



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

O Princípio da Consensualidade no Processo Administrativo

Tiago Costa de Souza

Rio de Janeiro

2016

Tiago Costa de Souza

O Princípio da Consensualidade no Processo Administrativo

Rio de Janeiro

2016

O PRINCÍPIO DA CONSENSUALIDADE NO PROCESSO ADMINISTRATIVO

Tiago Costa de Souza

Graduado em Direito Pela
Universidade Candido Mendes.
Advogado. Pós-Graduado em
Direito Administrativo pela Escola
da Magistratura do Estado do Rio
de Janeiro.

Resumo: O Direito Administrativo na sua origem apresenta um relação pouco democrática entre Estado e Particular. O atual contexto de crise política e econômica em parte pode ser atribuído ao caráter unilateral do processo decisório do Poder Público. O presente trabalho apresenta o instituto do Processo Administrativo na centralidade do Direito Administrativo Moderno, como fundamento de legitimação, eficiência e garantia do cidadão.

Palavras-chave: Direito Administrativo. Constitucionalização. Consensualidade. Legitimação. Processo Administrativo.

Sumário: Introdução. Capítulo 1. O Processo de Constitucionalização do Direito. Capítulo 2. O Princípio da Consensualidade. 3. Processo Administrativo como instrumento de Legitimação da Administração Pública. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente Artigo Científico propõe uma ascensão do Processo Administrativo em detrimento de meios decisórios menos democráticos, como o Ato Administrativo, com o escopo de criar uma Cultura Administrativa fundada na Consensualidade.

O primeiro capítulo apresenta o período do Estado Liberal caracterizado pelo pouca intervenção do Poder Público na sociedade e posterior constitucionalização do Direito em virtude do novo grau de complexidade do Estado. O segundo capítulo apresenta o Princípio da Consensualidade como fruto da doutrina contemporânea do Direito Administrativo.

Por fim, o terceiro capítulo apresenta o notório Déficit da Legitimidade da Administração Pública e o Processo Administrativo como instituto capaz de criar legitimação por meio da participação, eficiência e garantia na defesa dos direitos fundamentais do cidadão.

A pesquisa utilizará a metodologia do tipo bibliográfica.

CAPÍTULO 1. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO

O passado revela um período no qual a constituição não era apresentada como o centro do ordenamento jurídico. O denominado Estado Liberal estava caracterizado por obrigações negativas, ou seja, o dever de não interferir na ordem econômica e nas relações privadas dos particulares. O ordenamento jurídico do supracitado momento histórico estava alinhando com essas premissas. A Constituição não possuía a posição de centro da ordem jurídica, era um texto sintético quanto à sua extensão. O texto constitucional estava resumido aos elementos estruturais mínimos do Estado e diretrizes políticas. O que resultava na carência de força cogente e de aplicabilidade direta pelos magistrados nas soluções dos conflitos.

O principal norte da ordem jurídica estava no direito codificado como fruto da manifestação popular por meio da democracia representativa.¹ O Código Civil apresentava-se como o protagonista no universo jurídico, como o principal mediador das relações jurídicas. Sendo importante salientar uma rígida interpretação do princípio da separação dos poderes. O magistrado como aplicador do texto codificado o que denota um forte caráter positivista do

¹ BINENBJON, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 3ª ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. P.62.

referido momento histórico. Contudo, alguns elementos são apresentados como os pilares para uma mudança de paradigma na ordem jurídica.

O primeiro elemento está na ordem econômica por meio da transição do Estado liberal para o intitulado Estado do bem-estar social. O Estado, marcado por não imiscuir-se nas relações econômicas e privadas, passou por uma profunda transformação, agora sendo um agente direto nos mais diversos setores da sociedade. A produção legislativa passou a ocorrer de forma mais intensa e por vez fez surgir um sistema desarmônico, em virtude da contradição de normas de cunho liberal e normas objetivando uma maior atuação do Estado. O que fez surgir a necessidade de uma construção jurídica capaz empregar uma unidade ao ordenamento jurídico.

O segundo elemento ocorreu de forma concomitante durante o século XX, mais especificamente no segundo pós-guerra. Período marcado pela reaproximação entre os valores e o direito em detrimento da concepção juspositivista. Porém, não significando uma retomada ao tradicional jusnaturalismo, mas uma ascensão dos princípios que foram incorporados ao ordenamento jurídico de forma racional e sistemática. Os princípios deixam de ser possuir uma aplicação meramente subsidiária e ganham o protagonismo em uma ordem jurídica cujo o centro está na constituição.

