

Egon Bockmann Moreira

PROCESSO ADMINISTRATIVO

Princípios Constitucionais e a Lei 9.784/99

362
3p



379

MANESCO - ADVOCACIA

TOMBO: _____ **PROCESSO ADMINISTRATIVO**

CDU: _____ **Princípios Constitucionais e a Lei 9.784/99**

PHA: _____ © EGON BOCKMANN MOREIRA

EX: _____ (egon@justen.com.br)

ISBN: 85-7420-190-1

Direitos reservados desta edição por
MALHEIROS EDITORES LTDA.

Rua Paes de Araújo, 29, conjunto 171

CEP 04531-940 — São Paulo — SP

Tel.: (0xx11) 3842-9205

Fax: (0xx11) 3849-2495

URL: www.malheiroseditores.com.br
e-mail: malheiroseditores@zaz.com.br

Composição
Acqua Estúdio Gráfico Ltda.

Capa
Criação: Vânia L. Amato
Arte: Pc Editorial Ltda.

Impresso no Brasil
Printed in Brazil
05.2000

vislumbre, indene de dúvidas e de forma motivada, que certo “processo administrativo” não terá qualquer utilidade prática, o ente público está autorizado a praticar o ato sem prévio “processo legal”.

Mais uma vez, a possibilidade de dispensa do “devido processo legal” é hipótese invulgar e somente será legítima caso comprovada, fundamentada e tornada pública a absoluta inutilidade do processo.

73.3 A regra geral é a incidência do art. 5º, inciso LIV, da CF para todos os comportamentos administrativos. A existência do processo administrativo é, quando menos, garantia de transparência e fundamentação dos atos praticados por entes públicos. O devido processo legal assegura aos particulares a segurança e certeza do prestígio à Constituição Federal.

Como já consignado, o particular poderá, *a priori* ou *a posteriori*, requerer administrativamente o início do “processo”, cuja instalação é cogente e deverá obedecer aos parâmetros constitucionais. Nessa hipótese têm incidência as regras gerais sobre responsabilidade, tanto para o administrado que pleiteia eventual desnecessária e inútil instalação do “devido processo” (responsabilidade subjetiva) como para a Administração Pública que não dá margem ao imprescindível “devido processo” (responsabilidade objetiva).

3. Processo administrativo, princípio do contraditório e a Lei 9.784, de 1999

74. Previsto no inciso LV do art. 5º da CF, o princípio do contraditório significa a participação do administrado na integralidade do processo administrativo, no exercício do direito de influenciar ativamente a decisão a ser proferida.²⁴⁰

Trata-se da garantia de ser cientificado não só da existência do processo, mas de tudo que nele ocorra, podendo o particular manifestar-se a respeito de todos os atos e fatos processuais, gerando, em

240. Segundo Romeu Felipe Bacellar Filho (*Princípios Constitucionais do Processo Administrativo Disciplinar*, pp. 199 e ss.), Cármen Lúcia Antunes Rocha (*Princípios Constitucionais dos Servidores Públicos*, p. 481) e Jacinto Néson de Miranda Coutinho (“Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro”, *Revista do Instituto dos Advogados do Paraná* 28/130) o princípio do contraditório tem relação íntima com o princípio do devido processo legal, este contendo/absorvendo aquele.

conseqüência, o dever de o órgão julgador apreciar motivadamente tais intervenções. É direito titularizado pelos participantes (partes ativa/passiva) da relação processual. Ou seja: o princípio não diz respeito unicamente à parte que ocupa o pólo passivo da relação, mas a todos aqueles que a integram.

Frise-se que o contraditório não alberga mero dever processual de intimação das partes envolvidas, mas também os desdobramentos substanciais desse dever. Seria inócua mera garantia formal, que não assegurasse resultados concretos ao processo. Assim, somente serão válidas as decisões que motivadamente apreciarem cada uma das manifestações dos administrados.

3.1 Princípio do contraditório e Estado Democrático de Direito

75. Emerge cristalino o vínculo entre o princípio do Estado Democrático de Direito e o contraditório.

No processo administrativo trata-se de uma das exteriorizações do direito de participação dos particulares frente à Administração Pública, pois – tal como leciona Bacellar Filho – “a declaração do direito ao caso administrativo não é tarefa exclusiva da Administração, mas de todos os protagonistas do processo”.²⁴¹

Ora, um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito é a integração do particular na esfera pública, segundo normas jurídicas preestabelecidas. As pessoas privadas detêm o direito de conhecer, participar, influenciar e controlar a atividade da Administração. O processo administrativo é justamente um dos meios através dos quais se dá o exercício da cidadania, garantido pelo contraditório.

