

**CRISTIANA FORTINI
MARIA FERNANDA PIRES DE CARVALHO PEREIRA
TATIANA MARTINS DA COSTA CAMARÃO**

PROCESSO ADMINISTRATIVO

COMENTÁRIOS À LEI Nº 9.784/1999

2ª edição revista e atualizada de acordo com a visão dos Tribunais

Anexo com Jurisprudências

Prefácio Clovis Beznos

ef *Editora Fórum*

© 2008 Editora Fórum Ltda.
2011 2ª edição

É proibida a reprodução total ou parcial desta obra, por qualquer meio eletrônico,
inclusive por processos xerográficos, sem autorização expressa do Editor.

Conselho Editorial

Adilson Abreu Dallari	Floriano de Azevedo Marques Neto
André Ramos Tavares	Gustavo Justino de Oliveira
Carlos Ayres Britto	Inês Virgínia Prado Soares
Carlos Mário da Silva Velloso	Jorge Ulisses Jacoby Fernandes
Carlos Pinto Coelho Motta	José Nilo de Castro
Cármem Lúcia Antunes Rocha	Juarez Freitas
Cesar Augusto Guimarães Pereira	Lúcia Valle Figueiredo (<i>in memoriam</i>)
Clovis Beznos	Luciano Ferraz
Cristiana Fortini	Lúcio Delfino
Dinorá Adelaide Musetti Grotti	Márcio Cammarosano
Diogo de Figueiredo Moreira Neto	Maria Sylvia Zanella Di Pietro
Egon Bockmann Moreira	Ney José de Freitas
Emerson Gabardo	Oswaldo Othon de Pontes Saraiva Filho
Fabrcio Motta	Paulo Modesto
Fernando Rossi	Romeu Felipe Bacellar Filho
Flávio Henrique Unes Pereira	Sérgio Guerra



Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Presidente e Editor

Coordenação editorial: Olga M. A. Sousa
Revisão: Leonardo Eustáquio Siqueira Araújo
Bibliotecária: Tatiana Augusta Duarte – CRB 2842 – 6ª Região
Capa e projeto gráfico: Walter Santos
Diagramação: Derval Braga e Walter Santos

Av. Afonso Pena, 2770 – 15º/16º andares – Funcionários – CEP 30130-007
Belo Horizonte – Minas Gerais – Tel.: (31) 2121.4900 / 2121.4949
www.editoraforum.com.br – editoraforum@editoraforum.com.br

F742p Fortini, Cristiana

Processo administrativo: comentários à Lei nº 9.784/1999 / Cristiana Fortini; Maria Fernanda Pires de Carvalho Pereira; Tatiana Martins da Costa Camarão; prefácio de Clovis Beznos. 2. ed. rev. e atualizada de acordo com a visão dos Tribunais. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

318 p.
ISBN 978-85-7700-447-8

1. Processo administrativo. 2. Brasil. [Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999]. I. Pereira, Maria Fernanda Pires de Carvalho. II. Camarão, Tatiana Martins da Costa. III. Beznos, Clovis. IV. Título.

CDD: 341.362
CDU: 342.98

Informação bibliográfica deste livro, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

FORTINI, Cristiana; PEREIRA, Maria Fernanda Pires de Carvalho; CAMARÃO, Tatiana Martins da Costa. *Processo administrativo: comentários à Lei nº 9.784/1999*. 2. ed. rev. e atualizada de acordo com a visão dos Tribunais. Belo Horizonte: Fórum, 2011. 318 p. ISBN 978-85-7700-447-8.

Art. 30 – São inadmissíveis no processo administrativo as provas obtidas por meios ilícitos.

Comentários

A fase instrutória tem fundamental importância na formação da convicção do administrador público para a devida tomada de decisão.

O procedimento pode ser diametralmente oposto ao do processo judicial, já que no processo administrativo é cabível que a Administração Pública inicie de ofício o processo e o impulsione, inclusive determinando diligências para esclarecer os fatos duvidosos, o que redundará na aplicação do princípio da oficialidade.¹⁸⁵

Os interessados podem apresentar documentos, requerer diligências, depoimento pessoal do(s) processado(s), audiência de testemunhas, perícias, tudo de molde a subsidiar de forma consistente a decisão da autoridade superior. Tal permissivo espelha os princípios da ampla defesa e contraditório, previstos no art. 3º, inciso III, da Lei, que dispõe que o particular tem o direito de “formular alegações e apresentar documentos antes da decisão, os quais serão objeto de consideração pelo órgão competente”.

Outrossim, serão juntados ao processo todos os documentos necessários ao convencimento da autoridade competente para decidir. Não podemos deixar de alertar que a Administração Pública, ao determinar as provas necessárias à instrução do processo a serem produzidas pelos interessados, deverá fazê-lo do modo menos oneroso, a fim de não tornar excessivamente difícil o exercício do direito.

No que diz respeito à natureza das provas a serem admitidas no processo, o art. 30 proíbe a utilização de provas ilícitas, em consonância com o disposto no art. 5º, LVI, da Constituição da República. Assim, será permitida a demonstração do fato por meios admitidos no ordenamento jurídico considerados moralmente legítimos.

São consideradas ilícitas as provas colhidas em flagrante desatendimento às normas do direito material, visto que não se pode aceitar uma prova, por mais relevante que seja, obtida com violação das garantias e direitos fundamentais previstos na Carta da República.

¹⁸⁵ Com relação a impulso oficial do processo pela Administração Pública, o TRF assim se manifestou: “cabendo a ela e não a um terceiro o empenho na condução e desdobramento da sequência de atos que o compõe até a produção de seu ato conclusivo” (TRF – 3ª Reg., REO nº 90.03.00683-0, Rel. Des. Federal Sinval Antunes, DJU, 12.12.1995, Seção 2, p. 86340)

A prova ilícita não gera a nulidade de todo o processo, mas somente a sua própria. Dessa forma, a decisão do processo administrativo não poderá ser tomada com base na mesma, que é considerada imprestável para todo e qualquer fim.

.....

Art. 31 – Quando a matéria do processo envolver assunto de interesse geral, o órgão competente poderá, mediante despacho motivado, abrir período de consulta pública para manifestação de terceiros, antes da decisão do pedido, se não houver prejuízo para a parte interessada.

§1º – A abertura da consulta pública será objeto de divulgação pelos meios oficiais, a fim de que pessoas físicas ou jurídicas possam examinar os autos, fixando-se prazo para oferecimento de alegações escritas.

§2º – 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.

Art. 32 – Antes da tomada de decisão, a juízo da autoridade, diante da relevância da questão, poderá ser realizada audiência pública para debates sobre a matéria do processo.

Art. 33 – Os órgãos e entidades administrativas, em matéria relevante, poderão estabelecer outros meios de participação de particulares, diretamente ou por meio de organizações e associações legalmente reconhecidas.

Art. 34 – Os resultados da consulta e audiência pública e de outros meios de participação de particulares deverão ser apresentados com a indicação do procedimento adotado.

Art. 35 – Quando necessária à instrução do processo, a audiência de outros órgãos ou entidades administrativas poderá ser realizada em reunião conjunta, com a participação de titulares ou representantes dos órgãos competentes, lavrando-se a respectiva ata, a ser juntada aos autos.

.....

Comentários

A Lei prevê expressamente, nos artigos 31 e 32, dois institutos de participação popular nos casos de processos administrativos que

envolvam matéria de interesse coletivo, quais sejam, a consulta e a audiência pública, que têm o condão de trazer o cidadão para dentro do processo decisório da Administração.¹⁸⁶

A propósito, Marcos Augusto Perez ensina:

Muitos dos institutos de participação popular na Administração Pública assumem caráter deliberativo ou possuem força vinculante, melhor dizendo, decorrem da estruturação de processos de formação de atos administrativos, com a participação da sociedade no momento da tomada de decisão.

Nesses casos, o cidadão toma parte, diretamente ou através de representantes, do ato de decidir e compartilhar, é necessário reconhecer, dos poderes constitucionais atribuídos à Administração Pública.

Vale observar que, ao assim atuar, o cidadão não desvirtua a repartição constitucional de poderes. A decisão continua sendo tomada pela Administração, em nada sendo usurpada a divisão constitucional de poderes e funções estatais. Há, isto sim, uma estruturação aberta do processo de construção da decisão administrativa, de modo a possibilitar ao cidadão exercitar; como que em devolução, os poderes que ele próprio delegou constitucionalmente à Administração.¹⁸⁷

Da leitura do art. 31, podemos verificar que a Administração poderá abrir período de consulta pública para manifestação de terceiros desde que a matéria tratada no processo envolva interesse coletivo e que tal procedimento não enseje prejuízo para o interessado. No parágrafo 1º é feita abordagem no sentido de que é possível que os interessados examinem os autos e apresentem alegações escritas. Vale alertar que não há na consulta sessão pública e debates orais. Aliás, essas são as principais diferenças entre os institutos.

A consulta pública consiste em procedimento de divulgação prévia de minutas de atos (de interesse geral), visando que, no prazo determinado pela Administração (no caso analisado, no mínimo de dez dias), todos os eventuais interessados ofereçam críticas, sugestões de aperfeiçoamento ou peçam informações e resolvam dúvidas a seu respeito. A Administração tem o dever de documentar todas as consultas e respondê-las publicamente, antes de tomar sua decisão final, de modo a instruir e fundamentar o processo decisório.¹⁸⁸

¹⁸⁶ Ver *Fórum Administrativo – Direito Público*, p. 1595, jul. 2001.

¹⁸⁷ PEREZ. *A Administração Pública democrática*, p. 139.

¹⁸⁸ PEREZ. *A Administração Pública democrática*, p. 178.