A partir desse momento os princípios não atuam mais como normas de integração do Direito, aplicáveis apenas em caso de lacuna no Direito posto, mas recebem força cogente e aplicabilidade imediata. A nova ordem constitucional introduz ao ordenamento jurídico uma série princípios fundamentais como igualdade e dignidade da pessoa humana. Como bem traduz a Professora ²Patrícia Baptista: “Em suma, a teoria dos princípios permite a inserção de um substrato ético-moral no direito (elemento jusnaturalista) sem comprometer a sistemática deste (elemento positivista).”

O direito constitucional a partir de agora como o centro do ordenamento jurídico e com os princípios cuja a observância torna-se imperativa para o Estado e para os cidadãos de forma geral, colocando fim a qualquer possibilidade de uma análise mecânica do direito. ³Segundo Luís Roberto Barroso:

² BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. P. 85.

³ ROBERTO BARROSO, Luís. *apud*. BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 3ª ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. P. 65.

A ideia de constitucionalização do Direito aqui explorada está associada a um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo o conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa por todo o sistema jurídico. Os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Constituição passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional. Como intuitivo, a constitucionalização repercute sobre a atuação dos três Poderes, inclusive e notadamente nas suas relações com os particulares. Porém, mais original ainda: repercute, também, nas relações entre os particulares.

O Brasil começou efetivamente o seu processo de constitucionalização do Direito a partir da Carta de 1988, período histórico no qual o país estava se reencontrando com a democracia após anos de regime autoritário. O que evidentemente influenciou o legislador constituinte que produziu um texto constitucional rico em princípios e valores democráticos. A Constituição passou a ter um efetivo protagonismo na prática forense dos mais diversos tribunais, servindo de arcabouço teórico do jurisdicionado na busca de seus direitos e de fundamento pelos juízes nas soluções dos mais diversos litígios.

Como corolário do fenômeno da constitucionalização do direito apresenta-se a intitulada interpretação conforme a constituição que se traduz em uma dupla garantia para o ordenamento jurídico. A primeira está no momento em que o intérprete irá excluir qualquer interpretação que não esteja em consonância com o texto constitucional, na busca de uma decisão que esteja melhor alinhada aos valores que a Lei Maior preconiza.

Bem como na proteção do ordenamento jurídico infraconstitucional ao vedar a retirada de uma norma do ordenamento jurídico que não esteja efetivamente afrontando o texto constitucional.

Como consequência da constitucionalização do Direito surge a necessidade de uma ⁴releitura de uma série de institutos nos mais variados ramos do Direito. A ciência jurídica está longe de ser considerada como algo estanque, pelo contrário, apresenta como uma de suas características sua mutabilidade, fundamental no processo de evolução e construção de uma dogmática capaz de atender aos anseios da sociedade contemporânea. O Direito Administrativo como ramo do direito público por excelência não ficou alheio ao fenômeno que também pode ser intitulado como neoconstitucionalismo. A teorização revisitada do Direito Administrativo é uma realidade na qual se busca superar conceitos que estejam em descompasso com a atual ordem constitucional. O objeto de estudo do presente trabalho está na apresentação de um conceito de Administração Pública consensual, que está pautada na ideia de participação como

⁴ BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

forma de suprir um Déficit de Legitimidade presente nas decisões do Poder Público, buscando uma harmonização entre o interesse público e o direito dos particulares.

CAPÍTULO 2. O PRINCÍPIO DA CONSENSUALIDADE

A doutrina clássica apresenta o princípio da supremacia do interesse público como um dos pilares do chamado regime jurídico administrativo. Celso Antônio Bandeira de Mello⁵ assim define o supracitado princípio:

Trata-se de um verdadeiro axioma reconhecível no moderno Direito Público. Proclama a superioridade do interesse da coletividade, firmando a prevalência dele sobre o particular, como condição até mesmo, da sobrevivência desse último. É pressuposto de uma ordem social estável, em que todos e cada um possam sentir-se garantidos e resguardados.

O entendimento majoritário apresenta um princípio com caráter unitário, ou seja, uma concepção única de interesse público.⁶ Porém, o referido princípio está construído na somatória de duas dimensões que juntas consubstanciam um único interesse. A dimensão individual somada com uma dimensão coletiva, considerando interesse público com a resultante desses interesse considerados de forma conjunta. Assim, o princípio da supremacia pública como fundamento do regime jurídico administrativo justifica uma série de prerrogativas da Administração Pública em sua atuação perante o interesse particular. O cenário no qual o Estado apresenta-se como agente na persecução de determinados fins, nos mais diversos campos de atuação, não é incomum o choque entre o intitulado interesse público e o interesse particular.

Contudo, a construção doutrinária que abarca a ideia de um interesse público, o qual está completamente desassociado do interesse particular, mesmo que em grau mínimo, parece incompatível com a atual ordem jurídica fundada na constitucionalização do Direito. Fenômeno fundado na ascensão dos princípios, direitos fundamentais e necessidade de fundamentos de legitimidade da atuação da Administração Pública, conforme apresentado no capítulo anterior do presente artigo.

⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, apud BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 3ª ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. P.29.

⁶ BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 3ª ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. P.30.

No mesmo sentido, cabe salientar que a concepção de um instituto que apresenta-se sempre em primazia perante os demais é incompatível com a natureza de um princípio jurídico e com a estrutura de um sistema constitucional que abarca de séria de princípios sem qualquer grau de hierarquia.⁷ O sistema jurídico constitucional conforme supracitado tem como característica precípua ser aberto, ou seja, existe uma necessidade de avaliação do caso concreto e de suas especificidades. Assim dispõe Humberto Ávila⁸:

No caso dos princípios essa consideração de aspectos concretos e individuais é feita sem obstáculos institucionais, na medida em que os princípios estabelecem um estado de coisas que deve ser promovido sem descrever, diretamente, qual o comportamento devido.

Característica diferente das⁹ “regras que são normas binárias aplicadas segundo a lógica do tudo ou nada.” Os princípios devem obedecer uma concordância prática, ou seja, o intérprete deverá aplicar o princípio na medida que o caso concreto esteja demandando. Diante do exposto, o princípio da supremacia do interesse público apresenta duas fragilidades, a primeira em conceber um interesse público completamente dissociado dos interesses particulares que são garantidos pelos direitos fundamentais, o segundo na aplicação que sempre está em primazia na frente dos demais valores, o que está em desacordo com a ideia de que princípios devem ser ponderados.

Contudo, cabe salientar que o presente trabalho não possui o objetivo de negar a existência de um interesse público, ou mesmo a possibilidade de uma atuação discricionária da Administração Pública em determinadas situações, mas sim, pela necessidade de um sistema democrático pautado na consensualidade nos casos capazes de incorrer em grande impacto orçamentário e na esfera individual de um grande número de indivíduos.

A atuação do Estado de modo geral está fundada na imperatividade, ou seja, em virtude de uma série de prerrogativas, a Administração Pública na persecução de seus fins pode atuar de forma coercitiva e unilateral. Tal afirmativa encontra base, por exemplo, nos atributos do

⁷ BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 3ª ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

⁸ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 16ª ed. revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2015. P. 70.

⁹ RONALD DWORKIN apud. BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: democracia, direitos fundamentais e constitucionalização*. 3ª ed. revista em atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. P.31.

Ato Administrativo que são elencados pela doutrina clássica ¹⁰São eles: Imperatividade, presunção de legitimidade e autoexecutoriedade.

Contudo, a tradicional concepção de Estado fundada no princípio da tripartição de poderes temperada pelo sistema de freios e contrapesos não resta suficiente para abarcar a complexidade da Administração Pública contemporânea.

Atuando na economia de forma direta ou por meio de agências reguladoras, elaborando políticas públicas, prestando serviços públicos, etc. Logo, uma gestão pública tão complexa deve superar a ideia de atuação horizontal em detrimento de relações negociadas, que por sua vez possibilitam redução de despesas, e maior celeridade na atividade administrativa, portanto, a consensualidade apresenta-se como corolário do princípio da eficiência presente no artigo 37 da Constituição da República. Assim dispõe Diogo de Figueiredo Moreira Neto¹¹:

A participação e a consensualidade tornaram-se decisivas nas democracias contemporâneas, pois contribuem para aprimorar a governabilidade (eficiência); propiciam mais freios contra o abuso (legalidade); garantem a atenção a todos os interesses (justiça); propiciam decisão mais sábia e prudente (legitimidade); desenvolvem a responsabilidade das pessoas (civismo); e tornam os comandos estatais mais aceitáveis e facilmente obedecidos (ordem).

Portanto, sempre que possível, a gestão pública consensual deve ser encarada como alternativa à gestão de caráter unilateral, por meio de relações negociais que são capazes de conferir maior legitimidade na tomada de decisão, algo essencial no atual sistema jurídico fundado na centralidade da Constituição e na Democracia.

CAPÍTULO 3. DÉFICIT DE LEGITIMIDADE

O atual contexto econômico no qual o país se encontra em parte pode ser justificado na ausência de participação popular na atividade administrativa, ausência de consensualidade na gestão orçamentária e na definição de políticas públicas colocou em questionamento o grau de legitimidade das decisões tomadas pelos gestores públicos, principalmente nas atividades do Poder Executivo em todas as esferas da federação.

¹⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 21ª ed. revista, ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

¹¹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. 3ª ed. revista e ampliada. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. P.41.

A democracia representativa instrumentalizada por meio sufrágio universal não é mais capaz de conferir legitimidade nas escolhas na Administração Pública. Há um flagrante Déficit de Legitimidade na elaboração de políticas de alto custo orçamentário e que são passíveis de influenciar diretamente na esfera de direitos fundamentais do cidadão de forma geral.

