

**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM
HELDER CÂMARA**

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA II

DENISE BITTENCOURT FREIDRICH

GIOVANI DA SILVA CORRALO

ROGÉRIO GESTA LEAL

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

D598

Direito administrativo e gestão pública II [Recurso eletrônico on-line] organização

CONPEDI/UFMG/ FUMEC/Dom Helder Câmara;

coordenadores: Denise Bittencourt Freidrich, Giovani da Silva Corralo, Rogério Gesta Leal

– Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-142-5

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Administração pública.

I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25. : 2015 :

Belo Horizonte, MG).

CDU: 34



Florianópolis – Santa Catarina – SC

www.conpedi.org.br

XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC /DOM HELDER CÂMARA

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA II

Apresentação

Sem ter a pretensão de dizer algo desconhecido, o Direito Administrativo é uma área da ciência jurídica de grande conservadorismo. Tal assertiva justifica a relevância de construirmos um espaço de discussão e debate dos institutos jurídicos administrativos, haja vista a necessidade de passarem por uma releitura à luz de novos postulados e de novos paradigmas teóricos.

Sem sombra de dúvida, o grupo temático do CONPEDI denominado Direito Administrativo e Gestão Pública II oportunizou este espaço de discussão e de debate que giram em torno de temas jurídicos diretamente ligados ao interesse público e a valores sociais indissociáveis da dignidade da pessoa humana.

Em tal momento podemos refletir acerca da responsabilidade do Estado, bem como da responsabilidade dos advogados na condição de parecerista em procedimentos licitatórios. O tema da improbidade não poderia ter ficado de lado, como não ficou, especialmente no momento atual da história brasileira que, diariamente, notícias sobre corrupção são veiculadas nos espaços midiáticos. Por falar em corrupção, esta também teve um espaço privilegiado ao se discutir sobre possíveis efeitos da Lei Anticorrupção. Diretamente relacionado a ela, o dever de transparência e de informação do Estado, como forma de assegurar uma administração pública em conformidade com os princípios republicanos.

O ativismo judicial, que muitas vezes acaba fazendo as vezes da administração pública, ao assegurar determinado direito ao cidadão, e assim implementa, ou não (muitas discussões há sobre o tema) uma política pública, e tal situação assume impactos maiores se for no âmbito do espaço municipal, no qual a gestão dos recursos apresenta-se com maiores dificuldades que na esfera federal ou estadual, haja vista as atribuições que os municípios receberam do constituinte de 1988, sem, contudo, ter-lhes outorgado os devidos e necessários repasses financeiros. A escassez de recursos públicos também é deflagrada no pagamento dos precatórios, e aqui, mais uma vez, se revela uma postura do Poder Judiciário questionável, quando chamado a decidir da possibilidade de prorrogação dos prazos.

Notória e festejada transformação, passa a administração pública, ao não estar apenas vinculada a estrita legalidade de seus atos e decisões, mas deve sim guiar-se por valores

morais e éticos. Da mesma forma a procedimentalização da atividade administrativa, repleta de valores tais como o contraditório e a ampla defesa, a informalidade, entre tantos outros.

Esses e muitos outros temas estiveram na pauta dos debates que desenvolveram-se ao longo da apresentação dos trabalhos no XXIV Congresso do CONPEDI que ocorreu em Belo Horizonte e versou sobre o tema Direito e Política: da Vulnerabilidade à Sustentabilidade . Desejamos uma excelente leitura a todos!

Denise Bittencourt Friedrich

A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO: UMA ANÁLISE DA CRESCENTE PROCEDIMENTALIZAÇÃO DA ATIVIDADE ADMINISTRATIVA

THE CONSTITUCIONALIZATION OF ADMINISTRATIVE LAW: AN ANALYSIS OF THE INCREASING USE OF ADMINISTRATIVE PROCESS ON THE ADMINISTRATIVE ACTIVITY

Letícia Oliveira Lins de Alencar

Resumo

O presente artigo tem por objetivo apresentar a influência da constitucionalização do direito administrativo brasileiro na intensificação da procedimentalização dos atos praticados pela Administração Pública. Para tanto, serão apresentadas as particularidades do fenômeno do neoconstitucionalismo e da constitucionalização do direito administrativo brasileiro, cujo marco foi a promulgação da Constituição Federal de 1988. Com isso, buscaremos explicitar as suas principais consequências diretas, notadamente a exigência à realização de processo administrativo como corolário das garantias fundamentais e das disposições normativas que tratam sobre a Administração Pública. Ao final, serão apresentadas as vantagens decorrentes da exigência de realização de processo como condição prévia à prática de atos administrativos e, também, as hipóteses que autorizam a dispensa à utilização da via procedimental pela Administração.

Palavras-chave: Processo administrativo, Administração pública, Atos administrativos, Constitucionalização do direito administrativo

Abstract/Resumen/Résumé

This article aims to analyze the impacts of the constitutionalization of Brazilian Administrative Law over the increase in the use of administrative process as a condition for the enactment of administrative acts by the Public Administration. For this purpose, the particularities of the neoconstitucionalism and of the constitutionalization of Administrative Law set forth in the Brazilian Federal Constitution of 1988 shall be presented. Thus, its main direct consequences will be exposed, mainly the one related to the use of administrative process as an obligation arising from an interpretation of constitutional individual guarantees and of the rules specifically applicable to Public Administration. Finally, there will be presented the advantages of the use of administrative process as a condition for the enactment of administrative acts, as well as the hypothesis in which it is possible to dismiss this requirement.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Administrative process, Public administration, Administrative acts, Constitutionalization of administrative law

1 Introdução

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, inúmeros impactos foram sentidos nos mais diversos ‘ramos’ do direito brasileiro. Temas que, até então, eram tutelados de forma quase que exclusiva pelo direito privado, passaram a sofrer influxos diretos de normas constitucionais. Embora, em relação ao direito administrativo, não seja possível afirmar que as Constituições anteriores já não tivessem disciplinado aspectos de relevo relacionados a ele, é inegável que as normas introduzidas pela Constituição Federal de 1988 intensificaram quantitativa e qualitativamente o tratamento de temas afetos a esta disciplina (1).

