



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
EMERJ

A necessidade de procedimentalização da atuação da Administração Pública

Rejane Silva de Oliveira

Rio de Janeiro

2016

REJANE SILVA DE OLIVEIRA

A necessidade de procedimentalização da atuação da Administração Pública

Artigo Científico apresentado à Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como exigência para obtenção do título de Pós-Graduação *lato sensu* em Direito Administrativo.

Professora Orientadora: Maria Carolina Cancelli de Amorim.

Rio de Janeiro

2016

A NECESSIDADE DE PROCEDIMENTALIZAÇÃO DA ATUAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Rejane Silva de Oliveira

Graduada em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Advogada. Pós Graduada em Direito Administrativo pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo: A Administração Pública sempre teve sua atuação pautada pelo autoritarismo do Estado e soberania deste perante os administrados, neste sentido que a desconfiança quanto à atuação discricionária do administrador público surgiu e culminou na estruturação de um modelo de normas e manuais, estabelecendo um padrão de atuação do agente público. O que se passou a entender é que para a consecução dos objetivos traçados pelo Estado de Direito seria necessário uma atuação da Administração Pública pautada pelos ditames legais que, necessariamente, deveriam visar o bem comum. A essência do presente trabalho é exatamente mostrar esta evolução do Estado e do controle desta atuação pelos administrados, sobretudo, através do processo administrativo, que é um instrumento hábil a alcançar decisões administrativas, democraticamente legítimas, atingindo em consequência o bem comum mencionado.

Palavras-chave: Direito Administrativo. Administração Pública. Atuação. Controle social. Procedimentalização.

Sumário: Introdução. 1. Atuação da Administração Pública. 2. Procedimentalização do Direito Administrativo. 3. Reflexos da Procedimentalização. 4. Interpretação constitucional da procedimentalização. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo apresenta a discussão acerca da possibilidade de se procedimentalizar cada vez mais a atuação da Administração Pública, mostrando se é possível o abandono dos atos administrativos dotados de autoexecutoriedade e imperatividade, visando evitar a violação de princípios constitucionais e, conseqüentemente, efetivar um controle sobre esta atuação, este que hoje é frágil.

Tal exposição será realizada através de posições doutrinárias tentando buscar respostas para o desvio de finalidade do Estado Democrático de Direito, bem como se o processo administrativo seria a solução para tal desvio e o garantidor do interesse público.

Nesta linha de raciocínio que no primeiro capítulo expõe-se como se dá a atuação da Administração Pública por meio de seus entes, órgãos e agentes, além de como esta atuação tem refletido atualmente na vida de seus administrados. Uma vez que a Administração Pública pode atuar de maneira centralizada, por meio de entidades da Administração Direta, através de seus órgãos e agentes; ou de maneira descentralizada, quando as entidades da Administração Direta necessitam de auxílio para desempenharem as atividades que lhe cabem, outorgando-as ou delegando-as.

Segue-se no segundo capítulo mostrando o que seria essa procedimentalização, partindo da premissa que a procedimentalização, além de orientar condutas, busca o cumprimento das funções estatais, e assegura o respeito ao princípio constitucional do devido processo legal, o que conseqüentemente traria benefícios a atuação da Administração, mesmo que seja por abandono dos atos administrativos e seus atributos, que conferem uma maior autonomia a Administração Pública.

O terceiro capítulo traz os reflexos dessa procedimentalização, que não se limita à esfera jurisdicional, mas está ligada ao exercício do poder estatal, neste caso, sobretudo, ao poder que o Estado (*lato sensu*) exerce sobre seus administrados e as conseqüências decorrentes desta.

Por fim, no quarto capítulo tende-se a trazer as correntes doutrinárias acerca do tema, os argumentos dos autores que defendem essa procedimentalização, tudo a luz da Carta Magna, defendendo-a ao dizer que essa mudança tornaria a atuação administrativa dinâmica; que é necessário que se prevejam direitos e ônus para quem está legitimado a atuar; que os sujeitos que exercem atividades no esquema processual estão interligados por direitos,

deveres, ônus, poderes e faculdades. Além da posição daqueles que “atacam” esta ideia com base no argumento de que se estaria tirando a autonomia da Administração Pública ao limitá-la por meio de um processo administrativo.