O contra-argumento principal dos gestores públicos está no fato que um excesso de instrumentos de participação culminariam na perda de dinamismo na tomada de decisões, maior custa da atividade administrativa e por consequência resultaria na diminuição da eficiência no âmbito da administração pública.

Contudo, o objetivo de uma gestão pública fundada na consensualidade e na participação não está restrição absoluta das escolhas discricionárias, que são inerentes à atividade típica administrativa, mas sim, na elaboração de mecanismos capazes de tornar determinadas decisões mais legítimas. O presente trabalho preconiza o Processo Administrativo como forma de instrumentalizar a gestão pública consensual.

3.1 CENTRALIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO

O instituto do Ato Administrativo como objeto de estudo doutrinário do Direito Público ocupou por muito tempo o posto de figura central na tomada de decisões no âmbito da Administração Pública. Com efeito, o supracitado instrumento nos tempos atuais ainda ocupa espaço relevante dentro da doutrina clássica do Direito Administrativo. Porém, dentro da atual ordem constitucional, em virtude de suas características, o Ato Administrativo pode receber severas críticas como instrumento decisório dentro da Administração Pública, caso seja utilizado como único meio.

Em consequência disso, cabe apresentar elementos da doutrina clássica, em especial com relação ao Ato Administrativo e ao Poder Discricionário, que merecem uma conformação com o ordenamento jurídico fundado na constitucionalização do Direito.

O primeiro ponto está concentrado na concepção de atributos do Ato Administrativo, em especial na Imperatividade ou Coercibilidade.¹² Segundo José dos Santos Carvalho Filho: Significa que os atos administrativos são cogentes, obrigando a todos quantos se encontrem em

¹² CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 21ª ed. revista, ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. P. 116.

seus círculo de incidência (ainda que o objetivo a ser por ele alcançado contrarie interesses privados), na verdade, o único alvo da Administração Pública é o interesse público.

Tendo em vista os aspectos observados, a Imperatividade releva-se como instrumento capaz de tornar a atuação do gestor público mais célere, diante da impossibilidade do particular poder resistir ao Ato Administrativo emanado em perfeita conformidade com a lei.

O segundo ponto encontra o seu fundamento na consolidada classificação dos Atos Administrativos, quanto da margem de escolha do gestor público, ou seja, os atos vinculados e dos discricionários. Atos vinculados são aqueles que não conferem ao gestor exercer qualquer margem de escolha, restando apenas o dever de observar a legislação que de forma prévia fixou os critérios de atuação. Exemplo: Matrícula em escola pública.

Contudo, são os Atos Discricionários que apresentam-se como de suma importância no presente artigo científico, justamente em virtude de sua natureza.¹³ Assim dispõe Odete Medauar: Atos administrativos discricionários são aqueles resultantes de alguma escolha efetuada pela autoridade administrativa. A escolha pode implicar em editar ou não editar, nesse ou naquele conteúdo, no mento de editar, por exemplo.

Portanto, o ato administrativo discricionário exprime um potencial seja para criar políticas capazes de gerar impacto orçamentário ou interferir na esfera de direitos do particular, de forma unilateral e imperativa, com fulcro no poder discricionário. Todavia, o ato administrativo discricionário não represente uma margem de escolha sem limites, pois o interesse público sempre será o norte do gestor público, é notória a possibilidade de grande impacto em virtude das escolhas do gestor público.

O terceiro ponto objeto de estudo está justamente no fundamento da supracitada margem de escolha, o intitulado Poder Discricionário.¹⁴ Segundo ensina Odete Medauar: “Em essência, Poder Discricionário é a faculdade conferida à autoridade administrativa de, escolher uma entre várias soluções possíveis.”

O Poder Discricionário encontra seu fundamento na própria estrutura do Estado contemporâneo, que necessita de flexibilidade e celeridade no trato de múltiplas e complexas matérias, o que seria inviabilizado por de meio de uma gestão ausente de certa maleabilidade,

¹³ MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 15ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. P. 156.

¹⁴ MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 15ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. P.116.

considerando-se uma das atividades típicas do Estado, decisões concebidas com certo grau de discricionariedade.

