



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Processualização do ato administrativo como corolário do princípio democrático

Carlos Eduardo Dutra Curado

Rio de Janeiro

2016

Carlos Eduardo Dutra Curado

Processualização do ato administrativo como corolário do princípio democrático

Artigo apresentado como exigência da conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professora Orientadora: Maria Carolina Cancellia Amorim.

Rio de Janeiro

2016

PROCESSUALIZAÇÃO DO ATO ADMINISTRATIVO COMO COROLÁRIO DO PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO

Carlos Eduardo Dutra Curado
Possui LL.M em Direito Empresarial pela FGV.
Pós-graduando em Direito Administrativo pela
EMERJ. Graduado em Ciências Sociais pela UFF.
Graduado em Direito pela UCAM. Advogado.

RESUMO: o presente trabalho tem por escopo analisar a processualização do ato administrativo como corolário do princípio democrático. Para tanto, observar-se-á que sendo o ato administrativo uma manifestação de vontade da Administração Pública, a qual está inserida num contexto de Estado Democrático de Direito, parece essencial que a formação desta decisão administrativa deva ser precedida do devido processo administrativo, respeitando, por conseguinte, o contraditório.

Palavras-chave: ato administrativo; processo administrativo; princípio democrático.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Breve histórico do Direito Administrativo: surgimento, desenvolvimento e cenário contemporâneo. 2. Efervescência do princípio democrático: cenário jurídico. 3. O advento do processo administrativo e a sua importância para o direito administrativo moderno. 4. Mudança de paradigma no conceito clássico de ato administrativo - sua processualização. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho aborda a mudança de paradigma na teoria do Direito Administrativo, a qual vem se democratizando a cada dia. Tal câmbio paradigmático parece trazer um novo conceito de ato administrativo.

O conceito clássico de ato administrativo - que o vê, em síntese, como uma expressão unilateral de vontade do Estado -, vem se flexibilizando em virtude da *democracia participativa* (e não meramente *representativa*), de forma a se tornar processualizado. Isto é, o ato administrativo vem se transformando em uma sucessão de atos que incluem a participação da sociedade na persecução do interesse público.

Para se chegar a tal hipótese supra-anunciada, é mister fazer uma análise histórica do Direito Administrativo, explicitando seu surgimento, desenvolvimento e cenário contemporâneo, sendo este o propósito do primeiro capítulo.

Em seguida, no segundo capítulo, anunciar-se-á a efervescência do princípio democrático no cenário jurídico, ocasião em que se buscará comprovar a hipótese de que o Direito Administrativo, mesmo sendo um ramo recente da ciência jurídica, não é estático. Ao contrário, vem sofrendo profundas mudanças no que cerne à sua estrutura conceitual, de forma a acompanhar os câmbios sociais em busca do horizonte democrático, findando por processualizar a construção do ato administrativo.

No terceiro capítulo se analisará o surgimento do processo administrativo. Denotar-se-á que o advento do processo administrativo - positivado na Lei Federal nº 9.784/99 e na Lei Estadual do Rio de Janeiro nº 5.427/09 - homenageou os valores constitucionais do contraditório e da ampla defesa, findando por enaltecer a democracia.

No quarto capítulo será exposto, a priori, o conceito clássico de ato administrativo. Para tanto, compreender-se-á que, nos primórdios do Direito Administrativo, percebia-se a presença de ideias do absolutismo monárquico, razão pela qual a definição clássica de ato administrativo o vê como fruto de uma manifestação unilateral de vontade do Estado.

Além disso, averiguar-se-á a mudança de paradigma no conceito clássico de ato administrativo, que vem se tornando, hodiernamente, processualizado, fruto da constitucionalização do Direito Administrativo, que passou a inserir o princípio democrático em seu seio.

Ao final, alcançar-se-á a ilação no sentido de que o ato administrativa, que outrora era tido como manifestação unilateral de vontade do Estado, doravante começa a ser visto como uma decisão estatal legitimada democraticamente pela participação

popular - por meio de um processo administrativo - na sua construção. Ou seja, a processualização do ato administrativo finda por ensejar em decisões administrativas cada vez mais legítimas.

1. BREVE HISTÓRICO DO DIREITO ADMINISTRATIVO: SURGIMENTO, DESENVOLVIMENTO E CENÁRIO CONTEMPORÂNEO

O Direito Administrativo surgiu na França, aproximadamente no início do século XIX, como resposta às ânsias do povo - mormente da burguesia que ascendia como classe social - em busca da limitação dos poderes do rei e garantia de direitos fundamentais. Cita-se como marco histórico a Revolução Francesa de 1789, acontecimento relevante para o surgimento do ramo do direito em espeque.

