

Maria Sylvia Zanella
Di Pietro

DIREITO
ADMINISTRATIVO

29.^a revista,
edição atualizada
e ampliada



- A EDITORA FORENSE se responsabiliza pelos vícios do produto no que concerne à sua edição (impressão e apresentação a fim de possibilitar ao consumidor bem manuseá-lo e lê-lo). Nem a editora nem o autor assumem qualquer responsabilidade por eventuais danos ou perdas a pessoa ou bens, decorrentes do uso da presente obra.

Todos os direitos reservados. Nos termos da Lei que resguarda os direitos autorais, é proibida a reprodução total ou parcial de qualquer forma ou por qualquer meio, eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xerográficos, fotocópia e gravação, sem permissão por escrito do autor e do editor.

Impresso no Brasil – *Printed in Brazil*

- Direitos exclusivos para o Brasil na língua portuguesa

Copyright © 2016 by

EDITORA FORENSE LTDA.

Uma editora integrante do GEN | Grupo Editorial Nacional

Travessa do Ouvidor, 11 – Térreo e 6º andar – 20040-040 – Rio de Janeiro – RJ

Tel.: (0XX21) 3543-0770 – Fax: (0XX21) 3543-0896

faleconosco@grupogen.com.br | www.grupogen.com.br

- O titular cuja obra seja fraudulentamente reproduzida, divulgada ou de qualquer forma utilizada poderá requerer a apreensão dos exemplares reproduzidos ou a suspensão da divulgação, sem prejuízo da indenização cabível (art. 102 da Lei n. 9.610, de 19.02.1998).

Quem vender, expuser à venda, ocultar, adquirir, distribuir, tiver em depósito ou utilizar obra ou fonograma reproduzidos com fraude, com a finalidade de vender, obter ganho, vantagem, proveito, lucro direto ou indireto, para si ou para outrem, será solidariamente responsável com o contrafator, nos termos dos artigos precedentes, respondendo como contrafatores o importador e o distribuidor em caso de reprodução no exterior (art. 104 da Lei n. 9.610/98).

- Esta obra passou a ser publicada pela Editora Forense a partir da 29.ª edição.

- Capa: Danilo Oliveira

- Fechamento desta edição: 15.02.2016

- CIP – Brasil. Catalogação na fonte.
Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ.

C35m

Di Pietro, Maria Sylvia Zanella

Direito administrativo / Maria Sylvia Zanella Di Pietro. – 29.ed. Rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016.
1088 p.; 24cm

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-309-6876-2

1. Direito administrativo - Brasil. I. Título.

15-28985.

CDU: 342.9

PROCESSO ADMINISTRATIVO

14.1 PROCESSOS ESTATAIS

O vocábulo **processo**, etimologicamente, tem o sentido de marcha para a frente, avanço, progresso, desenvolvimento; seria, na linguagem de José Frederico Marques, um “fenômeno em desenvolvimento”. O processo é sempre forma, instrumento, modo de proceder.

Assim, pode-se falar em processo num sentido muito amplo, de modo a abranger os instrumentos de que se utilizam os três Poderes do Estado – Judiciário, Legislativo e Executivo para a consecução de seus fins. Cada qual, desempenhando funções diversas, se utiliza de processo próprio, cuja fonte criadora é a própria Constituição; ela estabelece regras fundamentais de competência e de forma, institui os órgãos, define suas atribuições, confere-lhes prerrogativas, impõe-lhes obrigações, tudo com o objetivo de assegurar a independência e o equilíbrio no exercício das suas funções institucionais e, ao mesmo tempo, garantir que esse exercício se faça com respeito aos direitos individuais, também assegurados pela Constituição.

Cada um dos **processos estatais** está sujeito a determinados princípios próprios, específicos, adequados para a função que lhes incumbe. Não podem ser iguais o processo legislativo e o processo judicial, e um e outro não podem ser iguais ao processo administrativo.

Porém todos eles obedecem, pelo menos, aos princípios da competência, da formalidade, da predominância do interesse público sobre o particular, o que permite falar na existência de uma teoria geral do processo.

Partindo-se do processo, nesse sentido amplo, em que se apresenta como **uma série de atos coordenados para a realização dos fins estatais**, pode-se fazer uma primeira classificação, separando-se, de um lado, o **processo legislativo**, pelo qual o Estado **elabora a lei**, e, de outro, os processos **judicial** e **administrativo**, pelos quais o Estado **aplica a lei**.

Cumpra, pois, distinguir esses dois processos de aplicação da lei.

O processo judicial se instaura sempre **mediante provocação** de uma das partes (o autor) que, por ser titular de um interesse conflitante com o de outra parte (o réu), necessita da intervenção de terceira pessoa (o juiz), o qual, atuando com imparcialidade, aplica a lei ao caso concreto, compondo a lide: a relação jurídica é **trilateral**: as partes (autor e réu) e o juiz.

O processo administrativo, que pode ser instaurado **mediante provocação** do interessado ou por **iniciativa da própria Administração**, estabelece uma relação bilateral, “inter partes”, ou seja, de um lado, o administrado, que deduz uma pretensão e, de outro, a Administração que, quando decide, não age como terceiro, estranho à controvérsia, mas como **parte** que atua no próprio interesse e nos limites que lhe são impostos por lei. Provocada ou não pelo particular, a Administração atua no interesse da própria Administração e para atender a fins que lhe são específicos. Justamente por isso alguns autores preferem falar em “interessados” e não em “partes”; no entanto, partindo-se do conceito de “parte” como aquele que propõe ou contra quem se propõe uma pretensão, é possível falar em “parte” nos processos administrativos em que se estabelecem controvérsias entre Administração e administrado.

Dessa posição da Administração como parte interessada decorre a gratuidade do processo administrativo, em oposição à onerosidade do processo judicial. Neste, o Estado atua como terceiro, a pedido dos interessados; movimenta-se toda a máquina do Poder Judiciário para resolver um conflito de interesse particular. Naquele, o Estado atua, ainda quando provocado pelo particular, no interesse da própria Administração. Daí não caber no processo administrativo a aplicação do princípio da sucumbência.

Pela mesma razão, não pode a Administração proferir decisões com força de coisa julgada, pois ninguém pode ser juiz e parte ao mesmo tempo ou ninguém pode ser juiz em causa própria. Aliás, é essa precisamente a distinção fundamental entre a função administrativa e a função jurisdicional.

14.2 PROCESSO ADMINISTRATIVO

A expressão **processo administrativo**, na linguagem corrente, é utilizada em sentidos diferentes:

1. num primeiro sentido, designa o conjunto de papéis e documentos organizados numa pasta e referentes a um dado assunto de interesse do funcionário, do administrador ou da administração;
2. é ainda usado como sinônimo de processo disciplinar, pelo qual se apuram as infrações administrativas e se punem os infratores; nesse sentido é empregado no artigo 41, § 1º, da Constituição Federal, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998, quando diz que o ser-

vidor público estável só perderá o cargo em virtude de **sentença judicial transitada em julgado**, mediante **processo administrativo** em que lhe seja assegurada ampla defesa ou mediante **procedimento de avaliação periódica de desempenho**, na forma de lei complementar, assegurada ampla defesa;

3. em sentido mais amplo, designa o conjunto de atos coordenados para a solução de uma controvérsia no âmbito administrativo;
4. como nem todo processo administrativo envolve controvérsia, também se pode falar em sentido ainda mais amplo, de modo a abranger a série de atos preparatórios de uma decisão final da Administração.