Desta forma, o que objetiva-se com a presente pesquisa é mostrar que não basta a prévia delimitação das finalidades a serem perseguidas pelo Estado, mas que se faz necessária a observância de meios adequados para alcançá-las. Analisar até que ponto se pode exercer controle e fiscalização sobre o Estado, este dotado de autonomia e prerrogativas. E, sobretudo, defender a implantação do processo administrativo e expor a real necessidade de procedimentalizar a atuação da Administração Pública, destacando os benefícios trazidos com essa possível reforma.

A pesquisa utilizará a metodologia do tipo bibliográfica, parcialmente exploratória e qualitativa.

1. ATUAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A Constituição Federal de 1988 estabelece em seu artigo 37¹ que a Administração Pública, seja ela direta ou indireta de qualquer um dos poderes, deve obedecer a diversos preceitos expressos, além dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Bem como, em seu artigo 70² estabelece observância aos princípios

¹ BRASIL. Constituição Federal de 1988, de 05 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 16 jul. 2016. “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:”

² BRASIL. Constituição Federal de 1988, de 05 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 16 jul. 2016. “Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.”

da legitimidade e economicidade; e no art. 74, inciso II³, aos princípios da legalidade, eficácia e eficiência; também os princípios da proporcionalidade dos meios aos fins, da indisponibilidade do interesse público, da especialidade administrativa e da igualdade dos administrados.

A administração direta compreende os serviços integrados na estrutura administrativa da Presidência da República e dos Ministérios, enquanto a administração indireta compreende categorias de entidades com personalidade jurídica própria, são elas: autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações públicas.

Neste diapasão constitucional que se estabelece que a Administração Pública deva atuar norteando-se por princípios, seja de maneira centralizada, através de seus órgãos e agentes, ou de maneira descentralizada, através de particulares por meio de outorga ou delegação de funções.

Entende-se por atuação da Administração Pública o desenvolvimento de atividades pelo Estado, através de órgãos e pessoas jurídicas as quais a lei atribuiu o exercício da função administrativa, a fim de alcançar interesses coletivos e, conseqüentemente, atingir o interesse público.

A administração não pratica atos de governo em sua atuação, tão somente atos de execução, seja com maior ou menor autonomia funcional, segundo a competência do órgão e de seus agentes, o que denominamos de atos administrativos. Ou seja, a manifestação de vontade do Estado exercida por seus representantes no exercício regular de suas funções ou

³ BRASIL. Constituição Federal de 1988, de 05 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 16 jul. 2016.

“Art. 74. Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de:

I - avaliar o cumprimento das metas previstas no plano plurianual, a execução dos programas de governo e dos orçamentos da União; II - comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado.”

ainda por pessoa que detenha fração de poder reconhecido pelo Estado, chama-se ato administrativo.

Segundo Hely Lopes Meirelles:⁴

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.

A atuação da administração deve ser conjunta e sincronizada entre todos os órgãos que a integram, bem como os planos de programa do governo devem se harmonizar e se completar. Esta coordenação pode ser efetivada através das diversas chefias, das reuniões entre chefes das várias áreas de atuação e também das comissões de organização do Direito Administrativo. No planejamento, essa coordenação vai envolver diversos órgãos, portanto, se não houver organização para um trabalho sincronizado, haverá perda de tempo e dinheiro da administração. A coordenação permite, exatamente, que a atuação possa fluir de forma adequada, diminuindo os custos.

A Administração Pública ainda traz em sua atuação o instituto da descentralização, que permite ao Estado descentralizar determinado serviço público, a fim de que este seja prestado de maneira mais eficiente, mas a Administração só poderá descentralizar quando aquele determinado órgão competente por aquele serviço não puder exercê-lo. Por exemplo, o serviço de saúde é de obrigação do poder público, quando não há hospital, pode-se descentralizar o serviço para ser executado por pessoa jurídica de direito privado, isto é, por meio de instalação de hospital particular.

O serviço descentralizado deve ser exercido de acordo com os moldes do órgão que está descentralizando. Mas, a descentralização só será efetiva se houver a delegação de

⁴ MEIRELLES, Lopes Hely. *Direito Administrativo Brasileiro*. 41ª Ed. Rio de Janeiro. Malheiros, 2000.

competências, pois se apenas delegada a execução do serviço e não o poder de decisão de quem chefia tal execução, o serviço não se desenvolve plenamente. A melhor solução seria ao descentralizar os serviços em si, já delegar a competência, pois tornaria a descentralização rápida e objetiva.

