

Legitimidade processual e tipos de processo administrativo

Vitor Rhein Schirato

Doutorando em Direito do Estado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). LL.M. em Direito Administrativo Econômico pela Universidade de Osnabrück, Alemanha. Professor do Curso de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Fundação Getúlio Vargas (GVLaw). Advogado em São Paulo.

Palavras-chave: Processo administrativo. Legitimidade processual. Administração Pública. Direito administrativo.

Sumário: Introdução – **1** Conceito de processo administrativo – **2** Funções do processo administrativo – **2.1** Funções formais – **2.2** Funções materiais – **3** Tipos de processo administrativo – **3.1** Processo sancionador – **3.2** Processo administrativo declaratório – **3.3** Processo administrativo constitutivo – **3.4** Processo administrativo normativo – **4** Legitimidade e capacidade no processo administrativo – **5** Conclusão – Referências

Introdução

No contexto oitocentista do Direito Administrativo, que por tempo demais perdurou e, em muitos casos, ainda perdura, a Administração Pública era dotada da capacidade de, no caso concreto, tomar a decisão que considerasse mais adequada em função das particularidades existentes em cada situação. Fazia-o ora com base em uma determinação expressa e única constante da lei (ação vinculada), ora com base em uma apreciação subjetiva do caso concreto que levasse a uma entre outras possíveis decisões, nos casos em que a lei não fosse capaz de prover solução única aplicável a todos os casos (ação discricionária).¹

Não era relevante o caminho percorrido pela Administração Pública na tomada da decisão, mas apenas a coerência entre a decisão tomada e a autorização para atuar contida na lei. O ato administrativo era, então, o

¹ Cabe aqui relembrar a clássica lição de Hely Lopes Meirelles, segundo a qual: “A atividade administrativa encontra plena justificativa na impossibilidade de o legislador catalogar, na lei, todos os atos que a prática administrativa apresenta. O ideal seria que a lei regulasse, minuciosamente, a ação administrativa, modelando cada um dos atos a serem praticados pelo administrador, mas, como isto não é possível, dada a multiplicidade e diversidade dos fatos que pedem pronta solução ao Poder Público, o legislador somente regula a prática de alguns atos administrativos que reputa de maior relevância, deixando o cometimento dos demais ao prudente critério da Administração” (Os poderes do administrador público. *Revista de Direito Administrativo*, Edição Histórica, Rio de Janeiro, p. 329, 1995).

elemento central do Direito Administrativo, sendo o restante da atuação da Administração Pública, em certa medida, secundário. Como dotada que era da capacidade de identificar e realizar o interesse público, não se perquiria como se chegava à determinada decisão, mas apenas assumia-se que aquela decisão, uma vez contida nos quadrantes de ação traçados pela lei, era legítima. Daí, por exemplo, estarem a presunção de veracidade e a presunção de legitimidade dentre os clássicos atributos do ato administrativo, o que cada dia mais se mostra questionável.²

Contudo, desde o final da II Guerra Mundial, com a consolidação do indivíduo como centro de ordem jurídica, o *modus operandi* da Administração Pública passou por severas alterações. Isto ocorre, pois, com acentuada frequência, verdadeiras pilastras do Direito Público passaram por consideráveis revisões. A consolidação nas diversas Constituições pós-guerra da emergência, da afirmação, da expansão e da aplicabilidade direta dos direitos fundamentais,³ bem como o desfazimento do mito vigente no século XIX e no início do século XX da existência de um interesse público definível unilateralmente pelo Estado jogaram luzes sobre a necessidade de criação de uma forma de atuação da Administração Pública que fosse pautada na eficiência do alcance dos resultados demandados pela sociedade e em conjunto com esta.

Não mais se pode admitir que a Administração aja livre de peias, atada apenas uma atribuição legislativa de competência, em uma concepção absolutamente restrita de legalidade. A legalidade não pode, no contexto de alargamento dos textos constitucionais e da ampliação dos direitos fundamentais como esteio e limite de ação estatal, permanecer a ser vista como simples operação matemática de aplicação da lei pelo Administrador Público. Legalidade é, evidentemente, muito mais: é a comprovação de que

² Sobre o tema, impossível deixar de conferir as considerações de Vasco Manoel Pascoal Dias Pereira da Silva acerca dos tais atributos dos atos administrativos, conforme *Em busca do acto administrativo perdido* (Coimbra: Almedina, 2003. p. 445 *et seq.*, especialmente, p. 561).

³ Neste sentido, confira-se, em especial, o conteúdo do item 3 do artigo 1º da Constituição da República Federativa da Alemanha, que determina serem os direitos fundamentais direitos vinculantes aos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário e com aplicação direta aos casos concretos. No mesmo sentido, confira-se §1º do artigo 5º da Constituição Federal.

a Administração Pública agiu, *a todo tempo*, de acordo com o ordenamento jurídico. É propriamente uma noção de juridicidade.⁴

Neste contexto, emerge o papel do processo administrativo. O ato deixa de existir isoladamente, pois passa a ser enxergado dentro de um contexto. Agir de acordo com a lei não é apenas respeitar os quadrantes legais de atuação. É muito mais. É agir com respeito aos direitos fundamentais de todos os envolvidos com a atuação da Administração Pública. É levar em consideração todos os direitos e interesses legítimos subjacentes a uma relação jurídica constituída, modificada ou extinta pela Administração Pública. E, apenas em uma atuação concatenada, concertada e, sobretudo, fundamentada, é que será possível aferir a juridicidade da ação administrativa.

Todas essas considerações precedentes são, atualmente, apesar de alguma resistência que não se esgota na doutrina e na jurisprudência, razoavelmente assentadas no Direito brasileiro. Contudo, segundo entendemos, ainda carece de uma análise com pouco mais de detença os instrumentos legais existentes para fazer com que o processo administrativo efetivamente cumpra a sua função na ordem jurídica.

A lei federal de processo administrativo (Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999) completou recentemente 10 anos de vigência e, em geral, os operadores e aplicadores do Direito, ainda com algum ranço das antigas características da Administração Pública, tendem a vê-la como uma matriz de fórmulas, distorcendo e apequenando seu conteúdo. A Lei nº 9.784/99 e as demais leis estaduais e municipais de processo administrativo estão a anos-luz de distância de serem meras matrizes de regras e competências que levam a uma nova aplicação matemática do Direito. São instrumentos colocados à disposição dos administrados para a garantia de cumprimento de seus direitos fundamentais.⁵

Não se pode conceber que a Administração Pública ainda atue como atuava há 50 anos. O Direito — a despeito do desesperado atavismo de

⁴ Sobre algumas considerações nossas acerca do sentido de legalidade, confira-se: SCHIRATO, Vitor Rhein. Algumas considerações atuais sobre o sentido de legalidade na Administração Pública. *Revista Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, n. 47, p. 151 *et seq.*, jan./fev. 2008.

⁵ Muito propriamente, Fábio Meda Osório classifica a Lei nº 9.784/99 como “um decisivo paradigma de formação de direitos fundamentais dos administrados e de fixação de um novo formato para o relacionamento entre o Poder Público e a cidadania” (Direito administrativo sancionador na Constituição de 1988. *Cadernos Adenauer*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 1, p. 61, set. 2008).

alguns de seus operadores — não é estático. É dinâmico e passou por consideráveis evoluções, sempre com vistas à realização das necessidades sociais.⁶ As normas modernas, criadas para dinamizar e adequar a Administração Pública, não podem ser compreendidas como normas que vieram para confirmar a forma antiquada de agir. Elas têm que ser entendidas dentro de seu contexto e, sobretudo, de acordo com os direitos fundamentais consagrados pela ordem jurídica.

Destarte, nossa intenção com o presente estudo é apresentar algumas ideias acerca do conteúdo das normas de direito processual administrativo tentando delas depreender seu sentido correto, consentâneo com a ordem jurídica dentro da qual se insere. Nossa orientação será baseada na noção de que o processo administrativo é o instrumento pelo qual se estabelece a forma de agir da Administração Pública, para se assegurar que este agir está de acordo com os mandamentos contidos na Constituição Federal. Em resumo, tentaremos extrair das normas de processo administrativo o caráter de um dos instrumentos de efetivação da evolução do Direito Administrativo contida na Constituição Federal de 1988 e tão bem pontuada por Odete Medauar, quando afirma:

No curso de 20 anos, a Constituição revelou-se catalisadora da evolução do Direito Administrativo e de práticas administrativas em prol dos direitos das pessoas físicas e jurídicas. Mas ainda não é suficiente, em especial no tocante à prática administrativa, com cidadãos ainda tratados como súditos, em contraste à Constituição. Esta deve se tornar cada vez mais viva e mais plenamente respeitada, reduzindo-se a distância entre sua letra e sua aplicação, o que é tarefa de todos e, de modo mais acentuado, dos profissionais do Direito.⁷

E pretendemos realizar a missão à qual nos propomos por meio da localização das normas de processo administrativo no hodierno Direito Administrativo e por meio de uma dissociação do processo administrativo do processo civil. Em que pese seja possível identificar em cada uma das formas de atuação do Estado uma processualidade, com princípios

⁶ Sobre a questão, confira-se a sempre útil lição de Dalmo de Abreu Dallari contida em *Elementos de Teoria Geral do Estado* (25. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 140 e 141).

⁷ MEDAUAR, Odete. Constituição de 1988: catalisadora da evolução do direito administrativo?. *Revista do Advogado*, São Paulo, ano 28, n. 99, p. 107, set. 2008.

normativos comuns,⁸ o processo administrativo apresenta peculiaridades quanto à sua finalidade, que nos impedem de traçar paralelos com outras disciplinas processuais, como o processo civil ou o processo penal. Tais paralelos, em determinados casos, mais do que indesejados, conduzem a erros, que fazem novamente aflorar as errôneas ideias de processo e do conteúdo das normas processuais que mencionamos acima.

Em face disso, no presente estudo, tentaremos, a partir da identificação dos tipos de processo administrativo e das normas definidoras de legitimidade e da capacidade processuais, assentar o caráter do processo administrativo de instrumento de cumprimento das normas constitucionais consagradoras de direitos fundamentais aos cidadãos.

1 Conceito de processo administrativo

Conceituar processo administrativo não é tarefa das mais simples, visto que não há apenas um processo administrativo, mas sim uma pluralidade de processos administrativos. Como ainda será mais detidamente analisado ao longo deste estudo, as distinções nos tipos de processo administrativo fazem com que não seja possível procurar identificar um único rótulo que designe todas as formas de processo, mas sim um gênero (atividade processual da administração pública), que comporta diversas e distintas espécies.

De forma absolutamente genérica, pode-se entender que processo, em direito, remete à sucessão encadeada de atos destinados à produção de um ato final, conforme trâmite disciplinado por lei. Ao contrário do que ocorre com o processo civil, que, com distinções de ritos, sempre contempla um caminho de atos processuais destinado à solução de uma lide entre duas partes, e do processo penal, que sempre contempla o caminho a ser percorrido na imposição de uma pena, o processo administrativo pode tanto contemplar o caminho a ser percorrido para a imposição de uma penalidade, quanto para a solução de uma lide, quanto para a simples declaração de que alguém está habilitado a algo.⁹

⁸ Cf. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo Marques. Ensaio sobre o processo como disciplina do exercício da atividade estatal. In: DIDIER JR., Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira (Coord.). *Teoria do processo*. Salvador: JusPodivm, 2008. p. 262-263.