14.3 PROCESSO E PROCEDIMENTO

Não se confunde processo com procedimento. O primeiro existe sempre como instrumento indispensável para o exercício de função administrativa; tudo o que a Administração Pública faz, operações materiais ou atos jurídicos, fica documentado em um processo; cada vez que ela for tomar uma decisão, executar uma obra, celebrar um contrato, editar um regulamento, o ato final é sempre precedido de uma série de atos materiais ou jurídicos, consistentes em estudos, pareceres, informações, laudos, audiências, enfim, tudo o que for necessário para instruir, preparar e fundamentar o ato final objetivado pela Administração.

O procedimento é o conjunto de formalidades que devem ser observadas para a prática de certos atos administrativos; equivale a rito, a forma de proceder; o procedimento se desenvolve dentro de um processo administrativo.

Nem sempre a lei estabelece procedimentos a serem observados necessariamente pela Administração; nesse caso, ela é livre na escolha da forma de atingir os seus objetivos, o que normalmente ocorre quando se trata de fase interna de desenvolvimento do processo, não atingindo direitos dos administrados. Em outras hipóteses, a lei estabelece uma **sucessão de atos preparatórios que devem obrigatoriamente preceder a prática do ato final**; nesse caso, existe o **procedimento**, cuja inobservância gera a ilegalidade do ato da Administração. Em regra, o procedimento é imposto com maior rigidez quando esteja envolvido não só o interesse público, mas também os direitos dos administrados, como ocorre na licitação, nos concursos públicos, nos processos disciplinares.

É evidente, contudo, que todos os processos que envolvem solução de controvérsia ou que resultem em alguma decisão por parte da Administração compreendem, pelo menos, quatro fases: **instauração, instrução, defesa e decisão**. A Lei nº 9.784, de 29-1-99, que estabelece normas sobre processo administrativo no âmbito da Administração Pública federal, sem estabelecer qualquer procedimento a ser rigorosamente seguido nos processos administrativos em geral, estabelece normas pertinentes àquelas quatro fases e também sobre recursos.

Quanto à *instauração*, estabelece que pode dar-se de ofício (em atendimento ao princípio da oficialidade, analisado no item 14.5.2) ou a pedido do interessado (art. 5º); indica os requisitos a serem observados no requerimento do interessado (art. 6º); veda a recusa imotivada de documentos (art. 6º, parágrafo único); prevê a possibilidade de elaboração de modelos ou formulários padronizados para assuntos que importem pretensões equivalentes (art. 7º); e admite a possibilidade de serem formulados em um único requerimento pedidos iguais de uma pluralidade de interessados, salvo preceito legal contrário (art. 8º).

No que diz respeito à *instrução*, a lei contém o princípio da oficialidade, sem prejuízo do direito dos interessados de propor atuações probatórias (art. 29); veda as provas obtidas por meios ilícitos (art. 30); atribui ao interessado a prova dos fatos que tenha alegado (art. 36), sem prejuízo do dever atribuído ao órgão competente para a instrução e sem prejuízo da aplicação da norma do artigo 37, que atribui ao órgão competente para a instrução do processo o dever de providenciar, de ofício, a obtenção de documentos ou respectivas cópias, quando o interessado declarar que fatos e dados estão registrados em documentos existentes na própria Administração responsável pelo processo ou em outro órgão administrativo; prevê a possibilidade de o interessado juntar documentos e pareceres, requerer diligências e perícias, bem como aduzir alegações referentes à matéria objeto do processo (art. 38); proíbe a recusa de provas propostas pelo interessado, salvo se as mesmas forem ilícitas, impertinentes, desnecessárias ou protelatórias (art. 38, § 2º); estabelece o prazo de 15 dias para a elaboração de parecer, salvo norma especial ou comprovada necessidade de maior prazo (art. 42); prevê a possibilidade de ser adotada, motivadamente, medida acautelatória, sem a prévia manifestação do interessado, em caso de risco iminente (art. 45).

Quanto à *decisão*, a lei impõe à Administração o dever de decidir (art. 48), estabelecendo o prazo de até 30 dias para fazê-lo, salvo prorrogação por igual período expressamente motivada (art. 49).

14.4 MODALIDADES

Nos países que admitem a dualidade de jurisdição, ou seja, a existência de um contencioso administrativo ao lado da jurisdição comum, é possível falar em dois tipos de processo administrativo: o **gracioso** e o **contencioso**.

No processo **gracioso**, os próprios órgãos da Administração são encarregados de fazer atuar a vontade concreta da lei, com vistas à consecução dos fins estatais que lhe estão confiados e que nem sempre envolvem decisão sobre pretensão do particular. Para chegar à prática do ato final pretendido pela Administração, pratica-se uma série de atos precedentes necessários para apuração dos fatos, averiguação da norma legal aplicável, apreciação dos aspectos concernentes à oportunidade e conveniência. Essa série de atos constitui o processo, que vai culminar com a edição

de um ato administrativo. É nesse sentido que se fala em processo administrativo no direito brasileiro.

O processo administrativo contencioso é o que se desenvolve perante um órgão cercado de garantias que asseguram a sua independência e imparcialidade, com competência para proferir decisões com força de coisa julgada sobre as lides surgidas entre Administração e administrado. Esse tipo de processo administrativo só existe nos países que adotam o contencioso administrativo; nos demais, essa fase se desenvolve perante o Poder Judiciário, porque só este pode proferir decisão com força de coisa julgada; a Administração Pública, sendo “parte” nas controvérsias que ela decide, não tem o mesmo poder, uma vez que ninguém pode ser juiz e parte simultaneamente.

No direito brasileiro, a Constituição de 1967, na redação da Emenda Constitucional nº 1, de 1969, previu o contencioso administrativo para decidir litígios decorrentes de relações de trabalho dos servidores com a União, autarquias e empresas públicas federais (art. 111), bem como para a decisão de questões financeiras e previdenciárias, inclusive as relativas a acidentes do trabalho (art. 203). No entanto, esse contencioso, que não chegou a ser instituído, apenas tinha o mesmo nome que o instituto adotado em outros países, pois que as suas decisões não teriam força de coisa julgada (art. 203), por serem incompatíveis com o princípio da unidade de jurisdição previsto no artigo 153, § 4º. A sua instituição apenas teria significado a instituição do princípio da exaustão das vias administrativas para ingresso em juízo, conforme constava expressamente do último dispositivo citado.

A Constituição de 1988 não prevê o contencioso administrativo e mantém, no artigo 5º, XXXV, a unidade de jurisdição, ao determinar, que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Portanto, no direito brasileiro, falar em processo administrativo significa falar em processo gracioso.

Ainda se pode falar em duas outras modalidades de processo administrativo: o **técnico** e o **jurídico**.

Essa classificação, que é adotada por Guimarães Menegale (in *RDA* 2, fasc. 2:473), parte da ideia de que naqueles processos que são provocados por iniciativa da própria Administração existem, em regra, duas fases: a **decisória** e a **executória**. A primeira é uma fase de escolha de meios, é uma operação **técnica**, como a que ocorre com os estudos que antecedem a realização de uma obra pública; a segunda coloca a Administração frente aos administrados, sendo, por isso mesmo, uma fase **jurídica**, porque exige adaptação da vontade da Administração aos interesses dos administrados; surgem relações jurídicas, e a escolha dos meios de ação deve ser feita de acordo com a lei. Na primeira fase, que é interna e corresponde ao **processo técnico**, apenas o interesse público está em jogo; na segunda, que é externa, acrescenta-se o interesse do particular atingido pela execução do ato administrativo.

Alguns autores restringem o conceito de processo administrativo para abranger somente os que envolvem interesses de particulares, criando controvérsia entre

Administração e administrado. Hely Lopes Meirelles (2003:657), por exemplo, só considera como **processos administrativos** propriamente ditos “aqueles que encerram um litígio entre a Administração e o administrado ou o servidor”; os demais, ele designa de **processos de expediente**, “que tramitam pelos órgãos administrativos, sem qualquer controvérsia entre os interessados”.