Sobre o surgimento do Direito Administrativo, preleciona Odete Medauar¹:

O direito administrativo começa a se formar nas primeiras décadas do século XIX. É muito comum apontar uma lei francesa de 1800 como seu ato de nascimento: essa lei disciplinou, de modo sistemático, a organização administrativa francesa, com base na hierarquia e na centralização. (...) As concepções político-institucionais que afluíam, nessa época, propiciavam o surgimento de normas norteadoras do exercício dos poderes estatais, pois tinham clara conotação de limitação e controle do poder e de garantia dos direitos individuais.

Neste sentido ensina Diogo de Figueiredo Moreira Neto²:

O Direito Administrativo, porém, como a disciplina jurídica dessas atividades voltadas ao atendimento de interesses coletivos, é, como se adiantou, de recente desenvolvimento (...). Na Época Moderna, os autores costumam apontar no calendário revolucionário, o dia 28, Pluvioso, do Ano VIII (1800), a data em que a Revolução Francesa editou a primeira lei reguladora da pública administração, tida, assim, como “certidão de nascimento” do Direito Administrativo.

¹ MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 19ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 51.

² MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 16ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. pp. 112-113.

Diante do exposto, alcança-se à ilação primeva de que o Direito Administrativo teve seu surgimento como ramo autônomo do direito na França do século XIX, em virtude do ideário burguês revolucionário que culminou na Revolução Francesa de 1789, de que o Estado deveria se submeter ao império da lei e respeitar direitos fundamentais dos cidadãos, não mais podendo deter poderes absolutos.

Nessa esteira, o direito continental europeu (sistema romano-germânico), diferentemente da tradição inglesa e ianque do *common law* (sistema anglo-saxão), adotou o viés francês de classificar o direito administrativo como um ramo estanque/especial.³

Por sua vez, no Brasil, o surgimento do Direito Administrativo se deu em meados do século XIX, durante o período imperial e na vigência da Constituição de 1824, amparando-se na doutrina francesa fundada no modelo romano-germânico.⁴

Ocorre que, com o tempo, o direito brasileiro foi se aproximando do modelo anglo-saxão, sobretudo ao adotar o sistema de jurisdição una - exercida unicamente pelo Poder Judiciário -, de forma que foi se afastando do modelo importado da França, onde há dualidade de jurisdição, existindo uma Jurisdição Administrativa⁵ (exercida pelo Conselho de Estado francês) e uma Jurisdição Comum (exercida pelo Poder Judiciário).

³ A esse direito administrativo, que se originou, se sistematizou e se expandiu na Europa continental, costuma-se contrapor o chamado "sistema do common law", vigente nos Estados Unidos e países da comunidade britânica. (MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 19ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 52).

⁴ (...) o direito administrativo pátrio se desenvolve e se consolida, com predomínio da linha francesa. (MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 19ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 54).

⁵ Justamente aqui entram os franceses. Querendo impedir que o Poder Executivo ficasse sujeito aos juízes (membros da nobreza contrariada com a Revolução Francesa), os revolucionários franceses atribuíram a missão de julgar os atos da Administração a um órgão que a integrava, o Conselho de Estado. Esse órgão, percebendo a incompatibilidade entre as normas do Código Civil e os problemas da Administração, é que viria a afirmar a necessidade de, para resolvê-los, ser utilizado um "outro direito", o administrativo, construído em oposição ao então existente, o civil. (SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. 5ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2015. pp. 105-106).

Sobre o surgimento do Direito Administrativo no Brasil, ensina Sundfeld⁶:

O que resultou desse esforço foi a introdução precoce, no mundo jurídico e político brasileiro, da noção de direito administrativo surgida na França - um direito especial para a Administração Pública -, afastando o Brasil da visão, que iria persistir longamente na Inglaterra e nos Estados Unidos da América, de que a vinculação do Estado ao Direito não deveria exigir - ou, mesmo, comportar - a construção de um ramo especial do Direito. (...) Uma característica da Constituição da República, de 1891, seria responsável pela principal alteração de base no direito administrativo brasileiro (...). Foi a adoção do modelo norte-americano de jurisdição *una* - que o Brasil nunca mais abandonou -, eliminando-se a Justiça Administrativa (isto é, o contencioso administrativo, uma Justiça especial para a Administração, ligada a ela e distinta do Judiciário) que havia sido criada no Império.

O parcial afastamento do sistema jurídico-administrativo brasileiro da doutrina francesa e do modelo romano-germânico, bem como sua aproximação ao modelo anglo-saxão, exigiram transformações estruturais na teoria do Direito Administrativo.

