios de finalidade, próprios do Estado Autoritário, como o arbítrio, o desvio ou o abuso de poder, e a prevalência

¹⁷ Licitude, e não apenas legalidade, porque já não prevalece a insindicabilidade do mérito administrativo, regulado pelos princípios da eficiência, razoabilidade e proporcionalidade, como será demonstrado.

da vontade pessoal da autoridade pública, são controlados diretamente, no nascedouro, por quem tem interesse de agir.

No devido processo legal, o poder discricionário deixa de ser um manto da imoralidade, um disfarce do abuso, uma desculpa para a ineficiência, uma base para a demagogia, para ser uma competência discricionária, limitada pelos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Essa nova ordem jurídico-administrativa, do Direito Processual Administrativo, permite uma maior efetividade no controle da legalidade do ato administrativo, uma vez que acontece na sua própria formação. Ainda, resulta em maior legitimidade da providência administrativa, devido a sua maior aceitação pelos participantes, como decisões racionais. A Administração Pública, condizente com o Estado Democrático de Direito, tem a sua mais forte expressão na existência do processo administrativo, quando a sociedade organizada e as pessoas interessadas podem co-executar a função dos Órgãos Públicos.

O devido processo legal administrativo é elemento constitutivo de todos os atos administrativos que afetam a liberdade de as pessoas exercerem os seus direitos, ou que afetam o seu patrimônio, sob pena de nulidade, uma vez que a Constituição da República foi promulgada em 05 de outubro de 1988 e, nos termos do §1º do seu artigo 5º, os direitos e as garantias fundamentais têm aplicação imediata. Entretanto, na prática, os citados preceitos constitucionais ainda não foram totalmente implementados. Os motivos para a continuidade da produção de atos administrativos com vício de forma e finalidade são muitos, como o despreparo das autoridades; o aumento de custo; a certeza de impunidade e validade do ato administrativo pela autoridade, devido à dificuldade de realizar o seu controle via Judiciário; a falta de publicidade das situações

administrativas; a descrença das pessoas na existência de autoridades democráticas e, principalmente, a falta de interesse dos Órgãos Públicos em democratizar a sua ação, pela limitação de espaço e tempo de atuação.

O Estado não age por si mesmo, mas por seus agentes e, infelizmente, como uma face da natureza humana, o homem tende a adquirir poder para si mesmo e não para o bem comum. Para atenuar essa tendência, Montesquieu elaborou o sistema de separação das funções estatais, buscando facilitar o controle do uso do poder estatal. Entretanto, essa estrutura não foi suficiente para impedir as autoridades públicas de usarem o poder para beneficiar a si mesmas, de agir como donos da coisa pública, de fazer como têm vontade, sem legitimidade. Citando Georges Ripert, Ives Gandra¹⁸ concluiu que “a grande crise mundial do direito, através da história, não é senão a crise do exercício do poder a partir dos objetivos distorcidos daqueles que o empalmam”. Muitas autoridades públicas têm buscado o bem do Estado e o atendimento de seus próprios interesses, às custas da comunidade, quando produzem ou aplicam o Direito.

O sistema presidencialista brasileiro ainda apresenta fortes características do Estado de Direito, porque o chefe do Executivo legisla por medidas provisórias sem o sistema de freios e contra pesos, característico do sistema parlamentarista, em que o presidente não legisla mas tem o direito de veto aos decretos-leis editados pelo primeiro ministro. Apesar de a CF/88 prever a separação dos “poderes” do Estado, isso nunca existiu porque sempre haverá uma interdependência entre eles. No contexto atual, há de se reconhecer que a vida moderna exige domínio técnico das

¹⁸ RIPERT, Georges. *Lê déclin du droit*, LGDJ, 1949, P.33 *apud* BASTOS, Celso Ribeiro. Et MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 36.

informações e capacidade de respostas em tempo real. Isso provoca um certo deslocamento das funções típicas do Estado de Direito para o Executivo. Tal deslocamento é agravado pela inadaptação dos parlamentares “que não conseguiram alcançar uma funcionalidade política capaz de lhes permitir exercer a sua função primordial, a legislativa, e a função de controle do governo.”¹⁹ Sob o Estado Democrático de Direito, é no devido processo administrativo, com a participação de todos os interessados, e nos órgãos legislativos, pelos parlamentares, que devem ocorrer os confrontos das diferenças e dos projetos políticos, bem como os confrontos dos interesses legítimos; e não no silêncio do Executivo.

1.4 – Processo e procedimento - Teorias do processo

A distinção entre esses dois institutos jurídicos é importante, principalmente, na determinação dos sujeitos que participam da estrutura do procedimento e nas condicionantes em que o ato administrativo será elaborado, para que seja legítimo. Para o estudo é necessário revisitarmos diferentes categorias conceituais do procedimento e algumas teorias do processo na história do Direito.

Numa concepção da teoria do processo como situação jurídica, GONÇALVES conceitua o processo como uma espécie de procedimento, que “é uma atividade preparatória de um determinado ato estatal, atividade regulada por uma estrutura normativa, composta de uma seqüência de normas, de atos e de posições subjetivas, que se desenvolvem em uma

¹⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Ob. cit. P. 13.

dinâmica bastante específica, na preparação do provimento”²⁰. Ainda, reforça o conceito, afirmando que

“o procedimento, como atividade preparatória do provimento, possui sua específica estrutura constituída da seqüência de normas, atos e posições subjetivas, em uma determinada conexão, em que o cumprimento de uma norma da seqüência é pressuposto da incidência de outra norma e da validade do ato nela previsto ... O processo começará a se caracterizar como uma ‘espécie’ do ‘gênero’ procedimento, pela participação na atividade de preparação do provimento, dos ‘interessados’, juntamente com o autor do próprio provimento. Os interessados são aqueles em cuja esfera particular o ato está destinado a produzir efeitos, ou seja, o provimento interferirá, de alguma forma, no patrimônio, no sentido de ‘universum ius’ dessas pessoas”²¹.

A teoria do processo como relação jurídica, desenvolvida por Bülow em 1868, predomina até hoje no Brasil, por ter influenciado na elaboração de nossas leis processuais. Para BÜLOW²², o direito processual determina as faculdades e os deveres que põem em mútua vinculação as partes, e estas ao julgador. E que o processo é uma relação de direitos e obrigações recíprocos, isto é, uma relação jurídica.

Para CHIOVENDA²³, "o processo civil é o complexo dos atos coordenados ao objetivo da atuação da vontade da lei (com respeito a um bem que se pretende garantido por ela), por parte dos órgãos da jurisdição ordinária."

²⁰ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. Rio de Janeiro: Aide Ed., 1992. P. 102

²¹ *Ibid.* P. 112.

²² BÜLOW, Oskar Von. *La Teoria de las Excepciones Procesales y los Presupuestos Procesales*. Miguel A. Lichtschein. R. (trad.). Buenos Aires: E.J.E.A., 1964. P. 1.

²³ CHIOVENDA, Giuseppe. *Ob. cit.* P. 56.

LIEBMAN²⁴ define o processo como "a atividade mediante a qual se desempenha em concreto a função jurisdicional ... através de uma série coordenada de atos que se sucedem no tempo e que tendem à formação de um ato final. ... O conjunto dos atos, na sua sucessão e unidade formal, tem o nome técnico de procedimento." Essa doutrina concebe o processo como uma relação jurídica que instrumentaliza a jurisdição e o procedimento como uma mera forma, um rito, através do qual os atos e as fases processuais se sucedem.

Já CARNELUTTI²⁵ chama "processo a um conjunto de atos dirigidos à formação ou à aplicação dos preceitos jurídicos, cujo caráter consiste na colaboração para tal finalidade das pessoas interessadas (partes), com uma ou mais pessoas desinteressadas (juizes, ofício judicial)." Numa visão mais sociológica, nos ensina que

"A palavra processo serve, pois, para indicar um método para a formação ou para a aplicação do direito que visa a garantir o bom resultado, ou seja, uma tal regulação do conflito de interesses que consiga realmente a paz e, portanto, seja justa e certa: a justiça deve ser sua qualidade superior ou substancial; a certeza, sua qualidade exterior ou formal; se o direito não é certo, os interessados não sabem; e se não é justo, não sentem que é necessário obedecer. Assim como para o objetivo de alcançar a regulamentação justa e certa é necessária uma experiência para conhecer os termos do conflito, uma sabedoria para encontrar seu ponto de equilíbrio, uma técnica para aquilatar a fórmula idônea que represente esse equilíbrio, a colaboração das pessoas interessadas com pessoas desinteressadas está demonstrada para tal finalidade como um método particularmente eficaz. Por outra parte, tal colaboração, sobretudo em razão da heterogeneidade das pessoas que a ela concorrem, determina necessariamente uma seqüência de atos que devem ser estritamente regulados e evocam a idéia de processo

²⁴ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil.*, DINAMARCO, Rangel Cândido (trad.). Rio de Janeiro: Forense. 1984. P. 33 ss.

²⁵ CARNELUTTI, Francesco. *Instituições do Processo Civil.* V. 1 Andrián S. De Witt Batista (trad.). Campinas: Ed. Servanda. 1999. P. 71.

como mutação da realidade que se concretiza por uma sucessão de fatos causalmente vinculados.”

Na lição de CATTONI DE OLIVEIRA²⁶, "o processo jurisdicional é o instrumento através do qual se dá o exercício do Poder Jurisdicional e se garantem ... direitos de participação e condições procedimentais que possibilitam a geração legítima do provimento jurisdicional"

Portanto, a escola instrumentalista do processo está ultrapassada no Estado Democrático de Direito, porque o processo²⁷ é um procedimento caracterizado pela participação dos interessados em cuja esfera jurídica o provimento está destinado a produzir efeitos, com as condicionantes do Direito Processual. E essa participação se dá em contraditório, com a garantia de simétrica paridade.

A Escola Instrumentalista, que orientou os legisladores na elaboração do nosso atual ordenamento processual, não satisfaz o novo paradigma democrático da CF/88. Parece que aquela escola foi influenciada por HEGEL²⁸ quando este buscava maior celeridade processual:

"têm as partes a faculdade de percorrer todo o seu formalismo, o que constitui o seu direito, e isso pode tornar-se um mal e até um veículo de injustiça. É por isso que, para proteger as partes e o próprio direito, que é aquilo de que substancialmente se trata, contra o processo e os seus abusos, deverá o tribunal submeter-se a uma jurisdição simples (tribunal arbitral, tribunal de paz) e prestar-se a tentativas de acordo antes de entrar no processo" (§223).

²⁶ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Tutela Jurisdicional e Estado Democrático de direito: Por uma compreensão constitucionalmente adequada do Mandado de Injunção*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. P. 129ss.

²⁷ FAZZALARI, Elio. *Instituzione de Diritto Processuale*. Padova: CEDAM, 1994, P. 82 ss.

²⁸ HEGEL. *Princípios da Filosofia do Direito*. Trad. ORLANDO VITORINO. 28 ed. Lisboa: Guimarães e Cia. Editores, 1976. P. 198.

Entretanto, poderíamos afirmar que HEGEL foi mal interpretado porque também disse que

"perante os tribunais, o direito tem o caráter de um dever-ser demonstrado. O processo dá às partes condições para fazerem valer os seus meios de prova e motivos jurídicos e ao juiz as de conhecer o assunto. As fases do processo são elas mesmas direitos" (§222).²⁹

HEGEL já percebia a possibilidade de os julgadores se posicionarem acima da lei quando escreveu na mesma obra que

"opõe-se às leis, a sentimentalidade, a inclinação e o livre-arbítrio. A violência e a tirania podem constituir um elemento do direito, mas como um acidente que nada tem a ver com a sua natureza".³⁰

A doutrina da Escola Instrumentalista é uma ideologia reducionista do processo que lhe ocasiona uma desproporcionalidade estrutural entre os sujeitos. O estudo da ideologia pode esclarecer essa característica, com as suas conseqüências. Com o filósofo EAGLETON,³¹ como o termo ideologia tem muitos significados diferentes, podemos dizer que ideologia é o processo de produção de significados, signos e valores na vida social, um corpo de idéias característico de um determinado grupo, que lhe garante uma certa posição. O processo de legitimação de uma ideologia apresenta pelo menos seis estratégias: promoção de valores compatíveis; naturalização e universalização desses valores, tornando-os óbvios e aparentemente inevitáveis; desvalorização das idéias que possam desafiarla, denegrindo-as; exclusão de formas rivais de pensamento, mediante uma lógica não declarada mas sistemática; e obscurecimento da realidade social de modo a favorecer determinada ideologia.

²⁹ ibid. P. 198.

³⁰ HEGEL. Ob. cit. P.20.

Ideologia tem a ver com a legitimação do poder de um grupo socialmente relevante. Para MICHEL FOUCAULT³²,

"o poder não é algo inerente ao exército e ao parlamento. O poder é uma rede de força penetrante e intangível que se tece nas pequenas atitudes". ... "Dizer que uma contenda ou postura é ideológica é revelador. Entretanto, dizer que tudo é ideologia, retira a força do termo, convindo à idéia dominante. Numa situação específica, é necessário dizer o que não é ideológico para que o termo tenha significado"

Então, dizer que o processo é apenas instrumento da tutela jurisdicional é uma ideologia reducionista, porque a própria Constituição da República molda o processo não ideológico, com o contraditório, a isonomia e a ampla defesa garantindo a participação efetiva dos litigantes na produção do provimento final.

O inciso LV do art. 5º da CF/88 assegura o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, aos litigantes ou acusados em processo administrativo. O inciso LIV, do mesmo artigo, garante que a ação administrativa que ameaçar a liberdade ou os bens de qualquer pessoa, deverá se realizar sob o pálio do devido processo legal. Nessas circunstâncias, a providência administrativa deverá ser construída pelos agentes administrativos e pela autoridade competente para processar e decidir a ação, com a participação dos interessados, a tempo, e modo e amplitude necessária, existindo ônus equivalentes tanto para a Administração quanto para os administrados. Somente com a processualização do procedimento administrativo, a administração

³¹ EAGLETON, Terry. *Ideologia. Uma Introdução*. Silvana Vieira e Luiz Carlos Borges (trad.). São Paulo: Ed. UNESP: Ed. Bomtempo, 1997. P 15 ss.

³² FOUCAULT, Michel *Discipline and Punish: The Birth of the Prison*. New York, 1977. P. 20 ss.

autocrática será transformada em democrática. Sem o contraditório, o processo "perderia sua base democrático-jurídico-principiológica e se tornaria um meio procedimental inquisitório em que o arbítrio do julgador seria a medida imponderável da liberdade das partes".³³

1.5 – Leis do processo administrativo

Desde o final do século XIX, observa-se uma tendência mundial de positivação do processo administrativo, buscando dar maiores garantias aos administrados ante o exercício da função administrativa do Estado, susceptíveis de lesões de direito.

A lei espanhola de 1889 foi a precursora nesse campo do Direito. Essa lei se limitou a fixar regras gerais de processo administrativo, devendo ser especificadas por cada um dos ministérios, com suas particularidades. Ela tratou, principalmente, de prazos para pareceres e decisões administrativas; direito de defesa; comunicação dos atos aos interessados antes da decisão; responsabilidade do agente por descumprimento das regras; e recursos administrativos.³⁴

A lei austríaca de 1925 é considerada o arquétipo desse tipo de lei. Seus fundamentos surgiram, principalmente, da grande tradição administrativa e da jurisprudência do tribunal administrativo que ali existia desde 1875. A lei tinha três partes: o processo administrativo geral, o processo administrativo penal e o processo administrativo de execução. Apresentava direito à instrução contraditória, a decisões motivadas, a interpor recursos e fixava prazo para decisões.

³³ LEAL, Rosemiro Pereira. Ob. cit. P. 88.

³⁴ MEDAUAR, Odete. Ob. cit. P. 140, passim.

A Lei Federal de Processo Administrativo (“*The Federal Administrative Procedure Act*”), dos Estados Unidos, foi editada em 1946, em decorrência da cláusula *due process of law* (Emendas V e XIV) refletida na atuação administrativa. Também influenciou na edição da lei o caráter predominantemente processual do *administrative law* norte-americano e as amplas delegações conferidas às *agencies*. Várias leis se seguiram, como *The Government Sunshine Act*, de 1976, exigindo que toda *agency*, encabeçada por colegiado, realize suas reuniões de modo aberto, com presença de público, salvo alguns assuntos, como defesa nacional e política externa. Basicamente, consolidou-se no *procedural due process*: informação prévia e adequada às partes interessadas na providência projetada; imparcialidade; decisão baseada no conteúdo dos autos; direito de apresentar prova oral; direito de apresentar quesitos; direito à decisão motivada; direito à assessoria de advogado.

Vale dizer que as agências administrativas dos Estados Unidos são consideradas como o quarto poder. São chamadas de quase-legislativo, quase-executivo, ou quase-judicial, por força de delegações de funções pela Constituição. Todos os anos as agências administrativas têm recebido mais poderes. Estão tão integradas no sistema de governo dos Estados Unidos que parece não existir mais a separação do Estado em partes. As agências governamentais são a maior parte do Governo dos Estados Unidos.³⁵

A lei espanhola de 1958, alterada em 1963, visou a unificar em um texto todas as regras de processo administrativo, posto que eram específicas por órgão administrativo. Basicamente previu: publicidade dos

³⁵ RICHARDSON. Elizabeth C. *Administrative Law and Procedure*. Albany, New York: Elmar Publishers, 1996. P. 12.

dossiers; notificação com texto integral, com os recursos possíveis na administração ou no judiciário, indicando os órgãos e prazos; na fase de instrução, os interessados podem apresentar qualquer observação; fase de informação pública, aberta a todos (durante vinte dias); admissão de todo tipo de prova; após a instrução e antes de decidir, é necessário apresentar o *dossier* aos interessados; a motivação é obrigatória nas decisões restritivas do exercício de direitos objetivos, de recursos, contrárias ao parecer administrativo; nos casos de sanções administrativas, o agente administrativo incumbido da instrução deve reunir todas as provas necessárias ao esclarecimento dos fatos e em vista das mesmas elaborará o rol de infrações, que deverá ser notificado ao interessado que terá prazo para responder; após recebimento da resposta, o funcionário preparará minuta de decisão que, por sua vez, deverá também ser notificada ao interessado, dando-lhe outro prazo para apresentar as observações que julgar oportunas; depois os autos serão submetidos à autoridade competente para decidir.

A lei argentina de processo administrativo, de 1972, traz preceitos sobre o regime dos atos administrativos e contém regras sobre impugnação judicial destes. Em síntese, em matéria processual, a lei argentina abriga as regras seguintes: parte é quem invoque direito subjetivo ou interesse legítimo e a quem possa ser afetado em seus direitos ou interesses legítimos pela decisão final; é assegurado o direito de expor razões e apresentar defesa, antes da edição de atos que se refiram a direitos subjetivos ou interesses legítimos pessoais; é assegurado o direito de interpor recursos; quando a representação, por norma expressa, possa efetuar-se por quem não seja advogado, será obrigatória a atuação deste; direito de propor provas e de que se realizem, se pertinentes; a Administração deve

providenciar as informações necessárias para o estabelecimento dos fatos e da verdade jurídico-objetiva; os interessados poderão apresentar alegações e defesas após o término do período probatório; direito a decisão motivada mediante a consideração expressa dos principais argumentos e das questões propostas.