No entanto, partindo-se da ideia de processo como **instrumento** indispensável para exercício da função administrativa, não há como deixar de enquadrar os processos técnicos e os chamados “de expediente”, por aquele autor, entre os processos administrativos, considerados em seu sentido mais amplo. Nem sempre, quando o particular deduz uma pretensão perante a Administração, surge uma controvérsia; nem por isso deixa de haver um processo administrativo.

O *processo administrativo* está hoje disciplinado, no âmbito federal, pela Lei nº 9.784, de 29-1-99, alterada pelas Leis nºs 11.917, de 19-12-06, e 12.008, de 29-7-09.¹ Ela estabelece normas básicas sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Federal Direta e Indireta, visando à “*proteção dos direitos dos administrados e ao melhor cumprimento dos fins da Administração*”. Estados e Municípios que queiram dispor sobre a matéria deverão promulgar as suas próprias leis. No Estado de São Paulo, a matéria está disciplinada pela Lei nº 10.177, de 30-12-98.

A lei federal disciplina os processos administrativos em geral, que tramitam perante a Administração Pública federal, direta e indireta, abrangendo, além do Poder Executivo, também os órgãos administrativos dos demais Poderes, conforme artigo 1º, § 1º. Porém, teve o cuidado de respeitar as normas que disciplinam os processos específicos, aos quais a nova lei se aplicará apenas subsidiariamente (art. 69). Assim, por exemplo, as normas legais que disciplinam o processo disciplinar, o processo de licitação ou o processo administrativo tributário prevalecem, nessas matérias, sobre as normas da Lei nº 9.784/99.

A lei federal contém normas sobre os princípios da Administração Pública, direitos e deveres do administrado, competência, impedimento e suspeição, forma, tempo e lugar dos atos do processo, comunicação, instrução, decisão, motivação, anulação, revogação e convalidação, recursos administrativos e prazos. Em regra, o que a lei faz é colocar no direito positivo conceitos, regras, princípios já amplamente defendidos pela doutrina e jurisprudência. Define algumas questões controvertidas, como a dos prazos para a Administração praticar determinados atos, proferir decisões, emitir pareceres, anular atos administrativos. As normas da lei serão mencionadas nos itens pertinentes aos temas nela tratados.

¹ A Lei nº 11.917/06 acrescentou os arts. 64-A e 64-B (comentados no capítulo 17 (item 17.3.2.2)), que tratam, respectivamente, da alegação de violação de súmula vinculante em recurso interposto na esfera administrativa, e da reclamação administrativa fundada em violação de súmula vinculante. A Lei nº 12.008/09 incluiu o art. 69-A, sobre tramitação preferencial dos procedimentos que envolvam idosos, deficientes e portadores de moléstias especificadas no dispositivo.

14.5 PROCESSO ADMINISTRATIVO ELETRÔNICO

Por meio do Decreto nº 8.539, de 8-10-15, foram baixadas normas sobre o uso de meio eletrônico para a realização do processo administrativo no âmbito dos órgãos e das entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional. É o que consta da ementa e do artigo 1º. Não há dúvida, portanto, de que o decreto só tem aplicação na esfera federal. Estados e Municípios que queiram adotar o modelo devem baixar as suas próprias normas.

O artigo 2º, III, define o processo administrativo eletrônico como “aquele em que os atos processuais são registrados e disponibilizados em meio eletrônico”.

Dentre os objetivos referidos no artigo 3º, constam o de assegurar eficiência, eficácia e efetividade da ação governamental; promover a utilização de meios eletrônicos para a realização dos processos administrativos com segurança, transparência e economicidade; ampliar a sustentabilidade ambiental com o uso da tecnologia da informação e da comunicação; e facilitar o acesso do cidadão às instâncias administrativas.

A adoção do processo eletrônico é obrigatória, mas os atos processuais podem ser praticados segundo as normas aplicáveis aos processos em papel, desde que posteriormente o documento-base correspondente seja digitalizado (art. 5º, parágrafo único).

Para atendimento ao disposto no Decreto, o artigo 4º exige que os órgãos e entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional utilizem **sistemas informatizados para a gestão e o trâmite de processos administrativos eletrônicos**.

Pelo artigo 6º, “a autoria, a autenticidade e a integridade dos documentos e da assinatura, nos processos administrativos eletrônicos, poderão ser obtidas por meio de certificado digital emitido no âmbito da Infraestrutura de Chaves Públicas – ICP-Brasil, que é disciplinada pela Medida Provisória nº 2.200-2, de 24-8-01. No entanto, o § 1º do mesmo dispositivo permite a utilização de “outro meio de comprovação da autoria e integridade de documentos em forma eletrônica, inclusive os que utilizem identificação por meio de nome de usuário e senha”.

O artigo 7º considera que o ato foi praticado no dia e hora do recebimento pelo sistema informatizado de gestão de processo administrativo, devendo o órgão ou entidade que o receber fornecer recibo eletrônico de protocolo que os identifique. No caso de prazo para a prática do ato, este se considera praticado até as vinte e três horas e cinquenta e nove minutos do último dia do prazo, no horário oficial de Brasília. Em caso de indisponibilidade do sistema por motivo técnico, o prazo se considera prorrogado até as vinte e três horas e cinquenta e nove minutos do primeiro dia útil seguinte ao da resolução do problema.

O **direito de vista** pode ser exercido eletronicamente ou por acesso à cópia do documento, preferencialmente, em meio eletrônico.

A classificação da informação quanto ao grau de sigilo e a possibilidade de limitação do acesso aos servidores autorizados e aos interessados no processo devem observar as normas da lei de acesso à informação (Lei nº 12.527, de 18-11-11), além de outras normas vigentes (art. 9º).

A juntada de documentos aos autos pode ser feita eletronicamente, respondendo o interessado por eventuais fraudes, nos termos da legislação civil, penal e administrativa (art. 11, *caput*, e § 1º). Tais documentos têm valor de cópia simples; no entanto, pode ser necessária a apresentação do original digitalizado quando: (i) a lei expressamente o exigir; (ii) for impugnada a integridade do documento, hipótese em que deve ser instaurada diligência para a verificação do documento objeto de controvérsia (art. 13); (iii) a critério da Administração, até que decaia o seu direito de rever os atos praticados no processo (art. 14). Deve ser observada, no caso, a norma do artigo 54 da Lei de Processo Administrativo Federal (Lei nº 9.784, de 29-1-99), que estabelece prazo para a Administração Pública rever os seus atos.

Pela norma do artigo 10, os documentos nato-digitais (definidos pelo artigo 2º, II, *a*, como os criados originariamente em meio eletrônico) e assinados eletronicamente são considerados originais para todos os efeitos legais.

Nos termos do artigo 12, “a digitalização de documentos recebidos ou produzidos no âmbito dos órgãos e das entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional deverá ser acompanhada da **conferência** da integridade do documento digitalizado”, devendo tal conferência registrar se foi apresentado documento original, cópia autenticada em cartório, cópia autenticada administrativamente ou cópia simples.

Se o documento for resultante da digitalização dos originais, ele é considerado cópia autenticada administrativamente; os resultantes da digitalização de cópia autenticada em cartório, de cópia autenticada administrativamente ou de cópia simples terão valor de cópia simples (art. 12, § 2º).

Pela análise conjunta dos artigos 11 e 12, verifica-se que os documentos podem ser considerados: (i) **cópia simples**, quando enviados digitalizados pelo interessado, ou resultantes da digitalização de cópia autenticada em cartório, ou resultantes de cópia autenticada administrativamente ou de cópia simples; (ii) **cópia autenticada administrativamente**, quando resultantes da digitalização de originais.