Apesar disso, há uma fiscalização por meio da autoridade competente, qual seja a chefia que tinha competência para execução daquela determinada atividade, a fim de verificar se estão sendo observadas as normas técnicas e legais na execução da mesma. Controla também o aspecto do planejamento da execução. Há atividades mais fáceis de serem controladas, e também executadas, por possuírem um sistema uniforme, ou seja, executadas de uma só maneira em todo território nacional.

Isto porque, o controle da Administração Pública é a faculdade de vigilância, orientação e correção que um poder, órgão ou autoridade exerce sobre a conduta funcional de outro, podendo ser interno, quando realizado pela entidade ou órgão responsável pela atividade controlada, no âmbito da própria administração, exercido de forma integrada entre os poderes, tendo responsabilidade solidária dos responsáveis pelo controle interno, quando deixarem de dar ciência ao TCU de qualquer irregularidade ou ilegalidade; ou externo quando o órgão fiscalizador se situar em administração diferente daquela onde a conduta administrativa se originou. Há ainda o controle externo popular através do exame e apreciação de contas por qualquer contribuinte.

O controle ainda pode ser de legalidade, onde se verifica a conformidade da conduta administrativa com as normas legais que a regem, podendo ser interno ou externo, exercido de ofício ou mediante provocação, devendo aqui o ato ilegal ou ilegítimo ser anulado e não revogado. Pode ser ainda de mérito, onde se verifica a conveniência e oportunidade da conduta administrativa. Este último seria uma espécie de autocontrole, uma vez que em regra

é exercido pela própria administração, excepcionalmente será exercido pelo Legislativo, quando a CFRB assim prever, mas nunca pelo Judiciário.

O controle por parte do Legislativo não pode ultrapassar as hipóteses constitucionalmente previstas, sob pena de ofensa ao princípio da separação de poderes. Ele alcança os órgãos do Poder Executivo e suas entidades da administração indireta. Já o controle político tem por base a possibilidade de fiscalização sobre atos ligados à função administrativa e organizacional.

A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada poder. O TCU é órgão integrante do Congresso Nacional que tem a função de auxiliá-lo no controle financeiro externo da Administração Pública. No âmbito Estadual e Municipal, aplicam-se, no que couberem, aos respectivos Tribunais e Conselhos de Contas, as normas sobre fiscalização contábil, financeira e orçamentária.

Por fim, o controle judicial, exercido pelo Judiciário, sobre a atividade administrativa do Estado, alcança os atos administrativos do Executivo, mas também examina os atos do Legislativo e do próprio Judiciário quando realiza atividade administrativa. Mas, não cabe ao Judiciário apreciar o mérito administrativo e restringe-se ao controle da legalidade e da legitimidade do ato impugnado.

2. PROCEDIMENTALIZAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO

Entende-se por processo um instrumento composto por atos que tem por finalidade alcançar decisões democraticamente justas e legítimas baseado num contraditório (art. 5º, LX da CF)⁵

O processo administrativo seria uma sucessão encadeada de atos, juridicamente ordenados, destinados à obtenção de um resultado final que consubstancia uma determinada decisão administrativa, servindo como instrumento de exercício de poder, de controle e de proteção dos direitos e garantias dos administrados.

Neste diapasão, que o modelo burocrático ortodoxo não mais se mostra eficiente para atendimento das demandas da sociedade pluralista atual, sendo que o estrito legalismo leva, muitas vezes, a uma atuação do agente público pautada pelo rigoroso cumprimento das normas, muitas vezes, atuando de forma contrária ao interesse público.

É certo que o instrumento legal funciona como mecanismo que orienta e estabelece os limites à atuação do agente público, combatendo práticas corruptas. Contudo, o instrumento legal não consegue esgotar todas as situações apresentadas no caso concreto e, desse modo, a aplicação massificada da lei pode levar ao não atendimento do interesse público. Nesse sentido, a abertura de certa margem de discricionariedade ao agente público o torna capaz de ponderar os interesses em conflito apresentados e, em conjunto com a participação popular, tomar uma decisão mais eficiente.

Entretanto, as propostas e novas ideias devem estar sempre acompanhadas de mecanismos que possibilitem a execução prática de uma Administração Pública ideal. Eis que surge a seguinte questão: como a abertura de certa margem de discricionariedade decisória

⁵ BRASIL. Constituição Federal de 1988, de 05 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 16 jul. 2016.