Nessa esteira, o Direito Administrativo brasileiro abandonou - parcialmente - seu perfil originalmente eivado de heranças absolutistas (ideia esta que parecia ser um contrassenso diante da força motriz que impulsionou o surgimento do direito administrativo: a oposição burguesa ao modelo monárquico) e o ideário gaulês de direito especial, passando a revestir-se de valores democráticos.⁷

Com isso, denota-se que o direito brasileiro, *a priori*, no período imperial, agasalhou as concepções francesas, que imperavam no sistema romano-germânico. Todavia, *a posteriori*, com a proclamação da república, o Brasil se aproximou das ideias estadunidenses (sistema anglo-saxão), evidenciado pela adoção da jurisdição *una* - e não

⁶ SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para céticos*. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2014. pp. 50-51.

⁷ Uma proposta de estudo cada vez mais comum na literatura administrativista, em especial a europeia-continental, consiste na explicação da faceta "*autoritária*" do Estado reconhecida por provimentos administrativos. Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da Silva, por exemplo, indica que a permanência de atos considerados desfavoráveis decorre da frágil passagem histórica do Estado absoluto para o Estado liberal, na qual não se evidenciou uma verdadeira ruptura. (PALMA, Juliana Bonacorsi de. Como a teoria do ato administrativo pode ser aproveitada na prática da consensualidade? In: MEDAUAR, O.; SCHIRATO, V. R. (Coord.). *Os caminhos do ato administrativo*. São Paulo: RT, 2011. p. 241).

dual -, criando um direito administrativo polivalente, um sistema jurídico-administrativo eclético, fundado em tradições antagônicas.

A evolução da ciência jurídica, atrelada ao fenômeno da constitucionalização do direito - evidenciado sobretudo no período pós II Guerra Mundial -, fez com que se passasse a estudar o Direito Administrativo à luz da constituição.

Nesse diapasão, grandes mudanças revolucionaram conceitos clássicos do Direito Administrativo. Exemplo disto são os fenômenos da *supremacia da constituição* - que deixou de ser uma mera carta política sem força impositiva, passando a granjear o mais elevado escalão normativo no ordenamento jurídico -, e o *caráter normativo dos princípios jurídicos* - que passaram a ser espécies do gênero norma, ao lado das regras.

Assim disserta Rafael Carvalho Rezende Oliveira⁸ sobre o tema:

A compreensão exata dos princípios, em espécie, assume crucial relevância no contexto do neoconstitucionalismo e do Pós-Positivismo, sobretudo a partir do reconhecimento do caráter normativo primário dessa categoria de normas jurídicas e de sua forte aproximação com a moral. No campo do Direito Administrativo, antigos dogmas e princípios clássicos vêm passando por um processo de releitura, tendo em vista a crescente constitucionalização do Direito.

O advento da II Guerra Mundial levou juristas a realizarem críticas ao positivismo jurídico, uma vez que práticas autoritárias ocorridas nesse período bélico buscavam legitimidade em leis positivadas nos ordenamentos existentes.⁹

A ciência do direito se transformou pelas ideias *neoconstitucionalistas* e *pós-positivistas*, fazendo emergir as noções de supremacia da constituição e da força normativa dos princípios. O Direito Administrativo, como ramo da ciência jurídica, acompanhou essas metamorfoses, seguindo as exigências do novo cenário.

⁸ OLIVEIRA, Rafael C. R. *Princípios do Direito Administrativo*. 2ª Ed. São Paulo: Método, 2013. p. 27.

⁹ *Ibidem*, p. 41. Após as práticas autoritárias durante a II Guerra, pretensamente legitimadas pelos textos jurídicos então vigentes, o positivismo jurídico, que supervalorizava a lei e os ideais de segurança, perde força e cede espaço a um novo paradigma jusfilosófico: o "pós-positivismo".

Neste diapasão, o Direito Administrativo vem abandonando algumas de suas noções clássicas - como, por exemplo, o conceito de ato administrativo como manifestação unilateral de vontade do Estado -, de forma a incorporar novas concepções coerentes com a sofisticada hermenêutica jurídica à luz da constituição.

Sobre esse caráter mutante da ciência do direito - que acompanha os câmbios sociais -, invoca-se o pensamento de Juliana Bonacorsi de Palma¹⁰, que guarda relação com o tema central deste trabalho, qual seja, a processualização do ato administrativo:

(...) a atuação administrativa é tradicionalmente reconhecida no ato administrativo unilateral e imperativo. (...) A consensualidade coloca em xeque o paradigma da imperatividade, ditando uma dinâmica bastante diferenciada daquela tradicionalmente considerada nos atos administrativos unilaterais e imperativos. Esta nova estrutura ainda é inovadora no Direito Administrativo (brasileiro) e deveras desafiadora.

Este trabalho visa defender essa nova estrutura marcada pela consensualidade. Trata-se de uma mudança de paradigma no Direito Administrativo contemporâneo que vem exigindo maior atrelamento com o princípio democrático, acarretando numa Administração Pública consensual, que não imponha unilateralmente seus atos administrativos, mas que leve em conta a vontade popular - por meio de um processo administrativo - na construção da decisão administrativa.