A lei alemã de 1976 teve origem em um programa (compromisso de campanha) de governo, em 1963. Houve um problema de aplicabilidade aos Estados-membros, superado com a formação de uma comissão paritária de conciliação, fixando uma fórmula, aceita por todos, de que a lei federal não se aplicaria àqueles que promulgassem suas próprias leis. Entretanto, pela unidade do direito alemão, a maioria das leis têm conteúdo idêntico ao da lei federal. São suas principais regras: aplicação dos princípios do informalismo, da simplicidade e eficácia, da imparcialidade das autoridades, da oficialidade, da verdade material, legitimidade a todos juridicamente interessados; direito de ser ouvido antes da edição do ato administrativo (salvo nos casos de urgência e nas decisões automatizadas pela informática); direito à informação geral; direito de sigilo em casos relativos à privacidade; obrigatoriedade de motivação das decisões como regra geral (exceções só as previstas em lei).

A lei italiana de 1990 enuncia princípios gerais do ordenamento jurídico, quanto ao procedimento administrativo. Os autores italianos afirmam que, se o texto fosse idêntico ao modelo alemão, teria efeito paralisante na Itália. A sua forma seria “iluminante”, ao possibilitar a convergência entre requisitos de garantia e de eficiência na ação administrativa. Em resumo, sua matéria processual: decisão obrigatória em trinta dias; motivação obrigatória, com exposição dos pressupostos de fato

e de direito, em referência à instrução; indicação da autoridade competente; comunicação do início do procedimento; direito de vista; direito de apresentar alegações escritas e documentos, que a Administração é obrigada a analisar; direito de acesso aos documentos administrativos.

O código de procedimento administrativo de Portugal é de 1992. As principais regras processuais são: direito à informação e ao contraditório; imparcialidade administrativa; motivação dos atos administrativos que neguem, extingam ou afetem de qualquer modo direitos ou interesses legalmente protegidos ou imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções.

No Brasil, a primeira regra jurídica positivada foi a Lei Complementar do Estado do Sergipe, nº 33, de 26.12.96, que instituiu o Código de Organização e de Procedimento da Administração Pública do Estado de Sergipe. Depois, em São Paulo, a Lei nº 10.177, de 30.12.98, positivou a atividade com a seguinte ementa: “Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Estadual.”³⁶

1.6 – Processo administrativo no Brasil

Um ponto de estudo sobre processo administrativo é a conveniência e significação atual da codificação do Direito Administrativo que, no século XIX e primórdios do século XX, era extremamente autoritário e desfavorável ao cidadão. Desde a Constituição Federal de 1988, o Direito Administrativo apresenta-se mais preciso, mais igualitário, mais democrático que autoritário. A nova dimensão constitucional do processo

³⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 13ª Ed. São Paulo: Malheiros Ed. 2001. P. 432.

administrativo possibilita controlar e redirecionar a competência discricionária centrada no Executivo.

A lei processual regula o modo de aplicação dos princípios referentes às atuações processualizadas da Administração, podendo caracterizar o Estado como democrático e de direito. O processo administrativo organiza a praxe administrativa e diminui a sua largueza histórica. A previsão legal das premissas fundamentais da ação administrativa processual condiciona a tomada de decisão administrativa, atenuando a latente hostilidade propiciada pelo desconhecimento do modo de atuar.

Em resumo, o processo administrativo resguarda os administrados e possibilita que eles sejam ouvidos antes da decisão que irá afetá-los; e concorre para uma atuação administrativa mais clarividente, onde aspectos de conveniência e oportunidade levantados pelos interessados podem levar a Administração Pública a atitudes diferentes das pretendidas inicialmente, muitas vezes abortando efeitos ilegítimos que poderiam ser causa de uma ação judicial.

O primeiro anteprojeto de código do processo administrativo no Brasil foi realizado por Themístocles Brandão Cavalcanti, em 1938.³⁷ Em termos processuais, o anteprojeto continha: início do processo com auto de infração, com previsão de direito de defesa; modo de contagem dos prazos; procedimento das notificações; modos de realização de exames e vistorias, com possibilidade de o interessado apresentar quesitos, antes de realizados; procedimento das apreensões; procedimentos dos recursos; processo disciplinar com ampla defesa e contraditório.

³⁷ MEDAUAR, Odete. Ob. cit. P. 155, *passim*.

A ausência de uma lei que regresse a atuação da Administração Pública trouxe muitas dificuldades para a sua compreensão, prejudicava a sua relação com os administrados e servidores públicos, caracterizada por modos variados, incertos e incompreensíveis, e facilitava condutas administrativas arbitrárias e subjetivas, totalmente incompatíveis com o atual Estado Democrático de Direito.

Para mudar essa situação, a CF/88 determinou, expressamente, o modelo processual de administração, pelo menos nas situações indicadas nos incs. LIV e LV do seu art. 5º, impondo, a qualquer ato da administração pública direta e indireta de todas as entidades estatais, a observância dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência a todos os setores da Administração (art. 37, da CF/88).

Em cumprimento à ordem constitucional, foi promulgada a Lei do Processo Administrativo Federal, Lei nº 9784, em 29.01.99, que, no seu art. 1º, delimita o alcance de suas normas básicas, e não normas gerais³⁸, à Administração Pública Federal direta e indireta, e marca seu objeto como proteção dos direitos dos administrados e cumprimento dos fins da Administração.

³⁸ Melhor seria se esta Lei estabelecesse normas gerais, para que tivessem eficácia na Administração Estadual e Municipal. No Estado Democrático de Direito, o princípio da federação não pode prevalecer quando inibe a efetividade das garantias constitucionais fundamentais como a do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, quando uma pessoa é atingida em sua liberdade, ou em seu patrimônio, pelo Estado Federado ou Município. Esta nova Lei deveria ser norma geral para alcançar a administração pública de todos os níveis, mesmo quando houvesse lei específica promulgada pelos Estados Federados e Municípios. A previsão é de que, como a CF/88 não estipulou prazo para esta regulamentação, as outras Entidades Estatais dificilmente regularão o processo administrativo, dificultando a auto-aplicabilidade dos direitos e garantias fundamentais, prevista no §1º do art. 5º, da CF/88.

Essa nova regra jurídica ilumina o Estado Democrático de Direito que constitui a República Federativa do Brasil, em que os direitos e garantias fundamentais são revestidos de uma conotação marcadamente processual. Essa nova circunstância quebra o paradigma de o Estado ser soberano e monopolizador da tutela do interesse público. As pessoas interessadas e a sociedade organizada podem propugnar pelos direitos coletivos, difusos e individuais, representando o interesse público em face do próprio Estado privatizado ou omissivo, também junto ao órgão da Administração Pública competente, com todas as condicionantes e garantias do novo processo administrativo brasileiro.

Como se extrai de seu próprio texto, a nova Lei visa a proteger os direitos dos administrados e a orientar a Administração no cumprimento de seus fins, segundo seu art. 1º. Os fins da administração, segunda parte do objeto dessa Lei, poderiam ser reduzidos à realização do bem comum, nos termos do ordenamento jurídico que o especifica. Por definição autêntica, seu objeto é a garantia de aplicação dos direitos dos administrados e a escolha da melhor providência administrativa para uma determinada situação jurídica que possa afetar tais direitos.

CAPÍTULO 2 – PRINCÍPIOS DO PROCESSO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO

2.1 – Princípios jurídicos

O processo é um direito-garantia constitucionalizado que tem como elementos jurídico-existenciais os princípios do contraditório, da isonomia e da ampla defesa. A principal perspectiva do processo é o conjunto de princípios, garantias e regras impostos pela Constituição da República, origem do nosso sistema processual, por seu aspecto amplo e hierarquicamente superior. Da necessidade de conciliar liberdade e autoridade, surge a teoria dos controles constitucionais. BARACHO³⁹ destaca que

“o problema do conflito entre a lei fundamental do Estado, que decorre da superioridade das normas constitucionais sobre as leis ordinárias, decretos e atos administrativos que devem acomodar-se aos limites traçados pelas constituições, e a defesa dos direitos individuais contra os excessos do poder público constitui tema fundamental para corrigir os diversos excessos de atuação da atividade estatal em nossos dias”.

Existe uma tendência mundial de constitucionalizar os princípios, devido a sua abrangência maior que a regra jurídica, permitindo uma situação mais dinâmica à moderna teoria da interpretação normativa que, nas palavras de MAGALHÃES,⁴⁰

“compreende que princípios (normas que tendem a ser aplicadas ao maior número de casos possíveis e com grau de abrangência superior) e regras (normas específicas que regulam uma situação específica) transformam-se em normas (interpretação justa para o caso) diante do caso concreto, e os valores existentes na sociedade

³⁹ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984. P. 1.

⁴⁰ MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Reforma do Judiciário*. Jornal da Pós-Graduação em Direito da FD-UFMG. N° 12. Maio/2000. Belo Horizonte: UFMG. P. 2.

informam a construção normativa, o que significa dizer que, mudando os valores na sociedade, muda a construção conceitual dos princípios que condicionam a leitura das regras e, logo, muda a solução na construção da norma jurídica.”

Os princípios constitucionais são regras hierarquicamente superiores às normas comuns. Estas abrangem todas as fontes infraconstitucionais do direito. Os princípios constitucionais são a base estruturante da criação e aplicação do Direito. São critérios superiores de interpretação da norma jurídica. Outrossim, obrigam a elaboração de novas normas, como sua função criativa, impondo ao Legislativo e à Administração Pública, com leis e atos administrativos regulamentares, a complementação do sistema jurídico constitucional.

O conhecimento de hermenêutica jurídica, compatível com o Estado Democrático de Direito, é fundamental para democratizar e legitimar a atuação da Administração Pública. A interpretação e aplicação das regras jurídicas, na maioria das vezes, oferecem menos dificuldades do que a interpretação dos princípios. Quando uma regra jurídica apresenta um conteúdo contraditório em relação ao de outra, mesmo sem revogar a anterior explicitamente, a regra mais nova revoga a anterior. Quando verificamos a vigência de princípios, o sistema é totalmente diferente. Um princípio pode indicar um pensamento contraditório em relação a outro, mas um não revoga nem elimina o outro.

O aplicador do Direito deve optar, dentre as possíveis, pela única regra jurídica que se adapta ao fato jurídico objeto do litígio. Entretanto, vários princípios têm aplicabilidade simultânea a um único fato; o que varia é a intensidade de aplicação de cada um. Conforme a situação de fato, caso a caso, cada princípio será potencializado ou não, de acordo com o

direcionamento de todo o sistema jurídico. Para conjugar a prevalência de um ou de outro princípio conforme o caso concreto, consideram-se os parâmetros que o próprio ordenamento jurídico estabelece. Vale dizer que a antinomia da lei é insuperável, insolúvel, obrigando a revogação, seja pelo critério cronológico, hierárquico ou da especialidade. A antinomia dos princípios é superável, solúvel, cada um deles devendo receber o grau de aplicabilidade extraído do próprio ordenamento jurídico e do fato concreto.

2.2 – Princípios gerais da Administração Pública

No art. 2º da Lei Processual Administrativa Federal está enunciado um conjunto de princípios a serem obedecidos pela administração. No *caput* do artigo estão todos os princípios geralmente indicados pela doutrina administrativista e aqueles elencados no art. 37, da CF/88, com exceção dos princípios da impessoalidade e da publicidade.

A omissão do princípio da impessoalidade é compreensível como sendo despiciendo, porque é institutivo do Direito Processual, por isso inserido na isonomia processual, que é a sua própria essência, sua razão de ser. A não-positivação desse princípio, na Lei processual, não pode ser interpretada como a possibilidade de haver supremacia da Administração Pública sobre os administrados, posto que sempre será parte na ação administrativa. A existência de privilégios processuais, seja de prazo, de informação, de ônus probatório ou de qualquer forma, é totalmente incompatível com o paradigma do Estado Democrático de Direito e as condicionantes processuais.

O princípio da publicidade, também positivado constitucionalmente no art. 37, ao qual a Administração Pública deve extrema obediência e

consideração em qualquer procedimento, principalmente no contencioso, também foi omitido do rol dos princípios da Lei de Processo Administrativo. Entretanto, tal falta é atenuada com a previsão de direitos esparsos na própria Lei, como a divulgação oficial, garantia à comunicação (inc. V e X do art. 2º), ciência da tramitação, vista dos autos, conhecimento das decisões (inc. II do art. 3º) e, principalmente, o direito à comunicação dos atos (cap. X). O importante a destacar no princípio da publicidade, que é a obrigação de o órgão processante tornar público todos os atos processuais, a não ser os atos de mero expediente, é que ele envolve também a realização da ampla defesa para todos, colocando os sujeitos do procedimento e possíveis terceiros alheios ao litígio em nível de igualdade. Assim conclui LEAL:⁴¹

“Daí, o princípio da divulgação oficial dos atos procedimentais vincula-se, por aderência lógica, ao princípio institutivo constitucional do Processo que é a ampla defesa, como fundamento do Estado Democrático de Direito.”

O princípio da eficiência foi positivado constitucionalmente pelo art. 3º da Emenda Constitucional nº 19, de 04.06.99. Apesar de as constantes alterações constitucionais aniquilarem o sentimento de Constituição, por “ferirem a aura de supremacia de que se deve revestir a Constituição para que seja capaz de legitimar e de articular tanto o Estado quanto todo o demais Direito que nela se assentam”,⁴² existe uma tendência mundial de constitucionalizar princípios jurídicos e infraconstitucionalizar as regras. Isso porque os princípios dão idéias centrais para a correta interpretação do texto legal, irradiando por todo o ordenamento jurídico, influenciando na elaboração e interpretação da lei, rejeitando as que os contrariem.

⁴¹ LEAL, Rosemiro Pereira. Ob. cit. P. 91.

⁴² CARVALHO NETO, Menelick de. Ob. cit. P. 473.

O princípio da eficiência norteia toda a atividade administrativa do Estado. O conteúdo do princípio da eficiência é o de que, além da obrigação de agir de modo razoável e conforme a moral, o agente público tem que realizar a melhor e única opção administrativa legítima para uma determinada situação. Isto é, no caso de o texto legal lhe conferir competência discricionária, o agente público deve procurar e encontrar a única solução legítima e justa que atenda ao interesse público, reconstruindo e conhecendo perfeitamente a situação jurídica e as suas circunstâncias, com as condicionantes do processo administrativo e dos direitos dos administrados. Para HARGER,⁴³ o princípio da eficiência, que traduz o dever de administrar utilizando as melhores opções disponíveis, limita a atuação discricionária dos agentes públicos e possibilita a análise judiciária do mérito administrativo.

O descumprimento de qualquer um desses princípios ou critérios viciam a providência, tendo como conseqüência a possibilidade de sua anulação. Muitos princípios são conflitantes, devendo prevalecer aquele que melhor se adapte aos fatos processados e ao ordenamento jurídico como um todo. Tal situação mantém em aberto a competência discricionária da autoridade pública, em confronto com o princípio da reserva legal e da separação das Funções do Estado, principalmente.

No inciso II do art. 2º da Lei do Processo Administrativo, pelo princípio da legalidade, a autoridade deverá atender “a fins de interesse geral” no limite do ordenamento jurídico. Isto é, o interesse geral aplicável em cada caso deverá ser determinado nos termos da lei. O processo

⁴³ HARGER, Marcelo. *Reflexões Iniciais Sobre o Princípio da Eficiência*. Rev. Repertório IOB de Jurisprudência. N° 16. Ago/99. P. 494.

administrativo deverá atender à lei. A ação administrativa deve traduzir a vontade da lei, que, por sua vez, especifica o interesse geral.

No inciso VI desse artigo, está previsto que o processo administrativo limitará as restrições e sanções ao limite de atender ao interesse público. Esse critério nos traz a idéia da ponderação, sendo de sopesar caso a caso, a justa medida da sanção, quando for necessária a sua imposição. O interessado pode contradizer ou se defender não só da própria sanção como da sua quantidade ou tipo, fundamentando-se em sua situação pessoal. O princípio da impessoalidade garante a mesma sanção para o mesmo ilícito aplicado a diferentes pessoas em idênticas condições. O princípio da impessoalidade está previsto no art. 37 da CF/88, mas não está elencado na Lei 9.784/99. Entretanto, como pode ser confundido com o princípio institutivo da isonomia processual, podemos entender a omissão legal.

A autoridade administrativa deverá considerar também os possíveis efeitos da sanção para cada caso. Somente lei pode determinar os limites dos valores pecuniários da sanção aplicável a cada caso e, dentro desses limites, a autoridade administrativa tem que decidir de forma motivada, considerando as provas dos autos, o direito aplicável e o princípio da razoabilidade.

No inciso X do artigo 2º está previsto o direito de o interessado ser citado do processo e de se defender ao final, produzindo provas e interpondo recursos. Pelo princípio do devido processo legal, o administrado tem o direito de ser comunicado do procedimento quando este for instaurado pela Administração Pública, após a elaboração do relatório técnico que deu causa à ação administrativa, para que possa, efetivamente,

participar da fase instrutória desde seu início. O direito de apresentar alegações finais deverá ser exercido após a elaboração do relatório técnico da própria Administração, posterior à fase instrutória, que fundamenta a decisão. Dependendo das conclusões do relatório técnico posterior à fase instrutória, o interessado tem direito de alegar, apresentar ou requerer a produção de provas, pelo princípio da ampla defesa e da verdade real. Vale dizer que é necessário que a autoridade processante determine a comunicação e a publicação de todos os atos processuais, desde o ato inicial, para realmente possibilitar a realização efetiva do direito ao contraditório e à ampla defesa.

No inciso XI do art. 2º, a Lei do Processo Administrativo proíbe a cobrança de despesas processuais não previstas em lei, numa postura de inclusão dos menos favorecidos no exercício de seus direitos. Despesas processuais inibem muito a defesa de interesses difusos e coletivos. De fato, o citado dispositivo proíbe à Administração Pública Federal a criação de qualquer despesa processual, competência exclusiva do Órgão Legislativo. Vale dizer que, mediatamente, a defesa de direitos realizada em processo administrativo interessa à comunidade como um todo, uma vez que a Administração Pública tem como escopo fundamental a defesa do ordenamento jurídico e do bem comum.

2.3 – Isonomia processual⁴⁴

⁴⁴O princípio da igualdade foi escrito pela primeira vez na Virginia Bill of Rights, de 12 de junho de 1776: “all men are by nature equally free and independent and have certain inherent rights”. Art. 1º da Déclaration des Droits de l’Homme et du Citoyen de 1789: “les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits”. Art. 179, 13, da Constituição do Império de 1824: “a lei será igual para todos quer proteja, quer castigue, e recompensará em proporção dos merecimentos de cada um”. Art. 72, §2º, da Constituição Republicana de 1891: “Todos são iguais perante a lei. A República não admite privilégios de nascimento, desconhece foros de nobreza, e extingue as origens honoríficas existentes e todas as suas prerrogativas e regalias bem como os títulos nobiliárquicos e de conselho”.

A CF/88 garante a todos igualdade perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. A igualdade é um dos pilares da democracia moderna. Idéia mestra e ponto de partida de todo o sistema jurídico, a igualdade é um princípio multifacetário, que se apresenta de modo diverso conforme a natureza da situação jurídica, da situação social e da conduta a ser regulada. A igualdade é a primeira e mais fundamental limitação da política legislativa. “No processo, a igualdade constitui princípio fundamental e revela-se no tratamento paritário das partes, pois é, e sempre foi, historicamente objetivada, progressivamente introduzida na consciência jurídica e encontra recepção expressa no texto constitucional”.⁴⁵ A garantia do tratamento igualitário das partes não se limita a uma formalidade mas, também, a uma igualdade técnica e econômica, determinada por cada caso concreto, para que as pessoas possam, efetivamente, exercer seus direitos e cumprir suas obrigações em plenitude. Isto é o próprio modo de ser do processo. A igualdade informa e se realiza diretamente no devido processo legal, devendo a autoridade processante providenciar para que o contraditório se realize plenamente.