76. Em estudo a respeito do princípio, Cândido Rangel Dinamarco acentua o vínculo entre a concepção democrática da liberdade de informação e a obrigação de informar, que “no processo se apresenta mais visível porque a informação é indispensável. Existem nulidades por falta dela e a possibilidade de reagir também deve ser oferecida”.²⁴²

Então, os envolvidos na relação processual não detêm unicamente a garantia de receber notícias, mas de poder a respeito delas se manifestar e ter sua reação apreciada pelo órgão competente.

241. *Princípios Constitucionais ... cit.*, p. 204.

242. “Princípio do contraditório”, in *Fundamentos do Processo Civil Moderno*, p. 93.

77. Daí o reforço da idéia de que o contraditório não configura singela exigência *formal* que possibilite às pessoas privadas apresentar sua defesa e cooperar na instrução probatória mas desobrigue o órgão julgador de lhes dar ciência do andamento do processo ou apreciar fundamentadamente as razões trazidas aos autos. Cumpre alterar a antiga visão burocrática do processo administrativo e vislumbrar o contraditório como instrumento democrático, pelo qual o particular participa e colabora na excelência da atuação do Estado.

Assim, o princípio do contraditório é, antes do que dever despi-do de efeitos processuais concretos, a configuração da possibilidade de influência positiva do administrado na constituição da vontade estatal.

3.2 Princípio do contraditório e igualdade processual

78. O contraditório também apresenta estreita ligação com o princípio da igualdade processual. Uma de suas finalidades é atenuar eventual disparidade entre as partes do processo, pois exige as mesmas oportunidades a todos os interessados e que as manifestações processuais recebam idêntico respeito e produzam efeitos isonômicos.

O princípio não significa “igualdade de prazos” ou “igualdade de tratamento formal”, mas igualdade no sopesar das alegações das partes, implicando dever de seu exame equânime. Essa é a lição de Ada Pellegrini Grinover, para quem “plenitude e efetividade do contraditório indicam a necessidade de se utilizarem todos os meios necessários para evitar que a disparidade de posições no processo possa incidir sobre seu êxito, condicionando-o a uma distribuição desigual de forças. A quem age e a quem se defende em juízo devem ser asseguradas as mesmas possibilidades de obter a tutela de suas razões”.²⁴³

79. A questão assume especial relevância no que diz respeito ao processo administrativo, o qual, muitas vezes, envolve o particular *versus* a Administração.

Contudo, e conforme ressaltado quando do exame do princípio da igualdade, a presença da Administração em um dos pólos do processo administrativo apenas acentua a necessidade de respeito ao particular que ocupa o outro pólo. A formação do convencimento do

243. “O conteúdo da garantia do contraditório”, in *Novas Tendências do Direito Processual*, p. 18.

órgão decisório não é tarefa unilateral e desproporcionada, tal como se fosse possível à Administração prestigiar exclusivamente o seu entendimento.²⁴⁴ Todos os participantes da relação processual (incluindo-se, aí, Administração e particulares) têm o direito de ver reconhecida sua influência na decisão final – seja positiva (acolhendo-se-a), seja negativamente (rejeitando-se-a), mas sempre fundamentadamente.

3.3 Evolução do princípio do contraditório

80. Tal como firmado no Capítulo II da presente monografia, o processo nasceu impregnado de noções privatistas. Era atividade adjetiva, a serviço do direito material supostamente detido pelo autor da demanda. Essa compreensão também acompanhou o nascimento e desenvolvimento do princípio do contraditório, inicialmente concebido como simples direito do réu de poder opor-se ao pedido do autor.²⁴⁵

Com a evolução do Direito Processual ampliaram-se o alcance e o conteúdo do princípio, que deixou de “ser meramente formal, no intuito de atender aos *standards* necessários para o estabelecimento de um processo justo, para além de simples requisito técnico de caráter não-essencial”.²⁴⁶

Assim, e na lição de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, o contraditório atualmente deve ser concebido como instrumento de prestígio ao “valor essencial do diálogo judicial na formação do juízo, fruto da colaboração e cooperação das partes com o órgão judicial e deste com as partes, segundo as regras formais do processo”.²⁴⁷

Ou seja, a noção do princípio ampliou-se e transcendeu mera projeção da atividade das partes em face do processo, para obter o efeito reflexo e ser compreendido democraticamente também como a colaboração ativa do Estado na atividade processual das pessoas privadas.

244. Daí a lição de Bacellar Filho, para quem “é necessário que a Administração, quando na posição de contraditor, coloque-se no mesmo plano do sujeito em confronto, em posição substancialmente correspondente e equivalente à do outro” (*Princípios Constitucionais ... cit.*, pp. 211 e 212).

245. A respeito da evolução histórica do princípio v. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, “A garantia do contraditório”, in *Genesis – Revista de Direito Processual Civil* 10/667-669.

246. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, “A garantia ...”, *Genesis ...* 10/669.