A partir da progressiva constitucionalização do direito administrativo, promovida com a promulgação da Constituição Federal de 1988 e pelas emendas constitucionais que a sucedera, matérias que, até então, vinham sendo tuteladas apenas pela legislação infraconstitucional, passaram a contar com delineamentos constitucionais. Entre elas, podemos destacar a indicação clara feita quanto aos princípios específicos de regência do direito administrativo, à previsão expressa da licitação para a realização de contratações pelos órgãos e entidades da Administração Pública e ao escopo da responsabilidade civil objetiva das pessoas jurídicas de direito privado, não integrantes da Administração Pública, que prestem serviços públicos (2).

No entanto, o texto constitucional provocou não somente influências diretas no funcionamento da máquina administrativa, sobretudo no tocante ao relacionamento entre Estado e Administrado. Na realidade, como consequência do processo de constitucionalização do direito, outros efeitos, ainda que indiretos, foram produzidos. A rigor, com a positivação de princípios e valores de caráter geral no texto constitucional voltados, de um lado, à atribuição de direitos de participação reais do administrado no exercício da atividade administrativa e, de outro, à contensão do exercício do poder, a Administração Pública passa a se ver vinculada a todas estas proposições, norteadoras de todo o ordenamento jurídico brasileiro.

Essa situação, que importou em uma verdadeira releitura do princípio da legalidade – que passa a não significar somente a subordinação da Administração à lei em sentido estrito, mas sim a todo o ordenamento jurídico, incluindo os valores e princípios consignados no texto constitucional (3) –, acabou por culminar na crescente procedimentalização da atividade administrativa. Dessa forma, atos administrativos que, até então, eram marcados pela sua unilateralidade, passaram a ser resultado de um verdadeiro *processo administrativo*, o qual impede adoção de soluções concebidas de forma automática pelo administrador público para determinado caso concreto e demandam exercício de ponderação dos mais diversos interesses envolvidos e elementos apresentados ao longo do procedimento realizado. Essa ideia foi

amplamente difundida na literatura publicística brasileira, notadamente após a edição da Lei Federal nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999 (4), que estabeleceu as regras do processo administrativo federal, além de outros atos normativos, que tutelam os processos administrativos de outros entes federados.

Apesar disso, ainda hoje, remanescem dúvidas quanto à real necessidade de observância de um procedimento específico para a tomada de decisões, pela Administração Pública, que não decorram de um contencioso administrativo, já que tanto a Lei do Processo Administrativo como a Constituição Federal de 1988 não foram absolutamente claras em relação ao seu cabimento. E, ainda, quanto às hipóteses que tornam prescindível a realização de processo administrativo prévio, como condição para a produção de determinados atos administrativos por parte da Administração Pública.

Diante das dúvidas que surgem em relação ao tema, o presente artigo terá a finalidade de endereçar os questionamentos supra e demonstrar que, à luz das disposições constitucionais, a procedimentalização da atividade administrativa não deve estar limitada aos processos administrativos contenciosos, isto é, aqueles em que se discute uma pretensão resistida em concreto, mas deve, sim, se estender a situações em que o ato afete ou tenha a potencialidade de afetar os interesses dos administrados. Apesar disso, reconhecemos que não é necessário que a Administração Pública deva atentar a um procedimento administrativo formal e solene para a produção de todo e qualquer ato administrativo.

A fim de elucidar esta posição, apresentaremos breves considerações acerca do neoconstitucionalismo no Brasil, a fim de que seja possível compreender o contexto e objetivos maiores perseguidos pela Carta de 1988, com especial ênfase aos efeitos provocados na esfera de atuação da Administração Pública. Feito isso, passaremos a tratar sobre as disposições constitucionais das quais se depreende a obrigatoriedade de a Administração Pública observar um procedimento prévio à edição de seus atos administrativos. Na sequência, apresentaremos as vantagens da adoção do processo no bojo da atividade administrativa e, também, as situações que tornariam dispensáveis a realização de um processo solene como condição à produção de atos administrativos. Por fim, serão traçadas as nossas conclusões sobre o assunto.

2 Neoconstitucionalismo e Fenômeno da Constitucionalização do Direito Administrativo

A Constituição Federal de 1988 foi concebida com a promessa de superação das mazelas oriundas do período ditatorial. Para isso, além da positivação de direitos fundamentais e da

preocupação com a coibição de abusos e arbitrariedade por parte do Estado, havia uma forte necessidade de fortalecimento da democracia.

Em função dos objetivos a serem alcançados, o fenômeno do neoconstitucionalismo, arraigado na tradição de países da Europa continental no período pós-Segunda Guerra, acabou por exercer forte influência sobre a estrutura e normas trazidas na Constituição Cidadã (5). Isso se justifica pelo fato de que, da mesma forma que ocorrido naqueles países, buscou-se, na Constituição Federal de 1988, de um lado, consagrar a *superioridade da Constituição* (6), como norma fundante do ordenamento jurídico, e, de outro, positivar uma série de *valores e princípios*, que pudessem valer como técnica decisória e de interpretação dos mais variados ramos do direito.

Nesse contexto, verifica-se uma forte preocupação do constituinte em disciplinar, por meio de princípios e regras, os pormenores do direito administrativo. A rigor, além de terem sido consagrados os princípios específicos que devem nortear a atividade da Administração Pública no *caput* do art. 37, do texto constitucional decorrem os próprios contornos do *interesse público* a ser perseguido em concreto, pois a sua definição deve atentar aos *princípios fundamentais* da República e aos *valores* positivados no texto constitucional. Trata-se, também, da constatação de GUSTAVO BINENBOJM, segundo o qual “o sistema de direitos fundamentais e o princípio democrático, tal como delineados na Constituição, exercem influência decisiva na definição dos contornos da atividade administrativa” (7).

Assim, não será possível que, sob o argumento de se perseguir o interesse público, o Administrador vá de encontro aos *objetivos fundamentais* consagrados no art. 3º (construção de uma sociedade livre, justa e solidária; garantia ao desenvolvimento nacional; erradicação da pobreza e da marginalização e redução das desigualdade sociais e regionais; promoção do bem de todos, sem preconceitos e quaisquer outras formas de discriminação) ou de *regras específicas* que devem nortear a atividade administrativa em cada caso.

Como coloca LUIS ROBERTO BARROSO,

Supera-se, aqui, a ideia restrita de vinculação positiva do administrador à lei, na leitura convencional do princípio da legalidade, pela qual sua atuação estava pautada por aquilo que o legislador determinasse ou autorizasse. O administrador pode e deve atuar tendo por fundamento direto a Constituição e independentemente, em muitos casos, de qualquer manifestação do legislador ordinário. O princípio da legalidade transmuda-se, assim, em princípio da constitucionalidade ou, talvez mais propriamente, em princípio

da juridicidade, compreendendo sua subordinação aa Constituição e à lei, nessa ordem (8).