Carvalho Filho sugere algumas condições a serem examinadas quando da realização da consulta pública:¹⁸⁹

- É vedado que a consulta pública provoque prejuízo ao interessado. A despeito de haver matéria de interesse geral discutida no processo, pode ocorrer que a instauração do procedimento, que fatalmente dilarga seu desfecho, cause prejuízo àquele que, afinal, participa diretamente do feito.
- decisão deverá conter motivação expressa, ou seja, é necessário que a autoridade aponte em seu ato as razões que a levaram a realizar a consulta pública (“despacho motivado”).
- A resolução administrativa para implantar a consulta pública deve ocorrer antes da decisão a ser proferida no processo. Realmente, após decidido o processo, não teria cabimento a instauração do incidente.

No artigo 32 temos a previsão da realização de audiência quando a questão for relevante. O que difere a consulta da audiência é a operacionalização, já que a consulta apoia-se na apresentação de alegações escritas, ou seja, na elaboração de peças formais,¹⁹⁰ enquanto a audiência pública ocorre por meio de sessão pública com manifestação oral dos participantes, manifestação essa que deverá ser reduzida a termo.¹⁹¹

A respeito escreve Marcos Augusto Perez:

A audiência pública é o instituto de participação popular na Administração Pública, de caráter não vinculante, consultivo ou meramente opinativo, inserido na fase instrutória do processo decisório, consistente na realização de uma sessão pública aberta a todos os interessados e voltada ao esclarecimento e à discussão de todos os aspectos e problemas envolvidos em uma determinada decisão administrativa. [...] No direito brasileiro, nos casos especificados em lei, a falta da realização de audiência pública, previamente à decisão administrativa, invalida todo o procedimento administrativo, ou os atos que sucederam a omissão da Administração Pública. A realização de audiência pública é formalidade essencial, pois se relaciona à devida instrução da decisão administrativa. Quando não prevista em lei, será facultado ao Chefe do Poder Executivo convocar a audiência pública, previamente à decisão que tomará, por força dos poderes que lhe são atribuídos pelo art. 84, II.¹⁹²

¹⁸⁹ CARVALHO FILHO. *Processo administrativo federal*: comentários à Lei nº 9.784 de 29.01.1999, p. 182-183.

¹⁹⁰ Ver *Fórum Administrativo – Direito Público*, p. 1595, jul. 2001.

¹⁹¹ O art. 32 da Lei nº 9.784/99 prevê “debates” acerca da matéria.

¹⁹² PEREZ. *A Administração Pública democrática*, p. 168.

O mesmo autor ainda ressalta que para a realização das audiências públicas algumas regras devem ser observadas. São elas:¹⁹³

- Deve ser acessível a todos os interessados;
- deve haver ampla divulgação da sessão e da pauta que será discutida na audiência, como forma de possibilitar que os interessados elaborem com antecedência suas intervenções com base nas dúvidas, críticas ou concordâncias que possuírem em relação à posição esboçada pela Administração Pública, para a resolução dos assuntos tratados;¹⁹⁴
- os participantes devem ter conhecimento prévio das regras do debate (tempo de intervenção, direito à réplica, entre outros);
- a audiência deve ser presidida por autoridade pública formalmente designada para a tarefa e auxiliada por, no mínimo, um secretário. A autoridade deve ter poderes para instalar a sessão e encerrá-la, dar a palavra e suspendê-la, quando for o caso, conduzindo a audiência de acordo com as regras previamente divulgadas e resumindo os debates para que sejam lavrados num termo pelo secretário;
- a autoridade que preside a sessão deve atuar de forma imparcial e leal. Dessa forma, não deve existir, *a priori*, uma posição inflexível da parte da Administração, nem a autoridade que preside a sessão deve tomar a defesa da posição divulgada previamente pela Administração; daí a importância de técnicos que façam essa defesa;
- a participação na audiência deverá ser gratuita;
- os documentos apresentados na audiência pelos participantes deverão ser juntados ao processo.

¹⁹³ PEREZ. *A Administração Pública democrática*, p. 171-174.

¹⁹⁴ Ambiental e Administrativo. Ação civil pública. Transposição da bacia hidrográfica do rio São Francisco. Licenciamento ambiental. Instituto brasileiro de meio ambiente e recursos naturais renováveis – IBAMA. Legitimidade. Realização de audiências públicas na pendência de esclarecimentos e complementações ao EIA/RIMA. Impossibilidade. Indenização por danos ambientais futuros. Coisa julgada. Descabimento. (...) A solicitação de esclarecimentos e complementações a Estudo e Relatório de Impacto Ambiental – EIA/RIMA tem expressa previsão na Resolução CONAMA nº 237/97 (art. 10, inciso IV), como medida prévia à realização de audiências públicas (art. 10, inciso V), competindo ao IBAMA aferir a sua necessidade, com vistas na completa instrução do procedimento de licenciamento ambiental. Demonstrada, objetivamente, essa necessidade, obstáculos de ordem material e/ou de política governamental, nem mesmo o poder discricionário do órgão ambiental, não têm o condão de impedir a sua realização, em homenagem ao interesse maior da sociedade, na busca da elucidação de todas as questões pertinentes ao aludido licenciamento ambiental (...) (TRF1, AC nº 2001.33.00.005779-0/BA. Desembargador Federal Souza Prudente. Publicação: 03.05.2004 DJ, p. 86).

À luz da doutrina citada, também os Tribunais vêm se posicionando acerca dos procedimentos a serem respeitados quando da realização de audiência pública. Tanto é que em ação civil pública ambiental com pedido de liminar proposta pelo Núcleo de Assessoria às Comunidades Atingidas por Barragens (NACAB) e a Associação dos Moradores Atingidos pela Barragem de Cachoeira da Providência (AMABCP) em face da Fundação Estadual do Meio Ambiente de Minas Gerais (FEAM), em função da não disponibilização no prazo legal dos estudos ambientais, essenciais para discussão na audiência pública, foi concedido o pedido determinando a suspensão do evento.¹⁹⁵

Nesse particular, cumpre ressaltar que a ANEEL (Agência Nacional de Energia Elétrica) publicou caderno temático esclarecendo como deve se dar passo a passo o procedimento da audiência e consulta pública, inclusive descrevendo resumidamente as etapas a serem observadas.¹⁹⁶

Há quem aponte, ainda, como distinção entre os dois institutos o objeto para o qual serão utilizados. A consulta pública é sugerida para matérias que envolvam assuntos de interesse geral, e a audiência pública, quando se tratar de questão relevante.

Ocorre que a expressão assunto de interesse geral não é muito clara, faltando-lhe parâmetros objetivos. Cuida-se, com efeito, de conceito jurídico indeterminado, doutrinariamente considerado como aquele que encerra termos e expressões despidos de conteúdo exato.¹⁹⁷ Do mesmo modo, a condição de matéria relevante para realização de audiência é imprecisa já que a lei não indica quais são essas matérias.¹⁹⁸

Há que ficar claro, que a realização de consulta e audiência pública, salvo quando há exigência legal específica, é uma faculdade colocada à disposição da autoridade ou órgão competente, que poderá utilizá-las quando entender oportuno e conveniente, embora seja sempre recomendável em face do espírito democrático da Constituição.¹⁹⁹

¹⁹⁵ TJMG, Processo nº 1.0355.05.006051-4/001(1), Relatora: Teresa Cristina da Cunha Peixoto, Data da Publicação: 06.05.2008.

¹⁹⁶ *Audiências e consultas públicas*: Agência Nacional de Energia Elétrica. 2. ed. Brasília: ANEEL, 2008.

¹⁹⁷ CARVALHO FILHO. *Processo administrativo federal*: comentários à Lei nº 9.784 de 29.01.1999, p. 180.

¹⁹⁸ A lei fala em assunto de interesse geral e matéria relevante. Com efeito, perdeu-se a oportunidade de informar quais são estas matérias, ficando a Administração Pública livre para decidir. É oportuno que as leis estaduais e municipais estabeleçam o rol de matérias ou referências de forma mais precisa, não deixando ao alvedrio do administrador esta indicação.

¹⁹⁹ Veja-se, por exemplo, o que diz a Lei nº 9.472 a respeito.

Temos, no ordenamento jurídico brasileiro, várias normas que preveem a realização de consulta e audiência pública. Podemos citar, por exemplo, a Resolução CONAM nº 001, de 23 de janeiro de 1986, que trata, nos seus arts. 1º e 2º, da audiência pública para a levantar informação acerca de projetos e seus impactos ambientais e discussão de Relatórios de Impacto Ambiental (RIMA); a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, Estatuto das Licitações e Contratos Administrativos, que prevê no seu art. 39 a obrigatoriedade de realização de audiência pública nos casos em que o valor estimado para uma licitação ou para um conjunto de licitações simultâneas ou sucessivas for superior a 100 (cem) vezes o limite previsto para modalidade concorrência; a Lei Complementar nº 101, de 04 de maio de 2000, que institui normas de finanças públicas assecuratórias da responsabilidade fiscal, que estabelece no seu art. 48 a realização de audiência pública como instrumento de transparência da gestão fiscal quando da elaboração de planos, LDO e orçamentos; Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001, que estabelece diretrizes gerais de política urbana, dispõe no seu art. 40, §4º, I, que deverão ser promovidas audiências no processo de elaboração do plano diretor e na fiscalização de sua implementação; a Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, que institui a ANEEL, que prescreve que “o processo decisório que implicar afetação de direitos dos agentes econômicos do setor elétrico ou dos consumidores, mediante iniciativa de projeto de lei ou, quando possível, por via administrativa, será precedido de audiência pública convocada pela ANEEL; a Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, que institui a ANEEL, que menciona em vários dispositivos a necessidade de realização de consulta pública. Finalmente, a Lei nº 11.079/04, cujo art. 10, inciso VI, fixa o dever de submeter o edital da licitação relativo às parcerias público privadas à consulta pública.

