

Noções gerais acerca do processo administrativo e da Lei nº 9.784/99

Marília Lourido dos Santos

Sumário

1. Processo e procedimento. 1.1. Características do processo. 1.2. Distinção entre jurisdição e administração. 1.3. Do contencioso administrativo. 1.4. Do ato complexo. 1.5. Requisitos do processo administrativo. 2. Disciplina constitucional – obrigatoriedade do processo administrativo. 3. Finalidade e importância. 4. Regulamentação do processo administrativo.

O processo administrativo chega a ser um tema relativamente recente no estudo do Direito Administrativo, de modo que importa, particularmente, observar questões preliminares que o tema sugere, tais quais o que se entende por processo administrativo, isto é, sua definição doutrinária, seus requisitos básicos e as situações em que sua adoção é obrigatória. Assim sendo, de tais noções basilares cuida-se a seguir.

1. Processo e procedimento

O tema da caracterização do processo e de sua distinção dos institutos afins, como o procedimento, é objeto da Teoria Geral do Processo. Esta, a partir da noção do monopólio da jurisdição (pressuposto do Estado de Direito), durante um certo período, considerou interdependentes as noções de jurisdição e processo, pelo que não concebia jurisdição sem processo e vice-versa. Com isso, tinha-se como conclusão necessária a idéia de que fora do exercício da função jurisdicio-

nal, ou seja, do Poder Judiciário, não poderia haver processo, apenas procedimentos.

Odete Medauar menciona essa concepção como a idéia de “monopólio jurisdicional do processo” (1993, p. 11), que se justificou pela própria antecedência histórica dos estudos do processo no âmbito do Poder Judicial, aliada ao predomínio da noção privatista do processo e da busca pela afirmação de seu caráter científico. No entanto, a noção de processo vinculada à função jurisdicional também encontrou guarida no Direito Administrativo. Isso porque neste, inicialmente, a noção de discricionariedade administrativa mostrava-se incompatível com a regulação estrita do processo. Ademais, o ato, a decisão administrativa era o foco dos estudos e não o processo que o antecedia. O ato administrativo era concebido como a manifestação da autoridade, presumivelmente legal, cujo controle seria feito a *posteriori* pelo Judiciário.

A concepção publicista do processo, em que a ação é tida como direito independente do direito material, permitiu o deslocamento da preocupação científica com foco na jurisdição para a preocupação político-social centrada na função estatal. De outro lado, a noção de processo como relação jurídica, em que são exercidos poderes, ônus, deveres e faculdades, libertou-o da perspectiva estreita de simples sucessão ordenada de fatos. Essa nova postura teve acolhida no Direito Administrativo, pois este, já liberto da visão dicotômica: Administração x Administrado, passou a atentar para a necessidade de aproximação entre sociedade e Estado. Também percebeu que é necessário controlar o processo de realização dos atos administrativos, para que estes respeitem efetivamente as garantias e direitos dos cidadãos.

O processo é um mecanismo de garantia, por isso sua noção é essencialmente teleológica, vinculada ao fim de todas as funções estatais, que é o interesse público. Noção essa presente também na doutrina alienígena, pois, segundo observa Roberto Dromi, “ *Proceso importa una unidad teleológica,*

hacia a un fin y el procedimiento una unidad formal, como um medio” (1996, p. 32). Logo,

“Processo é um conceito que transcende ao direito processual. Sendo instrumento para o legítimo exercício do poder, ele está presente em todas as atividades estatais (processo administrativo, legislativo) e mesmo não estatais (processos disciplinares dos partidos políticos ou associações...)” (CINTRA; et al. 1996, p. 280).

Sob tais moldes sustenta-se a noção de processualidade ampla, pela qual o processo está presente em todas as funções estatais, tendo em vista a necessidade e conveniência da exposição de idéias opostas e o próprio do diálogo entre a Administração e os demais atores sociais.

Tratando-se de termo não unívoco, não há apenas uma definição de processo, daí por que Maria Sylvia Zanella Di Pietro escreve:

“Pode-se falar em processo num sentido muito amplo, de modo a abranger os instrumentos de que se utilizam os três Poderes do Estado – Judiciário, Legislativo e Executivo para a consecução de seus fins. Cada qual, desempenhando funções diversas, se utiliza de processo próprio, cuja fonte criadora é a própria Constituição” (1992, p. 343).

Esse é o sentido que lhe confere a Teoria Geral do Processo e, por isso mesmo, é o que deve ser levado em conta pelas demais áreas da técnica jurídica. Pois, é importante que exista no meio jurídico rigor conceitual. Até porque muitas são as impropriedades do uso do termo “processo”, tanto pela legislação, como pela própria doutrina, um exemplo é seu uso referindo-se aos autos processuais.