Em decorrência disso, a Administração Pública passa a ter a sua atividade não mais vinculada, única e exclusivamente, à lei em sentido estrito, mas sim ao ordenamento jurídico como um todo, o que, evidentemente, compreende a Constituição Federal de 1988. Deve, portanto, o conjunto de princípios e regras consagrados constitucionalmente nortear a conduta da Administração sob os mais variados enfoques.

Com o fim do regime ditatorial de governo no Brasil, buscou-se, no contexto da elaboração da dita “Constituição Cidadã”, incentivar uma mudança da postura do Estado em relação aos administrados. Um dos mecanismos voltados a garantir um comportamento mais consentâneo da Administração Pública com esse primado seria, justamente, a procedimentalização do exercício da atividade administrativa. A rigor, na medida em que, até então, a elaboração dos atos administrativos não era dotada de transparência e o controle exercido sobre eles era bastante limitado – incidindo apenas sobre os seus requisitos de validade, não podendo adentrar ao que, doutrinariamente, logrou-se denominar ‘mérito’ do ato administrativo –, uma das formas de superar estas limitações, que constituíam, à luz da recém nascida democracia, uma mazela da ditadura, seria justamente a partir da disseminação da ideia de que a produção dos atos administrativos deve ser encarada no contexto de um procedimento.

Para isso, exerce influência significativa a releitura do princípio da legalidade, impondo que a Administração se vincule a todo o ordenamento jurídico, pois, apesar de a procedimentalização não estar prevista no texto constitucional ou legal como regra de observância obrigatória, é possível aduzi-la a partir de diferentes disposições constitucionais, conforme melhor detalhado a seguir.

3 Indispensabilidade da Procedimentalização para a elaboração de Atos Administrativos

Apesar de ter sido demasiadamente descritiva e tutelar questões afetas aos mais diversos ramos do direito, a Constituição Federal de 1988 não estabeleceu todas as nuances aplicáveis a todos os institutos de direito administrativo. Por este motivo, boa parte dos contornos que vem sendo conferidos a uma série de institutos decorre da interpretação conjunta 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 Federal, não há uma exigência constitucional *explícita* estabelecendo essa obrigatoriedade para todo e qualquer caso. Na realidade, ela decorre de uma interpretação conjunta e harmônica do texto constitucional. Trata-se de uma constatação, portanto, que advém da análise de determinadas passagens da Carga Magna, que nos conduzem a uma verdadeira “reinterpretação de seus institutos sob uma ordem constitucional” (9), 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 Constituição Federal de 1988, torna-se obrigatória, pode-se afirmar que ela decorre da análise conjunta de 3 (três) proposições constitucionais distintas.

O *primeiro fundamento* constitucional que nos conduz à conclusão de que a procedimentalização é um requisito obrigatório para a prática de atos administrativos consiste na inserção de norma que prevê a *participação popular* no exercício da atividade administrativa (art. 37, § 3º), não somente em casos envolvendo processos contenciosos perante a Administração Pública. Com o objetivo de disciplinar, genericamente (10), os instrumentos de participação popular a que se refere o art. 37, § 3º, da CF/88, a Lei do Processo Administrativo Federal previu a possibilidade de utilização de consultas e audiências públicas nos casos em que a tomada de decisão pelas autoridades administrativas envolva assuntos de interesse geral e relevante (arts. 31 e 32), sem prejuízo da possibilidade de utilização de outros mecanismos de participação popular, diretamente ou por meio de organizações e associações legalmente reconhecidas (art. 33).

Nesses casos, verifica-se que, ainda que não haja, em concreto, um conflito de interesses, 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. Para isso, é imprescindível que a participação popular se dê no ambiente da procedimentalização, já que caberá ao Poder Público franquear, aos eventuais interessados, acesso à documentação e estudos pertinentes à formulação de contribuições sobre a matéria em debate. Além disso, esse processo deve assegurar àqueles que dele participaram uma resposta fundamentada quanto àquilo que foi externado no âmbito da consulta/audiência pública. Portanto, verifica-se que, nas situações em que a atividade administrativa pode culminar na

prática de ato de interesse geral ou relevante, é imprescindível a existência de processo administrativo.

O *segundo fundamento* constitucional decorre da garantia fundamental insculpida no art. 5º, LV, da Constituição Federal de 1988, que predica que: “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”. Ao abarcar no rol de princípios e garantias fundamentais a previsão de que as garantias do contraditório e da ampla defesa também se aplicam aos processos administrativos – e, portanto, não somente ao processo judicial –, temos que as decisões da Administração capazes de acarretar alguma consequência direta para os particulares devem, obrigatoriamente, contar com um processo administrativo prévio, marcado pela dialeticidade. A garantia do inciso LV do art. 5º parte da premissa de que já existe uma lide e um contencioso instaurado, hipótese em que, a nosso ver, não nos parece que haja dúvida quanto à obrigatória realização de um processo administrativo prévio, já que se trata de uma ideia bastante sedimentada na cultura jurídica brasileira devido à similitude com aquilo que ocorre no bojo dos processos judiciais.

O *terceiro fundamento* constitucional cuja análise nos permite verificar que a exigência de procedimentalização encontra guarida no texto constitucional está previsto no art. 5º, XXXIV, ‘a’, que assegura a todos “o *direito de petição* aos Poderes Públicos em *defesa de direitos* ou *contra ilegalidade* ou *abuso de Poder*”. Com base nesse dispositivo, verifica-se, uma vez mais, a abertura do texto constitucional à participação de particulares no exercício da atividade administrativa, independentemente de o ato administrativo impugnado afetar a esfera patrimonial de terceiros. Essa garantia constitucional importa no reconhecimento de direitos dos indivíduos perante o Poder Público, de forma ampla. Para que tais direitos, porém, possam ser fruídos, na prática, torna-se necessário que a Administração Pública observe determinado grau de procedimentalização em seus processos decisórios.

No caso de exercício do direito de petição, é importante frisar que não somente o procedimento originado em decorrência do exercício do direito de petição deverá ser formalizado mediante um processo administrativo próprio, mas também os atos que possam, porventura, ser atacados pela via do direito de petição. Do contrário, o conteúdo da garantia constitucional em comento estaria esvaziado. De nada adiantaria assegurar ao particular o direito de petição contra abuso de poder, por exemplo, 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. Dessa forma,

verifica-se que a obrigatoriedade da procedimentalização da atividade administrativa também decorre do postulado constitucional que assegura a todos o direito de petição.