A isonomia entre as partes exige também a imparcialidade da autoridade processual, isto é, o desenvolvimento da fase instrutória e o provimento final devem ser realizados de forma independente e equilibrada. Os conceitos de igualdade e imparcialidade caminham em conjunto há muito tempo. Na Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada pela Assembléia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948, está consagrado o direito ao julgamento por juiz imparcial: "Todos os homens têm direito, em plena igualdade, a uma justa e

⁴⁵ LUCON. Paulo Henrique S. *Garantias Constitucionais do Processo Civil*. 1ª ed. São Paulo: RT, 1999. P. 96.

pública audiência por parte de um tribunal independente e imparcial" (art. 10).

Para que tal preceito se realize, caberá à autoridade decidir em consonância com a lei vigente, fundamentando suficientemente suas decisões e conferindo tratamento paritário aos sujeitos parciais do processo. É repugnante aceitar que os agentes do Estado solucionem conflitos movidos por interesses ou sentimentos próprios, com total desprezo à lei. Não podem também prevalecer no processo opções pessoais da autoridade ligadas unicamente a preferências sociais, políticas ou econômicas. A liberdade de decidir está vinculada à correta interpretação do ordenamento jurídico que, por sua vez, deve exprimir os valores preponderantes na sociedade. Vincular a Administração Pública à realidade em que atua significa, da parte da autoridade, revelar a norma a partir dos princípios, regras e garantias jurídicas que sobre o Estado sempre devem atuar.

Para coibir atos arbitrários existem os instrumentos legítimos da suspeição e do impedimento, garantias infraconstitucionais que têm por escopo propiciar a imparcialidade da autoridade administrativa e, em última análise, garantir a própria igualdade entre as partes. Outros meios para garantir essa imparcialidade e fiscalizar a liberdade interpretativa do texto legal são a publicidade dos atos judiciais e o sistema de pluralidade de graus de decisão. A possibilidade de conhecimento dos autos do processo aos órgãos hierarquicamente superiores preserva a igualdade das partes na medida em que elas terão mais de uma chance de demonstrar suas razões. Também torna os provimentos suscetíveis a um maior controle interno. Espera-se que a segurança resultante de mais de uma decisão sobre a mesma situação jurídica permita uma melhora qualitativa na atuação dos órgãos decisórios e uma maior confiabilidade da população nessa atuação.

A publicidade dos atos administrativos atende não só ao direito das partes mas também das pessoas em geral, pois permite que verifiquem sua legalidade e as alterações em seus interesses, permitindo que toda a população faça a fiscalização de suas autoridades administrativas mediante um controle externo legítimo.

Apesar de existirem, os meios de controle do ato administrativo não têm sido suficientes para inibir a ilegalidade e o abuso ou desvio de poder. Considerando que a certeza da impunidade é um incentivo à prática do ato ilegal, a responsabilização penal, civil e disciplinar da autoridade pública deveria ser uma realidade, mediante a instauração de ações administrativas e judiciais, com publicidade plena. Agindo com dolo ou culpa grave ou, ainda, tendo negado justiça por desvio na interpretação da lei, ou na análise das circunstâncias que formam o caso concreto, não só o Estado, mas também a autoridade pública devem responder pelos danos causados, aquele por culpa objetiva e este por dolo ou culpa direta. O que tem comprometido demasiadamente a legalidade dos atos administrativos é a omissão da autoridade pública. Apesar de ser difícil a sua apuração, não se pode admitir, sob pena de comprometer a garantia do tratamento igualitário das partes no processo, a violação da lei por demora inescusável, como a afirmação da inexistência de um fato incontestavelmente existente ou como a confirmação de existência de um fato sabidamente inexistente.

Imparcialidade não se confunde com passividade e neutralidade absoluta da autoridade processual. Observando uma situação de extrema desigualdade entre as partes processuais, a autoridade administrativa deve intervir no sentido de propiciar o tratamento paritário. Partes hipossuficientes, sem condições de contratar bons profissionais para defesa

de seus interesses, devem ter seus direitos conferidos mediante a participação efetiva de um assessor jurídico administrativo, na forma de um parecer, pelo menos nas situações jurídicas em litígio de alta indagação jurídica.

Do art. 5º, *caput*, da CF/88, combinado com seu inciso LIV, se extrai o princípio da igualdade processual, em que as partes e seus procuradores devem ter tratamento equivalente, isonômico, com oportunidades similares de fazer valer as suas alegações. A garantia de isonomia processual em si não elimina a desigualdade das partes em poder produzir provas. Em nome de uma igualdade substancial, a doutrina tradicional criou o princípio da igualdade real, ou princípio da igualdade proporcional,

“que impõe tratamento desigual aos desiguais, justamente para que, supridas as diferenças, se atinja a igualdade substancial ... Por isso, Fazenda e Ministério Público gozam da dilação de prazos prevista no art. 188 do Código de Processo Civil: as partes não litigam em igualdade de condições e o benefício de prazo se justifica, na medida necessária ao estabelecimento da verdadeira isonomia. A Fazenda, em virtude da complexidade dos serviços estatais e da necessidade de formalidades burocráticas; o Ministério Público, por causa do desaparelhamento e distância das fontes de informação e de provas. Outras prerrogativas, que se justificam pela idoneidade financeira e pelo interesse público, são a procrastinação do pagamento das despesas processuais (dispensa de preparo) e a concessão da medida cautelar independentemente de justificação prévia e de caução (C PC, arts. 27, 511 e 816, inc. I)”⁴⁶.

Entretanto, o princípio da igualdade real entre os litigantes não foi recepcionado pela CF/88, pois provoca uma desproporção na estrutura processual, em que os agentes públicos deteriam privilégios incompatíveis com o princípio da isonomia e o Estado Democrático de Direito. Como no processo administrativo o Estado é sempre parte e pugna pela aplicação da

⁴⁶ CINTRA, Antônio Carlos, GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido R. *Teoria Geral do Processo*. 15ª ed., São Paulo: Ed. Malheiros, 1999. P. 54.

lei, deverá proteger os direitos do administrado também. Como bem disse Cattoni de Oliveira⁴⁷:

"O julgador, procurando colocar-se da perspectiva da comunidade, considerada como uma associação de co-associados livres e iguais perante o Direito, deve compreender o Direito Positivo como o esforço dessa mesma comunidade para desenvolver o melhor possível o sistema de direitos básicos".

O que se admite é que prevaleça o *favor rei*, postulado básico do processo penal, pelo qual o interesse do administrado prevalecerá, por insuficiência de prova ou no caso de dúvida, devendo ser deferido o pedido do administrado litigante, seja de expedição, anulação ou revogação do ato administrativo. O ônus da prova de existência dos requisitos constitutivos da providência administrativa cabe à Administração Pública.

2.4 - Devido processo legal administrativo

A chamada *due process clause* teve sua origem na ressalva final do capítulo 39 da *Charta Magna Libertatum* da Inglaterra, adaptação das regras normandas aos costumes da terra invadida no início do século XI, com o seguinte aproximado conteúdo: “Nenhum homem livre será detido, preso ou sofrerá confisco, ou posto fora da lei, ou exilado, ou de outro modo destruído, nem o rei irá sobre ele, nem será enviado alguém contra ele, senão por força de um julgamento legal por seus pares ou pela lei do

⁴⁷ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Tutela Jurisdicional e Estado Democrático de Direito. Por uma Compreensão Constitucionalmente Adequada do Mandado de Injunção*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. P. 96.

local.” Para SUANNES⁴⁸, basicamente, o processo justo “implica a idéia de que uma condenação somente pode sobrevir após ter sido dada ao acusado a oportunidade de ser ouvido e de apresentar sua versão dos fatos. É uma visão eminentemente ética da atuação dos governantes.”

O devido processo legal é a garantia maior da igualdade, pois o exercício do poder estatal só se legitima através de resultados justos e conformes com o ordenamento jurídico, realizado com oportunidades e garantias que assegurem, efetivamente, um tratamento paritário entre as partes litigantes. A lei busca dar razão a quem a tem. O devido processo legal se refere diretamente à ordem de atos a serem praticados lógica e cronologicamente, com a observância de todos os requisitos inerentes a cada um deles e a exigência da realização de todos os possíveis.

O modelo procedimental contido na lei absorve em si a efetividade do direito ao devido processo adequado, com a prática de todos os atos a ele inerentes, além do direito ao exame das provas constantes dos autos ou a serem a eles carreadas, e produção de alegações endereçadas à convicção da autoridade. Prejudicando a participação igualitária das partes interessadas, desvios ou omissões do modelo procedimental previsto na lei violam frontalmente as garantias do devido processo legal e do tratamento paritário das partes no processo. Vale dizer, a garantia constitucional da igualdade deve estar presente em todas as etapas do processo, de sorte que ninguém seja privado de seus direitos, a não ser que no procedimento se constatem todas as formalidades e exigências previstas em lei. Cumprir adequadamente o processo instituído em lei, com o tratamento isonômico das partes, significa, do lado dos sujeitos parciais do processo e de toda a

⁴⁸ SUANNES, Adauto. *O dever de Calar e o Direito de Falar*. Revista literária de Direito. N. 40. São Paulo: abril/maio 2001. P. 19.

comunidade, preservar os valores democráticos eleitos e legitimar o provimento. A garantia constitucional do devido processo legal exige que se dê aos interessados a providência adequada ao caso, em conformidade com o ordenamento jurídico. Como ensina o mestre CHIOVENDA⁴⁹, “a função pública desenvolvida no processo consiste na atuação da vontade concreta da lei, relativamente a um bem da vida que o autor pretende garantido por ela”. O processo é o complexo de atos coordenados ao objetivo da atuação da vontade da lei. Havendo conflito de interesses, sem acordo, entre pessoas naturais ou jurídicas, não se admite que os litigantes resolvam com suas próprias forças, o que seria a lei do mais forte. Não se admite a autodefesa ou auto-executoriedade, a não ser em raras exceções. Isto é, ocasionalmente, permite a lei à pessoa natural prover a conservação ou a obtenção de um bem jurídico com a execução de atos que normalmente lhe são defesos: como é lícito cortar as raízes que, do imóvel alheio, se introduzem no seu (art. 558 do CC); praticar atos em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido (art. 160, I, do CC); deteriorar ou destruir coisa alheia, a fim de remover perigo iminente (art. 160, II, do CC); etc. A lei afasta o exercício arbitrário das próprias razões, fazer justiça com as próprias mãos (CP, art. 345). Ao Estado cumpre assegurar a paz social e eliminar os conflitos que a perturbam, garantindo a liberdade e a igualdade de direitos de todos, seja elaborando o texto legal, seja verificando se os bens aspirados pelo promotor do conflito realmente lhe pertencem. O processo previne a violência pública e privada.

No devido processo legal, espaço-temporal de verificação da vontade da lei aplicável a determinada situação de fato, realizada em simétrica paridade entre as partes interessadas, exclui-se que a autoridade possa criar essa vontade. A autoridade não pode proferir livremente a providência

⁴⁹ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Trad. Paolo Capitanio. 1ª ed.

final, como exerciam o seu ofício os imperadores romanos. Antigamente, o juiz era mais livre em seu julgamento, orientado apenas pelo senso jurídico comum ou pelo costume. O pretor em Roma tinha poder quase legislativo, porque decretava uma fórmula processual para cada litígio. Uma fórmula por ele decretada para um caso concreto passava a fazer parte do Ordenamento Jurídico da época. Assim, sem lei escrita, a posição daquela autoridade, hoje equiparada ao juiz, se assemelhava à do legislador, no sentido de que aplicaria a um caso particular uma norma ainda não escrita, que teria o reconhecimento universal próprio das leis anteriormente escritas, com características próximas do hoje chamado princípio da reserva legal. Mesmo nessa situação, a norma, texto legal aplicado a determinado caso, não seria descoberta ao acaso. A autoridade a encontraria na sua própria consciência jurídica que, por sua vez, deveria ser condizente com a consciência jurídica comum. No direito moderno, não existe a unidade de mister da autoridade pública em Função Executiva com o mister da autoridade em Função Legislativa, em virtude da separação dos poderes (art. 2º da CF/88).

Aos interessados sujeitos do processo devem ser conferidas amplas e iguais oportunidades para alegar e provar fatos inerentes à consecução da providência. Para efetividade dessa garantia, é indispensável cumprir as exigências procedimentais trazidas na lei. Assim, quando se pretende uma providência preventiva, são necessárias todas as medidas destinadas a evitar a ocorrência de danos, em vez de permitir que eles ocorram para depois buscar sua reparação, sopesando a autoridade as conseqüências de tais medidas sobre o eventual direito da parte contrária. Já a providência ressarcitória visa a recompor situações de prejuízo já efetivadas, mas que deverão ser delimitadas antes da adoção de medidas constrictivas. Por sua

vez, essa modalidade de proteção é incompatível com a providência específica, que procura outorgar a situação ou bem da vida desejado pelo interessado. O princípio-garantia do devido processo legal não pretende apenas a observância do procedimento estatuído na lei, com a realização de todos os atos inerentes a ele. Pretende também a efetividade da providência, concedendo proteção àqueles que a merecem e dela necessitam. O direito material somente se efetiva se lhe corresponderem instrumentos adequados de garantia, com um processo justo mediante o tratamento igualitário das partes. Nesse ponto reside a preocupação do processualista moderno com o resultado jurídico-substancial do processo, para todos os interessados, com a relativização do binômio direito-processo. Observado o modelo procedimental previsto em lei, com o tratamento paritário das partes, a providência coincidirá com os interesses daquele que tiver razão em suas alegações, de acordo com o disposto no direito material. A providência, vista como proteção do Direito, independe da espécie do resultado do processo. Além de a providência administrativa poder ser regulamentar e/ou constitutiva de direitos, terminando o processo com ou sem decisão do mérito, ela poderá ser apenas declaratória de existência ou inexistência de direito requerido por pessoa interessada.

Na experiência concreta, não se atinge o devido processo legal e a plenitude da igualdade jurídica sem um ordenamento jurídico igualitário e sem que os interessados tenham acesso à informação plena sobre o conteúdo das leis que o compõem. O devido processo legal objetiva também a limitação política do poder estatal como um todo, mediante uma série de condicionamentos e restrições legítimas ao exercício das funções do Estado moderno. Relativamente à elaboração de atos administrativos, tais limitações referem-se a situações substanciais e às formas dos atos, mediante o adequado processo legal, no qual a autoridade deve fazer

cumprir as normas constitucionais e infraconstitucionais para que os interessados tenham, no processo administrativo, tratamento paritário. A legítima limitação do exercício da Função Executiva, mediante o devido processo legal, visa a impedir que a desigualdade impere no processo, tornando-o justo na exata medida em que assegure, aos interessados, participação paritária e proporcione o resultado esperado pela sociedade, nos termos da lei.

O devido processo legal está diretamente relacionado às condicionantes do procedimento, objetivamente expressas por CAPPELETTI⁵⁰:

“O devido processo legal implica no direito de todas as partes serem ouvidas. Isto é, direito a um sistema adequado de notificações, tempo suficiente para a preparação das respectivas defesas, direito à prova e à contestação das provas contrárias, direito à impugnação ou recurso.”

2.5 - Contraditório administrativo

O Pacto de São José de Costa Rica, ratificado pelo Decreto nº 678, de 06.11.92, determina, no seu artigo 8.1, *in verbis*:

Art. 8.1. "toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza".

O contraditório representa verdadeira meta política de legitimação do provimento administrativo mediante a outorga, pelo ordenamento jurídico,

⁵⁰ CAPPELETTI, Mauro. *O Processo Civil Contemporâneo*. MARINONI, Luiz Guilherme (coord.). Curitiba: Ed. Juruá, 1994. P. 14.

de garantias de participação igualitária dos interessados no processo. À autoridade administrativa, sujeito também do contraditório, cabe observar e fazer observar essas garantias. Por isso, contraditório e ampla defesa relacionam-se tão intimamente com o tratamento paritário das partes no processo, pois nele se inclui a igualdade de oportunidades de participação, absolutamente necessária para a defesa dos direitos junto à Administração Pública. Como direito de pedir a providência para determinada pretensão, fundada em direito material, é possível afirmar que a ação administrativa também é uma espécie de réplica na qual a pessoa contrariada tem o direito de pedir que a providência pedida, ou projetada, seja denegada pela autoridade administrativa, por não se conformar com o direito objetivo. O contraditório informa a não unilateralidade do processo. É absolutamente incompatível com a isonomia e com os próprios princípios da providência legal um tratamento unilateral no processo. Mas existem casos em que se admite a antecipação da providência administrativa, de ofício ou deferindo pedido de interessado, inclusive sem ouvir todas as pessoas interessadas, em situações de relevância e urgência, quando houver risco de dano de difícil reparação. O contraditório está precisamente no direito de participação no processo, mediante a utilização de todas as armas legítimas e disponíveis destinadas a convencer a autoridade a outorgar uma providência favorável a quem tem um direito.

O fundamento do princípio do contraditório está na liberdade jurídica de contradizer, de se manifestar validamente em um procedimento estatal. “O processo, ausente o contraditório, perderia sua base democrático-jurídico-principiológica e se tornaria um meio procedimental inquisitório em que o arbítrio do julgador seria a medida imponderável da liberdade das

partes”⁵¹. O contraditório é preservado na medida em que a igualdade entre os interessados o seja. É natural que o interessado com melhores recursos quase sempre tem mais fácil acesso a informações, está em condições mais favoráveis para recolher dados relevantes e valer-se de provas, além de poder contratar os serviços de profissionais mais preparados.

O poder econômico facilita a resistência à longa duração de um processo, levando a parte economicamente mais fraca a acordar menos do que tem direito. O direito ao contraditório, assegurado constitucionalmente, equivale à igualdade de tempo e de participação construtiva no provimento final. Daí se infere que no devido processo legal não cabe a asserção de que há de se dar tratamento igual aos iguais e desigual aos desiguais. Nos termos do inciso XXXIV, do art. 5º da CF/88, o poder de a pessoa peticionar contra os Poderes Públicos em defesa de direitos, em face do próprio Estado ou de outras pessoas, é garantido e compete a todos, indistintamente, como atributo imediato da personalidade. Por essa razão, pertence à categoria dos direitos democráticos. Desse modo, não se pode conceber um processo unilateral, em que somente uma parte age, sem que haja contra-razões.

A igualdade de oportunidades de participação no processo diz respeito diretamente ao contraditório estabelecido entre os interessados. Não basta que exista contradição no processo; é necessário que todos os interessados tenham oportunidade de afirmar ou contradizer de forma válida, isto é, a participação de cada um deverá ser considerada na elaboração do provimento final. Igualdade e contraditório estão preservados quando a autoridade competente para o processo outorga a

⁵¹ LEAL, Rosemiro Pereira. Ob. cit. P. 191

todos os interessados prazos e condições idênticos e suficientes para se manifestarem e produzirem provas, bem como de ter vista dos autos, com todos os documentos pertinentes. Ainda, plenitude e efetividade do contraditório revelam a necessidade de utilização de todos os meios necessários para impedir que a diferença de posições no processo possa influenciar no seu êxito, condicionando-o a uma distribuição desigual de força.