1.1 Características do processo

Para maior precisão conceitual, é fundamental localizar a nota que qualifica o procedimento como processo. Para distinguir processo de procedimento, foram propostos

diversos critérios, entre outros: a) o da amplitude, pelo qual processo é o todo e o procedimento as partes; b) o da complexidade, em que procedimento é o meio imediato de dar forma ao ato e processo é o conjunto desses procedimentos coordenados; c) o do interesse, segundo o qual o procedimento busca satisfazer apenas os interesses do autor enquanto o processo busca os interesses do destinatário do ato; d) o que diz que processo é noção abstrata e o procedimento sua forma concreta; e) o da lide, que sustenta não haver lide no procedimento; f) o teleológico, pelo qual procedimento é mera coordenação de atos e o processo contém um objetivo, uma finalidade; e g) o da colaboração dos interessados, pelo qual tal colaboração só existe no processo. Porém, cada um desses critérios ou apresenta exceções ou não é suficiente para a distinção.

Portanto, é necessário identificar um núcleo ou critério básico, o qual, pela doutrina hodierna, emerge da própria compreensão do processo como relação jurídica. Pois isso significa que aqueles que dele fazem parte exercem poderes, faculdades, ônus e deveres de modo paritário ou igualitário, com o que participam na formação da decisão final. Sem essa participação, aqueles que serão afetados pelas decisões estatais (administrativa ou judicial) não poderão defender seus interesses a contento. Tal participação consiste no chamado contraditório, que é por isso a nota característica do processo e não apenas um critério de legalidade do processo.

Participar implica a disponibilidade ampla de informação atual e precisa, que irá ser a base de qualquer possível reação. O binômio informação-reação é, portanto, o cerne do chamado contraditório, cuja marca está na colaboração dos interessados na formação da decisão do agente público. A presença do contraditório com seu caráter dialético, em que se alternam em condições de igualdade as atividades dos interessados, é que qualifica o procedimento como processo.

De tal sorte, o processo é conceituado como “o procedimento realizado mediante o desenvolvimento da relação entre sujeitos, presente o contraditório” (CINTRA; et al. 1996, p. 288). É essa abertura à participação, garantida constitucionalmente, que imprime legitimidade ao exercício da função estatal, que confere maior poder de controle sobre ela, tanto de modo formal (pelo procedimento), como material (pelos fins).

Pelo contraditório as faculdades, ônus, direitos e deveres dos interessados lhes são atribuídas de acordo com suas posições, a fim de que suas reações e escolhas lhes permitam tanto a plena defesa de seus direitos, quanto o controle da legalidade da atuação daquele que possui interesse oposto e da própria Administração. Embora o atendimento dos interesses de cada cidadão se complemente com o atendimento do interesse público, ambos podem entrar em choque. Isso configura uma lide no âmbito da Administração, que pode haver também quando entram em choque os interesses dos administrados entre si, como no caso de concursos ou licitações.

Nesses casos, a Administração não pode ignorar ou impedir a atuação dos interessados, sendo que o mecanismo estabelecido para que isso não ocorra é justamente o processo. A paridade de armas colocadas à disposição daqueles que podem ser atingidos em seus direitos por uma decisão estatal é exigida também no âmbito da Administração. Essa é uma exigência do contraditório.

De outra parte, procedimento é uma noção puramente formal, circunscrita à coordenação de atos que se sucedem logicamente, isto é, é o meio pelo qual se materializam as fórmulas e atos legais do processo. Por conseguinte, este pressupõe um procedimento, mas não vice-versa. Segundo Hely Lopes, procedimento é o modo de realização do processo, ou seja, o rito processual (1998, p. 559). Nota-se, pois, que a diferença entre processo e procedimento não é meramente terminológica, mas substancial.

Nunca se pode, porém, olvidar o fato de que processo e procedimento são “faces da mesma moeda”, ou seja, não são noções estanques, mas complementares dentro do estudo do direito. O procedimento, como unidade formal, reflete a coerência de estrutura que deve haver na atuação estatal e o processo, como unidade teleológica, demonstra a necessidade de coerência de função e finalidade dessa mesma atuação.

1.2. *Distinção entre Jurisdição e Administração*

Visto que o processo está presente em todos os poderes do Estado, não está nele a nota distintiva entre as funções estatais, mas nas próprias peculiaridades de cada função. Desse modo, cabe ao Direito Administrativo o estudo das peculiaridades da processualidade administrativa, que se mostram na função administrativa, não no processo. A distinção da mesma com relação à função legislativa é pacífica, pois a esta cabe editar leis e àquela cabe sua execução.

No entanto, com relação ao Judiciário e à Administração, existem algumas dificuldades, pois se diz que ambos cumprem a lei. Inclusive, diz-se que a Administração cumpre a lei de ofício e o Judiciário mediante o processo. Mas, se ambos atuam por meio deste, não está nele, como visto, a nota distintiva.

