

CAPÍTULO VIII

**O PROCESSO ADMINISTRATIVO
COMO INSTRUMENTO DE GARANTIA
DOS CIDADÃOS ADMINISTRADOS**

*Fernando Nunes de Miranda**

Sumário • 1. Introdução – 2. O processo administrativo como garantia do binômio “poder-dever” – 3. Processo administrativo entre a formalidade e a informalidade – 4. O processo administrativo como complemento da defesa jurisdicional – 5. Conclusão – 6. Referências Bibliográficas.

RESUMO: Este artigo objetiva salientar alguns aspectos e características do Processo Administrativo que lhe imprimem o condão de ser um instrumento a serviço dos cidadãos para a defesa de seus interesses em face de terceiros e, mormente, face ao próprio Estado, nas atividades relacionadas ao exercício da função Administrativa. Será feito um apanhado geral dos princípios que regem o processo Administrativo, com destaque a alguns deles, por nós julgados como relevantes para o presente estudo.

PALAVRAS-CHAVE: PROCESSO ADMINISTRATIVO; ESTADO; ADMINISTRADO; PRINCÍPIOS; GARANTIAS.

1. INTRODUÇÃO

A esmagadora maioria da população brasileira vive hoje em grandes centros urbanos. A vida nestes grandes centros requer um sem-número de convenções e parâmetros, seja relativamente à disciplina do trânsito, à altura máxima dos prédios, à preservação das áreas verdes, à organização do comércio, da indústria, dos serviços etc.

Tudo isto requer um controle por parte do Estado. Deveras, incumbe à administração pública, no interesse da coletividade, regular e disciplinar a vida em sociedade. Tal controle, no mais das vezes, culmina numa ingerência na esfera privada dos administrados, ou seja, a pretexto de organizar e

*. Acadêmico de Direito pela Universidade Federal da Bahia.

coordenar a vida em sociedade, o Estado acaba interferindo no cotidiano dos cidadãos e cidadãs.

Com efeito, assistimos, no dizer de Celso Antônio Bandeira de Mello (MELLO, 2000, pp. 426-427), a um *agigantamento* do Estado, e, mais que isto, um *agigantamento* da Administração Pública. Tal fenômeno ocorre em detrimento da esfera de liberdade do particular, que se encontra drasticamente reduzida. Neste sentido, vale a lição do aludido administrativista:

O Poder Público assumiu a função de promotor das mais variadas iniciativas no campo social e econômico, exigindo dos particulares, demais disso, ajustamento de suas condutas aos desideratos absorvidos como finalidades coletivas. Este fenômeno, disseminado em todas as partes, no Brasil está francamente abrigado nas implicações do art. 170 da Carta Constitucional, onde se estatui que “a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar, a todos, existência digna, conforme os ditames da justiça social (...)”, cujas realizações, obviamente, fazem presumir uma atuação intensa e omnimoda (MELLO, 2000, p. 424).

Assim, por exemplo, é necessária a licença do Estado para se construir um prédio; para se iniciar uma atividade empresarial de forma lícita é necessário o competente registro perante a Junta Comercial; o “camelô da esquina”, de igual modo, precisa de autorização do Estado para comercializar seus produtos; o proprietário de um veículo automotor necessita, para trafegar pelas ruas, de prévia habilitação concedida pelo Estado, bem como seu automóvel precisa estar licenciado etc.

Pode-se dizer então que o Estado, através do exercício do poder de polícia, limita a liberdade e a propriedade dos cidadãos administrados. Este poder de polícia encontra definição legal no art. 78 do Código Tributário Nacional, *verbis*:

Art. 78. Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou a abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos (Redação dada pelo Ato Complementar nº 31, de 28.12.1966).

Destaque-se, por oportuno, que o peso da mão do Estado não é sentido apenas no exercício do poder de polícia. Tal peso também é sentido na relação do Estado com seus agentes públicos e políticos, e na relação com os particulares, que com ele celebram negócios.

Diante deste quadro, temos que, por vezes, o cidadão terá de se resguardar da atuação da Administração Pública. Isto não significa que o Estado seja um mal que sempre irá prejudicar os interesses dos particulares. Não. Porém, ocorre que, ao agir buscando o interesse público, pode o Estado, e é o que comumente ocorre, contrariar interesses privados, como no exemplo clássico da desapropriação. Isto sem falar nas hipóteses em que interesses puramente estatais camuflam-se de interesse público. Por mais justo que seja o pleito estatal, ruir-se-iam os pilares do Estado Democrático de Direito, se ao particular cujo patrimônio será atingido, não se der oportunidade de defesa. Neste diapasão destacam-se, como instrumentos reguladores da atuação do Estado em face de seus agentes e dos particulares, respectivamente, os Estatutos dos servidores públicos, que no âmbito federal é disciplinado pela lei 8.112, de 11 de dezembro de 1990, e a lei 8.666, de 21 de junho de 1993, que institui as normas reguladoras das licitações e contratos da Administração Pública.