3.2 PODER DISCRICIONÁRIO E MÉRITO ADMINISTRATIVO

O Mérito Administrativo apresenta-se como o produto do juízo de conveniência e oportunidade realizado pela autoridade administrativa no exercício do Poder Discricionário, sempre na persecução do interesse público.¹⁵ O presente ponto ganha notoriedade em âmbito doutrinário por meio do estudo do Ato Administrativo e do controle judicial do mesmo. Em virtude do choque entre os conceitos de legalidade e de mérito. O entendimento clássico aponta no sentido da impossibilidade do Poder Judiciário poder imiscuir-se no mérito administrativo, sob pena de afronta ao Princípio da Separação dos Poderes. Contudo, a doutrina contemporânea caminha no sentido de atenuar essa concepção absoluta por meio do princípio da juridicidade. Segundo Diogo de Figueiredo Moreira Neto¹⁶:

O princípio da juridicidade, como já o denominava Adolf Merkl, em 1972, engloba assim, três expressões distintas: o princípio da legalidade, o da legitimidade e o da moralidade, para alterar-se como os mais importantes princípios instrumentais, informando, entre muitas teorias de principal relevância na dogmática jurídica, a das relações jurídicas, a das nulidades e a do controle da juridicidade. O princípio da juridicidade corresponde ao que se enunciava como um “princípio da legalidade”, se tomado em sentido amplo, ou seja, não o restringindo à mera submissão à lei, como produto das fontes legislativas, mas de reverência a toda ordem jurídica.

O arcabouço teórico apresentado no início do terceiro capítulo do presente artigo, no qual foi apresentada a correlação entre o ato administrativo discricionário e o exercício do poder discricionário possui o escopo de demonstrar como a autoridade administrativa tem o condão de construir uma gestão com forte caráter unilateral, não obstante, esteja na persecução do interesse público. A partir de agora, será apresentada uma alternativa a esse padrão, no qual o Processo Administrativo apresenta-se como um instituto capaz de legitimar uma série de decisões, as quais, podem interferir de maneira direta na esfera de direitos do particular, além disso, gerar relevante impacto nas contas públicas. O Princípio da Consensualidade

¹⁵ MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 15ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

¹⁶ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 16ª ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014. P.85.

instrumentalizado pelo Processo Administrativo como um meio de conformar o critério decisório do gestor público ao período da constitucionalização do Direito.

3.3 DIVERGÊNCIA DOUTRINÁRIA: PROCEDIMENTO X PROCESSO

A doutrina brasileira apresenta divergência quanto ao nome do nosso objeto de estudo no presente artigo científico. O reflexo da supracitada ausência de unidade na doutrina reflete diretamente na produção legislativa nos entes federados, a Lei 10.177, de 30 de Dezembro de 1998, nos termos de seu artigo 1º, regula atos e Procedimentos Administrativos da Administração Pública centralizada e descentralizada do Estado de São Paulo. Por outro lado, a Lei 9.784, de 29 de janeiro de 1999, de igual forma no artigo 1º, estabelece normas básicas sobre o Processo Administrativo no âmbito da Administração Pública Federal direta e indireta. Por fim, a Lei 5.427, de 01 de abril de 2009, conforme seu artigo 1º, estabelece normas sobre Atos e Processos Administrativos no âmbito do Estado do Rio de Janeiro.

Os doutrinadores ¹⁷Carlos Ari Sundfeld e Lúcia Valle Figueiredo apresentam preferência pela expressão Procedimento Administrativo, com o fundamento de evitar qualquer tipo de equívoco entre o fenômeno administrativo e o instituto jurisdicional. Por outro lado, como defensores da expressão Processo Administrativo podemos citar os doutrinadores Odete Medauar e Diogo de Figueiredo.

A doutrina que defende o Procedimento Administrativo possui notória relevância e deve ser destacada. Contudo, o presente artigo científico adota o posicionamento da Professora Patrícia Baptista, em favor do conceito de Processo Administrativo. Segundo os ensinamentos da supracitada autora, ¹⁸o fato do processo administrativo não guardar total semelhança com o judicial não apresenta impeditivo para que ambos estejam dentro do gênero processo, cada um com suas especificidades.

Conforme já mencionado, o processo administrativo não apresenta simetria com relação ao judicial, fundamento da doutrina que prefere o conceito de procedimento administrativo. A primeira diferença encontra-se no aspecto da imparcialidade do órgão julgador, elemento prejudicado dentro do processo administrativo. O Segundo está na controvérsia no âmbito do supracitado processo. Contudo, o conceito de processo

¹⁷ BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. P. 222.

¹⁸ BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: renovar, 2003. P. 226.

administrativo não sucumbe diante da falta de certos elementos. Conforme Patrícia Baptista¹⁹ explica:

A imparcialidade do órgão decisório ou a existência de controvérsia, por exemplo, não podem ser consideradas notas essenciais do processo, para dessa categoria afastar-se o processo administrativo. Tanto assim que existem processos judiciais sem lide ou controvérsia – os processos de jurisdição voluntária, por exemplo-, como não há propriamente imparcialidade nos processos legislativos. Da mesma forma, o maior ou menor grau de formalismo na sua estruturação e, ainda, a materialização de funções estatais diversas não parecem determinantes para a qualificação dos processos administrativos e judiciais em gêneros diversos. Enfim, o fato do processo administrativo não apresentar total semelhança com o judicial não impede que ambos remetam a um gênero comum designado processo, que representa uma sequência de atos preordenada a um fim e configura um meio legítimo de exercício do poder.