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LX - a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem;”

poderá garantir o atendimento ao interesse público? Quais seriam os instrumentos disponíveis ao agente público para que possa conhecer as demandas da sociedade?

Nesse sentido, é preciso estabelecer os procedimentos necessários para que a decisão da administração pública seja tomada de forma democrática, em observância aos princípios da moralidade e eficiência.

Atualmente, há uma tendência em se processualizar procedimentos estatais e privados, isto é, estruturar em contraditório, a ponto de se falar em "direito fundamental à processualização dos procedimentos". Isso funciona como importante meio que legitima a tomada de decisão dentro da margem de discricionariedade conferida ao gestor público, uma vez que o controle destes atos verificará o correto cumprimento dos procedimentos previstos em regulamento.

Portanto, tem-se que uma das principais funções da processualização é preparar a decisão, e toda essa relação entre Administração e particulares no momento decisório, favorecendo o consenso da questão a ser decidida. A processualização, desse modo, significa a submissão da atividade administrativa a parâmetros normativos vinculantes que guiam seu desenvolvimento, disciplinando a atuação dos agentes envolvidos, sem restringir a atuação da Administração que possui o poder discricionário quanto ao ato decisório final.

A processualização torna possível a abertura de certa margem de discricionariedade à Administração, sem que esta abertura implique em total desordem e descontrole da máquina pública, uma vez que orienta os atos do agente na direção do correto desempenho da Administração. Ademais, cumpre ressaltar que a processualização não só orienta e legitima a decisão tomada nas margens de liberdade conferidas ao agente público, como também possibilita maior democratização e ampliação da participação dos cidadãos no exercício do poder estatal.

A participação dos cidadãos no processo decisório pode apresentar certa conflitualidade, tendo em vista a oposição de interesses entre os atores envolvidos. Em contrapartida, no processo decisório o agente possui acesso a uma gama de informações e ponderações diversas que serão analisadas e as decisões então serão tomadas no bojo do processo administrativo, do qual os particulares participarão, tendo assim a possibilidade de melhor conhecerem as razões que levaram à medida tomada.

Cumprе ressaltar ainda que a interlocução propiciada pelo processo, na busca cooperativa dos elementos necessários para que a Administração Pública tome a decisão adequada, revela sua função de consenso e de pacificação social, favorecendo o consensualismo, a compreensão e o entendimento pelos particulares da decisão final.

Diante do exposto, parece evidente que a processualização das atividades, quer no âmbito jurisdicional quer no âmbito administrativo-estatal ou privado, trata-se de um pressuposto dotado de democracia, tendo em vista que valoriza a participação de todos, por meio do contraditório, sendo esta a razão de elegê-lo como um direito fundamental, tornando remota a possibilidade de atuação estatal (ou privada, no exercício de um poder normativo) que não seja processual.

O processo administrativo não é um instrumento exclusivo da jurisdição, mas também uma ferramenta da função executiva, haja vista que existem processos legislativos e administrativos. E não se confunde com procedimento, pois procedimento é uma sucessão encadeada de atos, já o processo é um procedimento em contraditório, ou seja, é a atuação dos sujeitos sob o prisma do contraditório.

Este contraditório tão citado seria um corolário do princípio do devido processo legal⁶, isto é, todo acusado terá o direito de resposta contra a acusação que lhe foi feita, utilizando,

⁶ Previsão no art. 5º, LIV da Constituição da República. BRASIL. Constituição Federal de 1988, de 05 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 16 jul. 2016.

para tanto, todos os meios de defesa admitidos em direito. Ou seja, o contraditório é, portanto, a opinião contrária daquela manifestada pela parte oposta da lide, com previsão no artigo 5º, inciso LV, da CF.⁷

Assim sendo, é conceitualmente correto falar em processo administrativo, uma vez que tanto a Lei Federal nº 9.784/99 quanto a Lei Estadual do Estado do Rio de Janeiro nº 5.427/09 optaram por essa terminologia ao criarem as respectivas "leis de processo administrativo", bem como porque o processo administrativo é marcado pelo contraditório. Além disso, a própria Constituição Federal de 1988 optou pelo termo "processo" para identificar a processualidade administrativa, em detrimento de "procedimento", vislumbrando que a atividade administrativa é marcada pela existência de contraditório.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto define processo administrativo como "uma sucessão de manifestações de vontade (...) que se dispõem coordenadamente, para atingir um objetivo final (...)".⁸ Já Maria Sylvia Zanella Di Pietro define o processo administrativo de forma ampla, como uma "série de atos preparatórios de uma decisão final da Administração".⁹