Neste quadro, não bastam apenas tais institutos normativos para que os cidadãos tenham seus direitos resguardados perante o Estado, é fundamental a existência de um regular processo, o processo administrativo, que surge para desempenhar dois importantes papéis. O primeiro deles é resguardar os cidadãos administrados, garantindo-lhes os meios para fazer valer seus direitos e proteger seus interesses através da participação na tomada de decisões do Estado; o segundo, assegurar que o agir da Administração Pública seja pautado pela transparência.

2. O PROCESSO ADMINISTRATIVO COMO GARANTIA DO BI-NÔMIO “PODER-DEVER”

A teoria da Separação dos Poderes, concebida pelo Barão de Montesquieu, erigida à categoria de princípio fundamental em nosso Estado, consagrou as expressões “Poder Executivo”, “Poder Legislativo” e “Poder Judiciário”. Embora saibamos que tais “Poderes” correspondam, em verdade, a “funções”, é forçoso reconhecer a influência da semântica insita à expressão “Poder”. Para além da questão terminológica, temos que, alguns sujeitos são, de fato, detentores de certo “poder”, porém este “poder” possui limites e não encontra fundamento em si mesmo.

Há ainda quem prefira falar em “dever-poder”, vez que não é o “dever” que deriva do “poder”, mas sim este daquele, na medida em que o segundo encontra limite e fundamento no primeiro.

Deveras, o “poder” não se auto legitima. Neste íterim, cumpre lembrar o disposto na nossa Lei Maior em seu art. 1º, parágrafo único:

Art. 1º *Omissis*.

Parágrafo Único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

Temos, portanto, evidenciada, a fonte do poder do Estado, qual seja, o povo.

Do citado dispositivo constitucional, extrai-se um princípio, o da Soberania Popular. Fazendo-se o cotejo de tal princípio com o princípio da Supremacia do Interesse Público¹, percebe-se que o “poder” deve ser exercido nos contornos do cumprimento do dever, que, em última instância, revela-se na realização do interesse da coletividade.

Destarte, se um guarda de trânsito tem o poder de multar um motorista que dirige em alta velocidade é porque ele tem o dever de garantir a segurança do trânsito; se a vigilância sanitária tem o poder de interditar uma farmácia que vende medicamentos fora do prazo de validade é porque tem o dever de zelar pela saúde pública.

Ora, se o exercício do dever está atrelado ao cumprimento de um dever, há que se criar mecanismos que garantam esta simbiose. Um destes mecanismos é precisamente o processo administrativo. Como dissemos, através do processo administrativo, o particular mantém a sua presença no circuito formativo das decisões administrativas que irão atingi-lo.

Neste íterim, os princípios da Administração Pública assumem especial conotação, destacando-se os princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Destaque-que, por exemplo, a importância dos princípios do contraditório e da ampla defesa nos processos administrativos restritivos ou ablatórios. A relevância destes princípios mereceu expressa previsão constitucional, conforme dicção do art. 5º, LV da Carta Magna: “*aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes*”.

Salienta Celso Antônio Bandeira de Mello, que existem outros princípios gerais, aplicáveis ao processo administrativo. São eles: princípio da

1. Sobre o falso antagonismo entre interesse público e interesse privado cf. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Princípios Constitucionais do Direito Administrativo Brasileiro**. In: MELLO, 2000, pp. 57 a 66.

audiência do interessado; princípio da acessibilidade aos elementos do expediente; princípio da ampla instrução probatória; princípio da motivação; princípio da revisibilidade; princípio da representação e assessoramento; princípio da lealdade e boa-fé; princípio da verdade material; princípio da oficialidade; princípio da gratuidade e princípio do informalismo (MELLO, 2000, pp. 431-435).

Esta gama de princípios, muitos deles de matriz constitucional, traduzem-se, no dizer de Marcelo Lima Guerra, em verdadeiros direitos fundamentais:

(...) o uso de terminologias como “garantias” ou “princípios” pode ter o inconveniente de preservar aquela concepção das normas constitucionais, sobretudo aquelas relativas aos direitos fundamentais, que não reconhece a plena força positiva de tais normas, em suma, a sua aplicação imediata. Dessa forma, revela-se extremamente oportuno procurar substituir essas expressões terminológicas pela de “direitos fundamentais”, de modo a deixar explicitado a adoção desse novo marco teórico-dogmático que constitui o cerne do constitucionalismo contemporâneo, a saber, a teoria dos direitos fundamentais (GUERRA *apud* DIDIER JR, 2007).