Para a distinção entre função administrativa e jurisdicional, igualmente foram propostos vários critérios: a) do fim, pelo qual a jurisdição busca satisfazer o interesse das partes, enquanto a Administração o interesse público. Porém o caráter público da primeira demonstra que este também é seu fim; b) orgânico, pelo qual jurisdição é a atividade do Judiciário e administração do Executivo. Todavia, não existe separação absoluta entre as funções dos três Poderes; c) da unilateralidade, que existe na Administração, aliada à desigualdade dos sujeitos, enquanto na jurisdição há bilateralidade e igualdade entre os mesmos. Entretanto a Administração também pode figurar como parte interessada, quando terá tratamento

paritário com relação ao particular, tendo ônus e deveres no processo; e d) o da inércia, que diz atuar a Administração de ofício e a jurisdição não. Porém, aquela também atua por provocação.

Presentemente, considera-se que a distinção reside em dois pontos básicos, que caracterizam a função jurisdicional, quais sejam: o caráter substitutivo da mesma e seu escopo jurídico de atuação do direito, os quais não estão presentes na Administração. De tal sorte, pode a jurisdição ser conceituada como “uma das funções do Estado, mediante a qual este se substitui aos titulares dos interesses em conflito para, imparcialmente, buscar a pacificação do conflito que os envolve, com justiça” (CINTRA, et al. 1996, p. 129).

A relação processual estabelecida no exercício da jurisdição é de natureza triangular, pois nela atuam as partes e o juiz. Aquelas em condição de igualdade entre si, mas não com relação ao juiz, que é estranho aos interesses das partes. O juiz atua sempre com poder de sujeição sobre as partes, que é legitimado pelas garantias do devido processo legal, especialmente as do juiz natural, de independência e imparcialidade. Porém, o caráter público da jurisdição aponta a existência de um interesse público no seu exercício e esse é o escopo de atuação do direito, de conferir eficácia e obrigatoriedade ao ordenamento jurídico do Estado. Isso especificamente para que os conflitos sejam pacificados de modo justo, pois sem justiça não se sustenta a paz.

Na Administração, a pacificação de conflitos não é uma questão central, o é a prestação de serviços, a ordenação de atividades privadas mediante o poder de polícia, o fomento de atividades que realizem o interesse público e outras, mas não de forma a pacificação de conflitos. Por isso a Administração não é imparcial como o juiz, é gestora do interesse público e atua na defesa deste, embora obedeça ao princípio da igualdade ou isonomia. Desse modo, maior é a importância da adoção do processo no campo administrativo.

Dessa noção segue-se a de que partes são aqueles que estão em estado de sujeição perante o juiz. Por isso, tem-se evitado usar no processo administrativo o termo "parte". De forma específica utilizam-se termos como licitantes, candidatos e contribuintes e, de modo genérico, empregam-se as expressões sujeitos ou interessados. Como o primeiro vocábulo remete à noção de sujeito de direito subjetivo, preferiu-se o segundo, que, aliás, foi adotado pela lei federal de 1999.

1.3. Do contencioso administrativo

No Brasil, vigora a unidade da jurisdição, que significa que "a jurisdição hoje é monopólio do Poder Judiciário do Estado (art. 5º, XXXV)" (SILVA, 1999, p. 552), embora o processo não o seja. De tal sorte, a Administração atua mediante o processo, mas não exerce jurisdição, conquanto se fale em coisa julgada administrativa, expressão presente tanto na doutrina, quanto na legislação. Entretanto, a imutabilidade dentro da função administrativa difere em essência daquela constante na jurisdição. Pois naquela existe a possibilidade de invalidação de seus próprios atos, bem como a de revisão judicial dos mesmos, conforme a Súmula 473 do Supremo Tribunal Federal, que assim dispõe:

"A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência e oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial."

A possibilidade de revogação dos atos administrativos encontra limites no direito adquirido, mas a de anulação não. Destarte, pode-se dizer que a utilidade da adoção da expressão "coisa julgada" com o qualificativo de "administrativa" estaria em sua referência às hipóteses de impossibilidade de invalidação dos atos administrativos pela própria Administração e pelo Judiciário.

Presentemente, a doutrina e mesmo a jurisprudência apontam dois casos em que é

vedado à Administração invalidar seus atos: a) expiração do prazo decadencial e b) consumação do ato, noção baseada na concepção de "situação estabilizada pelo direito"¹ utilizada por Celso Antônio (2000, p. 407). Contudo, tais hipóteses poderiam apenas ser identificadas como casos de impossibilidade de invalidação de seus atos pela Administração, o que geraria menores equívocos que a aplicação da expressão "coisa julgada administrativa".