A análise conjunta destes fundamentos constitucionais nos conduz à constatação de que na quase totalidade dos casos será impositiva a realização de um processo administrativo como condição prévia à produção do ato administrativo final. Isso se justifica pelo fato de que, ainda que não seja obrigatório o contraditório em função da existência de uma pretensão resistida (lide) no caso concreto – o que imporia a necessidade de realização de processo administrativo com fundamento no art. 5º, LV –, muito provavelmente a decisão final (ato administrativo) envolverá assuntos de interesse geral e relevante, o que, nos termos do art. 37, § 3º, 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 a necessidade de prévia procedimentalização a fim de que seja viável o exercício do direito de petição. Por fim, também nos casos em que a Administração receber uma denúncia, calcada no exercício do direito de petição, haverá a necessidade de que a sua apreciação se dê por meio de um procedimento prévio.

Em síntese, pode-se dizer que a procedimentalização deve ser encarada como um requisito prévio à prática de atos administrativos nas seguintes situações: (i) o ato administrativo a ser produzido se reveste de caráter de interesse geral ou relevante (art. 37, § 3º); (ii) o ato administrativo final busca pôr termo a uma lide (art. 5º, LV); (iii) a prática do ato puder afetar direitos de particulares (art. 5º, XXXIV, ‘a’); (iv) a Administração Pública for instada a se manifestar em função do exercício direito de petição (art. 5º, XXXIV, ‘a’, e LV).

Deste modo, por meio de tais disposições constitucionais (art. 5º, XXXIV, ‘a’, e LV, e art. 37, § 3º), a Constituição Federal de 1988 acabou por constituir um verdadeiro marco no afastamento da máxima de que a Administração Pública está legitimada a produzir atos administrativos ‘autistas’ – expressão cunhada por FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO (11) –, 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, de forma crescente, e com fundamento na própria Constituição, que a edição dos atos administrativos deva ocorrer no contexto de um processo administrativo – seja ele contencioso ou não –, transparente e que assegure a manifestação dos eventuais interessados no feito (12). Nesse sentido, tratando sobre a obrigatoriedade de procedimentalização da atividade administrativa com fundamento nesse dispositivo constitucional, FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO explica:

Sob o pálio do direito fundamental ao processo administrativo (é disso que se trata, pois inserido no núcleo pétreo do rol de direitos fundamentais do cidadão), o ato administrativo deverá ser, em regra, o resultado necessário de um processo administrativo. 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. Se fosse assim, teríamos a permanência do ato administrativo autista apenas interditado quando, a contragosto, o administrador tivesse que admitir a participação de um interessado, colocando então a prática do ato dentro do processo administrativo. O sentido que extraímos da prescrição constitucional vai muito além. Ao nosso ver, ela obriga que todo ato seja praticado no ambiente da processualidade (13).

Por fim, vale frisar que a exigência de procedimentalização se mostra absolutamente compatível com os princípios insculpidos no art. 37, *caput*, da CF/88, que traduz os *princípios constitucionais* aplicáveis à Administração Pública. Este dispositivo constitucional consagra os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. A partir da procedimentalização da atividade administrativa, é possível que todos estes postulados sejam, em maior ou menor medida, atendidos.

No tocante ao *princípio da legalidade*, isso se justifica pelo fato de que, na medida em que, neste momento, a legalidade passa a ser concebida de forma ampla, compreendendo não somente a lei em sentido estrito, como todo o ordenamento jurídico, e, conforme se busca demonstrar, a existência de um processo administrativo como condição prévia à produção de atos administrativos decorre da Constituição e de outros atos normativos esparsos, pode-se afirmar que este princípio terá sido atendido a partir do cumprimento da exigência *genérica* de um processo administrativo prévio à edição de atos administrativos. Ademais, como existem leis que trazem disposições pertinentes ao processo administrativo, verifica-se que também poderá estar atendido o postulado da legalidade no que se refere às regras *específicas* impostas aos processos administrativos, tais como aquelas que decorrem da Lei Federal nº 9.784/1999 (Lei do Processo Administrativo Federal), prevendo as normas gerais aplicáveis a tais procedimentos. Inclusive, ao analisar o teor das disposições desta lei, observa RODRIGO PAGANI DE SOUZA que ela culminou, verdadeiramente, na “legalização da teoria dos atos administrativos” (14), tamanha a sua relevância no processo de elaboração de atos administrativos.

A exigência da procedimentalização também favorece a efetivação do *princípio da impessoalidade*. Na medida em que se exige que a Administração não adote comportamentos discriminatórios em relação aos administrados, pode-se afirmar que tanto mais garantido estará este princípio quando menor for a margem para a prática de atos com finalidades ocultas, capazes de beneficiar agentes determinados.

Em relação ao *princípio da moralidade*, que impõe, nos dizeres de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, que os agentes públicos atuem “na conformidade de princípios éticos”, também se pode afirmar que a sua concretização é garantida pela procedimentalização. Como se veda que o administrador pratique atos maliciosos, “produzidos de maneira a confundir, dificultar ou minimizar o exercício de direitos por parte dos cidadãos” (15), verifica-se que a procedimentalização 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 procedimentalização da atividade administrativa garante a efetivação do *princípio da publicidade*. Diferentemente do que ocorreria caso o ato administrativo surgisse de forma pontual, como manifestação da vontade da Administração Pública em dado momento, aqueles atos que decorrem de um processo são influenciados e condicionados por uma sequência prévia de etapas, capazes de externar as condicionantes e motivações concretas que levaram o agente público competente a decidir em tal ou qual sentido para a produção do ato administrativo final. Dessa forma, pode-se afirmar que a procedimentalização propicia um maior grau de 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 – que, apenas em situações excepcionais, poderá estar coberto pelo manto do sigilo – 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, ainda no bojo da análise da procedimentalização como corolário dos princípios constitucionais, pode-se afirmar que a adoção de um processo administrativo como condição à prática de atos administrativos também se mostra alinhada com o *princípio da eficiência*. De início, é preciso que se tenha em vista que eficiência não compreende, única e exclusivamente, a obtenção da solução mais rápida e financeiramente mais econômica para a Administração. Na

realidade, além de se buscar evitar desperdícios, deve-se garantir, nos dizeres de ALEXANDRE DE MORAES, “maior rentabilidade social”. A propósito, conforme aponta o Autor, a melhor utilização possível dos recursos públicos depende, justamente, do exercício das competências atribuídas à Administração de forma “imparcial, neutra, transparente, participativa, eficaz, sem burocracia e sempre em busca da qualidade” (16). Portanto, o princípio da eficiência não se reveste, única e exclusivamente, da faceta da economicidade, sendo esta apenas um dos seus inúmeros aspectos, o que nos conduz à constatação de que a procedimentalização da atividade administrativa permite a efetivação do princípio da eficiência já que visa à satisfação do interesse público com a observância dos direitos fundamentais previstos na Constituição.