⁹ Carlos Ari Sundfeld, analisando as particularidades do processo jurisdicional e do processo administrativo anota três distinções essenciais, quais sejam: (i) as decisões jurisdicionais são imutáveis, ao passo

Neste sentido, pode-se entender que o processo administrativo, genericamente considerado (*i.e.*, considerado pelo gênero que comporta distintas espécies) é uma *sequência de atos encadeados, inter-relacionados e interdependentes, destinados à produção de um ato final com conteúdo inserto nas matérias de competência da Administração Pública*. É, conforme lição de Cassese, a sequência de atos essencial ao desenvolvimento de qualquer função complexa, na medida em que não há decisão que seja exarada isoladamente. Há sempre um conjunto de atos que levam à decisão final, sendo o processo a organização da sequência desse conjunto.¹⁰

Na lição preciosa de Adolf Merkl, há uma distinção entre *fieri* e *factum*, ou seja, entre um fazer e um feito, sendo o fazer dinâmico e o feito estático, ambos afetos a toda atividade administrativa. Daí decorre o fato de que todo ato administrativo (feito) nada mais é do que o resultado de um processo administrativo (fazer).¹¹

Sendo assim, na adoção de um conceito para o gênero processo administrativo, não há que se considerar a finalidade do processo (tal como ocorre com relação ao processo civil e ao processo penal), mas sim deve-se levar em consideração o cerne da atividade processual da Administração Pública que é a determinação do *iter* que deve ser percorrido para se chegar a uma determinada decisão, isto é, o *vir a ser* do ato administrativo, adotando os termos precisos de Odete Medauar.¹²

2 Funções do processo administrativo

As funções do processo administrativo passaram por considerável evolução ao longo das últimas décadas. Enquanto, em um primeiro momento, o processo era irrelevante, em função do ato administrativo ao seu fim exarado, aos poucos passou-se a creditar maior importância ao caminho percorrido para a produção do ato. A razão para tanto é muito simples: o foco

que as administrativas, em geral, são mutáveis; (ii) os membros do Poder Judiciário são dotados de independência, ao passo que os membros da Administração Pública são sempre sujeitos à hierarquia; e (iii) o Poder Judiciário somente pode agir por provocação, ao passo que a Administração pode (e deve) agir de ofício (Cf. A importância do procedimento administrativo. *Revista de Direito Público*, São Paulo, ano 20, p. 71, out./dez. 1987).

¹⁰ Cf. CASSESE, Sabino. *Le Basi del Diritto Amministrativo*. 9ª ed. Garzanti: Milano, 2000. p. 305.

¹¹ MERKL, Adolf. *Teoría General del Derecho Administrativo*. México: Ed. Nacional, 1975. p. 278-279.

¹² MEDAUAR, Odete. *A processualidade no direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 28.

passou da Administração Pública para o administrado, fazendo com que, a todo tempo, fosse imperativo o completo respeito à plêiade de interesses assegurados aos indivíduos, incluindo-se aqueles concernentes ao direito de participação e de contraditório na formação do ato administrativo.

Nesta toada, segundo entendemos, pode-se verificar a existência de duas espécies de função do processo administrativo: uma espécie formal e uma espécie material. As funções formais do processo concernem, especificamente, ao *iter* a ser percorrido pela Administração Pública para a formação do ato final (*i.e.*, qual a finalidade de preestabelecer um caminho a ser percorrido) e são aplicáveis a todos os processos administrativos existentes. De outro turno, as funções materiais concernem ao papel do processo em face às especificidades da *matéria* que constitui o objeto do processo (*i.e.*, qual é a função do processo em função do ato que será produzido) e são aplicáveis de forma modulada conforme os processos *in specie* considerados.

Sendo assim, passaremos à análise de cada uma das funções que identificamos.

2.1 Funções formais

Como muito propriamente afirma Carlos Ari Sundfeld:

A vontade da Administração é a vontade da lei concretizada. Mas ocorre que, entre a lei e o ato administrativo existe um longo percurso. Aquela não se transforma automaticamente neste: um trâmite lógico e real se interpõe. É justamente este concretizar-se que precisamos conhecer, regular e controlar.¹³

Demais disso, conforme a clássica lição de Feliciano Benvenuti, o processo é o caminho a ser percorrido para a transformação da função em ato.¹⁴ Assim, pode-se aventar que uma primeira função formal que se pode identificar do processo administrativo é estabelecer como a função prevista em lei para a atuação da Administração Pública será transformada no ato final a ser produzido.

¹³ SUNDFELD. *A importância do procedimento administrativo*, p. 65.

¹⁴ BENVENUTI, Feliciano. *Funzione Amministrativa, Procedimento, Processo. Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, t. I, p. 118-144, jan./mar. 1952.

O processo, sob um enfoque formal, teria a função, portanto, de estabelecer o modo de concretização do poder de ação da Administração Pública em um ato. A razão de ser desta função do processo administrativo é garantir que todos os direitos que devam ser observados na produção do ato final sejam devidamente observados. Novamente valendo-nos das lições de Carlos Ari Sundfeld, a vontade da Administração Pública, ao contrário da vontade dos agentes privados, não é livremente passível de expressão. Depende de um *caminho* previamente estabelecido para que possa ser expressada, sendo este caminho o *processo administrativo*.¹⁵

Esta primeira função formal do processo administrativo apresenta, segundo entendemos, vinculação direta a duas finalidades, quais sejam, o aumento do campo de incidência do controle da atividade da Administração Pública e, em segundo lugar, um maior equilíbrio entre o autoritarismo típico da Administração Pública e os direitos assegurados pela ordem jurídica aos indivíduos.

A partir do momento em que se estabelece que a função da Administração Pública somente pode ser exercida se trilhado determinado caminho previsto em lei, é evidente que qualquer desvio no traçado deste caminho trará máculas ao ato final produzido no exercício da função. É dizer, ao se estabelecer *como* um determinado ato da Administração Pública será produzido, evidentemente o controle passará a incidir não apenas sobre o ato final produzido, mas também sobre todos os atos produzidos em cadeia que precederam o ato final.

Tal como pudemos assinalar em estudo anterior sobre a matéria:

Ao se perceber que o ato administrativo deixou de existir isoladamente, mas sim que está inserido em um todo, não se pode pensar no controle jurisdicional referente ao ato isolado, sendo essencial e coerente que também incida o controle sobre o todo processual no qual o ato está inserido. A processualização da atuação da Administração Pública fornece, inquestionavelmente, maiores elementos ao controle jurisdicional, assegurando a preservação dos direitos conferidos aos cidadãos pela ordem jurídica.¹⁶

¹⁵ SUNDFELD. *A importância do procedimento administrativo*, p. 67.

¹⁶ SCHIRATO, Vitor Rhein. O processo administrativo como instrumento do Estado de direito e da democracia. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (Org.). *Atuais rumos do processo administrativo*. São Paulo. No prelo.

O caminho a ser trilhado para a produção de um ato administrativo, ou seja, para determinar como a *função* será transformada no ato final contempla diversos direitos dos cidadãos que não podem ser esquecidos no momento do controle dos atos da Administração Pública. É o que ocorre com os direitos e garantias fundamentais do contraditório e da ampla defesa (inciso LV do artigo 5º da Constituição Federal), da publicidade dos atos processuais (inciso LX do artigo 5º da Constituição Federal), da duração razoável do processo administrativo (inciso LXXVIII do artigo 5º da Constituição Federal), entre outros, cujo controle de respeito e promoção não pode escapar do controle da *legalidade* (tanto em sentido formal, quanto em sentido material) dos atos administrativos.

Demais disso, ao se jogar luz sobre o caminho trilhado pela Administração Pública para a produção de um ato, poderá o agente controlador auferir, com muito maior precisão, a existência ou não de desvios de finalidade, pois poderá controlar a coerência entre os elementos e conteúdos de cada um dos atos precedentes (bem como de todas as provas e demais documentos processuais) com o ato final produzido, de tal forma que fica comprovada a finalidade de controle da primeira função do processo administrativo ora aventada.

Por fim, tal como mencionado acima, a função de transformação da função em ato que ostenta o processo administrativo tem também papel decisivo no equilíbrio nas relações entre Administração Pública e indivíduos. O Direito Administrativo, por consequência, a Administração Pública, vive constantemente o desafio de encontrar o equilíbrio entre liberdade e autoridade, posto que ao mesmo tempo que são conferidos poderes extraordinários à Administração Pública para a realização de seus fins (os chamados poderes extroversos), são conferidos aos cidadãos direitos fundamentais, que devem ser preservados em face dos poderes especiais de que goza a Administração Pública.

Nesta toada, o processo administrativo, como elemento prestante à definição do caminho a ser percorrido para o exercício das funções (e, via de consequência, dos poderes, visto que são inerentes às funções) da Administração Pública, acaba por ter também a finalidade de equilibrar a relação entre liberdade e autoridade, na medida em que, além de possibilitar a

completa participação dos interessados (como adiante desenvolveremos), como muito bem pondera Carlos Ari Sundfeld:

garante que a vontade funcional, que se expressará no ato, não seja empolgada pela vontade do agente, mas signifique uma vontade equilibrada, esclarecida, racional, imparcial. Em suma, assegura que o agente não se transforme em fim, mas guarde seu papel de mero intermediário.¹⁷

Sendo assim, tem-se que o processo administrativo, considerado como gênero e, portanto, qualquer que seja a sua espécie, terá sempre a função, do ponto de vista formal, de estabelecer o caminho (*fiere*) a ser necessariamente percorrido pela Administração Pública para a produção do ato final (*factum*), o que tem a finalidade de ampliar o campo de controle da atuação administrativa e de procurar um maior equilíbrio entre liberdade e autoridade.

Em segundo lugar, vislumbramos uma segunda função do processo administrativo, que pode se afigurar um tanto quanto óbvia, mas é de relevância inegável nos dias atuais. Tal função é a de organizar a atividade administrativa, concedendo-lhe um *modus operandi*. Como muito propriamente pondera Sabino Cassese, o atual grau de complexidade e multiplicidade de agentes na Administração Pública faz com que o processo assuma a função de organizar o processo decisório e as formas de interação entre os agentes públicos envolvidos.¹⁸

E terceiro lugar, uma outra função do processo administrativo que não pode ser esquecida é aquela que concerne à identificação de qual é o interesse público que deve prevalecer no caso concreto da atuação da Administração Pública, dentre os diversos interesses públicos e privados legítimos que subjazem a uma determinada manifestação da Administração Pública.

Como brilhantemente disserta Sabino Cassese:

após a afirmação do estado pluriclasse, cada interesse coletivo é suscetível de reconhecimento e de tutela pública. Não existe o interesse público, mas os interesses públicos, no plural. As leis, na canonização de tais interesses, não podem sempre estabelecer uma escala entre eles, indicando qual deve prevalecer. Dos quais há um grande número de interesses públicos concorrentes. Portanto,

¹⁷ SUNDFELD. *A importância do procedimento administrativo*, p. 67.

¹⁸ CASSESE. *Le Basi del Diritto Amministrativo*, p. 308.

os órgãos públicos se encontram na posição de serem os portadores do fim da competição entre os interesses. (...) Neste sentido, o processo desenvolve a competência — por assim dizer — de “superlei” ou de decisão de segundo grau, com a função de solucionar os conflitos entre os interesses coletivos, que se tornaram públicos (...) ¹⁹

Nesta senda, há uma função do processo administrativo de fazer emergir ao conhecimento da Administração Pública quais são os interesses coletivos dotados de legitimidade que devem ser considerados, ponderados e sopesados, para, ao final do processo, haver a definição de qual ou quais devem prevalecer sobre os demais e qual medida deverá se verificar essa prevalência.