De outra feita, se houvesse casos em que o ato administrativo não estaria passível de apreciação judicial, ter-se-ia um sentido uno de coisa julgada, o que não se admite em face do princípio da unidade da Jurisdição. A justificativa baseia-se na idéia de que, "Provocada ou não pelo particular, a Administração atua no interesse da própria Administração e para atender a fins que lhe são específicos" (DI PIETRO, 1992, p. 344). Logo, não se mostra legítima a atuação na condição cumulativa de interessado e juiz.

Na Administração Pública, o órgão ou agente não se substitui às partes para decidir acerca de um conflito, não age como terceiro estranho à controvérsia, pois pode a Administração, inclusive, ser parte interessada. Ademais, seu escopo é satisfazer o interesse público, prestar serviços e fomentar atividades e não, de forma específica e restrita, obter a pacificação dos conflitos sociais. Porém, há países, como França e Portugal, onde existe dualidade de jurisdição. Neles há o chamado contencioso administrativo, que implica o exercício da jurisdição pela Administração, mediante órgãos específicos, denominados inclusive de tribunais.

Tal postura nasceu da idéia de que a independência entre os poderes significa separação absoluta, não sendo legítima a intervenção do Judiciário no Executivo. Mas as desvantagens são significativas, pois a jurisdição administrativa é exercida por servidores da Administração, sem as garantias de independência e imparcialidade da magistratura. Ademais, embora apenas parte da matéria administrativa seja sujeita ao

contencioso, acabam existindo dois critérios de Justiça, um da jurisdição administrativa e outro da jurisdição comum, consoante nota Hely Lopes Meirelles (1998, p. 54).

A Constituição Federal Brasileira de 1967 chegou a prever o contencioso administrativo em caso de relações de trabalho entre a União e seus servidores e para questões financeiras, previdenciárias e relativas a acidentes do trabalho. Todavia, esse contencioso não chegou a ser instituído, pois a própria Constituição de 1967 já adotava o princípio da unidade de jurisdição.

Destarte, não se identificam processo administrativo e contencioso administrativo. No ordenamento pátrio, não há rigorismo conceitual ao se falar em coisa julgada no âmbito da Administração, pois as decisões desta não têm a característica de imutabilidade material e mesmo formal, em face da anulabilidade dos atos administrativos pela própria Administração. Vigora, pois, como visto, o princípio da unidade ou universalidade da jurisdição. Roberto Dromi, nesse ponto em sintonia com a doutrina pátria, ensina:

“En ningún caso la Administración puede reunir las cualidades de juzgador imparcial e independiente. La autoridad administrativa se presenta siempre como parte interesada en las relaciones y situaciones jurídicas en las cuales desarrolla la propia actividad” (1996, p. 85-86).

1.4. Do ato complexo

Faz-se, ainda, necessária outra distinção, que diferencia procedimento e processo de ato complexo. Nestes, ensina Celso Antônio Bandeira de Mello que:

“Vontades provenientes de órgãos diferentes consorciavam-se em um ato único. Para dizê-lo com rigor técnico: há manifestações provindas de órgãos distintos que se fundem em uma só expressão, em um só ato, porquanto as vontades não cumprem funções distintas, tipificadas por objetos particulares de cada qual; ou seja: nenhuma delas possui, de per si, identidade

funcional autônoma na composição do ato.” (2000, p. 422).

Por outro lado, no processo administrativo “há vários atos, todos com finalidades específicas, distintas, sem prejuízo de possuírem também uma finalidade comum à generalidade deles” (MELLO, 2000, p. 423). Celso Antônio dá como exemplo de ato complexo o decreto presidencial, cuja existência depende de ato do Presidente e do Ministro ou Ministros correspondentes (assinatura).

Odete Medauar acrescenta que, “enquanto o ato complexo é necessariamente composto por declarações de vontades simples, o processo administrativo pode abranger além de ato, fatos jurídicos, como o tempo” (1993, p. 56). Em suma, no ato complexo há fusão de vontades, uma manifestação complexa de vontades e, na realidade, um só ato. Não há, portanto, propriamente um encadeamento ou complexo de atos como no processo.

1.5. Requisitos do processo administrativo

Sendo um conjunto ordenado de atos, para que os mesmos configurem um processo e não mero procedimento, importa que existam certos requisitos. Na lição de Celso Antônio, estes seriam: a) que cada ato possua autonomia relativa, que significa uma finalidade específica como a defesa no caso de um depoimento; b) que todos os atos possuam conexão entre si, tendo em vista os fins do processo; e c) que haja relação de causalidade entre os atos, pelo que sua seqüência não pode ser alterada, pois constituiu expressão da lógica finalística do processo. Presentes no âmbito da Administração, portanto, tais requisitos em conjugação com o caráter contraditório do procedimento, ter-se-ia o processo.

