

Organização  
**ODETE MEDAUAR**  
**VITOR RHEIN SCHIRATO**

# **ATUAIS RUMOS DO PROCESSO ADMINISTRATIVO**

---

Odete Medauar, Bernardo Strobel Guimarães,  
Carlos Eduardo Faraco Braga,  
Carolina Caiado Lima, Karlin Olbertz,  
Guilherme Corvo Ribas, Rodrigo Pagani de Souza,  
Vitor Rhein Schirato

---

EDITORA   
REVISTA DOS TRIBUNAIS

Organização  
Odete Medauar  
Vitor Rhein Schirato

# Atuais Rumos do Processo Administrativo

## Participam desta edição

Bernardo Strobel Guimarães  
Carlos Eduardo Faraco Braga  
Carolina Caiado Lima  
Guilherme Favaro Corvo Ribas

Karlin Olbertz  
Odete Medauar  
Rodrigo Pagani de Souza  
Vitor Rhein Schirato

EDITORA   
REVISTA DOS TRIBUNAIS



RT  
392.481/0001-16  
AB 10  
AF-3

53655/10

## Atuais Rumos do Processo Administrativo

Organização  
Odete Medauar  
Vitor Rhein Schirato



25.10.2010

Participam desta edição Bernardo Strobel Guimarães, Carlos Eduardo Faraco Braga, Carolina Caiado Lima, Guilherme Favaro Corvo Ribas, Karlin Olbertz, Odete Medauar, Rodrigo Pagani de Souza, Vitor Rhein Schirato.

0002

Diagramação eletrônica:

Microart – Com. e Edit. Eletrônica Ltda., CNPJ 03.392.481/0001-16

Impressão e encadernação:

Gráfica e Editora Ripress Ltda., CNPJ 00.480.416/0001-54

© desta edição [2010]

EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS LTDA.

CARLOS HENRIQUE DE CARVALHO FILHO  
Diretor responsável

Rua do Bosque, 820 – Barra Funda  
Tel. 11 3613.8400 – Fax 11 3613.8450  
CEP 01136-000 – São Paulo, SP, Brasil

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS. Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, especialmente por sistemas gráficos, microfílmicos, fotográficos, reprográficos, fonográficos, videográficos. Vedada a memorização e/ou a recuperação total ou parcial, bem como a inclusão de qualquer parte desta obra em qualquer sistema de processamento de dados. Essas proibições aplicam-se também às características gráficas da obra e à sua editoração. A violação dos direitos autorais é punível como crime (art. 184 e parágrafos do Código Penal) com pena de prisão e multa, busca e apreensão e indenizações diversas (arts. 101 a 110 da Lei 9.610, de 19.02.1998, Lei dos Direitos Autorais).

CENTRAL DE RELACIONAMENTO RT  
(atendimento, em dias úteis, das 8 às 17 horas)

Tel. 0800.702.2433

e-mail de atendimento ao consumidor  
sac@rt.com.br

Visite nosso site  
www.rt.com.br

Impresso no Brasil  
[05-2010]

Profissional

Atualizado até  
[30.04.2010]



EDITORA AFILIADA

ISBN 978-85-203-3663-2

## *O processo administrativo como instrumento do Estado de Direito e da Democracia\**

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 em Direito da Fundação Getúlio Vargas (G. V. Law). Advogado em São Paulo.

**SUMÁRIO:** 1. Considerações iniciais: 1.1 O tal regime jurídico-administrativo e o processo administrativo; 1.2 A noção de processo administrativo – 2. O Estado de direito e o processo administrativo: 2.1 A noção de Estado de direito; 2.2 As consequências do Estado de direito para o direito administrativo; 2.2.1 O princípio da legalidade em sua formulação clássica; 2.2.2 A concepção tradicional do controle jurisdicional; 2.2.3 Da legalidade estrita à juridicidade; da legalidade material à legalidade formal; 2.2.4 Controle jurisdicional no atual contexto – 3. A democracia e o processo administrativo: 3.1 A atual concepção de democracia e seus desdobramentos; 3.2 O processo administrativo em um contexto democrático; 3.3 A legitimação pelo processo; 3.4 O Estado democrático de direito – 4. O direito positivo brasileiro – 5. Conclusão – Bibliografia.

### 1. Considerações iniciais

O tema do processo administrativo vem, inquestionavelmente, ganhando

\* Meus agradecimentos pessoais à Professora Odete Medauar pela maestria com que conduziu o curso sobre o instigante, emergente e relevante tema do processo administrativo, resultando na realização desta obra coletiva, e pela gentileza e prontidão na coordenação na presente obra. Agradeço também aos colegas coautores pela rápida mobilização na realização desta obra.

cada vez mais espaço nos estudos do direito administrativo ao longo dos últimos anos. Sobretudo a partir da consolidação da democracia como um dos vetores do Estado contemporâneo, o ato administrativo – dantes ocupante de lugar de honra na estruturação sistemática do estudo de direito administrativo – passa a perder espaço para o processo administrativo, do qual o ato administrativo é parte. Com isso, quer-se dizer que o ato deixa de ser solitariamente o centro do direito admi-

nistrativo, passando a estar englobado por tema mais complexo, que se refere a todo o caminho a ser percorrido pela Administração Pública para licitamente exarar o ato final.

Essa mudança de paradigma é uma decorrência lógica da alteração da forma de atuação do Estado na realização de seus misteres. Uma breve reflexão histórica mostra, desde fins do século XIX e durante toda a primeira metade do século XX, uma atuação sempre verticalizada e autoritária da Administração Pública em relação aos particulares, na qual as decisões administrativas eram impostas unilateralmente com eficácia imediata. Poucas garantias eram conferidas aos particulares em face do Estado, fazendo com que houvesse muito maior liberdade à Administração Pública para realizar suas funções atribuídas por lei sem participações relevantes dos administrados. Tal cenário é, ainda, reforçado pela enorme quantidade de regimes de governo totalitaristas (ou semitotalitaristas) existentes em diversos países na época em análise, os quais, evidentemente, não conferiam ao administrado o menor envolvimento no funcionamento da coisa pública.

Com a consolidação da democracia em diversos dos países ocidentais a partir do segundo pós-guerra, a realidade é profundamente alterada. Diversas são as afirmações de direitos fundamentais dos cidadãos contra os Estados, desde direitos basilares como a vida, a liberdade e a propriedade, até complexos

direitos sociais.<sup>1</sup> O cidadão agiganta-se em face do Estado, passando a ser detentor de direitos e credor de resultados específicos. Não há mais a possibilidade de imposição unilateral de decisões em todos os casos, sem processo prévio de diálogo. Passa a haver garantias aos administrados de participação e interação das decisões públicas.

A nosso ver, todo esse processo acima está intimamente ligado à consolidação do Estado de direito e da democracia, na medida em que o conceito de ambos é diametralmente oposto à imposição de decisões, à unilateralidade e ao autoritarismo ilimitado. Valores democráticos passam a exigir que o Estado não somente produza resultados conforme à lei, mas que siga o caminho legalmente disciplinado para produzir tais resultados, de forma concertada com aqueles direta e indiretamente interessados no conteúdo do ato a ser exarado.

Nesta senda, procuraremos, com o presente estudo, apresentar algumas considerações que demonstrem a intrínseca relação existente entre a instituição do processo administrativo e os valores do Estado de direito e da demo-

1. Essa evolução dos direitos fundamentais é comumente caracterizada na doutrina por meio de gerações, sendo a primeira geração aquela que abrange direitos fundamentais mais basilares (direitos de liberdade), a segunda geração aquela que abrange direitos pouco mais sofisticados, tais como os direitos sociais, culturais e econômicos e assim por diante. Sobre o tema, confira-se Paulo Bonavides, *Curso de direito constitucional*, p. 562 e ss.

cria  
mi  
de  
de  
1.º  
pri  
bro  
pri  
qu  
di  
mo  
no  
ad  
es  
ob  
se  
se  
tiv  
se  
pa  
m  
ex  
Ac  
ce  
til  
bi  
2º  
ra  
d  
er  
al  
n  
1  
v  
t  
n

cracia, de forma a inserir o processo administrativo como uma das exigências de um regime de Estado democrático de direito, tal como o brasileiro (art. 1.º, *caput*, da CF).

Para tanto, examinaremos, em um primeiro momento e de forma bastante breve, para não nos desviarmos do foco primordial deste estudo, os elementos que levam à mudança de paradigma do direito administrativo que mencionamos acima, bem como exporemos a noção de processo administrativo que adotaremos para os fins do presente estudo. Na sequência, teremos como objeto de estudo o Estado de direito, seus elementos tradicionais, suas consequências para o direito administrativo e os desdobramentos dessas consequências hodiernamente. Ademais, passaremos a analisar a noção de Democracia, sua conotação atual e suas exigências e imposições à atuação da Administração Pública. Por fim, concentraremos nossos esforços para identificar, brevemente, no direito positivo brasileiro (sobretudo na Lei 9.784, de 29.01.1999), os reflexos das considerações anteriores acerca do Estado de direito e da democracia. Então, para encerrar este estudo, apresentaremos algumas considerações que entendemos valiosas.

### 1.1 O tal regime jurídico-administrativo e o processo administrativo

As origens do direito administrativo – tal como o conhecemos – remontam à formação do Estado de direito em meados do século XIX. Isso não é novi-

dade para ninguém minimamente introduzido na matéria. Com a formação do Estado de direito, passa a ser clara uma noção de Estado distinta da figura do monarca, que atua não segundo os mandos e desmandos do soberano, mas sim de acordo com a vontade geral, expressa na lei.<sup>2</sup> São notáveis as influências de Rousseau e de Montesquieu na construção do Estado de direito e, conseqüentemente, da Administração Pública, visto que esta é a decorrência da atribuição ao Estado do poder de gerir a coisa comum de todos e de ordenar a sociedade, de acordo com os ditames da lei, com a segregação das funções do Estado entre diferentes órgãos.

Muito embora sempre tenha havido, em grau maior ou menor de centralização, uma autoridade com poder de interferir na vida dos cidadãos, a existência de uma autoridade central desvinculada da figura do soberano e submetida à ordem jurídica é, sem dúvida, o marco fundamental para que se comece a pensar em uma Administração Pública tal como hoje a conhecemos. Verifica-se a existência, a partir deste momento, de um Estado sujeito de direitos e obrigações e exercente de distintas funções (jurisdicional, legis-

2. Como bem remonta Caio Tácito, a pedra fundamental da construção de submissão da Administração Pública à lei, com conseqüente conferência de feição jurídica à Administração Pública, dá-se no ano de 1800, na França, com a Lei 28 pluviôse do ano VIII (*Di- reito administrativo*, p. 1).

lativa e executiva), com a finalidade de garantir a ordem pública.<sup>3</sup>

Desta forma, é possível afirmar que a concepção iluminista do Estado como a centralização do poder necessária para a realização do bem comum,<sup>4</sup> sobretudo esteada em Hobbes e Rousseau, fez ser atribuída ao Estado uma necessária posição de supremacia em relação aos cidadãos. Afinal, ao Estado caberia, por meio da centralização do poder, realizar o interesse da coletividade e garantir a ordem pública. Ao passo que aos particulares caberia apenas perseguir seus interesses, em detrimento do interesse público, coletivo, não sendo, portanto, cogitável a existência um regime paritário ou menos verticalizado na relação entre Estado e particulares.<sup>5</sup> O interesse particular, nesta construção, é sempre contrário

3. Sobre uma concepção finalística do Estado, confira-se: Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, *Princípios gerais de direito administrativo*, vol. 1, p. 173 e ss.
4. Sobre o histórico da formação do regime jurídico-administrativo como elemento de centralização para a realização do bem comum, confira-se: Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif*, p. 4 e ss.
5. A título exemplificativo, é interessante mencionar que Otto Mayer sempre rejeitou a possibilidade de formação de vínculos contratuais entre a Administração Pública e particulares, tendo em vista a necessária superioridade em que se encontra aquela em relação a esses (apud Jörn Ipsen, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, p. 233-234).

ao interesse público, justificando sua submissão.

O poder administrativo, necessário à realização dos misteres do Estado, como bem definido por Maurice Hauriou, seria, nesta toada, caracterizado por um poder de restrição (ou de imposição) e por um poder de ação direta. O primeiro seria relativo ao direito da Administração Pública de exigir determinados ônus aos particulares (tais como serviço militar e desapropriação) e o segundo seria o poder conferido à Administração Pública de atuar diretamente, sem necessidade de permissão ou autorização de qualquer pessoa ou órgão, na satisfação dos interesses do Estado. É o que o autor denomina fazer justiça para si mesmo.<sup>6</sup>

Verifica-se, pois, que a construção do direito da Administração Pública dá-se a partir (i) da noção de submissão da Administração Pública à lei, entendida como expressão da vontade coletiva, e (ii) da conferência à Administração Pública de poderes exorbitantes, especiais, destinados a fazer valer o interesse público. É neste contexto que se formam elementos desde sempre considerados intrínsecos à Administração Pública, tais como a imperatividade, a unilateralidade e a autoexecutoriedade.<sup>7</sup>

6. Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif*, p. 21-22.
7. Sobre o surgimento e a desconstrução desses elementos, confira-se: Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da Silva, *Em busca do acto administrativo perdido*, p. 445 e ss.

Em síntese, podemos entender que a construção do direito da Administração Pública determinava que esta, submetendo-se aos ditames da lei, deveria atuar de forma autoritária para a realização do interesse público, definido também em lei. É dizer: para a realização do interesse público e do bem comum, dota-se a Administração Pública de prerrogativas extraordinárias, exorbitantes do direito comum. O regime jurídico da Administração Pública seria, portanto, nesta concepção, um regime de prerrogativas. Contudo, tais prerrogativas seriam destinadas exclusivamente ao alcance das finalidades precípua da Administração Pública, as quais sempre teriam como objetivo garantir a realização do interesse público.

Sendo assim, o que se tem com relação à Administração Pública é um regime jurídico que contempla a conferência de poderes especiais para que a Administração possa efetivamente realizar o interesse público, sua finalidade essencial, quebrando-se a horizontalidade das relações jurídicas com os particulares em razão de uma supremacia do interesse público em relação aos interesses particulares. Emblemático neste sentido é o entendimento de Celso Antônio Bandeira de Mello acerca de tal regime jurídico, segundo o qual esse: "Significa que o Poder Público se encontra em situação de autoridade, de comando, relativamente aos particulares, como indispensável condição para gerir os interesses públicos postos em confronto. Compreende em face da

sua desigualdade, a possibilidade, em favor da Administração, de constituir os privados em obrigações, por meio de ato unilateral daquela. Implica, outrossim, muitas vezes, o direito de modificar, também unilateralmente, relações já estabelecidas".<sup>8</sup>

Na teoria, a concepção do tal regime jurídico-administrativo mencionada acima funciona de forma perfeita e inquestionável. Partindo-se do pressuposto de que a Administração Pública tutela e realiza o interesse público (metaindividual, portanto), previsto em lei ou identificável por ela por força de lei, sempre oposto ao interesse individual, encontra-se a Administração em nível de superioridade, de supremacia, no qual lhe são conferidos poderes específicos e exorbitantes para exatamente garantir a realização desse interesse da coletividade de forma eficiente e eficaz.