2. EFERVESCÊNCIA DO PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO: CENÁRIO JURÍDICO

O governo democrático é aquele que, em síntese, preza pela participação de todos na formação do consenso político. O pensador francês Alexis de Tocqueville, do século XIX, foi um teórico clássico que deu importante contribuição ao escrever sobre a democracia na América, após sua viagem aos Estados Unidos, conforme se depreende da leitura de sua obra:

¹⁰ PALMA, Juliana Bonacorsi de. Op. Cit. pp. 241-242.

Por que então as repúblicas americanas se mantêm e prosperam? (...) As leis da democracia tendem, em geral, ao bem da maioria, pois emanam da maioria de todos os cidadãos, a qual pode se enganar, mas não poderia ter um interesse contrário a si mesma.¹¹

A história da democracia no Brasil é uma experiência ainda embrionária em comparação com outros países, como os Estados Unidos da América.

Após se tornar independente da metrópole portuguesa em 1822, o Brasil viveu um período imperial, que foi interrompido pela proclamação da República em 1889. A República, por sua vez, sofreu alguns intervalos ditatoriais. Por fim, a democracia foi reestabelecida com o advento da Constituição Cidadã de 1988.

A Carta Política de 1988 instituiu o Estado Democrático de Direito, conforme se denota do seu artigo 1º. Esse novo modelo estatal abraçou a teoria democrática, que reveste o indivíduo como merecedor de respeito à sua dignidade (art. 1º, III, CF/88) e liberdade (art. 5º, caput, CF/88).

Assim sendo, a mudança de um modelo em que a democracia não era exaltada - que foi o hiato militar vivido entre 1964 e 1985 - para outro democrático (tendo como marco histórico a Constituição Federal de 1988), tratou-se de aparente revolução na estrutura social brasileira.

Essa mudança estrutural da sociedade trouxe novas ideias jurídicas. Um desses novéis ideários foi o princípio democrático, que traz na sua essência a consensualidade¹² e a concertação nas relações de poder entre a sociedade e o estado, não mais comportando uma democracia meramente representativa, mas participativa.

Em estado democrático de direito, a consensualidade induz o princípio da concertação nas relações de poder entre a sociedade e o estado. Implica não só valorização da figura do administrado nas relações envolvendo a gestão

¹¹ TOCQUEVILLE, Alexis de. *A democracia na América - leis e costumes*. Tradução: Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 270.

¹² Em sentido amplíssimo, a consensualidade consiste em qualquer forma de acordo de vontades envolvendo a Administração Pública, bem como instrumentos de participação administrativa, a exemplo das audiências e consultas públicas. (PALMA, Juliana Bonacorsi de. Op. Cit. p. 242)

pública, como também reconhece que a *democracia representativa* se tornou insuficiente para uma sociedade ansiosa por participar diretamente da condução dos seus interesses.¹³

Nessa linha de pensamento, é interessante analisar os escritos de Irene Patrícia Nohara¹⁴, para quem "talvez a mais corrente das falhas apontadas ao Capitalismo é o emprego de um sentido de democracia formal, que, na maioria dos países capitalistas, se divorcia da noção de democracia material". Esse defeito parece ser passível de correção por meio da criação de mecanismos que processualizem a atividade da Administração Pública com vistas a obter maior participação popular, colocando em prática a democracia material e decisões administrativas cada vez mais legítimas.

Nesse sentido, Diogo de Figueiredo Moreira Neto¹⁵ preleciona que, a partir da segunda metade do século XX, observou-se a existência de uma sociedade pluriclasse - e não mais monoclasse ou biclasse -, cujos cidadãos se tornaram mais esclarecidos e exigentes, não bastando o mero consenso na escolha de representantes pelo simples voto (democracia formal), mas se exigindo um consenso com maior amplitude, com efetiva participação popular (democracia substantiva), conforme se lê:

Nas democracias formais, instituídas nas sociedades monoclasse e biclasse, que caracterizaram o Estado moderno até meados do século vinte, era suficiente o consenso colhido para a escolha dos agentes políticos. O surgimento de sociedades pluriclasse, a revivescência do humanismo ao cabo de duas guerras mundiais, com o fim da virulência das ideologias totalitárias, e, notadamente, o advento da Revolução das Comunicações, tornou as cidadanias mais esclarecidas e exigentes, buscando ampliar o consenso político além da formalidade da escolha de governantes - de quem deverá

¹³ SEMELES, Mirela Halfim. Interesse público e gestão pública consensual. Artigo Científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-graduação lato sensu da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, 2014. p. 9. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2014/trabalhos_12014/MirelaHalfimSemeles.pdf>. Acessado em 2016.