Atualmente, não há mais como se falar em “supremacia do interesse público” ou qualquer outra formulação que parta do pressuposto da existência de um único e absoluto interesse público posto sob a cúria da Administração Pública. Em uma sociedade plural, com diversos e complexos centros de interesses, haverá sempre o choque entre interesses coletivos dotados de legitimidade e de interesses privados que não podem ser simplesmente suprimidos.

A construção de um interesse público único, supremo, leva a uma Administração Pública autoritária, antidemocrática, na medida em que concede ao administrador público o poder de escolher qual interesse privilegiar no caso concreto. Com a instituição do processo administrativo como instrumento da Administração democrática, o pressuposto deste interesse público único deve ser necessariamente suprimido, determinando-se que, por meio do processo, sejam identificados todos os interesses subjacentes e, a partir de decisão ponderada e devidamente fundamentada, seja determinado qual deverá prevalecer.

Exatamente neste sentido caminha o entendimento da melhor doutrina, cujo exemplo podemos extrair da seguinte consideração de Jens-Peter Schneider:

Ao processo devem ser trazidos os interesses públicos e privados para ponderação. Essa regra vale especialmente em constelações processuais multipolarizadas e multidimensionais, nas quais não cabe à Administração um estabelecimento

¹⁹ CASSESE. *Le Basi del Diritto Amministrativo*, p. 308, tradução nossa.

unilateral do interesse, mas sim uma **otimização dos interesses** de maneira jurídica e pré-determinada também com relação aos particulares.²⁰

Portanto, segundo entendemos, uma das mais relevantes funções do processo concerne exatamente ao arbitramento dos interesses subjacentes à decisão da Administração Pública, com a finalidade de garantir que haja uma decisão ponderada e fundamentada acerca de qual o interesse que deve prevalecer. Em razão desta função, como se verá adiante, o processo administrativo é necessariamente mais aberto do que o processo jurisdicional, impingindo ao primeiro características absolutamente próprias.

Finalmente, em uma concepção bastante hodierna do processo administrativo, há uma quarta e inegável função que lhe pode ser atribuída. Tal função concerne ao estabelecimento das formas de interação entre Administração Pública e particular. Recordando as lições de Vasco Manoel Pascoal Pereira Dias da Silva,²¹ não se pode mais conceber que à Administração Pública seja concedido um poder de agir sempre unilateralmente, em razão de uma supremacia ou de uma superioridade. Deve-se entender que a *lei* confere à Administração Pública o poder de editar um *ato final* de forma unilateral, em diversas oportunidades.

Todavia, em que pese seja o ato final unilateral, deve-se, tanto quanto possível, partir do pressuposto de que o processo de formação do ato seja concertado, bi ou plurilateral, envolvendo não apenas um trâmite interno e burocrático da Administração Pública, mas sim todos os envolvidos com os resultados que o ato produzirá. O administrado interessado na produção do ato final (que poderá, inclusive, ter a forma bilateral)²² pode e deve participar

²⁰ SCHNEIDER, Jens-Peter. *Strukturen und Typen von Verwaltungsverfahren*. In: HOFFMANN-RIEM, Wolfgang; SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard; VOBKUHLE, Andreas (Org.). *Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band II*. München: C.H. Beck, 2008. p. 527, tradução nossa e grifos do autor.

²¹ Afirma o autor: “eu diria que os atos administrativos gozam de eficácia imediata e impõem-se aos sujeitos privados porque são actos unilaterais, e não em virtude de qualquer outra ‘extraordinária’ qualidade do acto, ou característica da Administração. Não sendo, pois, necessário invocar pretensas qualidade de ‘executoriedade’, de ‘imperatividade’ ou de ‘obrigatoriedade’, ou inventar uma ‘presunção de legalidade’ dos actos administrativos, ou ainda recorrer a características específicas da Administração, ou do próprio Estado, para justificar efeitos que decorrem do exercício de poderes unilaterais de decisão, de natureza potestativa, e que nem sequer são exclusivos de actuação administrativa” (Cf. SILVA. *Em busca do acto administrativo perdido*, p. 561).

²² Sobre algumas considerações de atos bilaterais, confira-se: SCHIRATO, Vitor Rhein; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Consenso e legalidade: vinculação da atividade administrativa consensual ao direito. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 7, n. 27, p. 67-93, out./dez. 2009.

do processo de formação do ato, não podendo, em um contexto democrático e centrado no indivíduo e em seu plexo de direitos, ser deixado à margem da atuação administrativa.

Neste sentido, endossamos integralmente as palavras de Giovanni Virga, que afirma:

(...) o processo administrativo — ou melhor, os vários processos administrativos — não são previstos e disciplinados pelo ordenamento para uma simples seleção de interesses, mas para uma mais permanente cooperação entre sujeitos públicos e privados que aquiesce à tradução nos termos do ato (ou do acordo) dos princípios da imparcialidade e de bom andamento das administrações públicas. (...) O administrar transforma-se, assim, não em fruto de uma atividade unilateral das Administrações, previsto principalmente se não exclusivamente no interesse desta última, mas em um fato comunitário e largamente compartilhado (...), previsto no interesse do Estado-Comunidade e não já do Estado-Aparato.²³

Sendo assim, do ponto de vista formal, vemos claramente atribuídas ao processo administrativo quatro funções distintas, quais sejam, (i) estabelecer o caminho a ser percorrido entre o exercício da função prevista na lei e o ato final produzido, (ii) organizar a atividade administrativa, (iii) estabelecer os mecanismos de determinação do interesse público que deverá prevalecer entre todos os interesses coletivos dotados de legitimidade existentes, após processo de ponderação e arbitramento, e (iv) estabelecer as formas de interação entre Administração Pública e particulares, em um contexto de atuação concertada. Feitas estas considerações, passemos a analisar as funções materiais do processo administrativo.

2.2 Funções materiais

Tal como advertido acima, entendemos que, além das funções formais descritas no tópico precedente, o processo administrativo tem funções materiais, que variam conforme o tipo de processo que se põe em análise. Tais funções visam a garantir a efetividade, do ponto de vista da proteção do plexo de direitos individuais assegurado pela ordem jurídica, do ato final a ser produzido no processo, na medida em que não há apenas um tipo de processo

²³ VIRGA, Giovanni. *La Partecipazione al Procedimento Amministrativo*. Milano: Giuffrè, 1998. p. 15, tradução nossa.

administrativo, mas sim uma pluralidade de processos, variáveis conforme seu objetivo.

Considerando-se que nos deteremos, com o detalhamento necessário, no tema dos tipos de processo administrativo no próximo item, não aprofundaremos neste momento o tema das funções formais em face dos tipos de processo, deixando para fazê-lo no momento de tratar de cada processo individualmente.

3 Tipos de processo administrativo

A questão dos tipos do processo administrativo não apresenta sistematização unânime na doutrina. Tanto entre os doutrinadores brasileiros, quanto entre os doutrinadores estrangeiros, é possível identificar diversas formas de sistematização e critérios para identificar quais são os tipos de processo administrativo existentes.²⁴ A razão para tanto repousa no fato que expusemos no início deste estudo, qual seja, a existência de múltiplas finalidades e múltiplas atividades da Administração Pública que são abrangidas pela processualidade da Administração Pública.

Ao contrário do que ocorre com o processo civil e com o processo penal, nos quais há sempre delimitado o campo de abrangência e a finalidade a ser alcançada (imposição de uma pena e/ou solução de uma lide),²⁵ o processo administrativo desempenha múltiplas funções dentro da organização da atividade administrativa, o que faz com que os critérios tipicamente

²⁴ Sobre uma visão geral dos posicionamentos doutrinários, confira-se MEDAUAR. *A processualidade no direito administrativo*, p. 134-140. Para a autora, existem os seguintes tipos de processo administrativo: (i) processos administrativos em que há controvérsias, conflitos de interesses, que são divididos entre os processos de gestão, processos de outorga, processos de verificação ou determinação e processos de revisão; e (ii) processos em que há acusados, denominados processos sancionadores ou punitivos, os quais são divididos entre os processos internos e externos (p. 140). Ainda lembra Demian Guedes que os processos administrativos podem ser classificados a partir de diferentes critérios, tais como a existência ou não interessados estranhos à Administração Pública, ao tipo do ato exarado, aos efeitos produzidos sobre os direitos dos interessados ou, ainda, quando às características comuns (Cf. *Processo administrativo e democracia: uma reavaliação da presunção de veracidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 67). Da mesma forma, José dos Santos Carvalho Filho menciona a possibilidade de classificação quanto à natureza, ao objeto e à abrangência do processo (Cf. *Processo administrativo federal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 24).

²⁵ Interessante com relação a esta questão mencionar que o processo civil vem passando por transformações, na medida em que o aumento de ações sincréticas, nas quais se procura mais de um provimento, faz com que se torne dificultosa a clássica classificação das ações em função da tutela jurisdicional (Cf. DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2009. p. 200. Teoria geral do processo e processo de conhecimento, v. 1).

existentes no direito processual não sejam aplicáveis *in totum* ao processo administrativo.²⁶

Destarte, para que alcancemos o propósito que neste estudo perseguimos, propomos, concordando com o entendimento de Jens-Peter Schneider, que os tipos de processo de processo administrativo devem ser encontrados em função das tarefas que são atribuídas por lei à Administração Pública.²⁷ É dizer, sendo postas pela lei uma série de decisões que dependem da Administração Pública e sendo o processo administrativo o *instrumento* para transformar as funções impostas à Administração Pública em decisões, entendemos que haverá variação dos tipos de processo administrativo em função do tipo de decisão da Administração Pública que se tenha em vista.²⁸

Contudo, tendo em vista a gama cada vez maior de atividades que são acometidas à Administração Pública, em razão do aumento de seus campos de atuação, não entendemos ser possível identificar todas as decisões da Administração Pública para daí procurar expor todos os respectivos tipos de processo administrativo. Não obstante, entendemos ser absolutamente possível identificar categorias de decisões administrativas que designam tipos próprios de processo. Com isso, temos que, embora diversas funções da Administração Pública possam encontrar alguma forma de desdobramento no que concerne à decisão exarada, em função do campo em que ocorrem ou de outras peculiaridades específicas, há categorias de decisões da Administração Pública que enfeixam todas as formas de atuação administrativa e, assim, permitem-nos sistematizar os tipos que enxergamos existentes de processo administrativo.

Neste sentido, para tornar possível uma sistematização dos tipos de processo administrativo, partiremos da teoria clássica de classificação das ações

²⁶ Neste sentido, afirma Sabino Cassese: "O processo se apresenta como uma seqüência articulada em relação ao modelo direto a regular o jogo entre juiz e partes. A codificação processual civil e penal desenhou tal seqüência de forma unitária. O procedimento [administrativo], ao contrário, é uma seqüência ordenada não segundo um modelo único, mas correspondente a diversos modelos, impostos pelos interesses ou fins públicos ou de suas interferências" (*Le Basi del Diritto Amministrativo*, p. 313-314).

²⁷ Cf. SCHNEIDER. *Strukturen und Typen von Verwaltungsverfahren*, p. 614-615.