O Decreto impõe, para os órgãos e entidades da administração federal, a adoção de políticas, estratégias e ações que garantam a preservação de longo prazo, o acesso e o uso contínuo dos documentos digitais, devendo prever, no mínimo, I – proteção contra a deterioração e a obsolescência de equipamentos e programas; e II – mecanismos para garantir a autenticidade, a integridade e a legibilidade dos documentos eletrônicos ou digitais (art. 18).

Embora o Decreto não o diga, é evidente que o Estado responderá, nos termos do artigo 37, § 6º, da Constituição, pelos danos causados a terceiros, em decorrência de ação ou omissão na implantação e na guarda de documentos constantes do processo administrativo eletrônico.

Também é relevante acrescentar que os atos praticados por meio eletrônico devem observar os mesmos requisitos de validade dos atos administrativos em geral, bem como os princípios a que se submete a Administração Pública, sob pena de invalidade.

Pelo artigo 22, § 1º, do Decreto, “o uso do meio eletrônico para a realização de processo administrativo deverá estar implementado no prazo de dois anos, contado da data de publicação deste Decreto”.

14.6 PRINCÍPIOS

Existem alguns princípios comuns aos processos administrativo e judicial que constituem objeto de estudo da teoria geral do processo: tais são os princípios da publicidade, da ampla defesa, do contraditório, do impulso oficial, da obediência à forma e aos procedimentos estabelecidos em lei. E existem outros princípios que são próprios do direito administrativo, como o da oficialidade, o da gratuidade, o da atipicidade.

A Lei nº 9.784/99 menciona, no artigo 2º, *caput*, os princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência. Além disso, embora não referidos especificamente nesse dispositivo, outros princípios decorrem implicitamente da lei, como o da impessoalidade e o da participação do administrado nos atos do processo. A maior parte desses princípios, por serem informadores de todo o Direito Administrativo, estão tratados no item 3.3 deste livro. Os que são mais especificamente referidos à matéria processual são tratados neste capítulo.

14.6.1 PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE

Esse princípio, agora previsto expressamente no artigo 37, *caput*, da Constituição, aplica-se ao processo administrativo. Por ser pública a atividade da Administração, os processos que ela desenvolve devem estar abertos ao acesso dos interessados.

Esse direito de acesso ao processo administrativo é mais amplo do que o de acesso ao processo judicial; neste, em regra, apenas as partes e seus defensores podem exercer o direito; naquele, qualquer pessoa é titular desse direito, desde que tenha algum interesse atingido por ato constante do processo ou que atue na defesa do interesse coletivo ou geral, no exercício do direito à informação assegurado pelo artigo 5º, inciso XXXIII, da Constituição.

É evidente que o direito de acesso não pode ser exercido abusivamente, sob pena de tumultuar o andamento dos serviços públicos administrativos; para exercer esse direito, deve a pessoa demonstrar qual o seu interesse individual, se for o caso, ou qual o interesse coletivo que pretende defender.

O direito de acesso ao processo não se confunde com o direito de “vista”, que somente é assegurado às pessoas diretamente atingidas por ato da Administração, para possibilitar o exercício do seu direito de defesa.

O direito de acesso só pode ser restringido por razões de segurança da sociedade e do Estado, hipótese em que o **sigilo** deve ser resguardado (art. 5º, XXXIII, da Constituição); ainda é possível restringir a **publicidade** dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o **interesse social** o exigirem (art. 5º, LX).

A Lei nº 9.784/99, que regula o processo administrativo, estabelece, no parágrafo único do artigo 2º, a exigência de “*divulgação oficial dos atos administrativos, ressalvadas as hipóteses de sigilo previstas na Constituição*” (inciso V) e a “*garantia dos direitos à comunicação, à apresentação de alegações finais, à produção de provas e à interposição de recursos, nos processos de que possam resultar sanções e nas situações de litígio*” (inciso X). Além disso, o artigo 3º, inciso II, inclui entre os direitos do administrado o de “*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*”.

14.6.2 PRINCÍPIO DA OFICIALIDADE

Esse princípio também é mais amplo no processo administrativo. No processo judicial, ele só existe depois de instaurada a relação processual, cabendo ao juiz movimentar o procedimento nas suas várias fases até a decisão final.

No âmbito administrativo, esse princípio assegura a possibilidade de instauração do processo por iniciativa da Administração, independentemente de provocação do administrado e ainda a possibilidade de impulsionar o processo, adotando todas as medidas necessárias a sua adequada instrução.

Essa executoriedade, sendo inerente à atuação administrativa, existe mesmo que não haja previsão legal; como a Administração Pública está obrigada a satisfazer ao interesse público, cumprindo a vontade da lei, ela não pode ficar dependente da iniciativa particular para atingir os seus fins.

Na Lei nº 9.784/99, está previsto, como um dos critérios a serem observados nos processos administrativos, a “*impulsão, de ofício, do processo administrativo, sem prejuízo da atuação dos interessados*” (art. 2º, XII). No artigo 5º, está expresso que o processo pode *iniciar-se de ofício* ou a pedido de interessado, e o artigo 29 contém a determinação de que as atividades de instrução destinadas a averiguar e comprovar os dados necessários à tomada de decisão realizam-se *de ofício ou mediante impulsão do órgão responsável pelo processo*, sem prejuízo do direito dos interessados de propor atuações probatórias. A lei ainda permite, no artigo 65, que nos processos administrativos de que resultem sanções a revisão se faça a pedido ou *de ofício*, quando surgirem fatos novos ou circunstâncias relevantes suscetíveis de justificar a inadequação da sanção aplicada, ficando expressamente vedado o agravamento da sanção.

Embora a lei só faça referência à revisão de ofício nos processos de que resultem sanção, é evidente que tal possibilidade existe em relação a qualquer ato da Administração, um vez reconhecido ter ele sido praticado com inobservância da lei. Trata-se de aplicação do poder de autotutela sobre os atos administrativos, reconhecido pela Súmula nº 473 do STF (v. itens 7.11.2.1 e 14.5.7), que, em última análise, decorre do princípio da legalidade. Aliás, o artigo 63 da Lei consagra esse entendimento ao estabelecer, no § 2º, que “o não conhecimento do recurso não impede a Administração de rever de ofício o ato ilegal, desde que não ocorrida preclusão administrativa”.

O princípio da oficialidade autoriza a Administração a requerer diligências, investigar fatos de que toma conhecimento no curso do processo, solicitar pareceres, laudos, informações, rever os próprios atos e praticar tudo o que for necessário à consecução do interesse público.

Portanto, a oficialidade está presente:

1. no poder de iniciativa para instaurar o processo;
2. na instrução do processo;
3. na revisão de suas decisões.

Em todas essas fases, a Administração pode agir *ex officio*.

14.6.3 PRINCÍPIO DA OBEDIÊNCIA À FORMA E AOS PROCEDIMENTOS

Quanto a este princípio, a sua aplicação é muito mais rígida no processo judicial do que no administrativo; por isso mesmo, em relação a este, costuma-se falar em **princípio do informalismo**.

Informalismo não significa, nesse caso, ausência de forma; o processo administrativo é **formal** no sentido de que deve ser reduzido a escrito e conter documentado tudo o que ocorre no seu desenvolvimento; é **informal** no sentido de que não está sujeito a formas rígidas.

Às vezes, a lei impõe determinadas formalidades ou estabelece um procedimento mais rígido, prescrevendo a nulidade para o caso de sua inobservância. Isso ocorre como garantia para o particular de que as pretensões confiadas aos órgãos administrativos serão solucionadas nos termos da lei; além disso, constituem o instrumento adequado para permitir o controle administrativo pelos Poderes Legislativo e Judicial.