2. Disciplina constitucional – obrigatoriedade do processo administrativo

O reconhecimento de que a função administrativa se exerce sempre por meio de

um *iter* leva à percepção de que um procedimento sempre haverá. Acerca de quando tal procedimento constituir-se-á em processo, Celso Antônio cita ensinamento esclarecedor de Merkel, o qual diz que o fenômeno processual existe quando:

“O caminho que se percorre para se chegar a um ato constitui aplicação de uma norma jurídica que determina, em maior ou menor grau, não apenas a meta, mas o próprio caminho, o qual, pelo objeto de sua normação, apresenta-se-nos como norma processual” (2000, p. 419).

De acordo com tal assertiva, há processo quando existe lei que o regulamente. Poder-se-ia, então, notar que apenas em 1999 foi editada uma lei (federal) geral a respeito, de modo que, antes disso, só poderiam ser considerados como processo aqueles disciplinados por leis específicas, como o disciplinar. No entanto, assim como os demais temas da doutrina administrativista, o processo administrativo depois de 1988 passou a ter tratamento geral na Constituição Federal. Portanto, para se identificar quando a Administração deverá atuar mediante o processo administrativo, deve-se buscar a disciplina constitucional.

A presença do processo administrativo nas constituições é recente, sendo que a atual Constituição Brasileira é uma das mais ricas nesse tema. Nas anteriores constituições do Brasil, havia apenas referências específicas sobre o disciplinar. A Constituição de 1988 trouxe orientações gerais acerca do processo administrativo, utilizando da expressão processo administrativo em diversos dispositivos: Arts. 5º, LV; 37, XXI, e 41, § 1º, II². Neste último dispositivo, garantiu a ampla defesa no processo administrativo para perda do cargo do servidor estável. No penúltimo, refere-se à licitação como processo. Porém o dispositivo chave é o art. 5º, inciso LV, que assim dispõe:

Art. 5º, inciso LV: “Aos litigantes, em processo judicial ou *administrativo*, e aos acusados em geral são asse-

gurados o *contraditório* e a ampla defesa, com os meios e recursos a elas inerentes” (grifo nosso).

A utilização do termo processo em tais dispositivos jamais pode ser considerada uma impropriedade ou descuido do legislador. Com efeito, além de a boa hermenêutica rezar que não há termos inúteis na lei, a Constituição menciona o termo processo e enfatiza sua nota característica, que é o *contraditório*. Com isso, filiou-se, inegavelmente, à tendência doutrinária contemporânea da processualidade ampla.

O art. 5º figura no Título dos Direitos e Garantias Fundamentais, pelo que o *contraditório* e a ampla defesa no âmbito administrativo possuem o *status* destas, com a aplicabilidade imediata que garante o parágrafo 1º do mesmo artigo. A distinção mais precisa entre direitos fundamentais e suas garantias ainda continua sendo a pioneira, da lavra de Ruy Barbosa, para quem:

“As disposições meramente declaratórias, que são as que imprimem existência legal aos direitos reconhecidos, e as disposições assecuratórias, que são as que, em defesa dos direitos, limitam o poder. Aquelas instituem os direitos; estas, as garantias; ocorrendo não raro juntar-se, na mesma disposição constitucional, ou legal, a fixação da garantia, com a declaração do direito” (1978, p. 124).

Vê-se que o inciso LV do art. 5º cuida de uma garantia fundamental, um instrumento a serviço dos direitos dos cidadãos e não um fim em si mesmo. José Afonso, que também cita Ruy Barbosa, nomina de “plenitude de defesa” a prescrição do inciso referido, que é noção indissociável do devido processo legal, previsto no inciso anterior. Essas concepções aplicam-se ao âmbito administrativo, instrumentalizando a defesa dos cidadãos na atuação administrativa não só de direitos individuais, mas inclusive de direitos coletivos, como no licenciamento ambiental.

Assim o princípio do devido processo legal está também presente na Administra-

ção, visto que é inerente ao Estado Democrático de Direito e ao exercício da cidadania. Significa para os sujeitos “o conjunto de garantias que lhe são propiciadas para a tutela de posições jurídicas ante a Administração. Sob o ângulo do poder público consiste na obrigatoriedade de atuar mediante processo em determinadas situações” (MEDAUAR, 1993, p. 83).

O citado inciso LV usa do termo litigantes, que existem sempre que há conflito de interesses ou controvérsia, que, no campo da Administração há entre dois ou mais administrados em face de uma decisão administrativa (licitações e concursos) ou entre a Administração e seus servidores ou particulares (licenças e recursos em geral). Também utiliza, o inciso LV do art. 5º da Constituição Federal, o termo acusado, que, para Odete Medauar, “designa as pessoas físicas ou jurídicas às quais a Administração atribui determinadas condutas das quais decorrerão conseqüências punitivas” (1993, p. 78).