Como muito bem lembra Sabino Cassese, a concepção inicial do direito administrativo partia de um pressuposto bipolar: de um lado havia o Estado, dotado de autoridade para impor obrigações aos particulares, com a finalidade de garantir a ordem social, e de outro havia os cidadãos, dotados de direitos fundamentais, que impunham limites ao poder do Estado. Havia um constante conflito entre liberdade e autoridade, emergente das relações entre Estado e particulares, submetendo-se cada qual a regras e regimes específicos,

8. Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de direito administrativo*, p. 59.



um de direito público (Estado) e um de direito privado (particulares). Não havia nem convergência, nem contraste, mas contraposição entre os polos: Tal contraposição era a causa da superioridade do polo público sobre o polo privado, a qual era compensada pela imposição de regras e deveres ao Estado e de liberdade aos particulares.<sup>9</sup>

Neste cenário bipolar o regime jurídico-administrativo aventado pela doutrina mostra-se uma verdadeira pedra angular, visto que a autoridade do Estado deve impor-se sobre as liberdades dos particulares para garantir a ordem pública e, assim, realizar o interesse público. Há em referido cenário perfeita segregação entre público e privado: enquanto o primeiro é dotado de poderes especiais e limitados, destinados exclusivamente a uma finalidade, o segundo é dotado de ampla liberdade, limitada apenas em casos extremos pelo direito. A segregação de esferas decorre de uma segregação de interesses público e privado.

O primeiro é o interesse da coletividade, determinado pela lei que limita a liberdade dos particulares ou pela Administração por expressa delegação da lei. E o segundo é o interesse de realizar vontades particularísticas, desprovidas de coletividade. Olhando-se para a sociedade construída nesta lógica bipolar é claramente definível onde se encontram os interesses públicos e onde se encontram os interesses parti-

9. Sabino Cassese, *La crisis del Estado*, p. 101-104.

culares. Novamente com forte influência iluminista, o interesse público é o definido pela lei – ou pelo Estado com esteio na lei – como legitimador de supressões e limitações das liberdades particulares, ao passo que os interesses particulares são os interesses de cada cidadão. O interesse público é, nesta construção, fundamento e limite do poder da Administração Pública.<sup>10</sup>

A gênese desse raciocínio encontrou pleno assento na sociedade monoclasa do século XIX,<sup>11</sup> visto que nesta a atuação do Estado era marcada por forte absentéismo, demanda apenas nos casos extremamente necessários para garantia da vida, da liberdade e da propriedade.<sup>12</sup> O interesse público constava de forma clara da garantia de condições aos cidadãos de realizar seus interesses particulares com a mais ampla liberdade possível. Quanto mais restrita a atuação do Estado, mais facilmente aferível é a noção de interesse público.

Todavia, não há mais, atualmente, como se falar em bipolaridade e delimita-

10. Cf. Odete Medauar, *Direito administrativo em evolução*, p. 186.

11. O Estado monoclasa pode ser entendido como o Estado em que há apenas uma classe dominante, que determinava as políticas a serem adotadas. O Estado monoclasa é um sinônimo das denominações “Estado burguês”, “Estado liberal” e “Estado censitário” (cf. Massimo Severo Giannini, *Il pubblico potere: Stati e Amministrazione Pubbliche*, p. 35).

12. Cf. Idem, p. 45.

tação clara de interesses público e privado. Com o alargamento dos campos de atuação da Administração Pública, atualmente espalhados sobre amplos campos da vida privada, em maior ou menor intensidade, e com o rompimento da sociedade monoclasa, que se transformou em sociedade pluriclasa, com grande número de interesses coletivos, o dogma do interesse público contraposto ao particular passa a ser seriamente ameaçado. Espaços antes privados tornam-se públicos, em razão de relevante interesse coletivo, e espaços antes públicos passam a ser preenchidos por particulares, em complementação ou rivalidade com o Estado. Há, de forma concomitante e contraditória, uma publicização do direito privado e uma privatização do direito público.<sup>13</sup>

O surgimento de uma sociedade pluriclasa, com interesses cada vez mais distintos e coletivos, e a consequente necessidade cada vez maior de intervenção estatal em diversos campos econômicos e sociais faz com que a noção do interesse público como determinante da atuação da Administração Pública e consagradora da conferência dos poderes exorbitantes de que goza a Administração Pública seja por demais fluida. Não é mais possível falar-se em apenas um interesse público, mas sim em uma pluralidade de interesses coletivos dotados de legitimidade, o que torna inaplicável a concepção do regime jurídico-administrativo

tal como acima formulado, eis que não será nunca possível compreender, com exatidão, qual será o interesse público supremo aos demais interesses coletivos dotados de legitimidade a legitimar a atuação autoritária da Administração Pública. Não há interesse público definível *a priori* que permita falar em supremacia aos interesses particulares.<sup>14</sup>

Demais disso, além da impossibilidade de se definir e fazer prevalecer *a priori* o interesse público legitimador desse tal de regime jurídico-administrativo, é necessário consignar que a realização do interesse público nada mais é do que a realização de interesses privados. Em um regime constitucional baseado sobre um conjunto de direitos fundamentais, não se pode admitir que a realização de interesses privados seja dissociável da realização do interesse público. A realização de um interesse público menos abstrato nada mais é do que a realização de interesses individuais, em respeito à ordem jurídica vigente. Sendo assim, como bem ressalta Gustavo Binenbojm, desenvolvendo as ideias de Humberto Ávila: “Verifica-se que a proteção, embora parcial, de um

14. A esse respeito, observa Odete Medauar: “A uma concepção de homogeneidade do interesse público, segue-se uma situação de heterogeneidade; de uma ideia de unicidade passou-se à concreta existência de multiplicidade de interesses públicos. A doutrina menos antiga refere-se à impossibilidade de rigidez na prefixação do interesse público, sobretudo pela relatividade de todo padrão de comparação” (*Direito administrativo em evolução*, p. 190).

13. Cf. Odete Medauar, *Direito administrativo em evolução*, p. 115-116.

interesse privado constitucionalmente consagrado pode representar, da mesma forma, a realização de um interesse público. Ao contrário do que se costuma apregoar, a satisfação de um pode representar, igualmente, a promoção do outro”.<sup>15</sup>

Ao lume dessas considerações, entendemos como fundamental, no atual contexto do regime jurídico da Administração Pública, identificar a necessidade de uma releitura da noção de supremacia do interesse público. Não se pode entender como supremo algo fluido, desprovido de qualquer sentido em uma consideração genérica e abstrata, posto que não há mais nem como a lei e nem como a Administração Pública determinarem o que vem a ser, aprioristicamente, o interesse público.

Nesta senda, entendemos como perfeita a releitura proposta por Floriano de Azevedo Marques da noção de supremacia do interesse público. Afirma o autor em passagem que não cansamos de transcrever: “o princípio da supremacia do interesse público, parece-nos, deve ser aprofundado de modo a adquirir a feição da prevalência dos interesses públicos e desdobrando-se em três subprincípios balizadores da função administrativa: (i) a interdição do atendimento de interesses particularísticos (v.g., aqueles desprovidos de amplitude coletiva, transindividual); (ii) a obrigatoriedade de ponderação

de todos os interesses públicos enredados no caso específico; e (iii) a imprescindibilidade de explicitação das razões de atendimento de um interesse público em detrimento dos demais”.<sup>16</sup>

Desta releitura da noção de interesse público e do dogma da supremacia do interesse público *a priori* e em qualquer caso, imperativa na atual conjuntura do direito administrativo, emerge uma profunda alteração na forma de atuação da Administração Pública. Na medida em que se considera não mais caber à Administração Pública realizar um interesse público previamente definido em lei – ou estabelecido pela própria Administração por delegação legal –, mas sim caber, por meio de um exercício de ponderação dos diversos interesses coletivos legítimos existentes no caso concreto, adotar a medida considerada mais adequada ao caso concreto, escolhendo um ou alguns dos interesses públicos subjacentes, tem-se como clara a noção de que a função administrativa nada mais é do que uma função de arbitramento, pois “implica um papel de mediação, confiado a seu titular, entre a norma e seu efeito jurídico”, conforme ensina Sabino Cassese.<sup>17</sup>

É precisamente neste ponto que podemos ver com perfeição a relevância do processo administrativo no

15. Gustavo Binenbojm, *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*, p. 97.

16. Floriano de Azevedo Marques Neto, *Regulação estatal e interesses públicos*, p. 165.

17. Sabino Cassese, *Istituzioni di diritto amministrativo*, p. 206 (texto com tradução nossa).

atu  
nis  
cor  
e a  
de  
del  
rio  
qu  
sul  
no  
mi  
se  
ter  
poi  
ou  
cre

dir  
ex  
te  
de  
os  
po  
me  
mi  
na  
ça  
int  
int  
de  
pa

18

atual contexto de atuação da Administração Pública. Ao não se ter mais como possível uma atuação unilateral e autoritária, por conta da inexistência de um interesse público previamente definido a ser tutelado, será necessário à Administração Pública identificar quais os interesses coletivos legítimos subjacentes para, então, ponderá-los no caso concreto, *sendo o processo administrativo o meio adequado para que se possa proceder à identificação dos interesses públicos legítimos existentes e à ponderação desses a fim de escolher um ou alguns para atendimento no caso concreto.*

Nesse 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 unilateral do interesse, mas sim uma *otimização dos interesses* de maneira jurídica e pré-determinada também com relação aos particulares”.<sup>18</sup>

18. Jens-Peter Schneider, *Strukturen und Typen von Verwaltungsverfahren*. In: Wolfgang Hoffmann-Riem; Eberhard Schmidt-Assmann; Andreas Voßkuhle (org.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band II*, p. 527 (texto supracitado com tradução nossa e grifos do autor).

Somente por meio de uma atuação concertada entre Administração Pública e particulares, na qual a Administração tenha, com a participação dos envolvidos, a oportunidade de identificar os interesses em jogo, ponderá-los e definir qual o prevalecente, é que se poderá desenvolver a atividade administrativa. O processo administrativo tem a função, então, de permitir o desenvolvimento da atividade administrativa no atual contexto do direito administrativo. É o meio pelo qual se realiza a função de arbitramento, característica da atual Administração Pública.

É a lição que colhemos de Massimo Severo Giannini, um dos grandes precursores da releitura do tema do interesse público, que afirma: “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”.<sup>19</sup>

Assim, entendemos que o processo administrativo é um elemento chave na forma de atuação da nova Administração Pública, eis que é o mecanismo que permite, por meio de um diálogo

19. Massimo Severo Giannini, *Istituzioni di diritto amministrativo*, p. 273 (tradução nossa).

com os interessados, a identificação de todos os interesses coletivos subjacentes ao caso concreto e impõe o dever de fundamentação das decisões tomadas, de forma a explicitar as razões do ato exarado e, conseqüentemente, do interesse coletivo eleito.<sup>20</sup> O processo administrativo é, assim, o mecanismo que permite a criação da “arena pública”, muito bem mencionada por Sabino Cassese, como o elemento de debate e intercâmbio dos diversos interesses coletivos.<sup>21</sup>

### 1.2 A noção de processo administrativo

No tópico anterior, procuramos assentar a importância do processo administrativo na atuação da Admi-

20. Acerca desta questão, muito bem pondera Floriano de Azevedo Marques Neto: “O processo é o modo pelo qual, no Estado Democrático de Direito, se exerce o poder estatal com vistas a cumprir alguma das atribuições reservadas pela Constituição ao Estado. Digo no Estado Democrático de Direito, pois neste, ao contrário do que ocorre nos Estados totalitários ou autoritários, a manifestação do poder estatal não se dá por sobre ou ao largo dos interesses dos indivíduos. Ao contrário, exercita-se considerando tais interesses e se permeando a eles, de modo a franquear ao administrado a participação, o acompanhamento e a contradição ao agir estatal” (Ensaio sobre o processo como disciplina do exercício da atividade estatal. In: Fredie Didier Jr.; Eduardo Ferreira Jordão (coord.), *Teoria do processo*, p. 266).

21. Sabino Cassese, *La crisis del Estado*, p. 107-108.

nistração Pública, com a finalidade de demonstrar a relevância do tema no atual contexto do direito administrativo. Nada obstante, entendemos ser necessária a exposição do que consideramos processo administrativo para os fins deste trabalho. A consideração é relevante tendo-se em vista que a partir da concepção de processo administrativo e de suas hipóteses de incidência teremos delimitado o campo de vinculação do ato ao processo.

Preliminarmente, é importante mencionar que não adentraremos na discussão terminológica acerca de possível distinção entre processo e procedimento administrativo, a qual tem merecido papel de relevo na doutrina.<sup>22</sup> Não o faremos pela simples justificativa de evitar desvios do foco principal do presente estudo e por já termos nos posicionado acerca da questão,<sup>23</sup> entendendo que a nomenclatura correta a ser adota é a de processo administrativo, com fundamento no entendimento de Adílson de Abreu Dallari e Sérgio Ferraz de que o termo “processo” designa o todo teleológico do instituto, enquanto o termo “procedimento” de-

22. Neste sentido, confira-se a clara e brilhante exposição da discussão apresentada por Odete Medauar em sua obra sobre o tema (Cf. Odete Medauar, *A processualidade no direito administrativo*, p. 33-46).

23. Vitor Rhein Schirato, A composição da proposta mais vantajosa nas licitações públicas, *Revista Interesse Público*, n. 37, ano VIII, p. 98 (mai. – jun. 2006).

sigr  
mei

imp  
ces  
den  
sa 1  
atri  
con  
cen  
mir  
pro  
mos  
abra  
min  
a in  
da f  
so a  
esse  
nist  
vist  
con  
ress

na d  
obra  
prin  
do 1  
o ilu  
seria  
tran  
ção  
um :

24.

25.

signa apenas a mecânica de encadeamento das fases do processo.<sup>24</sup>

Como uma decorrência lógica da importância que atribuímos ao processo administrativo no tópico precedente, não poderíamos formular nossa noção de processo administrativo atribuindo-lhe caráter restrito. Ao se considerar que o processo ocupa lugar central na atual estrutura do direito administrativo, é evidente que a noção de processo administrativo que entendemos correta é uma noção ampla, que abrange a maior parte das decisões administrativas. De forma ampla e com a intenção de guiar a discussão acerca da formação de uma noção de processo administrativo, podemos dizer que esse consiste nos diálogos entre Administração Pública e particulares, com vistas à formação de uma decisão final concertada, após ponderação dos interesses coletivos subjacentes.

Na análise da evolução da doutrina do direito administrativo, temos na obra de Feliciano Benvenuti uma das primeiras tentativas de conceituação do processo administrativo. Segundo o ilustre professor italiano, o processo seria o caminho pelo qual a função se transformaria em ato. É a transformação da competência para a prática de um ato no ato produzido em si.<sup>25</sup>

24. Adilson Abreu Dallari; Sérgio Ferraz, *Processo administrativo*, p. 30 e ss. (em especial, p. 32).

25. Feliciano Benvenuti, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, *Rivista Trimestrale de Diritto Pubblico*, tomo I, p. 118-144 (jan. - mar. 1952).