A informação, a tempo e modo, é imprescindível para que se crie a oportunidade de reação, base do contraditório, sob pena de provocar nulidade dos atos e termos do processo e tornar ilegítimo o provimento final, por inexistência da ampla defesa, mesmo que haja defesa. É pressuposto da reação aos atos desfavoráveis, a comunicação ou ciência dos atos e termos que ocorrem ao longo do processo. O culto à liberdade, expresso na eventualidade da reação, torna o objeto do processo sujeito a diferentes relações jurídicas. A possibilidade equável de obter a tutela de suas razões somente se realizará com a participação dos interessados em todas as fases do processo.

O processo deve levar a uma providência final que corresponda, com a maior fidelidade possível, à realização do direito material no caso concreto – a norma -, reconstituindo verdadeiramente os fatos, seu pressuposto de validade, pela marca dos pontos de vista de cada um dos interessados participantes. A realidade dos fatos varia de pessoa para pessoa, conforme seu conhecimento sobre os mesmos, sua experiência e sua situação. A realidade mais verdadeira é aquela construída por diversas pessoas diferentes, cada uma com a sua visão, em que suas manifestações livres sobre uma determinada situação sejam reunidas em um mesmo espaço-tempo.

A reconstituição processual dos fatos é um ato de inteligência, pois consiste na atividade de considerar, analisar e valorar as alegações e as provas produzidas pelos interessados em torno das questões de fato e de direito que são deduzidas no processo e que deverão ter influência, tanto qualitativa quanto quantitativa, na providência resultante. Por essa razão, a realidade dos fatos pressupõe a participação dos interessados em contraditório pleno, efetivo e equilibrado.

A autoridade competente para realizar a providência administrativa final também participa ativamente da sua preparação instrutória. Deverá promover a realização do contraditório e agir de ofício para preservar a igualdade substancial entre os interessados, quando perceber desequilíbrio nas condições de participação, assegurando às partes igualdade de tratamento, de oportunidades.

A competência para expedir a providência administrativa final também deverá abranger a condução do processo da qual surgirá. Apesar de conduzir a fase instrutória, a autoridade não pode ser parcial, concedendo privilégios de tratamento aos interessados por condições pessoais ou institucionais destes, ou com outros interesses pessoais ou de terceiros. Os atos ordenatórios da autoridade devem visar à busca da verdade real ou à correta aplicação da vontade da lei. O ato ilegal é nulo e o ato administrativo viciado por dolo, erro, coação ou simulação é revogável ou anulável por meio de recurso administrativo ou anulável via ação judicial.

Na busca da verdade real e da eficiência, nos assuntos de interesse geral, a nova Lei inovou bastante quando prevê a abertura de consulta

pública⁵² para manifestação de todas as pessoas interessadas, devendo o órgão processante considerar todas as participações, inclusive com resposta fundamentada a cada uma delas, especificamente (art. 31 da Lei 9.784/99).

2.6 – Ampla defesa administrativa

O direito à ampla defesa não garante apenas a possibilidade de se defender. Ele tem uma dimensão maior. A defesa há que ser produzida com os meios eficientes em si mesma. O tempo para ser produzida há de ser suficiente para que haja reflexão e pesquisa. Os interessados devem ter a oportunidade de se fazerem representar por advogados. A Administração deve juntar aos autos todos os meios de provas que considerar, e empreender diligências para facilitar ou produzir as provas requeridas pelos interessados, sob pena de não poder considerar os fatos como verdadeiros. A pretexto de celeridade processual, o Estado não pode sacrificar o tempo de defesa. "A ampla defesa supõe a oportunidade de exaurimento das articulações de direito e produção de provas".⁵³

O inciso III, do art. 3º, da Lei 9.784/99, garante ao administrado o direito de formular alegações e apresentar documentos **antes da decisão**, que deverão ser objeto de consideração, na motivação da providência final, pelo órgão competente para decidir. Esse inciso é de difícil aplicação, mas é elemento instituidor do processo administrativo, sob pena de o contraditório existir apenas na fase recursal, situação suficiente para anular

⁵² Seria uma "audiência pública" em sentido amplo, isto é, nas ações administrativas de alta relevância, o Órgão Público competente para processar e prolatar a providência final expõe a situação jurídica e o projeto do ato administrativo em reunião aberta e previamente divulgada na imprensa oficial, de forma que todas as pessoas interessadas possam se manifestar em tempo real, seja virtual ou fisicamente.

⁵³ LEAL, Rosemiro Pereira. Ob. cit. P. 89.

a decisão proferida, pela inobservância do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, garantidos constitucionalmente.

Para o cumprimento desse inciso da Lei do Processo Administrativo pela Administração, a autoridade processante de um ato punitivo terá que cientificar e disponibilizar ao administrado as provas, ou indícios, da existência de um ilícito administrativo e da suspeita de sua autoria, cientificando-o dos fatos já apurados e do local onde os autos se encontram, local esse que deverá ser acessível ao mesmo, fixando-lhe tempo suficiente para se defender. Tal direito é positivado no art. 38 da citada Lei.

Mesmo que o ato administrativo a ser produzido não tenha como objeto fato punitivo, a autoridade processual deverá dar oportunidade de participação ao interessado, se o efeito do ato for potencialmente capaz de atingir a sua liberdade ou o seu patrimônio. A providência final ocorrerá após a instrução (art. 49 da Lei 9.784/99), i.é., após as alegações dos interessados (art. 44), e a realização das diligências necessárias, que deverão ser considerados na motivação do relatório e da decisão (art. 38, §1º).

2.7 - Direito de petição

O inciso XXXIV, do art. 5º da CF/88, garante a todos o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direito ou contra ilegalidade ou abuso de poder. Existem grandes dificuldades para que seja cumprida a ordem jurídica processual, principalmente na esfera administrativa. Habitualmente pode-se observar uma interpretação retrógrada da lei e da realidade sócio-econômica. Pobreza, desinformação, custo e duração do processo, burocracia, desídia e falta de compromisso dos operadores do direito com a lei são algumas das circunstâncias que inibem as pessoas de

participar mais nas ações administrativas. Por isso é necessário realizar a igualdade das partes no processo administrativo, cabendo à autoridade administrativa compensar, de modo adequado, as suas desigualdades, de modo a permitir a efetiva, correta e tempestiva defesa dos direitos e interesses de todas as pessoas interessadas na ação administrativa.

Neutralizando carências culturais e econômicas, estará a autoridade demonstrando consciência da realidade na qual está inserida e promovendo a verdadeira igualdade substancial. Indiretamente, estará propiciando a educação dos administrados e dos agentes públicos. Deve-se prover de assistência jurídica integral os necessitados, para que a garantia constitucional seja uma realidade. A Lei nº 1.060, de 5 de fevereiro de 1950, estabelece normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados. Quando o beneficiário da justiça gratuita necessita de prova pericial para a demonstração de fatos alegados, se a prova for pertinente, deverá ser realizada às custas do Erário Público, para efetivar o princípio do devido processo legal, da igualdade entre as partes e do direito à ampla defesa, emanado do inc. LV do art. 5º da CF/88. A autoridade processual deve verificar as condições sociais e econômicas dos participantes do processo, para determinar em que circunstâncias a assistência judiciária gratuita será proporcionada. Essa assistência deverá ser prestada por bacharéis em Direito ou advogados, nomeados e custeados pelo Erário Público. De qualquer forma, a escolha do profissional que prestará a assistência jurídica deverá ser confirmada pelo interessado, observando-se que a recusa só poderá ser fundamentada em suspeição pessoal. Só assim estará garantido o constitucional direito de petição.

O custo do processo, em particular a falta de acesso aos regulamentos, a dificuldade de produzir provas e os honorários

advocatícios, são os grandes óbices ao direito de petição e de realização do devido processo legal. A plena realização do instituto da integral assistência judiciária significará grande ônus financeiro para o Estado, mas é condição essencial para a efetividade das garantias constitucionais. Principalmente no que diz respeito ao controle do princípio da imparcialidade, vinculado ao da igualdade, de responsabilidade da autoridade processante. Também é um óbice à efetividade do processo a sua duração excessiva. A demora na fase instrutória e na expedição do provimento final, sem justificativa de força maior, aumenta a descrença e a angústia do litigante que pretende ver seu direito tutelado, além de abalar sensivelmente a segurança que deve haver nas relações jurídicas. A celeridade e a segurança jurídica são objetivos difíceis de serem delineados conjuntamente, mas o atraso ou a celeridade excessiva da providência contribui sensivelmente para afastar o ato final da legalidade. O direito ao tempestivo provimento é inerente à igualdade jurídica, já que o tempo excessivo é fator de desequilíbrio, prejudicando a parte mais fraca, levando-a ao descrédito, à desistência e ao acordo menos vantajoso.

2.8 - Competência

Uma matéria inerente e tipicamente constitucional é a atribuição de competência aos órgãos públicos, por ser, potencialmente, uma direta contraposição aos direitos e garantias individuais. Assim a atuação do Estado deve ser condizente com o ordenamento jurídico. O ato administrativo que limitar a liberdade de uma pessoa, em qualquer de suas formas, ou privá-la de sua propriedade, ou obrigá-la a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, deverá ser precedido do devido processo legal, o que inclui autoridade competente para presidir o processo e decidir a ação administrativa, com a emissão do provimento legalmente adequado. O art.

5º da CF/88 garante que ninguém será processado senão por autoridade competente (inc. LIII); que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal (inc. LIV); que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei (inc. II); o direito de propriedade (inc. XXII); o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos (inc. XXXIV). A competência é um requisito constitucional à formação do ato administrativo.

Quanto à competência, a nova Lei regula a sua delegação de forma que possa propiciar ao interessado o controle sobre a validade do ato administrativo e, principalmente, da providência final da ação administrativa. Entretanto, não oferece a segurança determinada constitucionalmente. A competência do cargo ocupado pela autoridade administrativa, originária ou delegada deverá ser indicada no corpo do ato administrativo, citando o veículo em que foi publicada e a sua data. Isto é, quando a competência for delegada as duas publicações deverão ser indicadas. Nessa matéria, a Lei avança, em termos de segurança do ato administrativo, quando determina que seja explicitado o conteúdo do ato de delegação, com especificação exata do fato (§1º do art. 14). A competência é irrenunciável, mas pode ser delegada, inclusive parcialmente. Com base no sentido hierárquico, admite-se a avocação de casos determinados legalmente (arts. 11 e 12).

As competências especiais delegadas, os limites de atuação do agente delegado, os objetivos e os recursos cabíveis devem ser especificados no ato delegatório, que deverá ser publicado no Diário Oficial da União (art. 14 e §1º).

CAPÍTULO 3 – ELEMENTOS DO PROCESSO ADMINISTRATIVO FEDERAL BRASILEIRO

3.1 - Ação administrativa

A ação administrativa se instaura de ofício por ato de um órgão público, quando os interessados forem notificados da mesma, ou se instaura com a entrega do pedido da pessoa interessada ao órgão competente (art. 5º da Lei 9.784/99). Na peça inaugural da ação administrativa deverão estar presentes todos os requisitos legais indispensáveis para a sua formação, a saber: indicação do órgão ou autoridade administrativa; qualificação completa do interessado; a causa de pedir e o pedido; e a providência administrativa almejada, no caso de iniciativa administrativa. O ato inicial de uma ação administrativa deverá conter as informações mínimas necessárias para que a autoridade administrativa possa exercer seu mister, ou todos os interessados possam apresentar, amplamente, o contraditório e a defesa de direitos.

A ação administrativa, legalmente válida, tem como finalidade a construção do Direito à luz de um caso concreto, em que o fato e todas as suas circunstâncias sejam juntados aos autos de forma livre, lícita e suficiente para determinar a situação jurídica real. Assim, mesmo nos atos administrativos que, em princípio, não interessam diretamente às pessoas de direito privado, deverão participar agentes administrativos de diferentes hierarquias, com a elaboração de um relatório técnico sobre o fato administrativo, com a indicação da medida administrativa mais apropriada. As razões e fundamentos adotados na providência administrativa poderão

ser diferentes da indicação do relatório técnico, obviamente, mas deverão, de qualquer forma, considerá-la, assim como deverão ser consideradas as alegações dos administrados litigantes. As decisões de mero expediente, que não afetem direitos dos administrados, condizentes com os procedimentos e rotinas de um determinado órgão público, poderão prescindir de parecer técnico e de motivação.

No estudo do processo é fundamental o estudo do exercício da jurisdição, uma vez que o instrumentaliza e legitima. O processo nasceu da conquista dos direitos constitucionais da ampla defesa, do contraditório, da isonomia e do devido processo legal.

Sob a égide do Estado Democrático de Direito, a palavra “jurisdição” não expressa totalmente a declaração do direito aplicável a um caso administrativo concreto. A jurisdição surgiu da arbitragem estatal, no primitivo Direito Romano da Lei das Doze Tábuas, quando o pretor expedia a fórmula e indicava um árbitro para instruir e decidir a causa. Isto é, além de solucionar o caso, o árbitro criava direito, *Juris-dictum* ou *dicere*, dando origem ao nome jurisdição. Em nossos dias, com o Direito posto, o princípio da reserva legal e a independência dos "Poderes da União" (art. 2º da CF/88), a decisão deve ditar a norma aplicável com justiça ao caso, *jus-dictare* ou *dictatum*, *judicare*, dando origem ao nome judicância.

Nesse sentido usamos o termo jurisdição, porque a Constituição não estende ao juiz ou à autoridade administrativa a competência de criar direito novo, função precípua de órgão legislativo. A jurisdição é “uma atividade de decidir subordinada ao dever de fazê-lo segundo os princípios

fundamentais do Processo”⁵⁴. A atividade jurisdicional é um monopólio do Estado, mas não monopólio da sua Função Judicial. A Função Executiva, isto é, a Administração Pública, também tem a obrigação de exercer a função jurisdicional nas situações jurídicas em que haja litígio, e/ou se alguém for privado da sua liberdade ou patrimônio, nos processos administrativos.

Vale dizer que a decisão proferida em um processo administrativo é tão importante, tão capaz de transferir, modificar ou extinguir direitos, quanto aquela exarada em um processo judicial. O entendimento de que a decisão administrativa é de segunda classe, inferior ou sem valor, porque pode ser cassada em uma ação judicial, é um preconceito que favorece o arbítrio e o abuso de competência discricionária, facilitando a conduta ilegítima das autoridades administrativas, pela inércia jurídica do administrado desmotivado e incrédulo.

Sob o aspecto da efetividade da decisão, tanto a administrativa quanto a judicial estão sujeitas à revisão. Neste prisma, a diferença entre elas é a de que a decisão administrativa está sujeita à revisão judicial e à revisão de autoridades superiores da Administração Pública. Já a decisão judicial de primeiro grau, a sentença, não está sujeita à revisão administrativa, mas também está sujeita à revisão de instâncias superiores, nos tribunais.

Ainda sobre efetividade, erroneamente, muitos entendem que a decisão administrativa não faz coisa julgada e a sentença, sim. No entanto, podemos considerar que ambas fazem coisa julgada, sob a ótica de sua

⁵⁴ LEAL, Rosemiro P. *Teoria Geral do Processo Primeiros Estudos*. Porto Alegre: Síntese, 1999. P. 41.

manutenção, em última instância da própria Função Estatal, seja administrativa ou judicial. De outro lado, nenhuma das duas decisões terminativas são definitivas em relação à nulidade e aos fatos determinantes modificativos não conhecidos antes de serem proferidas. Não poderíamos deixar de salientar que as autoridades revisoras das decisões de “instâncias” inferiores são todas pessoas concursadas, no exercício de função pública, seja na Administração ou no Judiciário. É conhecido que existem diferenças marcantes, quanto ao conhecimento do Direito, entre os sujeitos da estrutura processual administrativa e aqueles que compõem a estrutura judicial, como juizes, autoridades administrativas, serventuários, peritos, membros do Ministério Público e advogados. Além da inexigibilidade de conhecimentos jurídicos das autoridades administrativas, outra grande causa da comum ilegitimidade dos atos administrativos é a não-participação de um profissional do Direito, que poderia suprir a deficiência da autoridade processante, para que não processe, fundamente e decida considerando apenas aspectos técnicos, políticos ou, pior, sentimentais. Nesse caso haveria “jurisdição sem processo, como ocorreu na arbitragem dos antigos e como ocorre na arbitragem da Lei brasileira nº 9.307/96.”⁵⁵ Considerando o despreparo comum da autoridade pública para processar e proferir um ato administrativo, a dificuldade em realizar a garantia constitucional do devido processo legal e a contradição entre princípios, nos casos de alta indagação jurídica, o parecer técnico-jurídico também é um elemento constitutivo essencial do ato administrativo.

Outrossim, vale dizer que, em contrapartida, os órgãos do Judiciário têm imensa dificuldade em adentrar o mérito administrativo, por falta de conhecimento técnico, o que provoca duas conseqüências nefastas: a

⁵⁵ LEAL, Rosemiro P. Ob. cit. P. 41.

morosidade no controle judicial do ato administrativo e a tendência em estender a competência discricionária da autoridade administrativa, sob o manto da insindicabilidade do mérito administrativo.

Nessas circunstâncias, temos observado que as decisões da Administração Pública, normalmente eivadas de ilegalidade, têm provocado enormes prejuízos aos administrados e ao próprio Estado, engessando-o financeira e administrativamente, além de sobrecarregar o Judiciário. A União e suas entidades têm sido, sistematicamente, condenadas no Judiciário, por prática de ato ilegal. O número de ações judiciais em que o Estado é parte, considerando todos os seus níveis e entidades, é maior do que aquelas em que não é parte. Donde se conclui que a incorporação do princípio do devido processo legal na Administração Pública poderia desafogar o Judiciário e evitar muitos prejuízos aos administrados e ao próprio Estado, além de democratizá-lo, submetendo-o ao império da lei.

O processo, por sua natureza e estrutura, é obrigatório em todas as funções estatais, havendo unidade entre o processo parlamentar, administrativo e judicial. Essa unidade se traduz na necessidade do debate e na conveniência de se exporem as idéias opostas, em busca da verdade e realidade dos fatos ou da melhor solução legal. “Se o processo é o modelo eletivo das atividades jurisdicionais, estas últimas não detêm sua exclusividade; esse modelo ... vem sendo utilizado também na realização de outras atividades fundamentais do Estado distintas da jurisdição: assim a atividade administrativa” ...⁵⁶

⁵⁶ FAZZALARI, Elio. *Processo. Teoria generale*. In *Novíssimo digesto italiano*. V. 13, 1966, p. 1067 ss.

As sanções aplicáveis têm natureza pecuniária ou consistirão na obrigação de fazer ou de se abster de fazer alguma coisa, isto é, a Administração Pública tem competência para privar alguém de sua liberdade ou de seu patrimônio (art. 68 da Lei 9.784/99). Esta regra é substantiva e tem o sentido de limitar a atuação da autoridade processante, principalmente no sentido de coibir abusos, como uma ordem que limite a liberdade de ir e vir, a não ser que seja o uso do “poder de polícia” que, a nosso ver, deve ser controlado pelo Judiciário.

A Lei 9.784/99 não revoga as leis processuais que tratam de atividades específicas, aplicando-se-lhes apenas subsidiariamente os seus preceitos (art. 68). Portanto, por exemplo, estão em pleno vigor: o processo administrativo disciplinar (Lei 8.112/90, alterada pela Lei 9.527/97); a determinação e exigência de créditos tributários da União (Dec. 70.235/72); e a licitação (Lei 8.666/93); e o Código de Trânsito Brasileiro (Lei 8.078/90).⁵⁷

Uma lei geral de processo administrativo expõe claramente os direitos básicos que o informam, para que os seus sujeitos alcancem pleno exercício. Nas palavras de SOUTO,⁵⁸

“O processo administrativo representa garantia de direitos, tanto no atinente ao indivíduo considerado isoladamente, quanto sob o prisma dos direitos coletivos e difusos. Além do mais, associa-se à concepção do Estado Democrático de Direito e aos princípios constitucionais da Administração, como corolário e veículo de sua expressão.”