Em suma, a audiência pública e a consulta pública permitem a participação popular na tomada de decisão. Vale lembrar, ainda, que as conclusões da audiência e da consulta têm caráter meramente opinativo, mas, caso a autoridade não adote as sugestões apresentadas, deverá motivar a sua decisão (art. 34).²⁰⁰

²⁰⁰ DIREITO PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DECLARATÓRIOS. OMISSÃO EXISTENTE. DESCABIMENTO DOS EFEITOS INFRINGENTES. SENTENÇA ADEQUADA. (...) O órgão licenciador não está vinculado às conclusões da audiência pública, na decisão, mas deve levar em consideração, na decisão, as colocações que nela são feitas, a finalidade da participação pública no procedimento apenas é atingida se as manifestações foram fundadas e efetivas. O princípio da participação pública assegura ao cidadão o direito de intervir na tomada da decisão devidamente informado, participação desinformada não é participação e o direito à informação deve ser dar no momento adequado, na profundidade

O art. 33 faz referência a outros meios de participação popular no trâmite do processo administrativo, o que nos leva a concluir que a audiência e a consulta pública são apenas alguns dos exemplos a serem adotados. Outrossim, o estabelecimento dos meios de participação dos particulares poderá ser realizado também por associações e organizações legalmente reconhecidas.

O art. 34 impõe que os resultados tanto da consulta quanto da audiência pública e de quaisquer outros meios de participação dos particulares devam ser apresentados com a indicação do procedimento adotado, vale dizer, deve-se demonstrar o meio utilizado para a conclusão obtida.

O art. 35, por sua vez, faculta a realização de audiência conjunta, quando necessária à instrução do processo, mediante a presença de representantes dos órgãos competentes. Tudo isso, é claro, no intuito de exaurir a instrução do feito e chegar-se à verdade material.

.....

Art. 36 – Cabe ao interessado a prova dos fatos que tenha alegado, sem prejuízo do dever atribuído ao órgão competente para a instrução e do disposto no art. 37 desta Lei.

.....

Comentários

Estando os elementos de prova dentro do processo, será inválida não somente a decisão que os tiver desconsiderado, como também aquela que os tiver considerado de forma errônea ou distorcida.

Os relatórios indicam apenas a descrição detalhada dos fatos ocorridos no curso do processo. É nesse detalhamento que se exige sejam mencionadas as provas produzidas e as espécies de que se revestiram. Isso, contudo, repita-se, não é motivar, mas sim descrever.

.....

necessária e com clareza suficiente (TRF/4ª Região. Processo nº 001.71.01.001497-1, Quarta Turma, Relatora Desembargadora Marga Inge Barth Tessler, publicação: DE, 18.01.2010).

.....

Art. 37 – Quando o interessado declarar que fatos e dados estão registrados em documentos existentes na própria Administração responsável pelo processo ou em outro órgão administrativo, o órgão competente para a instrução proverá, de ofício, à obtenção dos documentos ou das respectivas cópias.

.....

Comentários

O art. 37 impõe o fornecimento de documentos pela própria Administração quando estes estiverem em sua posse e forem indicados pelos interessados como prova. Se os referidos documentos estiverem na posse de terceiros, a autoridade responsável pela instrução do feito oficiará o órgão possuidor para que este o apresente ou faça a entrega de suas cópias.

Similar disposição é encontrada na Lei do Mandado de Segurança (art. 6º, §1º, da Lei nº 12.016/09), o qual faculta ao juiz que ordene a exibição do documento em original ou em cópia autêntica.

O presente artigo, sem dúvida nenhuma, traduz o princípio da eficiência, pois torna mais simples e célere a tramitação do processo,²⁰¹ além de refletir a busca da verdade material, uma vez que não consulta ao interesse público que o interessado deixe de ter provido seu pleito por ausência de documento que demonstre seu direito, documento esse que se encontra na posse da própria Administração.

Por isso mesmo, toda e qualquer providência no sentido de trazer ao bojo dos autos o maior número de documentos hábeis a demonstrar a verdade material é bem-vinda, na medida em que permite, de modo mais efetivo, uma prestação jurisdicional mais adequada.

.....

Art. 38 – O interessado poderá, na fase instrutória e antes da tomada da decisão, juntar documentos e pareceres, requerer diligências e perícias, bem como aduzir alegações referentes à matéria objeto do processo.

.....

²⁰¹ Sugerimos o artigo de Eury Pereira Luna Filho, “A nova lei do processo administrativo”. BDA – Boletim de Direito Administrativo, São Paulo, v. 16, n. 7, p. 490, jul. 2000.

Comentários

O artigo 38 espelha os princípios da ampla defesa e do contraditório, permitindo ao interessado, antes da tomada da decisão, juntar documentos e pareceres, requerer diligências e perícias, bem como apresentar alegações sobre matéria diretamente relacionada com o objeto do processo, isto é, exaurir seu direito de defesa.

Por força da dicção do parágrafo 1º do art. 38, todas as provas produzidas ao longo do processo administrativo devem necessariamente ser objeto de consideração no relatório e, sobretudo, na decisão. Isto significa dizer que as razões de decidir da autoridade têm de se basear nas provas produzidas durante a instrução.

Embora a norma seja expressa ao permitir a realização de perícias e diligências, costumeiramente os órgãos administrativos negam esse direito, sob a sucinta e insatisfatória alegação de que ambos teriam natureza meramente protelatória, sem que reste explanada pela autoridade a razão que a conduziu à rejeição do pedido do interessado.

De fato, impedir a realização de prova requerida a tempo e modo pelo interessado e expressamente autorizada pela norma desatende ao princípio da ampla defesa e deve ser evitado pela Administração. Apenas em situações excepcionais, devidamente justificadas pela autoridade, deve-se negar o direito à realização das mesmas, até porque o parágrafo 2º do aludido artigo dispõe que somente podem ser recusadas as provas ilícitas, impertinentes, desnecessárias ou protelatórias.

Inobstante a interpretação possa admitir algum grau de subjetividade, ela deve se dar à luz dos princípios constitucionais já exaustivamente mencionados da ampla defesa, do contraditório e da motivação, pelo que a ilicitude, a impertinência, a desnecessidade ou o caráter protelatório devem ser comprovados e estar compatíveis com as razões alegadas pela autoridade para negar a realização da prova.

Há que ficar claro que aduzir alegações não se confunde com a manifestação prevista no artigo 44, que ocorrerá após a fase instrutória. Diz respeito apenas à participação do interessado na produção das provas, podendo questioná-las e fiscalizá-las.

Há que se pensar o artigo 38 em conformidade com o previsto no art. 39, que dispõe sobre a necessidade de expedição de intimação para a produção de informações ou apresentação de provas pelos interessados ou terceiros.

Por fim, não podemos perder de vista que prova válida é aquela que tem a participação de todos os envolvidos na relação processual. Mas, caso o interessado se mantenha inerte, não há que se falar em

cerceamento de defesa ou ilegalidade na tramitação da fase instrutória, desde que comprovado nos autos que foi devidamente intimado para apresentá-las.

Sobre o tema, já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça, *verbis*:

ampla defesa significa oportunizar todas as possibilidades de produção de provas servíveis ao indicado/réu ou qualquer pessoa que responda a processo administrativo ou judicial. Não serve, contudo, para postergar o rito ao alvitre da parte interessada. (MS nº 7188/DF, Min. Gilson Dipp, DJ, 7 out. 2002)

.....

§1º – Os elementos probatórios deverão ser considerados na motivação do relatório e da decisão.

.....

Comentários

Referido parágrafo nem seria necessário, na medida em que para a tomada de qualquer decisão, faz-se fundamental à análise das questões de fato e direito, nos termos do que dispõe o art. 458, inciso II, do CPC, subsidiariamente aplicável à espécie.

Ademais, a consideração quanto aos elementos de prova constantes do processo é condição de validade da própria decisão, sob pena de nulidade.

Portanto, os elementos probatórios que se encontram no processo deverão ser considerados no relatório e na decisão sob pena de ilegalidade.

Não basta que se faça simples menção às provas apresentadas, pois o que se está a exigir é a sua motivação quando da elaboração do relatório ou decisão, vale dizer, analisar realmente as provas colacionadas ao processo, justificando em que ponto os documentos influenciam ou não.

José dos Santos Carvalho Filho, ao comentar o dispositivo em análise, ensina que a exigência de elementos probatórios

representa verdadeiro meio de controle da legalidade da decisão proferida pelo administrador. Estando os elementos de prova dentro

do processo, será inválida não somente a decisão que tiver deixado de levá-lo em consideração, como também aquela que os tiver considerado de forma errônea ou distorcida. Tudo isso estará dentro do poder de observação e controle por parte dos interessados.²⁰²

.....

§2º – Somente poderão ser recusadas, mediante decisão fundamentada, as provas propostas pelos interessados quando sejam ilícitas, impertinentes, desnecessárias ou protelatórias.

.....

Comentários

Preliminarmente, contrapondo-se ao parágrafo sob exame, há de se alertar que só podem ser objeto de prova os fatos relevantes, determinados e controversos.

Egon Bockmann Moreira, citando Moniz de Aragão, esclarece que:

relevantes são aqueles cuja demonstração é indispensável para formar a convicção do julgador; determinantes são fatos certos e por isso passíveis de demonstração em juízo; e controversos são os fatos a cujo respeito as partes estão em desacordo.

Assim, e desde que demonstrado ser a prova possível, idônea e necessária à solução da controvérsia, sua concretização é imperiosa.²⁰³

Em contrapartida, não serão aceitas as provas ilícitas, impertinentes, desnecessárias ou protelatórias. Passemos ao estudo de cada uma delas:

- a) Provas ilícitas: a recusa da prova ilícita se fundamenta no artigo art. 5º, LVI, da Constituição da República de 1988, que prevê: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. Na Lei nº 9.784/99 encontramos a inadmissibilidade da prova ilícita no artigo 30, que reproduz o dispositivo

²⁰² CARVALHO FILHO. *Processo administrativo federal*: comentários à Lei nº 9.784 de 29.01.1999, p. 198.