247. Idem, *Genesis ...* 10/669.

81. É patente que o diálogo processual não se trava só entre as partes interessadas, a fim de ser percebido passivamente por quem proferirá a decisão. A relação processual deve ser concebida como um triálogo, exigindo a participação imparcial do órgão julgador. Influência, essa, recíproca e igualitária entre as partes e o Estado.²⁴⁸

Assim é a lição de Barbosa Moreira, para quem o significado do princípio do contraditório pode ser encarado em dupla perspectiva: o prestígio à dignidade do processo (e das pessoas nele envolvidas), implicando segurança e estabilidade da relação processual, bem como a constante busca da contemplação de mais de um ângulo da realidade de Direito Material examinada, visando-se à correta aplicação das normas materiais ao caso concreto.²⁴⁹

82. Enfim, a doutrina evoluiu para a concepção de que o contraditório não se vincula unicamente à atividade *material-fática* do processo, mas envolve também a essência *jurídica* da discussão processual e material, bem como sua repercussão em face da futura decisão.

Não se trata de um princípio que se exaure quanto aos fatos do processo, mas que abrange as normas jurídicas que incidem no caso concreto. Isso sob dois ângulos: por um lado, a incidência ativa do princípio é esclarecedora do Direito aplicável; por outro, toda e qualquer inovação na matéria jurídica discutida nos autos deverá ser levada ao conhecimento dos interessados.

Caso a decisão envolva matéria jurídica nunca discutida no processo, dentro do brocardo *iura novit curia*,²⁵⁰ o julgador tem o dever de intimar as partes envolvidas na relação processual para que participem e se manifestem a respeito da aplicação das normas até então inéditas à relação processual. Uma vez que ao julgador é permitido adotar qualificação jurídica diversa daquela discutida nos autos, pois sua decisão não está limitada ao elenco de normas trazido pelas partes, é “inadmissível sejam os litigantes surpreendidos por decisão que

248. É evidente que nos processos administrativos “duais” caracterizar-se-á o diálogo cooperativo entre Administração Pública e pessoas privadas.

249. “A garantia do contraditório na atividade de instrução”, in *Temas de Direito Processual* (3ª Série), pp. 65 e 66.

250. Significando que o julgador não tem apenas o dever de aplicar a lei, mas de procurar no ordenamento a solução mais adequada, ainda que não envolva estritamente o direito alegado pelas partes. Dever, aliás, próprio da Administração Pública.

se apóie, em ponto fundamental, numa visão jurídica de que não se tenham apercebido”.²⁵¹

Assim, e na conclusão de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira: “Aliás, a problemática não diz respeito apenas ao interesse das partes, mas conecta-se intimamente com o próprio interesse público, na medida em que qualquer surpresa, qualquer acontecimento inesperado, só faz diminuir a fé do cidadão na administração da Justiça. O diálogo judicial torna-se, no fundo, dentro dessa perspectiva, autêntica garantia da democratização do processo, a impedir que o poder do órgão judicial e a aplicação da regra do *iura novit curia* redundem em instrumento de opressão e autoritarismo, servindo às vezes a um mal-explicado tecnicismo, com obstrução à efetiva e correta aplicação do direito e à justiça do caso”.²⁵²

83. Acreditamos que tais concepções do princípio do contraditório são perfeitas ao processo administrativo.

Isso porque o agente público tem o dever de procurar a solução excelente, mediante aplicação das normas que melhor atendam ao interesse público pertinente ao caso concreto. Por óbvio, não está restrito ao elenco de disposições legais trazidas pelas partes da relação processual. Deve ir além e, no exercício da função administrativa, perquirir o Direito próprio à questão controversa. Trata-se de *dever-poder* da Administração.

251. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, “A garantia ...” cit., *Genesis ...* 10/671. No mesmo sentido: Bacellar Filho, *Princípios Constitucionais ...* cit., p. 245; e José Rogério Cruz e Tucci, A “*Causa Petendi*” no Processo Civil, pp. 133 e 134. Pontes de Miranda já havia adotado entendimento semelhante, ao comentar o Código de Processo Civil: “Tendo-se aberto a brecha no *iura novit curia*, a propósito de direito estadual, ou municipal, estrangeiro ou consuetudinário (art. 337), entra a contraditoriedade a respeito da regra jurídica abstrata, que foi invocada, podendo cada parte, e não só a que alegou, produzir prova. O ônus de provar cabe a quem a invocou. Porém, as leis são revogáveis, derogáveis, suscetíveis de ser repostas em vigor, de ter a sua vigência regulada por princípios especiais, de ser entendidas segundo regras especiais de interpretação; de modo que o simples fato de se apresentar o texto, publicado ou por certidão, ou em livro (a que o juiz dê crédito), não exaure a dívida sobre a sua *incidência e aplicabilidade*, se a outra parte a mantém, com afirmações contrárias, no todo ou em parte” (*Comentários ao Código de Processo Civil*, t. IV, p. 283).