⁵⁷ SAMPAIO, Luiz A. Paranhos. *Processo Administrativo*. Goiânia: AB-Editora, 2000. P. 141.

3.2 – Ato Administrativo

3.2.1 - Complexidade

Além de garantir o direito à propriedade e à liberdade, a CF/88 determina que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei, segundo o artigo 5º, *caput* e incisos II e XXII. Mas a tradicional doutrina administrativista entende o ato administrativo como sendo a manifestação da vontade do Estado, realizada por seus representantes.⁵⁹ Nessa corrente de pensamento, como seu principal representante no Brasil, conceitua MEIRELLES:

”o ato administrativo é toda manifestação unilateral de vontade da Administração Pública que, agindo nessa qualidade, tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar, extinguir e declarar direitos, ou impor obrigações aos administrados ou a si própria. Esse conceito é restrito ao ato administrativo unilateral, ou seja, àquele que se forma com a vontade única da Administração, e que é o ato administrativo típico ... Os atos bilaterais constituem os contratos administrativos, ... Condição primeira para o surgimento do ato administrativo é que a Administração aja nessa qualidade, usando de sua supremacia de Poder Público, visto que algumas vezes nivela-se ao particular e o ato perde a característica administrativa, igualando-se ao ato jurídico privado; a segunda é que contenha manifestação de vontade apta a produzir efeitos jurídicos para os administrados, para a própria Administração ou para seus servidores; a terceira é que provenha de agente competente, com finalidade pública e revestindo forma legal. Por aí se vê que o ato administrativo típico é sempre manifestação volitiva da Administração, no desempenho de suas funções de Poder Público, visando a produzir algum efeito jurídico, o que o distingue do fato administrativo, que, em si, é atividade pública material ...”⁶⁰

Entretanto, todo ato administrativo deve manifestar a vontade da lei, e não do Estado ou do agente público. Todo ato jurídico praticado no

⁵⁸ SOUTO, Marcos J. Villela. O Processo Administrativo e sua Aplicabilidade às Empresas Estatais. Repertório IOB de Jurisprudência. N° 15, agosto/99. P. 457.

⁵⁹ CRETELLA JÚNIOR, José. *Controle Jurisdicional do Ato Administrativo*. 3ª ed. Rio de Janeiro: FORENSE, 1998. P. 123.

⁶⁰ *Ibid.*, p. 133.

exercício de função pública, em cumprimento de determinação legal, é um ato unilateral porque não depende da vontade do administrado, em virtude da lei. O ato administrativo bilateral pressupõe a aceitação do administrado, que o caracteriza como contrato, por não haver obrigatoriedade legal de cumprimento do seu objeto. Todo ato administrativo que privar alguém, qualquer pessoa jurídica ou natural, de sua liberdade, prendendo ou obrigando-o a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, ou de seus bens, ameaçando ou causando-lhe prejuízo patrimonial, deverá ser construído no espaço-tempo do devido processo legal, em que as partes sejam formadas pelo representante do Estado e administrados interessados, com igualdade de direitos e deveres, em simétrica paridade processual e, ainda, que o processo seja dirigido e decidido por autoridade administrativa competente. A ação administrativa, seja em operações materiais ou em declarações formais, coincide com o interesse público expresso na lei e não na vontade pessoal do agente público competente, que é apenas administrador e não proprietário da coisa pública ou legislador.

Não existe supremacia do Poder Público. A única soberania que existe é a do povo, de onde emanam todos os poderes. Em igualdade de condições com o administrado, o Estado está sujeito às leis que edita. Com a CF/88, o novo paradigma é de supremacia da lei. Não existe mais Poder Público mas, sim, Função Pública. Depois de décadas de supremacia dos interesses do Estado em relação aos direitos e garantias das pessoas, a CF/88 implantou o novo Estado Democrático de Direito, onde prevalece a situação de equidade entre as pessoas e submissão do Estado ao império da lei, principalmente no que se refere à construção democrática e legal dos atos administrativos que neguem, extingam ou afetem direitos ou interesses legalmente protegidos; ou imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções; ou decidam reclamações ou recursos; decidam em contrário de

pretensão ou oposição formulada por interessado; decidam em contrário de parecer, informação ou proposta oficial; decidam de modo diferente da prática habitual; atos que impliquem revogação, modificação ou suspensão de ato administrativo anterior.

Na atualidade, em que as pessoas têm mais consciência de seus direitos, seja por haver maior liberdade nos veículos de comunicação, seja por disponibilidade de informações e maior acesso a elas, existe uma forte demanda de participação das pessoas nas decisões administrativas, para que haja maior adesão e justiça, principalmente naquelas decisões que lhes afetam direta e pessoalmente. Hoje vivemos o ocaso do Estado Social, que tomou para si a pretensa responsabilidade de suprir todas as principais necessidades das pessoas, interferindo em todos os setores da sociedade, dominando-os, controlando-os, manipulando-os. Apesar de a CF/88 implantar o novo Estado Democrático de Direito, cabe a todos nós transformar o texto constitucional em realidade. A recente codificação do Direito Processual Administrativo Federal, pela Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, tem por objeto proporcionar segurança e legalidade ao ato administrativo final, possibilitando o exercício do contraditório, da ampla defesa e o seu controle e aperfeiçoamento pela própria Administração Pública e por todos os interessados.

A CF/88 afasta o exaurido Estado Social de Direito e implanta a nova ordem constitucional do Estado Democrático de Direito, obrigando todos os órgãos públicos a agirem sob o estrito império da lei. Ficou clara a impotência do anterior Estado Social em atender a maior e mais complexa necessidade da sociedade. Uma das causas da crise da Administração Pública foi sua incapacidade de decidir de forma rápida, eficiente e constitucional, com uma ampla participação do administrado na construção

do ato administrativo, por meio do devido processo legal, o que resultaria em maior adesão às decisões da Administração e, naturalmente, evitaria os comuns atos administrativos eivados de ilegalidade.

A Constituição da República de 1988 trouxe aos brasileiros uma maior consciência jurídica voltada para uma maior efetividade dos direitos e garantias fundamentais. A efetividade consagrada no seu art. 5º, §1º, focou, principalmente, o Direito que regula a relação jurídica entre o particular e o Estado, este marcadamente autoritário. Uma onda de revisão crítica atingiu diretamente as atividades das instituições públicas e as normas assecuratórias dos direitos fundamentais. Algumas expressões se tornaram populares, como presunção de inocência, ônus da prova, participação democrática, devido processo legal, contraditório, ampla defesa, arbitrariedade e confisco, dentre outras.

Com a garantia constitucional do Acesso à Justiça e afastado o temor de debater os atos de um Estado autoritário, a Administração Pública se viu obrigada a rever a construção de suas decisões. Dessa revisão surgiu, com clareza, a inobservância dos direitos e garantias constitucionais na construção das decisões administrativas, as deficiências administrativas na apuração dos fatos, a arbitrariedade das autoridades (ao decidir contra ou além do texto legal), a insuficiência ou ausência de motivação do ato administrativo (impossibilitando o seu controle), a ineficiência por procrastinação, a excessiva burocracia engessante, a onerosa e grande dispersão de procedimentos, e a carência de recursos humanos qualificados.

A lesão, ou ameaça, de interesse causada por ato administrativo está sujeita ao controle do Judiciário (art. 5º, XXXV, CF/88) e pode ser contestada na própria esfera administrativa, com todas as garantias do

devido processo legal (art. 5º, XXXIV, CF/88). O Direito Processual Administrativo tem maior relevância sob o paradigma do Estado Democrático de Direito porque o controle do ato administrativo pelo Judiciário também alcança a sua formação processual, além de sua legalidade. Com a promulgação da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, regulamentando o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, fica fortalecido o controle da elaboração do ato administrativo. O ato administrativo somente será constitucional se tiver sido processado legalmente e se estiver condizente com a CF/88. Será devidamente processado se tiver sido construído ao final de um processo administrativo onde a Lei 9784/99 tiver sido plenamente aplicada, tendo sido oferecidas todas as garantias e direitos processuais, condizentes e amplos o suficiente para defender direitos individuais, difusos e coletivos, contra excessos, omissões ou desvios do poder público.⁶¹

O princípio da igualdade perante a lei, insculpido no *caput* do artigo 5º da CF/88, e o princípio da legalidade explicitamente direcionado à administração pública, no *caput* do art. 37 da CF/88, garantem a igualdade no plano da ação administrativa. Tanto o Estado quanto os administrados deverão se submeter aos ditames da lei, mesmo sendo o próprio Estado que a edita. Assim, o exercício da função pública é despersonalizado, sem interesse ou vontade própria.

Como todo poder emana do povo, que o exerce diretamente ou por meio dos seus representantes, toda soberania reside no povo e ninguém poderá exercer autoridade que não emane expressamente do povo. As leis são editadas pelo Estado também para si próprio, por deter autonomia e não

⁶¹ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Ob. cit. P. 1.

soberania. A força coercitiva legal que o Estado detém deve ser exercida para efetivar a lei. Na situação jurídica em que o Órgão Público é sujeito do direito de decidir a ação administrativa, especificando o conteúdo do ato administrativo, apesar da aparente posição de vantagem, não significa que detém poder para impor o interesse do Órgão Público ou do próprio agente. Somente pessoa natural e pessoa jurídica de direito privado têm vontade própria, naquilo que não for defeso em lei, cumprida a forma legal, quando prescrever.

A providência administrativa, que deve sempre traduzir a aplicação da vontade da lei, isto é, a satisfação do interesse público, não pode ser emanada arbitrariamente, sem que seja submetida ao devido processo legal, respeitados todos os espaços e tempos legais, numa seqüência previamente ordenada, em que todos os interessados tenham sido devidamente informados do ato inicial e de todos os atos processuais realizados, sendo-lhes concedido tempo suficiente para, em simétrica paridade contraditar, produzir provas e requerer recursos ao Órgão competente para cassar ou modificar a providência prolatada em 1º grau. A providência administrativa só será legal e válida se emanar de autoridade competente, ao final do processo administrativo legal, deduzida de todas as alegações e fundamentos ali produzidos em condições de simétrica paridade entre representantes da Administração Pública e os interessados naquela providência administrativa.

3.2.2 – Legitimidade

O administrador público só cumpre o seu dever de agir quando integra a vontade da lei com a sua finalidade, nos limites e nas condições por ela estabelecidos. A autoridade competente, autorizada a atuar

discricionariamente, tem a qualidade de realizar essa integração, chamada de “poder discricionário”.

Como a Administração Pública está submetida aos princípios constitucionais, em particular ao da legalidade, o grau de vinculação à lei definirá se o ato administrativo é vinculado ou discricionário. Já não cabe mais a análise do grau de liberdade do agente público. A autoridade administrativa detém competência discricionária apenas estrita na consecução do ato administrativo, pois este será submetido ao controle administrativo e judicial da existência, suficiência, adequabilidade, compatibilidade e proporcionalidade dos motivos; além do controle da possibilidade, conformidade e eficiência do seu objeto. Os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade estão diretamente ligados ao desvio de poder e à legitimidade do ato administrativo. A proporcionalidade é satisfeita se houver adequação entre a medida e o objetivo, se o ato for necessário e menos gravoso, e se não existir exagero de meios em relação aos fins pretendidos pela lei.

A insindicabilidade geral do mérito administrativo, tanto na esfera administrativa quanto na judicial, é um mero tabu fundamentado no positivismo jurídico. A Administração Pública tem poder discricionário no núcleo de escolhas administrativas que atendam otimamente ao interesse público, mesmo porque a lei não poderia prever todas as situações jurídicas e de fato sujeitas à ação do Estado. Nesse ponto não há que se admitir o controle, a investigação do mérito. Porém, os limites dessas escolhas devem ser contrastados pelo Judiciário e pelos interessados em ação administrativa, pois o uso defeituoso da discricionariedade é uma ilegalidade. O que é passível de controle no ato administrativo não é o poder discricionário, mas a sua forma e seu resultado. A ilegalidade é o

motivo principal para afastar o argumento comum de separação de poderes, isto é, não existe competência privativa da Administração Pública para cometer atos ilegais. Como no Brasil não existe um contencioso administrativo, Tribunais Administrativos, a jurisdição dos atos da Administração cabe ao Judiciário (art. 5º, XXXV, CF/88). Para MOREIRA NETO,⁶² o Judiciário tem competência para examinar a oportunidade e conveniência do ato administrativo, para verificar a sua conformidade à ordem jurídica:

“o Judiciário não tem, diretamente, ... a tutela da legitimidade, pois que esta, no Estado Democrático, é, em última análise, do povo e de seus representantes eleitos; mas tem-na indiretamente, a partir da definição positivada de legitimidade que se contém na norma legal, explícita ou implicitamente, quando autoriza à Administração o exercício da discricionariedade.”

O Judiciário tem espelhado a evolução doutrinária no controle da discricionariedade, transitando de uma visão clássica para um Judiciário co-participante do sistema governativo, co-responsável pela observância dos princípios fundantes do Estado e do Direito, quando afere a legalidade expandida dos atos dos poderes públicos, envolvendo sua legitimidade (controle da razoabilidade e proporcionalidade) e sua licitude (controle da moralidade administrativa).

Os princípios da realidade e da razoabilidade não existem de forma autônoma, mas informam a aplicabilidade dos princípios substantivos. O princípio da realidade tem como pressuposto que os fatos que sustentam as normas e demarcam seus objetivos são verdadeiros. A não-veracidade e a impossibilidade impõem rigorosos limites à discricionariedade, na satisfação do interesse público. O ato administrativo não pode ser motivado

⁶² MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Legitimidade e Discricionariedade: Novas Reflexões sobre os Limites e Controle da Discricionariedade*. 3ª ed. Rio de Janeiro: 1998. P. 83.

por algo inexistente, falso, equivocado, impreciso e duvidoso, como não pode se destinar a obter um resultado inatingível.

O princípio da razoabilidade visa a compatibilizar a premissa maior, a lei, com a premissa menor, advinda da situação jurídica. Esse princípio pretende considerar se o ato administrativo discricionário satisfaz o interesse público de forma satisfatória, quando compatibiliza interesses com razão e não causa e efeito, numa lógica para decidir. A legalidade do ato administrativo depende da existência de pertinência razoável entre a oportunidade e conveniência, de um lado, e a finalidade, de outro.

Assim, a verificação da competência administrativa não significa reavaliação do mérito, mas verificação de sua conformidade aos limites do ordenamento jurídico como um todo. Em conclusão de MOREIRA NETO:

“o aperfeiçoamento do Estado Democrático de Direito não se atinge com a defesa anacrônica de prerrogativas de poder que medram e se homiziam em zonas de incerteza jurídica, mas com avanços nos espaços ensolarados da sindicabilidade e da responsabilidade, que haverão de nos proporcionar as teorias que evoluem, transitam e porfiam nos debates forenses e doutrinários.”⁶³

3.2.3 - Elementos constitutivos essenciais

Sob a nova ordem jurídica da Constituição da República de 1988, seis elementos formam os requisitos intrínsecos constituintes do ato administrativo válido: competência, finalidade, forma, motivação, objeto e moralidade. A inexistência, ou a existência incompleta ou simulada, de qualquer um desses elementos, viciam o ato administrativo, tornando-o

anulável. O termo providência é mais apropriado para designar o ato administrativo decorrente do devido processo legal, por ser mais pródigo, mais prudente, mais cauteloso, afinal, por ser decorrente de ações providenciais. A providência seria a espécie do gênero ato administrativo. Assim, **providência é o ato administrativo que põe fim à ação administrativa**. Além desses, existe um elemento extrínseco que concorre para a construção do ato administrativo válido e deve ser considerado: o mérito administrativo.

O **mérito administrativo** é a escolha do objeto do ato administrativo, quando o ordenamento jurídico não especifica essa escolha, cabendo um juízo de valor do Órgão Público. Ainda nesses casos não há que se falar em vontade do Estado, devendo o ato ser motivado para que se possa controlar a sua conveniência e oportunidade, além da obediência aos princípios constitucionais insculpidos no art. 37 da CF/88.

O procedimento administrativo adotado na construção do ato administrativo deverá ser ali consignado, uma vez que a espécie processual deverá ser adotada quando o ato administrativo puder atingir direito individual, difuso ou coletivo, principalmente, aqueles relativos à liberdade e ao patrimônio.

Para a prática do ato administrativo, a competência é a condição primeira de sua validade. Nenhum ato pode ser realizado validamente sem que o agente disponha de poder legal para praticá-lo. Entende-se por **competência administrativa** a capacidade atribuída ao agente público para o desempenho específico de suas funções. A competência resulta do texto legal e por ele é delimitada. Todo ato emanado de agente não-competente,

⁶³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Ob. cit. P. 86.

ou realizado além do limite de que dispõe a autoridade incumbida de sua prática, é inválido, por lhe faltar um elemento básico de sua perfeição, qual seja, a capacidade jurídica para manifestar a vontade da lei. A competência administrativa, sendo um requisito de ordem pública, é intransferível e improrrogável pela vontade dos interessados. Pode, entretanto, ser delegada parcialmente e avocada (arts. 11 e 12 da Lei 9.784/99).

A delegação de competência válida tem que estar autorizada no texto legal, da mesma forma que prevê a competência original. Por ser de ordem pública, a competência é intransferível e improrrogável, inerente ao cargo público. A delegação de competência, quando autorizada, deverá ser motivada por necessidades econômico-espaco-temporais indissociáveis e impeditivas do exercício regular das funções do Órgão Público. As matérias e poderes transferidos, os limites de atuação do delegado, os objetivos da delegação e o recurso cabível devem ser especificados mediante ato publicado no Diário Oficial, sendo por igual meio publicada a revogação da delegação (art. 14 da Lei 9.784/99). Os arts. 11 e 12 da Lei 9.784/99, aparentemente, são conflitivos. Entretanto, se for legalmente admitido, a autoridade poderá delegar totalmente a sua competência mas, se não houver impedimento nem permissão legal, como os previstos no art. 13, a autoridade poderá delegar parcialmente a sua competência, de forma motivada e com reservas de poderes, nas situações especiais de índole que nomeia exhaustivamente. Sobre a avocação, tratada nos arts. 11 e 15 da Lei 9.784/99, o aparente conflito poderá ser resolvido com a interpretação de que a avocação legalmente admitida seria exemplificativa, isto é, a previsão dos casos em que é possível não elimina a possibilidade de que ocorra excepcionalmente, por motivos relevantes e justificados no ordenamento jurídico como um todo.

O objetivo do ato administrativo, sua finalidade, deverá estar condizente com interesse público indicado na ordem jurídica. Não se compreende ato administrativo sem fim público. A finalidade é, assim, elemento vinculado de todo ato administrativo. Ato administrativo sem finalidade pública ou desviado da finalidade legal específica é anulável. Desde que a Administração Pública só se justifica como fator de realização do interesse coletivo, seus atos não de se dirigir sempre e sempre para um fim público, sendo anuláveis quando satisfizerem pretensões contrárias ao interesse coletivo. A finalidade do ato administrativo é aquela que a lei indica explícita ou implicitamente. Não cabe ao administrador escolher outra, ou substituir a indicada, ainda que sua escolha atenda aos interesses coletivos. O ato deve estar vinculado integralmente à vontade legislativa. O desvio de finalidade expressa no texto legal ou implícita no ordenamento da Administração caracteriza o desvio de poder e invalida o ato administrativo, por lhe faltar um elemento constitutivo.