Portanto, o presente artigo científico adota o conceito de Processo Administrativo como uma proposta de construção de Políticas Públicas, por seu viés democrático, a ascensão do supracitado instituto em detrimento da figura do Ato Administrativo. Contudo, sem significar uma desconsideração total do último. O elemento discricionariedade em determinados atos apresenta-se como essencial na atuação do Poder Público.

3.4 LEGITIMAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A centralidade do Processo Administrativo apresenta uma série de objetivos na busca de uma mudança real na forma de atuação do Poder Público na sua tomada de decisão. O primeiro objetivo encontra-se no combate ao notório Déficit de Legitimidade da Administração Pública. Portanto, o instituto do processo apresenta-se fator de abertura de comunicação entre Estado e o Particular, com o escopo de sanar o caráter unilateral na atuação do Poder Público. Assim destaca Patrícia Baptista²⁰:

A legitimação pelo processo decorre em grande parte da abertura que ele propicia para a participação. O processo, por si só, não gera legitimação. A legitimação, na verdade, é o resultado do maior envolvimento das partes na tomada de decisão.

¹⁹ BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. P.225.

²⁰ BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. P. 245.

O segundo objetivo está na racionalização da atividade administrativa com a finalidade de um controle efetivo da discricionariedade administrativa. Para ²¹Niklas Luhmann é preciso racionalizar o método de decisão, através do processo. Segundo o autor Alemão²²:

Segundo o autor alemão: Em uma sociedade onde as diversas funções estatais estivessem adequadamente diferenciadas e a administração burocrática fosse equipada com meios financeiros e materiais necessários, a maior racionalidade e eficácia das decisões proporcionadas pela forma processual bastariam para conferir legitimação à atividade administrativa.

Em particular podemos constatar que a racionalização da atividade administrativa ainda possui um caráter deficitário de modo geral. Contudo, esse o referido objetivo não pode ser encarado como um ato de mera liberalidade pelo Gestor Público. ²³O Estado contemporâneo estruturado na ascensão dos princípios encara o planejamento como preceito fundamental e sua não observância caracteriza afronta direta à Carta Constitucional.

Portanto, o planejamento foi elevado à categoria de Imperativo Constitucional. Referido entendimento encontra fundamento do Artigo 174 caput da²⁴ Constituição da República, que expressamente dispõe: “Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado”. Conclusão, a busca por uma Administração Pública de ²⁵resultado é um dever de todo Agente Político.

Por fim, com relação ao segundo objetivo de racionalização da atividade administrativa, Diogo de Figueiredo estabelece que: A racionalização das atividades dos governos não mais deve ser considerada apenas como uma aspiração ético-política da sociedade, pois que já se erigiu constitucionalmente a direito difuso.

O terceiro objetivo do Processo Administrativa está na busca pela eficiência. Princípio expresso da Administração Pública nos termos do artigo 37 caput da Constituição da República. Será o instrumento pelo qual haverá uma verdadeira ponderação entre o Interesse Público e o

²¹ LUHMANN, Niklas apud BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. P. 245.

²² LUHMANN, Niklas apud BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. P. 246.

²³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. 3ª ed. Revista e Ampliada. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

²⁴ Brasil. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>.

²⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. 3ª ed. Revista e Ampliada. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. P. 167.

Particular. A decisão administrativa fundada no consenso encontrará menor resistência do particular no momento de sua execução, o que garante maior eficiência da persecução do fins do Estado. Como consequência lógica dessa ponderação de interesses entre o Estado e o Particular está o menor número de ajuizamento de demandas perante o Poder Judiciário.

Contudo, nas palavras da Professora Patrícia Baptista,²⁶ não basta a Administração Pública ser eficaz, é preciso, a par disso, assegurar o respeito à dignidade da pessoa humana e aos direitos fundamentais. O que revela o quarto objetivo do Processo Administrativo como figura central na tomada de decisões, o seu caráter de garantia do particular perante o Poder Público, essencial na construção de um Estado Democrático de Direito.

Portanto, o Processo Administrativo preconiza os elementos legitimação, racionalização, eficiência e garantia. Além disso, apresenta-se como relevante instrumento no controle do intitulado Poder Discricionário. Em suma,²⁷ “o Processo Administrativo é um dos instrumentos jurídicos mais adaptados ao modelo de Administração Pública contemporânea.”.