252. “A garantia ...” cit., *Genesis ...* 10/672. O autor cita o Regimento Interno do TJRS, cujo art. 184 impõe “prévia discussão com as partes das preliminares suscitadas durante o julgamento” (*Genesis ...* 10/680). Previsão idêntica à do STJ (RISTJ, art. 164, § 1º).

Nesse passo, também configura dever administrativo aquele da ciência prévia às partes interessadas, antes da tomada de decisão, de eventual interpretação normativa nunca vista nos autos. A boa-fé processual assim o impõe. Caso contrário frustrar-se-á a participação democrática dos particulares no processo administrativo e terá sido inócua a aplicação formal do princípio do contraditório.

84. Por fim, e conforme será visto a seguir, nem se diga que no processo administrativo o contraditório seria intimamente vinculado à litigiosidade. Ou seja, que o princípio somente teria incidência em casos de prévio e explícito conflito de interesses entre as partes da relação processual.

Tal concepção afastar-se-ia do conceito hodierno do princípio. Compreendido como garantia à participação ativa e democrática do cidadão na formação da decisão estatal, o contraditório é essencial a todo e qualquer processo, independentemente da existência ou não de litígio entre as partes envolvidas (ou entre estas e a Administração).²⁵³

3.4 Princípio do contraditório e a concepção atual do processo administrativo

85. A preocupação que destaca a necessidade de cooperação do órgão julgador é patente no processo administrativo, em que muitas vezes há apenas duas pessoas envolvidas (Administração e particular). Nesta hipótese acentua-se o dever de participação ativa daquele que proferirá a decisão – não no sentido de “litigar”, subtrair informações e surpreender o administrado com provas e/ou provimentos inéditos ao processo.

253. Não se olvide a decisiva lição de Elio Fazzalari em face do princípio, que chega a negar “a inserção da relação jurídica processual no conceito de processo. Fala do ‘módulo processual’ representado pelo procedimento realizado em contraditório, e propõe que, no lugar daquela, se passe a considerar como elemento do processo essa abertura à participação, que é constitucionalmente garantida” (Cintra, Grinover e Dinamarco, *Teoria Geral ... cit.*, p. 283). É importante destacar a advertência de Jacinto N. M. Coutinho a respeito do princípio do contraditório e processo, para quem: “Em que pese à infinita discussão a respeito da sua natureza jurídica e a adoção, pela CF/88, da posição de Elio Fazzalari (art. 5º, LV), ou seja, de que há processo quando houver procedimento com contraditório, continua firme na dogmática, por enquanto, a noção bülowiana de que é ele uma *relação jurídica processual*” (“Introdução ...” cit., RIAP 28/128).

A Administração não pode comportar-se tal como se defendesse um interesse secundário, buscando suprimir as chances de êxito do administrado. Ao contrário.

É dever do Estado colaborar, mesmo *ex officio*, na interação do administrado no processo. Além de outorgar lapsos temporais para a manifestação das pessoas privadas, devem ser esclarecidas as razões de tais atos e as alternativas que deles derivam.

O princípio do contraditório assegura ao particular a possibilidade de influenciar a atividade da Administração e o dever desta de auxiliar, de forma sempre isonômica, as partes da relação jurídico-processual.

Aliás, no Direito Administrativo o princípio do contraditório assemelha-se antes ao Direito Processual Penal do que ao Direito Processual Civil. A Administração tem o dever de gerar a contraditoriedade real, vez que maneja interesses públicos (indisponíveis). A raiz constitucional do princípio reforça esse entendimento, que impõe ao administrador o dever da busca constante de um contraditório efetivo na tutela do interesse público posto à sua guarda e tutela do interesse privado do administrado.

Não que isso possa implicar qualquer espécie de “favorecimento”. Ao prestigiar o contraditório a Administração não acolhe impen-sadamente a pretensão ou razões dos particulares. Mesmo porque a interação do ente público no processo não mitiga o dever de excelente administração e proferimento de decisão justa e adequada.

86. Ademais, e tal como acima afirmado, ao julgador administrativo é atribuída a possibilidade de analisar o caso concreto para além das normas consignadas pelos interessados na relação jurídico-processual. Mais do que isso, o administrador público tem o dever de aplicar a norma própria à questão controversa (ainda que não trazida à discussão processual pelos particulares).

Não se olvide que a Lei 9.784, de 1999, possibilita a “uniformização” das decisões em casos da mesma natureza (art. 50, inciso VII e § 2º), o que também pode implicar desconhecimento prévio dos administrados quanto ao entendimento da Administração. Assim, e tendo em vista a trágica profusão de leis, medidas provisórias, regulamentos, regimentos internos, portarias, pareceres, decisões, o “*telex normativo*” etc., muitas vezes o acesso a tais diplomas é difícil (se não impossível) aos particulares.