A apresentação do ato administrativo constitui requisito vinculado e imprescindível à sua constituição. A forma de apresentação do ato administrativo não pode ser confundida com a forma de sua construção, no devido processo legal, existentes o contraditório e a ampla defesa, nos casos em que a lei o determina. Enquanto os atos jurídicos dos particulares, a que não se impõe forma especial, poderão provar-se mediante confissão; atos processados em juízo; documentos públicos ou particulares; testemunhas; presunção; exames e vistorias; e arbitramento, os atos administrativos demandam procedimentos especiais e forma legal para que se expressem validamente. Enquanto no Direito Privado, a prescrição legal da forma do ato jurídico válido é exceção, no Direito Público é condição essencial. Todo ato administrativo é formal, mesmo quando a lei autoriza

forma não escrita, por ser um ato jurídico vinculado, devendo sempre ser controlado por quem de direito. Se o defeito do ato administrativo for sanável, poderá ser suprido validamente. Entretanto, se o defeito for grave e insuperável, o ato deverá ser revogado, sob pena de ser anulado judicialmente. Vale dizer que, de qualquer forma, o Estado tem responsabilidade por danos causados aos administrados, tanto por atos viciados quanto por atos ilícitos.

Para ARAÚJO, “o termo **motivação** é usado para designar não apenas a manifestação dos motivos, mas também a de todos os elementos que influem na legalidade, oportunidade e finalidade do ato, bem como a correspondência entre o motivo deste e seu conteúdo”⁶⁴. A motivação tem sentido material e formal. A motivação material é necessária em todo ato administrativo, uma vez que o ato administrativo se consubstancia em um pressuposto fático, que autoriza ou obriga o administrador público a emitilo, correspondente às exigências legais impostas para sua prática.

A motivação formal, para o mesmo autor,

*”constitui-se na demonstração, pelo administrador, da existência da motivação substancial. Vale dizer: na exposição capaz de deixar claro que o ato tenha sido praticado segundo motivos reais aptos a provocá-lo, que esses motivos guardam relação de pertinência lógica com o conteúdo do ato e que este tenha emanado da autoridade competente, em vista da correta finalidade legal”*⁶⁵.

A **motivação do ato administrativo** é a explanação de uma determinada situação jurídica, realizada com o objetivo de consubstanciar a pertinência e legalidade da providência administrativa. Isto é, a motivação

⁶⁴ ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. *Motivação e Controle do Ato Administrativo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1992. P. 93

⁶⁵ *Ibid.*, mesma página.

do ato administrativo é a exposição dos fatos e dos pressupostos jurídicos que levaram o Órgão Público a praticá-lo.

Para BANDEIRA DE MELLO, a manutenção da ordem social, em que todos possam se sentir garantidos e resguardados, depende da supremacia do interesse público sobre o privado. Com esse pressuposto, o autor defluiu que o órgão encarregado de zelar pelo interesse público e de exprimi-lo tem posição privilegiada, de supremacia, nas relações com os particulares. Ainda cita, como exemplos, os seguintes privilégios: presunção de veracidade e legitimidade dos atos administrativos; maiores prazos processuais, e prazos especiais para prescrição das ações em que é parte. Continua, afirmando que a condição de autoridade do Poder Público

“compreende, em face da sua desigualdade, a possibilidade, em favor da Administração, de constituir os privados em obrigações por meio de ato unilateral daquela. Implica, outrossim, muitas vezes, o direito de modificar, também unilateralmente, relações já estabelecidas.”⁶⁶

Entretanto, conclui que os privilégios só podem ser manejados, legitimamente, para alcançar os interesses públicos e não para satisfazer conveniências do aparelho estatal ou dos agentes governamentais.

Para MEDAUAR, essa doutrina dificultava a implantação do processo administrativo na acepção atual, porque

“a supremacia do interesse público sobre o particular e a concepção da Administração detentora absoluta do juízo sobre o interesse público impediam que se cogitasse a respeito da realidade fática, que é a existência de conflitos de pontos de vista, conflitos de interesse, controvérsias a respeito de direitos, nesse âmbito.”⁶⁷

Todos os interessados têm direito de expor suas idéias e de apresentar suas provas que influam na decisão final, a providência

⁶⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 13ª Ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2001. P. 30.

⁶⁷ MEDAUAR, Odete. *A processualidade no direito administrativo*. São Paulo: RT, 1993. P. 77

administrativa. Esta deverá dispor sobre todos os fatos e fundamentos formadores do processo, construindo um dispositivo lógico e racional.

No art. 50, da Lei 9.784/99, estão listados os atos administrativos que deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos. Todo ato administrativo deve ser motivado, a não ser ato de mero expediente. Ainda, toda providência que põe fim a um processo administrativo de qualquer natureza deverá ser motivada para que se possa fazer o pertinente controle de legalidade pelo interessado, por autoridade administrativa superior ou pela Justiça Pública, garantindo efetividade ao contraditório e à ampla defesa, protegendo os direitos dos administrados e cumprindo com o fim da Administração.

O **objeto do ato administrativo** é regular, adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos. O objeto identifica-se com o conteúdo do ato, através do qual a Administração Pública se manifesta. O objeto decorrente do mérito administrativo também está sujeito a controle, uma vez que a ação comissiva ou omissiva do agente público está sujeita a vários princípios constitucionais e está sujeita a ser tipificada como crime contra a Administração Pública. O controle do objeto do ato administrativo decidido sob o pálio do mérito administrativo também poderá ser controlado por qualquer interessado prejudicado (art. 5º, XXXIV, “a”, da CF/88), por órgão controlador da própria Administração Pública, pelo Judiciário (art. 5º, XXXV, e art. 102, §1º, da CF/88; e Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999) e pelo Legislativo, por meio dos tribunais de Contas (art. 71 da CF/88) ou diretamente (art. 49, X, da CF/88). Vale dizer que não há quebra de independência ou harmonia entre os Órgãos da União, pelo cumprimento da própria Constituição.

Sob esse prisma, admitindo-se a existência do mérito administrativo na escolha de objeto não vinculado à lei, mas reafirmando-se a necessidade da motivação e a possibilidade de controle externo à Administração Pública, a título de verificação da aplicabilidade da matéria, poderíamos afirmar que o programa de governo divulgado em campanha eleitoral vincula, moralmente, o candidato a cargo executivo eleito. Se o chefe do executivo eleito descumprir algum item do seu programa de governo, usando a prerrogativa da competência discricionária administrativa, deveria ser impedido de exercer o seu mandato pelo Legislativo correspondente, ou ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, conforme o seu programa de governo, em prazo que garanta sua eficácia.

As campanhas a cargos majoritários têm sido viciadas por falsas promessas, configurando verdadeiro estelionato eleitoral. Os compromissos de campanha deveriam vincular os objetos dos atos administrativos não prescritos ou defesos em lei, com fundamento no princípio da moralidade pública insculpido no art. 37, *caput*, da CF/88. Os atos administrativos contrários ao programa de governo utilizado pelo chefe de executivo em campanha, quando não vinculados à lei, são viciados por desonestidade. O agente público não pode se afastar do comportamento ético ao atuar. O ato administrativo, além de ser legal, tem que ser lícito. Assim, acrescentamos um sexto elemento constitutivo do ato administrativo: a moralidade.

O ato administrativo deverá estar conformado à **moralidade pública**. A moralidade pública interessa à sociedade como um todo e não apenas ao íntimo das pessoas. O ato administrativo deve ser verdadeiro, honesto e probo. A moralidade administrativa deve estar integrada ao Direito. Os incisos IV e VIII do Código de Ética Profissional do Servidor

Público Civil Federal, aprovado pelo Dec. 1.171, de 22.6.94., dispõem, *in verbis*:

“Inciso IV- A remuneração do servidor público é custeada pelos tributos pagos direta ou indiretamente por todos, até por ele próprio, e por isso se exige, como contrapartida, que a moralidade administrativa se integre no Direito, como elemento indissociável de sua aplicação e de sua finalidade, erigindo-se, como conseqüência, em fator de legalidade.

Inciso VIII - Toda pessoa tem direito à verdade. O servidor não pode omiti-la ou falseá-la, ainda que contrária aos interesses da própria pessoa interessada ou da Administração Pública. Nenhum Estado pode crescer ou estabilizar-se sobre o poder corruptivo do hábito do erro, da opressão, ou da mentira, que sempre aniquilam até mesmo a dignidade humana quanto mais a de uma Nação.”

O ato administrativo que atende ao requisito da **moralidade** traduz a realização de uma boa administração e atendimento do bem comum. Também é imoral o ato administrativo que procura, embora movido por zelo profissional, obter vantagem para o patrimônio público, por desviar sua função que é o de concorrer para a criação do bem comum. O administrador público deve estar ciente da diferença de efeitos entre o ato legal e o lícito, entre o justo e o injusto, o honesto e o desonesto, e nunca desprezar o elemento ético de sua conduta.

3.3 – Sujeitos do processo administrativo

Na teoria geral do processo, para comodidade de linguagem, a autoridade processante é sujeito do processo mas, na realidade, é um agente de um dos sujeitos, o Estado, detentor do monopólio da jurisdição. Como este estudo de Direito Processual Administrativo é voltado para a Lei de Processo Administrativo Federal, e a Lei também se aplica aos Órgãos Judiciário e Legislativo, em atividade administrativa, enfocaremos o sujeito Estado como sendo a Administração Pública Federal, que por sua vez é

representada por suas entidades e agentes administrativos. Tal marco teórico se embasa no fato de que os preceitos da Lei se aplicam igualmente aos outros Órgãos da União, independentemente de suas estruturas administrativas.

A **autoridade processante**, competente para decidir a lide administrativa, atua em nome do Estado. Entretanto, como o objeto do litígio sempre será de interesse público, uma ação comissiva ou omissiva da Administração Pública, essa sempre exercerá, simultaneamente, o papel de litigante e julgadora. Essa confusão⁶⁸ de sujeitos é o maior paradoxo do processo administrativo. Poderíamos comparar a ação administrativa com ações judiciais em que o Estado é demandante ou demandado. Numa redução histórica, poderíamos dizer que o aplicador do Direito sempre foi a autoridade máxima de uma determinada comunidade, para que pudesse ser o mais imparcial possível. No Estado Constitucional, por absoluta impossibilidade de a autoridade máxima decidir todos os litígios entre os administrados, foi criada a figura do juiz que, normalmente, tem carreira própria; alta remuneração; com direitos constitucionais, como as garantias de vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídio (art. 95 da CF/88); com independência hierárquica funcional (Estatuto da Magistratura); e é lotado no Órgão Judiciário da União, com autonomia administrativa e financeira em relação à Administração Pública (art. 99 da CF/88).

Na ação administrativa, o Estado é sempre parte e julgador, e o resultado final do litígio sempre lhe interessa diretamente, no atendimento dos fins da administração. Nem a doutrina nem a nova Lei do processo

⁶⁸ Confusão no sentido processual (inc. X do art. 267 do CPC), entre autor e réu ou, no caso, entre parte e aplicador do Direito.

administrativo enfrentam esse paradoxo. Nas circunstâncias atuais, por uma conclusão subliminar, o mais sensato seria mantê-las e deixar que o Judiciário decida definitivamente os litígios administrativos. Porém, sob o paradigma do Estado Democrático de Direito, a Administração Pública está limitada pelos direitos e garantias fundamentais e os interessados têm direito ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa. Apesar de estar submetida à obediência hierárquica, apesar de mal remunerada, apesar de não ter as garantias constitucionais dos juízes, apesar da ameaça de perda da função, apesar de não deter os conhecimentos jurídicos necessários para o mister, apesar de o setor público precisar arrecadar sempre mais, apesar da falta de recursos humanos e materiais, a autoridade administrativa processante e aplicadora do Direito precisa se submeter às condicionantes processuais na produção do ato administrativo, como os princípios institutivos do processo: o contraditório, a isonomia e a ampla defesa.

Para que seja possível superar o paradoxo do Direito Processual Administrativo é necessário que a entidade, com personalidade jurídica (Estado), seja representada na estrutura processual por dois sujeitos diferentes, um como parte litigante e outro como autoridade processante e decisória. O agente litigante deverá se manifestar por escrito em relatório técnico, com todos os dados necessários para reconstrução dos fatos e avaliação das provas juntadas aos autos, indicando todos os fundamentos jurídicos da decisão que deverá sugerir à autoridade processante⁶⁹. No exercício dessas funções, nenhum desses agentes pode sofrer qualquer tipo de pressão hierárquica ou funcional, ameaça ou oferta, interna ou externa,

⁶⁹ A existência do agente administrativo como parte e o conteúdo do relatório inicial sugerido têm previsão parcial no §1º do art. 29 e §1º do art. 38 da Lei 9.784/99, e são essenciais para iniciar a fase instrutória e possibilitar o estabelecimento do contraditório e da ampla defesa, após a citação das pessoas interessadas.

ou ter qualquer interesse pessoal na causa, sob risco de viciar o ato administrativo. Nessa situação, o agente deve-se julgar impedido ou suspeito e se abster de atuar (art. 18 e ss. da Lei 9.784/99).

Mesmo havendo a estrutura mínima de sujeitos processuais, evidentemente, é necessário que cada um desempenhe a sua função processual nos termos do ordenamento jurídico. Assim, considerando que o objetivo básico deste trabalho é desenvolver a maneira de aplicar os princípios institutivos do processo administrativo, algumas reformas serão sugeridas. Os sujeitos administrativos processuais, tendo ou não formação jurídica, deverão ter acesso a cursos intensivos de Direito, nas disciplinas afins. Além de estabilidade remuneratória da função e independência hierárquica de opinião, os servidores que forem sujeitos processuais deverão ter remuneração condizente com a responsabilidade e exigência de conhecimentos especializados, bem como com a necessária segurança emocional, moral e patrimonial. Manuais de normas, orientações, procedimentos e rotinas deverão ser formulados ou reformados por profissionais especializados, inclusive com a elaboração de modelos de todos os documentos e atos processuais repetitivos ou fundamentais (inclusive os que possam facilitar a atuação dos administrados interessados – art. 7º da Lei 9.874/99).

3.3.1 – Dos sujeitos da Administração Pública

Os elementos figurativos subjetivos da ação administrativa dão a principal marca diferenciadora e fixam a maior dificuldade em aplicar as condicionantes processuais, em relação à ação judicial. Na ação administrativa, sujeitos são os litigantes interessados, a Administração Pública, representada pela autoridade administrativa, e os agentes

administrativos que não detêm competência decisória. Em qualquer procedimento administrativo, por sua natureza constituinte, a Administração Pública é parte, por meio de seus órgãos e agentes. Isto é, o sujeito que decide a ação vai cumpri-la ou executá-la em desfavor de alguém. A complexidade da ação administrativa, sob esse aspecto, se agrava nas situações em que o objeto do litígio interessa apenas a órgãos e agentes da própria entidade estatal ou, nos procedimentos de natureza contenciosa, não existe interessado privado. Como não pode haver parte sem adversário, chamado confusão de partes, o processo não se instaura e a providência administrativa, se houver, será inválida.

A perplexidade da situação exposta é aparente e de extrema importância no processo administrativo. Nos procedimentos de natureza contenciosa, os interessados deverão ser comprovadamente cientificados da instauração do procedimento administrativo, nos termos do art. 26 da Lei 9.874/99, e os direitos e garantias processuais deverão ser proporcionados de forma tão adequada e ampla quanto necessário. Diferentemente da ação judicial, a ação administrativa não poderá ser arquivada por existir apenas órgão público como parte ou devido à revelia do administrado, pelo princípio da continuidade do serviço público, no atendimento do interesse coletivo. Vale dizer que, nos casos em que a providência administrativa demanda um procedimento contencioso, a sua execução é ilegal se não decorrer do devido processo legal, com todas as suas condicionantes, dentre elas a perfeita e completa citação do destinatário de uma pretensa punição, a tempo e modo que permita o exercício de seu direito de ampla defesa.

A situação jurídica especialíssima de a própria autoridade processante ter interesse direto na providência final, especificidade do

processo administrativo, levou a Assembléia Constituinte a manter o monopólio do Poder Judiciário, do qual a lei não pode excluir a apreciação de qualquer lesão ou ameaça a direito (inc. XXXV, da CF/88). A confusão entre parte litigante e autoridade processante provoca uma extrema dificuldade em se realizar o processo administrativo válido, com todas as condicionantes do Direito processual, como o inerente direito ao contraditório. Para que haja possibilidade de existência de um processo administrativo, e não mero procedimento, é extremamente importante e necessário que os agentes públicos tenham competência e função perfeitamente determinadas. A autoridade processante nunca poderá ser o mesmo agente que atua no processo como litigante. Este tem a função de alegar e provar os fatos, indicar os fundamentos e propor a ação administrativa. Aquele deverá se manter isento de preconceitos, de interesses pessoais, e de interesses da Administração Pública, cuidando para que as pessoas interessadas possam contraditar com isonomia e para que as condicionantes do Direito Processual sejam aplicadas. Ainda, a Autoridade Administrativa deve decidir de acordo com o ordenamento jurídico, motivadamente, considerando todos os fatos e fundamentos processuais, para que o procedimento administrativo não seja instrumento de legitimação do abuso ou desvio de competência, e seja válido⁷⁰. Devido à específica estrutura dos sujeitos do processo administrativo, no seu estudo impõe-se como condição inarredável o conhecimento da Administração Pública e de seus órgãos.

⁷⁰ Como bem expressou o Ministro Geraldo Sobral: “Não está legitimado o expropriante a impugnar o domínio do bem que indicou como sendo do expropriado. Tal atitude fere o princípio da moralidade da Administração, além da obrigação de agir dentro da legalidade, deve saber distinguir, na prática de seus atos, onde termina o lícito e principia o ilícito, quais as fronteiras do justo e do injusto e a extensão de seus efeitos sobre o interesse coletivo.” (TRF AG n. 0044655 de 12.12.1983. DJ de 01.03.84).

Para MEIRELLES, a Administração Pública,

”em sentido formal, é o conjunto de órgãos instituídos para consecução dos objetivos do Governo; em sentido material, é o conjunto das funções necessárias aos serviços públicos em geral; em acepção operacional, é o desempenho perene e sistemático, legal e técnico, dos serviços próprios do Estado ou por ele assumidos em benefício da coletividade.” ... “Administração Pública é a gestão de bens e interesses qualificados da comunidade no âmbito federal, estadual e municipal, segundo os preceitos do Direito e da Moral, visando ao bem comum”⁷¹.

Numa visão global, a Administração é, pois, todo o aparelhamento do Estado preordenado à realização dos serviços próprios. A Administração é a atividade funcional concreta do Estado, que satisfaz as necessidades coletivas em forma direta, contínua e permanente, com sujeição ao ordenamento jurídico vigente.

A própria Lei 9784/99, em seu art. 1º, §2, define que *entidade* é unidade de atuação, pública ou privada, dotada de personalidade jurídica; *órgão* é elemento despersonalizado incumbido da realização das atividades da entidade a que pertence, integrante da Administração direta ou indireta, por seus agentes; e *autoridade* é o agente administrativo com competência para decidir.

O Decreto-lei 200, de 25.02.67, divide a Administração Pública em direta e indireta. A Administração direta está regulada na Lei 9649/98, com modificação advinda de medidas provisórias, abrangendo, principalmente, a organização da Presidência da República e dos Ministérios. Para BANDEIRA DE MELLO,⁷² a Administração indireta é formada pelas autarquias, sociedades de economia mista, empresas públicas e fundações públicas. Para MEIRELLES⁷³, na organização política e administrativa

⁷¹ MEIRELLES, Hely Lopes. Ob. cit. P. 55-79 passim.