Com base nesses conceitos que se tem defendido a processualização do ato administrativo, uma vez que num Estado Democrático não há como se tolerar condutas autoritárias, sendo esta linha de raciocínio que tem abandonado aquele velho conceito de ato administrativo, defendido por Hely Lopes Meirelles e Celso Antônio Bandeira de Mello, que viam o ato administrativo como uma manifestação unilateral de vontade, restando ultrapassado, não mais podendo ser defendido no seio de uma democracia. O princípio

⁷ BRASIL. Constituição Federal de 1988, de 05 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 16 jul. 2016. Art. 5º, 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".

⁸ MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

⁹ PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito Administrativo*. 29ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

democrático exige ampla participação popular, e não imposições ou atuações unilaterais de um Estado autoritário.

3. REFLEXOS DA PROCEDIMENTALIZAÇÃO

A noção de procedimentalização aqui exposta tem sentido amplo e está além da abordagem de compreender o procedimento somente como espécie do gênero processo.

Defende-se, portanto, uma categoria jurídica capaz de auxiliar o melhor desempenho da função administrativa. Nesse norte, a doutrina tem destacado algumas importantes funções da procedimentalização ante a sua real capacidade de atuar como instrumento jurídico. Normalmente, são apontadas as seguintes funções do procedimento: a função organizatória como resultado da capacidade de coordenação intersubjetiva, realização progressiva da previsão, ordenação de concretização do direito que o procedimento contém; a função ordenadora na medida em que confere ordem à administração em ação; a função metódica que se expressa na qualidade de meio de realização do Direito Administrativo; e a função consenso que personifica um estilo administrativo cooperativo que baseia a descoberta da decisão numa relação duradoura entre a administração e os interessados procedimentais.

Cabe frisar ainda a função legitimadora do procedimento quando se permite a participação do administrado, uma vez que este passa de mero objeto a sujeito da decisão. Além das funções apontadas pela doutrina especializada, entende-se que outras podem ser creditadas ao procedimento como as funções informação, participação e solução de conflitos.

Acerca da função informação, considera-se que o procedimento administrativo é um conjunto de atos e atividades produzidos na Administração com vistas a atingir resultados. Para tanto, o procedimento necessita obter e processar a informação e dela se nutrir, buscando entre várias alternativas, tornando melhor a preparação da decisão, a identificação dos

problemas e de pontos vulneráveis e, ainda, a avaliação das necessidades futuras que retroalimentam o sistema em uma operação continuada de tratamento da informação. Ou seja, isso favorece a qualidade das decisões administrativas, uma vez que tende a suprir o déficit de informação na Administração Pública.

A função participação aparece relacionada à questão da transparência que ganhou mais vigor com a edição da Lei n. 12.527, de 19/11/2011, reguladora do direito constitucional de acesso à informação. Considera-se essencial a participação e a intervenção do administrado no procedimento decisório. Essa função está claramente ligada à função de informação, porquanto para participar é necessário ter informação. A participação também tem sido normalmente referida como meio de se atingir a função legitimadora ao se considerar que ela facilita a aceitação das decisões tomadas em um ambiente concertado.

Fala-se também em função solução de conflitos cuja existência tem bom lugar em uma sociedade complexa e pluralista, que se têm relações sociais múltiplas, nas quais a conflitualidade quando instaurada tem sobrecarregado o Poder Judiciário. À medida que os demandantes veem suas expectativas frustradas ante, por exemplo, a morosidade nos provimentos jurisdicionais, devido ao déficit de jurisdição, ganha força as formas pré-contenciosas de soluções de conflitos, entre elas, a procedimentalização.

Com a procedimentalização desloca-se a solução do conflito para o momento em que eles precisamente se manifestam, isto é, no decurso procedimental. A intervenção dos particulares pela via do contraditório gera a antecipação do conflito para o momento anterior onde há, pelo menos, a hipótese de se dissolverem parte dos interesses que tradicionalmente se colocariam frente a frente no campo dos tribunais.

O procedimento extrajudicial vem como uma das formas de solucionar a crise por que passa o Poder Judiciário, como importante instrumento de composição de interesses antagônicos que podem ser resolvidos na intimidade da Administração.