Desta forma, a Administração não poderia “ocultar” um dispositivo legal específico (ou um provimento pretérito), surpreendendo o particular com decisão fundada em norma jurídica ou interpretação inédita ao caso concreto.

A situação agrava-se quando a Administração é parte no processo. Nesta hipótese a violação ao contraditório com lastro no *iura novit curia* é ainda mais acentuada. A pessoa privada travaria luta unilateral, pois a parte adversa a surpreenderia com decisão fundada em dispositivo legal/regulamentar eventualmente desconhecido.

Não parece haver dúvidas quanto à aplicação do princípio como temperamento ao *iura novit curia*, no processo administrativo.

3.5 Princípio do contraditório, instrução do processo e a Lei 9.784, de 1999

87. Inicialmente, acolhemos a noção de Dinamarco a respeito da instrução processual, para quem “instruir não é só provar”, mas, “em linguagem processual, significa *preparar*”. Isso porque “não é só provando que eu participo do processo. Não é só provando que eu ins-truo o juiz, que eu preparo a sua mente para chegar à solução que eu quero; também em todas as demais atividades. Nas alegações que se fazem no processo também existe atividade instrutória”.²⁵⁴

No mesmo sentido de Dinamarco, para Grinover “a instrução, em sentido lato, compreende as alegações que as partes produzem no processo e abrange todos os atos capazes de levar à efetiva tutela do direito material, pela prova e fora da prova”.²⁵⁵

Assim, o princípio do contraditório não trata apenas do “direito à prova”, mas é garantia de participação processual como pressuposto de validade de toda a atividade instrutória. Participação, essa, compreendida em sentido amplíssimo. Ou seja: a integralidade das manifestações processuais (verbais e escritas) oferecidas pelas partes integra o exercício do contraditório – quanto à possibilidade de sua apresentação, dever de intimação da parte adversa e necessidade de serem integralmente apreciadas.

254. “Princípio do contraditório”, in *Fundamentos ... cit.*, p. 95.

255. “O conteúdo da garantia do contraditório”, in *Novas Tendências ... cit.*, p. 17.

88. Ainda que no Direito Processual Civil se possa afirmar que a iniciativa da instrução cabe primordialmente às partes,²⁵⁶ o mesmo não se pode dizer quanto ao processo administrativo, especialmente em face das disposições da Lei 9.784, de 1999.

88.1 Neste campo do Direito Processual “as atividades de instrução destinadas a averiguar e comprovar os dados necessários à tomada de decisão realizam-se *de ofício ou mediante impulsão do órgão responsável pelo processo*, sem prejuízo do direito dos interessados de *propor* atuações probatórias” (Lei 9.784, de 1999, art. 29 – destaque nosso).

A diretriz primeira da atividade probatória no processo administrativo é a sua qualidade de ato espontâneo da Administração. A regra é a instalação e condução *ex officio* da instrução, sem que isso impeça o pleito dos interessados ou sua intimação acerca do andamento processual.

Note-se que a lei vale-se do verbo “propor”²⁵⁷ quando se refere à pretensão probatória dos particulares. Isso jamais poderia significar que a atividade instrutória buscada pelos interessados seja de menor valia. Ou que resultaria de “opção” do órgão julgador. Nada disso. Trata-se apenas de reforço retórico da idéia de responsabilidade da Administração quanto à atividade instrutória processual. No processo administrativo o interessado tem direito à produção de todas as provas, menos aquelas “obtidas por meios ilícitos” (Lei 9.784, de 1999, art. 30) e as “ilícitas, impertinentes, desnecessárias ou protelatórias” (art. 38, § 2º).²⁵⁸

Mesmo quando seja atribuída ao interessado “a prova dos fatos que tenha alegado”, esta deverá ser concretizada “sem prejuízo do *dever* atribuído ao órgão competente para instrução” (Lei 9.784, de 1999, art. 36 – destaque nosso). O fato de o particular ter pleiteado a produção de prova específica e caso a sua produção lhe seja atribuí-

256. Barbosa Moreira acolhe tal entendimento, “sem prejuízo do reconhecimento do papel ‘ativo’ que o juiz modernamente se vê chamado a desempenhar nesse campo (...)” (“A garantia ...”, in *Temas ... cit.*, p. 67).

257. Segundo Moraes Silva o verbo significa “apresentar, oferecer a exame, submeter à apreciação” (*Novo Dicionário Compacto da Língua Portuguesa*, v. II, p. 1.920).

258. A matéria será aprofundada no tópico seguinte, que analisa o princípio da ampla defesa.

da, isso não derroga o dever administrativo de realizar atividade probante (desde que essencial à discussão travada nos autos). O requerimento da parte não será limite à atividade instrutória oficial (nem vice-versa).