⁷² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Ob. cit. P. 123.

⁷³ MEIRELLES, Hely Lopes. Ob. cit. P. 62.

brasileira, as entidades classificam-se em estatais, autárquicas, fundacionais e paraestatais.

Entidades estatais são pessoas jurídicas de direito público que integram a estrutura constitucional do Estado e têm poderes políticos e administrativos, tais como as entidades autônomas União, Estados Federados, Distrito Federal e Municípios. As entidades estatais têm autonomia política, administrativa e financeira. Entidades autárquicas são pessoas jurídicas de direito público, de natureza meramente administrativa, criadas por lei específica, para a realização de atividades, obras ou serviços descentralizados da entidade estatal que as criou. Funcionam e operam na forma estabelecida na lei instituidora e nos termos de seu regulamento.

As *autarquias* podem desempenhar atividades econômicas, educacionais, previdenciárias e quaisquer outras outorgadas pela lei. Não têm subordinação hierárquica, mas estão sujeitas ao controle finalístico de sua administração e da conduta de seus dirigentes.

Entidades fundacionais são pessoas jurídicas de direito público, assemelhadas às autarquias. São criadas por lei específica com as atribuições que lhes forem conferidas no ato de sua instituição.

Entidades paraestatais são pessoas jurídicas de direito privado cuja criação é autorizada por lei específica para a realização de obras, serviços ou atividades de interesse coletivo. São espécies de entidades paraestatais as empresas públicas, as sociedades de economia mista e os serviços autônomos, como o SESI, SESC e SENAI. São autônomas administrativa e financeiramente, têm patrimônio próprio e operam em regime da iniciativa

privada, na forma de seus estatutos, ficando vinculadas ao órgão da entidade estatal a que pertencem.

3.3.1.1 - Órgãos públicos

Na Administração Pública não se enquadra perfeitamente a teoria da representação, tendo em vista a dificuldade em determinar a competência para nomear o representante da entidade. Hoje prevalece a teoria do órgão, segundo a qual as pessoas jurídicas se expressam por meio de seus próprios órgãos, representados por seus agentes, escolhidos por meio de sua organização interna. **Órgãos públicos** são centros de competência instituídos para o desempenho de funções estatais, por meio de seus agentes, cuja atuação é imputada à pessoa jurídica a que pertencem.

Os órgãos têm atribuições específicas de ação na organização estatal. Cada órgão, como centro de competência administrativa, tem necessariamente funções, cargos e agentes, mas é distinto desses elementos, que podem ser modificados, substituídos ou retirados sem supressão da unidade orgânica. Isso explica por que a alteração de funções, ou a vacância dos cargos, ou a mudança de seus titulares, não acarretam a extinção do órgão. Os órgãos integram a estrutura do Estado e são dotados de capacidade para exercer direitos e contrair obrigações para a consecução de seus fins institucionais. Por isso mesmo, os órgãos não têm personalidade jurídica nem vontade própria, que são atributos do corpo e não das partes, mas na área de suas atribuições e nos limites de sua competência funcional expressam a vontade da entidade a que pertencem e a vinculam diretamente por seus atos, manifestados através de seus agentes. Como partes das entidades que integram, os órgãos são meros instrumentos

de ação dessas pessoas jurídicas, preordenados ao desempenho das funções que lhes forem atribuídas pelas normas de sua constituição e funcionamento. Para a eficiente realização de suas funções, cada órgão é investido de determinada competência, redistribuída entre seus cargos, com a correspondente parcela de poder necessária ao exercício funcional de seus agentes. Embora despersonalizados, os órgãos mantêm relações funcionais entre si e com terceiros, das quais resultam efeitos jurídicos internos e externos, na forma legal ou regulamentar. A atuação dos órgãos é imputada à pessoa jurídica que eles integram, mas nenhum órgão a representa juridicamente. A representação ocorre perante terceiros ou em juízo, por certos agentes, como procuradores da entidade. Os órgãos não têm existência distinta da entidade a que pertencem e seus atos se confundem com os atos daquela. Quando o agente ultrapassa a competência do órgão surge a sua responsabilidade pessoal perante a entidade; como também, quando esta desconsidera direitos do titular do órgão, pode ser compelida judicialmente a respeitá-los. A classificação dos órgãos públicos revela a característica própria de cada categoria e facilita a compreensão de seu funcionamento, suas prerrogativas e seu relacionamento interno e externo.

Órgãos independentes são os originários da Constituição e representam as Funções de Estado - Legislativo, Executivo e Judiciário -, colocados no ápice da pirâmide governamental, sem qualquer subordinação hierárquica ou funcional, e só sujeitos aos controles constitucionais de um Poder pelo outro. Por isso, são também chamados órgãos primários do Estado. Esses órgãos detêm e exercem precipuamente as funções políticas, judiciais e quase-judiciais outorgadas diretamente pela Constituição, para serem desempenhadas pessoalmente por seus membros (agentes políticos, distintos de seus servidores, que são agentes administrativos), segundo normas especiais e regimentais. Nessa categoria encontram-se as

Corporações Legislativas (Congresso Nacional, Câmara dos Deputados, Senado Federal, Assembleias Legislativas, Câmaras de Vereadores), as Chefias de Executivo (Presidente da República, Governador do Estado e do Distrito Federal, e Prefeito Municipal), os Tribunais Judiciários e os Juízos Singulares (Supremo Tribunal Federal, Tribunais Superiores Federais, Tribunais Regionais Federais, Tribunais de Justiça e de Alçada dos Estados-membros, Tribunais do Júri e Varas das Justiças Comum e Especial). De se incluir, ainda, nesta classe o Ministério Público Federal e Estadual e os Tribunais de Contas da União, dos Estados-membros e dos Municípios, os quais são órgãos funcionalmente independentes e seus membros integram a categoria dos agentes políticos, inconfundíveis com os servidores das respectivas instituições.

Órgãos autônomos são os localizados na cúpula da Administração, imediatamente abaixo dos órgãos independentes e diretamente subordinados a seus chefes. Têm ampla autonomia administrativa, financeira e técnica, caracterizando-se como órgãos diretivos, com funções precípua de planejamento, supervisão, coordenação e controle das atividades que constituem sua área de competência. Participam das decisões governamentais e executam com autonomia as suas funções específicas, mas segundo diretrizes dos órgãos independentes, que expressam as opções políticas do Governo. São órgãos autônomos os Ministérios, as Secretarias de Estado e de Município, a Advocacia Geral da União e todos os demais órgãos subordinados diretamente aos chefes dos órgãos independentes, aos quais prestam assistência e auxílio imediatos. Seus dirigentes, em regra, não são servidores públicos, mas sim agentes políticos nomeados em comissão.

Órgãos superiores são os que detêm poder de direção, controle, decisão e comando dos assuntos de sua competência específica, mas sempre sujeitos à subordinação e ao controle hierárquico de uma chefia mais alta. Não gozam de autonomia administrativa nem financeira, que são atributos dos órgãos independentes e dos autônomos a que pertencem. Sua liberdade funcional restringe-se ao planejamento e soluções técnicas, dentro da sua área de competência, com responsabilidade pela execução, geralmente a cargo de seus órgãos subalternos.

Nessa categoria estão as primeiras repartições dos órgãos independentes e dos autônomos, com variadas denominações, tais como Gabinetes, Secretarias-Gerais, Inspetorias-Gerais, Procuradorias Administrativas e Judiciais, Coordenadorias, Departamentos e Divisões. O nome dado ao órgão é irrelevante; o que importa para caracterizá-lo superior é a preeminência hierárquica na área de suas atribuições. Assim, num Ministério ou numa Secretaria de Estado poderão existir tantos órgãos superiores quantas forem as áreas em que o órgão autônomo se repartir para o melhor desempenho de suas atribuições.

Órgãos subalternos são todos aqueles que se acham hierarquizados a órgãos mais elevados, com reduzido poder decisório e predominância de atribuições de execução. Destinam-se à realização de serviços de rotina, tarefas de formalização de atos administrativos, cumprimento de decisões superiores e primeiras soluções em casos individuais, tais como os que, nas repartições públicas, executam as atividades-meio e atendem ao público, prestando-lhe informações e encaminhando seus requerimentos.

3.3.1.2 - Agentes públicos

Agentes públicos são todas as pessoas físicas incumbidas, definitiva ou transitoriamente, do exercício de alguma função estatal. Os agentes normalmente desempenham funções do órgão, distribuídas entre os cargos de que são titulares, mas excepcionalmente podem exercer funções sem cargo. A regra é a atribuição de funções múltiplas e genéricas ao órgão, as quais são repartidas especificamente entre os cargos, ou individualmente entre os agentes de função sem cargo. Em qualquer hipótese, porém, o cargo ou a função pertence ao Estado, e não ao agente que o exerce, razão pela qual o Estado pode suprimir ou alterar cargos e funções sem nenhuma ofensa aos direitos de seus titulares, como podem desaparecer os titulares sem extinção dos cargos e funções.

Os **cargos** são apenas os lugares criados no órgão para serem providos por agentes que exercerão as suas funções na forma legal. O cargo é lotado no órgão e o agente é investido no cargo. O cargo integra o órgão, ao passo que o agente, como ser humano, unicamente titulariza o cargo para servir ao Estado, nos termos da lei. Órgão, função e cargo são criações abstratas da lei; agente é a pessoa humana que dá ação a essas abstrações legais.

As **funções** são os encargos atribuídos aos órgãos, cargos e agentes. O órgão normalmente recebe a função *in genere* e a repassa aos seus cargos *in specie*, ou a transfere diretamente a agentes sem cargo, com a necessária parcela de poder público para o seu exercício. Toda função é atribuída e delimitada pelo texto legal. Essa atribuição e delimitação funcional configuram a competência do órgão, do cargo e do agente, ou seja, a natureza da função e o limite de capacidade para o seu desempenho. Daí

por que, quando o agente ultrapassa esse limite, atua com abuso ou excesso de poder, produzindo um ato administrativo nulo de pleno direito. Portanto, na estrutura e organização do Estado e da Administração distinguem-se nitidamente capacidade, órgão, função, competência, cargo e agente. Os agentes públicos subdividem-se em quatro espécies ou categorias bem diferentes: agentes políticos, agentes administrativos, agentes honoríficos e agentes delegados.

Agentes políticos: são os componentes do Governo nos seus primeiros escalões, investidos em cargos, funções, mandatos ou comissões, por nomeação, eleição, designação ou delegação para o exercício de atribuições constitucionais. Esses agentes atuam com plena liberdade funcional, desempenhando suas atribuições com prerrogativas e responsabilidades próprias, estabelecidas na Constituição e em leis especiais. Não são servidores públicos, nem se sujeitam ao regime jurídico único estabelecido pela Constituição de 1988. Têm normas específicas para sua escolha, investidura, conduta e processo por crimes funcionais e de responsabilidade, que lhes são privativos.

Os **agentes políticos** exercem funções governamentais, judiciais e quase-judiciais, elaborando normas legais, conduzindo os negócios públicos, decidindo e atuando com independência nos assuntos de sua competência. São as autoridades públicas supremas da Administração na área de sua atuação, pois não estão hierarquizadas, sujeitando-se apenas aos graus e limites constitucionais e legais. Os agentes políticos têm plena independência funcional, equiparável à independência dos juízes nos seus julgamentos e, para tanto, ficam a salvo de responsabilização civil por seus

eventuais erros de atuação, a menos que tenham agido com culpa grave, má-fé ou em desvio de poder.

A situação dos que governam e decidem é bem diversa da dos que simplesmente administram e executam encargos técnicos e profissionais, sem responsabilidade de decisão e de opções políticas. Daí por que os agentes políticos precisam de ampla independência funcional e maior segurança para o desempenho de suas funções. As prerrogativas que se concedem aos agentes políticos não são privilégios pessoais; são garantias necessárias ao pleno exercício de suas altas e complexas funções governamentais e decisórias. Sem essas prerrogativas funcionais os agentes políticos ficariam tolhidos na sua independência decisória, ante o temor de responsabilização e perda de vantagens pessoais.

Nessa categoria encontram-se os chefes de Executivo (Presidente da República, Governadores e Prefeitos) e seus auxiliares imediatos (Ministros e Secretários de Estado e de Município); os membros das Corporações Legislativas (Senadores, Deputados e Vereadores); os membros do Poder Judiciário (Magistrados em geral); os membros do Ministério Público (Procuradores da República e da Justiça, Promotores e Curadores Públicos); os membros dos Tribunais de Contas (Ministros e Conselheiros); os representantes diplomáticos e demais autoridades que atuem com independência funcional no desempenho de atribuições governamentais, judiciais ou quase-judiciais, estranhas ao quadro do serviço público.

Agentes administrativos: são todos aqueles que se vinculam ao Estado ou às suas entidades autárquicas e fundacionais por relações profissionais, sujeitos à hierarquia funcional e ao regime jurídico único da

entidade estatal a que servem. São investidos a título de emprego e com retribuição pecuniária, em regra por nomeação e, excepcionalmente, por contrato de trabalho ou credenciamento. Nessa categoria incluem-se, também, os dirigentes de entidades paraestatais (não os seus empregados), como representantes da Administração Indireta do Estado, os quais, nomeados ou eleitos, passam a ter vinculação funcional com órgãos públicos da Administração direta, controladores da entidade.

Os agentes administrativos não são membros de Função de Estado, nem o representam, nem exercem atribuições políticas ou governamentais; são unicamente servidores públicos, com maior ou menor hierarquia, encargos e responsabilidades profissionais dentro do órgão ou da entidade a que servem, conforme o cargo ou a função em que estejam investidos. De acordo com a posição hierárquica que ocupam e as funções que lhes são cometidas, recebem a correspondente parcela de autoridade pública para o seu desempenho no plano administrativo, sem qualquer poder político. Suas atribuições, de chefia, planejamento, assessoramento ou execução, permanecem no âmbito das habilitações profissionais postas remuneradamente a serviço da Administração. Daí por que tais agentes respondem sempre por simples culpa pelas lesões que causem à Administração ou a terceiros no exercício de suas funções ou a pretexto de exercê-las, visto que os atos profissionais exigem perícia técnica e perfeição de ofício. Esses agentes administrativos ficam sujeitos ao regime da entidade a que servem e às normas específicas do órgão em que trabalham, e, para efeitos criminais, são considerados funcionários públicos, nos expressos termos do art. 327 do CP. A categoria dos agentes administrativos - espécie do gênero agente público - constitui a imensa massa dos prestadores de serviços à Administração Direta e Indireta do Estado nas seguintes modalidades admitidas pela Constituição da

República de 1988: a) servidores públicos concursados (art. 37, II); b) servidores públicos exercentes de cargos em comissão ou função de confiança, sem concurso, escolhidos, preferencialmente, entre "servidores ocupantes de cargo de carreira técnica ou profissional" (art. 37, V); c) servidores temporários, contratados "por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público" (art. 37, IX). Esses servidores públicos sujeitam-se ao disposto no art. 37 e incisos; todavia, somente os servidores da Administração Direta, das autarquias e das fundações públicas é que estão adstritos ao regime jurídico único imposto pela CF/88, nos termos do art. 39.

Agentes honoríficos: são cidadãos convocados, designados ou nomeados para prestar, transitoriamente, determinados serviços ao Estado, em razão de sua condição cívica, de sua honorabilidade ou de sua notória capacidade profissional, mas sem qualquer vínculo empregatício ou estatutário e, normalmente, sem remuneração. Tais serviços constituem o chamado *múnus público*, ou serviços públicos relevantes, de que são exemplos a função de jurado, de mesário eleitoral, de comissário de menores, de presidente ou membro de comissão de estudo ou de julgamento e outros dessa natureza.

Os **agentes honoríficos** não são funcionários públicos, mas momentaneamente exercem uma função pública e, enquanto a desempenham, sujeitam-se à hierarquia e disciplina do órgão a que estão servindo, podendo perceber um *pro labore* e contar o período de trabalho como de serviço público. Sobre esses agentes eventuais do Poder Público não incidem as proibições constitucionais de acumulação de cargos, funções ou empregos (art. 37, XVI e XVII), porque sua vinculação com o

Estado é sempre transitória e a título de colaboração cívica, sem caráter empregatício. Somente para fins penais é que esses agentes são equiparados a funcionários públicos quanto aos crimes relacionados com o exercício da função, nos expressos termos do art. 327 do CP.

Agentes delegados: são particulares que recebem a incumbência da execução de determinada atividade, obra ou serviço público e o realizam em nome próprio, por sua conta e risco, mas segundo as normas do Estado e sob a permanente fiscalização do delegante. Esses agentes não são servidores públicos, nem honoríficos, nem representantes do Estado; todavia, constituem uma categoria à parte de colaboradores da Função Pública. Nessa categoria encontram-se os concessionários e permissionários de obras e serviços públicos, os serventuários de ofícios ou cartórios não estatizados, os leiloeiros, os tradutores e intérpretes públicos, as demais pessoas que recebem delegação para a prática de alguma atividade estatal ou serviço de interesse coletivo.

Embora nossa legislação seja omissa a respeito, esses agentes, quando atuam no exercício da delegação ou a pretexto de exercê-la e lesam direitos alheios, devem responder civil e criminalmente sob as mesmas normas da Administração Pública de que são delegados, ou seja, com responsabilidade objetiva pelo dano (CF, art. 37, § 6º), e por crime funcional, se for o caso (CP, art. 327), pois não é justo e jurídico que a só transferência da execução de uma obra ou de um serviço originariamente público a particular descaracterize sua intrínseca natureza estatal e libere o executor privado das responsabilidades que teria a Função Pública se o executasse diretamente. Por essa mesma razão é que a lei de mandado de segurança considera "autoridade", para fins de impetração, "as pessoas

naturais ou jurídicas com funções delegadas da Função Pública, somente no que entende com essas funções" (Lei 1.533/51, art. 1º , § 1º). Não se confundam, entretanto, funções delegadas com atividades meramente fiscalizadas pelo Estado: aquelas têm origem e natureza públicas; estas são e continuam sendo particulares, sem equiparação aos atos estatais.

Ainda sobre a conduta desses agentes, entendemos que o Estado tem responsabilidade subsidiária pelos seus atos funcionais lesivos aos usuários ou terceiros, desde que a vítima comprove a insolvência do delegado, devedor principal. Note-se bem que a responsabilidade do delegante não é conjunta nem solidária com a do delegado; é subsidiária, ou seja, supletiva da do causador do dano na execução da delegação, se este se revelar incapaz de satisfazer a indenização devida. Nenhuma responsabilidade, porém, suporta o delegante pelos atos negociais do delegado para a execução da obra ou do serviço, pois quem com ele contrata o faz em termos particulares, sem qualquer vinculação com o Órgão Público delegante.

3.3.2 – Dos interessados litigantes

A Lei 9.874/99 alcança e protege qualquer pessoa, direta ou indiretamente (direitos coletivos e difusos), atingida em seus interesses pela atividade dos órgãos da Administração Pública, do Judiciário e do Legislativo, estes pelo exercício de função administrativa.

Constitucionalmente, o direito ao devido processo legal alcança todas as pessoas a cujo âmbito particular o ato administrativo se dirige para privar a liberdade ou o patrimônio (inc. LIV, art. 5º, da CF/88). Os interessados na ação administrativa são os que a iniciaram como titulares

de direitos ou interesses individuais ou no direito de representação, como são os que têm direitos ou interesses que possam ser afetados pelos atos processuais, inclusive o ato final, como as organizações e associações representativas de direitos e interesses coletivos, como as pessoas e associações legalmente constituídas quanto a direitos ou interesses difusos (art. 9º).