²⁰³ MOREIRA. O direito à prova no processo administrativo. *Fórum Administrativo – Direito Público*, Belo Horizonte, ano 4, n. 39, p. 3797, maio 2004.

constitucional, e no parágrafo 2º do artigo 38. Egon Bockmann Moreira faz uma observação acerca da diferença na abordagem dos dois: “Numa breve análise, parece-nos que o art. 30 refere-se a provas produzidas extra-autos (‘obtidas por meios ilícitos’), enquanto o parágrafo 2º do artigo 38 diz respeito ao pleito de provas realizado pelo particular interessado, a ser futuramente produzido intra-autos”.²⁰⁴

O que busca efetivamente o preceito sob exame é impedir os integrantes da relação processual de se beneficiarem à custa da utilização de prova ilícita e, por isso mesmo, inadmissível, para fazer valer o seu interesse. É o caso de interceptação telefônica, violação de correspondência, coação ou ameaça contra terceiros.

Com efeito, caso o interessado utilize prova ilícita, a autoridade competente deverá determinar, por meio de decisão fundamentada, sua recusa, procedendo ao imediato desentranhamento no processo.

- b) Provas impertinentes: não têm relação com a matéria objeto do processo, servindo apenas e tão somente para retardar o andamento processual, visto que o julgador terá de se ater às mesmas, perdendo tempo na análise daquelas que não condizem com o objeto do processo. Do mesmo modo que a prova ilícita, deverá ser recusada pela autoridade competente.
- c) Provas desnecessárias: não têm serventia probatória. Não servem para absolutamente nada, apenas para protelar ou tumultuar o processo.
- d) Provas protelatórias: têm a função de procrastinar o andamento do processo, e, por isso mesmo, também devem ser recusadas.

Não podemos perder de vista que a recusa das provas pela autoridade competente deverá ser motivada, a fim de dar transparência e legitimidade a sua decisão, sobretudo porque a regra é a ampla dilação probatória, razão pela qual sua recusa deverá estar devidamente justificada nos autos.

Finalmente, cabe registrar que, os Tribunais vêm aceitando que a prova emprestada pode ser usada em processos administrativos disciplinares. Eis o teor do acórdão julgado pelo Supremo Tribunal Federal:

Prova Emprestada. Penal. Interceptação telefônica. Escuta Ambiental. Autorização judicial e produção para fim de investigação criminal. Suspeita de delitos cometidos por autoridades e agentes públicos. Dados

²⁰⁴ MOREIRA. O direito à prova no processo administrativo. *Fórum Administrativo – Direito Público*, ano 4, n. 39, p. 3801, maio 2004.

obtidos em inquérito policial. Uso em procedimento administrativo disciplinar, contra outros servidores, cujos eventuais ilícitos administrativos teriam despontado à colheita dessa prova. Admissibilidade. Resposta afirmativa a questão de ordem. Inteligência do art. 5º, inc. XII, da CF, e do art. 1º da Lei federal n. 9.296/96. Precedente. Voto vencido. Dados obtidos em interceptação de comunicações telefônicas e em escutas ambientais, judicialmente autorizadas para produção de prova em investigação criminal ou em instrução processual penal, podem ser usados em procedimento administrativo disciplinar, contra a mesma ou as mesmas pessoas em relação às quais foram colhidos, ou contra outros servidores cujos supostos ilícitos teriam despontado à colheita dessa prova.²⁰⁵

.....

Art. 39 – Quando for necessária a prestação de informações ou a apresentação de provas pelos interessados ou terceiros, serão expedidas intimações para esse fim, mencionando-se data, prazo, forma e condições de atendimento.

.....

Comentários

A apresentação das provas, assim como a prestação de informações nos autos do processo, dar-se-á após a devida intimação para esse fim. Referido artigo dá azo à consecução do princípio da publicidade, o qual, desatendido, impede a contagem regular dos prazos.

Assim, na intimação regular e válida constarão a data, o prazo, a forma e as condições para a apresentação de provas e para a manifestação nos autos.

Somente se pode cogitar da tempestividade na hipótese de regular conhecimento prévio: o interessado precisa saber que pode produzir provas, como deve ser feita a proposição formal e qual o prazo para sua dedução frente à Administração.²⁰⁶

Quer dizer, só incorrerá em preclusão se, regularmente intimado a manifestar-se ou apresentar provas, deixar de fazê-lo no prazo hábil.

²⁰⁵ STF, Inq nº 2424 QO-QO/RJ, Relator Min. Cezar Peluso, publicação: 24.08.2007.

²⁰⁶ MOREIRA. O direito à prova no processo administrativo. *Fórum Administrativo – Direito Público*, ano 4, n. 39, p. 3789, maio 2004.

Parágrafo único – Não sendo atendida a intimação, poderá o órgão competente, se entender relevante a matéria, suprir de ofício a omissão, não se eximindo de proferir a decisão.

Comentários

Fica de todo evidente, nesse parágrafo, a manifestação do princípio da verdade material, que se traduz no verdadeiro dever de a Administração buscar a verdade real, para sustentar o seu convencimento. O dispositivo também se relaciona ao princípio da oficialidade, que faculta o segmento do feito, por impulso de ofício, até o ato final conclusivo.

No processo administrativo, diferentemente do processo judicial, o julgador não se encontra adstrito às provas trazidas aos autos pelos interessados, devendo diligenciar com vistas à obtenção de documentos ou provas que auxiliem o seu juízo de convencimento.

Art. 40 – Quando dados, atuações ou documentos solicitados ao interessado forem necessários à apreciação de pedido formulado, o não atendimento no prazo fixado pela Administração para a respectiva apresentação implicará arquivamento do processo.

Comentários

Não sendo atendida a intimação pelo interessado, quanto à apresentação de dados, atuações ou documentos, poderá a Administração arquivar o processo, caso o seu objeto não seja relevante para o interesse público ou se tratar de direitos disponíveis.

O que mais chama a atenção no dispositivo em apreço é a diferença de tratamento que a Lei atribui à inércia do particular e à inércia administrativa.

Quando se examinam os artigos 42 e 43 da Lei, verifica-se que a ausência de parecer obrigatório e vinculante, assim como de

laudo técnico, não importará o deferimento do pedido do particular, na hipótese de este ter inaugurado o processo administrativo, nem no arquivamento do processo, quando este tenha sido iniciado pela Administração Pública.

Assim, embora preconize a eficiência e a oficialidade, a Lei penaliza o particular quando este deixa de praticar ato que é de sua responsabilidade, mas não penaliza a Administração quando seus agentes públicos não observam suas obrigações.²⁰⁷

Voltaremos à questão, quando da apreciação dos referidos artigos 42 e 43 e ainda quando em destaque o art. 49.

.....

Art. 41 – Os interessados serão intimados de prova ou diligência ordenada com antecedência mínima de três dias úteis, mencionando-se data, hora e local de realização.

.....

Comentários

Esse artigo estabelece a obrigatoriedade de a Administração observar o prazo de três dias úteis para a intimação dos interessados na hipótese de apresentação de provas ou realização de diligência ordenada. A intimação deverá conter: data, hora e local de realização do procedimento.

Vale alertar que, no caso de intimação de interessados indeterminados, desconhecidos ou com domicílio indefinido, o art. 26, parágrafo 4º, exige publicação oficial.

Diante da dicção da norma, pode-se questionar a razoabilidade do prazo mínimo previsto para atendimento da intimação, tendo em vista a sua exiguidade, sobretudo em se tratando de publicação via edital.

A redação da lei federal de processo administrativo ora estabelece os prazos em dias úteis, ora os designa em dias corridos. Por isso, cabe um alerta aos destinatários da norma para atentarem se a hipótese a

²⁰⁷ Os artigos 42 e 43 parecem dar ensejo apenas à penalização do administrador que se omite, não à Administração.

que estão submetidos designa o prazo em dias úteis ou não, tudo para não existir prejuízo.

Art. 42 – Quando deva ser obrigatoriamente ouvido um órgão consultivo, o parecer deverá ser emitido no prazo máximo de quinze dias, salvo norma especial ou comprovada necessidade de maior prazo.

Comentários

Nos termos do anteriormente salientado, o presente artigo 42 designa o prazo máximo de quinze dias para a emissão de parecer. Como não há qualquer ressalva quanto a tratar-se de dias úteis, entendemos que o prazo é contado nos moldes da lei processual civil, isto é, em dias corridos, excetuando-se o dia da intimação e contando-se o último dia, salvo se esse ocorrer em fim de semana ou feriado, hipótese na qual o prazo resta prorrogado para o primeiro dia útil posterior.

Como dito, demonstrada a necessidade de obtenção de manifestação de órgão consultivo da Administração, este deverá emitir o parecer no prazo máximo de quinze dias, exceto se norma especial estipular prazo diverso ou for comprovada a necessidade de prazo maior.

Pareceres são atos administrativos enunciativos por meio dos quais a Administração manifesta opinião acerca de assunto técnico ou jurídico submetido ao seu pronunciamento.

Antes de ir além, faz-se necessário discorrermos sobre as espécies de pareceres. Para tanto, adotaremos a classificação de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello:

- a) Parecer Facultativo: é facultativo quando fica a critério da Administração solicitá-lo ou não, além de não ser vinculante para quem o solicitou. Se foi indicado como fundamento da decisão, passará a integrá-la por corresponder à própria motivação do ato.
- b) Parecer Obrigatório: é obrigatório quando a lei o exige como pressuposto para a prática do ato final. A obrigatoriedade diz respeito à solicitação do parecer. Por exemplo, uma lei que exija parecer jurídico sobre todos os recursos encaminhados

ao Chefe do Executivo; embora haja obrigatoriedade de ser emitido o parecer sob pena de ilegalidade do ato final, ele não perde o seu caráter opinativo. Mas a autoridade que não o acolher deverá motivar a sua decisão.