Apenas na hipótese de não-apresentação de “dados, atuações ou documentos”, formalmente solicitados e necessários “à apreciação do pedido formulado”, o processo será arquivado (art. 40 da Lei 9.784, de 1999), sem que a atividade instrutória se desenvolva plenamente. Este artigo envolve a impossibilidade fática absoluta de proferimento da decisão final sem a cooperação do interessado. Exige que o interesse em jogo seja privado *stricto sensu* e se o seu titular não permitir à Administração a tomada de decisão, nada mais correto do que o arquivamento do processo sem julgamento de mérito. Esse arquivamento por razões formais não impedirá a propositura de novo pleito (ou o desarquivamento do pretérito), desta feita instruído com os “dados, atuações ou documentos” essenciais à decisão administrativa.

88.2 Desta forma, no processo administrativo a instrução é *dever* do agente administrativo. O processo não pode restar inativo devido a omissões dos particulares envolvidos.

Na hipótese de o administrado negar-se a participar da relação processual deve a Administração conduzi-la até decisão final, sempre intimando os interessados de todos os atos e fatos processuais e franqueando vista dos autos.

89. Caso a parte envolvida não disponha de meios para conferir regular andamento ao processo ou à tutela de seus direitos o Estado tem o dever de suprir tais deficiências (econômicas, culturais, jurídicas etc.), a fim de prestigiar o princípio do contraditório e tornar equânime a relação processual. Nesse sentido, a Lei 9.784, de 1999, dispõe que: “Os atos de instrução que exijam a atuação dos interessados devem realizar-se do modo menos oneroso para estes” (art. 29, § 3º).

Porém, não se olvide a aplicação dos arts. 5º, inciso XXXIV, e 134 da CF, bem como da Lei Complementar 80, de 12.1.1994 (“Organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados”), da Lei 1.060, de 5.2.1950 (“Estabelece normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados”), e, analogicamente, do art. 32 e §§ do CPP (assistência judiciária para promover a ação penal) e do art. 19 do CPC (isenção de custas).

Não se trata apenas da diminuição da onerosidade processual, mas do dever de tornar possível a instalação e o desenvolvimento justo do processo. O cidadão tem direito à assistência gratuita também frente à Administração Pública.

90. As partes envolvidas no processo administrativo têm assegurado o direito de, “na fase instrutória e antes da tomada de decisão, juntar documentos e pareceres, requerer diligências e perícias, bem como aduzir alegações referentes à matéria objeto do processo” (art. 38, *caput*). Regra semelhante encontra-se no inciso II do art. 3º da Lei 9.784, de 1999.

Tal direito corresponde ao dever do órgão julgador de avaliar todas as manifestações dos interessados e considerá-las “na motivações do relatório e decisão” (art. 38, § 1º). Conforme já mencionado, a única hipótese de recusa está na propositura de provas “ilícitas, impertinentes, desnecessárias ou protelatórias” – qualificação que exige séria fundamentação para ser adotada (art. 38, § 2º).

91. Mais ainda, as provas devem ser produzidas frente ao órgão competente – definido em lei como responsável pelo processo – e com a colaboração das partes. Viola o princípio do contraditório a prova realizada frente a terceiro sem o conhecimento dos interessados. Frise-se que a Lei 9.784, de 1999, ao referir-se à atividade instrutória, sempre se refere a “órgão competente” ou “órgão responsável” (arts. 29, *caput* e § 1º, 31, 37, 39, parágrafo único, e 43).²⁵⁹

A única peculiaridade do processo administrativo reside na possibilidade de o órgão que participa da instrução não ser aquele que proferirá a decisão (art. 47). Medida de todo saudável, vez que muitas vezes a Administração é parte no processo. Ao transferir a competência decisória para outro órgão a Lei 9.784, de 1999, prestigia a imparcialidade e a moralidade do processo administrativo.

92. A única previsão da Lei 9.784, de 1999, que chama a atenção do intérprete, no que diz respeito ao princípio do contraditório,

259. O art. 5º, inciso LIII, do Texto Maior estabelece que “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”, e seu inciso XXXVII proíbe “juízo ou tribunal de exceção”, expressões constitucionais do princípio do juiz natural – autoridade com competência legal expressa para processar e julgar, definida anteriormente ao fato objeto do processo. A respeito do princípio do juiz natural em face do processo administrativo v. Bacellar Filho, *Princípios Constitucionais ...* cit., pp. 287-342.

está no art. 2º, parágrafo único, inciso X, que assegura a “garantia dos direitos à comunicação, à apresentação de alegações finais, à produção de provas e à interposição de recursos, *nos processos de que possam resultar sanções e nas situações de litígio*” (destaque nosso).