Sendo assim, na quase totalidade dos casos de produção de atos administrativos, será obrigatório que haja um processo administrativo prévio, ainda que não exista um procedimento fixo estabelecido em lei para cada caso determinado. Trata-se de uma obrigação implícita ao Administrador Público, cujos fundamentos podem ser depreendidos a partir da análise das disposições constitucionais que estabelecem a necessidade de que haja: (i) uma consideração da necessidade de que seja franqueado acesso para a participação popular (art. 37, § 3º), não somente em casos envolvendo processos contenciosos perante a Administração Pública (art. 5º, LV); (ii) respeito às garantias individuais (notadamente aquelas que fundamentam o contraditório) e aos valores democráticos (arts. 1º, 3º e 5º, LV); e (iii) a possibilidade de o exercício do direito de petição, insculpido no art. 5º, XXXIV, ‘a’, da CF/88, ser exercido em sua plenitude.

4 Vantagens da Procedimentalização da Atividade Administrativa

A exigência de um processo administrativo como condição para a produção de atos administrativos pela Administração Pública apresenta vantagens sob 2 (duas) perspectivas distintas. De um lado, permite-se que seja assegurada a satisfação de uma garantia individual dos administrados (17). De outro, a própria Administração Pública, em momento posterior à produção do ato administrativo, poderá se beneficiar pela adoção de determinadas cautelas prévias, sobretudo no âmbito da atuação de órgãos de controle.

Do ponto de vista dos *Administrados*, pode-se afirmar que a procedimentalização representa a garantia à observância do devido processo legal, na faceta que autoriza a utilização dos meios de defesa e de manifestação colocados à sua disposição. Sobre o tema, CARLOS ARI SUNDFELD, ao analisar as vantagens decorrentes da existência da Lei Federal nº 9.784/1999 e,

portanto, sobre a existência de um processo administrativo como condição prévia à produção de atos, coloca que:

Em termos singelos, trata-se de um conjunto normas objetivando, de um lado, limitar os poderes dos administradores públicos, desde os Chefes do Executivo e seus auxiliares diretos até as autoridades de menor escalão, com a fixação de prazos e condições adjetivas para o exercício de todas as suas competências; e de outro, proteger os indivíduos e entidades contra o poder arbitrário exercido por autoridades, ao dar-lhes instrumentos legais para que apresentem, à Administração, suas defesas, impugnações, recursos e, mais amplamente, peticionem com suas reivindicações, denúncias, sugestões, críticas e daí por diante (18).

Além disso, com a garantia de existência de processo administrativo, torna-se possível que o Administrado tenha um maior grau de previsibilidade quanto aos atos a serem praticados pela Administração, evitando-se que sejam praticados atos administrativos ‘surpresa’, e, também, permite-se que, após a prática do ato administrativo, os administrados possam, por meio do acesso aos autos do processo, verificar se foram atendidos os requisitos legais necessários para a produção do ato, apurar as razões que conduziram o gestor público a tomar tal ou qual decisão e analisar se foram cometidos abusos. No caso de atos administrativos de efeitos gerais e abstratos, essas vantagens decorrentes da prática do ato administrativo são ainda mais relevantes nas hipóteses em que a Administração Pública utiliza instrumentos que permitem a participação democrática no âmbito do processo, que visam a, além de aprimorar o ato normativo a partir da obtenção de críticas e contribuições, propiciar um maior grau de adesão social ao teor do ato administrativo a partir da adoção de uma solução que contempla os diferentes interesses envolvidos.

Em relação às *vantagens* propiciadas para a própria *Administração Pública*, é importante, inicialmente, pontuar que, com a constitucionalização do direito administrativo, o controle judicial sobre os atos praticados pela Administração Pública passa a ser mais amplo. Isso se justifica pelo fato de que, diferentemente do que ocorria até então, o controle passa a não ter mais como parâmetro, única e exclusivamente, a lei em sentido estrito, mas sim todo o ordenamento jurídico. Dessa forma, permite-se que seja verificada, pelos órgãos de controle, a conformidade da postura da Administração Pública perante os princípios constitucionais e demais valores consignados na Carta Magna.

Nesse contexto, a existência de um processo administrativo prévio à edição de atos administrativos, além de se tratar de uma garantia aos administrados, permite que a ampla

defesa seja mais robusta em prol da própria Administração Pública, já que, caso sobrevenha eventual ação judicial para analisar a higidez do ato administrativo, será possível que ela se valha de todos os elementos de prova produzidos no bojo do processo administrativo para instruir sua defesa.

Diante disso, será possível que todos os documentos e manifestações formalizadas no curso do processo administrativo que culminou na prática de determinado ato administrativo sejam, posteriormente, utilizados como elementos probatórios em favor da Administração – caso, efetivamente, não tenha havido violação ao ordenamento jurídico. Do contrário, em caso de eventual controle judicial, os advogados públicos apenas disporiam das informações externadas no próprio ato administrativo, o que poderia não propiciar uma defesa robusta quanto à juridicidade do ato administrativo produzido e impugnado.

Ademais, por meio da procedimentalização, permite-se, também, que a Administração seja beneficiada pela prática de atos dotados de maior racionalidade e qualidade. A rigor, com o processo, o gestor público terá tido uma maior possibilidade de análise e reflexão quanto ao melhor teor para aquele ato administrativo, sobretudo nos casos em que o processo em questão envolver a participação democrática (por meio de consultas e audiências públicas, por exemplo) e de diferentes órgãos e entidades públicas, além da produção de documentos técnicos diversos, como, por exemplo, aqueles voltados à avaliação de impacto regulatório, conforme o caso, das providências visadas pelo ato.