A partir do que acima ficou dito, dois casos de obrigatoriedade da adoção do processo administrativo ficam claros: a) a existência de litígio e b) a probabilidade de aplicação de sanção administrativa (art. 5º, LV). Um terceiro caso emerge como exigência do devido processo legal, obrigatório para as situações de possibilidade da privação de bens ou direitos dos administrados, consoante o art. 5º, LIV, salvo ocasião de exceção constitucional, como o Estado de Defesa. Celso Antônio ainda acrescenta o caso em que o interessado provoca a manifestação administrativa; isso tendo em vista o direito de petição (inciso XXXIV do art. 5º), que implica a necessidade de análise do pedido, de instrução informativa e probatória a respeito, o que vai construir as bases da motivação da decisão final. Essa provocação pode-se dar antes ou depois de um ato administrativo; neste último caso, corresponderá a um pedido de revisão (2000, p. 441).

Por fim, Celso Antônio observa que, obviamente, será obrigatória a adoção do pro-

cesso administrativo quando assim o determinar a Constituição – como no caso de concessões ou permissões (art. 175) ou de concursos públicos (art. 37,II) –, as leis ou for previsto no próprio ato administrativo.

3. Finalidade e importância

Após tudo que ficou dito, percebe-se que o processo administrativo possui finalidades de garantia. Celso Antônio atribui-lhe duplo objetivo: “a) resguardar os administrados; e b) concorrer para uma atuação administrativa mais clarividente” (2000, p. 427). Porém, os fins do processo administrativo não se restringem a esses, e mesmo esses carecem de uma compreensão ampliada.

Mediante o processo, a Administração atua pautada por parâmetros determinados, fora dos quais seus atos são ilegítimos e passíveis de revisão judicial. Desta feita, o devido processo legal representa uma garantia anterior à edição do ato, a qual evita que o mesmo venha a lesar direitos. Caso apenas houvesse o controle processual do Judiciário, essa garantia seria somente posterior à decisão administrativa.

Pelo processo administrativo supera-se a idéia de imperatividade da Administração. O cidadão deixa de ser visto súdito para ser colaborador, inclusive, o vocábulo administrado vem sendo evitado por indicar estado de sujeição. Afinal, o cidadão deve ser considerado como titular do poder, pois na democracia o poder pertence ao povo. É esse reconhecimento que promove a legitimação do poder.

Mas não é só para os cidadãos que o processo se apresenta como garantia, pois entre suas finalidades está a obtenção do melhor conteúdo das decisões administrativas. No processo, os interessados participam sendo ouvidos, apresentando argumentos e provas e oferecendo informações, ou seja, trazendo subsídios para a decisão. Com isso as decisões tornam-se mais suscetíveis de aceitação e cumprimento e, portanto, mais eficazes, o que se coaduna com a idéia de

eficiência da Administração, bem como com o correto desempenho da função administrativa. Esse é obtido pelo processo, buscado mediante a restrição do arbítrio e pela sistematização da atuação.

O contraditório e a ampla defesa corroboram com o ideal de justiça na Administração, que passa a considerar o ângulo do indivíduo e sopesar seus interesses. Assim, cidadãos e Administração se aproximam, pelo aumento democrático do contato entre ambos. Com a aplicabilidade sistemática de princípios claros, o controle é facilitado, tanto internamente, como pelo Judiciário e cidadãos.

Por tudo isso, a adoção e sistematização do processo administrativo, com os princípios a ele afetos, não pode deixar de existir no Estado de Direito, visto que é vital ao controle da legalidade. E, mais ainda, é essencial ao Estado Democrático, porque demanda participação ativa e exercício da cidadania, fazendo com que o interesse público seja em sua exata medida atendido. É, portanto, inerente ao Estado Democrático de Direito previsto no art. 1º de nossa Carta Constitucional. É também inerente à soberania e à cidadania, estabelecidas como fundamentos do Estado nos incisos I e II do mesmo artigo. Em última análise, o processo administrativo é uma garantia dos direitos fundamentais, dos valores e anseios de justiça, liberdade e igualdade entre os homens, bem como de eficiência real do Estado e de desenvolvimento.

4. Regulamentação do processo administrativo

Diante da importância do tema, é intrigante perceber que, nem mesmo um ano após a edição da Lei Federal nº 9.784, os doutrinadores pátrios passaram a destinar maior importância ao tema do processo administrativo. Toshio Mukai manifestou-se resumindo os pontos principais da lei, mencionando noções da processualidade ampla e do critério fundamental de distinção entre jurisdição e Administração, que seria

a ausência nesta do poder de fazer coisa julgada (1999, p. 375).

Odete Medauar, ainda em 1992, sustentou a necessidade de uma lei geral explicadora do tema, aplicável a todos os processos administrativos em todos os níveis da federação. Tal autora menciona Themístocles Brandão Cavalcanti, autor do projeto pioneiro de "Código de Processo Administrativo", e Manoel de Oliveira Sobrinho como defensores de posição similar à sua. Como argumento levanta o fato de já haver uma base constitucional geral para a disciplina do processo administrativo. Com isso, segundo a autora, os princípios constitucionais seriam melhor expostos, além do fato de que uma lei geral representaria um fio condutor entre as diversas leis específicas para certos tipos de processo administrativo.