¹⁴ NOHARA, Irene Patrícia. *Fundamentos de direito público*. São Paulo: Atlas, 2016. p. 186.

¹⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Novas tendências da democracia: consenso e direito público na virada do século - o caso brasileiro*. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 13, março/abril/maio, 2008. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acessado em 2016.

governar - para a escolha de políticas - de como deverão governar. (...) Assim, não mais bastando o consenso na escolha de pessoas pelo voto formal, trata-se de buscar um consenso mais amplo sobre a escolha de políticas públicas através de outras formas institucionais que possam disciplinar com fidelidade e segurança o processo de formação da vontade participativa, ou seja, a crescente importância da processualidade como instrumento democrático.

O princípio democrático, agasalhado pela Constituição de 1988, revolucionou a estrutura social brasileira - que pode ser classificada como pluriclasse -, a qual passou a exigir maior consensualidade na atuação da Administração, que não mais deveria decidir de forma unilateral, mas que, em respeito à democracia substantiva/participativa, deveria levar em consideração a vontade do povo no processo de construção da decisão administrativa, exteriorizada por meio do ato administrativo.

Por fim, sobre a questão da legitimidade, cita-se Gustavo Binjenbojm¹⁶:

O fomento à participação dos cidadãos em procedimentos administrativos (...) tem sido uma das tentativas de recuperação do lastro de legitimidade da atuação da Administração Pública.

A ideia de legitimidade das decisões tomadas pela Administração Pública traz à análise a questão da participação dos cidadãos em processos administrativos. Tal participação homenageia a teoria democrática, e, por consequência, enaltece a consensualidade em tempos de heterogeneidade social, isto é, de pluralidade de ideias convivendo no seio da sociedade.

3. O ADVENTO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO E A SUA IMPORTÂNCIA PARA O DIREITO ADMINISTRATIVO MODERNO

Neste capítulo se analisará o processo administrativo, que é um instrumento hábil a alcançar decisões administrativas democraticamente legítimas. Para lograr tal objetivo, é importante, a priori, compreender o significado de processo.

¹⁶ BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do Direito Administrativo - Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*. 3ª Edição. RENOVAR: Rio de Janeiro, 2014. pp. 310-311.

Processo é um termo polissêmico, podendo ser definido de várias maneiras, a depender da perspectiva que se o visualiza.¹⁷ Não é mister desta obra se ater às dilações doutrinárias que buscam definir exhaustivamente todas as acepções de processo, sendo este um esboço inerente aos estudiosos do direito processual.

Analisando o processo sob a perspectiva da Teoria do Fato Jurídico, a partir do plano da existência dos fatos jurídicos, o processo seria um procedimento estruturado em contraditório.¹⁸

Hodiernamente há uma tendência em se processualizar - isto é, estruturar em contraditório - procedimentos estatais e privados, chegando-se a falar em "*direito fundamental à processualização dos procedimentos*".

Sucedem que, atualmente, é muito rara, talvez inexistente, a possibilidade de atuação estatal (ou privada, no exercício de um poder normativo) que não seja "processual"; ou seja, que não se realize por meio de um **procedimento em contraditório**. Cogita-se, então, um direito fundamental à processualização dos procedimentos (...).¹⁹

Parece evidente que a processualização das atividades - quer no âmbito jurisdicional ou administrativo - se trata de um pressuposto enaltecido nas democracias, uma vez que homenageia a ampla participação por meio do contraditório, razão porque se cogita de um direito fundamental à processualização dos procedimentos.

A expressão 'processo administrativo' conduz, *prima facie*, à ideia de que a Administração Pública - tal qual o Poder Judiciário - exerce uma atividade

¹⁷ O processo pode ser examinado sob perspectiva vária. Variada será, pois, a sua definição. O processo pode ser compreendido como método de criação de normas jurídicas, ato jurídico complexo (procedimento) e relação jurídica. Sob o enfoque da Teoria da Norma Jurídica, processo é o método de produção de normas jurídicas. (...) O processo sob a perspectiva da Teoria do Fato Jurídico é uma espécie de ato jurídico. (DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Volume I. 18ª Ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2016. pp. 32-33).

¹⁸ Ibidem, p. 33.

¹⁹ DANTAS, Miguel Calmon. *Direito fundamental à processualização*. In: GOMES JR, Luiz Manoel; WAMBIER, Luiz Rodrigues e DIDIER JR, Fredie (org.). *Constituição e processo*. Salvador: Editora JusPodivm, 2007, p. 418. *apud* DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Volume I. 18ª Ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2016. pp. 33-34.

processualizada. Assim sendo, o processo não é um instrumento exclusivo da jurisdição, sendo, também, ferramenta da função executiva.