- c) Parecer Vinculante: a Administração é obrigada a solicitá-lo e acatar a sua conclusão. Para conceder aposentadoria por invalidez, a Administração tem que ouvir o órgão médico oficial e não pode decidir em desconformidade com a sua decisão.²⁰⁸

Como podemos ver, o art. 42 faz referência ao parecer obrigatório e vinculante, que deverá ser emitido antes da prática do ato decisório no prazo máximo de 15 dias, em regra.

Ressalte-se, contudo, que José dos Santos Carvalho Filho tem uma visão diferente a respeito da classificação do parecer em vinculante, já que para ele há um desvio de qualificação jurídica desse ato, pois parecer é ato tipicamente opinativo, não podendo, pois, ter natureza de ato tipicamente decisório, que vincula a autoridade competente. Em abono de tal entendimento, o festejado autor chama a atenção, bem a propósito para que:

Em nosso entender, porém, há um desvio de qualificação jurídica nesses atos: pareceres são atos opinativos, de modo que, se o opinamento do parecerista vincula outra autoridade, o conteúdo do ato é tipicamente decisório, e não meramente opinativo, como é de sua natureza. Em sua: o parecerista acaba tendo a vestimenta de autoridade decisória, cabendo ao agente vinculado papel meramente secundário e subserviente à conclusão do parecerista. Cuida-se, pois, de esdrúxula inversão de *status* jurídico.²⁰⁹

Em apoio a essa posição, cabe transcrever a seguinte passagem de autoria dos não menos renomados Sergio Ferraz e Adilson Abreu Dallari:

O parecer vinculante é, no mínimo, estranho, pois se a autoridade competente para decidir há de observar suas conclusões, ele deixa de ser parecer, opinião, para ser decisão.²¹⁰

²⁰⁸ MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios gerais de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1979. p. 575.

²⁰⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 20. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 133.

²¹⁰ FERRAZ, Sergio; DALLARI, Adilson Abreu. *Processo administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 140.

É importante destacar, ainda, que há no ordenamento jurídico previsão de parecer vinculante que não se coaduna com a definição estabelecida pela doutrina, pois prevê que o parecer só se torna vinculante por meio da manifestação da autoridade competente.²¹¹ A previsão se encontra na Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União, Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, que prevê no seu art. 40, §1º, que o parecer aprovado e publicado juntamente com o despacho presidencial vincula a Administração Federal, cujos órgãos e entidades ficam obrigados a lhe dar fiel cumprimento.²¹²

Neste ponto, mostra-se pertinente esclarecer que a doutrina é pacífica ao qualificar o parecer que a autoridade atribui efeito vinculante, representando uma orientação geral para todos os órgãos e entidades administrativas, como parecer normativo.²¹³ Assim, resta claro a impropriedade da utilização da terminologia “parecer vinculante” para a produção desse tipo de ato. Nesse sentido são as palavras de Diogenes

²¹¹ Nessa linha de raciocínio, destaco pensamento de Francisco Xavier da Silva Guimarães (*Direito processual administrativo: comentários à Lei nº 9.784/99*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 132-133).

²¹² “Art. 39. É privativo do Presidente da República submeter assuntos ao exame do Advogado-Geral da União, inclusive para seu parecer.

Art. 40. Os pareceres do Advogado-Geral da União são por este submetidos à aprovação do Presidente da República.

§1º O parecer aprovado e publicado juntamente com o despacho presidencial vincula a Administração Federal, cujos órgãos e entidades ficam obrigados a lhe dar fiel cumprimento.

§2º O parecer aprovado, mas não publicado, obriga apenas as repartições interessadas, a partir do momento em que dele tenham ciência.

Art. 41. Consideram-se, igualmente, pareceres do Advogado-Geral da União, para os efeitos do artigo anterior, aqueles que, emitidos pela Consultoria-Geral da União, sejam por ele aprovados e submetidos ao Presidente da República.

Art. 42. Os pareceres das Consultorias Jurídicas, aprovados pelo Ministro de Estado, pelo Secretário-Geral e pelos titulares das demais Secretarias da Presidência da República ou pelo Chefe do Estado-Maior das Forças Armadas, obrigam, também, os respectivos órgãos autônomos e entidades vinculadas.

Art. 43. A Súmula da Advocacia-Geral da União tem caráter obrigatório quanto a todos os órgãos jurídicos enumerados nos arts. 2º e 17 desta lei complementar.

§1º O enunciado da Súmula editado pelo Advogado-Geral da União há de ser publicado no Diário Oficial da União, por três dias consecutivos.

§2º No início de cada ano, os enunciados existentes devem ser consolidados e publicados no Diário Oficial da União.

Art. 44. Os pareceres aprovados do Advogado-Geral da União inserem-se em coletânea denominada ‘Pareceres da Advocacia-Geral da União’, a ser editada pela Imprensa Nacional”.

²¹³ Essa é a orientação adotada pela Resolução nº 148/2005 da Procuradoria-Geral do Estado de Minas Gerais, que estabelece no seu art. 6º:

“São Normativos os Pareceres aprovados pelo Governador do Estado e publicados no Órgão Oficial dos Poderes do Estado. Parágrafo único. Os Pareceres Normativos obrigam: I – toda a Administração, quando publicado no Órgão Oficial dos Poderes do Estado; II – todas as autoridades que deles tiverem de ter conhecimento, quando não publicados”.

Gasparini: “Será normativo se, ao ser aprovado, tornar-se obrigatório para os casos idênticos que surgirem no futuro”.²¹⁴

Também não é outro o entendimento de Carvalho Filho:

Por fim, convém dar uma palavra sobre os denominados pareceres normativos, não muito raros na Administração. A terminologia levaria a um paradoxo, pois que um juízo de valor não pode revestir-se do cunho de normatividade. Ocorre que, às vezes, o parecer esgota, de forma profunda e estudada, o tratamento a ser dispensado a determinada questão. Concordando com esse tratamento, determinada autoridade decisória resolve, então, estendê-lo a todas as demais hipóteses idênticas que vierem a ocorrer, passando assim, a representar uma orientação geral para os órgãos administrativos. Note-se, todavia, que sem a aprovação formal da autoridade decisória e sem sua indicação de que o tratamento deve ser estendido aos demais órgãos o parecer não poderia ter tais efeitos. O que se observa é que a normatividade não é propriamente do parecer, mas da solução que deu determina questão, devidamente aprovada pela autoridade competente.²¹⁵

Finalmente, cabe registrar que o STF entendeu que o parecer que não tem caráter vinculante não pode gerar responsabilização de seu parecerista, já que se trata de ato opinativo e, caso a autoridade não concorde com a fundamentação apresentada, deverá se socorrer de outro parecer. Eis o teor da ementa:

Constitucional. Administrativo. Controle externo. Auditoria pelo TCU. Responsabilidade de procurador de autarquia por emissão de parecer técnico-jurídico de natureza opinativa. Segurança deferida. i. Repercussões da natureza jurídico-administrativa do parecer jurídico: (i) quando a consulta é facultativa, a autoridade não se vincula ao parecer proferido, sendo que seu poder de decisão não se altera pela manifestação do órgão consultivo; (ii) quando a consulta é obrigatória, a autoridade administrativa se vincula a emitir o ato tal como submetido à consultoria, com parecer favorável ou contrário, e se pretender praticar ato de forma diversa da apresentada à consultoria, deverá submetê-lo a novo parecer; (iii) quando a lei estabelece a obrigação de decidir à luz de parecer vinculante, essa manifestação de teor jurídica deixa de ser meramente opinativa e o administrador não poderá decidir senão nos termos da conclusão do parecer ou, então, não decidir. II. No caso de que cuidam os autos, o parecer emitido pelo impetrante não tinha caráter vinculante. Sua aprovação pelo superior hierárquico não desvirtua sua

²¹⁴ GASPARINI, Diogenes. *Direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 93-94.

²¹⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 20. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 133.

co
pc
ção
do
do
ex
rel
se
199
del
Un
nel

...

...

Co

pres

²¹⁶ STJ

²¹⁷ GU

nº 9

natureza opinativa, nem o torna parte de ato administrativo posterior do qual possa eventualmente decorrer dano ao erário, mas apenas incorpora sua fundamentação ao ato. III. Controle externo: É lícito concluir que é abusiva a responsabilização do parecerista à luz de uma alargada relação de causalidade entre seu parecer e o ato administrativo do qual tenha resultado dano ao erário. Salvo demonstração de culpa ou erro grosseiro, submetida às instâncias administrativo-disciplinares ou jurisdicionais próprias, não cabe a responsabilização do advogado público pelo conteúdo de seu parecer de natureza meramente opinativa. Mandado de segurança deferido.²¹⁶

Ainda sobre a obrigatoriedade de audiência de órgão consultivo, convém observar, em relação aos órgãos jurídicos, que esta audiência pode decorrer de imposição legal, a exemplo do que se verifica em relação à Lei de Licitações e Contratos de nº 8.666/93, que no parágrafo único do art. 38 determina: "As minutas de editais de licitação, bem como a dos contratos, acordos, convênios ou ajustes devem ser previamente examinadas e aprovadas por assessoria jurídica da Administração". Em relação, ainda, ao órgão jurídico, sua audiência, no âmbito da União, se impõe por força da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993.²¹⁷ Por sua vez, o Decreto nº 3.035, de 27 de abril de 1999, que delega competência aos Ministros de Estado e ao Advogado-Geral da União, também entende indispensável a consulta jurídica nos casos nele descritos.

.....

§1º – Se um parecer obrigatório e vinculante deixar de ser emitido no prazo fixado, o processo não terá seguimento até a respectiva apresentação, responsabilizando-se quem der causa ao atraso.