A necessidade de maior formalismo existe nos processos que envolvem interesses dos particulares, como é o caso dos processos de licitação, disciplinar e tributário. Nesses casos, confrontam-se, de um lado, o interesse público, a exigir formas mais simples e rápidas para a solução dos processos, e, de outro, o interesse particular, que requer formas mais rígidas, para evitar o arbítrio e a ofensa a seus direitos individuais.

É por isso que, enquanto inexistem normas legais estabelecendo o procedimento a ser adotado nos processos administrativos em geral, à semelhança do que ocorre nos judiciais, determinados processos especiais que dizem respeito a particulares estão sujeitos a procedimento descrito em lei.

O processo disciplinar, por exemplo, tem o seu procedimento descrito nas leis estatutárias; mas o artigo 305 do Estatuto paulista (Lei nº 10.261, de 28-10-68, com a redação dada pela Lei Complementar nº 942, de 6-6-03) quebra a rigidez do princípio, ao estabelecer que não será declarada a nulidade de nenhum ato processual que não houver influído na apuração da verdade substancial ou, diretamente, na decisão do processo ou da sindicância.

Na realidade, o formalismo somente deve existir quando seja necessário para atender ao interesse público e proteger os direitos dos particulares. É o que está expresso no artigo 2º, incisos VIII e IX, da Lei nº 9.784/99, que exige, nos processos administrativos, a “*observância das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados*” e a “*adoção de formas simples, suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados*”. Trata-se de aplicar o princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade em relação às formas.

Ainda na mesma linha do informalismo, o artigo 22 da lei estabelece que “os atos do processo administrativo não dependem de forma determinada senão quando a lei expressamente a exigir”. Inclusive o reconhecimento de firma, salvo imposição legal para casos específicos, só pode ser exigido quando houver dúvida de autenticidade (§ 2º); e a autenticação de documentos exigidos em cópia poderá ser feita pelo próprio órgão administrativo (§ 3º).

14.6.4 PRINCÍPIO DA GRATUIDADE

Sendo a Administração Pública uma das partes do processo administrativo, não se justifica a mesma onerosidade que existe no processo judicial (v. item 14.1).

A regra da gratuidade está agora expressa no artigo 2º, parágrafo único, inciso XI, da Lei nº 9.784, que proíbe “*cobrança de despesas processuais, ressalvadas as previstas em lei*”. A menos que haja leis específicas exigindo cobrança de determinados atos, a regra é a da gratuidade dos atos processuais.

Inclusive para fins de propositura de recurso na esfera administrativa, o STJ sumulou o entendimento de que “é ilegítima a exigência de depósito prévio para admissibilidade de recurso administrativo” (Súmula nº 373). Esse também é o entendimento do Supremo Tribunal Federal, conforme visto no Capítulo 17 (item 17.3.2.1), agora objeto da Súmula Vinculante nº 21: “É inconstitucional a exigência de depósito ou arrolamento prévios de dinheiros ou bens para admissibilidade de recurso administrativo.”

14.6.5 PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO

Este princípio, amplamente defendido pela doutrina e jurisprudência já na vigência de Constituições anteriores, está agora expresso no artigo 5º, inciso LV, da Constituição de 1988: “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”. Especificamente com relação aos servidores estáveis, o mesmo direito está assegurado no artigo 41, § 1º, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998, que só permite a perda do cargo em virtude de sentença judicial transitada em julgado, mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa ou mediante procedimento de avaliação periódica de desempenho, na forma de lei complementar, assegurada ampla defesa.

Na Lei nº 9.784/99, os princípios da ampla defesa e do contraditório estão mencionados no artigo 2º, entre os princípios a que se sujeita a Administração Pública.

O princípio da ampla defesa é aplicável em qualquer tipo de processo que envolva situações de litígio ou o poder sancionatório do Estado sobre as pessoas físicas e jurídicas. É o que decorre do artigo 5º, LV, da Constituição e está também expresso no artigo 2º, parágrafo único, inciso X, da Lei nº 9.784/99, que impõe, nos processos administrativos, sejam assegurados os “direitos à comunicação, à apresentação de alegações finais, à produção de provas e à interposição de recursos, nos processos de que possam resultar sanções e nas situações de litígio”.

O princípio do contraditório, que é inerente ao direito de defesa, é decorrente da bilateralidade do processo: quando uma das partes alega alguma coisa, há de ser ouvida também a outra, dando-se-lhe oportunidade de resposta. Ele supõe o conhecimento dos atos processuais pelo acusado e o seu direito de resposta ou de reação. Exige:

1. notificação dos atos processuais à parte interessada;²
2. possibilidade de exame das provas constantes do processo;
3. direito de assistir à inquirição de testemunhas;
4. direito de apresentar defesa escrita.

Em atendimento aos princípios do contraditório e da ampla defesa, a Lei nº 9.784/99 assegura ao administrado os direitos de ter ciência da tramitação dos

² A respeito dos processos relativos a aplicação de multas de trânsito, o STJ decidiu que “é indispensável a efetivação de duas notificações no procedimento administrativo adotado para a imposição de multas de trânsito: a) a primeira poderá ser feita pelo correio, quando for o caso de autuação à distância ou por equipamento eletrônico, correspondendo à notificação relativa à lavratura do auto de infração, exceto nas hipóteses de flagrante, quando a notificação do infrator se realiza em sua presença; b) a segunda deverá ocorrer após julgada a subsistência do auto de infração com a imposição da penalidade” (REsp 942180/RS, Rel. Min. Herman Benjamin, DJ 24-9-07, p. 286).

processos administrativos em que tenha a condição de interessado, ter vista dos autos, obter cópias de documentos neles contidos e conhecer as decisões proferidas; formular alegações e apresentar documentos antes da decisão, os quais serão objeto de consideração pelo órgão competente; fazer-se assistir, facultativamente, por advogado, salvo quando obrigatória a representação, por força de lei (art. 3º, incisos II, III e IV). O artigo 46 da lei repete, em termos semelhantes, a mesma norma quanto ao direito à vista do processo e a obter certidões ou cópias reprográficas dos dados e documentos que o integram, ressalvando, porém, os dados e documentos de terceiros protegidos por sigilo ou pelo direito à privacidade, à honra e à imagem.

Além disso, a mesma lei impõe a *intimação* do interessado nos seguintes casos: para ciência de decisão ou efetivação de diligências (art. 26); para conhecimento de atos do processo que resultem em imposição de deveres, ônus, sanções ou restrição ao exercício de direitos e atividades e para os atos de outra natureza, de seu interesse (art. 28); para a prestação de informações ou a apresentação de provas (art. 39), para apresentar alegações, em caso de interposição de recurso (art. 62). A intimação deve ser feita com antecedência mínima de três dias úteis quanto à data de comparecimento (§ 2º do art. 26), ou para apresentação de prova ou realização de diligência (art. 41), podendo ser efetuada por ciência no processo, por via postal com aviso de recebimento, por telegrama ou outro meio que assegure a certeza da ciência do interessado (§ 3º do art. 26); no caso de interessados indeterminados, desconhecidos ou com domicílio indefinido, a intimação deve ser efetuada por meio de publicação oficial (§ 4º do art. 26).

A inobservância da lei no que diz respeito à intimação é causa de nulidade, porém o comparecimento do administrado supre a sua falta ou irregularidade (§ 5º do art. 26). Além disso, o desatendimento da intimação não importa o reconhecimento da verdade dos fatos, nem a renúncia a direito pelo administrado (art. 27).