A título de esclarecimento, cumpre recordar que a tripartição de poderes - fundada na ideia de separação de funções elaborada pelo clássico Montesquieu - foi agasalhada pelo Poder Constituinte Originário ao elaborar a Constituição Federal de 1988 (artigo 2º), que dividiu os Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, em Legislativo, Executivo e Judiciário. Ainda que cada um desses poderes exerça funções típicas e atípicas, o processo não é exclusividade de nenhum deles, haja vista existir processo legislativo e administrativo.²⁰

Ante os conceitos trazidos à tona, denota-se haver distinção entre os termos 'processo' e 'procedimento', ainda que a prática jurídica demonstre que muitos operadores do direito utilizem tais terminologias como sinônimas.

Seguem os esclarecimentos de Odete Medauar²¹ sobre o tema:

Aceita a existência de processo no âmbito administrativo, surge a controvérsia no tocante a sua denominação: seria *processo* ou *procedimento*? (...) Muitos administrativistas e tributaristas utilizam o termo procedimento. Uma das explicações para o uso desse vocabulário encontra-se no receio de confusão com o processo jurisdicional. (...) No aspecto substancial, *procedimento* distingue-se de *processo* porque, basicamente, significa a **sucessão encadeada de atos**. Processo, por seu lado, implica, além do vínculo entre atos, vínculos jurídicos entre os sujeitos, englobando direitos, deveres, poderes, faculdades, na relação processual. Processo implica, sobretudo, **atuação dos sujeitos sob prisma contraditório**.

Assim sendo, resta evidente a distinção entre processo e procedimento. O procedimento é uma sucessão encadeada de atos. O processo, a seu turno, é um

²⁰ (...) atualmente a doutrina não mais restringe o conceito de processo apenas no âmbito do poder judiciário, posto que é um conceito da Teoria Geral do Direito, aplicando-se igualmente a todos os ramos, independentemente do direito material debatido. (BRITTO, Roberto Cajubá da Costa. *A processualização do ato administrativo como contribuição para a democracia*. Fortaleza: Premium, pp. 25-26).

²¹ MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 19ª Ed. São Paulo: RT, 2015. pp. 199-200.

procedimento em contraditório, ou seja, é a atuação dos sujeitos sob o prisma do contraditório. Destarte, é conceitualmente correto falar em processo administrativo.

Este artigo optou pela nomenclatura 'processo' - e não 'procedimento' -, porque tanto a Lei Federal nº 9.784/99 quanto a Lei Estadual do Rio de Janeiro nº 5.427/09 optaram por essa terminologia ao criarem suas respectivas "leis de processo administrativo", e porque o processo administrativo é marcado pelo contraditório.²²

Além disso, o novel Código de Processo Civil de 2015, em seu artigo 15, dispôs que "na ausência de normas que regulem **processos** eleitorais, trabalhistas ou **administrativos**, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente", deixando clara a aplicação supletiva e subsidiária do novo CPC aos processos (e não procedimentos) administrativos.

Como se não bastasse, a própria Constituição Federal de 1988 optou pelo termo 'processo' para identificar a processualidade administrativa.²³ Veja-se:

Artigo 5º, inciso LV, CF/88: 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;

Artigo 37, inciso XI, CF/88: ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública (...).

Artigo 41, § 1º, inciso I, CF/88: O servidor público estável só perderá o cargo: mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa.

Sendo assim, denota-se haver, o Constituinte Originário, agasalhado precisa terminologia ao adotar a expressão processo administrativo, em detrimento de procedimento, aparentemente porque tal atividade é marcada pelo contraditório.

²² (...) o processo administrativo caracteriza-se pela atuação dos interessados, em contraditório, seja ante a própria Administração, seja ante outro sujeito (...). (MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 19ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 200).

²³ *Ibidem*, p. 200.

A Lei Federal nº 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, em seu artigo 2º, salienta que a "Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da (...) ampla defesa, contraditório (...)". Denota-se que o processo administrativo federal deve se preocupar com o contraditório.

A Lei Estadual do Rio de Janeiro nº 5.427/09, por sua vez, em dispositivo análogo ao da lei federal supramencionada, salienta em seu artigo 2º que o "processo administrativo obedecerá, dentre outros, aos princípios da (...) ampla defesa, contraditório, (...) participação (...)".

Observa-se do mencionado dispositivo legal estadual que, tal qual o dispositivo federal, também homenageia o contraditório como um princípio a ser observado. Estas disposições legais parecem coadunar com o conceito de processo defendido pela doutrina trazida à baila neste capítulo, que vê tal instituto jurídico como um procedimento dotado de contraditório.