.....

Comentários

Discussões à parte, quando parte da doutrina menciona a expressão "parecer obrigatório e vinculante" está a referir-se ao parecer

²¹⁶ STF, MS nº 24631/DF, Relator: Min. Joaquim Barbosa, publicação: 01.02.2008.

²¹⁷ GUIMARÃES, Francisco Xavier da Silva. *Direito processual administrativo: comentários à Lei nº 9.784/99*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 129-130. (Comentários constantes do livro).

obrigatoriamente requerido ao órgão técnico/jurídico competente para a prática do ato final e cuja conclusão será acatada pela Administração.

O prazo para apresentação do parecer será de 15 dias, já que a lei não previu de outro modo e é este o prazo estabelecido no art. 42.

O raciocínio adotado na lei foi singelo e superficial. Pensou o legislador que se o ato decisório depende do conteúdo do parecer para ser produzido, a sua não emissão importará a paralisação do processo, já que é inconcebível aceitar a continuidade do processo sem sua existência.²¹⁸

Porém, ainda que se trate de parecer obrigatório e vinculante, não nos parece razoável, em face do princípio da eficiência, que o particular (quando este deu início ao processo administrativo, a fim de obter algo da Administração Pública) possa esperar indefinidamente pela vontade dos agentes públicos de emitirem o parecer.

O fato de o agente responder administrativamente não resolve o problema. O particular não terá seu direito satisfeito com a punição do agente que se omitiu. Para o particular importa obter a decisão final da Administração Pública.

Entendemos que é chegado o momento de repensar o efeito do silêncio administrativo, assunto que enfrentaremos com maior ênfase quando da abordagem do art. 49.

.....

§2º – Se um parecer obrigatório e não vinculante deixar de ser emitido no prazo fixado, o processo poderá ter prosseguimento e ser decidido com sua dispensa, sem prejuízo da responsabilidade de quem se omitiu no atendimento.

.....

Parecer obrigatório e não vinculante é aquele que deverá ser exigido para prática do ato decisório, mas que não vincula a autoridade solicitante. A obrigatoriedade está relacionada com a elaboração do parecer. O processo, contudo, poderá prosseguir e ser decidido com a dispensa do ato opinativo, sem embargo da responsabilização do agente omissor.

²¹⁸ Neste ponto, cabe um esclarecimento: parecer é ato administrativo que tem natureza opinativa, podendo ser acolhido ou não. Assim sendo, se for qualificado como de observância obrigatória e vinculante adquire características de decisão.

Cumprе destacar que deverão ser tomadas todas as providências necessárias para que o parecer seja concluído a tempo, pois sua ausência pode ser prejudicial para o andamento regular do processo, bem assim para o seu devido desenlace.

.....

Art. 43 – Quando por disposição de ato normativo devam ser previamente obtidos laudos técnicos de órgãos administrativos e estes não cumprirem o encargo no prazo assinalado, o órgão responsável pela instrução deverá solicitar laudo técnico de outro órgão dotado de qualificação e capacidade técnica equivalente.

.....

Comentários

Quando se fizer necessária a produção de laudos técnicos e os responsáveis não cumprirem seu encargo no prazo assinalado, poderá o órgão responsável pela instrução solicitar a confecção de laudo técnico de outro órgão com as mesmas qualificações e capacidade técnica.

Referida previsão é bem-vinda, porque determinadas matérias somente serão corretamente apreciadas se instruídas com a prova técnica pertinente.

No entanto, resta a dúvida: havendo atraso reiterado na elaboração do laudo, o que deve ocorrer? Aplica-se o disposto no inciso I do art. 42 ou reconhece-se o direito do particular, quando este tiver dado ensejo ao processo administrativo?

A questão referente ao silêncio administrativo será objeto de tratamento nas linhas dedicadas aos artigos 48 e 49.

.....

Art. 44 – Encerrada a instrução, o interessado terá o direito de manifestar-se no prazo máximo de dez dias, salvo se outro prazo for legalmente fixado.

.....

Comentários

Após a instrução, o interessado tem o prazo de 10 dias para apresentar sua manifestação, salvo se a própria Administração Pública designar outro prazo.

Segundo alguns autores²¹⁹ trata-se das alegações finais que o interessado deve apresentar à Administração ratificando o seu posicionamento, como ato derradeiro, após todo o processamento do feito.

O relatório será idealizado a partir da análise de todos os documentos constantes do processo e manifestações das partes, sugerindo a medida que deve ser tomada. Por isso mesmo, é fundamental a ciência do interessado quanto ao teor do relatório final, tudo com vistas à apresentação das alegações finais antes da tomada de decisão.

Em apoio a essa posição, cabe transcrever a seguinte passagem de autoria de Eury Pereira Luna Filho ao comentar o artigo em questão:

Claramente, a norma processual institui um direito processual dos particulares: pronunciar-se, após o encerramento da instrução e antes da decisão final vir a ser proferida pela autoridade administrativa.²²⁰

O entendimento do Superior Tribunal de Justiça é o de que o dispositivo não se aplica subsidiariamente nos casos de processo administrativo disciplinar. Assim, no caso de não se assegurar o momento para as alegações finais em norma estatutária, não poderia o acusado se socorrer da Lei nº 9.784/99 a fim de exigir tal oportunidade. Há vários julgados nesse sentido. Muito recentemente, em decisão publicada no início de 2011, no Mandado de Segurança nº 12.937/DF, o referido Tribunal chancelou novamente sua posição.

Não se ignora que a Lei nº 9.784/99 não afasta a aplicação da legislação específica, condutora de processos especiais. Mas, entendemos que a posição do STJ desconhece que as alegações finais inserem-se dentro do conceito de ampla defesa e podem ser vitais para a correta decisão administrativa, pelo que se afinam com a busca pela eficiência.

²¹⁹ FIGUEIREDO (Coord.). *Comentários à lei federal de processo administrativo*, p. 183.

²²⁰ LUNA FILHO. A nova lei do processo administrativo. *BDA – Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, v. 16, n. 7, p. 495, jul. 2000.

Art. 45 – Em caso de risco iminente, a Administração Pública poderá motivadamente adotar providência acauteladora sem a prévia manifestação do interessado.

Comentários

Deparando-se a Administração com risco iminente, poderá tomar medidas acautelatórias que julgar adequadas, desde que justifique sua decisão. A mesma orientação encontramos no art. 798 do Código de Processo Civil.

Estamos diante, portanto, da possibilidade de procedimento cautelar, caso a situação possa gerar lesão grave e de difícil reparação.

Art. 46 – Os interessados têm direito à vista do processo e a obter certidões ou cópias reprográficas dos dados e documentos que o integram, ressalvados os dados e documentos de terceiros protegidos por sigilo ou pelo direito à privacidade, à honra e à imagem.

Comentários

Esse artigo espelha o princípio da publicidade dos atos administrativos. Ressalte-se, entretanto, que, como já dito, serão resguardados, entre outros, os documentos de terceiros protegidos pelo direito da personalidade (ex.: honra e imagem), bem como os de interesse da segurança nacional.²²¹

²²¹ Eury Pereira Luna Filho (A nova lei do processo administrativo. *BDA – Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, v. 16, n. 7, p. 492, jul. 2000), esclarece que o proposto critério processual da divulgação oficial dos atos administrativos busca inserir-se na questão da participação do usuário na Administração Pública, possibilitando a este, mesmo não sendo parte interessada direta em determinado processo, ter meios para saber o que está ocorrendo no seio da Administração. Além disso, indica que essa institucionalização

Destaca-se que não se fez menção à possibilidade de retirada de processo para exame. Entendemos que é de todo possível, por meio de seu representante legal, haja vista o que dispõe a Lei nº 8.906/94 (Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil):

Art. 7º São direitos do advogado:

[...]

XV – ter vista dos processos judiciais ou administrativos de qualquer natureza, em cartório ou na repartição competente, ou retirá-los pelos prazos legais.

Como já afirmamos ao analisar o art. 3º, o acesso aos autos deve ser assegurado. A retirada nem sempre se fará viável, diante dos riscos de extravio. A presente lei não prevê tal direito no art. 3º. As cópias ao advogado, no entanto, não podem ser negadas, nem se pode impor o custeio de valores exorbitantes.

.....

Art. 47 – O órgão de instrução que não for competente para emitir a decisão final elaborará relatório indicando o pedido inicial, o conteúdo das fases do procedimento e formulará proposta de decisão, objetivamente justificada, encaminhando o processo à autoridade competente.

.....

Comentários

Prevê o presente artigo solução na hipótese de falecer competência para o instrutor do processo decidi-lo. Nesse caso, caberá ao mesmo a formulação do relatório, contendo o pedido e as razões do interessado,

da divulgação oficial dos atos processuais administrativos poderá ser condição para assegurar o direito ao exercício da legitimação processual administrativa, de que trata o art. 9º (Capítulo V – Dos Interessados), quando, em seu inciso II, admite, como interessados no processo administrativo, aqueles que “sem terem iniciado o processo têm direitos ou interesses que possam ser afetados pela decisão a ser adotada” (inciso II), as “organizações e associações representativas, no tocante a direitos e interesses coletivos” (inciso III), e “as pessoas ou as organizações legalmente constituídas quanto a direitos ou interesses difusos” (inciso IV).

relatando todo o processado, com os fundamentos nos quais se analisam as questões de fato e de direito e os pressupostos normativos aplicáveis. Tudo isso configura a motivação capaz de sustentar a indicação de uma decisão que caberá à autoridade competente.

É claro que sendo apenas uma proposta a decisão sugerida é meramente indicativa, não vinculando a autoridade competente. Contudo, caso o julgador vá divergir do relatório e da proposta de solução para o processo, deverá, sob pena de nulidade, motivar as razões de seu convencimento diversas daquelas constantes do relatório.