Ao tratar sobre os benefícios propiciados pela realização de processo administrativo, nos termos da Lei Federal nº 9.784/1999, ELIVAL DA SILVA RAMOS, de forma semelhante, identifica vantagens tanto para a Administração Pública, como para os Administrados. De acordo com o referido Autor:

“Não resta a menor dúvida de que a referida legislação [do processo administrativo federal] atende a interesses situados nas duas pontas da relação jurídico-administrativa. Do lado do Administrador, serve ela para dotar suas decisões de maior racionalidade e, portanto, maior eficiência. Já na outra ponta, em relação ao cidadão, permite um maior controle, quer no tocante ao mérito quer no tocante à legalidade da ação administrativa, à qual se imprime acentuada transparência; e, em relação ao administrado, facilita, significativamente, a defesa de direitos perante o Poder Público. Por conseguinte, não é difícil estabelecer a vinculação entre essas inovações legislativas e o adensamento dos ideais democráticos no Brasil, bem como

atribuir-lhes a condição de consecutórios dos programas de qualidade na Administração Pública” (19).

Dessa forma, verifica-se que a exigência de realização de processo administrativo como condição prévia à produção de atos administrativos apresenta vantagens tanto para os Administrados, como para a própria Administração Pública.

5 Exceções à Procedimentalização

A obrigatoriedade da realização de um processo administrativo como condição prévia à produção de ato administrativo, porém, levada a um extremo, pode trazer resultados perversos. A exigência da processualização da atividade administrativa não deve ser levada a um ponto que conduza à total burocratização e obsolescência da máquina administrativa. Não pode ser crível que decisões desprovidas de efeitos relevantes ou que sejam de extrema simplicidade estejam sujeitas a um procedimento solene, que demande tempo e recursos, financeiros e humanos, o que poderia culminar em violação ao princípio da eficiência.

É preciso que haja razoabilidade na interpretação da afirmação de que a atividade administrativa deve observar o postulado da procedimentalização. Diante disso, deve ser admitido que, diante de determinadas hipóteses, não fará sentido – a menos que as particularidades do caso em concreto exijam – que seja aberto o direito ao contraditório e a produção de outras solenidades para a prática de ato.

Para isso, entendo que seja possível fixar 4 (quatro) critérios que podem, à luz das particularidades do caso em concreto e com base no princípio da razoabilidade e proporcionalidade, nos conduzir à dispensa de realização de um procedimento solene.

O *primeiro* deles diz respeito à *natureza da decisão*. No caso de decisões internas, relacionadas à estrutura do órgão ou entidade, que não afetem, diretamente, interesses dos administrados, individual ou coletivamente considerados, e que não demandam um processo complexo decisório, envolvendo participação popular e grau máximo de transparência, é possível que haja uma flexibilização da obrigatoriedade da realização de um processo administrativo prévio. A título exemplificativo, podemos citar a situação em que a diretoria colegiada de uma Autarquia expede ato administrativo voltado a alterar o nome do prédio que sedia a sua estrutura orgânica, pelos motivos consignados no ato. Um segundo caso seria, por exemplo, a decisão que designa servidores para atuar em determinado projeto ou em comissão processante no âmbito de algum procedimento administrativo específico. Em ambas as

hipóteses, meramente elucidativas, seria desarrazoado exigir a realização de um processo administrativo prévio.

Nas situações hipotéticas mencionadas acima, verifica-se que estamos diante de casos de mero expediente e ordinatórios, de feição interna. Em tais situações, a motivação do ato administrativo é dispensável (20) e, de igual forma, há de ser o processo administrativo que antecede a sua edição.

O *segundo* critério que pode ser considerado diz respeito ao *nível de sofisticação do órgão ou entidade*. A depender das características em concreto do órgão ou entidade, como, por exemplo, uma repartição pública que conte com um número extremamente baixo de pessoal e pouquíssimos recursos orçamentários disponíveis, o estabelecimento de um procedimento administrativo formal e complexo para a tomada de todas as suas decisões que não afetem indivíduos específicos seria dispensável. É preciso que o processo administrativo, para a tomada de decisões que afetem interesses coletivos de um modo geral, seja, sim, dotado de certo grau de transparência e abertura à participação da comunidade, porém sem que seja possível exigir o rigor procedimental que se poderia exigir de uma repartição pública que conte com elevado número de pessoal e grau de sofisticação.

Um *terceiro* critério possível diz respeito às *exceções* à procedimentalização *estabelecidas em lei*. Isto é, caso haja uma lei prevendo, expressamente, a possibilidade de adoção de uma decisão unilateral diante de determinada situação, independentemente da observância de um processo administrativo solene, entendemos que seja possível dispensar a via procedimental. Segundo LUIS ROBERTO BARROSO, “onde o constituinte ou o legislador tiver atuado, mediante a edição de uma regra válida, descritiva da conduta a ser seguida, deve ela prevalecer sobre os princípios de igual hierarquia, que por acaso pudessem postular incidência na matéria” (21). A título exemplificativo, podemos citar a hipótese de exoneração de ocupante de cargo em comissão. Ora, se a própria Constituição Federal, em seu art. 37, II, estabeleceu que, em tais hipóteses, haverá a livre nomeação e exoneração, sendo dispensável a própria motivação do ato, entendemos que não há sentido em se exigir a realização de um procedimento prévio solene.

No entanto, é importante que a excepcionalização da exigência de procedimentalização pelo legislador esteja calcada em elementos capazes de demonstrar que a dispensa legal adota a providência mais adequada, sob pena de o ato ser declarado inconstitucional. Como visto ao longo do Capítulo 3 deste artigo, a obrigatoriedade de adoção de um procedimento administrativo como condição para o exercício da atividade administrativa decorre do próprio

texto constitucional, dessa forma, qualquer disposição normativa tendente a afastar essa exigência deve ser dotada de excepcionalidade e estar amparada em elementos capazes de justificar a sua real necessidade.

Por fim, um *quarto* critério que poderia ser levado em consideração consiste na existência de *precedentes reiterados em determinado sentido*. Nessas situações, caso se constate que se está diante de situação inexoravelmente amoldável à do entendimento consagrado pelos precedentes e desde que não haja alguma pretensão resistida em concreto (art. 5º, VI), entendemos possível a dispensa da adoção de processo administrativo prévio à edição do ato.

Portanto, em situações excepcionais, tais como aquelas elucidadas acima, entendo que seja possível uma flexibilização à exigência de utilização de uma via procedimental solene como condição prévia à prática do ato administrativo em nome do princípio da eficiência.