Por derradeiro, com o fito de facilitar a compreensão do significado de processo administrativo, desfecha-se o presente capítulo com a síntese de Diogo de Figueiredo Moreira Neto²⁴, para quem o processo administrativo é "uma sucessão de manifestações de vontade (...) que se dispõem coordenadamente, para atingir um objetivo final (...)".

4. MUDANÇA DE PARADIGMA NO CONCEITO CLÁSSICO DE ATO ADMINISTRATIVO - SUA PROCESSUALIZAÇÃO

O ato administrativo, desde a sua aparição, no início do século XIX, na França, esteve impregnado de um sentido de "decisão de autoridade administrativa". Destarte, denota-se que o instituto jurídico em comento, desde a sua gênese, aparenta manter um

²⁴ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 16ª ed. Rio de Janeiro: FORENSE, 2014. p. 250.

liame de afeição com o "autoritarismo" do antigo regime absolutista, ainda que inserido no novel modelo burguês, após as revoluções liberais do final do século XVIII.

Sobre o tema, assim preleciona Odete Medauar²⁵:

A expressão ato administrativo surge, pela primeira vez, como verbete introduzido por Merlin, na 3.^a edição do Repertório Guyot, de 1812, onde aparece, também, o que poderia ser um primeiro conceito ou descrição, nos termos a seguir: "uma decisão de autoridade administrativa ou uma ação, um fato da administração que tenha relação com suas funções".

Numa perspectiva histórica, Odete Medauar²⁶ ensina que "no Brasil houve bom número de publicações sobre o ato administrativo ou seus aspectos até meados da década de 70 do século XX". Acrescenta, ainda, que "após a década de 70 do século XX o interesse e a edição de estudos sobre o ato administrativo sofreram um recuo, embora a matéria figurasse em todos os manuais e cursos de Direito Administrativo".

Hodiernamente se pode estabelecer como sendo um conceito clássico de ato administrativo aquele defendido por Alexandre Aragão²⁷, que o vê como sendo "toda manifestação **unilateral** de vontade da Administração Pública que, agindo nesta qualidade, tenha por fim imediato criar, modificar ou extinguir direitos ou obrigações".

Observa-se que o ato administrativo é definido como uma manifestação unilateral de vontade do Estado. O uso do termo "unilateral" para conceituar o ato administrativo vem sofrendo algumas críticas, haja vista que, numa Administração Pública que zela pelo consenso, torna-se difícil vislumbrar imposições unilaterais.

A palavra unilateral, presente em vários conceitos de ato administrativo e muito acentuada na doutrina francesa, daria a entender que a decisão contida no ato se produziu sem nenhum tipo de atuação ou participação dos seus destinatários. Na época da inicial elaboração teórica do ato administrativo

²⁵ MEDAUAR, Odete. *Ato Administrativo: origem, concepções, abrangência*. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (Coord.). *Os caminhos do ato administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 16.

²⁶ *Ibidem*, p. 20.

²⁷ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Teoria Geral dos Atos Administrativos - uma releitura à luz dos novos paradigmas do direito administrativo*. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (Coord.). *Os caminhos do ato administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 39.

esta visão seria compatível à percepção das relações Estado-sociedade então vigente - Estado separado da sociedade e sociedade separada do Estado. (...) Com as transformações nos vínculos entre Estado e sociedade, cada vez mais próximos, com a Administração buscando sempre mais consenso, acordo, negociação, em vez de imposição "de cima para baixo", o sentido da palavra *unilateral* vai se alterando.²⁸

Em posicionamento diverso, Alexandre Santos de Aragão²⁹ salienta que "a vontade manifestada no ato administrativo é unilateral, ou seja, o efeito produzido na esfera jurídica do administrado deve decorrer tão somente da vontade da Administração Pública, independentemente da anuência do particular".

O presente trabalho defende, com base na ideia de administração consensual³⁰, que, atualmente, o ato administrativo deve ser processualizado, passando-se a levar em conta a vontade do particular na sua construção. Em uma democracia participativa, as ideias impostas unilateralmente - típicas da era absolutista, donde o poder restava concentrado nas mãos do soberano - não parecem razoáveis.

Sendo, portanto, o ato administrativo uma manifestação de vontade da Administração Pública precedida do devido processo administrativo que cria, modifica, ou extingue direitos, parece inegável a assertiva de que, em consequência do princípio democrático, o processo de construção deste ato deve respeitar o contraditório.

²⁸ MEDAUAR, Odete. *Ato Administrativo: origem, concepções, abrangência*. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (Coord.). *Os caminhos do ato administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. pp. 29-30.

²⁹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Teoria Geral dos Atos Administrativos - uma releitura à luz dos novos paradigmas do direito administrativo*. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (Coord.). *Os caminhos do ato administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 39.