Odete Medauar (1992, p. 156) também menciona a posição de Hely Lopes, para quem a unificação legislativa do processo administrativo esbarra na autonomia administrativa dos estados da Federação Brasileira, de modo que tal tarefa caberia à doutrina e não a uma lei federal. O saudoso Hely Lopes sustentava que "certo é que o processo administrativo não pode ser unificado pela legislação federal para todas as entidades estatais, em respeito à autonomia de seus serviços" (1988, p. 560).

Neste ponto é interessante observar os arts. 22, I, e 24, XI, da Constituição Federal, pois o primeiro prescreve como competência privativa da União legislar sobre direito processual, enquanto o segundo dispõe que é competência concorrente a legislação sobre procedimento em matéria processual. Caso se compreenda que o processo administrativo está incluso na disciplina do direito processual, conclui-se que os Estados e Municípios não podem legislar sobre o tema, mas apenas sobre o procedimento ou rito processual. No entanto, existem diversas leis estaduais disciplinando tipos específicos de processo administrativo, sem que fossem declaradas inconstitucionais.

Em princípio, se há possibilidade de regulação específica, deve haver de regulação geral. De acordo com o princípio do federalismo, apenas a própria Constituição Federal pode excepcionar esse entendimento, como no caso de reservar determinada disciplina ou mesmo regras gerais apenas para a União. Isso ocorre, por exemplo, no caso do processo de licitação, sobre o qual há prescrição específica no art. 22, XXVII.

Não existe dispositivo constitucional que limite a competência dos entes federados acerca da regulamentação em caráter geral do processo administrativo e, segundo o entendimento de Hely Lopes, não poderia haver sem que fosse ferido o Princípio Federativo, que se baseia na autonomia administrativa das Unidades Federadas. Isso porque ressaltar privativamente à União a disciplina do exercício da função administrativa dos Estados e Municípios, por meio da disciplina do processo administrativo, anula a autonomia dos mesmos.

A própria Lei nº 9.784/99, que estabelece normas gerais acerca do processo administrativo, ao tratar de seu âmbito espacial de aplicação, dispõe em seu art. 1º que: “Esta Lei estabelece normas básicas sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Federal direta e indireta...”. Declara, ainda, o parágrafo 1º do mesmo artigo que se aplica também aos órgãos do Legislativo e do Judiciário da União quando no exercício da função administrativa. Com relação aos processos administrativos específicos, que são regidos por leis próprias, aplica-se apenas subsidiariamente (art. 69).

Nota-se, portanto, que não se trata de uma lei que define normas gerais aplicáveis em todos os níveis da Federação, mas tão-somente no âmbito Federal dos poderes da União; o que corrobora com o entendimento de que o art. 22, I, da Constituição Federal não pode levar à compreensão de que os outros entes da Federação restem impossibilitados de possuir uma disciplina legal geral acerca do processo administrativo, sob a alegação de que tal tema seria de compe-

tência privativa da União. Antes demonstra que os outros entes federados permanecem com ampla liberdade para disciplinar sobre o tema, desde que nos limites da disciplina constitucional mencionados supra, como é óbvio.

Isso porque a expressão direito processual constante do art. 22, I, da CF não é sinônimo de processo no sentido que lhe dá a Teoria Geral do Processo. Inclusive, o trecho de início transcrito, oriundo da respeitada obra de Ada Grinover, Araújo Cintra e Cândido Dinamarco, revela claramente essa distinção. Dizem os autores que “processo é um conceito que transcende ao direito processual” (1996, p. 280).

O processo é um instituto que transcende ao direito processual porque encerra noção mais ampla, que abrange até mesmo a atuação de entes não estatais como partidos políticos e associações. Os mesmos autores ainda esclarecem:

“O objeto das normas processuais é a disciplina do modo processual de resolver os conflitos e controvérsias mediante a atribuição ao juiz dos poderes necessários para resolvê-los e, às partes, de faculdades e poderes destinados à eficiente defesa de seus direitos, além da correlativa sujeição à autoridade exercida pelo juiz” (1996, p. 89).

Não é objeto de normas processuais, e, portanto, do direito processual, a disciplina da função administrativa (ou legislativa). Dela cuida o direito administrativo, cuja base reside na constituição e no qual a maioria dos temas é de competência legislativa de todos os membros da Federação, inclusive como pressuposto da autonomia destes. Nesse sentido Grinover, Cintra e Dinamarco ainda arrematam:

“A própria Constituição Federal, discriminando a competência legislativa da União e dos Estados (concorrente), refere-se ao direito processual, unitariamente considerado, de modo a abranger o direito processual civil e

o direito processual penal (Arts. 22, inc. I e 24, inc. XI)" (1996, p. 48).