5 Conclusões

Com o advento da Constituição Federal de 1988, é possível afirmar que a elaboração de atos administrativos pela Administração Pública deve, necessariamente, contar com a realização de processo administrativo prévio.

Em decorrência da submissão direta da Administração Pública aos ditames constitucionais, passa a ser dispensável a existência de lei que coloque, expressamente, a necessidade de observância de um procedimento administrativo. A rigor, da análise dos contextos e termos da Constituição Federal de 1988, verifica-se que se mostra imperiosa a adoção de um processo administrativo para a tomada de decisões.

Tal entendimento decorre da análise das disposições constitucionais que estabelecem a necessidade de que haja: (i) respeito às garantias individuais (notadamente aquelas que fundamentam o contraditório) e aos valores democráticos (arts. 1º, 3º e 5º, LV); (ii) uma consideração da necessidade de que seja franqueado acesso para a participação popular (art. 37, § 3º), não somente em casos envolvendo processos contenciosos perante a Administração Pública (art. 5º, LV); e, por fim, (iii) a possibilidade de o exercício do direito de petição, insculpido no art. 5º, XXXIV, 'a', da CF/88, ser exercido em sua plenitude.

Em síntese, pode-se dizer que a procedimentalização deve ser encarada como um requisito prévio à prática de atos administrativos nas seguintes situações: (i) o ato administrativo a ser produzido se reveste de caráter de interesse geral ou relevante (art. 37, § 3º); (ii) o ato administrativo final busca pôr termo a uma lide (art. 5º, LV); (iii) a prática do ato

puder afetar direitos de particulares (art. 5º, XXXIV, 'a'); (iv) a Administração Pública for instada a se manifestar em função do exercício direito de petição (art. 5º, XXXIV, 'a', e LV).

A observância de tal obrigação implícita, imposta à Administração Pública, traz vantagens não somente aos administrados, como, também, à própria Administração Pública. Do ponto de vista dos administrados, pode-se afirmar que há, com a procedimentalização, a efetivação da garantia ao devido processo legal, além da possibilidade de que haja 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. Do ponto de vista da Administração Pública, a procedimentalização também apresenta vantagens, uma vez que se 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.

Apesar disso, em determinadas circunstâncias, é possível flexibilizar a exigência quanto à existência de processo administrativo prévio, sobretudo nos casos em que os dispêndios com recursos, financeiros e humanos, não justificam a realização de um procedimento prévio solene e demorado. A título exemplificativo, isso poderia ocorrer, a depender das particularidades em concreto do caso, a depender da natureza da decisão, do nível de sofisticação do órgão, da existência de norma que preveja tal exceção de forma expressa na Constituição ou em lei ou da existência de precedentes reiterados em um mesmo sentido.

Referências Bibliográficas

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 28. Ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BARROSO, Luis Roberto. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coords.). *Direito Administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

_____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, 2005; ROSSI, Amélia do Carmo Sampaio. Neoconstitucionalismo e Direitos Fundamentais. *Ius Gentium*, v. n.13, p. 222-243, 2013.

BINENBOJM, Gustavo. A Constitucionalização do Direito Administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*. Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 13, março/abril/maio, 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Da Constitucionalização do Direito Administrativo: Reflexos sobre o Princípio da Legalidade e a Discricionariedade Administrativa. In.: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Coords.). *Supremacia do Interesse Público e outros temas relevantes do direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010.

FREIRAS, Juarez. *O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais*. 5. Ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A Superação do Ato Administrativo Autista. In.: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (Coords.). *Os Caminhos do Ato Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MEDAUAR, Odete. Administração pública: do ato ao processo. In: ARAGÃO, Alexandre de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coords.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum: 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MORAES, Alexandre de. Constitucionalização do Direito Administrativo e Princípio da Eficiência. In: *Administração Pública: direito administrativo, financeiro e gestão pública: prática, inovações e polêmicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MOREIRA, Egon Bockmann. *Processo Administrativo, princípios constitucionais e a Lei 9.784/1999*. 4ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2010.

RAMOS, Elival da Silva. A Valorização do Processo Administrativo. O poder regulamentar e a invalidação dos atos administrativos. In. SUNDFELD, Carlos Ari; MUÑOZ, Guillermo Andrés (Coords.). *As Leis do Processo Administrativo. Lei Federal 9.784/99 e Lei Paulista 10.177/98*. São Paulo: Malheiros, 2006.

SOUZA, Rodrigo Pagani de. A Legalização da Teoria dos Atos Administrativos: apontamentos sobre os seus impactos na jurisprudência do STF. In.: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein. *Os Caminhos do Ato Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SUNDFELD, Carlos Ari. O processo administrativo e seu sentido profundo no Brasil. In: SUNDFELD, Carlos Ari; MOTTA, Carlos Pinto Coelho; ARAÚJO, Edmir Netto de. et al. *Processo Administrativo: temas polêmicos da lei nº 9.784/1999*. São Paulo: Atlas, 2011.

SUNDFELD, Carlos Ari. Processo e procedimento administrativo no Brasil. In: SUNDFELD, Carlos Ari; MUÑOZ, Guillermo Andrés (Coords.). *As leis de processo administrativo. Lei Federal 9.784/99 e Lei Paulista 10.177/98*. São Paulo: Malheiros, 2006.

¹ Como registra Maria Sylvia Zanella Di Pietro, “(...) a constitucionalização do direito administrativo, (...) sempre existiu, especialmente a partir da Constituição de 1934 (...). Nas Constituições posteriores manteve-se a mesma sistemática, que se acentuou consideravelmente nas Constituições de 1988 e, ainda mais, com alterações introduzidas por Emendas à Constituição” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Da Constitucionalização do Direito Administrativo: Reflexos sobre o Princípio da Legalidade e a Discricionariedade Administrativa*. In.: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Coords.). *Supremacia do Interesse Público e outros temas relevantes do direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 180).