Art. 48. A Administração tem o dever de explicitamente emitir decisão nos processos administrativos e sobre solicitações ou reclamações, em matéria de sua competência.

Art. 49. Concluída a instrução de processo administrativo, a Administração tem o prazo de até 30 (trinta) dias para decidir, salvo prorrogação por igual período expressamente motivada.

Os artigos serão examinados em conjunto, devido à forte relação entre eles.

A Administração Pública não pode se quedar inerte, sem se pronunciar sobre o processo administrativo do qual faz parte.

O princípio da eficiência, tantas vezes ventilado neste trabalho, fixa o dever de dar fim ao processo administrativo, com a emissão do posicionamento. Tal dever assume maior relevância quando o processo tem início a partir da vontade do particular, que espera obter um pronunciamento da Administração Pública acerca do pleito que se lhe apresenta.

Entendemos insuficiente a disciplina normativa da Lei nº 9.784 sobre o dever de decidir, porque nenhum efeito resultante da não decisão está ali assinalado.

Referimo-nos não só aos efeitos relativos à penalização do agente público que se omitiu, mas sobretudo aos efeitos do silêncio administrativo frente ao pleito do particular.

Oportunamente, já afirmamos:

O dever da Administração Pública de decidir é fato incontestável, até mesmo por força do direito de petição insculpido no art. 5º, XXXIV

da CR/88. Aliás, o respeito ao direito de petição e de resposta do administrado é inerente a qualquer Estado que se pretenda caracterizar-se como Estado Democrático de Direito.²²²

O Superior Tribunal de Justiça, em recente julgado, qual seja, o MS nº 12701, cuja relatoria ficou sob o comando da Ministra Maria Thereza de Assis Moura, examinava dispositivos da Lei de Anistia (Lei nº 10.559/02) e afirmou que, em homenagem ao princípio da eficiência, a autoridade deve se manifestar sobre os requerimentos de anistia em tempo razoável, sendo-lhe vedado postergar, indefinidamente, a conclusão do procedimento administrativo, sob pena de configurar abuso de poder. Uma vez ultrapassado o “prazo razoável”, visto que desde 2007 os autos aguardavam a feitura do Ato Ministerial, o STJ concedeu a segurança para que a autoridade em sessenta dias se pronunciasse sobre o pedido.

Veja-se, a propósito, a opinião dos eminentes juristas Sergio Ferraz e Adilson Abreu Dallari sobre o tema:

Uma vez desencadeado (de ofício ou mediante provocação do interessado), a oficialidade do processo o impele inevitavelmente a seu destino vocacional (a decisão), de sorte que o andamento ininterrupto do processo administrativo é, sobretudo, um ônus da Administração, “cabendo a ela e não a um terceiro o empenho na condução e desdobramento da seqüência de atos que o compõem até a produção de seu ato conclusivo” (TRF – 3ª R., REO 900300683-0, rel. Des. Federal Sinval Antunes, DJU 12.12.1995, Seção 2, p. 86340). Inadmissível alegue a administração que não pode parar suas atividades de interesse geral, para dar atenção a expedientes de interesse individual: além de ter ela servidores exatamente para misteres como esse (atendimento de pleito dos administrados), as previsões constitucionais e inconstitucionais existentes asseguram o trâmite completo e tempestivo das petições apresentadas. (TRF – 5ª R., MAS nº 54771/96-CE, rel. Juiz Federal Petrúcio Ferreira, DJU 20.09.1996, Seção 2, p. 70578)²²³

Cumpre, todavia, indagar qual seria o prazo de que a Administração Pública dispõe para eximir-se de sua tarefa. Importa definir a partir de quando a ausência de resposta por parte da Administração deixa de ser uma “demora” no andamento do processo administrativo e passa a configurar o silêncio administrativo.

²²² FORTINI, DANIEL. O silêncio administrativo: consequências jurídicas no direito urbanístico e em matéria de aquisição de estabilidade pelo servidor. *Fórum Administrativo – Direito Público*, ano 6, n. 64, p. 7389, jun. 2006.

²²³ FERRAZ; DALLARI. *Processo administrativo*, p. 94.

No âmbito federal, a questão está, em parte, solucionada pela disciplina contida no art. 49 da Lei nº 9.784/99. De acordo com esse dispositivo, o prazo para a Administração Pública decidir está fixado em 30 dias a contar da conclusão da instrução processual, com possibilidade de prorrogação mediante justificativa.

A despeito da fixação do prazo, a legislação federal concedeu, ainda, margem de discricionariedade quanto ao prazo para manifestação da Administração Pública, uma vez que o prazo mencionado flui a partir da instrução processual, não havendo qualquer previsão quanto ao prazo da mesma.

Certamente, inapropriado seria fixar um prazo dedicado à fase probatória para as diversas situações colocadas à apreciação da Administração Pública, sem que se admitisse a possibilidade de alargá-lo, em certas hipóteses e com a devida justificativa, a fim de não comprometer o direito à ampla defesa e o interesse público.

Mas, assim como a lei assinala o prazo de trinta dias para o pronunciamento da Administração Pública em uma gama variada de situações, adequado seria que também tivesse sido objeto de preocupação, por parte do legislador, o estabelecimento de prazo para a conclusão da fase probatória. A ausência de termo final pode provocar a letargia administrativa.

A Administração Pública, em total afronta ao interesse público primário e ao interesse do particular, poder-se-á valer da inexistência de data limite para pôr fim à produção de prova e, assim, alongar indefinidamente o procedimento administrativo.

A lei apresenta outras lacunas: mesmo que tenha tido o cuidado de instituir um momento para que a Administração Pública se pronunciasse, não indicou os efeitos decorrentes do descumprimento deste dever de decidir, assim como, ao abordar o problema resultante da não confecção de parecer obrigatório e vinculante, apenas estabeleceu a impossibilidade de o procedimento prosseguir.

Veja-se opinião do Professor Sergio Ferraz sobre a questão:

De se lastimar, contudo, tenham sido até criados alguns mecanismos de frontal contrariedade à realização do propósito de duração razoável do processo. Nesse sentido, para exemplificar: a) nada se prevê, em termos de prosseguimento do processo, quando um parecer obrigatório e vinculante, requerido a um órgão consultivo, não seja emitido (art. 42, parágrafo 1º); b) o mesmo praticamente ocorrerá se, reiterada e sucessivamente, diversos órgãos administrativos se esquivarem a produção de laudo técnico, requerido pela autoridade processante (art. 43); c) tampouco ousou o legislador enfrentar aberta e frontalmente a questão

da consequência processual, na hipótese de omissão do dever decidir, dentro dos prazos consignados no diploma (art. 49 e 50).

Em todas essas hipóteses, só seria respeitado o princípio se a lei tivesse consagrado o prosseguimento do processo sem a prova ou o parecer requeridos, bem como explicitado o efeito, por implicitude, do requerimento, quando ultrapassado o prazo do exercício do dever de decidir. Melhor seria, aliás, que a lei tivesse enfrentado expressamente o problema do silêncio administrativo, a ele conectando a de se ter por procedente o pleito. Mas, como não o fez, princípios vários (dentre eles, o do formalismo, o da finalidade, o da indisponibilidade do interesse público) impedem que se dê ao silêncio essa consequência. As advertências de Couture (tempo é justiça) e de Sentis Melendo (tempo é liberdade), projetadas embora à luz da processualística cível, imporiam, no processo administrativo, a solução ora sustentada. É claro que, em todos esses casos, configurar-se-ia uma omissão administrativa, atacável por vias judiciais bem conhecidas. Mas não é disso que se trata! O que se quer — ao menos é o que se supõe, não só a lume do inciso LV do art. 5º da Lei das leis, mas também em vista do ingente que requer a produção de uma lei como a ora examinada — é, a toda evidência, outorgar ao processo administrativo um relevo e uma consistência análogos a tais atributos, no processo jurisdicional. Para isso, omissões desse porte não deveriam acontecer. E, se não acontecessem, por certo que cresceriam, dia a dia, os números dos que se limitassem a litigância perante a Administração, desafiando um pouco, quem sabe, nosso Judiciário.²²⁴

Na oportunidade, afirmamos que o não pronunciamento deve ser compreendido como acolhida do pedido apresentado, não como recusa. Apesar de no trabalho a que ora se alude termos cuidado do silêncio em matéria urbanística ou de conquista da estabilidade, entendemos que a regra, a admitir algumas exceções, deva ser a de enxergar o silêncio como aceitação do pedido apresentado pelo particular. Na ocasião, consideramos:

Todavia, sem embargo da necessidade de aprimoramento do texto legal acima citado, defendemos que a omissão administrativa, mesmo que na prática de atos discricionários, não poderá repercutir negativamente na esfera jurídica do requerente, de maneira a que ele fique à mercê do administrador, sobretudo quando o socorro junto ao Poder Judiciário, na linha do entendimento supra exposto, resultará apenas na fixação de prazo.

²²⁴ FERRAZ. Os prazos no processo administrativo. In: SUNDFELD; MUNOZ (Coord.). *As leis de processo administrativo*, p. 296.

Assim, defendemos, em prol do interesse do particular, que não pode ser aniquilado pelo interesse público primário, que a falta de resposta seja compreendida como silêncio positivo. A inação deve ser entendida como recepção ao pleito, de maneira a tornar desnecessária a interferência judicial.

Outro aspecto importante do tema diz respeito à possibilidade de o Poder Judiciário decidir acerca da demanda objeto da conduta omissiva da autoridade competente. No nosso entendimento, é perfeitamente possível que tal procedimento ocorra quando se tratar de manifestação acerca de atos vinculados, isto é, aqueles em que a lei estabelece todos os requisitos e condições de sua realização. Ora, se as condições e requisitos foram cumpridos pelo interessado, não há razão para impedir que o Poder Judiciário decida, evitando prejuízos que poderiam ser gerados pelo prolongamento da omissão de decidir da Administração Pública.