²⁸ Neste sentido, afirma Aldo M. Sandulli: "Pode-se dizer, de qualquer modo, princípio normal — e o contrário seria incompatível com a legalidade da ação estatal: norma que está na base da concepção moderna de Estado (...) — que o ordenamento jurídico, em geral, ao determinar uma certa ação do poder público, estabelece ao mesmo tempo, pelo menos as linhas gerais, de quais garantias substanciais e formais devem acompanhar tal ação" (Cf. *Il Procedimento Amministrativo*. Milano: Giuffrè, 1964. p. 88).

do processo civil para, com as adaptações necessárias ao processo administrativo, identificar a seguinte tipologia: (i) *processo administrativo sancionador*, (ii) *processo administrativo declaratório*, (iii) *processo administrativo constitutivo*, e (iv) *processo administrativo normativo*. Tais tipos processuais poderão ser tanto processos administrativos de interesse público, quanto processos administrativos de interesse particular, conforme seu objeto e sua instauração.²⁹

Mencione-se apenas que o ato a ser produzido é aqui utilizado somente como base para a definição dos tipos existentes de processo administrativo, pois, como muito bem menciona Vasco Manoel Pascoal Dias Pereira da Silva, citando Nigro, o objeto do processo será sempre o ato a ser produzido, *juntamente com a “consideração e confirmação do modo de exercício do poder administrativo”*.³⁰ Assim, é necessário ressaltar que, ao tratar o ato como o elemento definidor do tipo de processo, não nos esquecemos de que também constitui objeto do processo administrativo a definição da *forma do exercício o poder pelos órgãos e entidades estatais*.

Portanto, feita essa necessária consideração, partiremos neste momento à análise de cada um de referidos tipos de processo administrativo.

3.1 Processo sancionador

O processo administrativo sancionador é o mais clássico e conhecido dos processos administrativos e é aquele em que mais claramente se pode perceber a existência de *partes* identificáveis e de um conflito de interesses. Isto ocorre, pois no processo administrativo sancionador, há, de um lado, a Administração Pública pretendente do exercício de seu direito de punir, inserto em seu *ius imperii*, e, de outro lado, o particular, sujeito à imposição da penalidade pretendida pela Administração Pública. O objeto do processo é claramente identificável como a *penalidade* que se pretende impor e a polarização das partes e de seus interesses é bastante clara.

²⁹ Processos administrativos de interesse público seriam aqueles iniciados *ex officio* pela Administração Pública para a satisfação de interesses coletivos (independentemente da possibilidade de provocação de um particular para que a Administração Pública dê início, ou não, ao processo, como ocorre nos casos em que haja denúncias, por exemplo) e processos administrativos de interesse particular seriam aqueles iniciados para a satisfação de um interesse particular, iniciados a pedido exclusivamente do interessado (Cf. BOTELHO, José Manuel Santos; ESTEVES, Américo Pires; PINHO, José Cândido. *Código de procedimento administrativo anotado e comentado*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 257).

³⁰ Cf. SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. *Para um contencioso administrativo dos particulares*. Coimbra: Almedina, 2005. p. 182-183.

Tanto é assim, que o processo administrativo sancionador é bastante assemelhado ao *processo penal*, tanto no que concerne ao objeto do processo, quanto no que concerne aos interesses das partes, quanto, por fim, no que concerne às garantias que são postas à disposição do particular.³¹ As distinções existentes entre o processo administrativo sancionador e o processo penal concernem, principalmente, (i) ao âmbito de desenvolvimento do processo, na medida em que o processo administrativo sancionador se desenvolve *na esfera administrativa* enquanto o processo penal se desenvolve *na esfera jurisdicional*, (ii) ao objeto do processo, na medida em que o processo administrativo sancionador envolve a ocorrência de uma *infração administrativa*, enquanto o processo penal envolve a ocorrência de um *tipo penal*, e (iii) à eficácia da decisão, na medida em que a decisão administrativa sempre estará sujeita à revisão jurisdicional (por força da aplicabilidade do inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal), enquanto a decisão no processo penal não está sujeita a revisões, exceto quanto aos recursos dentro do próprio Poder Judiciário eventualmente existentes.

O ato final do processo administrativo sancionador é a imposição de uma sanção administrativa, a declaração de sua inaplicabilidade, caso não se verifiquem presentes os pressupostos de seu cabimento, ou, por fim, a celebração de instrumento de transação para substituição da penalidade³² por prestação por parte do infrator, no exercício da consensualidade pela Administração Pública.

Valendo-nos das lições de Fábio Medina Osório, nem todas as medidas gravosas impostas pela Administração Pública ou que apresentem caráter

³¹ A corroborar este entendimento, cabe mencionar que Fábio Medina Osório menciona a existência de um “Direito Processual Sancionador”, que poderá ser o Direito Processual Administrativo ou o Direito Processual Penal (Cf. *Direito administrativo sancionador*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 477).

³² Como muito bem pondera Floriano de Azevedo Marques Neto, “exatamente pela crescente aproximação do exercício da função sancionadora do poder público com suas finalidades maiores (tutela dos interesses da coletividade especialmente dos hipossuficientes) é que vimos assistindo (fortemente no direito penal, mas também no exercício sancionador do poder regulatório) crescentemente a utilização de modernos instrumentos de transação penal e de alternatividade punitiva. Tais tendências decorrem justamente da percepção da vinculação da atividade penal ao caráter menos punitivo e mais finalístico da atividade sancionatória. Afinal, como vimos, o Estado não exerce seu poder extroverso de punir pautado pela sanha punitiva, mas para fazer valer pautas e finalidades de interesse coletivo. Reprimem-se condutas desviadas apenas para que a conduta reta continue a ser perseguida pelos atores sociais e econômicos” (Aspectos jurídicos do exercício do poder de sanção por órgão regulador do setor de energia elétrica. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 221, p. 367, jul./set. 2000).

disciplinar são sanções administrativas, em que pese as sanções administrativas serem medidas gravosas e que têm caráter disciplinar. Nesta senda, entende o autor que são sanções administrativas:

um mal ou castigo, porque tem efeitos aflitivos, com alcance geral e potencialmente pro futuro, imposto pela Administração Pública, materialmente considerada, pelo Judiciário ou por corporações de direito público, a um determinado administrado, jurisdicionado, agente público, pessoa física ou jurídica, sujeitos ou não a especiais relações de sujeição com o Estado, como consequência de uma conduta ilegal, tipificada em norma proibitiva, com finalidade repressora ou disciplinar, no âmbito de aplicação formal e material do Direito Administrativo.³³

Sendo assim, tem-se, de forma clara, que o processo administrativo sancionador é um *processo administrativo de interesse público*, na medida em que visa a realizar um interesse coletivo e deve, necessariamente, ser iniciado *ex officio* pela Administração Pública, ainda que por conta de uma provocação de um particular (nos casos de denúncia de uma violação da legislação, por exemplo). Teleologicamente, o processo administrativo sancionador visa a impor a um agente as consequências por uma conduta desrespeitosa a uma norma de Direito Administrativo, com conduta devidamente tipificada, assegurando a efetividade das normas jurídicas que compõem o ordenamento jurídico.

No que concerne às funções materiais, o processo administrativo sancionador é o tipo de processo que apresenta as funções materiais mais relevantes para a concretização do Estado de Direito. Isto ocorre, pois, do ponto de vista de função material, o processo administrativo é o mais valioso instrumento de contenção do poder estatal, em privilégio dos direitos individuais. Uma análise do conteúdo das garantias previstas no artigo 5º da Constituição Federal — e, direta ou indiretamente, reproduzidas na Lei nº 9.784/99 — deixa muito clara a constituição em favor do administrado de uma série de direitos e garantias fundamentais protetivas contra a imposição de penalidades arbitrárias.

Como muito bem pondera Fábio Medina Osório, a Constituição Federal de 1988 teve a preocupação de fazer com que o poder sancionador da Administração Pública fosse a todo tempo condicionado à observância

³³ OSÓRIO. *Direito administrativo sancionador*, p. 104.

de direitos e garantias fundamentais dos cidadãos, tais como os direitos fundamentais ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa, à presunção de inocência, à vedação de obtenção de provas ilícitas e todas as demais garantias aplicáveis ao processo penal. Trata-se de cenário distinto ao existente sob a égide do texto constitucional anterior, no qual “as garantias fundamentais, embora existentes, eram tímidas e condicionadas aos contornos do interesse público, aqui visto como fórmula mágica que tudo poderia abarcar”.³⁴

Destarte, tem-se claro que a função material do processo administrativo sancionador é assegurar a eficácia das garantias constitucionais postas em favor dos administrados anteriormente à imposição de uma sanção administrativa. Um ato sancionador que venha a ser editado sem a devida observância das garantias individuais criadas pela Constituição Federal será fatalmente nulo, posto que tal falta de observância constitui-se grave violação às normas mais fundamentais do Estado de Direito.

3.2 Processo administrativo declaratório

O processo administrativo declaratório é aquele em que o ato exarado pela Administração Pública tem como objeto uma *declaração* acerca de uma situação jurídica. Embora possa até haver uma constituição de direito, esta é sempre secundária, sendo a finalidade precípua do processo a emissão de um ato administrativo que declara uma determinada situação jurídica.

É exemplo de processo administrativo declaratório a licitação pública, na medida em que os atos produzidos ao longo do processo têm a finalidade de declarar uma situação jurídica acerca daqueles que pretendem contratar com a Administração Pública — *declaração* de quais os licitantes que têm condições subjetivas de contratar com a Administração Pública (habilitação),³⁵ *declaração* de qual o licitante que apresentou a melhor proposta (julgamento),

³⁴ OSÓRIO. *Direito administrativo sancionador na Constituição de 1988*, p. 60-61.

³⁵ Importante mencionar que Lúcia Valle Figueiredo, mesmo considerando que o ato de habilitação não amplia a esfera de direitos do licitante, não considera ser a habilitação um ato declaratório, mas sim constitutivo-formal, seguindo a classificação proposta por Oswaldo Aranha Bandeira de Mello. *Permissa maxima venia*, discordamos, na medida em que entendemos que uma declaração que não amplia a esfera de direitos de um particular não tem outra natureza senão declaratória, razão para a qual entendemos ser a licitação pública um processo administrativo meramente declaratório (Cf. FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Direitos dos licitantes*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 48).

declaração de qual o licitante que virá a celebrar o contrato com a Administração Pública, caso o contrato venha a ser celebrado (adjudicação) etc. Em todos esses atos, há a constituição de um direito, mas tal constituição é secundária e decorre de uma declaração, donde fica evidente a natureza declaratória do processo.

O processo administrativo declaratório é um processo administrativo misto, podendo ser tanto um processo administrativo de interesse público, iniciado *ex officio* pela Administração Pública, quanto um processo administrativo de interesse particular, iniciado por provocação do administrado. Por exemplo, de interesse público é a licitação pública, iniciado *ex officio* pela Administração Pública, ao passo que de interesse privado é o processo administrativo destinado à emissão de uma certidão negativa de débitos tributários.

No que concerne às funções formais, o processo administrativo declaratório tem como função assegurar a efetividade da garantia constitucional do contraditório (direito de contraditar as alegações feitas pela Administração Pública), bem como a efetividade dos direitos dos administrados contemplados na Lei nº 9.784/99, notadamente aqueles contidos no artigo 3º de referida lei. Destarte, independentemente de ser o processo administrativo declaratório de interesse público ou de interesse particular, sempre haverá o dever da Administração Pública de assegurar que os direitos e garantias fundamentais dos administrados previstos constitucional e legalmente sejam observados e garantidos.