² Ao analisar a questão, Maria Sylvia Zanella Di Pietro sistematiza, da seguinte maneira, as principais medidas estabelecidas pela Constituição Federal de 1988 e que, diretamente, afetam a Administração Pública: “[f]oi introduzido um capítulo específico sobre Administração Pública, com previsão de princípios a ela impostos logo no caput do art. 37; ampliação das normas sobre servidores públicos, inclusive sobre seus vencimentos, proventos e pensão; introdução de normas sobre o regime de previdência social próprio do servidor; previsão da licitação para celebração de contratos administrativos; ampliação da função social da propriedade para área urbana (antes prevista apenas para área rural), aumentando as hipóteses de desapropriação com caráter sancionatório, até chegar a uma hipótese de desapropriação sem indenização; extensão da regra da responsabilidade civil objetiva às entidades privadas prestadoras de serviço público; previsão de órgãos reguladores da exploração de atividades de telecomunicações e de petróleo; previsão do contrato que se convencionou chamar de contrato de gestão; inclusão de norma sobre gestão associada de serviços públicos, com possibilidade de constituição de consórcios públicos ou convênios, para essa finalidade; definição dos bens do domínio da União e dos Estados; normas sobre a proteção do patrimônio cultural; ampliação das medidas judiciais de controle da Administração Pública, especialmente para proteção de interesses difusos e coletivos (ações coletivas, ação civil pública, mandado de segurança coletivo)” (*idem ibidem*, p. 180).

³ Cf., a respeito do tema, MEDAUAR, Odete. *Administração pública: do ato ao processo*. In: ARAGÃO, Alexandre de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coords.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum: 2008, p. 405-419; SUNDFELD, Carlos Ari. *Processo e procedimento administrativo no Brasil*. In: SUNDFELD, Carlos Ari; MUÑOZ, Guillermo Andrés (Coords.). *As leis de processo administrativo. Lei Federal 9.784/99 e Lei Paulista 10.177/98*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 17-36.

⁴ A despeito de a Lei ter sido editada com o propósito de disciplinar o processo administrativo na esfera federal, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Agravo Regimental interposto no Ag. 935.624/RJ, considerou a lei federal aplicável, ainda que de forma subsidiária, aos entes da federação que, até o momento, não contavam com lei própria.

⁵ Sobre o tema, cf.: BARROSO, Luis Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito*. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, 2005; ROSSI, Amélia do Carmo Sampaio. *Neoconstitucionalismo e Direitos Fundamentais*. *Ius Gentium*, v. n.13, p. 222-243, 2013.

⁶ Como aponta Paulo Branco, no momento atual, existe uma verdadeira “superioridade da Constituição, a que se subordinam todos os poderes por ela constituídos, garantida por mecanismos jurisdicionais de controle de constitucionalidade. A Constituição, além disso, se caracteriza pela absorção de valores morais e políticos (fenômeno por vezes designado como materialização da Constituição), sobretudo em um sistema de direitos fundamentais autoaplicáveis” (MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 59).

⁷ BINENBOJM, Gustavo. A Constitucionalização do Direito Administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*. Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 13, março/abril/maio, 2008, p. 25.

⁸ BARROSO, Luis Roberto. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coords.). *Direito Administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 50.

⁹ *Idem*, p. 43.

¹⁰ Além da regulamentação conferida pela Lei do Processo Administrativo Federal de forma genérica, foram editados outros instrumentos normativos com o objetivo de disciplinar a utilização de mecanismos de participação popular nos processos de tomada de decisão de órgãos e/ou entidades específicas. Nesse sentido, vide: Lei Federal nº 8.987/1995, Lei Federal nº 9.427/1996, Lei Federal nº 9.472/1997, Lei Federal nº 9.478/1997, Lei Federal nº 9.985/2000, Lei Federal nº 10.233/2001, Lei Federal nº 11.079/2004.

¹¹ Como explica Floriano de Azevedo Marques Neto, “(...) o ato administrativo autista poderia ser definido como a manifestação unilateral da Administração Pública, por intermédio de agente competente, no exercício de poder extroverso e praticado em cumprimento estrito de um comando legal, sujeitando-o ao controle judicial quanto aos aspectos da legalidade” (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *A Superação do Ato Administrativo Autista*. In.: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (Coords.). *Os Caminhos do Ato Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 96).

¹² Como observa Carlos Ari Sundfeld, “nas últimas décadas, especialmente depois da Constituição de 1988, tomou-se consciência de que a Administração deve fazer processos para formular decisões a respeito do interesse público, isto é, para criá-lo, inventando políticas nas situações em que elas não estão prefiguradas pela ordem jurídica. A Administração Pública no Brasil tem grande tradição autoritária e, por isso, sempre adotou um modo muito informal de construção das suas políticas.” (SUNDFELD, Carlos Ari. *O processo administrativo e seu sentido profundo no Brasil*. In: SUNDFELD, Carlos Ari; MOTTA, Carlos Pinto Coelho; ARAÚJO, Edmir Netto de. et al. *Processo Administrativo: temas polêmicos da lei nº 9.784/1999*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 9).

¹³ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *A Superação do Ato Administrativo Autista*. In.: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (Coords.). *Os Caminhos do Ato Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 109.

¹⁴ SOUZA, Rodrigo Pagani de. *A Legalização da Teoria dos Atos Administrativos: apontamentos sobre os seus impactos na jurisprudência do STF*. In.: MEDAUAR, Odete;

SCHIRATO, Vitor Rhein. *Os Caminhos do Ato Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

¹⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 28. Ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 119-120.

¹⁶ MORAES, Alexandre de. Constitucionalização do Direito Administrativo e Princípio da Eficiência. In: *Administração Pública: direito administrativo, financeiro e gestão pública: prática, inovações e polêmicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 11.

¹⁷ Como coloca Egon Bockmann Moreira, “talvez a atividade processual seja a maneira mais democrática de se chegar à prolação de um ato administrativo. Então, o processo caracteriza-se como instrumento de garantia dos direitos individuais. Ao administrado não será apenas dado o dever de submeter-se aos atos estatais, pois o caminho processual prestar-se-á a proteger o direito material dos particulares” (MOREIRA, Egon Bockmann. *Processo Administrativo, princípios constitucionais e a Lei 9.784/1999*. 4ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 70).

¹⁸ SUNDFELD, Carlos Ari. Processo e Procedimento administrativo no Brasil. In: SUNDFELD, Carlos Ari; MUÑOZ, Guillermo Andrés. *As Leis do Processo Administrativo. Lei Federal 9.784/99 e Lei Paulista 10.177/98*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 18.

¹⁹ RAMOS, Elival da Silva. A Valorização do Processo Administrativo. O poder regulamentar e a invalidação dos atos administrativos. In: SUNDFELD, Carlos Ari; MUÑOZ, Guillermo Andrés (Coords.). *As Leis do Processo Administrativo. Lei Federal 9.784/99 e Lei Paulista 10.177/98*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 79.

²⁰ FREIRAS, Juarez. *O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais*. 5. Ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 348.

²¹ BARROSO, Luis Roberto. *Op. cit.*, 51.