³⁰ A administração consensual privilegia a cooperação entre as partes na identificação de interesses comuns, possibilita o surgimento de acordo entre o poder público e os cidadãos (...). A afirmação do constitucionalismo e do estado democrático de direito, bem como a busca de novos paradigmas balizadores da função administrativa, trazem a administração consensual como uma nova face da administração pública. Dentre esses novos paradigmas, destacam-se os acordos administrativos, a motivação dos atos administrativos (...). (SEMELES, Mirela Halfim. *Interesse público e gestão pública consensual*. Artigo Científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-graduação lato sensu da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, 2014. p. 10. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2014/trabalhos_12014/MirelaHalfimSemeles.pdf>. Acessado em 2016).

Por conseguinte, defende-se a processualização da edição de atos administrativos, que se tornarão uma sucessão encadeada de manifestações - inclusive dos particulares e em respeito ao contraditório - com vistas a se chegar ao ato final: a decisão administrativa.³¹

CONCLUSÃO

Observou-se neste artigo que o conceito clássico de ato administrativo envolve dizer, em síntese, que tal instituto jurídico é uma manifestação unilateral de vontade do Estado. Viu-se, também, que há crítica doutrinária no que tange ao termo "*unilateral*" do conceito mencionado.

Isto se dá, porque, em uma democracia participativa, as ideias impostas unilateralmente - típicas da era absolutista, donde o poder restava concentrado nas mãos do soberano - não parecem compatíveis.

Uma das razões pelas quais o conceito clássico de ato administrativo tenha se cristalizado de forma a identificá-lo como uma manifestação unilateral de vontade do Estado se explica com base na gênese do Direito Administrativo brasileiro, de raiz francesa (sistema romano-germânico ou continental-europeu). Todavia, a evolução histórica aclarou que, desde 1891, com o advento da primeira Constituição Republicana, o Brasil se aproximou do direito estadunidense (sistema anglo-saxão), criando um modelo jurídico-administrativo eclético, que abraçou o princípio democrático.

Viu-se que a ideia de administração consensual induz ao pensamento de que o ato administrativo, hodiernamente, deve ser processualizado, isto é, deve ser fruto de

³¹ Nem todos os atos administrativos são editados de imediato pelos agentes administrativos. Em muitos casos, o ordenamento impõe a precedência de uma série encadeada de fases, cujo momento final é a edição de um ato administrativo. Assim, alguns atos são emitidos como resultado de um processo administrativo. (MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 19ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 198).

uma sucessão encadeada de fases que incluam a participação do particular - de forma a respeitar o contraditório - na construção da decisão final, que se exteriorizará por meio da figura do ato administrativo.

Por derradeiro, defendeu-se a processualização do ato administrativo. Nesta esteira, entendeu-se que, num Estado Democrático, condutas administrativas unilaterais e impositivas soam incompatíveis. Destarte, o clássico conceito de ato administrativo não parece ser suscetível de defesa no seio de uma democracia. Isto porque o princípio democrático exige ampla participação popular, em prejuízo de imposições unilaterais da Administração Pública.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Teoria Geral dos Atos Administrativos - uma releitura à luz dos novos paradigmas do direito administrativo*. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (Coord.). *Os caminhos do ato administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do Direito Administrativo - Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*. 3ª Edição. RENOVAR: Rio de Janeiro, 2014.

BRITTO, Roberto Cajubá da Costa. *A processualização do ato administrativo como contribuição para a democracia*. Fortaleza: Premium, 2010.

DANTAS, Miguel Calmon. *Direito fundamental à processualização*. In: GOMES JR, Luiz Manoel; WAMBIER, Luiz Rodrigues e DIDIER JR, Fredie (org.). *Constituição e processo*. Salvador: Editora JusPodivm, 2007, p. 418. apud DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Volume I. 18ª Ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2016.

DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Volume I. 18ª Ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2016.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 19ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MEDAUAR, Odete. *Ato Administrativo: origem, concepções, abrangência*. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (Coord.). *Os caminhos do ato administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 16ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Novas tendências da democracia: consenso e direito público na virada do século - o caso brasileiro*. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 13 (2008). Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acessado em 2016.

NOHARA, Irene Patrícia. *Fundamentos de Direito Público*. São Paulo: Atlas, 2016.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Princípios do Direito Administrativo*. 2ª Ed. São Paulo: Método, 2013.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Como a teoria do ato administrativo pode ser aproveitada na prática da consensualidade?* In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (Coord.). *Os caminhos do ato administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SEMELES, Mirela Halfim. *Interesse público e gestão pública consensual*. Artigo Científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-graduação lato sensu da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, 2014. Disponível em:

<http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2014/trabalhos_12014/MirelaHalfimSemeles.pdf>. Acessado em 2016.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. 5ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para céticos*. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

TOCQUEVILLE, Alexis de. *A democracia na América - leis e costumes*. Tradução: Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.