Na fase de instrução, o interessado pode juntar documentos e pareceres, requerer diligências e perícias, bem como aduzir alegações referentes à matéria objeto do processo (art. 38); terminada a instrução, ele tem o direito de manifestar-se no prazo máximo de 10 dias, salvo se outro prazo for legalmente fixado (art. 44).

Além dessas normas, o Superior Tribunal de Justiça, pela Súmula nº 343, de 21-9-07, fixou o entendimento de que “é obrigatória a presença de advogado em todas as fases do processo administrativo disciplinar”. Essa Súmula, no entanto, ficou implicitamente revogada em decorrência da Súmula Vinculante nº 5, aprovada pelo Supremo Tribunal Federal em 7-5-08: “A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição”.³

Ainda sobre os princípios da ampla defesa e do contraditório, o Supremo Tribunal Federal aprovou, em 30-5-07, a Súmula Vinculante nº 3, em cujos termos “nos

³ O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, por vislumbrar incompatibilidade entre a Súmula Vinculante nº 5 e o art. 5º, LV, da Constituição, teve a iniciativa de propor o cancelamento da Súmula, com fundamento na competência prevista no art. 103-A, § 2º, da Constituição.

processos perante o Tribunal de Contas da União asseguram-se o contraditório e a ampla defesa quando da decisão puder resultar anulação ou revogação de ato administrativo que beneficie o interessado, excetuada a apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão”.

14.6.6 PRINCÍPIO DA ATIPICIDADE

No direito penal, o crime constitui uma atividade **típica** (ação ou omissão ajustada a um modelo legal), **antijurídica** (contrária ao direito) e **culpável**.⁴ No direito administrativo, existe a exigência de antijuridicidade, que constitui aplicação do princípio da legalidade, significando que o ilícito administrativo tem que ter previsão legal. No entanto, a tipicidade nem sempre está presente, tendo em vista que muitas infrações administrativas, ainda que previstas em lei, não são descritas com precisão, ou seja, não correspondem a um modelo definido em lei. É o que ocorre, por exemplo, com as infrações previstas na Lei nº 8.666, de 21-6-93, cujo artigo 87 se limita a falar em “inexecução total ou parcial do contrato”, mencionando as sanções, sem especificar as hipóteses em que são cabíveis; seria uma situação comparável às normas penais em branco, previstas no artigo 3º do Código Penal, em que a definição da infração fica dependendo de ato normativo de outro órgão; no caso da licitação, normalmente são os editais de licitação e os contratos que indicam o conteúdo das infrações. Outro exemplo é o que consta do Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado de São Paulo (Lei nº 10.261, de 28-10-68), que prevê infrações como falta grave, procedimento irregular de natureza grave e incontinência pública e escandalosa, às quais são cominadas, respectivamente, penas de suspensão, demissão e demissão a bem do serviço público. Essas infrações ficam sujeitas à apreciação da Administração Pública, que deverá decidir diante das circunstâncias de cada caso concreto. É a autoridade julgadora que vai enquadrar o ilícito como “falta grave”, “procedimento irregular”, “ineficiência no serviço”, “incontinência pública”, ou outras infrações previstas de modo indefinido na legislação estatutária. Para esse fim, deve ser levada em consideração a gravidade do ilícito e as consequências para o serviço público. Já em algumas leis, a tipicidade é observada, como ocorre, por exemplo, com o Código Nacional de Trânsito.

Como a lei não define essas infrações, tem-se a impressão de que a Administração é inteiramente livre para enquadrar determinadas faltas funcionais em uma ou outra categoria. Mas, diante do caso concreto, a discricionariedade será bastante reduzida pelo exame do motivo, ou seja, dos fatos que cercaram a prática do ato ilícito. Em matéria de servidor, por exemplo, circunstâncias como a natureza do cargo, as consequências para o serviço público, as repercussões sociais influirão necessariamente na decisão administrativa. O mesmo fato que seria considerado de

⁴ Cf. Guilherme de Souza Nucci. *Código Penal Comentado*, 2000, p. 11.

pequena gravidade quando praticado por um servente, um datilógrafo, uma secretária, poderá assumir proporções muito maiores se praticado por um professor, um policial, um advogado público, que têm responsabilidades muito maiores inerentes à própria dignidade da instituição a que pertencem.

Não se pode dizer que a Administração possa basear-se em razões de oportunidade ou conveniência para decidir qual a penalidade a ser aplicada; ela terá que escolher, **diante dos fatos**, qual a sanção cabível para punir o servidor, cumprindo a finalidade punitiva prevista na lei. Ela terá que levar em conta o princípio da razoabilidade, em especial em seu aspecto de proporcionalidade dos meios aos fins.

Por isso mesmo, na punição administrativa, a motivação do ato pela autoridade julgadora assume fundamental relevância, pois é por essa forma que ficará demonstrado o correto enquadramento da falta e a dosagem adequada da pena.

A grande maioria da doutrina defende, hoje, o princípio da tipicidade na esfera administrativa, como decorrência do princípio da legalidade e aplicação analógica do princípio do direito penal, segundo o qual não existe crime nem pena sem lei que o preveja (*nullum crimen, nulla poena sine lege*). No entanto, a legislação nem sempre o observa, como ocorre nos exemplos já mencionados dos Estatutos dos Servidores Públicos e na lei de licitações e contratos administrativos.

Desse modo, o princípio da tipicidade, no direito administrativo, ainda é aplicado de forma limitada, se comparado com o direito penal.

14.6.7 PRINCÍPIO DA PLURALIDADE DE INSTÂNCIAS

O princípio da pluralidade de instâncias decorre do poder de autotutela de que dispõe a Administração Pública e que lhe permite rever os próprios atos, quando ilegais, inconvenientes ou inoportunos; esse poder está reconhecido pelo STF, conforme Súmulas nºs 346 e 473.

Levando em conta que é dado ao superior hierárquico rever sempre os atos dos seus subordinados, como poder inerente à hierarquia e independente de previsão legal, haverá tantas instâncias administrativas quantas forem as autoridades com atribuições superpostas na estrutura hierárquica. O administrado que se sentir lesado em decorrência de decisão administrativa, pode ir propondo recursos hierárquicos até chegar à autoridade máxima da organização administrativa. Na esfera federal, esse direito de recorrer foi limitado a “três instâncias administrativas, salvo disposição legal diversa”, conforme artigo 57 da Lei nº 9.784/99. Isto significa que o administrado pode recorrer apenas a três níveis de decisão dentro da organização hierárquica, ressalvadas as hipóteses em que a lei específica sobre determinadas matérias disponha de modo diverso, quer para ampliar quer para restringir. O que não se pode impedir é o direito de recorrer, já que ele é assegurado pelo artigo 5º, inciso LV, da Constituição, como inerente ao direito de defesa e ao contraditório.

Cabe lembrar que, independentemente de ter se esgotado a via administrativa, ainda cabe **reclamação administrativa** ao Supremo Tribunal Federal quando o ato administrativo contrariar enunciado de súmula vinculante, negar-lhe vigência ou aplicá-la indevidamente (conforme artigo 103-A, § 3º, da Constituição, regulamentado pela Lei nº 11.417, de 19-12-06).⁵

Também quanto ao princípio da pluralidade de instâncias existem algumas diferenças entre o processo civil e o administrativo; neste último, é possível (e naquele não):

- a) alegar em instância superior o que não foi arguido de início;
- b) reexaminar a matéria de fato;
- c) produzir novas provas.

Isto porque o que se objetiva, com a possibilidade de reexame, é a preservação da legalidade administrativa.