Na mesma senda do autor italiano clássico, o atual Jens-Peter Schneider desenvolve ideia semelhante ao conceituar processo administrativo, afirmando: "A partir de uma perspectiva jurídica, o processo administrativo é o modo de realização do direito administrativo, porque os comandos normativos abstratos, via de regra, não são auto-executáveis, mas necessitam a concretização pela Administração nos casos concretos. Dependente de um espaço decisório material da Administração transforma-se o processo de um processo jurídico de cognição estritamente material em um meio de concretização do Direito vinculado a um resultado, com o direito e o dever de uma garantia autônoma de correção".<sup>26</sup>

Em conformidade com as concepções acima mencionadas de processo administrativo, é possível entender que o processo administrativo é o meio pelo qual os comandos jurídicos abstratamente previstos na norma transformam-se, pelo exercício das competências legalmente estabelecidas, em atos administrativos. Em que pese concordarmos integralmente com referidas concepções, é necessário ressaltar que não consideramos que todo e qualquer ato da administração dependerá de um processo administrativo para existir.

Não obstante a grande generalidade dos atos dependerem, atualmente, de processo no qual, por meio da

26. Jens-Peter Schneider, *Strukturen und Typen von Verwaltungsverfahren*, p. 525 (tradução nossa e grifos do autor).

realização da competência prevista na norma, serão sopesados os interesses coletivos existentes no caso concreto e será produzido um ato final, nem todos os atos demandarão prévio processo. Tais atos que prescindem de um prévio processo para sua edição são atos mais simples, em que não há interesses a serem sopesados e, portanto, para os quais não há exercício de ponderação ou arbitramento. São atos que não demandam a mencionada arena pública.

Nesse particular, mais uma vez nos valem das lições de Massimo Severo Giannini, concordando que os atos que prescindem de um prévio processo administrativo serão os atos (i) em relação aos quais inexiste diversidade de interesses, (ii) para os quais a lei previamente estabelece o interesse a ser perseguido e que deverá prevalecer (como os atos praticados em caso de urgência, conforme menciona o autor) e (iii) nos quais o agente público atua como agente privado, com as mesmas faculdades deste, em razão de amplíssima liberdade de ação concedida pela lei (atos praticados no campo da exploração de atividades econômicas).<sup>27</sup>

27. Massimo Severo Giannini, *Istituzioni di diritto amministrativo*, p. 272. No mesmo sentido, afirma Floriano de Azevedo Marques Neto: "Se o agir da autoridade não se traduz em uma decisão que, potencialmente, tangencie interesses dos cidadãos, esta autoridade não estará dispensada de observar certas formalidades, mas não será necessário o processo exatamente por não se cogitar de contraditório. Quando a necessidade deste surge,

Ademais, é necessário mencionar que, ao lume do que consideramos processo administrativo, tendemos a conferir ao processo papel mais central no direito administrativo atual do que o papel conferido ao ato administrativo, eis que o processo administrativo deve ser visto, salvo raras exceções, como o mecanismo de produção do ato administrativo, englobando-o.<sup>28</sup> Como ao diante retomaremos, a análise do ato não poderá mais prescindir da análise do processo que o originou.<sup>29</sup>

Desta forma, podemos encerrar esta parte preliminar do presente estudo com a apresentação da seguinte noção de processo administrativo: *encadeamento de atos destinados à produção de uma decisão final, que representa o caminho de transformação da competência juridicamente atribuída em um ato final com efeitos concretos ou abstratos, com a finalidade de concretizar os comandos*

imperativa se torna a processualização ou a conversão do procedimento em processo" (*Ensaio sobre o processo como disciplina do exercício da atividade estatal*, p. 273-274).

28. Como bem pondera Jens-Peter Schneider, "A concretização do direito por meio do processo é realizada por meio de uma *decisão*", de forma que o ato administrativo passa a ser resultado de um processo e não um elemento autônomo (*Strukturen und Typen von Verwaltungsverfahren*, p. 525).
29. Neste sentido, confira-se: Carlos Ari Sundfeld, *Processo e procedimento administrativo no Brasil*. In: \_\_\_\_; Guillermo Andrés Muñoz (org.). *As leis do processo administrativo*, p. 29 e ss.

norm  
tado  
vos s  
satis  
cionc

2. C  
au

(

admi

dade

ção c

nas a

é esse

cesso

reito

cos p

proci

cons

Adm

suas

mos,

ceder

quên

e da i

trativ

Estac

P

cons

tradi

30. (

M

t

é

u

f

c

I

r

é

*normativos abstratos, conforme o resultado da ponderação dos interesses coletivos subjacentes à relação em questão, em satisfação a direitos e garantias constitucionalmente assegurados.*<sup>30</sup>

## 2. O Estado de direito e o processo administrativo

Consideradas a função do processo administrativo no exercício das atividades da Administração Pública e a noção de processo administrativo vistas nas análises preliminares deste estudo, é essencial analisar qual o papel do processo administrativo no Estado de Direito. Do que restou exposto nos tópicos precedentes, temos por certo que o processo administrativo tem inegáveis consequências sobre a forma como a Administração Pública desempenha suas funções previstas em lei. Devemos, neste momento, portanto, proceder à análise da existência de consequências do aumento da importância e da necessidade do processo administrativo também sobre os elementos do Estado de direito.

Procuraremos, então, analisar tais consequências a partir: (i) da noção tradicional de Estado de direito, (ii)

30. Como bem ressalta Egon Bockmann Moreira, o processo administrativo tanto pode ser visto como uma sequência de atos, um rito, quanto como um instrumento de garantia e satisfação dos direitos individuais, sendo que as duas visões não se excluem (Cf. Egon Bockmann Moreira, *Processo administrativo: princípios Constitucionais e a Lei 9.784/99*, p. 67).

das consequências jurídicas tradicionalmente reconhecidas da concepção de Estado de direito sobre o direito administrativo, (iii) da verificação de novas consequências, advindas do crescimento da importância do processo administrativo e (iii) da relação existente entre processo administrativo e Estado de direito, na atual consideração do direito administrativo.

### 2.1 A noção de Estado de direito

A construção da noção de Estado de direito é uma das mais fortes construções do Estado pós-revolucionário, visto que significa a contraposição ao Estado de Polícia, existente no antigo regime, no qual todas as medidas estatais são lícitas para a garantia da ordem jurídica. Como bem postulam Sabino Cassese e outros autores, a noção de Estado de direito, contraposta à noção de Estado de Polícia, importa na noção de Estado em “que se reconhecem e se tutelam, tanto em sede constitucional, como em sede administrativa, os direitos dos cidadãos”.<sup>31</sup>

O Estado de direito é, nessa percepção, fruto muito mais claro da obra iluminista de Rousseau, que via o Estado como decorrência do Contrato Social e em todo caso submetido à ordem jurídica criada pelas leis – entendidas como a manifestação da vontade geral, em nítida afirmação da soberania do povo – do que de Hobbes, visto que para este o Estado é o próprio criador

31. Sabino Cassese et al. *Manuale de diritto pubblico*, p. 57 (tradução nossa).



do direito, não submetido a este, mas sim sendo sempre soberano.<sup>32</sup>

O advento do Estado de direito é uma afirmação dos ideais revolucionários. Pretende-se não somente delimitar o poder estatal, mas também contê-lo, para garantir um campo de liberdade aos agentes privados, que passam a ser dotados de garantias contra o poder estatal. Sobre esta transição muito bem afirma Diogo de Figueiredo Moreira Neto: “seria necessário não só delimitar os campos de atividades dos indivíduos, de um lado, e do Estado, de outro, como contê-lo, para evitar que ele, tendencialmente, exorbitasse esses limites, pois o poder do Estado, desproporcionalmente superior ao dos indivíduos, estaria sempre proclive a excedê-los.

“Em outros termos: seria necessário substituir a instável autoridade do príncipe pela estável autoridade da lei, uma vez que só seria possível o desfrute da liberdade, quando não apenas os indivíduos e as entidades privadas, como o próprio Estado, pudessem ser igualmente compelidos a obedecer à ordem jurídica instituída: desabrochava, então, o Direito Público e, com ele, nascia o segundo modelo de organização política histórica do liberalismo: o Estado de Direito”.<sup>33</sup>

É dizer, o Estado de direito exsurge da necessidade de previsibilidade das

formas de atuação do Estado e da imposição de direitos dos cidadãos oponíveis ao Estado. A maior característica do Estado de direito seria, portanto, a submissão do poder estatal à ordem jurídica. O Estado passa a não mais poder atuar conforme os mandos e desmandos do soberano, mas somente amparado por regras jurídicas previamente estabelecidas em favor dos cidadãos.

A submissão do Estado ao direito, prevista na doutrina do Estado de direito, tem como fundamento a proteção dos direitos individuais. As relações entre Estado e cidadãos são relações de direito. As normas jurídicas impõem ao Estado limitações na restrição de direitos dos cidadãos. São garantias concedidas aos cidadãos, com vistas ao estabelecimento de previsibilidade nas relações travadas com o Estado.<sup>34</sup>

Os delineamentos do Estado de direito, tais como criados pela doutrina oitocentista permanecem existentes em nosso ordenamento jurídico. A própria Constituição Federal, em seu art. 1.º, expressamente determina a formação do Estado brasileiro como um “Estado democrático de direito”, corroborando a subsistência do conceito nos dias atuais. Todavia, como não poderia deixar de ser, a noção de Estado de direito atualmente existente não é mais idêntica à noção vigente quando da criação do conceito.

Como observa Dalmo de Abreu Dallari: “com a compreensão de que

32. Cf. Miguel Reale, *Teoria do direito e do Estado*, p. 221 e ss.

33. Diogo de Figueiredo Moreira Neto, *Curso de direito administrativo*, p. 17-18.

34. Cf. Jacques Chevallier, *L'État de droit*, p. 12 e ss.

o F  
me  
xo  
a r  
tê-  
eli  
ent  
lo  
fle:  
de  
res  
da  
nac  
nã  
ces  
qu  
out  
fica  
e c  
jur  
riên  
que  
efic  
xa:  
te t

ent  
refl  
dir  
An  
o E  
ma:  
ca.  
mu  
soc  
gui  
evic  
tad.

35.

o Estado se acha constantemente submetido a um processo dialético, reflexo de tensões dinâmicas que compõem a realidade social, será possível mantê-lo permanentemente adequado, eliminando-se a aparente antinomia entre ordem e mutação. (...) O modelo jurídico, portanto, não deve ser reflexo de um ideal abstrato ou produto de mera construção lógica, mas deve resultar de um trabalho de aferição de dados da experiência para a determinação de um tipo de comportamento não só possível, mas considerado necessário à convivência humana. Ainda que se rejeite a expressão modelo, por outras conotações que possa implicar, fica ressaltada a ideia de que o direito, e conseqüentemente, qualquer ordem jurídica, deve ter fundamento na experiência, refletindo a realidade social, o que não elimina a existência de normas eficazes, ao mesmo tempo em que deixa aberto o caminho a uma permanente transformação".<sup>35</sup>

Nesta toada, o que atualmente se entende por Estado de direito não mais reflete, na íntegra, a noção de Estado de direito do período pós-revolucionário. A noção de Estado de direito pressupõe o Estado submetido à ordem jurídica, mas não o pressupõe de forma estática. Pressupõe-no de forma dinâmica, mutável. Destarte, com a evolução da sociedade e a eleição de novos valores guias da ação estatal, deve restar evidentemente alterada a noção de Estado de direito.

35. Dalmo de Abreu Dallari, *Elementos de teoria geral do Estado*, p. 140 e 141.

Nesta perspectiva, o Estado de direito não pode mais ser concebido apenas como um Estado submetido à ordem jurídica, mas sim deve ser entendido como um Estado vinculado à realização de deveres jurídicos positivos que lhe são impostos pela ordem jurídica. A noção de Estado de direito, assim, não mais reflete meramente o Estado limitado por direitos individuais, mas sim o Estado positivamente obrigado a agir por expressa determinação da ordem jurídica. A transição do Estado liberal para o Estado social passa a demandar uma atuação positiva do Estado para a realização dos direitos dos cidadãos, de forma que a atuação esteada na ordem jurídica não se traduz apenas na abstenção da realização de condutas vedadas, mas sim se traduz também na realização de deveres juridicamente afirmados.<sup>36</sup>

Destarte, para os fins do presente estudo, a noção de Estado de direito levará em consideração não apenas o Estado obrigado a respeitar a ampla gama de direitos conferidos aos cidadãos, mas também o Estado obrigado a atuar positivamente com a finalidade de realizar os direitos fundamentais dos indivíduos. Neste contexto, temos por claro e irrefutável que o dever de processualização da atuação estatal não consiste apenas na obrigação de abstenção de realizar atos contrários ao direito, mas sim em direito subjetivo

36. Cf. Massimo Severo Giannini, *Il pubblico potere: Stati e amministrazione pubbliche*, p. 69 e ss.

público<sup>37</sup> dos cidadãos, expressamente contemplado pela Constituição Federal (inciso LV do art. 5.º), exigível em qualquer caso que apresente alguma contraposição de interesses.

Como muito bem salienta Robert Alexy, o direito à processualização constitui direito fundamental com caráter positivo,<sup>38</sup> isto é, com caráter de imposição de obrigação ao Estado de realizar determinada ação, a fim de realizar ou garantir um direito fundamental, na medida em que se faz necessária uma ação, um *fazer algo*, do Estado.

Assentada a função de realização de direitos do processo administrativo no Estado de direito hodierno, é necessário passar a analisar o papel realizado pelo processo administrativo nos institutos clássicos do direito administrativo<sup>39</sup> decorrentes da noção de Estado

37. “O direito subjetivo público é portanto – da perspectiva dos cidadãos – o poder jurídico conferido pelo Direito Público aos cidadãos, segundo o qual esses podem exigir do Estado uma determinada ação como consequência de interesses próprios” (Cf. Hartmut Maurer, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, p. 160) (tradução nossa).

38. Robert Alexy, *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva, p. 477 e ss.

39. Dizemos aqui Direito Administrativo clássico, pois referimo-nos a temas que desde sempre vêm tratados pela doutrina administrativista como institutos dos mais relevantes. Tais institutos continuam a existir e ainda têm papel de grande relevo. Contudo, sua configuração jurídica encontra-se

de direito, quais sejam, o princípio da legalidade e o controle jurisdicional da Administração Pública. É o que faremos a seguir.

## 2.2 *As consequências do Estado de direito para o direito administrativo*

A formulação do Estado de direito teve consideráveis consequências na construção dos institutos do direito administrativo. Dentre as diversas consequências que se pode aventar (das mais próximas às mais remotas), dois institutos do direito administrativo clássico afiguram-se, a nosso ver, mais intimamente ligados à concepção de Estado de direito. São eles o princípio da legalidade e o controle jurisdicional da Administração Pública.