Não houvesse a garantia do devido processo legal previamente à emissão de uma declaração acerca de uma determinada situação jurídica, então poderiam não ser assegurados os direitos e garantias fundamentais do administrado, razão pela qual o processo tem função inafastável. Caso a declaração objeto do processo tenha relevância para a situação jurídica de um administrado, o processo administrativo com todas as garantias a ele inerentes não poderá ser afastado.

3.3 Processo administrativo constitutivo

O processo administrativo constitutivo é aquele cujo ato final tem por objeto *constituir* um direito em favor de um particular. Trata-se de finalidade

semelhante àquela que Odete Medauar chama de processo de outorga (inserido na categoria dos processos administrativos que têm uma contraposição de interesses).³⁶ Isto ocorre, pois, com cada vez maior frequência, o exercício de uma determinada atividade, o exercício de um direito, a realização de um determinado ato ou a obtenção de um benefício por um particular depende de uma prévia *aprovação* por parte da Administração Pública, a qual poderá ser vinculada ou discricionária e terá por finalidade aferir se o particular em questão reúne as condições necessárias para o empreendimento a que se propõe.

Em um contexto de constante ampliação da esfera dos direitos dos indivíduos, há uma constante ampliação dos campos de atuação do Estado, com a finalidade de garantir a efetividade de referida esfera de Direitos. Com isso, cada vez mais o Estado é chamado a regular o exercício de atividades pelos particulares. Este fenômeno não se dá apenas nos campos de atuação predominantemente estatal, tais como os campos dos serviços públicos recentemente abertos à pluralidade de agentes, mas se dá também em campos tipicamente privados, mas cujas atividades têm efeitos metaindividuais (emissão de títulos e valores mobiliários no mercado de capitais, obtenção de alvarás e licenças de construção e funcionamento de empreendimentos etc.).

Por esta razão, no manejo de seus poderes ordenadores³⁷ ou concessivos, o Estado é obrigado a conduzir um *processo administrativo* no qual, em conjunto com o particular e conferindo-lhe o integral direito de participação das etapas decisórias, verificará a conformidade da pretensão do particular com a regulação legal imposta para o exercício da atividade pretendida ou para fruir do direito pretendido, *bem como* verificará a compatibilidade de exercício do direito com os direitos dos demais indivíduos. Uma vez verificada a conformidade da pretensão do particular com a regulação legal da matéria

³⁶ Cf. MEDAUAR. *A processualidade no direito administrativo*, p. 140.

³⁷ Valemo-nos aqui da noção apresentada por Carlos Ari Sundfeld acerca da Administração Ordenadora, definida pelo autor como a “interferência estatal autoritária sobre a vida privada. Supõe o emprego de instrumentos com intensidades e finalidades muito variadas, incidindo sobre a esfera jurídica dos particulares em múltiplas variações”. A Administração Ordenadora implica, segundo o autor, em sacrifícios e condicionamentos de direitos. Os segundos são os que especialmente nos interessam no caso em apreço, na medida em que o dever de obtenção de prévia aprovação da Administração Pública configura-se como um condicionamento de direito (o direito somente pode ser exercido dentro dos quadrantes impostos pela lei). Sobre o tema, confira-se: SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo ordenador*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 26 e 53-67.

e com os demais direitos subjacentes, emite a Administração Pública um ato administrativo que *constitui* em favor do particular o direito de obter algo. Tal ato pode se consubstanciar em uma licença, uma autorização, um alvará, uma aprovação de aposentadoria etc., conforme classificação mais típica da doutrina.³⁸

Com a ampliação da esfera dos direitos dos particulares, cada vez mais conflitos haverá no exercício por um particular de um direito que lhe cabe, fazendo com que a Administração Pública tenha que intervir para assegurar que o exercício do direito está realizado dentro dos quadrantes impostos pela regulação legal aplicável. Nesta toada, o processo administrativo constitutivo é aquele em que a Administração Pública (i) realiza uma análise da conformidade da pretensão do particular com as determinações legais aplicáveis (*i.e.*, adequação subjetiva do particular à sua pretensão) e, mais importante, (ii) realiza uma ponderação entre todos os interesses dotados de legitimidade subjacentes à questão para aferir a viabilidade da pretensão do particular e a extensão de sua possibilidade (*i.e.*, adequação objetiva da pretensão do particular).³⁹

Os atos administrativos constitutivos que são objeto do processo administrativo constitutivo são atos cujos efeitos são sempre metaindividuais. Isto ocorre, pois somente é cabível restrições administrativas nos casos em que haja potenciais conflitos de interesses emergentes do exercício de um direito pelos particulares. Sempre que uma ação de um particular tiver efeitos metaindividuais, será necessária uma prévia aprovação pela Administração Pública no manejo de seus poderes ordenadores para verificar a adequação subjetiva e a adequação subjetiva da pretensão.

³⁸ Em geral, os atos aqui mencionados são aqueles tratados por Hely Lopes Meirelles como “atos negociais”, que seriam aqueles “praticados contendo uma declaração de vontade do Poder Público coincidente com a pretensão do particular, visando à concretização de negócios jurídicos públicos ou à atribuição de certos direitos ou vantagens ao interessado” (Cf. *Direito administrativo brasileiro*. 27. ed. atual. por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Azevedo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 181).

³⁹ Conforme ensina Massimo Severo Gianinni, “estando o processo administrativo em função de ponderação de interesses e sendo os interesses que se apresentam nas situações reais interesses públicos, coletivos e privados, concomitantemente, o processo administrativo tende a compor o interesse público primário cuja autoridade é atribuída com cada um dos outros interesses que sejam colhidos no processo e que sejam considerados tuteláveis através dos atos que concorrem na instrução procedimental” (*Istituzioni di Diritto Amministrativo*. 2ª ed. Milano: Giuffrè, 2000. p. 273, tradução nossa).

É assim, por exemplo, que a outorga de atos autorizadores de direitos que tenham impacto no direito de vizinhança dependerá sempre de processo administrativo com direito de participação dos interessados e, conforme o caso, com prévia audiência pública (artigos 9º e 30 da Lei nº 9.784/99). Da mesma forma, é assim que o processo de outorga de licenças ambientais sempre depende de prévia audiência pública, entre outros diversos exemplos.

Daí emerge uma particularidade muito importante do processo administrativo constitutivo, qual seja, a ampliação da noção de partes. Enquanto no processo sancionador e no processo declaratório a participação é, em certa medida, delimitada, no processo constitutivo a participação é ampliada, destinada a todos quantos tiverem direitos ou interesses legítimos afetados pelo ato a ser exarado ao final do processo. Todavia, a este ponto retornaremos no tópico subsequente.

Finalmente, do ponto de vista das funções formais do processo administrativo constitutivo, tem-se uma duplicidade de funções. Há, em primeiro lugar, a função de garantir o direito de contraditório e ampla defesa do particular diretamente interessado (que pleiteia a constituição de um direito) na formulação de alegações, apresentação de documentos, contradição de entendimentos da Administração Pública etc. (i.e., garantia dos direitos fundamentais processuais). Demais disso, há, em segundo lugar, a função de garantir e obrigar a identificação, ponderação e definição dos interesses coletivos dotados de legitimidade que prevalecerão e em qual medida prevalecerão, com a finalidade de garantir que a pretensão do particular será adequada do ponto de vista objetivo.

3.4 Processo administrativo normativo

O último dos tipos de processo administrativo que vemos existente é o processo administrativo normativo ou consultivo, que é aquele conduzido pela Administração Pública previamente ao exercício de seu poder normativo, seja o poder normativo do qual decorrem normas abstratas e gerais, seja o poder normativo do qual decorrem normas concretas e específicas com efeitos sobre indivíduos indeterminados (como, por exemplo, contratos

de concessão de serviços públicos).⁴⁰ Trata-se da maior novidade em termos de processo administrativo, na medida em que é o que mais se distancia da clássica noção de processo administrativo no que concerne ao objeto do processo. Não há um litígio, nem um direito que se pleiteia, mas há um debate processualizado para a edição de um ato administrativo geral e abstrato cujos efeitos afetarão toda uma categoria de cidadãos.

O processo administrativo normativo é uma das espécies de processo administrativo mais intimamente ligadas às noções de democracia e de administração consensual e é o elemento essencial para a conferência de legitimidade aos atos normativos da Administração Pública, sobretudo no que concerne aos atos normativos exercidos no bojo da deslegalização de matérias (*i.e.*, transferência da regulação de uma determinada matéria da lei para a esfera normativa da Administração Pública). Isto ocorre, pois, na condução do processo administrativo normativo, confere-se aos particulares *interesses* o direito de se manifestar acerca dos efeitos a serem produzidos pelo ato a ser exarado, em processo de diálogo entre Administração Pública e particulares.⁴¹

Estando a doutrina do Direito Administrativo de acordo ou não, o poder normativo da Administração Pública é uma realidade.⁴² Já nos manifestamos em outras oportunidades acerca de sua plena compatibilidade com o atual regime da Administração Pública, razão pela qual não nos

⁴⁰ Com amplo albergue na noção de Administração Pública democrática e consensual, vem sendo cada vez mais comum a abertura de processos administrativos de consulta pública para a discussão de contratos de concessão e editais de licitação (vide, por exemplo, artigo 10 da Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004, e artigo 11, inciso IV, da Lei nº 11.445, de 7 de janeiro de 2007). Em que pese serem atos com partes determinadas (poder concedente e concessionário, no caso do contrato de concessão, e Administração Pública e licitantes, no caso dos editais de licitação), são atos cujos efeitos atingem uma generalidade de administrados e, portanto, há a instauração de processo administrativo para conferir a todos os potenciais atingidos pelos efeitos o direito de se manifestar previamente, o que, em razão do mecanismo muito semelhante, classificamos na mesma categoria de processo administrativo que aquele normativo conduzido previamente à edição de atos normativos pela Administração Pública. Demais disso, como bem adverte Maria Sylvia Zanella Di Pietro, os contratos de concessão são atos com efeitos trilaterais, irradiando efeitos ao poder concedente, à concessionária e aos usuários (Cf. *Parcerias na administração pública*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 93 et seq.).

⁴¹ Sobre a questão da legitimidade e do cabimento do poder normativo da Administração Pública, confira-se o nosso *As agências reguladoras independentes e alguns elementos da teoria geral do Estado* (In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 501 et seq.).

⁴² Sobre o tema, confira-se: PERRINO, Pablo E. El Crecimiento de la Potestad Normativa de la Administración en los Estados Contemporáneos. In: *Cuestiones de Acto Administrativo, Reglamento y otras Fuentes del Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Ediciones RAP, 2008. p. 92 et seq.

ateremos à discussão da possibilidade ou impossibilidade de exercício de poder normativo pela Administração Pública. O que verdadeiramente nos interessa no contexto deste estudo não é a existência ou a licitude do poder normativo da Administração Pública, mas sim as *condicionantes processuais para seu exercício*.

Tais condicionantes processuais, segundo entendemos, são a tal ponto relevantes que denotam um tipo processual próprio, permeado de peculiaridades. Referidas peculiaridades consistem, essencialmente, no objeto do processo, na definição das partes e interessados, na forma de atuação da Administração Pública e nas finalidades do processo, tal como passaremos a expor.