Assim, podemos falar no direito fundamental a um processo devido (devido processo legal) (DIDIER JR., 2007, p. 27), verdadeiro postulado aplicável à Teoria Geral do Processo.

Deveras, o também chamado *due process of law* foi alçado pela Carta Magna de 1988 à categoria de direito fundamental, consubstanciado nos incisos LIII, LIV, LV e LXXVIII do art. 5º, aplicáveis também ao processo administrativo, *verbis*:

Art. 5º (omissis)

(...)

LIII – ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente;

LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

(...)

LXXVIII a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

3. PROCESSO ADMINISTRATIVO ENTRE A FORMALIDADE E A INFORMALIDADE

Costumeiramente define-se processo administrativo como o conjunto de atos ordenados, cronologicamente praticados e necessários a produzir uma decisão sobre certa controvérsia de natureza administrativa (GASPARINI, 2007, p. 933).

Deste conceito é possível extrair algumas conclusões. Primeiro, temos que o processo administrativo é um *conjunto de atos*, que não são outra coisa senão *atos administrativos*. Ainda, são tais atos *ordenados*, necessariamente, e *cronologicamente praticados*. Este é o conceito material de processo administrativo.

Partindo de tal conceito, podemos concluir que o processo administrativo requer uma dada formalidade. Podemos ainda dizer que o processo administrativo caracteriza-se pela formalidade quando, por exemplo, requer que seja conduzido por autoridade competente.

Dissemos antes, que o processo administrativo é instrumento de garantias dos direitos do administrado. Pois bem. Deste modo, a referida formalidade deve estar a serviço desta finalidade, a garantia dos direitos do administrado.

Isto nos leva a concluir que a formalidade, no processo administrativo, não é um fim em si mesma, e está a serviço, antes, do administrado que da Administração.

É por esta razão que Odete Medauar (MEDAUAR *apud* FERREIRA, 2004) defende, no processo administrativo, a existência do princípio do *formalismo moderado*. E outra não é a opinião do Professor Romeu Bacellar:

O formalismo moderado, no processo administrativo disciplinar, corresponde à instrumentalidade de formas, em sede de processo jurisdicional, frisando-se que a relação é de correspondência e não de igualdade. É a idéia de que forma deve ser adequada ao alcance do fim colimado pela lei: o exercício da competência disciplinar dentro dos quadrantes da legalidade (BACELLAR *apud* FERREIRA, 2004).

A formalidade moderada, pois, entendemos ser a aplicação do princípio de proteção ao hipossuficiente, vez que não há dúvida de que o administrado é a parte mais fraca da relação jurídica processual administrativa, e, de mais a mais, quase sempre não possui conhecimento técnico-jurídico. Há que prefira chamar o princípio da formalidade moderada de “princípio da informalidade”².

2. Neste sentido posicionam-se Diógenes Gasparini, José dos Santos Carvalho Filho e Celso Antônio Bandeira de Mello.

De outro lado, como destaca Maria Sylvia Zanella Di Pietro, nos processos que envolvem interesses particulares, como os processos de licitação, disciplinar e tributário, pode o informalismo favorecer o interesse público, exigindo formas mais simples e rápidas para a solução dos processos, ao passo que o excesso de formalismo beneficiaria o interesse privado, para evitar o arbítrio e a ofensa a seus direitos individuais (DI PIETRO, 2002, p. 512). Assim, o ideal a ser buscado é o equilíbrio, daí entendermos ser mais adequada a expressão formalismo moderado.

4. O PROCESSO ADMINISTRATIVO COMO COMPLEMENTO DA DEFESA JURISDICIONAL

Muitas das demandas que hoje superlotam o Poder Judiciário poderiam ser facilmente resolvidas na esfera administrativa, bastando que as pessoas se utilizassem mais desta ferramenta para a defesa de direitos, que é o processo administrativo.

A nossa Carta Magna de 1988 inclui, entre as garantias individuais, o direito de petição:

Art. 5º (omissis)

XXXIV – são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas:

a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder;

A doutrina e a jurisprudência, todavia, têm chamado garantias deste tipo de *remédios constitucionais*, pois constituem meios postos à disposição dos indivíduos para provocar atuação das autoridades competentes, visando sanar ou corrigir ilegalidades e abusos de poder em prejuízo de direitos e interesses individuais (SILVA, 2006, p. 442).

O direito de petição cabe a qualquer pessoa, seja física ou jurídica, seja nacional ou estrangeira, e pode ser dirigida a qualquer autoridade, seja do Executivo, Legislativo ou Judiciário.