Além disso, podem-se destacar algumas vantagens trazidas pelo procedimento para o sistema decisório da Administração Pública, como o alargamento da capacidade de decisão, decisões mais justas e conformes os parâmetros jurídicos globalmente aceitáveis, maior racionalidade das decisões e maior eficiência administrativa, haja vista a elaboração de rotinas que facilitam o bom e regular funcionamento da Administração, mapeamento das necessidades, problemas e visualização de alternativas para soluções futuras, melhor tratamento das informações e da qualidade das decisões, uniformização jurídica das soluções administrativas, percepção ponderada do universo variado dos interesses públicos, bem como a garantia do direito dos administrados, além de, na maioria dos casos, ocorrer a interveniência e compatibilização de interesses públicos e privados e a facilitação do controle da Administração por parte dos órgãos de controle internos e externos e da sociedade.

4. INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL DA PROCEDIMENTALIZAÇÃO

A Constituição Federal de 1988 não estabeleceu todas as nuances aplicáveis aos institutos de direito administrativo, por isso boa parte dos contornos que vem sendo conferidos a uma série de institutos decorre da interpretação conjunta e harmonica das disposições do texto constitucional, notadamente dos princípios, direitos fundamentais e valores democráticos nele traduzidos. Diante disso, embora seja possível afirmar que a realização de processo administrativo como condição prévia à produção de atos administrativos seja uma decorrência do disposto na Constituição, não há uma exigência constitucional explícita estabelecendo essa obrigatoriedade para todo e qualquer caso.

Trata-se de uma “reinterpretação de seus institutos sob uma ordem constitucional”, sendo, no caso, aquele relativo à forma de produção de atos administrativos – já que não mais se admite que eles surjam de forma absolutamente unilateral, devendo decorrer de um

processo prévio, que respeite determinados princípios e regras mínimos. Especificamente no que tange à constatação de que a procedimentalização da atividade administrativa, sob a égide da CF de 1988, torna-se obrigatória, pode-se afirmar que ela decorre da análise conjunta de três fundamentos constitucionais diferentes.

O primeiro fundamento seria a norma que prevê a participação popular no exercício da atividade administrativa¹⁰, não somente em casos envolvendo processos contenciosos perante a Administração Pública, através de consultas e audiências públicas nos casos em que a tomada de decisão pelas autoridades administrativas envolva assuntos de interesse geral e relevante¹¹, sem prejuízo de utilização de outros mecanismos de participação popular, diretamente ou por meio de organizações e associações legalmente reconhecidas¹². Vê-se então que o constituinte buscou prestigiar o exercício da democracia direta, pelos próprios indivíduos, no processo de formulação de decisões administrativas que possam ser de interesse geral ou relevante, sendo imprescindível que a participação popular se dê no ambiente da procedimentalização.

O segundo fundamento constitucional decorre da garantia prevista no art. 5º, LV, da Constituição, onde se extrai que as decisões da Administração capazes de acarretar alguma consequência direta para os particulares devem, obrigatoriamente, contar com um processo administrativo prévio, marcado pelo contraditório e ampla defesa, uma vez que o referido artigo fala em processo administrativo.

¹⁰ art. 37, § 3º da CF/88 - BRASIL. Constituição Federal de 1988, de 05 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 16 jul. 2016.

¹¹ Arts. 31 e 32 da CF/88 - BRASIL. Constituição Federal de 1988, de 05 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 16 jul. 2016.

¹² Art. 33 da CF/88 - BRASIL. Constituição Federal de 1988, de 05 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 16 jul. 2016.

O terceiro fundamento constitucional está previsto no art. 5º, XXXIV, ‘a’ da CF¹³, onde se tem a previsão da participação de particulares no exercício da atividade administrativa, independentemente de o ato administrativo impugnado afetar a esfera patrimonial de terceiros, importando em reconhecimento dos direitos dos indivíduos perante o Poder Público, de forma ampla. E para isto torna-se necessário que a Administração Pública observe determinado grau de procedimentalização em seus processos decisórios.

Um exemplo, de nada adiantaria assegurar ao particular o direito de petição contra abuso de poder, se o ato que formalizou esta violação não tiver decorrido de um procedimento administrativo prévio que permita que o cidadão instrua a sua petição com elementos capazes de comprovar as suas alegações.