Em primeiro lugar, uma das principais críticas feitas pela doutrina acerca do poder normativo da Administração Pública, referente à falta de legitimidade da Administração Pública para editar atos normativos, eis que tal legitimidade teria sido conferida apenas ao Poder Legislativo, pode proceder ou não em razão exatamente da efetiva condução do devido processo administrativo previamente à edição do ato normativo. Isto ocorre, pois o processo administrativo normativo *é conduzido exatamente para possibilitar a participação dos interessados no conteúdo do ato a ser produzido*. Trata-se de processo normativo distinto daquele conduzido no âmbito do Poder Legislativo, mas trata-se de processo sem sombra de dúvidas democrático, claramente direcionado à democracia direta ou invés da democracia representativa.⁴³

Destarte, a possível falta de legitimação democrática da Administração Pública para editar atos normativos pode existir efetivamente ou não, dependendo apenas da existência efetiva de um processo administrativo normativo.⁴⁴ Caso haja efetivamente um processo administrativo normativo, que confira a todos os afetados o direito de se manifestar acerca do conteúdo da norma a ser produzida, não há déficit de legitimidade. Muito ao contrário. Há uma norma legítima e editada pelo processo legitimamente constituído pelo ordenamento jurídico. A existência do Poder Legislativo não implica em

⁴³ Sobre o tema das formas de democracia, confira-se, DALLARI. *Elementos de teoria geral do Estado*, p. 152 et seq., em especial, p. 154.

⁴⁴ Sobre o tema, confira-se: JUSTEN FILHO, Marçal. Agências reguladoras e democracia: existe um déficit democrático na “regulação independente”? In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (Coord.). *O poder normativo das agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 325 et seq.

unicidade de processos normativos. O Poder Legislativo desenvolve apenas *um dos possíveis processos normativos*, sendo lícita a criação de outros processos para a edição de normas, no âmbito dos poderes conferidos ao Estado, exatamente como ocorre no caso do processo administrativo normativo.

No que concerne ao objeto do processo, o processo administrativo normativo tem traço repleto de particularidade. Não constitui seu objeto um litígio ou uma pretensão do particular levada à apreciação da Administração Pública. Constitui seu objeto a ampla discussão de um ato cujos efeitos se irradiarão por toda a sociedade. Em última instância, o processo administrativo normativo tem como objeto o manejo *concertado e consensual* de um poder atribuído à Administração Pública, em estrito cumprimento ao mandamento de democracia contido no artigo 1º da Constituição Federal.

Da mesma forma, no que concerne às partes, o processo administrativo normativo também é muito peculiar, na medida em que não há partes definidas. Há, de um lado, a Administração Pública, que exercitará uma competência que lhe foi atribuída por lei (edição de ato normativo deslegalizado ou obrigatoriamente sujeito à consulta da população), e uma plêiade de agentes e indivíduos indeterminada que sofrerá os efeitos do ato a ser produzido.⁴⁵ Não há como se definir, *a priori*, quem são as partes, mas deve-se facultar a tantos quantos possam ser afetados pelos efeitos do ato o direito de se manifestar.

Exatamente daí surgem como consequências as peculiaridades relacionadas à forma de atuação da Administração Pública e às finalidades do processo. Não sendo possível a definição de quais são as partes do processo, é evidente que a forma adequada de atuação da Administração Pública é aquela mais ampla, pública e transparente possível, de forma a dar a todos a oportunidade de participação. Assim, vemos como evidente um dever de modulação do Princípio da Publicidade da Administração Pública (previsto no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal) entre os diversos tipos de processo,

⁴⁵ Como exemplo, mencione-se o §3º do artigo 4º da Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, que determina a obrigação da Agência Nacional de Energia Elétrica de conduzir processos de consulta e audiência pública previamente à edição de quaisquer atos que afetem os direitos dos agentes do setor elétrico ou dos consumidores, submetendo a estes a intenção do ato a ser praticado e lhes dando a oportunidade de se manifestar acerca do conteúdo pretendido para o ato.

sendo obrigatória amplitude muito maior no que diz respeito ao processo administrativo normativo.

Na mesma senda, as finalidades do processo administrativo não são pôr fim a um litígio ou fazer com que uma determinada pretensão de um particular seja ou não deferida. A finalidade essencial do processo administrativo normativo é a de promover as maiores integração e participação possíveis dos administrativos no processo decisório da Administração Pública em uma matéria que afetará uma miríade de pessoas, conferindo ao ato produzido validade, eficácia plena e legitimidade.

Ainda na mesma esteira, tem-se que a função material do processo administrativo também reside na garantia de direitos fundamentais aos cidadãos, mas não os mesmos direitos fundamentais que se verificam com relação aos demais tipos de processo administrativo. Trata-se de direitos fundamentais de mais adiantadas gerações, sobretudo o direito fundamental à democracia em seu sentido pleno. O processo administrativo normativo vem para conferir à Administração Pública o traço consensual que é inafastável e essencial em um contexto de democracia plena.

4 Legitimidade e capacidade no processo administrativo

Postas as noções apresentadas acima, é necessário, neste momento, chegar ao ponto central do presente estudo, qual seja, apresentar as noções de legitimidade processual e de partes no processo administrativo. É dizer, analisado o processo administrativo sob o prisma de sua tipologia, com todas as particularidades que lhe são afetas conforme o objeto do ato a ser praticado, resta-nos analisar quais as consequências desta tipologia sobre a possibilidade jurídica de participação dos interessados no processo.

Cabe, previamente, contudo, uma pequena advertência. Não analisaremos a questão da legitimidade processual a partir de uma análise subjetiva estrita, assim entendida a capacidade processual formada pelo como o conjunto de condições que um indivíduo precisa apresentar para poder ser parte de um processo administrativo (tais como idade mínima, direito à fruição de seus direitos cívicos, nacionalidade etc.). Analisaremos, porém, a questão da legitimidade processual a partir dos requisitos que são necessários

para conferir a um indivíduo o *direito* de participar de um determinado processo administrativo.

Em primeiro lugar, é necessário fazer uma apartação: a distinção entre legitimidade processual no processo civil e a legitimidade processual no processo administrativo. No processo civil, aplica-se a regra contida no artigo 6º do Código de Processo Civil brasileiro, segundo o qual “ninguém pode pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei”. Vale dizer, para os fins do processo civil, somente tem legitimidade para atuar em um processo aquele que tem um *direito* efetivamente discutido em sede de um processo.

Por conta desta razão, Fredie Didier Jr. define como parte:

aquele que está na relação jurídica processual, faz parte do contraditório, assumindo qualquer das situações jurídicas processuais, atuando com parcialidade e podendo sofrer alguma consequência da decisão final.⁴⁶

Vê-se, assim, que para os fins do processo civil, a noção de parte está diretamente relacionada ao *direito* discutido. A legitimação para atuar no processo dependerá da titularidade do *direito* que constitui o objeto da lide, ou de uma legitimação especial conferida pela lei para que um terceiro pleiteie em juízo direito que não lhe é próprio (por exemplo, a autorização conferida pelo artigo 68, §3º, da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, ao agente fiduciário dos debenturistas para defesa em juízo dos direitos da comunhão dos debenturistas). Exatamente por isso, que o mesmo autor processualista faz distinções entre parte processual, parte legítima e parte material.⁴⁷

No processo administrativo, não é possível utilizar a mesma regra contida no artigo 6º do Código de Processo Civil, uma vez que os critérios para admissão de um determinado indivíduo em um processo administrativo são completamente distintos. Em primeiro lugar, cumpre mencionar que o artigo 9º da Lei nº 9.784/99 tem como critério de legitimação dos indivíduos *não apenas direitos, como também interesses*. Desta forma, não podem

⁴⁶ DIDIER JR. *Curso de direito processual civil*, v. 1, p. 178.

⁴⁷ *Parte processual* é aquela cujo direito se discute em juízo, *parte material* é aquela que efetivamente integra a lide (o titular do direito discutido ou seu representante nos casos expressamente admitidos em lei) e *parte legítima* que é aquela que tem autorização para ingressar em juízo e fazer parte de uma lide (Cf. DIDIER JR. *Curso de direito processual civil*, v. 1, p. 178 -179).

participar do processo administrativo apenas aqueles que têm um *direito* em questionamento, mas também aqueles cuja esfera de *interesses* possa ser alterada em função do objeto do processo.

Neste sentido, muito bem afirma José dos Santos Carvalho Filho:

Os princípios e as regras incidentes sobre o processo judicial, entretanto, são diversos do que se aplicam ao processo administrativo. Assim, há uma atenuação dos elementos caracterizadores da legitimação e do interesse. Se bem examinadas as figuras, poderá chegar-se mesmo à conclusão de que tais noções acabam por confundir-se, o que permite vislumbrar que, em última análise, e levando-se em conta o que dispõe o art. 9º da lei, **legitimado acaba sendo aquele que tiver interesse na providência que constitui objeto do processo administrativo**.⁴⁸

Exatamente por esta razão e considerando os distintos agentes que podem participar de um processo administrativo (Administração e administrado, Administração e diversos administrados e diversos administrados recorrendo a um poder arbitral da Administração), Odete Medauar adverte que as *partes* do processo administrativo são designadas por distintas nomenclaturas, tais como parte, interessado, licitantes etc. Ainda conforme a autora, verifica-se uma grande resistência em se utilizar a nomenclatura *parte* para o processo administrativo, talvez até com a intenção de se distinguir o processo administrativo do processo jurisdicional.⁴⁹

Ademais, no processo administrativo, o objeto do processo é muito mais amplo do que no processo civil, o que faz com que a noção de parte seja mais difícil de ser definida. Exatamente pela ampliação do elemento definidor da legitimidade para atuação no processo administrativo (interesse) e em respeito ao princípio do formalismo moderado do processo administrativo — segundo o qual o processo administrativo não deve seguir uma forma predeterminada — a noção de parte não pode ser predefinida, devendo ser determinada em cada caso concreto e havendo uma certa discricionariedade por parte da Administração Pública para admitir ou inadmitir um sujeito como parte do processo.⁵⁰

⁴⁸ CARVALHO FILHO. *Processo administrativo federal*, p. 111, grifos do original.

⁴⁹ Cf. MEDAUAR. *A processualidade no direito administrativo*, p. 105.

⁵⁰ Neste sentido, KOPP, Ferdinand; RAMSAUER, Ulrich. *Verwaltungsverfahrensgesetz – Kommentar*. 10. Aufl. München: C. H. Beck, 2008. p. 204.

Como já dissemos e repetimos, o processo administrativo tem diversas faces, diversas finalidades e gravita em torno de decisões administrativas que têm naturezas jurídicas e efeitos muito mais amplos do que o processo civil. Desta forma, não é possível, na análise dos efeitos jurídicos do processo administrativo, partir de um critério único de legitimação, pois não há um único processo administrativo, *mas sim uma pluralidade de processos que envolverão sujeitos distintos*.

Exatamente por esta razão, afirma com Thomas von Danwitz com brilhante clareza:

O conceito de parte processual [no processo administrativo] é para cada processo especialmente a ser definido e dependerá, via de regra, do objetivo de cada processo.⁵¹

Sendo assim, o que nos ocupará a partir deste momento neste estudo é identificar qual a legitimidade para participação dos indivíduos no processo administrativo, *em função de cada tipo de processo*, na medida em que, como dissemos, os tipos de processo variam conforme seus respectivos objetos. É o que faremos, então.

Nos termos do artigo 9º da Lei nº 9.784/99, como já dissemos, a legitimidade para atuação no processo administrativo advém da existência de um *interesse* relacionado ao objeto do processo. Contudo, embora concordando com a ampliação da noção de parte para equiparar os interessados na providência, entendemos que ressalvas devem ser feitas exatamente para modular a noção de interessado em função do objeto do processo em análise. Isto ocorre, pois, como bem ressaltam Irene Patrícia Nohara e Thiago Marrara é necessário que:

o potencial interessado comprove a existência de direito ou interesse individual, coletivo ou difuso que possa ser afetado pela decisão administrativa, ou comprove ser titular desses direitos e interesses de acordo com o ordenamento jurídico brasileiro.⁵²

⁵¹ DANWITZ, Thomas von. *Europäisches Verwaltungsrecht*. Berlin; Heidelberg: Springer, 2008. p. 412, tradução nossa.