### 2.2.1 *O princípio da legalidade em sua formulação clássica*

Como dito, o pressuposto da configuração do Estado de direito é a submissão do Estado à ordem jurídica. A partir de tal pressuposto, foi construído o princípio da legalidade, segundo o qual a Administração Pública somente poderia atuar ao amparo da lei. Referido princípio aparece, assim, como uma consequência do Estado de direito.<sup>40</sup> Todavia, a precisão do exato substrato do princípio da legalidade nunca foi tarefa das mais fáceis para o aplicador do direito, eis que a interpretação do

sensivelmente alterada na atual ordem jurídica, em razão de uma natural evolução.

40. Cf. Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de direito administrativo*, p. 89.

que  
am  
ções

do  
do s  
tal )  
dev  
ção  
ria v  
con  
a id  
um:  
traç  
foss  
seri  
lida  
pró  
par

ser  
Adi  
ção  
can  
da ;  
da  
Pol  
mu  
sin,  
Aus  
trat  
sub  
em  
- sc  
na  
me  
na l

41.

que venha efetivamente a ser atuar ao amparo da lei admite distintas concepções.

Quando do início da formulação do princípio da legalidade, no período subsequente à Revolução Francesa, tal princípio era concebido como um dever negativo imposto à Administração Pública, na medida em que lhe seria vedada a realização de qualquer ato contrário à norma. Por outras palavras: a ideia inicial de legalidade predicava uma vinculação negativa da Administração Pública, na qual tudo que não fosse expressamente vedado pela lei seria permitido, conferindo-se à legalidade administrativa aceção muito próxima da legalidade aplicável aos particulares.

Esta noção não demorou muito a ser duramente criticada, pois conferia à Administração Pública campo de atuação demasiadamente amplo, prejudicando a necessidade de previsibilidade da ação administrativa, tão demandada quando da transição do Estado de Polícia para o Estado de direito. Como muito bem reporta Domingo Juan Sesin, a partir da edição da Constituição Austríaca de 1920 o verdadeiro substrato do princípio da legalidade foi substancialmente alterado, na medida em que expressamente se determinou – sob forte influência da Escola de Viena – que a Administração Pública somente poderia atuar com fundamento na lei.<sup>41</sup>

41. Domingo Juan Sesin, *Administración Pública, actividad reglada, discrecional*

A partir da formulação acima, passou-se a conferir à Administração Pública uma vinculação positiva à lei, de forma que a atuação administrativa deveria, em qualquer caso, encontrar expresso fundamento na lei, somente sendo lícitas as condutas previamente disciplinadas pela lei. Trata-se da formulação da legalidade em sentido estrito, bem reproduzida na seguinte colocação de Weida Zancaner: “o princípio da legalidade, tendo em vista o sistema jurídico-positivo brasileiro, exige a fiel subsunção da ação administrativa à lei, sendo defeso à Administração Pública agir *praeter legem* ou *contra legem*, podendo atuar apenas *secundum legem*”.<sup>42</sup>

A concepção da legalidade estrita acima retratada encontrou grande aceitação pela doutrina e pela jurisprudência no Brasil e em diversos outros países, tendo sido recebida como a correta formulação por longo período de tempo. Entre nós, até os dias atuais há aqueles que inferem do dever de legalidade um dever de estrita legalidade, em todo e qualquer caso, de forma que toda e qualquer atuação da Administração Pública somente possa ser considerada lícita se realizada com funda-

*y técnica: nuevos mecanismos de control judicial*, p. 22 e ss. Confira-se, ademais, toda reprodução histórica sobre o tema apresentada com muita propriedade pelo autor argentino.

42. Weida Zancaner, *Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos*, p. 21.

mento em dispositivo expresso de lei (*secundum legem*).<sup>43</sup>

Esta construção histórica da legalidade estrita deu origem à clássica distinção dos atos administrativos entre vinculados e discricionários. Considerando-se que a Administração Pública somente pode atuar com expresso embasamento legal e que a lei não tem condições de prever, em todas as hipóteses, qual a atuação da Administração Pública a ser considerada lícita, chegaram os juspublicistas a um impasse, visto que ao mesmo tempo em que não se poderia admitir uma atuação da Administração Pública sem expresso esteio legal, não se pode exigir que a lei preveja, *in abstracto*, qual a única atuação cabível em cada caso concreto.

Daí decorreu a construção da discricionariedade e da vinculação, segundo a qual a lei, em todo e qualquer caso, conteria a autorização para que a Administração Pública pudesse agir no caso concreto. Contudo, em razão da impossibilidade de determinar de antemão, diante da generalidade das situações fáticas, qual o preciso conteúdo desta atuação da Administração Pública, conferia a lei à Administração certa margem de liberdade para adotar uma solução, dentre diversas possíveis, que fosse a mais correta ao aten-

43. É o entendimento, entre outros, de: Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de direito administrativo*, p. 91-92; Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Direito administrativo*, p. 67-68; Diógenes Gasparini, *Direito administrativo*, p. 7.

dimento ao interesse público tutelado pela lei.<sup>44</sup>

Segundo o entendimento desta construção da atividade administrativa, portanto, nos atos vinculados a Administração Pública estaria adstrita a somente realizar a conduta expressamente determinada pela lei. De outro turno, nos atos discricionários, a Administração Pública poderia, segundo critérios de conveniência e oportunidade, optar pela atuação mais adequada ao caso concreto, dentre mais de uma atuação possível. Os atos discricionários teriam o elemento do mérito, traduzido exatamente pela aferição da conveniência e da oportunidade do ato.<sup>45</sup>

44. Sobre esta concepção afirma Hely Lopes Meirelles: "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*, p. 329).

45. Cf. Miguel de Seabra Fagundes, O conceito de mérito no direito administrativo, *Revista de Direito Administrativo*, vol. 23, p. 1-2 (jan. -mar. 1951).

V  
origi  
result  
sitos  
isolac  
assim  
nistr  
tência  
atuar

2.

O  
ção d  
to ad  
jurisc  
ca, o  
lógica  
ocorr  
ca so  
e está  
neces  
para c  
ta qu  
Mont  
eterna  
tém p  
avanç

D  
Estad  
lidade  
nal de  
de foi  
minis  
midac  
ver de  
conce  
sua ii

46. M  
1.

telado

desta  
rativa,  
Admi-  
ta so-  
amen-  
turno,  
nistra-  
itérios  
e, op-  
o caso  
uação  
eriam  
exata-  
ncia e

Hely  
admi-  
cativa  
slador  
que a  
ita. O  
minu-  
rativa,  
serem  
, mas,  
a mul-  
fatos  
Poder  
gula a  
ativos  
i, dei-  
ais ao  
ação”  
públi-  
rativo

o con-  
nistra-  
ativo,

Vê-se, destarte, que a construção original do princípio da legalidade tem resultado direto na forma e nos requisitos de edição do *ato administrativo*, isoladamente. A legalidade cinge-se, assim, à compatibilidade do ato administrativo com a lei criadora da competência da Administração Pública para atuar no caso concreto.

### 2.2.2 A concepção tradicional do controle jurisdicional

Outro desdobramento da concepção de Estado de direito sobre o direito administrativo refere-se ao controle jurisdicional da Administração Pública, o qual é também uma decorrência lógica do princípio da legalidade. Isto ocorre, pois, se a Administração Pública somente pode agir com base na lei e está integralmente submetida à lei, é necessário haver instância de controle para coibir eventuais abusos, haja vista que, como classicamente afirmou Montesquieu, “constitui experiência eterna o fato de todo homem que detém poder ser levado a dele abusar; avança até onde encontra limites”.<sup>46</sup>

Desta forma, a sedimentação do Estado de direito ocasionou a possibilidade de integral controle jurisdicional dos atos da Administração Pública, de forma a garantir que a atuação administrativa sempre estaria em conformidade com a lei, em respeito ao dever de submissão do Estado à lei. Esta concepção foi adotada quase que em sua integralidade pelo ordenamento

jurídico brasileiro, uma vez que o inciso XXXV do art. 5.º da CF expressamente consagra que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. O direito de acesso ao judiciário para coibir lesões a direitos configura no direito pátrio um *direito público subjetivo* e não pode ser afastado pelo legislador.<sup>47</sup>

Não obstante a construção da integral submissão dos atos da Administração Pública ao controle exercido pelo Poder Judiciário, foi construída entre os administrativistas uma teoria segundo a qual os atos discricionários não seriam integralmente sujeitos a tal controle. A razão de existência desta teoria decorreu exatamente do elemento mérito dos atos discricionários, uma vez que apenas o administrador público poderia, em razão de sua experiência e de seus conhecimentos típicos, identificar a conveniência e a oportunidade da realização de um determinado ato em uma dada situação. Foi sedimentada, então, a noção de que os atos discricionários, naquilo que concerne ao mérito, seriam insindicáveis.<sup>48</sup>

47. Nelson Nery Junior, *Princípios do processo civil na Constituição Federal*, p. 98.

48. Cf. Miguel de Seabra Fagundes, *O conceito de mérito no direito administrativo*, p. 1. É interessante, ademais, mencionar que a insindicabilidade dos atos discricionários seria relacionada apenas ao mérito de tais atos, visto que a doutrina sempre entendeu como passível de controle o efetivo alcance da finalidade prevista na lei criadora da competência, sendo lícito ao Poder

46. Montesquieu, *O espírito das leis*, p. 188.

Isto posto, é possível, então, concluir que a concepção clássica do Estado de direito trouxe para o direito administrativo a noção de que a Administração Pública somente pode atuar com expresse esteio na lei (princípio da legalidade) e de que todos os atos praticados pela Administração Pública estariam sujeitos ao controle jurisdicional quanto à sua conformidade com a lei, exceto quanto a determinados aspectos dos atos discricionários, posto que o mérito de tais atos não seria passível de controle por se situar em campo de atuação exclusivo da Administração Pública.

Como veremos a seguir, a emergência do processo administrativo como elemento essencial da formação dos atos administrativos, em um contexto de natural evolução do direito administrativo vem a conferir alguns ques-

Judiciário analisar e controlar possíveis desvios de finalidade na atuação administrativa (uso de competência discricionária para finalidade distinta daquela consagrada na lei). Sobre o tema, confira-se: Celso Antônio Bandeira de Mello, *Discricionariiedade e controle jurisdicional*, p. 49 e ss. Ademais, essencial à compreensão do tema é a análise da evolução doutrinária e jurisprudencial do tratamento do controle jurisdicional na Alemanha, onde se passou de uma insindicabilidade completa para uma sindicabilidade praticamente integral (§ 113 da Ordenação dos Tribunais Administrativos – VwGO). Confira-se sobre o tema: Hartmut Maurer, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, p. 131 e ss.

tionamentos à concepção tradicional acima descrita.

### 2.2.3 *Da legalidade estrita à juridicidade; da legalidade material à legalidade formal*

Como muito propriamente observam Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández,<sup>49</sup> a concepção original do princípio da legalidade que confere à atividade administrativa papel de mera execução da lei apresenta um problema em se definir o concreto conteúdo desse processo de execução, visto que a relação de conformidade da atuação administrativa com a lei comporta distintas concepções.

Essa inquietação quanto ao verdadeiro substrato da relação entre a atividade da Administração Pública e a legalidade vem de longa data, eis que há muito se debate o que efetivamente se quer dizer ao se afirmar que a Administração Pública somente pode agir em conformidade com a lei. A formulação do princípio da legalidade põe-se, assim, muito mais complexa do que apresentada no tópico 2.2.1 acima, na medida em que dizer que toda e qualquer atividade da Administração Pública deve encontrar fundamento legal não esgota a matéria por poder este fundamento apresentar diversas concepções aceitáveis.

Charles Eisenmann, desde a década de 1940, questiona o tema. Segundo

49. Cf. Eduardo García de Enterría; Tomás-Ramón Fernández, *Curso de derecho administrativo*, vol. 1, p. 446.

o jur  
seria  
dade  
Públ  
relaç  
atuac  
lei. N  
Adm  
form  
o ac  
norm  
gené  
norm  
póte  
ria r  
à lei.  
Públ  
men  
riam  
ção c  
mes  
do e  
Arag  
ções  
ção  
seja  
atua  
lega  
som

50.

51.

o jurista, em decorrência da legalidade seria exigida uma relação de conformidade entre a atuação da Administração Pública e a lei, ou seria exigida uma relação de não contrariedade entre a atuação da Administração Pública e a lei. Na primeira hipótese, a atuação da Administração Pública deve ser conforme à lei, cabendo apenas subsumir o acontecimento do mundo fático à norma legal aplicável prevista de forma genérica e abstrata e aplicar o comando normativo respectivo. Na segunda hipótese, a Administração Pública poderia realizar qualquer ato não contrário à lei. Tudo seria lícito à Administração Pública, exceto aqueles atos expressamente vedados pelo Direito. Ambas seriam construções lícitas de concretização da relação de legalidade.<sup>50</sup>

Ainda segundo os ensinamentos do mesmo jurista expostos em outro estudo e descritos por Alexandre Santos de Aragão,<sup>51</sup> haveria duas outras concepções da relação entre legalidade e atuação da Administração Pública, quais sejam, (i) a Administração poderia atuar sempre que houvesse habilitação legal para tanto e (ii) a Administração somente poderia editar os atos expres-

samente autorizados por lei, havendo certa liberdade à Administração quanto ao conteúdo dos atos expedidos.

Vê-se, assim, que a formulação genérica do princípio da legalidade comporta distintas aplicações, eis que afirmar que a Administração Pública somente pode agir *secundum legem* não tem apenas um significado. Em todas as concepções de legalidade apresentadas pelo jurista francês tem-se uma atuação *secundum legem*, mas cada qual com uma relação distinta de vinculação entre a atuação da Administração Pública e a lei.

Demais disso, com a evolução da construção normativa dentro do ordenamento jurídico, que não tem mais na lei a única fonte normativa, não cabe mais falar em vinculação apenas à lei, mas sim vinculação a todo o conjunto de normas que compõe o ordenamento (desde que legitimamente editadas<sup>52</sup>), sobretudo ao se considerar que atualmente, em grande parte, a vinculação da Administração Pública deflui diretamente da Constituição.<sup>53</sup> É o que se denomina princípio da juridicidade ou da legalidade ampla.<sup>54</sup>

50. Charles Eisenmann, O direito administrativo e o princípio da legalidade, *Revista de Direito Administrativo*, vol. 56, p. 47 e ss. (abril – jun. 1959).

51. Charles Eisenmann, *Cours de droit administratif*, t. I, p. 462 a 472, apud Alexandre Santos de Aragão, A concepção pós-positivista do princípio da legalidade, *Revista de Direito Administrativo*, n. 236, p. 51-52 (abril – jun. 2004).

52. Cf. Eduardo García Enterría; Tomás-Ramón Fernández, *Curso de derecho administrativo*, vol. 1, p. 445.

53. Cf. Gustavo Binenbojm, *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*, p. 39.

54. Sobre o tema, confira-se: Alexandre Santos de Aragão, *A concepção pós-positivista do princípio da legalidade*, p. 51 e ss.