3.4 - Nulidades

A conseqüência jurídica da providência construída sem o devido processo legal é a sua nulidade, sanção que a torna ineficaz. Quando o ato administrativo é carente de algum elemento essencial, ou viola a lei, ele é viciado, defeituoso.

Para GONÇALVES, “nulidade é conseqüência jurídica prevista para o ato praticado em desconformidade com a lei que o rege, que consiste na supressão dos efeitos jurídicos que ele se destinava a produzir”.⁷⁴ O instituto da nulidade tem como objeto garantir a eficácia do texto legal na formação de qualquer ato jurídico capaz de privar alguém de sua liberdade ou de seu patrimônio. A nulidade atinge o próprio ato ilegal, por ser defeso ou contrário, ou por ser omissa na forma ou condições da lei.

A nulidade processual, além de punição, tem como principal escopo restabelecer o estado anterior ao ato ilegal. A nulidade do ato jurídico poderá ser preventiva ou reparatória, sendo que, neste caso, leva à

⁷⁴ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Nulidades no Processo*. Rio de Janeiro: AIDE Ed., 1993. P. 12.

responsabilização do agente, na interrupção, quando superável o vício, dos efeitos do ato ou na sua supressão.

Não existe ato nulo no processo. Só existe ato anulável porque no processo o ato tem eficácia até a declaração de nulidade do mesmo, isto é, no processo não existe ato inexistente ou nulo na origem. Um ato processual somente perde eficácia por defeito ou vício após a declaração desta circunstância pela autoridade processante, se houver prejuízo à garantia do devido processo legal. Assim, a nulidade absoluta do Direito Civil é insuprível, não podendo ser sanada, mas não impede a repetição do ato declarado nulo. Já a nulidade relativa, quando o vício por superável, oferece alternativa ao interessado de obter a declaração de ineficácia do ato ou permitir que seus efeitos ocorram. Na verificação da possibilidade de sanar determinado ato viciado, deverá ser observado se a sua superação causará prejuízo a alguém e se cumprirá a sua finalidade legal. O ato processual administrativo tem como finalidade estruturar um procedimento válido que, por sua vez, conduzirá a um provimento condizente com o ordenamento jurídico.

As regras processuais são imperativas e não autorizam a prevalência do interesse particular, como no Direito Privado, uma vez que não são regras dispositivas. Entretanto, em razão da natureza do processo, o interesse particular não poderia servir de base para a anulação de atos processuais que não causem qualquer prejuízo para alguém.⁷⁵ No devido processo legal, o ato viciado poderá ser validado se não trouxer prejuízo para a participação legal e igualitária dos interessados. Os efeitos do ato processual administrativo têm natureza diferente daqueles do negócio

⁷⁵ GONÇALVES, Aroldo Plínio. Ob. cit. P. 28.

jurídico. A autoridade processante age de ofício em todas as fases do processo podendo ser responsabilizada por omissão ou negligência causadora de dano, ao contrário do que informa o Direito Processual Civil, em que a autoridade judiciária não pode participar ativamente da fase instrutória do processo, pelo risco de provocar desequilíbrio entre as partes. A posição da autoridade administrativa processante é extremamente delicada, uma vez que pode iniciar, processar e decidir uma determinada situação jurídica, observando-se todas as garantias constitucionais do processo, cuidando para que sobressaia no provimento final o interesse público expresso no ordenamento jurídico e não o interesse do Estado, como parte e pessoa jurídica sempre presente e interessada no processo administrativo.

A Lei 9.784/99, em seu art. 53, estabelece que a Administração pode revogar seus atos inconvenientes ou inoportunos, respeitados os direitos adquiridos, e obriga a anulação daqueles inválidos por vício de legalidade. O art. 55 prevê a possibilidade de sanar vícios que não lesem os interesses públicos ou causem prejuízo a terceiros, por convalidação, desde que sejam defeitos e não ilegalidades insanáveis.

3.5 – Finalidades

A importância do processo administrativo não se limita apenas a ser um dos elementos constitutivos do ato administrativo final e a dar garantias aos administrados. A essencialidade do processo administrativo foi sendo ampliada juntamente com as mudanças dos paradigmas do Estado. O processo administrativo dá garantia jurídica aos administrados e aos próprios servidores públicos, estes tanto como pessoas quanto como agentes públicos, pois tem natureza cooperatória. O Judiciário tem

dificuldades para abordar o mérito administrativo e, muitas vezes, a sentença carece de efetividade pela morosidade ou complexidade da técnica administrativa.

O processo administrativo melhora o conteúdo das decisões administrativas. Quando os interessados são ouvidos, apresentam argumentos e provas, oferecem informações, contribuindo com a perfeita determinação da situação jurídica litigiosa, as decisões têm mais eficácia, posto que fica ampliada a base objetiva para se decidir, podendo ser mais justa e susceptível de aceitação. A função pública é cumprida com mais legitimidade. Não sendo unilateral e opressiva, a decisão administrativa elaborada em termos de paridade e imparcialidade, no processo pré-construído, é legítima. O processo administrativo possibilita a objetivação das suas decisões, restringindo o arbítrio, uma vez que afasta a possibilidade de se tomar decisões por conhecimento insuficiente ou desconsideração de dados relevantes. A Administração Pública também pode fazer justiça. Isso não é próprio do Judiciário. O processo administrativo aproxima a Administração dos administrados litigantes, afastando a idéia de que a Administração é contraposta à sociedade, rompendo com a tradição de que o interesse público é oposto ao interesse privado, isto é, possibilita o entendimento de que a aplicação da lei é o cumprimento da vontade do povo. O processo administrativo sistematiza a atuação administrativa, propiciando maior segurança, racionalização e simplicidade das decisões. Facilita o controle da administração, o registro de todas as circunstâncias de fato e de direito, as considerações da decisão e a certeza jurídica. Afinal, o processo administrativo propicia a participação direta dos interessados no exercício da função pública constitucionalmente delegada.

A ação administrativa, legalmente válida, tem como **finalidade** a construção do Direito à luz de um caso concreto, em que o fato e todas as suas circunstâncias sejam juntados aos autos de forma livre, lícita e suficiente para determinar a situação jurídica real. Assim, mesmo nos atos administrativos que, em princípio, não interessam diretamente às pessoas de direito privado, deverão participar agentes administrativos de diferentes hierarquias, com a elaboração de um relatório técnico sobre o fato administrativo, com a indicação da medida administrativa mais apropriada. As razões e fundamentos adotados na providência administrativa poderão ser diferentes da indicação do relatório técnico, obviamente, mas deverão, de qualquer forma, considerá-la, assim como deverão ser consideradas as alegações dos administrados litigantes.

O mais importante é fixar que a real vigência do processo administrativo brasileiro é fundamental e indispensável ao exercício da Função Administrativa do Estado porque, como nos ensina CATTONI DE OLIVEIRA⁷⁶,

“todas as normas válidas são, de início, indeterminadas em sua referência e têm necessidade de conexões relacionais adicionais ao caso concreto individual —o que vale não só para os princípios e direitos constitucionais estruturantes do sistema jurídico.”

O direito ao contraditório tem a essência e o objeto do processo. A participação paritária e isonômica dos litigantes possibilita a construção do próprio processo e, por consequência, do provimento final. Apesar de o enfoque ser o processo judicial, mas perfeitamente aplicável ao processo administrativo, GONÇALVES⁷⁷ bem esclarece a sua finalidade:

⁷⁶ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Direito Processual Constitucional*. Belo Horizonte: Melhoramentos, 2001. P. 147.

⁷⁷ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. P. 171.

“A instrumentalidade técnica do processo está em que ele se constitui na melhor, mais ágil e mais democrática estrutura para que a sentença que dele resulta se forme, seja gerada, com a garantia da participação igual, paritária, simétrica, daqueles que receberão os seus efeitos.”

3.6 – Recurso e pedido de reconsideração

O recurso surgiu em Roma, como *appellatio*, quando o próprio pretor que conhecia e julgava os litígios, também o decidia. Das decisões inapeláveis ainda cabia o *supplicatio*, dirigido ao rei, para que fossem cassadas ou invalidadas. No período medieval, os senhores feudais decidiam os conflitos de modo irrecorrível. No período imperial, a partir do século XII, o imperador podia rever as decisões dos senhores feudais. Nessa época, algumas pessoas detinham o cargo de julgador, como prestação de serviço pago, que lhes rendia fortunas. No final do século XVIII, com a Revolução Francesa surgiu o duplo grau de jurisdição, atenuando a autocracia dos julgamentos intangíveis e pessoais. Duplo grau de jurisdição é a possibilidade de o litigante ter a sua causa julgada por, pelo menos, dois órgãos jurisdicionais hierárquicos, sucessivos e autônomos.⁷⁸

No processo administrativo existem duas espécies de recursos: o recurso administrativo, ou hierárquico, e a revisão, ou pedido de reconsideração. O **recurso administrativo** é a forma legal de impugnar os provimentos administrativos em outra instância, superior e diversa daquela em que foram exarados. A autoridade de primeiro grau tem a prerrogativa que ocorre no recurso agravo de instrumento da lei adjetiva (art. 523, §2º,

⁷⁸ LEAL, Rosemiro Pereira. Ob. cit. P. 155.

c/c art. 529 do CPC), em que o juiz que proferiu a sentença pode reconsiderá-la, prejudicando o encaminhamento do agravo à autoridade superior, por falta de objeto (art. 56, §1º, da Lei 9.784/99).

O litigante tem **dez dias** para interpor recurso administrativo, prazo que se inicia de sua ciência. A autoridade que proferiu a decisão atacada tem cinco dias para reconsiderá-la. A autoridade superior competente para julgar o recurso tem trinta dias para fazê-lo, a partir do recebimento dos autos, se lei específica não dispuser outro prazo. Conhecendo o recurso, a autoridade recursal notificará os outros interessados do mesmo, em cinco dias (art. 59; §1º do art.56; §1º do art. 59; e art. 62 da Lei 9.784/99).

O pedido de revisão, ou **pedido de reconsideração**, é dirigido à mesma autoridade prolatora da decisão punitiva de primeiro grau, solicitando o seu reexame, para que a modifique, anule ou revogue, quando surgirem fatos novos ou circunstâncias relevantes que revelem a inadequação da decisão (art. 65 da Lei 9.784/99).

O pedido de revisão só pode ser feito uma única vez, mas é imprescritível (art. 65 da Lei 9.784/99). A decisão de recursos poderá confirmar, modificar, anular ou revogar, total ou parcialmente, a decisão de primeiro grau, mas a reconsideração não poderá agravar a sanção administrativa aplicada.

A **reclamação administrativa** não é propriamente um recurso, mas é a oposição expressa a atos da Administração Pública que afetam direitos ou interesses legítimos do administrado. O direito de reclamar é amplo e se estende a todos que se sentirem lesados ou forem ameaçados de lesão

pessoal ou patrimonial por ato ou fato administrativo. Esse direito se extingue em um ano (art. 6º do Dec. 20.910, de 06.01.32).

CAPÍTULO 4 - CONCLUSÃO

Houve uma reforma radical no Estado Brasileiro, via Direito Processual Administrativo. O art. 1º da Constituição Federal de 1988, implantou no País o novo paradigma do Estado Democrático de Direito. O inc. LIV do seu art. 5º garante que as pessoas não serão privadas da liberdade ou da propriedade sem o devido processo legal. O inc. LV do mesmo artigo garantiu aos litigantes em processo administrativo o direito ao contraditório e à ampla defesa. Após uma década da CF/88, foi promulgada a Lei nº 9.784, de 29.01.99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal.

Sob o novo paradigma do Estado Democrático de Direito e os novos direitos e garantias processuais, principalmente no âmbito da Administração Pública Federal, quebra-se o monopólio da administração do interesse público pelo Estado, com novas formas de controle social direto e participação cooperatória das pessoas na ação administrativa. O Estado perde a titularidade absoluta da soberania nacional, que passa a ter titularidade indefinida. Apesar de a cultura política no Brasil ser mais autoritária que democrática, a reforma jurídica propicia a mudança de uma administração pública burocrática, lenta, ineficiente e ilegítima para uma administração pública gerencial, descentralizada, eficiente e legítima, voltada para o atendimento do interesse público, limitada pelos direitos dos administrados.

As crises do Estado provocaram as citadas reformas legais, no sentido de modificar as relações da Administração Pública com os administrados, buscando soluções pela parceria democrática e legitimidade administrativa. Os direitos fundamentais já existentes, como o direito à vida, à liberdade, à igualdade e à propriedade ganham uma conotação processual, com maior dimensão de participação no debate público que informa e conforma o enfoque democrático do novo Estado, consagrando o Direito participativo, pluralista e aberto.

Ao novo paradigma do Estado Democrático de Direito, aos direitos e garantias constitucionais e à nova Lei de processo administrativo, interessa uma reflexão sobre os princípios que regerão cada ato administrativo. Também é fundamental a racionalidade da decisão administrativa, no sentido de, consistentemente, garantir certeza jurídica e justiça. Sob o paradigma do Estado Democrático de Direito, na sindicabilidade do mérito administrativo, o poder discricionário deixa de ser um manto da imoralidade, um disfarce do abuso, uma desculpa para a ineficiência, uma base para a demagogia e clientelismo, para ser uma competência discricionária, limitada pelos princípios da eficiência, da proporcionalidade e da razoabilidade.

O conhecimento de hermenêutica jurídica, compatível com o paradigma atual de Estado, é uma necessidade urgente e primária para melhorar, democratizar e legitimar as atividades da Administração Pública. A perfeita aplicação dos princípios jurídicos gerais e processuais é fundamental para realizar a reforma estatal necessária, para impedir supremacia do interesse do Estado sobre o interesse público, a vontade da Administração Pública sobre a vontade da lei, a unilateralidade do ato administrativo e permitir a sindicabilidade do mérito administrativo.

Existe uma grande dificuldade em se fazer valerem os direitos e garantias processuais dos interessados na ação administrativa, posto que o Órgão Executivo, pela autoridade processante, é parte interessada no resultado final do litígio e aplicador do Direito, simultaneamente. Essa confusão é a especificidade do processo administrativo e não um fator que o impossibilite. Apesar de tudo, é fundamental e obrigatória a realização do processo administrativo com todas as condicionantes do Direito Processual, para que a atividade dos órgãos da Administração Pública possa ser a única adequada, a única legítima e a única democrática.

BIBLIOGRAFIA

- ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. *Motivação e Controle do Ato Administrativo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1992.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 13^a Ed. São Paulo: Malheiros Ed. 2001.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. *Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial*. Rio de Janeiro: FGV, 1998.
- BÜLOW, Oskar Von. *La Teoria de las Excepciones Procesales y los Presupuestos Procesales*. Miguel A. Lichtschein. R. (trad.). Buenos Aires: E.J.E.A., 1964.
- BURSZTYN, Marcel. *Introdução à Crítica da Razão Desestatizante*. Revista de Dir. Público, n° 29, jan-mar. 1998.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *A globalização cria governos privados*. Jornal do Advogado. OAB/MG. Junho/2001.
- CARVALHO NETTO, Menelick de. *Requisitos pragmáticos da Interpretação Jurídica sob o Paradigma do Estado Democrático de Direito*. Revista de Direito Comparado. FDUFMG: mai/1999.
- CAPPELETTI, Mauro. *O Processo Civil Contemporâneo*. MARINONI, Luiz Guilherme (coord.). Curitiba: Ed. Juruá, 1994.
- CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Tutela Jurisdicional e Estado Democrático de Direito. Por uma Compreensão Constitucionalmente Adequada do Mandado de Injunção*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.
- _____ *Direito Processual Constitucional*. Belo Horizonte: Melhoramentos, 2001.
- CARNELUTTI, Francesco. *Instituições do Processo Civil*. V. 1 Trad. Adrián S. De Witt Batista. Campinas: Ed. Servanda. 1999.

- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Trad., Paolo Capitanio. 1ª ed.
- CINTRA, Antônio Carlos, GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido R. *Teoria Geral do Processo*. 15ª ed., São Paulo: Ed. Malheiros, 1999.
- CRETELLA JÚNIOR. José, *Controle Jurisdicional do Ato Administrativo*. 3ª ed. Rio de Janeiro: FORENSE, 1998.
- FAZZALARI, Elio. *Processo. Teoria generale*. In Novíssimo digesto italiano. V. 13, 1966.
- _____. *Instituzione de Diritto Processuale*. Padova: CEDAM, 1994.
- FOUCAULT, Michel *Discipline and Punish: The Birth of the Prison*. New York. 1977.
- GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. Rio de Janeiro: Aide Ed., 1992.
- _____. *Nulidades no Processo*. Rio de Janeiro: Aide Ed., 1993.
- GORDILHO. Agustín A. *La administración paralela. El parasistema jurídico-administrativo*. Madrid (España): Civitas, 1982.
- HARGER, Marcelo. *Reflexões Iniciais Sobre o Princípio da Eficiência*. Rev. Repertório IOB de Jurisprudência. Nº 16. Ago/99.
- HEGEL. *Princípios da Filosofia do Direito*. Trad. Orlando Vitorino. 28 ed. Lisboa: Guimarães e Cia. Editores, 1976.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. João Batista Machado (trad.). 6ª ED. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo Primeiros Estudos*. Porto Alegre: Síntese, 1999.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil*. DINAMARCO, Rangel Cândido (trad.). Rio de Janeiro: Forense. 1984.

- EAGLETON, Terry. *Ideologia. Uma Introdução*. Silvana Vieira e Luiz Carlos Borges (trad.). -São Paulo: Ed. UNESP: Ed. Bomtempo, 1997.
- LUCON, Paulo Henrique S. *Garantias Constitucionais do Processo Civil*. 1ª ed. São Paulo: RT, 1999.
- MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Reforma do Judiciário*. Jornal da Pós-Graduação em Direito da FD-UFMG. N° 12. Maio/2000. Belo Horizonte: UFMG.
- MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander, *O paradoxo da Soberania Popular: O Reentrar da Exclusão na Inclusão*. Revista Dir. Comparado. V. 2 N° 2. Belo Horizonte: UFMG, março/1998.
- MEDAUAR, Odete. *A processualidade no direito administrativo*. São Paulo: RT, 1993.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 22ª ed. Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho (atual.). São Paulo: Malheiros, 1997.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Legitimidade e Discricionariedade: Novas Reflexões sobre os Limites e Controle da Discricionariedade*. 3ª ed. Rio de Janeiro: 1998.
- RICHARDSON. Elizabeth C. *Administrative Law and Procedure*. Albany, New York. Elmar Publishers, 1996.
- RIPERT, Georges. *Lê déclin du droit*, LGDJ, 1949, P.33 *apud* BASTOS, Celso Ribeiro. et MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1988.
- SAMPAIO, Luiz A. Paranhos. *Processo Administrativo*. Goiânia: AB-Editora, 2000.
- SARTORI, Giovanni. *Engenharia Constitucional*. Sérgio Bath (trad.) Brasília: Ed. UNB, 1996.
- SOUTO, Marcos J. Villela. *O Processo Administrativo e sua Aplicabilidade às Empresas Estatais*. Repertório IOB de Jurisprudência. N° 15, agosto/99.

SUANNES, Adauto. *O dever de Calar e o Direito de Falar*. Revista Literária de Direito. N. 40. São Paulo: abril/maio 2001.

dissertação