Só não há possibilidade de pluralidade de instâncias quando a decisão já partiu da autoridade máxima, hipótese em que caberá apenas pedido de reconsideração; se não atendido, restará ao interessado procurar a via judicial.

14.6.8 PRINCÍPIO DA ECONOMIA PROCESSUAL

Há que se ter sempre presente a ideia de que o processo é **instrumento** para aplicação da lei, de modo que as exigências a ele pertinentes devem ser adequadas e proporcionais ao fim que se pretende atingir. Por isso mesmo, devem ser evitados os formalismos excessivos, não essenciais à legalidade do procedimento que só possam onerar inutilmente a Administração Pública, emperrando a máquina administrativa.

Desse princípio decorre outro, que é o do **proveitamento dos atos processuais**, que admite o saneamento do processo quando se tratar de nulidade sanável, cuja inobservância não prejudique a Administração ou o Administrado. O Estatuto dos Funcionários Públicos do Estado de São Paulo prescreve que não será declarada a nulidade de nenhum ato processual que não houver influído na apuração da verdade substancial ou, diretamente, na decisão do processo ou da sindicância (art. 305, com a redação dada pela Lei Complementar nº 942, de 6-6-03). Na esfera federal, a Lei nº 8.112/90 apenas determina, no artigo 169, § 1º, que “o julgamento fora do prazo legal não implica nulidade de processo”.

⁵ Sobre essa reclamação administrativa, v. item 17.3.2.2.

14.6.9 PRINCÍPIO DA PARTICIPAÇÃO POPULAR

O princípio da participação popular na gestão e no controle da Administração Pública é inerente à ideia de Estado Democrático de Direito, referido no Preâmbulo da Constituição de 1988, proclamado em seu artigo 1º e reafirmado no parágrafo único, com a regra de que “*todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos, ou diretamente, nos termos desta Constituição*”; além disso, decorre implicitamente de várias normas consagradoras da participação popular em diversos setores da Administração Pública, em especial na parte referente à ordem social.

Na ideia de participação inserem-se, por exemplo:

1. participação dos trabalhadores e empregadores nos colegiados dos órgãos públicos em que seus interesses profissionais ou previdenciários sejam objeto de discussão e deliberação (art. 10);
2. participação do produtor e trabalhador rural no planejamento e execução da política agrícola (art. 187);
3. participação da sociedade e dos Poderes Públicos nas iniciativas referentes à seguridade social (art. 194);
4. caráter democrático e descentralizado da gestão administrativa, com participação da comunidade, em especial de trabalhadores, empresários e aposentados na seguridade social (art. 194, VII), reafirmado com relação à saúde (art. 198, III) e à assistência social (art. 204, II);
5. gestão democrática do ensino público (art. 206, VI);
6. colaboração da comunidade na proteção do patrimônio cultural (art. 216, § 1º).

Essas são modalidades de participação na **gestão** da atividade administrativa do Estado. Como instrumentos de **controle**, podem ser mencionados, dentre outros:

1. direito à informação (art. 5º, XXXIII), com o que se assegura ao cidadão a possibilidade de conhecer os assuntos que estão sendo tratados no âmbito da Administração Pública;
2. mandado de injunção, instituído precisamente para suprir a omissão do Poder Público na regulamentação de normas constitucionais (art. 5º, LXXI);
3. ação popular, como meio posto nas mãos do cidadão para provocar o controle jurisdicional na defesa do interesse coletivo (art. 5º, LXXIII);
4. direito de denunciar irregularidades perante o Tribunal de Contas (art. 74, § 2º);

5. direito de fazer reclamações e denunciar irregularidades perante ouvidorias de justiça, não só contra membros do Poder Judiciário e do Ministério Público, mas também contra seus serviços auxiliares, representando diretamente ao Conselho Nacional de Justiça ou ao Conselho Nacional do Ministério Público, conforme o caso (art. 103-B, § 7º, e art. 130-A, § 5º, da Constituição, acrescentados pela Emenda Constitucional nº 45/04).

Além disso, encontram-se na legislação infraconstitucional inúmeras normas que consagram diferentes formas de participação do cidadão, com a instituição de ouvidores junto a diferentes órgãos públicos, sistemas de “disque-denúncia”, audiências públicas, consulta pública e tantas outras.

Na Lei nº 9.784/99, embora não mencionada a participação do cidadão como princípio da Administração Pública, estão disciplinados vários instrumentos que facilitam a participação, como o direito à informação, a motivação, as regras sobre publicidade, já analisadas nos itens pertinentes. Estão também previstas a **consulta pública** (art. 31), a **audiência pública** (art. 32) e a **participação dos administrados, diretamente ou por meio de organizações e associações legalmente reconhecidas** (art. 33).

A consulta pública não é prevista, nessa lei, como obrigatória para a Administração Pública, mas como faculdade a ser exercida, mediante despacho motivado, quando a matéria do processo envolver assunto de interesse geral e desde que não cause prejuízo à parte interessada. A consulta é divulgada por meios oficiais, a fim de que pessoas físicas ou jurídicas possam examinar os autos, fixando-se prazo para oferecimento de alegações escritas (§ 1º do art. 31); pelo § 2º do mesmo dispositivo, o comparecimento à consulta pública não confere, por si, a condição de interessado do processo, mas confere o direito de obter da Administração resposta fundamentada, que poderá ser comum a todas as alegações substancialmente iguais.

A audiência pública também não é prevista em caráter obrigatório, ficando a sua realização a critério da autoridade quando se tratar de matéria relevante; o objetivo é o de permitir debates sobre a matéria.

Outros meios de participação poderão ser instituídos pelos órgãos administrativos, quando se tratar de matéria relevante (art. 33).

Além dessa lei, outras existem que preveem medidas semelhantes, a exemplo da Lei nº 8.666, de 21-6-93 (lei de licitações e contratos), que exige, em caráter obrigatório, a realização de audiência pública na hipótese referida no artigo 39, que trata de contratos acima de determinado valor. Também as leis que disciplinam as atividades das agências reguladoras estão prevendo a realização de audiência pública; tal é o caso da Lei nº 9.478, de 6-8-97, que instituiu a Agência Nacional do Petróleo (ANP), tornando obrigatória a realização de audiências públicas anteriormente às iniciativas de projetos de lei ou de alteração de normas administrativas que impliquem afetação de direito dos agentes econômicos ou de consumidores e

usuários de bens e serviços da indústria do petróleo, de gás natural ou de biocombustíveis (art. 19, alterado pela Lei nº 12.490, de 16-9-11).

O Decreto nº 8.243, de 23-5-14, instituiu a Política Nacional de Participação Social – PNPS e o Sistema Nacional de Participação Social – SNPS, porém foi sustado pela Câmara dos Deputados em 29-10-15. A medida está pendente de apreciação, pelo Senado Federal, do Projeto de Decreto Legislativo nº 147, de 2014, que susta a aplicação do referido decreto.

Todos esses exemplos servem para demonstrar a presença do princípio da participação do administrado na Administração Pública, dentro de um objetivo maior de descentralizar as formas de sua atuação e de ampliar os instrumentos de controle.

14.7 PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

Carlos Schmidt de Barros Júnior (1972:158) indica três sistemas pelos quais se pode fazer a repressão disciplinar:

1. o **sistema hierárquico**, em que o poder disciplinar é exercido exclusivamente pelo superior hierárquico; ele apura a falta e aplica a pena; é o sistema que se usa às vezes para a apuração de faltas leves ou para a aplicação do princípio da verdade sabida;
2. o **sistema de jurisdição completa**, no qual a falta e a pena são estritamente determinadas em lei e a decisão cabe a um órgão de jurisdição que funciona segundo regras de procedimento jurisdicional; este sistema não existe no direito brasileiro;
3. **sistema misto** ou de **jurisdicionalização moderada**, em que intervêm determinados órgãos, com função geralmente opinativa, sendo a pena aplicada pelo superior hierárquico; além disso, mantém-se certo grau de discricionariedade na verificação dos fatos e na escolha da pena aplicável; é o sistema adotado no Brasil relativamente aos processos administrativos disciplinares.