Neste contexto, a evolução natural do direito administrativo trouxe como consequência uma releitura do princípio da legalidade, que lhe conferiu maior flexibilidade, na medida em que não se exige mais a precisa descrição, na lei criadora da competência, do conteúdo do ato a ser editado. Desde que atuando com base em uma competência legalmente atribuída<sup>55</sup> e em consonância com as normas jurídicas aplicáveis, ter-se-á uma atuação legal da Administração Pública, respeitosa ao dever de legalidade (ou, melhor dizendo, de juridicidade).

A colocação desta evolução do princípio da legalidade não é tema alheio ao tema do presente estudo, sobretudo no que concerne aos atos discricionários<sup>56</sup>. Isto ocorre, pois a clássica dico-

tomia entre atos vinculados e atos discricionários perde consideravelmente seu efetivo significado em um contexto de juridicidade ampla da Administração Pública. A razão para tanto é que mesmo os atos discricionários serão em certa medida vinculados em razão da aplicação da integralidade do ordenamento jurídico (com todos os seus valores e normas).

A noção de que em determinados atos restaria aberta à Administração Pública uma margem de apreciação, com parcela insindicável (mérito), não mais pode ser concebida em sua integralidade. Em todos os atos da Administração, ainda que a lei confira ao administrador público certa margem de liberdade, haverá certo grau de vinculação aos valores e normas contidos no ordenamento jurídico, inclusive quanto ao mérito, pois neste está certamente incluída a aferição de proporcionalidade e de razoabilidade,<sup>57</sup> entre outros valores consagrados pela ordem jurídica.

Neste contexto, emerge o processo administrativo como elemento essencial na definição de validade de um determinado ato administrativo. Ao se considerar o ato isoladamente, como um elemento autônomo e não como o resultado de um longo processo de ponderação e consideração de valores e interesses, perde-se em boa medida a capacidade de aferição da compatibi-

55. Relembremos aqui a função do processo administrativo de transformar a competência legalmente atribuída em atos, realizando os comandos normativos previstos abstratamente na norma.

56. Conforme Floriano de Azevedo Marques Neto, a discricionariedade administrativa poderá decorrer de: (i) conferência expressa pelo comando normativo; (ii) lacuna da norma jurídica quanto aos critérios de ação do administrador público; (iii) previsão legal expressa de mais de uma ação possível; e (iv) existência de conceitos jurídicos indeterminados (Cf. Discricionariedade e regulação setorial: o caso do controle dos atos de concentração por regulador setorial. In: Alexandre Santos de Aragão (coord.). *O poder normativo das agências reguladoras*, p. 573.

57. Cf. Miguel de Seabra Fagundes, *O conceito de mérito no direito administrativo*, p. 2.

lida  
pois  
edit  
jou  
tes,  
ato,  
tes i  
ao se  
que  
(am

] final  
resta  
subj  
as pa  
rave  
ciaç  
o or  
vel c  
prop  
da fi  
tuaç  
O at  
pass  
to, c  
cont  
lega  
tido  
pas

58.

lidade do ato com a legalidade ampla, pois se perde a noção de relação do ato editado com a situação fática que ensejou sua edição. Os interesses existentes, os conflitos que deram origem ao ato, os argumentos trazidos pelas partes interessadas etc. ficam escondidos ao se considerar o ato isoladamente, o que dificulta a aferição da legalidade (ampliada) da atuação administrativa.

De outro turno, trazendo-se o ato final ao contexto do processo, no qual restaram apresentados os interesses subjacentes e os argumentos de todas as partes interessadas, tem-se consideravelmente ampliado o campo de apreciação da juridicidade do ato final com o ordenamento, visto que será possível claramente aferir a razoabilidade, a proporcionalidade e a compatibilidade da finalidade do ato exarado com a situação fática que levou à sua edição. O ato deixa de existir isoladamente e passa a existir dentro de um contexto, como já afirmamos, e, dentro deste contexto, será possível aferir a efetiva legalidade do ato praticado em seu sentido amplo e com relação a todas as etapas necessárias à sua produção.<sup>58</sup>

58. Como muito propriamente observa Odete Meduar: “o processo administrativo traduz o intuito de conhecer os antecedentes da edição do ato administrativo e de garantir direitos nestes momentos prévios” (Administração Pública: do ato ao processo. In: Alexandre Santos de Aragão, Floriano de Azevedo Marques Neto, *Direito administrativo e seus novos paradigmas*, p. 412).

A necessidade de compatibilidade entre o ato final e cada um dos atos antecedentes marca, inquestionavelmente, uma ampliação do campo de análise da legalidade do ato administrativo.<sup>59</sup> O mérito, antes considerado elemento de competência exclusiva da Administração Pública e, portanto, insidicável, passa a ser integrante da legalidade, na medida em que os elementos que compõem o mérito são elementos que também compõem a legalidade ampla (proporcionalidade, razoabilidade, entre outros).

Da perspectiva do direito material,<sup>60</sup> portanto, vemos clara relação entre o processo administrativo e o princípio da legalidade, uma vez que a legalidade material do ato administrativo (atualmente considerada na juridicidade) depende, em grande medida, do processo, visto que somente com vistas a esse é que se poderá aferir a coerência e a compatibilidade do ato exarado com a situação fática e o necessário sopesamento de interesses subjacentes, de forma a comprovar o

59. Cf. Marçal Justen Filho, *Curso de direito administrativo*, p. 217.

60. Valemo-nos aqui da distinção entre direito formal e direito material proposta por Hans Kelsen, segundo a qual o direito formal é aquele relacionado às normas que disciplinam o processo de atuação das autoridades estatais (processo civil, processo penal e processo administrativo), enquanto o direito material é aquele relacionado às normas que determinam o conteúdo dos atos judiciais e administrativos (Cf. *Teoria pura do direito*, p. 256).

respeito ao dever de proporcionalidade, de razoabilidade, de atendimento à finalidade etc. O alargamento da análise do ato para o processo fornecerá; inquestionavelmente, elementos muito mais substanciais de aferição da legalidade material do ato – sobretudo quanto aos atos discricionários –, visto que no processo estarão consubstanciados todos os elementos fáticos que demandaram a edição do ato.

É exatamente neste sentido que, com muita proficiência, afirma Odete Medauar: “No vínculo legalidade-processo administrativo, este representa uma das garantias do princípio da legalidade, porque significa atuação parametrada da autoridade administrativa, em contraposição à atuação livre, em tese, mas suscetível de arbítrio. Mesmo que exista parcela de discricionariedade em alguma fase do processo administrativo, o conhecimento dos mecanismos decisoriais e dos fatos da situação, inerentes à processualidade, possibilitam direcioná-la às verdadeiras finalidades da atuação.

“Portanto, o processo administrativo estende a legalidade e dá ensejo ao surgimento de uma nova *legalidade*, em especial nas relações entre cidadão e Administração, o que não significa opção neopositivista ou ideia de onipotência da lei, mas a adequada compreensão da atividade administrativa, com base na realização dos princípios constitucionais, sem renúncia a um grau de certeza e garantia, ou seja, um padrão de coerência sistemática, se-

gundo as linhas inerentes ao Estado de Direito”.<sup>61</sup>

Adicionalmente, não pode passar sem menção que o princípio da legalidade, em sua configuração original, tem caráter essencialmente material, além de estrito. Pouco se costumava perquirir acerca da legalidade formal do ato, ou seja, da realização de todas as etapas necessárias para a formação do ato administrativo. Este cenário é uma consequência da colocação do ato administrativo no centro das atenções da atividade administrativa, visto que uma visão isolada do ato tende efetivamente a não dar grande relevância a todas as etapas de formação da vontade estatal, bem como apresenta uma lembrança do caráter autoritário recorrentemente atribuído à Administração Pública.

Com o aumento da importância da processualidade da atividade administrativa, entendemos não haver a exclusividade da legalidade material da Administração Pública. A legalidade passa a ser estendida a todos os elementos componentes do processo, incluindo-se aí, portanto, todos os elementos formais, necessários à edição do ato administrativo. Não há mais como se falar em legalidade do ato se houver qualquer ilegalidade do processo. Como dissemos, entendemos que o ato não figura mais no centro do

61. Odete Medauar, *A processualidade no direito administrativo*, p. 91-92 (destaque da autora).

dire  
con  
A  
cion  
Dall  
são  
afir  
min  
unif  
a de  
teór  
mer  
do c  
va, t  
que  
ganl  
o qu  
de c  
a pr  
hori  
as de  
nor  
tais  
proc  
men  
nisti  
62.

direito administrativo, mas sim se encontra inserto no todo processual.

Sobre a questão, interessante mencionar o entendimento de Maria Paula Dallari Bucci, que estampa com precisão o entendimento que esposamos, afirmando: “Neste sentido, o ato administrativo – noção que se pretendeu unificadora do direito administrativo, a despeito dos infundáveis problemas teóricos que apresenta –, que já vinha merecendo o contraponto crítico trazido com a noção de função administrativa, tende a perder a centralidade. Mais que o ato, isoladamente considerado, ganha relevo a decisão administrativa, o que incorpora não apenas o processo de construção da fundamentação, que a precede, mas também, num sentido horizontal – se assim se pode dizer –, as decisões de alcance coletivo, os atos normativos da Administração Pública, tais como resoluções e portarias, cujo processo de edição fora apenas parcialmente disciplinado pelo direito administrativo até então”.<sup>62</sup>

62. Maria Paula Dallari Bucci, *Processo administrativo: perspectivas modernizantes decorrentes da nova legislação*. In: José Eduardo Martins Cardozo; João Eduardo Lopes Queiroz; Márcia Walquíria Batista dos Santos (org.). *Curso de direito administrativo econômico*, vol. 3, p. 839. Em sentido contrário, Almiro do Couto e Silva admite a importância da processualização da atividade da Administração Pública, mas reafirma a centralidade do ato no direito administrativo, posição da qual, *permissa venia*, discordamos (cf. Notas sobre o conceito de

Ao mencionar a importância do processo administrativo para a realização dos direitos fundamentais, Ferdinand O. Kopp e Ulrich Ramsauer afirmam que: “Os direitos fundamentais obrigam ao legislador não somente a determinar as decisões essenciais no campo do direito material, mas exigem também que o legislador determine os elementos essenciais da execução da lei pela Administração, bem como a aplicação do direito na organização e no processo administrativos”.<sup>63</sup>

Vale dizer, a legalidade hodierna não se cinge meramente a aspectos materiais do ato, mas sim estende-se, necessariamente, ao *iter* a ser percorrido pela Administração Pública para a formação do ato, passando de legalidade meramente material para uma legalidade também formal. Esse é o atual conteúdo da garantia de legalidade da atuação da Administração Pública: não apenas ter noção do conteúdo do ato, mas também saber qual será o caminho a ser empreendido para a edição do ato final.

Esta afirmação implica consequência muito relevante na análise de legalidade do ato, visto que será necessário perquirir não apenas a conformidade material do ato (e de todos os elemen-

ato administrativo. In: Fábio Medina Osório; Marcos Juruena Villela Souto (org.). *Direito administrativo: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto*, p. 291.

63. Ferdinand Kopp; Ulrich Ramsauer. *Verwaltungsverfahrensgesetz: Kommentar*, p. 11 (tradução nossa).

tos realizados durante do processo) com a lei, *mas também* será necessário perquirir a realização de todos os atos determinados por lei como necessários à edição do ato final. Via de consequência, uma mácula na realização de um dos atos necessários à edição final (seja por sua falta, seja por sua realização em desacordo com a norma) implicará na mácula do próprio ato final, ainda que este seja materialmente consentâneo com a lei.

Outro não é o entendimento que colhemos da melhor doutrina, tal como se observa na seguinte consideração de Marçal Justen Filho: “Tomando-se a expressão *controle* no sentido de *fiscalização*, o processo permite a verificação da regularidade dos atos decisórios. É possível determinar se a decisão foi precedida das formalidades indispensáveis, com observância dos princípios jurídicos pertinentes. A infração ao procedimento acarreta, como regra, presunção de invalidade da decisão adotada. Os terceiros ou a própria autoridade que emitiu o ato dispõem da possibilidade de reconstrução histórica da formação e exteriorização da vontade decisória”.<sup>64</sup>

Neste sentido, parece-nos evidente que a legalidade, na atual realidade administrativa que conta com a afirmação de direitos fundamentais dos cidadãos, deriva não apenas da conformidade material do ato com a lei, mas sim da conformidade material de todos os

elementos envolvidos trazidos ao processo com a lei, *bem como* da devida observância de todas as etapas previstas em lei para a formação do processo. Em suma: a aferição da legalidade não recai apenas sobre o ato em si, mas também formal e materialmente sobre o processo conduzido para edição do ato.

#### 2.2.4 Controle jurisdicional no atual contexto

Deixamos assentada acima a noção de que o controle jurisdicional da Administração Pública é, no contexto do Estado de direito, uma garantia aos cidadãos de que a atuação administrativa será realizada com a devida submissão à lei, em respeito ao princípio da legalidade. Evidentemente, contudo, com a revisão da noção de legalidade e sua extensão para além do caráter material do ato administrativo, será necessário rever também a extensão e os limites do controle jurisdicional. É o que faremos a seguir.

Ao se verificar que a legalidade não mais é restrita à lei em sentido formal, mas sim a todo o ordenamento jurídico, bem como não se limita à legalidade material, mas abrange também a legalidade formal (processual), parece-nos claro que o controle jurisdicional da Administração Pública também terá seu campo de incidência alargado, abrangendo todo o novo campo de incidência da legalidade. Nesta toada, caberá ao judiciário, no exercício de seu controle sobre a atividade administrativa, verificar não apenas a conformidade material do ato à lei, mas também

64. Marçal Justen Filho, *Curso de direito administrativo*, p. 217.

a conf  
to e a  
cesso

Es  
quênc  
ção tr  
do mé  
que, c  
da lega  
mear t  
també  
juiz, n  
discric  
lume c  
no res  
vo, a j  
bilidad  
exarad  
peculia

Ao  
trativo  
mas sir  
não se j  
cional  
essenci  
da o cc  
no qua  
alizaçã  
Pública  
maiore  
cional,  
direitos  
ordem,

65. Cf.  
Ne  
dac  
Gu  
late

a conformidade do ato ao ordenamento e a devida observância de todo processo necessário à produção do ato.

Essa conclusão tem como consequência a inaplicabilidade da concepção tradicional da insindicabilidade do mérito do ato administrativo, eis que, como observamos, elementos da legalidade ampliada passam a permear também o mérito, sujeitando-o também ao controle jurisdicional. O juiz, na apreciação da legalidade atos discricionários deverá verificar, ao lume do que tenha restado produzido no respectivo processo administrativo, a proporcionalidade, a compatibilidade e a razoabilidade entre o ato exarado com a situação fática e suas peculiaridades.<sup>65</sup>

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.