Em análise destes fundamentos constitucionais constata-se que na quase totalidade dos casos será impositiva a realização de um processo administrativo como condição prévia à produção do ato administrativo final. Isto porque, ainda que não seja obrigatório o contraditório em função da existência de uma lide, no caso concreto, o que culminaria na necessidade de realização de processo administrativo, muito provavelmente a decisão final (o ato administrativo) envolverá assuntos de interesse geral e relevante, o que importará na obrigatoriedade de realização de audiências e consultas públicas, ou, ainda, terá a potencialidade de afetar direitos de terceiros, podendo ser impugnado mediante o exercício do direito de petição, o que faz com haja essa necessidade de processualização.

Em síntese, pode-se dizer que a processualização deve ser encarada como um requisito prévio à prática de atos administrativos nas seguintes situações: o ato administrativo a ser produzido se reveste de caráter de interesse geral ou relevante¹⁴; o ato administrativo

¹³ assegura a todos “o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de Poder”.

¹⁴ Art. 37, § 3º da CF; - BRASIL. Constituição Federal de 1988, de 05 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 16 jul. 2016.

final busca pôr termo a uma lide¹⁵; a prática do ato puder afetar direitos de particulares¹⁶; a Administração Pública for instada a se manifestar em função do exercício direito de petição¹⁷.

Neste raciocínio que se tem afastado a máxima de que a Administração Pública está legitimada a produzir atos administrativos ‘autistas’¹⁸, ou seja, atos que surgiriam em decorrência de uma vontade do administrador sem que se possa perquirir as suas causas e fundamentos. Passa-se a reivindicar então, com fundamento na própria Constituição, que a edição dos atos administrativos deva ocorrer no contexto de um processo administrativo transparente e que assegure a manifestação dos eventuais interessados no feito.

Note-se que o que se extrai do art. 5º, LV, da CF/1988, não é apenas uma restrição à prerrogativa da Administração em editar atos administrativos de forma unilateral e autoritária, vai muito além, ela obriga que todo ato seja praticado no ambiente da processualidade.

Por fim, vale frisar que a exigência de processualização se mostra absolutamente compatível com os princípios insculpidos no art. 37, caput, da CF/88, aplicáveis a Administração Pública (princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência).

No tocante ao princípio da legalidade, isso se justifica na medida em que a legalidade passa a ser concebida de forma ampla, compreendendo não somente a lei em sentido estrito, como todo o ordenamento jurídico, como a Constituição prevê o processo administrativo como condição prévia à produção de atos administrativos, este princípio será cumprido com o atendimento desta exigência.

¹⁵ Art. 5º, LV da CF; - BRASIL. Constituição Federal de 1988, de 05 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 16 jul. 2016.

¹⁶ Art. 5º, XXXIV, ‘a’ da CF - BRASIL. Constituição Federal de 1988, de 05 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 16 jul. 2016.

¹⁷ Art. 5º, XXXIV, ‘a’, e LV da CF - BRASIL. Constituição Federal de 1988, de 05 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 16 jul. 2016.

¹⁸ expressão utilizada por Floriano de Azevedo Marques (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Direito e Administração Pública*. Atlas, 2012).

A exigência da processualização também favorece a efetivação do princípio da impessoalidade, na medida em que como se exige que a Administração não adote comportamentos discriminatórios em relação aos administrados, com a diminuição da prática de atos com finalidades ocultas, capazes de beneficiar agentes determinados, isso só se fortalece.

Em relação ao princípio da moralidade, onde se tem que os agentes públicos devem atuar “na conformidade de princípios éticos”¹⁹, pode-se afirmar que a sua concretização é garantida pela processualização, tendo em vista que esta assegura a higidez dos atos administrativos produzidos, já que, além de acompanhados da devida motivação, eles terão decorrido de um processo solene, do qual será possível deduzir se o ato deriva ou não de condutas atentatórias aos postulados éticos que devem nortear a conduta dos agentes públicos.

Da mesma forma, a processualização da atividade administrativa garante a efetivação do princípio da publicidade, pois se permite que os órgãos de controle e também os administrados, ao requerer acesso aos autos do processo administrativo – estes que, em regra, não são sigilosos – que deu origem a determinado ato, obtenham informações mais completas e precisas quanto aos fundamentos e forma pela qual determinado ato foi praticado. Do contrário, o conteúdo da publicidade ficaria restrito ao ato administrativo final, da forma que externado pela Administração Pública.

Por fim, esta processualização também se mostra alinhada com o princípio da eficiência, este que não se reveste, única e exclusivamente, da faceta da economicidade, e esta mudança visa exatamente à satisfação do interesse público com a observância dos direitos fundamentais previstos na Constituição.