Vê-se que o direito processual divide-se em penal e civil, sem incluir o processo administrativo ou legislativo, pois este não tem pertinência com o exercício da Jurisdição. Assim, os citados dispositivos constitucionais (arts. 22, I, e 24, XI) não abrangem a disciplina legal do processo administrativo, mas apenas o processo jurisdicional.

Desse modo, percebe-se que a atual configuração da ordem constitucional não se coaduna com a idéia de que a disciplina legislativa do processo administrativo seja de competência privativa da União. Como se disse, o entendimento, oriundo da Teoria Geral do Processo, de que o direito processual limita-se à disciplina do processo no exercício da jurisdição está em harmonia com o Federalismo adotado em nossa Carta Magna.

Imagine-se as inconveniências da existência de uma lei federal que definisse o modo de atuar das administrações estadual e municipal. A primeira delas seria contribuir para que o Brasil se torne um federalismo meramente nominal. Pois, consoante leciona José Afonso da Silva, a Constituição Federal, como pressuposto do federalismo, assegura autonomia aos Estados-Federados, autonomia essa que "se consubstancia na capacidade de auto-organização, de auto-legislação, de auto-governo e de auto-administração" (1999, p. 590), sendo que esta última pressupõe que:

"A estrutura administrativa dos Estados-membros é por eles fixada livremente, no exercício de sua autonomia constitucional de auto-administração, sujeitando-se a certos princípios que são inerentes à administração em geral (...) que se impõem a todas as esferas governamentais" (SILVA, 1999, p. 603).

Coordenar a aplicação de leis de cunho material específicas dos estados, como o estatuto de seus servidores, com uma lei processual federal seria tarefa espinhosa. Igual-

mente seria harmonizar a atuação dos órgãos administrativos regidos por leis estaduais próprias com as normas processuais federais, pois os conflitos normativos seriam inevitáveis. Com a regulação do processo administrativo em todos os níveis da Federação pela União poderia haver invasão de competência, que não é vício tão raro em nosso sistema jurídico.

A tradição unitarista brasileira enfraqueceria ainda mais o princípio do federalismo e com ele nossa frágil democracia, pois o centralismo do poder suscita o autoritarismo e o arbítrio. Com efeito, uma regulamentação geral da atividade administrativa por meio do processo administrativo é despicienda, em face da rica disciplina constitucional principiológica da Administração Pública, que se aplica naturalmente ao processo administrativo, a qual é, ainda, complementada pelas disposições específicas em relação a este. Não se pode olvidar que tais princípios e regras constitucionais possuem aplicabilidade imediata e eficácia plena, independentemente, por conseguinte, de regulamentação infra-constitucional, aplicando-se *in totum* a todos os entes federados.

Até por isso, raras foram as novidades trazidas pela Lei nº 9.784 no campo das garantias dos cidadãos. Nota-se que tal diploma legal tratou, basicamente, de explicitar e detalhar questões relativamente já passificadas na doutrina e jurisprudência nacionais, como é o caso das hipóteses de desatenção dos princípios constitucionais da Administração Pública. Aliás, seu mérito está, justamente, em ser fiel aos princípios constitucionais, sendo que seus pontos questionáveis residem exatamente nos momentos em que dá margens a interpretações restritivas das garantias constitucionais.

Notas

¹ Para Celso Antônio, a situação gerada pelo ato viciado torna-se estabilizada pelo direito quando ocorre a decadência e quando a desconstituição do ato geraria mais agravos aos interesses protegi-

dos na ordem jurídica que os produzidos pelo ato censurável. Isso se daria quando o ato administrativo fosse ampliativo da esfera de direitos dos administrados (como no caso de licenciamento irregular no qual os colonos já construíram suas casas ou da conclusão de um curso universitário cujo ingresso foi irregular), desde que não se trate de ato inexistente, isto é, que constitua crime.

² Art. 37, XXI: “Ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratadas mediante processo de licitação pública...”. Art. 41, § 1º: “O servidor público estável só perderá o cargo: I - mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa”.

Bibliografia

CINTRA, Antônio C. de Araújo; GRINOVER, Ada P.; DINAMARCO, Cândido R. *Teoria geral do processo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

CUNHA, Paulo Ferreira da. *O procedimento administrativo*. Coimbra: Almedina, 1987.

DI PIETRO, Maria S. Zanella. *Direito administrativo*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1993.

DROMI, Roberto. *El procedimiento administrativo*. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1996.

MEDAUAR, Odete. *A processualidade no direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MUKAI, Toshio. A lei do procedimento administrativo federal (Lei n. 9.784/99). *Boletim de Direito Administrativo*, v. 15, n. 6, p. 375-377, jun. 1999.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.