⁵² NOHARA, Irene Patrícia; MARRARA, Thiago. *Processo administrativo: Lei nº 9.784/99 comentada*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 108.

Sendo assim, vemos claramente que a noção de *interessado* será distinta conforme se analise o processo administrativo sancionador, o processo administrativo declaratório, o processo administrativo constitutivo e o processo administrativo normativo, visto que, em cada caso específico de cada um de tais tipos processuais o próprio objeto do processo limitará ou ampliará, conforme o caso, aqueles sujeitos que detêm interesse na providência administrativa, bem como o grau de interesse e, via de consequência, de poder de participação, que terão no processo.

Primeiramente, no caso do processo administrativo sancionador, enten-demos que a noção de interessado é consideravelmente mais restrita do que a noção de interessado dos demais tipos de processo administrativo. Isto ocorre, pois, no processo administrativo sancionador, a noção de partes é muito mais claramente aferível do que nos demais tipos processuais,⁵³ na medida em que o processo, essencialmente, é formado pela Administração Pública, na qualidade de poder investigatório e sancionador, e por um único administrado ou um conjunto restrito de administrados,⁵⁴ na qualidade de investigados e potencialmente sancionados.

A noção de interessados no processo administrativo sancionador deve ser entendida necessariamente de forma restrita, visto que toda a sociedade é interessada na providência administrativa, de tal forma que, se for conferida ao termo “interessado” uma acepção ampla, não seria possível manter-se um processo organizado. Como já dito, o processo sancionador é aquele que visa à imposição de uma penalidade a um administrado, em razão da transgressão de uma regra jurídica, o que faz com que todos os cidadãos tenham algum interesse na medida administrativa a ser tomada, visto que é interesse de todos que se restaure a ordem jurídica transgredida por meio do apenamento ao transgressor (ou por meio de medida substitutiva que também satisfaça aos anseios coletivos) ou que se afaste a penalidade, caso comprovada a inexistência de transgressão.

Nesta toada, é imperioso concluir que, no caso do processo administrativo sancionador, a legitimidade processual é bastante restrita, sendo partes

⁵³ Cf. SUNDFELD. *A importância do procedimento administrativo*, p. 72.

⁵⁴ Apenas a título exemplificativo, cabe menção aos processos sancionadores no campo antitruste e no campo do mercado de capitais que podem ter como infratores uma série de administrados atuando em concurso.

legítimas apenas a Administração Pública e o particular (ou particulares) sobre os quais poderá recair uma sanção administrativa. Embora haja uma miríade indeterminável de *interessados*, em razão da necessária ordem processual não se pode cogitar da possibilidade de se permitir que todos possam participar do processo sancionador.

Todavia, como em quase todos os casos do Direito, uma exceção existe: no caso do processo administrativo sancionador que culmine com a substituição da sanção administrativa por um acordo que preveja benefícios a terceiros, alheios à esfera do processo sancionador (como, por exemplo, na hipótese do acordo que substitui a sanção administrativa a uma concessionária de serviço público em obrigação de universalização do serviço), tem-se um caso em que todos os beneficiados pelo objeto do acordo substitutivo terão legitimidade nos eventuais processos de verificação do cumprimento de tal objeto, ampliando-se a participação no processo administrativo para além da Administração sancionadora e dos administrados sancionados.⁵⁵ Isto ocorre, pois, nesta hipótese específica, a noção de *interesse* no processo passa a ser estrita e definível, facultando a participação de terceiros no processo. Há quase que uma transformação do processo em processo constitutivo, na medida em que poderá haver a *constituição* de direitos a terceiros.

No que se refere ao processo administrativo declaratório, a tendência é de que a noção de partes seja mais restrita, mas não tão restrita quanto se verifica com relação ao processo administrativo sancionador. A razão da tendência de restrição da noção de parte no processo administrativo declaratório é seu próprio objetivo: como dito, em regra, o processo administrativo declaratório é aquele que se volta a uma declaração da Administração Pública *acerca de algo que seja de interesse de um administrado*. É dizer, no processo administrativo declaratório, a Administração Pública é provocada a *declarar* algo no interesse do administrado, o que faz com que haja algum grau de restrição na identificação de outros interessados aptos a participar do processo.

Assim é que, no processo administrativo declaratório, por poderem participar do processo apenas aqueles que efetivamente tiverem interesse

⁵⁵ Sobre a questão, confira-se: PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Atuação administrativa consensual: estudo dos acordos substitutivos no processo administrativo sancionador*. f. 153-155. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 26 fev. 2010.

direto na declaração a ser exarada pela Administração Pública, poucos terão *legitimidade* para participar do processo, pois, via de regra, apenas o solicitante tem interesse direto na declaração a ser exarada. É o que ocorre, por exemplo, com o interessado em obter uma declaração de inexistência de débitos para com a fazenda pública, posto que, em condições normais, apenas tal interessado (sujeito passivo da relação jurídica) tem interesse na declaração.

Como exceção, tem-se o processo existente nas licitações públicas. Em tal processo, todos os licitantes têm interesse direto na declaração que vier a ser feita pela Administração Pública não apenas com relação à sua situação individualmente verificada, mas também com relação à situação de todos os demais licitantes. Daí por que são partes legítimas não apenas os destinatários da declaração, mas todos os que sofrem as consequências da declaração.

Sendo assim, no que concerne à definição de *parte* no processo administrativo declaratório, pode-se entender que são partes legítimas a Administração Pública, o particular (ou grupo de particulares) diretamente interessado na declaração e, eventualmente, todos aqueles cuja esfera de direitos e interesses possa ser afetada pela declaração exarada. Todavia, considerando-se que, em regra, apenas o destinatário da declaração tem interesse em tal ato, é possível afirmar que a noção de parte tende a ser restrita.

Ademais, no que concerne ao processo administrativo constitutivo, tem-se clara uma ampliação da noção de parte do processo. Isto ocorre, em diversos casos, o ato administrativo constitutivo de direitos afeta não apenas o beneficiário do ato, mas também uma gama de pessoas que sofrem as consequências do direito que se constitui. A razão para tanto é simples: normalmente, é necessária prévia aprovação da Administração Pública apenas para atividades e realizações cujos efeitos transcendam a pessoa do beneficiário do ato.

Tal como já mencionado acima, o processo administrativo constitutivo tem uma dupla função: tanto serve para verificar se o indivíduo que pleiteia o ato administrativo reúne as condições subjetivas necessárias para receber a concessão (aqui em sentido amplo) pretendida, quanto para verificar, em processo de ponderação de interesses, a possibilidade objetiva de se outorgar a concessão do direito pretendido e, caso haja a possibilidade, qual a sua extensão.

Neste sentido, é possível entender que somente o Estado será chamado para previamente aprovar ou desaprovar o exercício de determinada atividade *se tal atividade envolver diversos interesses, além do interesse daquele que pleiteia o ato administrativo constitutivo*.⁵⁶ Assim, a noção de parte no processo administrativo constitutivo tende a ser mais ampla do que a noção de parte nos processos sancionador e declaratório, na medida em que *serão partes legítimas do processo, com esteio no artigo 9º da Lei nº 9.784/99, todos aqueles cuja esfera de direitos e interesses venha a ser afetada pelo direito a ser constituído no âmbito do processo*.

Volvendo os olhares para o Direito positivo, há uma enorme constelação de atos administrativos constitutivos cuja outorga depende da ou faculta a participação dos diretamente interessados no processo de formação. É o que ocorre com as licenças de construção,⁵⁷ as licenças ambientais, os atos de outorga de atividades reguladas, entre diversos outros. Em todos esses casos, aquele que é diretamente afetado pelo ato a ser produzido poderá participar do processo de formação do ato (por exemplo, os vizinhos afetados por um alvará de construção ou de funcionamento de um determinado empreendimento urbano), o que torna imperiosa a ampliação da noção de parte legítima do processo.

Nesta toada, o que se tem é que nos processos administrativos constitutivos a noção de parte é significativamente ampliada em relação à noção de parte nos processos sancionador e declaratório, na medida em que parte legítima será todo aquele indivíduo que tiver seu plexo de direitos e interesses afetado pelo ato a ser exarado. Caberá à Administração Pública, diante das circunstâncias específicas do caso concreto, delimitar quais são as partes legítimas, em função de uma análise da existência ou não de reflexos do ato exarado sobre a esfera de direitos e interesses de cada um.

Em consequência destas colocações, duas observações devem ser feitas: em primeiro lugar, há uma discricionariedade da Administração Pública

⁵⁶ Como bem informa Eberhard Schmidt-Assmann, “o direito administrativo precisa se ocupar também com a organização dos interesses. Para a Administração Pública incumbida dos interesses públicos e de sua apresentação e sua acomodação isso é evidente” (*Das Allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsideoe*. 2. Aufl. Heidelberg: Springer, 2006. p. 149, tradução nossa).

⁵⁷ Interessante mencionar que Eberhard Schmidt-Assmann utiliza exatamente as licenças de construção como exemplo de atos que não podem prescindir de uma ponderação de interesses públicos e particulares, o que se encontra devidamente insculpido no ordenamento jurídico alemão. Sobre o tema, confira-se: *Das Allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsideoe*, p. 150-152.

de admitir a característica de parte legítima a um indivíduo nos processos administrativos constitutivos, pois nem sempre será claro o quanto a esfera de direitos e interesses de um indivíduo será afetada pelo ato a ser exarado. E, em segundo lugar, o ato final exarado em um processo constitutivo poderá dar início a um outro processo provocado por aqueles que foram afetados pelo ato produzido, mas que não tiveram a oportunidade de participar do processo de formação de tal ato, com vistas à anulação ou à alteração do ato produzido, visto que, muitas vezes, apenas quando da edição do ato é que se poderá, efetivamente, verificar quais são as partes afetadas pelo ato produzido.⁵⁸

Novamente recorreremos às licenças de construção como exemplo ilustrativo do quanto afirmado. A razão para tanto é que ambas as situações podem ser claramente comprovadas a partir da análise dos efeitos de um alvará de construção, na medida em que não é absolutamente claro e transparente quais são os diretamente afetados pelo ato a ser produzido (*i.e.*, não é possível predeterminar quais são os particulares afetados pela construção, nem muito menos em qual medida são afetados), o que confere certa margem de discricionariedade à Administração Pública para permitir ou não participação de todos no processo, e em que, em muitos casos, apenas após a edição do ato e de sua implementação (*i.e.*, início das obras) é que poderá se verificar que um determinado particular foi afetado pelo ato produzido e, portanto, tem direito a um processo para rever o ato produzido.

Finalmente, tal como adiantado no tópico anterior, tem-se o processo administrativo normativo como aquele no qual a noção de parte é a mais ampla de todas. A razão para tanto é evidente. Como mencionado acima, o processo administrativo normativo é aquele destinado a colher a opinião dos futuros sujeitos a uma norma produzida pela Administração Pública acerca de seu conteúdo.