65. Cf. Floriano de Azevedo Marques Neto, Pensando o controle da atividade de regulação estatal. In: Sérgio Guerra (coord.), *Temas de direito regulatório*, p. 246.

É exatamente neste sentido que muito acertadamente afirma Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da Silva: “através da análise do acto administrativo é possível proceder ao controlo de outros momentos do processo de tomada de decisão e não, apenas do seu resultado final. O aperfeiçoamento da teoria dos vícios do acto veio permitir controlar o modo como o poder administrativo foi exercido durante todo o processo, pelo que, v.g., a falta de uma formalidade essencial ou o seu cumprimento defeituoso não pode deixar de se vir a traduzir na invalidade do acto final; tal como a prossecução de um fim diferente do fim legal, ao longo dos diversos momentos do exercício do poder, se reflecte, igualmente, na invalidade do acto administrativo”.<sup>66</sup>

A quebra do paradigma da autoridade para a construção de um paradigma de consenso e ponderação de interesses, tal como defendemos no início deste trabalho, deve ser acompanhada de novo paradigma também no que se refere ao controle, com a finalidade de se conferir efetividade ao dever de uma Administração Pública concertada e processualizada, em prol dos direitos (sobretudo os fundamentais) dos cidadãos assegurados pela ordem jurídica,<sup>67</sup> daí se extraindo a intrínseca

66. Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da Silva, *Para um contencioso administrativo dos particulares*, p. 151.

67. É precisamente este entendimento que colhemos da doutrina portuguesa, conforme se depreende da seguinte afirmação: “a consagração de regras

relação entre processo administrativo e os elementos essenciais da teoria do Estado de Direito.

### 3. A democracia e o processo administrativo

A democracia constitui, atualmente, um dos valores mais relevantes e perseguidos na maior parte das sociedades ocidentais. Está diretamente ligada ao nível de valorização do indivíduo na ordem jurídica. O valor da democracia é tamanho que, por exemplo, Paulo Bonavides chega a incluir o direito à democracia como um dos direitos fundamentais (de quarta geração) emergentes no contexto de globalização política (universalização dos direitos fundamentais).<sup>68</sup>

Presente como um valor a ser perseguido desde a sociedade da Grécia antiga, a democracia vive, atualmente, momento de certo antagonismo, pois, na medida em que evolui e se consolida em diversas nações, passa por restrições e involuções em outras, nas quais institutos essenciais de um regime de-

atinentes com o procedimento administrativo configura um importante aspecto do controlo interno da administração ultrapassando, de alguma maneira, uma certa forma de administração do tipo 'militar' em favor de uma administração do tipo concertada" (José Manuel Santos Botelho; Américo Pires Esteves; José Cândido Pinho, *Código de Procedimento Administrativo anotado e comentado*, p. 21.

68. Paulo Bonavides, *Curso de direito constitucional*, p. 571.

mocrático são subtraídos ou instituídos como mera formalidade.

No caso da ordem jurídica brasileira, a Constituição de 1988 não deixa transparecer qualquer forma de dúvida com relação à adoção, integral e irrestrita, da democracia e de seus valores inerentes. É o que se torna evidente a partir da análise do art. 1.º de nossa Carta Política, que determina ser o Brasil um Estado *democrático* de direito, bem como a partir da análise de diversos outros dispositivos, que garantem a efetivação dos cânones da democracia no Brasil.

Com isso, pretendemos afirmar que a Constituição Federal não apenas acolhe a democracia como vetor da organização do Estado, mas sim que a Constituição transformou os valores democráticos em normas jurídicas, impondo ao Estado a obrigação jurídica de garantir e efetivar os valores democráticos, tais como a participação popular na coisa coletiva (Estado), o que se realiza por diversos meios, tais como o sufrágio dos governantes e representantes para *mandatos*,<sup>69</sup> bem como di-

69. Segundo Geraldo Ataliba, "efetivamente, no instituto do mandato, cristaliza-se toda a ideia de representatividade que se traduz nas instituições republicanas, viabilizando-as. Assim, pelas próprias contingências das circunstâncias práticas, acontecimentos históricos, evolução social e pregações ideológicas – que foram informando a institucionalização das repúblicas modernas – os mandatos vêm sempre assinalados por duas características essenciais: a periodicidade e a respon-

verso  
dos c

I  
mon  
cesso  
valor  
Cons  
sarer  
lise d  
para,  
do p  
ranti  
persp  
proc  
a efe  
crátic  
va de  
admi  
form  
mini  
moci

3.1 /

(

E  
do fo  
mon  
ceito  
em li  
adeq  
anota  
craci  
Estac  
lizar  
vo nc

s  
l  
70. (

versos outros meios de participação dos cidadãos na ação estatal.<sup>70</sup>

Destarte, resta-nos a partir deste momento analisar qual o papel do processo administrativo na realização dos valores democráticos, insculpidos na Constituição Federal. Para tanto, passaremos, em primeiro lugar, pela análise da atual concepção de democracia, para, na sequência, relacionar o tema do processo administrativo com a garantia da democracia, tanto em uma perspectiva instrumental, na qual o processo seria um instrumento para a efetiva realização dos valores democráticos, bem como em uma perspectiva de legitimação, na qual o processo administrativo funcionaria como uma forma de legitimação da atuação da Administração Pública em um Estado democrático.

### 3.1 A atual concepção de democracia e seus desdobramentos

Despiciendo, para se evitar desvios do foco principal deste estudo, demonstrar uma linha evolutiva do conceito de democracia. Nada obstante, em linhas bastante gerais, parece-nos adequado tecer algumas brevíssimas anotações acerca da noção de democracia no atual contexto do Direito do Estado, com a finalidade de contextualizar o papel do processo administrativo nos estados democráticos.

sabilidade” (*Instituições de direito público e República*, p. 99).

70. Cf. José Afonso da Silva, *Curso de direito constitucional*, p. 145-146.

A noção de democracia, desde seu surgimento na Grécia antiga, traz consigo a noção de que todo poder do Estado emana do povo e deve ser por ele exercido. Contudo, a forma de exercício do poder do Estado pelo povo não teve, ao longo do tempo, uma definição única, fazendo daí derivarem distintas formas de democracia. Inicialmente, a construção grega da democracia pregava o exercício do poder estatal pela sociedade reunida, com absoluta igualdade entre cada um dos cidadãos (considerando-se aí apenas aquela camada da população à qual era conferida o título de cidadão). Trata-se do conceito de democracia direta,<sup>71</sup> posteriormente retomado por Rousseau quanto à vontade geral.<sup>72</sup>

Com a retomada do ideal democrático, no final do século XVIII, verificou-se a impossibilidade da realização desta democracia direta, tendo sido criados mecanismos de democracia representativa, nos quais o povo exerce seu poder por meio de representantes eleitos para externar suas vontades.<sup>73</sup> Neste modelo, o poder pertence ao povo, mas este não o exercita diretamente, mas sim por meio da outorga de mandatos conferidos a representantes específicos.

A evolução e o desenvolvimento da democracia representativa ao longo

71. Cf. Dalmo de Abreu Dallari, *Elementos de teoria geral do Estado*, p. 152.

72. Cf. Jean-Jacques Rousseau, *Do contrato social*, Livro III, p. 123-124.

73. Cf. Dalmo de Abreu Dallari, *Elementos de teoria geral do Estado*, p. 156.



dos anos acarretaram uma espécie de diminuição da noção de democracia, pois passou a levar ao entendimento de que haverá democracia, na medida em que seja conferido ao povo o poder de escolher seus representantes para manifestar a vontade geral. Tal diminuição, além de não corresponder ao significado efetivo do conceito de democracia, teve também como consequência uma desvirtuação do princípio democrático, a partir da captura da manifestação da vontade popular nos sufrágios, obtida a partir dos mais diversos mecanismos (eleições com votos censitários, inexistência de votação secreta, eleições indiretas etc.).

Com isso, o que por muito foi entendido como democracia nada mais era do que um formalismo com pretensa função legitimadora. A democracia não pode ser resumida à escolha dos mandatários, ainda que esta escolha fosse realizada de forma plenamente livre e sem mecanismos de captura. É muito mais do que isso. Ao se dizer que o governo é do povo e que o poder pertence ao povo, deve-se entender que o povo deve participar do governo mandatário, participar de suas decisões, controlar suas ações, ter, enfim, papel efetivo no exercício do poder. Não há como se falar em democracia, sem participação efetiva no povo no exercício do poder.<sup>74</sup>

74. Segundo bem afirma Pedro Calmon: "Um Estado não é democrático apenas para ser democrático. Isto é o ponto de partida, no processo político. Dá ao povo a maior participação possível nos

É exatamente o que se depreende do disposto no parágrafo único do art. 1.º da CF, segundo o qual todo poder emana do povo e é por ele exercido, por meio de representantes eleitos, ou diretamente nas formas previstas na Constituição Federal. Vale dizer, a Constituição Federal, de forma clara e inequívoca, confere ao povo todo poder, que deverá ser exercido de forma indireta (eleição de mandatários) ou de forma direta nas formas previstas no texto constitucional, não reduzindo a democracia ao direito de escolher representantes que manifestarão a vontade geral em nome e no lugar do povo.

Nesta toada, é necessário, para o cumprimento do disposto no art. 1.º da CF, que sejam assegurados aos cidadãos os mecanismos que possibilitem o exercício de seu poder, tanto na escolha de representantes, quanto na participação do processo decisório do Estado. É um dos elementos essenciais de um regime democrático o direito de participar dos processos decisórios. Não se pode conceber um Estado democrático que retire dos cidadãos o direito de participar das decisões que afetem seus direitos e que prediquem

assuntos políticos para que, estabelecido o equilíbrio interno em harmonia com os direitos individuais, consultadas as forças de opinião que dirigem os partidos, possa desempenhar-se o Estado de seus deveres, cada vez mais prementes, complexos e inesperados" (*Curso de teoria geral do Estado*, p. 264).

a imp  
forma  
- con  
co ser  
(i.e.,  
cio de  
Se  
cia qu  
não p  
de liv  
tes, n  
lite a  
partic  
exerc  
ce em

3.2 C  
C

C  
so adri  
diálogo  
e par  
identi  
ao cas  
a uma  
com a  
unilat  
consic  
pertin  
proces  
to-cha  
pação  
decisé  
com c  
democ

Co  
midt-  
a inclu  
de for

a imposição unilateral das decisões, de forma autoritária e nada democrática – concedendo-se ao termo democrático seu sentido pleno aqui mencionado (i.e., direito de participação no exercício do poder).

Sendo assim, o sentido de democracia que emana da Constituição Federal não predica apenas o direito do povo de livremente escolher seus governantes, mas obriga ao Estado que possibilite a todos os interessados o direito de participar dos processos decisórios, no exercício do poder que ao povo pertence em última instância.

### 3.2 O processo administrativo em um contexto democrático

Como dissemos acima, o processo administrativo é caracterizado pelo diálogo entre Administração Pública e particulares, com a finalidade de identificar os interesses subjacentes ao caso concreto, sopesá-los e chegar a uma decisão concertada, condizente com a situação fática existente, e não unilateralmente imposta sem a devida consideração de todos os elementos pertinentes à decisão. Neste senso, o processo administrativo é o elemento-chave para possibilitar a participação dos interessados no processo decisório do Estado, em consonância com os mandamentos de um regime democrático.

Como bem elucida Eberhard Schmidt-Assmann, “participação significa a inclusão daqueles que se encontram de forma específica ligados a uma de-

terminada decisão”.<sup>75</sup> Com isso, quer-se dizer que o processo administrativo é o elemento que possibilita ao povo participar das decisões estatais, conforme os diferentes graus de envolvimento com a decisão a ser exarada, sendo, portanto, imprescindível em um contexto democrático.

Apenas por meio do processo administrativo, no qual é assegurado o contraditório<sup>76</sup> a todas as partes,<sup>77</sup> é que se

75. Eberhard Schmidt-Assmann, *Das Allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee*, p. 104 (tradução nossa).

76. Ressalte-se que o contraditório é um direito fundamental contemplado de forma expressa no inciso LV do art. 5.º da CF e que, portanto, não apenas não pode ser afastado, como mais ainda impõe ao Estado um dever positivo de fazer realizar um processo com contraditório assegurado. Neste sentido, interessante mencionar a construção do direito norte-americano, segundo a qual vêm sendo cada vez mais desconsideradas decisões que excluem o direito do contraditório em razão do sopesamento com outros valores, dando-se cada vez maior prevalência e imperatividade ao dever do contraditório (Cf. Stephen G Breyer (e outros), *administrative law and regulatory policy*, p. 780 e ss.

77. Note-se aqui que o tema das partes do processo administrativo é dos mais complexos, visto que não são apenas partes a Administração e um particular. São partes todos os interessados na decisão (artigo 9.º da Lei 9.784/99), aqueles diretamente afetados pela decisão, bem como a Administração, tanto na forma de parte, como de ente incumbido de decidir. Neste sentido,

poderá identificar todos os interesses subjacentes, a partir da manifestação de todos os interessados, propiciando a eles a efetiva *participação* nos processos decisórios da Administração Pública. O mandamento democrático de participação nos processos decisórios é realizado, destarte, por meio da devida condução do processo administrativo, com a garantia do contraditório, de acordo com os trâmites legalmente estabelecidos.<sup>78</sup>

Esse mandamento avulta-se ainda mais no atual contexto da sociedade, em razão da pluralidade de interesses existentes em cada uma das relações jurídicas, sobre as quais deverá a Administração Pública exarar uma decisão. Assentamos acima a impossibilidade de adoção da ideia de unicidade do interesse público, segundo a qual seria possível à Administração Pública decidir de forma unilateral um único interesse público prevalecente no caso concreto. Há enorme gama de interesses coletivos legítimos, que devem ser considerados na escolha daquele que deverá prevalecer no caso concreto. Em um contexto democrático em que todos gozam de plena igualdade peran-

te a Administração Pública<sup>79</sup> e no qual diversos atores têm interesses diversos (e não raro contraditórios) com relação a uma decisão, é essencial que cada um possa expor seu ponto de vista e suas razões com relação ao caso concreto, de forma a permitir à Administração Pública, em sua função de mediação, identificar qual o interesse que deverá prevalecer.

A garantia do direito de participação no processo decisório do Estado não é, neste contexto, apenas um formalismo decorrente da concepção de democracia, mas sim é um elemento essencial para que a decisão tomada reflita a ponderação de todos os interesses existentes e que são manifestados no exercício de direitos democráticos. Tem o processo administrativo, destarte, um papel fundamental no atual contexto democrático consagrado na Constituição Federal, estando intimamente ligado à noção de efetiva democracia que acima propugnamos. É, sem dúvidas, um dos instrumentos pelo qual o povo exerce seu poder, visto que uma ponderação viciada dos interesses subjacentes, ou a falha na garantia do contraditório, levará ao vício da decisão exarada.

### 3.3 A legitimação pelo processo

Marçal Justen Filho, muito propriamente lembrando as lições de Max

confira-se: Adilson Abreu Dallari, Sérgio Ferraz, *Processo administrativo*, p. 101 e ss.