92.1 Em primeiro lugar, frise-se que há extrema dificuldade na definição clara e precisa dessas “espécies” processuais quando da instalação do processo administrativo.

Ora, é usual pedidos administrativos que se tornam “litigiosos” somente depois da manifestação do ente público, de terceiro ou quando da decisão final. Até então são processos “amigáveis”. Restringir o direito a comunicação, alegações finais, provas e recursos ao transcurso do *iter* processual certamente causará danos ao interessado e mesmo à Administração. Ademais, tais restrições podem beirar a má-fé processual.

Segundo nossa compreensão, o referido inciso X, *in fine*, aplica-se àqueles processos meramente burocráticos, que não envolvam pretensões que, nem mesmo por eventualidade, possam resultar em conflitos de interesses (entre particulares ou entre estes e a Administração). Assim dar-se-á, *v.g.*, nos pedidos de certidões, requerimentos que se dirijam à prática de atos vinculados, pedidos de aplicação de entendimento pacífico na Administração referente a “assuntos da mesma natureza” (Lei 9.784, de 1999, art. 50, § 2º) e registro de documentos. A previsão vincular-se-ia ao princípio da eficiência processual (celeridade, simplicidade etc.), a fim de evitar desdobramentos e exigências inúteis ao escopo a que se destina o processo.

Caso o processo seja instalado por quem detém o interesse qualificado no art. 9º e incisos da Lei 9.784, de 1999, e possa gerar, mesmo hipoteticamente, conflito de interesses (resultando em litígio) ou sanções, a restrição do inciso X do parágrafo único do art. 2º é de impossível aplicação. Caso esse litígio se revele no curso do processo – qualquer que seja ele –, são nulos todos os atos anteriores que aplicarem tal limitação. Também essa é a consequência de provimento que porventura resulte em prejuízo ao interesse das pessoas envolvidas. Na hipótese de a decisão negar os “direitos à comunicação, à apresentação de alegações finais, à produção de provas e à interposição de recursos” e, ainda assim, negar o pleito dos particulares, será nula.

92.2 Por óbvio, dúvida não existirá quando o processo dirigir-se justamente à aplicação de sanções ou solução de litígios entre a Administração e particulares ou entre estas pessoas. O despacho ou pedido inicial deve ser sempre claro nesse sentido.

Especialmente no que diz respeito à aplicação de sanções, acreditamos ser essencial à validade do processo a definição clara, contemporânea à sua instalação, do fim visado pela Administração (ou particular que o requer). Não será válido o processo que se instale aleatoriamente e culmine em uma aplicação de sanção administrativa.²⁶⁰ Caso o processo encaminhe-se para essa finalidade, deve ser reinstalado (aproveitando-se os atos formais), dando-se à pessoa que eventualmente sofrerá a sanção oportunidade para ampla defesa, exercício do contraditório etc.

“Em outras palavras, a autoridade não pode instaurar ‘processo disciplinar’, ‘sindicância’, ‘procedimento de avaliação periódica de desempenho’, processo para apuração de descumprimento às exigências de estágio probatório (‘avaliação especial de desempenho’) ou processo para exoneração de servidor estável por excesso de quadros sem externar os motivos de sua decisão.”²⁶¹

92.3 Por fim, a restrição do direito ao recurso somente pode ser compreendida como concretização do princípio do interesse recursal. Os recursos são um desdobramento das garantias processuais detidas pelos particulares (ampla defesa, devido processo legal etc.) e não podem ser menosprezados pelo hermenêuta.²⁶² Trata-se do que Celso Antônio Bandeira de Mello, com lastro no art. 5º, inciso XXIV, “a”, da CF, definiu como “princípio da revisibilidade”, que “presume uma atuação administrativa que o cidadão repute desconforme com a ordem jurídica. Assim, peticionará a revisão dela, tanto mais porque a Administração se estrutura hierarquicamente, no que vai implícito um princípio de revisibilidade”.²⁶³

Porém, somente pode recorrer quem teve sua pretensão indeferida pela autoridade competente. Aquele que sofreu sucumbência (per-

260. A esse respeito, ampliar no Capítulo III, n. 2.8.7.

261. Bacellar Filho, *Princípios Constitucionais ...* cit., p. 224.

262. Não se olvide que “um dos princípios assentados pela Revolução Francesa, como elemento de defesa contra o absolutismo dominante, foi o da obrigatoriedade de se instituir o duplo grau de jurisdição” (E. D. Moniz de Aragão, *Embargos de Nulidade e Infringentes do Julgado*, p. 81).

263. *Curso ...* cit., p. 438.

deu, foi derrotado no processo) tem o ônus²⁶⁴ de recorrer do provimento denegatório de seu pedido (ou defesa).