Diante deste quadro, temos que o direito de petição é a todos acessível, e, através dele, a autoridade peticionada fará nascer um processo administrativo.

Todavia, ainda não explicitamos de que modo o processo administrativo pode complementar a defesa jurisdicional, ou de que modo pode ele resolver facilmente questões que, se levadas ao judiciário perdurariam por anos e anos sem solução. É o que se dirá adiante.

Relativamente à prática de certos atos, a Administração Pública possui uma margem de discricionariedade, adstrita aos aspectos da oportunidade e conveniência. No tocante a estes atributos, não cabe apreciação judicial, de modo que, quando submetidos à apreciação do Poder Judiciário, este somente está autorizado a apreciar a legalidade destes atos.

Isto não ocorre, todavia, no Processo Administrativo, pois, neste caso, é a própria Administração Pública que está revendo seu próprio ato, podendo alterá-lo, se convencida das razões do administrado.

Ainda, através do processo administrativo, o administrado tem a sua voz ouvida antes de proferida a decisão que irá afetá-lo.

A aludida complementaridade do Processo Administrativo em face da garantia de defesa em sede jurisdicional é também defendida por Tomás-Ramón Fernández. Segundo o mencionado jurista:

(...) o procedimento [aqui como sinônimo de processo] administrativo complementa a garantia de defesa em sede jurisdicional por dois ângulos: de um lado porque – uma vez disciplinada a conduta administrativa desde o primeiro ato propulsivo até o ato final – impede que os interesses do administrado sejam considerados apenas *ex post facto*, vale dizer, depois de atingidos, pois oferece oportunidade ao interessado de exhibir suas razões antes de ser afetado (FERNÁNDEZ *apud* SILVA, 2006, p. 447).

Segundo tal raciocínio, toda vez que os cidadãos se virem na iminência de ter o seu *status libertatis* atingido, ou mesmo o seu patrimônio, por conta da atuação do Estado, é de todo recomendado que se busque inicialmente, no plano administrativo, que o dano não ocorra, ou, já tendo ocorrido, que não perdure, se se tratar de ato contínuo, em vez de ir logo bater às portas do Poder Judiciário.

5. CONCLUSÃO

Embora o Processo Administrativo seja um poderoso instrumento do administrado para a defesa de seus interesses, muito ainda precisa ser feito para que haja um ganho real de efetividade na solução dos conflitos e para o bom andamento da máquina pública.

Infelizmente ainda é muito comum a prática do chamado “embargos de gaveta”, que tem como consequência a situação de inúmeros requerimentos dos cidadãos serem ignorados, esquecidos nas gavetas das repartições públicas, o que desacredita as instituições e põe em xeque o Estado Democrático de Direito.

Com relação à gestão da coisa pública, temos a questão dos processos licitatórios, marcados pela ineficiência e morosidade. Com efeito, não são poucos os casos em que obras deixam de ser realizadas, serviços não são concretizados, e compras não são efetuadas, por conta de licitações paradas em razão de recursos, com grave prejuízo para o interesse público. Isto sem falar nos famigerados processos administrativos disciplinares, marcados pelo corporativismo e parcialidade, com violação ao princípio do juiz natural, na medida em que a autoridade que acusa é a mesma que julga.

Tais fatos dão mostras de que nem tudo são flores, a exigir não só uma mudança de mentalidade dos cidadãos e dos agentes públicos, como também alterações na legislação que rege as diversas modalidades de processos administrativos, tornando-os menos burocráticos e adaptando-os aos valores da Constituição.

Não olvidamos que todas estas ponderações podem levar muitas pessoas a desacreditarem que outro caminho seja possível, mas não devemos ficar ao lado delas. É preciso lutar, questionar, provocar a mudança. Isto nos remete a Rudolf Von Ihering, que, em sua obra intitulada “A luta pelo Direito” (IHERING, 2003), nos lembra que a agressão a um direito, por mais insignificante que possa parecer, fere o nosso sentimento de justiça, e deve ser combatida a todo custo, sob pena de se sacrificar o Direito como um todo.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BORGES, Alice Gonzalez. **Processo Administrativo e Controle**. Salvador; Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 13, janeiro/fevereiro/março, 2008. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em: 10 de março de 2008.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 16ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.
- DIDIER JR., Fredie. **Curso de Processo Civil: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento**. Vol. 1. 7ª ed. Salvador: JusPodivm, 2007.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella de. **Direito Administrativo**. 14ª ed. São Paulo: Atlas, 2002.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle (Org.) **Comentários à Lei de Federal Processo Administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.
- GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

IHERING, Rudolf Von. **A luta pelo Direito**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2000.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.