No direito brasileiro, os meios de apuração de ilícitos administrativos são o processo administrativo disciplinar e os meios sumários, que compreendem a sindicância e a verdade sabida.

O processo administrativo disciplinar é obrigatório, de acordo com o artigo 41 da Constituição, para a aplicação das penas que impliquem perda de cargo para o funcionário estável. A Lei nº 8.112/90 exige a realização desse processo para a aplicação das penas de suspensão por mais de 30 dias, demissão, cassação de aposentadoria e disponibilidade, e destituição de cargo em comissão (art. 146); o artigo 100 do Decreto-lei nº 200, de 25-2-67 (Reforma Administrativa federal), ainda

exige o mesmo processo para a demissão ou dispensa do servidor efetivo ou estável, comprovadamente **ineficiente** no desempenho dos encargos que lhe competem ou **desidioso** no cumprimento de seus deveres.

No Estatuto paulista, o processo administrativo é exigido nas infrações que possam ensejar pena de **demissão** (art. 270).

O processo é realizado por comissões disciplinares (comissões processantes), sistema que tem a vantagem de assegurar maior imparcialidade na instrução do processo, pois a comissão é órgão estranho ao relacionamento entre o funcionário e o superior hierárquico.

Para garantir essa imparcialidade, tem-se entendido, inclusive na jurisprudência, que os integrantes da comissão devem ser funcionários estáveis e não interinos ou exoneráveis *ad nutum*.

O processo desenvolve-se nas seguintes fases: instauração, instrução, defesa, relatório e decisão.

O processo tem início com despacho de autoridade competente, determinando a instauração, assim que tiver ciência de alguma irregularidade; ela age *ex officio*, com fundamento no princípio da oficialidade.

Não havendo elementos suficientes para instaurar o processo, determinará previamente a realização de sindicância.

Determinada a instauração e já autuado o processo, é este encaminhado à comissão processante, que o instaura, por meio de **portaria** em que conste o nome dos servidores envolvidos, a infração de que são acusados, com descrição sucinta dos fatos e indicação dos dispositivos legais infringidos.

A portaria bem elaborada é essencial à legalidade do processo, pois equivale à denúncia do processo penal e, se não contiver dados suficientes, poderá prejudicar a defesa; é indispensável que ela contenha todos os elementos que permitam aos servidores conhecer os ilícitos de que são acusados.

Se, além da infração administrativa, o fato constituir ilícito penal, deve a comissão processante comunicar às autoridades policiais, fornecendo os elementos de instrução de que dispuser.

A instrução rege-se pelos princípios da oficialidade e do contraditório, este último essencial à ampla defesa. Com base no primeiro, a comissão toma a iniciativa para levantamento das provas, podendo realizar ou determinar todas as diligências que julgue necessárias a essa finalidade. O princípio do contraditório exige, em contrapartida, que a comissão dê ao indiciado oportunidade de acompanhar a instrução, com ou sem defensor, conhecendo e respondendo a todas as provas contra ele apresentadas.

Concluída a instrução, deve ser assegurado o direito de "vista" do processo e notificado o indiciado para a apresentação da sua defesa. Embora esta fase seja denominada de **defesa**, na realidade as normas referentes à instauração e à instrução

do processo já têm em vista propiciar a ampla defesa ao servidor. Nesta terceira fase, deve ele apresentar razões escritas, pessoalmente ou por advogado da sua escolha; na falta de defesa, a comissão designará funcionário, de preferência bacharel em direito, para defender o indiciado.

A citação do indiciado deve ser feita antes de iniciada a instrução e acompanhada de cópia da portaria para permitir-lhe pleno conhecimento da denúncia; além disso, é permitido a ele assistir a inquirição das testemunhas e reperguntar às mesmas, por intermédio da comissão, devendo comparecer acompanhado do seu defensor. Terminada a instrução, será dada vista dos autos a indiciado e aberto o prazo para a defesa. O princípio do contraditório é, pois, assegurado em toda a sua extensão.

Terminada a defesa, a comissão apresenta o seu **relatório**, no qual deve concluir com proposta de absolvição ou de aplicação de determinada penalidade, indicando as provas em que baseia a sua conclusão. O relatório é peça apenas opinativa, não obrigando a autoridade julgadora, que poderá, analisando os autos, apresentar conclusão diversa.

A fase final é a de **decisão**, em que a autoridade poderá acolher a sugestão da comissão, hipótese em que o relatório corresponderá à motivação; se não aceitar a sugestão, terá que motivar adequadamente a sua decisão, apontando os elementos do processo em que se baseia. É comum a autoridade julgadora socorrer-se de pareceres de órgãos jurídicos antes de adotar a sua decisão.

A autoridade julgadora deve fazer exame completo do processo para verificar a sua legalidade, podendo declarar a sua nulidade, determinar o saneamento do processo ou a realização de novas diligências que considere essenciais à prova. Tudo com base no princípio da oficialidade.

Concluído o processo, pela absolvição ou aplicação de penalidade, cabem, neste último caso, o pedido de reconsideração e os recursos hierárquicos, além da revisão admitida na legislação estatutária.

14.8 PROCESSO SUMÁRIO

14.8.1 SINDICÂNCIA

Segundo José Cretella Júnior (1969, v. 6:153), no idioma de origem, os elementos componentes da palavra *sindicância*, de origem grega, são o prefixo *syn* (junto, com, juntamente com) e *dic* (mostrar, fazer ver, pôr em evidência), ligando-se este segundo elemento ao verbo *deiknymi*, cuja acepção é **mostrar, fazer ver**. Assim, *sindicância* significa, em português, à letra, “a operação cuja finalidade é trazer à tona, fazer ver, revelar ou mostrar algo, que se acha oculto”.

O mesmo autor define a *sindicância administrativa* como “o meio sumário de que se utiliza a Administração do Brasil para, sigilosa ou publicamente, com indiciados ou não, proceder à apuração de ocorrências anômalas no

serviço público, as quais, confirmadas, fornecerão elementos concretos para a imediata abertura de processo administrativo contra o funcionário público responsável". Nesse conceito, a sindicância seria uma fase preliminar à instauração do processo administrativo; corresponderia ao inquérito policial que se realiza antes do processo penal.

A Lei Federal nº 8.112/90 prevê sindicância para a apuração de irregularidade (art. 143), dela podendo resultar: arquivamento do processo; aplicação de penalidade de advertência ou suspensão de até 30 dias; e instauração do processo disciplinar (art. 145).

A lei não estabelece procedimento para a sindicância, que pode ser realizada por funcionário ou por comissão de funcionários.

14.8.2 VERDADE SABIDA

Verdade sabida é o conhecimento pessoal e direto da falta pela autoridade competente para aplicar a pena. É o conceito que consta do artigo 271, parágrafo único, do Estatuto paulista. Pelo *caput* do dispositivo, é possível aplicar a pena pela verdade sabida, quando se tratar de repreensão e suspensão.

Esse dispositivo estatutário não mais prevalece, diante da norma do artigo 5º, LV, da Constituição, que exige o contraditório e ampla defesa nos processos administrativos. Mesmos antes da atual Constituição, já se entendia que o princípio da ampla defesa, previsto no artigo 153, § 16, para o processo penal, era aplicável às esferas civil e administrativa.

A lei federal não prevê a aplicação da pena pela verdade sabida.