78. Como bem afirma Vasco Manoel Pascoal Dias Pereira da Silva: "indiscutível é, no entanto, que a participação dos privados no procedimento constitui uma forma de democratização da Administração Pública" (*Em busca do ato administrativo perdido*, p. 401).

79. Como bem anota Pedro Calmon, a "igualdade é a ideia central, a pedra angular da democracia" (*Curso de teoria geral do Estado*, p. 267).

Weber de legi-  
nal, a-  
cional  
critéri-  
do os-  
razão.  
A caris-  
der é l-  
rística  
que ex-  
a capa-  
da col-  
ria aq-  
da em  
admin-  
ração  
exerce

A  
ção da  
dúvid-  
admin-  
estata-  
versas  
as mai-  
estata-  
consic-  
do de-  
escol-  
clusiv-  
a trip-  
aspect-  
cional  
demo-  
legítir

80. M  
Be  
C  
ss  
di

Weber, apresenta três formas distintas de legitimação, quais sejam, a tradicional, a carismática e a racional. A tradicional seria a legitimação baseada em critérios metafísicos, religiosos, segundo os quais o poder seria legítimo em razão da vontade de um ser supremo. A carismática seria aquela em que o poder é legitimado por meio de características pessoais e particulares daquele que exerce o poder, ao qual se atribui a capacidade de resolver os problemas da coletividade. Por fim, a racional seria aquela em que a legitimação se funda em leis impessoais e em um aparato administrativo burocrático. Há a separação entre o poder e a pessoa que o exerce.<sup>80</sup>

A questão da legitimação da atuação da Administração Pública é, sem dúvida, das mais relevantes do direito administrativo. A legitimidade da ação estatal teve, ao longo dos tempos, diversas concepções, segundo as quais as mais diversas formas de organização estatal puderam, de algum modo, ser consideradas legítimas, apresentando desde fundamentos metafísicos (a escolha de Deus) até argumentos exclusivamente pragmáticos, refletindo a tripartição da legitimação nos seus aspectos tradicional, carismático e racional. Em essência, em um contexto democrático, é possível entender que legítima será a atuação estatal realiza-

da de acordo com a vontade geral, ou seja, de acordo com a ordem jurídica estabelecida democraticamente, sendo o poder exercido por aparato burocrático e impessoal, refletindo os esteios da forma racional da legitimação.

Destarte, aceitando-se que o caráter atualmente predominante da legitimidade é o racional, a “legitimação questiona a juridicidade da dominação”.<sup>81</sup> Vale dizer, deve-se perquirir, para avaliar a legitimidade da ação estatal, sua compatibilidade com a ordem jurídica, que é fundada em leis impessoais, elaboradas em processo de ampla participação dos cidadãos. Vê-se, assim, que a legitimidade, em uma ordem democrática, é intrinsecamente relacionada com a participação dos cidadãos na atuação estatal.

Comentando a atual ordem constitucional, Diogo de Figueiredo Moreira Neto aponta para a existência de duas formas de legitimação: uma de natureza convencional substantiva, que refletiria valores fundamentais próprios da pessoa humana, refletidos na instituição dos direitos fundamentais, e outra de natureza contratual formal, que refletiria os valores próprios da organização política, refletido na instituição de uma ordem política a ser seguida na organização do Estado. Segundo o autor, a legitimidade convencional substantiva teria maior perenidade do que a legitimidade contratual forma, visto

80. Max Weber, *Economy and society*, Berkeley e Los Angeles: University of California Press, 1978, vol. 1, p. 26 e ss. apud Marçal Justen Filho, *Curso de direito administrativo*, p. 7.

81. Eberhard Schmidt-Assmann, *Das Allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee*, p. 87 (tradução nossa).

que esta estaria mais sujeita a mudanças necessárias à atualização e à conformação da organização política.<sup>82</sup>

Ainda na esteira das lições do mesmo autor, a legitimidade da ação estatal, em consonância com a teoria exposta acima, teria duas vertentes: uma política, atingida pela manifestação democrática da sociedade na formação das decisões de caráter político, e uma administrativa, que seria atingida por meio da garantia do direito de participação dos particulares na formação das decisões da Administração Pública.<sup>83</sup>

Desta forma, pode-se observar que a legitimação da Administração Pública apresenta um duplo caráter. Por um lado, a legitimidade apresenta um caráter político-formal, segundo o qual será legítima a ação desempenhada ao amparo da lei elaborada em processo democrático. E, por outro lado, a legitimidade apresenta um caráter subs-

tancial-procedimental, segundo o qual será legítima a ação estatal realizada de acordo com procedimentos previamente estabelecidos, cujo resultado final apresenta conteúdo condizente com a situação fática sobre a qual versa a decisão.<sup>84</sup>

A legitimidade transborda, a nosso ver, os lindes do mero cumprimento estrito da lei (em grande parte relacionada à legitimidade contratual formal). Faz-se necessário, para que se atue de forma efetivamente legítima, que se confira aos interessados o direito de manifestação efetiva no processo decisório, em respeito à legitimação convencional substantiva, com a finalidade de conhecer melhor a situação fática sobre a qual versará a decisão e, com isso, chegar-se a uma decisão mais apropriada ao caso concreto.<sup>85</sup>

A suposição de que a legitimidade é alcançada pelo simples cumprimento estrito da lei é por demais simplista, sobretudo em vista do atual contorno do princípio da legalidade que expusemos acima. Ao se conferir à função administrativa um traço necessário de sope-samento, como bem menciona Sabino

82. Diogo de Figueiredo Moreira Neto, *Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno: legitimidade, finalidade, eficiência, resultados*, p. 41.

83. Cf. Diogo de Figueiredo Moreira Neto, *Direito regulatório*, p. 156. Nesse sentido, destaca Alexandre Santos de Aragão que "o principal mecanismo de legitimação democrática da Administração Pública é o da participação dos titulares de interesses individuais, coletivos e difusos através de consultas públicas prévias à edição dos atos normativos que possam afetar seus interesses" (*A legitimação democrática das agências reguladoras*. In: Gustavo Binenbojm (org.), *Agências reguladoras e democracia*, p. 11.

84. Neste sentido: Antonio La Spina; Giandomenico Majone, *Lo Stato regolatore*, p. 1.836 e ss.

85. É neste sentido que Juan Carlos Casagne menciona que a legitimidade decorre da legalidade (exercício do poder em conformidade com a ordem jurídica), bem como da razoabilidade (compatibilidade da decisão com a situação fática existente) (*Derecho administrativo*, t. II, p. 671).

Casso  
legiti  
ter pi  
terial  
to sei  
juridi  
consc  
proce  
qual :  
vistas  
inter  
ridica  
ca, ra  
da co  
de un  
So  
afirm  
lidad  
pode:  
prio,  
impe  
der, p  
va, de  
mos c  
proce  
portã  
ção d  
pode:  
probl  
perm  
ou ac  
de ac  
quais

86. V

87. C

u

5

88. C

d

Cassese,<sup>86</sup> entendemos ser claro que a legitimidade também terá forte caráter procedimental (e não apenas material), na forma como o sopesamento será realizado para a realização da juridicidade administrativa. Ainda em consonância com o que expusemos, o processo administrativo é a forma pela qual se realizam as competências previstas em lei e se sopesam os diversos interesses subjacentes e os direitos juridicamente protegidos à situação fática, razão pela qual o exercício legítimo da competência não poderá prescindir de uma atuação processualizada.<sup>87</sup>

Sobre a questão, oportunamente afirma Odete Medauar: “A processualidade está associada ao exercício do poder estatal; o poder é, por si próprio, autoritário. No âmbito estatal, a imperatividade característica do poder, para não ser unilateral e opressiva, deve encontrar expressão em termos de paridade e imparcialidade, no processo pré-constituído. Daí a importância dos momentos de formação da decisão como legitimação do poder em concreto, pois os dados do problema que emergem no processo permitem saber se a solução é correta ou aceitável e se o poder foi exercido de acordo com as finalidades para as quais foi atribuído”.<sup>88</sup>

86. Vide nota de rodapé n. 17 acima.

87. Cf. Jens-Peter Schneider, *Strukturen und Typen von Verwaltungsverfahren*, p. 525.

88. Odete Medauar, *A processualidade no direito administrativo*, p. 70.

Neste contexto, o processo administrativo apresenta forte caráter de instrumento de legitimação do exercício do poder estatal. Isto ocorre, pois o processo (i) serve à legitimação convencional substantiva por se referir diretamente a direito fundamental, e (ii) é o instrumento que traz legitimidade à atividade de ponderação e sopesamento dos interesses existentes, em razão da participação dos particulares no processo decisório estatal (em legitimação democrática, que se aproxima de uma democracia direta<sup>89</sup>), referendando o exercício da competência legalmente atribuída no caso concreto. Serve, em última instância, para legitimar o uso do poder estatal pelo consenso e não pela força.<sup>90</sup>

Demais disso, a legitimação decorrente do processo torna as decisões administrativas menos suscetíveis de descumprimento por parte de seus

89. Cf. João Nuno Calvão da Silva, *Mercado e Estado. Serviços de interesse económico geral*, p. 193. Ademais, conforme Vasco Manoel Pascoal Dias Pereira da Silva, o processo “trata-se de legitimidade material, que não se confunde com as demais formas de legitimação, e que tem a ver com o próprio conteúdo, ou mérito intrínseco da decisão administrativa, tomada na sequência de ‘cooperação’, que permita a expressão de interesses diferenciados” (*Em busca do ato administrativo perdido*, p. 402).

90. Sobre o tema: Diogo de Figueiredo Moreira Neto, *Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno: legitimidade, finalidade, eficiência, resultados*, p. 39.

destinatários, em razão de seu caráter concertado. Na atualidade, a forma de legitimação mais aceita é a racional. É necessário que os cidadãos racionalmente aceitem o poder, que deverá ser exercido em ambiente burocrático despersonalizado, conforme ideal weberiano. Neste cenário, ao se instituir mecanismo decisório concertado, no qual a decisão não é imposta, mas sim construída conjuntamente, a perenidade e a efetividade da decisão estatal tendem a ser maiores.

Neste sentido se apresenta o entendimento de Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da Silva sobre o assunto, ao afirmar: “a participação dos privados no procedimento, ao permitir a ponderação pelas autoridades administrativas dos interesses de que são portadores, não só se traduz numa melhoria da qualidade das decisões administrativas, possibilitando à Administração uma mais correcta configuração dos problemas e das diferentes perspectivas possíveis da sua resolução, como também torna as decisões administrativas mais facilmente aceites pelos seus destinatários. Pelo que a participação no procedimento constitui um importante fator de legitimação e de democraticidade da actuação da Administração Pública”.<sup>91</sup>

Em vista do exposto, é possível chegar à conclusão de que o processo administrativo não apenas é elemento

essencial à efetiva realização dos mandamentos democráticos, por possibilitar realmente a participação dos cidadãos no processo decisório estatal, como também é elemento essencial à legitimação da ação do Estado, visto que possibilita aos particulares a participação, de forma concertada, no processo de reconhecimento, ponderação e sopesamento dos interesses subjacentes ao caso concreto, o que torna a aplicação da lei mais precisa e legítima por força do diálogo.

### 3.4 O Estado democrático de direito

Uma última questão se mostra relevante para ser analisada no âmbito do presente estudo, qual seja, a relação entre o processo administrativo e o Estado democrático de direito, posto que este congrega os elementos do Estado de direito, apresentados no item 2 acima, *bem como* os elementos da democracia, tratados neste item 3.

Como propriamente sintetizam Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco: “em que pesem pequenas variações semânticas em torno desse núcleo essencial, entende-se como Estado Democrático de Direito a organização política em que o poder emana do povo, que o exerce diretamente ou por meio de representantes, escolhidos em eleições livres e periódicas, mediante sufrágio universal e voto direto e secreto, para o exercício de mandatos periódicos, como proclama, entre outras, a Constituição brasileira. Mais ainda, já agora no plano das relações concretas

91. Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da Silva, *Em busca do ato administrativo perdido*, p. 402.

92. Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Mártires Coelho, *Estado Democrático de Direito*, p. 10.

entre o Poder e o indivíduo, considera-se democrático aquele Estado de Direito que se empenha em assegurar aos seus cidadãos o exercício efetivo não somente dos direitos civis e políticos, mas também e sobretudo dos direitos econômicos, sociais e culturais, sem os quais de nada valeria a solene proclamação daqueles direitos”.<sup>92</sup>

Sendo assim, temos que, por um lado, o Estado democrático de direito é aquele Estado que não é apenas submetido à ordem jurídica, como também é aquele em que deve a ordem jurídica emanar do poder povo, manifestado direta ou indiretamente, na forma prevista na Constituição. E, por outro lado, o Estado democrático de direito é aquele em que a atuação estatal, amparada pelo direito, deve garantir aos cidadãos a efetividade de seus direitos. Há, portanto, um duplo viés na noção de Estado democrático de direito, um relacionado à forma de submissão do Estado à ordem jurídica e outro relacionado à efetividade dos direitos conferidos aos cidadãos.

Nesta toada, o processo administrativo tem relação fundamental com os elementos do Estado democrático de direito, uma vez que reforça o dever de legalidade da atuação estatal, na medida em que amplia a noção de legalidade, *bem como* que é elemento essencial na garantia dos direitos assegurados aos cidadãos, na medida em que

funciona como contensor e condicionador do exercício do poder estatal.

Ao se analisar o processo administrativo como um dever positivo do Estado a ser realizado anteriormente à tomada de decisões e se verificar que no âmbito do processo administrativo há uma série de direitos assegurados aos administrados (contraditório, ampla defesa, boa administração etc.), emergem com clara evidência os princípios do Estado Democrático de Direito, por ser o processo a forma pela qual o poder é exercido democraticamente (i.e., assegurando-se a participação) de acordo com a ordem jurídica.

A afirmação dos cânones do Estado democrático de direito consubstanciam-se no processo administrativo na medida em que este (i) confere ao administrado a faculdade de participar na formação da decisão administrativa, (ii) confere ao administrado faculdades inerentes ao exercício de efetiva participação no processo de formação da decisão administrativa, tais como o contraditório e ampla defesa<sup>93</sup> e (iii) fornece ao administrado ferramentas mais concretas para controle da legalidade do ato administrativo perante o Poder Judiciário.

93. Conforme lição de Augustin Gordillo: “o princípio da defesa em juízo, ou devido processo (razoabilidade, racionalidade, proporcionalidade justiça natural, *fairness*), é um princípio geral de direito, de caráter universal nos países que têm um Estado de Direito” (*Tratado de derecho administrativo*, t. II, p. IX-9).

92. Gilmar Ferreira Mendes; Inocência Mártires Coelho; Paulo Gustavo Gonet Branco, *Curso de direito constitucional*, p. 149.