Na hipótese de a decisão do processo administrativo não causar gravame e/ou não impor sanção à pessoa privada não será possível a interposição de recurso.

3.6 Princípio do contraditório, providências acauteladoras e a Lei 9.784, de 1999

93. O art. 45 da Lei 9.784, de 1999, prevê a possibilidade, na instrução do processo, de adoção de “providências acauteladoras sem a prévia manifestação do interessado”. Porém, submete tais providências a dois requisitos: a configuração de risco iminente e prévia motivação.

Nesta hipótese não há supressão do contraditório, mas inversão temporal na incidência do princípio. O interessado não é intimado anteriormente à concretização da providência acauteladora justamente a fim de viabilizar a realização desta – seja porque a intimação é inviável devido ao curto espaço de tempo disponível para a prática do ato, seja porque a prévia intimação frustraria sua concretização.

De qualquer forma, o contraditório é pleno no momento imediatamente posterior à providência necessária. O interessado tem acesso à providência e seus resultados; podendo questionar, inclusive, a legitimidade de sua adoção.

Destaque-se a imperiosidade da concretização fática absolutamente incontroversa do risco iminente. Deverá ser evento sério, imediato e intransponível no tempo. Caso assim não seja a providência

264. Ainda segundo Moniz de Aragão, ônus “não se trata de dever, nem de obrigação; tampouco confere qualquer direito à contraparte; é como que um estímulo a vincular o onerado a si próprio; se agir em conformidade com ele poderá alcançar o que pretende, caso contrário poderá sofrer um prejuízo”. Exemplo de ônus perfeito é o de “recorrer da sentença desfavorável: se a parte não o fizer, consumir-se-á, pelo trânsito em julgado, o prejuízo decorrente do julgamento; ao contrário, se recorrer poderá alcançar a reforma da sentença” (*Exegese do Código de Processo Civil*, v. IV, t. I, pp. 85 e 86). Bem verdade que a ausência de recurso administrativo tem efeitos internos à Administração e não impede o interessado de acionar o Poder Judiciário, em vista do princípio do livre acesso e universalidade da jurisdição (CF, art. 5º, inciso XXXV).

adotada pela Administração será nula de pleno direito, não podendo gerar qualquer efeito jurídico.

Por outro lado, a motivação deverá ser plena (fundamentos de fato e de direito) e simultânea à “providência”. Não será possível sua adoção imotivada para, em vista de seu resultado, ser formalizada a fundamentação do ato.

4. Princípio da ampla defesa, a Lei 9.784, de 1999, e o processo administrativo

94. O princípio da ampla defesa vem expressamente previsto no Direito Constitucional brasileiro a partir da primeira Carta Maior.²⁶⁵ Assim, é garantia que se poderia qualificar de clássica em nosso Direito Público, pois o acompanha desde sua instalação.

Inicialmente a ampla defesa tinha concepção *ratione materiae* restrita. Apesar de compreendida em sua larga incidência, era própria do Direito Processual Penal. Essa limitação derivava de hermenêutica literal dos textos constitucionais, que a inseriam como garantia apta a assegurar a defesa “aos acusados” e envolviam a “nota de culpa” (Cartas de 1824, 1891 e 1946) e/ou a própria prisão (Cartas de 1824, 1891, 1937 e 1946). Somente a Constituição de 1934 definia o princípio sem qualquer vínculo explícito com aspectos criminais (“A lei assegurará aos acusados ampla defesa, com os meios e recursos essenciais a ela”).

Assim, e implícita ou explicitamente, ampla maioria da doutrina reputava que o termo “acusados” implicava limitação do princípio aos processos criminais.²⁶⁶ Em sentido contrário, especialmente, Pon-

265. Cf. as Constituições pretéritas e respectivos artigos, que previam a máxima: 1824, art. 179, § 8º, incisos XI e XVII; 1891, art. 72, § 16; 1934, art. 113, §§ 24-27; 1937, art. 122, inciso XI; 1946, art. 141, § 25; e EC 1, de 1969, art. 153, § 15.

266. V. Carlos Maximiliano (*Commentários à Constituição Brasileira*, 1923, pp. 679-681, e *Comentários à Constituição Brasileira*, v. III, 1954, pp. 121-125), Eduardo Espínola (*Constituição dos Estados Unidos do Brasil (18 de Setembro de 1946)*, v. II, pp. 568 e 569) e Manoel Gonçalves Ferreira Filho (*Comentários à Constituição Brasileira*, pp. 599 e 600). Já Celso de Mello tinha interpretação ampliativa e criticava decisões jurisdicionais limitativas (*Constituição ... cit.*, pp. 341 e 342). Ampliar em Bacellar Filho (*Princípios Constitucionais ... cit.*, pp. 265-270) e Grinover (*O Processo Constitucional ... cit.*, pp. 21 e 22).