Diante do exposto, verifica-se que na quase totalidade dos casos de produção de atos administrativos, será obrigatório que haja um processo administrativo prévio, ainda que não

¹⁹ Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello. (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 32ª ed. Rio de Janeiro: Malheiros, 2015).

exista um procedimento fixo estabelecido em lei para cada caso determinado, tratando-se de uma obrigação implícita ao Administrador Público, cujos fundamentos podem ser depreendidos a partir da análise das disposições constitucionais.

CONCLUSÃO

Ante ao discorrido, nota-se que aquele modelo burocrático e autoritário de atuação da Administração Pública tem sido abandonado com o passar dos anos e evolução da sociedade, tendo em vista as graves consequências atingidas por esse modelo e a decorrente dificuldade de atingimento do interesse público. Exatamente neste sentido, que o próprio sistema estatal se vê diante da necessidade de adoção de um novo modelo de atuação que se adeque a nova realidade social e ao constante incentivo de adoção de meios extrajudiciais para solução de conflitos, isto é, visa-se passar a elaborar atos administrativos contando com a realização de um processo administrativo prévio, no intuito de por fim a ineficiência do Estado ao atingir o bem comum dos administrados.

Dessa forma, seria necessário modernizar, incrementar e implantar melhorias na Administração Pública, para que, assim, consiga efetivamente representar os anseios sociais, uma vez que a própria sociedade já vinha buscando essa resposta do Estado.

Ou seja, atualmente passa a ser dispensável a existência de lei que coloque, expressamente, a necessidade de observância de um processo administrativo prévio para a tomada de decisões. Tal entendimento decorre de análise das disposições constitucionais que estabelecem a necessidade de que haja respeito às garantias individuais e aos valores democráticos, valorizando, sobretudo, a participação popular, não somente em casos envolvendo processos contenciosos perante a Administração Pública

Nesse novo paradigma, a sociedade, além de participar direta e/ou indiretamente, das resoluções do Estado, exerceria considerável controle sobre as atividades estatais, orientadas, sempre, para o alcance do bem comum. Enquanto a Administração Pública visaria evitar lesão a direitos de terceiros, no desígnio de restaurar a legalidade e de atender o interesse público.

O que se vê então nesta nova roupagem imposta à Administração Pública, é que traria vantagens não somente aos administrados, como, também, à própria Administração Pública, tendo em vista que com a procedimentalização, haveria efetiva garantia ao devido processo legal, além da possibilidade de haver um conhecimento prévio quanto aos atos a serem praticados pela Administração, ainda no curso do procedimento, e, findo o processo, quanto às motivações concretas que levou a Administração a decidir de tal ou qual maneira.

No que tange a Administração Pública, a procedimentalização permite a adoção de decisões mais racionais e, inclusive, a produção de defesas mais robustas diante de eventuais impugnações ao ato administrativo produzido ao cabo do processo perante órgãos de controle.

Contudo, essa exigência debatida no presente artigo pode ser flexibilizada nos casos em que os dispêndios com recursos, financeiros e humanos, não justificar a realização de um procedimento prévio solene e demorado.

REFERÊNCIAS

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 3ªed. São Paulo: Método, 2015.

CARVALHO FILHO, José Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 19ªed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*, 1ªed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Direito Administrativo*. 4ª Ed. Rio de Janeiro. Fórum, 2013.

Direito administrativo e gestão pública II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFGM/FUMEC/Dom Helder Câmara; coordenadores: Denise Bittencourt Freidrich, Giovani da Silva Corralo, Rogério Gesta Leal – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

PARADA, André Luis Nascimento. *A procedimentalização da autotutela administrativa como meio alternativo de solução de conflitos*. Disponível em: www.agu.gov.br/page/download/index/id/17265872

BRASIL. Lei nº 9784, de 29 de janeiro de 1999. (*Lei de Processo Administrativo Federal*). Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm>. Acesso em: 16 jul 2016.

BRASIL. Constituição Federal de 1988, de 05 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 16 jul. 2016.

BRASIL. Lei nº 5427, de 01 de abril de 2009. (*Lei de Processo Administrativo Estadual*). Disponível em: <<http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/contlei.nsf/e9589b9aabd9cac8032564fe0065abb4/ef664a70abc57d3f8325758b006d6733?OpenDocument>>. Acesso em 16 jul 2016.