3.5 O PROCESSO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO

O Direito Administrativo no Brasil ainda possui como figura central o instituto do Ato Administrativo, apesar de sua pouca abertura para a participação do cidadão. O estudo do Processo Administrativo ocorre de forma setORIZADA em algumas de suas tipologias. Por exemplos: Processos Administrativos em que há acusados. Segundo Odete Medauar²⁸:

Tais processos denominam-se processos sancionadores ou punitivos”. Internos – são os processos disciplinares em que são indiciados servidores, alunos de escolas públicas; Externos- que visam apurar infrações, desatendimento de normas, e a aplicar sanções sobre administrados que não integram a organização administrativa; por exemplo: infrações decorrentes do poder de polícia.

Contudo, o Processo Administrativo ganhou força a partir da Carta Magna de 1988, sobre tudo pelo reconhecimento do seu caráter garantista. Com fulcro na observância do Princípio do Contraditório, que significa²⁹ “a faculdade de manifestar o próprio ponto de vista

²⁶ BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. P. 248.

²⁷ BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar 2004. P. 249.

²⁸ MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 15ª ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. P.184.

²⁹ DINAMARCO, Cândido apud MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 15ª ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. P. 178.

ou argumentos próprios, ante fatos, documentos ou pontos de vista apresentados por outrem”. Bem como, do Princípio da Ampla Defesa, traduzido pela ³⁰“adequada resistência às pretensões adversárias. Princípios expressos no artigo 5º, LV da Constituição da República.

O Processo Administrativo no ordenamento jurídico brasileiro apresenta-se como relevante instrumento na ³¹defesa individual de direitos subjetivos. No entanto, a intitulada ampla processualização da atividade administrativa carece de maior atenção pela Administração Pública, sobretudo na tomada de decisão e construção de Políticas Públicas, capazes de comprometer recursos públicos e impactar de forma direta o cotidiano da população. O Estado Democrático de Direito torna a Legitimação do Poder um mandamento constitucional.

Nas palavras de Odete Medauar, ³²“O poder é, por si próprio, autoritário. No âmbito estatal, a imperatividade característica do poder, para não ser unilateral e opressiva, deve encontrar expressão em termos paridade e imparcialidade no processo preordenado.”.

Porém, o cenário atual demonstra o espírito de mudança para a construção de uma Administração Pública fundada na participação e no consenso, referida afirmação encontra base na produção doutrinária contemporânea do Direito Administrativo e na edição de normas gerais de Processo Administrativo.

A Lei 9.784, de 29 de Janeiro de 1999 regula o Processo Administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. O supracitado dispositivo legal possui elementos fundamentais aplicados em todos os Processos Administrativos no âmbito da Administração Pública Federal Direta e Indireta, bem como pelos órgãos do Poderes Legislativo e Judiciário no exercício da função atípica administrativa. ³³Embora os princípios fundamentais presentes na Constituição da República sejam considerados de aplicabilidade imediata, os mesmos ficariam prejudicados na ausência de uma lei capaz de concretiza-los. ³⁴Segundo Odete Medauar, “essa lei geral de processo administrativo configurará, então, verdadeiro estatuto da cidadania administrativa”. O presente trabalho a partir de agora realizará alguns comentários sobre o referido diploma legal.

³⁰ CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO apud MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 15ª ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. P. 180.

³¹ BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. P. 255.

³² MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 15ª ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. P. 175.

³³ MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 15ª ed. Revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

³⁴ MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 15ª ed. Revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. P. 186.

A Lei 9.784 de 1999 ³⁵denota a busca do legislador por um Processo Administrativo que têm como objetivos eficiência, garantia e legitimação, o último obtido por instrumentos de participação do cidadão. O objetivo de garantia da norma processual está evidenciado em seu artigo 3º, o qual apresenta uma série de direitos dos administrados. Por Exemplo, ³⁶Inciso I: Ser tratado com respeito pelas autoridades e servidores, que deverão facilitar o exercício de seus direitos e o cumprimento de suas obrigações. Inciso II: ter ciência da tramitação dos processos administrativos em que tenha a condição de interessado, ter vista dos autos, obter cópias de documentos neles contidos e conhecer as decisões proferidas. Inciso III: formular alegações e apresentar documentos antes da decisão, os quais serão objeto de consideração pelo órgão competente. Inciso IV: fazer-se assistir, facultativamente, por advogado, salvo quando obrigatória a representação, por força de lei.

Os objetivos de eficiência e legitimação do Processo Administrativo ganham concretude por meios dos instrumentos de participação expressos no dispositivo legal. Os artigos 31 e 32 da Lei 9.784 de 1999 apresentam de forma expressa respectivamente os institutos da Consulta Pública e da Audiência Pública. Cabe ressaltar o caráter discricionário da Administração Pública na realização dos mencionados meios de participação. Porém, nos termos do artigo 34 da Lei, uma vez realizados, os seus respectivos resultados deverão ser apresentados ao cidadão.