De outra senda, nos casos de atos discricionários, ou seja, aquele que a lei outorga certa margem de liberdade de atuação ao agente, conforme critérios de oportunidade e conveniência, entendemos que não é possível permitir que o Poder Judiciário decida. Como é sabido, cabe ao Judiciário examinar a legalidade do ato e não sua oportunidade e conveniência, pois isto é papel do administrador público.

Capítulo XII DA MOTIVAÇÃO

Art. 50 – Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:

I – neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses;

II – imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções;

III – decidam processos administrativos de concurso ou seleção pública;

IV – dispensem ou declarem a inexigibilidade de processo licitatório;

V – decidam recursos administrativos;

VI – decorram de reexame de ofício;

VII – deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais;

VIII – importem anulação, revogação, suspensão ou convalidação de ato administrativo.

§1º – A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamento de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato.

§2º – Na solução de vários assuntos da mesma natureza, pode ser utilizado meio mecânico que reproduza os fundamentos das decisões, desde que não prejudique direito ou garantia dos interessados.

§3º – A motivação das decisões de órgãos colegiados e comissões ou de decisões orais constará da respectiva ata ou de termo escrito.

Comentários

A redação do *caput* do art. 50 pode ser alvo de críticas se interpretada literalmente. Isso porque parece sugerir que o dever de motivar estará presente apenas nas hipóteses alinhavadas nos incisos deste dispositivo.²²⁵

Certamente este não foi o intuito do legislador, que elegeu o princípio da motivação como preceito de observância obrigatória, ao mencioná-lo não apenas no *caput* do art. 2º, mas também por a ele se referir no inciso VII do parágrafo único do mesmo dispositivo.

Também não seria compatível com o tecido constitucional imaginar que a obrigação de expor os fundamentos de fato e de direito estaria limitada a situações taxativamente fixadas na lei.

Conforme já dito, entendemos que tal princípio está na raiz de qualquer Constituição republicana, em especial aquelas que se intitulam democráticas.

Não haverá democracia se o administrador público estiver desonerado do dever de prestar contas à coletividade dos atos que pratica na gestão do interesse público. Não há como olvidar que o Estado de Direito submete todos à ordem jurídica, contrapondo-se ao absolutismo e, portanto, ao arbítrio.

Importa considerar que o cumprimento de todos os demais princípios da Administração Pública está condicionado ao atendimento da motivação. Este alerta fora oportunamente articulado pelo Professor Romeu Felipe Bacellar Filho, por meio do seguinte apontamento:

²²⁵ Juarez Freitas também advoga que a lista do art. 50 da Lei nº 9.784/99 não é exaustiva [SUNDFELD; MUNOZ (Coord.). *As leis de processo administrativo*, p. 96].

A motivação dos atos processuais, instrumento efetivador do princípio da publicidade da Administração, garante o cumprimento dos outros princípios constitucionais: legalidade, impessoalidade, moralidade e eficiência.²²⁶

É certo que as situações alinhavadas nos incisos do *caput* do art. 50 contemplam as mais diversas hipóteses. Não menos correto seria pontuar que o inciso I do citado dispositivo estaria a abarcar boa parte dos processos administrativos. Fato é que a diversidade de situações com as quais se deparará o administrador público ao longo de sua gestão não cabe nos oito incisos contidos no referido artigo, o que reforça a crítica à redação do artigo, mas não deve desonerar o administrador do dever de motivar.

O conteúdo do §1º do art. 50 exige motivação “explícita, clara e congruente”, repudiando, pois, justificativas despidas de razão ou mesmo de sentido lógico. Ao interessado atribui-se o direito de compreender o porquê das condutas administrativas.

Assim, não apenas devem estar fornecidos os dados que impulsionaram as ações do gestor, bem como é de se exigir clareza na exposição de tais elementos. A linguagem deve ser acessível. Termos técnicos devem ser empregados na medida do imprescindível, vez que só haverá efetiva ampla defesa, com os atributos a ela inerentes, permitindo que o destinatário da decisão administrativa consiga apreciar e entender as posições adotadas.

Decisões pautadas no §1º não representam necessariamente decisões extensas, mas sim decisões substanciais que podem estar embasadas inclusive em outros documentos, como pareceres. Diz a norma (o que é óbvio) que, nestes casos, o documento anterior integrará a decisão.

Conforme se extrai da leitura das decisões pretorianas, hodiernamente os tribunais absorveram a importância do princípio da motivação, exigindo-a nas mais diversas situações, como exemplificadamente, no julgamento do Recurso Ordinário em Mandado de Segurança, processo nº 2005/0009447-5 (publicado no *DJ*, 01.12.06), no qual o eminente relator, Ministro Arnaldo Esteves Lima, assinalou:

Administrativo. Servidor Público Estadual. Remoção *ex officio*. Motivação. Ausência. Nulidade do ato. Recurso ordinário provido.

²²⁶ *Processo administrativo disciplinar*, p. 212.

1. É nulo o ato que determina a remoção *ex officio* de servidor público sem a devida motivação. Precedentes.

A Ministra Maria Thereza de Assis Moura, apreciando o Mandado de Segurança nº 2005/0030834-5 (publicado no *DJ*, 30.10.06), rendeu homenagens ao princípio da motivação, estabelecendo que:

Conforme entendimento firmado pela Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no processo administrativo disciplinar, o presidente da comissão deve fundamentar adequadamente a rejeição de pedido de oitiva de testemunhas formulado pelo servidor (art. 156, §1º, da Lei nº 8.112/90), em obediência aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa (CF, art. 5º, LV).

No caso, a autoridade administrativa indeferiu os depoimentos requeridos na defesa escrita, pois não trariam maiores esclarecimentos para o desfecho da investigação. Deveria, contudo, ter explicitado o motivo porque tais testemunhos seriam desnecessários, e não fazer mera repetição da regra do citado art. 156, §1º, da Lei nº 8.112/90.

A insuficiente fundamentação da recusa ao pleito do impetrante configura cerceamento de defesa, o que importa na declaração de nulidade do processo administrativo disciplinar desde tal ato. Segurança concedida.

Por sua vez, o Ministro Paulo Gallotti, ao julgar o Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 0234130-3 (publicado no *DJ*, 02.10.06, p. 313), explica que:

É nulo o ato administrativo que, sem ostentar a necessária motivação, invalida nomeação de candidato aprovado em concurso público.

Conforme se depreende da leitura das ementas transcritas, a motivação é hoje condição de validade do ato administrativo, sem a qual o mesmo torna-se nulo.²²⁷ Daí, ratifica-se a imprescindibilidade da motivação.²²⁸

²²⁷ “[...] na atuação vinculada ou na discricionária, o agente da Administração, ao aplicar o ato, fica na obrigação de justificar a existência do motivo, sem o quê o ato será inválido ou, pelo menos, invalidável, por ausência da motivação” (*Direito administrativo brasileiro*. 27. ed., p. 149, 175) (Apelação Cível nº 04.004828-9, de Coronel de Freitas, Relator: Des. Francisco Oliveira Filho).

²²⁸ “Alguns dos votos que me precederam afirmaram que o ato não é discricionário. Ao contrário, penso que o ato é discricionário. Mas precisamente porque discricionário é que a recusa reclama motivação. O ato vinculado não a reclama, na normalidade dos casos,

É de se destacar que algumas decisões prescindem de motivação, tais como as que ampliam direitos (como as concessões de *jetons*, gratificações, etc.), razão pela qual sequer são tratadas no presente artigo.

O §2º do art. 50 autoriza a repetição mecânica de fundamentos, valorizando-se a economia processual. Alerta-se que tal medida (repetição) está condicionada à inexistência de prejuízo a direito ou garantia do interessado.

A norma reproduz a preocupação com a celeridade que inebria os estudiosos de processo civil, assim como aquela que embasou a inserção do princípio constitucional da eficiência no inciso LXXVIII do art. 5º, por força da Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004.²²⁹ As recentes alterações patrocinadas na Constituição da República e no Código de Processo Civil exaltam a busca pela prestação jurisdicional e administrativa mais veloz e consentânea com a rapidez dos tempos.

Temos o receio de que, sob a manta da celeridade, reproduzam-se, mecanicamente, decisões que não consideram a particularidade de cada caso concreto. Há, ainda, o risco da perpetuação de decisões equivocadas ou descompassadas das novas concepções doutrinárias e jurisprudenciais acerca de determinado assunto.

Conciliar atividade administrativa célere e eficiente com a sua eficácia é trabalho hercúleo que não pode ser esquecido pelo administrador público atento e competente, a quem cabe a atenção quanto à celeridade da decisão, sem, contudo, perder de vista a necessidade de coerência e fundamentação.

O §3º do art. 50 cuida das decisões de órgãos colegiados, comissões e mesmo de decisões proferidas oralmente, frisando a imperiosidade de que estejam transcritas em ata ou em termo escrito.

Vale dizer, o que o parágrafo em foco visa é a formalização da ação do administrador público, por meio da qual se atende a transparência e a legalidade. Ora, não há como questionar qualquer ato que não esteja consubstanciado em ata, isto é, que não esteja transcrito. Dessa forma, para a segurança das decisões administrativas, fundamental estejam elas formalizadas por escrito.

porque ou o motivo legal necessário à sua validade existe ou não. E, em regra, não é preciso que ele seja explicitado, porque o prejudicado pode demonstrar que não existe o único motivo que validaria o ato. Já o ato discricionário, sim, deve ser motivado para submeter-se, não apenas ao controle e legalidade estrita, mas também ao abuso de poder" (Sepúlveda Pertence, Recurso Extraordinário nº 235.487-7/RO, julgado em 15.06.2000).

²²⁹ LLXVIII – a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.