#### 4. O direito positivo brasileiro

As considerações apresentadas neste estudo estão longe de ser mera construção teórica, sem reflexos claros na realidade jurídica. As questões aqui apresentadas e discutidas têm expresso amparo no direito positivo. Portanto, adicionalmente a outros diversos exemplos que podem ser trazidos à baila, teremos o objetivo neste derradeiro tópico demonstrar alguns exemplos inculpidos no direito positivo brasileiro que refletem a intrínseca relação entre Estado de direito, democracia e processo administrativo, conforme exposto a seguir.

Em primeiro lugar, deve-se mencionar os arts. 1.º e 2.º da Lei 9.784/99, que refletem considerável parcela dos conceitos apresentados neste estudo, tais como o processo administrativo como mecanismo de proteção dos direitos dos cidadãos (art. 1.º, *caput*), o alargamento do princípio da legalidade, que passa a significar vinculação da Administração Pública ao direito (art. 2.º, I) e o aumento do campo de incidência do controle jurisdicional, em razão do dever de indicação das razões de fato e de direito que levaram à decisão (art. 2.º, VII), o que também é refletido no art. 50 da mesma Lei.

Ademais, outro dispositivo que não pode passar sem menção é o art. 9.º da Lei 9.784/99 que apresenta a definição de interessado no processo administrativo. De tal dispositivo é possível depreender considerável alargamento da noção de parte do processo, o que traz como consequência a ampliação

da possibilidade de participação no processo administrativo, aumentando a participação dos cidadãos no processo decisório do Estado.

Por fim, o mais significativo dos exemplos da eficácia dos mandamentos democráticos refere-se à ampliação do dever de realização de consultas e audiências públicas, previsto nos arts. 31 *et seq.* da Lei 9.784/99, bem como em diversos dispositivos da legislação regente da atuação das agências reguladoras,<sup>94</sup> entre outras normas.<sup>95</sup> Segundo tais dispositivos, de forma genérica, decisões relevantes que possam afetar os direitos de diversos cidadãos (tais como a edição de atos normativos pelas agências reguladoras) deverão ser precedidas de procedimentos de consulta e/ou audiências públicas, nas quais será concedido o direito do contraditório a todos os interessados na decisão. Nada mais é do que o chamamento ao público para se manifestar e expor suas posições com relação ao objeto da decisão, para fornecer à Administração maiores elementos no sopesamento e na ponderação dos interesses subjacentes, em conformidade com aquilo que expusemos acima.<sup>96</sup>

94. Por exemplo: art. 4.º, § 3.º, da Lei 9.427, de 26.12.1996, e art. 42 da Lei 9.472, de 16.07.1997.

95. Por exemplo, art. 39 da Lei 8.666, de 21.06.1993.

96. Sobre o tema, confira-se, também, Marçal Justen Filho, *Agências Reguladoras e Democracia: existe um Déficit Democrático na "Regulação Independente"*? In: Alexandre Santos de Ara-

N  
que o  
não p  
posto  
forma  
to de  
no pr  
como  
de, co  
seus a  
resta  
leiro c  
tado  
apena  
sujeit  
ceba  
cidad

#### 5. Co

P  
apres  
ção d  
al coi  
Com  
direit  
da se  
profu  
deráv  
do e c  
é nec  
venh  
Adm  
às mu  
ao ag

É  
C  
E  
97. C  
E

Nesta senda, podemos observar que o direito positivo brasileiro, como não poderia deixar de ser face ao disposto no art. 1.º da CF, contempla, de forma expressa e inequívoca, o direito de participação do administrado no processo decisório do Estado, bem como cinge a atuação estatal à legalidade, considerada de forma ampla e em seus aspectos formal e material. Assim, resta claro que o direito positivo brasileiro expressamente contempla um Estado democrático de direito, faltando apenas que a Administração Pública sujeita a este direito positivo se aperceba disso e faça valer os direitos dos cidadãos.

### 5. Conclusão

Procuramos, com este estudo, apresentar o delineamento da atuação da Administração Pública no atual contexto do direito administrativo. Como bem observa Odete Medauar, o direito administrativo passou, a partir da segunda metade do século XX por profunda alteração, em razão da considerável ampliação das funções do Estado e de seu campo de atuação.<sup>97</sup> Assim, é necessário que qualquer análise que venha a ser apresentada da atuação da Administração Pública seja permeável às mudanças que advieram em paralelo ao agigantamento do Estado, dentre as

gão (coord.), *O poder normativo das agências reguladoras*, p. 311 e ss., em especial, p. 313.

97. Cf. Odete Medauar, *Administração Pública: do ato ao processo*, p. 418.

quais a ampliação e a consolidação dos direitos dos cidadãos.

O agigantamento do Estado derivado da ampliação de suas funções é, ao mesmo tempo, uma consequência e uma causa da ampliação dos direitos dos particulares. É uma consequência na medida em que é necessária a criação de mecanismos de proteção e garantia dos cidadãos frente ao campo de atuação cada vez maior do Estado. E é uma causa na medida em que os campos de atuação do Estado alargaram-se exatamente para se garantir direitos fundamentais dos cidadãos, os quais, com frequência cada vez maior, passaram a exigir prestações positivas do Estado e não simples abstenção de ação.<sup>98</sup>

Neste contexto, o processo administrativo aparece como elemento norteador da ação estatal, em razão de ser o instrumento pelo qual a Administração Pública identifica, sopesa e pondera os diversos interesses existentes, *bem como* aparece como instrumento de proteção de direitos individuais, em razão de limitar e condicionar a ação estatal, assegurando a todo tempo a observância de tais direitos.

Sendo assim, no epicentro das mudanças por que passa o direito administrativo encontra-se o tema do processo administrativo como novo paradigma de ação estatal capaz de efetivamente fazer com que o Estado seja destinado a servir aos cidadãos e não aos interesses dos governantes. A única coisa que

98. Cf. Robert Alexy, *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 201 e ss.

ainda falta é que os aplicadores do Direito se deem conta desta mudança e passem a aplicá-las na prática.

Neste sentido, lapidar o entendimento de Odete Medauar sobre o papel da Constituição Federal de 1988 para o direito administrativo, com o qual encerramos nossa reflexão. Afirma a autora: “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”.<sup>99</sup>

#### BIBLIOGRAFIA

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. A concepção pós-positivista do princípio da legalidade. *Revista de Direito Administrativo* n. 236, Rio de Janeiro: Renovar (abril-jun. 2004).
- \_\_\_\_\_. A legitimação democrática das agências reguladoras. In: BINENBOJM, Gustavo (org.). *Agências reguladoras e democracia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
99. Odete Medauar, Constituição de 1988: catalisadora da evolução do direito administrativo?, *Revista do Advogado*, n. 99, ano XXVIII, São Paulo: AASP, p. 107 (set. 2008).

- ATALIBA, Geraldo. *Instituições de direito público e República*. São Paulo: Gráfica, 1984.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 20. ed. Malheiros: São Paulo, 2006.
- \_\_\_\_\_. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios gerais de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1969. v. 1.
- BENVENUTI, Feliciano. Funzione Amministrativa, Procedimento, Processo. *Rivista Trimestrale de Diritto Pubblico*, tomo I, p. 118-144 (jan. – mar. 1952).
- BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- BOTELHO, José Manuel Santos; ESTEVES, Américo Pires; PINHO, José Cândido. *Código de Procedimento Administrativo anotado e comentado*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.
- BREYER, Stephen G. et al. *Administrative law and regulatory policy*. 5. ed. Nova Iorque: Aspen, 2002.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. Processo administrativo: perspectivas modernizantes decorrentes da nova legislação. In: CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos (org.). *Curso de direito administrativo*

vo c  
200  
CALMON,  
Estu  
Bas  
CASSAGN.  
tivo  
200  
CASSESE,  
min  
200  
\_\_\_\_\_. Lc  
Cai  
Aire  
\_\_\_\_ et  
ed.  
CHEVALLI  
MO:  
COUTO E  
con  
Osc  
Jur  
nist  
Dio,  
de J  
DALLARI,  
Proc  
Mal  
DALLARI,  
oria  
Sara  
DI PIETRC  
min  
200  
EISENMAN  
tivo  
ta de  
Rio  
e Ed  
ENTERRIA  
TOIR

- iladoras  
Lumen
- reito pú-  
Gráfica,
- o. Curso  
ed. Ma-
- de juris-  
alheiros,
- ha. Prin-  
istrativo.  
). v. 1.  
Ammi-  
processo.  
o Publi-  
i. – mar.
- do direito  
amentais,  
ação. Rio
- o constitu-  
falheiros,
- ESTEVES,  
Cândido.  
ministrati-  
ed. Coim-
- ative law  
Nova Ior-
- esso admi-  
dernizan-  
egilação.  
o Martins;  
opes; SAN-  
atista dos  
ministrati-
- vo econômico. São Paulo: Malheiros, 2006. v. 3.
- CALMON, Pedro. *Curso de teoria geral do Estado*. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958.
- CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho administrativo*. 8. ed. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2006. t. II.
- CASSESE, Sabino. *Istituzioni di diritto amministrativo*. 2. ed. Milão: Giuffrè, 2006.
- \_\_\_\_\_. *La crisis del Estado*. Trad. Pascual Caiella; Juan Gonzáles Moras. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2003.
- \_\_\_\_\_. *et al. Manuale de diritto pubblico*. 3. ed. Milão: Giuffrè, 2005.
- CHEVALLIER, Jacques. *L'État de droit*. Paris: Montchrestien, 1992.
- COUTO E SILVA, Almiro do. Notas sobre o conceito de ato administrativo. In: OSÓRIO, Fábio Medina; SOUTO, Marcos Juruena Villela (org.). *Direito administrativo: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- DALLARI, Adílson Abreu; FERRAZ, Sérgio. *Processo administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 14. ed., São Paulo: Atlas, 2002.
- EISENMANN, Charles. O direito administrativo e o princípio da legalidade. *Revista de Direito Administrativo* 56/47 e ss. Rio de Janeiro: Rio de Janeiro Livraria e Editora (abril – jun. 1959).
- ENTERRÍA, Eduardo García; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo*. 14. ed. Madri: Civitas, 2008. v. 1.
- FAGUNDES, Miguel de Seabra. O conceito de mérito no direito administrativo. *Revista de Direito Administrativo* 23/1 e ss. Rio de Janeiro: FGV (jan. – mar. 1951).
- GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- GIANNINI, Massimo Severo. *Il pubblico potere: Stati e Amministrazione Pubbliche*, Bolonha: Il Mulino.
- \_\_\_\_\_. *Istituzioni di diritto amministrativo*. 2. ed. Milão: Giuffrè, 2000.
- GORDILLO, Augustín. *Tratado de derecho administrativo*. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey. t. II.
- HAURIOU, Maurice. *Précis de droit administratif*. 7. ed. Paris: Recueil Sirey, 1911.
- IPSEN, Jörn. *Allgemeines Verwaltungsrecht*. 3. ed. Colônia: Carl Heymanns, 2003.
- 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.
- \_\_\_\_\_. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- KOPP, Ferdinand; RAMSAUER, Ulrich. *Verwaltungsverfahrensgesetz: Kommentar*. 10. ed. Munique: C. H. Beck, 2008.
- LA SPINA, Antonio; MAJONE, Giandomenico. *Lo Stato regolatore*. Bolonha: Il Mulino, 2000.

- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Discrecionalidade e regulação setorial: o caso do controle dos atos de concentração por regulador setorial. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (coord.). *O poder normativo das agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- \_\_\_\_\_. Ensaio sobre o processo como disciplina do exercício da atividade estatal. In: DIDIER JR., Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira (coord.). *Teoria do processo*. Salvador: Podivm, 2008.
- \_\_\_\_\_. *Pensando o controle da atividade de regulação estatal*. In: GUERRA, Sérgio (coord.). *Temas de direito regulatório*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004.
- \_\_\_\_\_. *Regulação estatal e interesses públicos*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- MAURER, Hartmut. *Allgemeines Verwaltungsrecht*. 14. ed. Munique: C. H. Beck, 2002.
- MEDAUAR, Odete. Administração pública: do ato ao processo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.
- \_\_\_\_\_. *A processualidade no direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: RT, 2008.
- \_\_\_\_\_. Constituição de 1988: catalisadora da evolução do direito administrativo? *Revista do Advogado* 99/100, ano XXVIII, São Paulo: AASP (set. 2008).
- \_\_\_\_\_. *Direito administrativo em evolução*. 2. ed. São Paulo: RT, 2003.
- MEIRELLES, Hely Lopes. Os poderes do administrador público. *Revista de Direito Administrativo – Edição Histórica*, Rio de Janeiro: Renovar, 1995, p. 327 e ss.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. Trad. Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2004.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- \_\_\_\_\_. *Direito regulatório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- \_\_\_\_\_. *Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno: legitimidade, finalidade, eficiência, resultados*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.
- MOREIRA, Egon Bockmann. *Processo administrativo: princípios constitucionais e a Lei 9.784/99*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 6. ed., São Paulo: RT, 2000.
- REALE, Miguel. *Teoria do direito e do Estado*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- RHEIN SCHIRATO, Vitor. A composição da proposta mais vantajosa nas licitações públicas. *Revista Interesse Público*, n 37, ano VIII, Porto Alegre: Notadez (mai. – jun. 2006).
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social: Livro III*. Trad. Paul Arbousse-Bastide. São Paulo: Abril, 1973.
- SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. *Das Allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee*. 2. ed. Heidelberg: Springer, 2006.
- SCHNEIDER, Jens-Peter. Strukturen und Typen von Verwaltungsverfahren. In: HOFFMANN-RIEM, Wolfgang; SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard; VOSSKUHLE, Andreas (org.). *Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band II*. Munique: C. H. Beck, 2008.
- SESIN, I  
bli  
téc  
ju  
Bu
- SILVA, Jc  
ta  
ge
- SILVA, Jc  
tit  
ro:
- SILVA, V  
da  
pe

titucional.  
108.

Trad. Ed-  
, 2004.

do. Curso  
ed. Rio de

e Janeiro:

eito admi-  
itimidade,  
ados. Belo

esso admi-  
ucionais e  
aulo: Ma-

o processo  
al. 6. ed.,

do Estado.  
105.

osição da  
licitações  
Público, n  
: Notadez

ato social:  
e-Bastide.

Allgemei-  
nungsidee.  
2006.

ren und  
ähren. In:  
SCHMIDT-  
JHLE, An-  
es Verwal-  
[ue: C. H.

SESIN, Domingo Juan. *Administración Pública, actividad reglada, discrecional y técnica: nuevos mecanismos de control judicial*. 2. ed. Lexis Nexis Depalma: Buenos Aires, 2004.

SILVA, João Nuno Calvão da. *Mercado e Estado. Serviços de interesse económico geral*. Coimbra: Almedina, 2008.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

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

\_\_\_\_\_. *Para um contencioso administrativo dos particulares*. Coimbra: Almedina, 2005.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Processo e procedimento administrativo no Brasil*. In: \_\_\_\_; MUÑOS, Guillermo Andrés (org.). *As leis do processo administrativo*. São Paulo: Malheiros: 2006.

TÁCITO, Caio. *Direito administrativo*, São Paulo: Saraiva: 1975.

ZANCANER, Weida. *Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.