Todos os cidadãos são partes legítimas deste processo, na medida em que, de alguma forma, todos serão sujeitos aos termos e condições da norma a ser produzida. Por mais específica a norma, não há como se determinar *a priori* qual o grupo específico que será afetado por seus efeitos. E ainda

⁵⁸ Cf. WOLFF, Heinrich Amadeus; DECKER, Andréas. *Studienkommentar VwGO VwVfG*. München: C. H. Beck, 2005. p. 554.

que houvesse, não haveria como excluir um determinado cidadão do processo administrativo, pois quanto maior a participação dos indivíduos, maior a legitimidade do ato a ser produzido.

Exatamente como mencionado acima, um dos objetivos do processo administrativo normativo é o de conferir legitimidade ao ato normativo a ser produzido. Por esta razão, todos aqueles que quiserem poderão participar do processo administrativo, pois também exatamente desta forma o processo cumprirá suas finalidades. Portanto, é possível entender que no processo administrativo normativo a noção de parte legítima é extremamente ampla, abrangendo todos os cidadãos que queiram participar do processo. Não há *a priori* como se excluir qualquer indivíduo do processo, apenas sendo possível em hipóteses excepcionais, tais como de participação meramente procrastinatória, com objetivos únicos de prejudicar o bom andamento processual.

Vistas estas questões relacionadas à noção de parte no processo administrativo, é necessário deixar assentada uma última noção, que é comum a todos os tipos de processo administrativo, qual seja, a noção e as consequências do regime legal das partes no processo administrativo. Em decorrência do quanto exposto, a noção de parte no processo administrativo não é uniforme, da mesma forma que a forma de participação de cada parte legítima em cada tipo de processo também não o é. Daí, evidentemente, tem-se que não se pode considerar que o regime jurídico das partes possa ter efeitos idênticos em cada tipo processual.

Concluindo este tópico, temos que a ampliação da noção de partes legítimas no processo administrativo não pode ser entendida como um elemento de equiparação de todas as partes legítimas. A participação dos legitimados deve ser modulada, na medida em que o grau de relevância para uns não é o mesmo para outros. Por exemplo, o particular que pleiteia a concessão não pode ser equiparado àquele que participa em razão das consequências — muitas vezes reflexas — do ato sobre sua esfera de interesses. Por esta razão, o regime processual da participação de cada parte deve ser proporcional ao seu interesse na providência final do processo.

Neste sentido, bem afirma Jesús Gozález Perez:

Nem todos os que intervêm no processo administrativo, além das partes demandante e demandada, devem estar submetidos a um mesmo regime processual. Se em certos supostos o princípio da tutela jurisdicional efetiva exige que ao interveniente se outorgue tratamento idêntico ao da parte em igual situação processual, em outros outorgar um tratamento processual igual é o que poderia constituir um atentado ao mesmo princípio. Porque as situações jurídicas materiais subjacentes podem exigir o contrário.⁵⁹

Em primeiro lugar, há que se diferenciar cada categoria de *interesse* subjacente a uma relação jurídica posta em um processo administrativo. Isto deve-se à existência de interesses “substanciais”, que são os interesses *diretamente* relacionados ao ato a ser produzido, e à existência de interesses “formais”, que são os interesses relacionados à observância das normas processuais aplicáveis.⁶⁰

Aqueles que detêm interesses substanciais no ato a ser produzido não podem ter o mesmo tratamento daqueles que detêm meros interesses formais. Com isso quer-se dizer que aqueles que são partes necessárias do processo por terem interesses diretamente relacionados ao ato a ser produzido não podem ter o mesmo tratamento processual daqueles que têm sua participação no processo apenas facultada.

Esta discussão está longe de ser meramente teórica. Tem consideráveis reflexos práticos na vida jurídica, visto que a diferenciação é muito relevante na definição da existência e das consequências de vícios processuais. Por exemplo, a falta de notificação do início do processo pode ser considerada uma nulidade com relação àqueles que têm interesses substanciais no ato a ser produzido, mas pode ser considerada simples irregularidade passível de convalidação com relação àqueles que têm meros interesses formais no processo.⁶¹

Sendo assim, pode-se encerrar este tópico firmando o entendimento de que a noção de parte legítima do processo administrativo não é uniforme, variando conforme o tipo de processo desde concepções absolutamente restritas (processo administrativo sancionador) até concepções absolutamente amplas (processo administrativo normativo). Todavia, a ampliação da noção

⁵⁹ GONZÁLEZ PEREZ, Jesús. Hacia un Código Procesal Administrativo Modelo para Iberoamérica. In: GONZÁLEZ PEREZ, Jesús; CASSAGNE, Juan Carlos. *La Justicia Administrativa em Iberoamérica*. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2005. p. 72.

⁶⁰ Cf. VIRGA. *La Partecipazione al Procedimento Amministrativo*, p. 156-157.

⁶¹ Cf. VIRGA. *La Partecipazione al Procedimento Amministrativo*, p. 156.

de parte legítima não pode significar equiparação jurídica de todas as partes, sendo imperiosa uma modulação do tratamento jurídico dispensado a cada parte conforme seu interesse no processo.

5 Conclusão

O objetivo do presente estudo foi o de apresentar o processo administrativo de forma individualizada, considerando-se sua natureza de disciplinador da forma de atuação da Administração Pública. Neste mister, levamos em consideração a atual forma de atuação da Administração Pública, que, a nosso ver, não mais se coaduna com os modelos autoritários construídos no século XIX, mas sim que demanda uma disciplina concertada, bilateral e, tanto quanto possível, consensuada.

O particular não pode ser alijado e alienado da atuação da Administração Pública, mas deve ser incorporado a tal atuação, sendo dela parte. Por esta razão, não se pode, na análise do atual *modus operandi* da Administração Pública, nem se considerar o autoritarismo e a unilateralidade historicamente construídos, nem se importar do processo civil conceitos que não fazem nenhum sentido na atuação da Administração Pública.

Por esta razão, procuramos apresentar uma noção tão ampla quanto possível de legitimidade de participação no processo administrativo. Acreditamos que os direitos fundamentais insculpidos na Constituição Federal, bem como os princípios jurídicos orientadores da disciplina jurídica da Administração Pública somente serão plenamente cumpridos caso ao indivíduo seja atribuído o tratamento jurídico previsto pelo ordenamento, qual seja, o de centro da ordem jurídica — ainda ocupado, como erroneamente considerado ainda por muitos publicistas, pela Administração Pública. E tal tratamento não prescinde do direito de participação, que sempre deve ser considerado de maneira ampla.

Referências

BENVENUTI, Feliciano. Funzione Amministrativa, Procedimento, Processo. *Rivista Trimestrale de Diritto Pubblico*, t. I, p. 118-144, jan./mar. 1952.

BOTELHO, José Manuel Santos; ESTEVES, Américo Pires; PINHO, José Cândido. *Código de Procedimento Administrativo anotado e comentado*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Processo administrativo federal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CASSESE, Sabino. *Le Basi del Diritto Amministrativo*. 9ª ed. Garzanti: Milano, 2000.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

DANWITZ, Thomas von. *Europäisches Verwaltungsrecht*. Berlin; Heidelberg: Springer, 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2009. v. 1. Teoria geral do processo e processo de conhecimento.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Direitos dos licitantes*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

GIANNINI, Massimo Severo. *Istituzioni di Diritto Amministrativo*. 2ª ed. Milano: Giuffrè, 2000.

GONZÁLEZ PEREZ, Jesús. Hacia un Código Procesal Administrativo Modelo para Iberoamérica. In: GONZÁLEZ PEREZ, Jesús; CASSAGNE, Juan Carlos. *La Justicia Administrativa em Iberoamérica*. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2005.

GUEDES, Demian. *Processo administrativo e democracia: uma reavaliação da presunção de veracidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

JUSTEN FILHO, Marçal. Agências reguladoras e democracia: existe um déficit democrático na “regulação independente”? In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (Coord.). *O poder normativo das agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

KOPP, Ferdinand; RAMSAUER, Ulrich. *Verwaltungsverfahrensgesetz – Kommentar*. 10. Aufl. München: C.H. Beck, 2008.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo Marques. Aspectos jurídicos do exercício do poder de sanção por órgão regulador do setor de energia elétrica. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 221, p. 353 *et seq.*, jul./set. 2000.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Ensaio sobre o processo como disciplina do exercício da atividade estatal. In: DIDIER JR., Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira (Coord.). *Teoria do processo*. Salvador: JusPodivm, 2008.

MEDAUAR, Odete. *A processualidade no direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MEDAUAR, Odete. Constituição de 1988: catalisadora da evolução do direito administrativo?. *Revista do Advogado*, São Paulo, ano 28, n. 99, p. 100 *et seq.*, set. 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 27. ed. atual. por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Azevedo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2002.

MEIRELLES, Hely Lopes. Os poderes do administrador público. *Revista de Direito Administrativo*, Edição Histórica, Rio de Janeiro, p. 327 *et seq.*, 1995.

MERKL, Adolf. *Teoría General del Derecho Administrativo*. México: Ed. Nacional, 1975.

NOHARA, Irene Patrícia; MARRARA, Thiago. *Processo administrativo: Lei nº 9.784/99 Comentada*. São Paulo: Atlas, 2009.

OSÓRIO, Fábio Medina. Direito administrativo sancionador na Constituição de 1988. *Cadernos Adenauer*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 1, set. 2008.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Atuação administrativa consensual: estudo dos acordos substitutivos no processo administrativo sancionador*. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 26 fev. 2010.

PERRINO, Pablo E. El Crecimiento de la Potestad Normativa de la Administración en los Estados Contemporáneos. In: *Cuestiones de Acto Administrativo, Reglamento y otras Fuentes del Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Ediciones RAP, 2008. p. 92 *et seq.*

SANDULLI, Aldo M. *Il Procedimento Amministrativo*. Milano: Giuffrè, 1964.

SCHIRATO, Vitor Rhein. Algumas considerações atuais sobre o Sentido de Legalidade na Administração Pública. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, p. 151 *et seq.*, n. 47, jan./fev. 2008.

SCHIRATO, Vitor Rhein. As agências reguladoras independentes e alguns elementos da teoria geral do Estado. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

SCHIRATO, Vitor Rhein. O processo administrativo como instrumento do Estado de direito e da democracia. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (Org.). *Atuais rumos do processo administrativo*. São Paulo. No prelo.

SCHIRATO, Vitor Rhein; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Consenso e legalidade: vinculação da atividade administrativa consensual ao direito. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 7, n. 27, p. 67-93, out./dez. 2009.

SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. *Das Allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee*. 2. Aufl. Heidelberg: Springer, 2006.

SCHNEIDER, Jens-Peter. Strukturen und Typen von Verwaltungsverfahren. In: HOFFMANN-RIEM, Wolfgang; SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard; VOBKUHLE, Andreas (Org.). *Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band II*. München: C. H. Beck, 2008.

SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. *Em busca do acto administrativo perdido*. Coimbra: Almedina, 2003.

SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. *Para um contencioso administrativo dos particulares*. Coimbra: Almedina, 2005.

SUNDFELD, Carlos Ari. A importância do procedimento administrativo. *Revista de Direito Público*, São Paulo, ano 20, p. 64 *et seq.*, out./dez. 1987.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo ordenador*. São Paulo: Malheiros, 2003.

VIRGA, Giovanni. *La Partecipazione al Procedimento Amministrativo*. Milano: Giufrè, 1998.

WOLFE, Heinrich Amadeus; DECKER, Andréas. *Studienkommentar VwGO VwVfG*. München: C. H. Beck, 2005.

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

SCHIRATO, Vitor Rhein. Legitimidade processual e tipos de processo administrativo. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 12, n. 62, p. 83-123, jul./ago. 2010.