Quanto à forma do processo a norma legal optou pela flexibilidade, nos termos do artigo 22 não há forma predeterminada, salvo quando a lei previamente exigir. O legislador corretamente buscou o caminho da simplicidade, por meio de uma norma de caráter geral, de conteúdo garantidor e menos burocrática. Conforme podemos verificar no artigo 2º, XI da Lei 9.784 de 1999, que assim dispõe: adoção de formas simples, suficientes para propiciar adequado grau de certeza, ³⁷segurança e respeito aos direitos dos administrados.

Em suma, nas palavras de Caio Tácio, presidente da comissão de juristas constituída para elaborar o projeto de que resultou a lei, o que se quis adotar “o modelo de uma lei sóbria que, atendendo à essencialidade na regulação dos pontos fundamentais do procedimento administrativo, não inviabilize a flexibilidade necessária à área criativa do poder discricionário em medida compatível com a garantia direitos e liberdades fundamentais”.

³⁵ BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

³⁶ Brasil. Lei 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm. Acesso em: 21 de agosto de 2016.

³⁷ BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. P.260.

O legislador federal por meio da edição da lei 9.784, de 29 de janeiro de 1999 observou a tendência de uma Administração Pública que deve buscar conciliar a persecução dos seus fins de interesse público e os direitos fundamentais dos particulares. Porém, a comunidade jurídica e a sociedade devem estar em um esforço conjunto pela participação no processo decisório do Poder Público, evitando que institutos como consultas e audiências públicas sejam realizadas como uma mera formalidade.

CONCLUSÃO

Preliminarmente o presente trabalho aponta para o notório Déficit de Legitimidade da Administração Pública. O atual momento político e econômico do país levanta uma série de questionamentos sobre o processo decisório do Estado na gestão do erário, há um sentimento generalizado de distanciamento entre algumas escolhas do gestor público com os anseios da sociedade de uma forma geral.

O Poder Discricionário, caracterizado como uma margem de escolha conferida pela lei ao gestor público, especial com relação ao motivo e objeto de suas escolhas, considera-se passível de controle pelo Direito Administrativo contemporâneo. Contudo, não se traduz na sindicabilidade plena, por ser atividade típica do gestor público, realizar escolhas, algumas delas consideradas dramáticas, diante da ausência de recursos.

A Legitimidade apresenta-se como um vetor de controle do supracitado poder discricionário, como consequência a Administração Pública deve observar não apenas os aspectos de legalidade que são essenciais, mas também o aspecto democrático no momento de construir políticas públicas.

Sendo assim, a gestão pública consensual busca conformar a decisão administrativa com a vontade geral do povo na busca da legitimidade. O artigo 70 da Constituição da República ao tratar da fiscalização contábil, financeira e orçamentária da União, apresenta como vetores de controle a legitimidade, legalidade e economicidade. Logo, a Administração Pública deve considerar o ordenamento jurídico positivo em respeito à legalidade, a economicidade como resultado da busca por eficiência e por fim legitimidade ao correlacionar o processo decisório com os anseios do cidadão.

Conclui-se que a processualização da atividade administrativa como uma saída para suprir o atual Déficit de Legitimidade da Administração Pública, superando o instituto do Ato

Administrativo na construção de políticas públicas que exigem aporte grande de recursos públicos e que são capazes de impactar na esfera de direitos individuais do cidadão. Por fim, o presente artigo reafirma que o seu objetivo não está no engessamento do gestor público, mas na construção de um processo decisório racional, que se traduz em eficiência no dispêndio de recursos cada vez mais escassos, no respeito aos direitos fundamentais e na legitimação das decisões, por meio do Processo Administrativo que considera em elevado grau o Princípio da Consensualidade.

REFERÊNCIAS.

Brasil. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 21 de Agosto de 2016.

_____. Lei 9.784, de 29 de Janeiro de 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm. Acesso em: 21 de Agosto de 2016.

_____. Lei 10.177, de 30 de Dezembro de 1998. Disponível em: <http://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/1998/lei-10177-30.12.1998.html>. Acesso em: 21 de Agosto de 2016.

_____. Lei 5.427, de 01 de Abril de 2009. Disponível em: <http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/contlei.nsf/e9589b9aab9cac8032564fe0065abb4/ef664a70abc57d3f8325758b006d6733?OpenDocument>.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*. 3ª ed. Revista e atualizada. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2014.

BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2003.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 16ª ed. Revista e atualizada. São Paulo: Editora Malheiros, 2015.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 21ª ed. Revista, ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. 3ª ed. Revista e ampliada. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2007.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 15ª ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

