
A&C

REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO & CONSTITUCIONAL

 **Editora Fórum**

ISSN 1516-3210

A&C R. de Dir. Administrativo & Constitucional	Belo Horizonte	ano 11	n. 46	p. 1-230	out./dez. 2011
--	----------------	--------	-------	----------	----------------

A&C – REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO & CONSTITUCIONAL

IPDA
Instituto Paranaense
de Direito Administrativo

INSTITUTO DE DIREITO
ROMEUFELIPE
BACELLAR

© 2011 Editora Fórum Ltda.

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive por meio de processos xerográficos, de fotocópias ou de gravação, sem permissão por escrito do possuidor dos direitos de cópias (Lei nº 9.610, de 19.02.1998).



Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Presidente e Editor

Av. Afonso Pena, 2770 - 15º/16º andares - Funcionários
CEP 30130-007 - Belo Horizonte/MG - Brasil
Tel.: 0800 704 3737
Internet: www.editoraforum.com.br
e-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Coordenação editorial: Olga M. A. Sousa
Revisão: Lourdes Nascimento
Luiz Fernando de Andrada Pacheco
Patrícia Falcão
Bibliotecário: Ricardo Neto - CRB 2752 - 6ª Região
Projeto gráfico: Luiz Alberto Pimenta
Diagramação: Deborah Alves

Impressa no Brasil / Printed in Brazil
Distribuída em todo o Território Nacional

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

A246	A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional. ano 3, n. 11, jan./mar. 2003. Belo Horizonte: Fórum, 2003.
	Trimestral ISSN 1516-3210
	Ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada pela Editora Juruá em Curitiba
	1. Direito administrativo. 2. Direito constitucional. I. Fórum.
	CDD: 342 CDU: 342.9

Revista do Programa de Pós-graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar (Instituição de Pesquisa especialmente credenciada pelo Ministério da Educação – Portaria nº 2.012/06), em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo (entidade associativa de âmbito regional filiada ao Instituto Brasileiro de Direito Administrativo).

A linha editorial da A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional segue as diretrizes do Programa de Pós-Graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo. Procura divulgar as pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no direito comparado, com ênfase na questão da interação e efetividade dos seus institutos, notadamente América Latina e países europeus de cultura latina.

A publicação é decidida com base em pareceres, respeitando-se o anonimato tanto do autor quanto dos pareceristas (sistema double-blind peer review).

Desde o primeiro número da Revista, 75% dos artigos publicados (por volume anual) são de autores vinculados a pelo menos cinco instituições distintas do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar.

A partir do volume referente ao ano de 2008, pelo menos 15% dos artigos publicados são de autores filiados a instituições estrangeiras.

Esta revista está indexada em:

- Ulrich's Periodicals Directory
- RVBI (Rede Virtual de Bibliotecas – Congresso Nacional)
- Library of Congress (Biblioteca do Congresso dos EUA)

A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional realiza permuta com as seguintes publicações:

- Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo (USP), ISSN 0303-9838
- Rivista Diritto Pubblico Comparato ed Europeo, ISBN/EAN 978-88-348-9934-2

Diretor-Geral
Romeu Felipe Bacellar Filho

Diretor Editorial
Paulo Roberto Ferreira Motta

Editores Acadêmicos Responsáveis
Ana Cláudia Finger
Daniel Wunder Hachem

Conselho Editorial

Adilson Abreu Dallari (PUC-SP)	José Mario Serrate Paz (Universidad de Santa Cruz – Bolívia)
Adriana da Costa Ricardo Schier (Instituto Bacellar)	Juan Pablo Cajarville Peluffo (Universidad de La República – Uruguai)
Alice Gonzalez Borges (UFBA)	Justo J. Reyna (Universidad Nacional del Litoral – Argentina)
Carlos Ari Sundfeld (PUC-SP)	Juarez Freitas (UFRGS)
Carlos Ayres Britto (UFSE)	Luís Enrique Chase Plate (Universidad Nacional de Asunción – Paraguai)
Carlos Delpiazzo (Universidad de La República – Uruguai)	Marçal Justen Filho (UFPR)
Cármem Lúcia Antunes Rocha (PUC Minas)	Marcelo Figueiredo (PUC-SP)
Célio Heitor Guimarães (Instituto Bacellar)	Márcio Cammarosano (PUC-SP)
Celso Antônio Bandeira de Mello (PUC-SP)	Maria Cristina Cesar de Oliveira (UFPA)
Clèmerson Merlin Clève (UFPR)	Nelson Figueiredo (UFG)
Clovis Beznos (PUC-SP)	Odilon Borges Junior (UFES)
Edgar Chiuratto Guimarães (Instituto Bacellar)	Pascual Caiella (Universidad de La Plata – Argentina)
Emerson Gabardo (UFPR)	Paulo Eduardo Garrido Modesto (UFBA)
Enrique Silva Cimma (Universidad de Chile – Chile)	Paulo Henrique Blasi (UFSC)
Eros Roberto Grau (USP)	Pedro Paulo de Almeida Dutra (UFMG)
Irmgard Elena Lepenies (Universidad Nacional del Litoral – Argentina)	Regina Maria Macedo Nery Ferrari (UFPR)
Jaime Rodríguez-Arana Muñoz (Universidad de La Coruña – Espanha)	Rogério Gesta Leal (UNISC)
José Carlos Abraão (UEL)	Rolando Pantoja Bauzá (Universidad Nacional de Chile – Chile)
José Eduardo Martins Cardoso (PUC-SP)	Sergio Ferraz (PUC-Rio)
José Luís Said (Universidad de Buenos Aires – Argentina)	Valmir Pontes Filho (UFCE)
	Weida Zancaner (PUC-SP)
	Yara Stroppa (PUC-SP)

Homenagem Especial

Guillermo Andrés Muñoz (in memoriam)
Jorge Luís Salomoni (in memoriam)
Julio Rodolfo Comadira (in memoriam)
Lúcia Valle Figueiredo (in memoriam)
Manoel de Oliveira Franco Sobrinho (in memoriam)
Paulo Neves de Carvalho (in memoriam)

As partes do processo administrativo: os papéis da Administração Pública na Lei Federal de Processos Administrativos

Vitor Rhein Schirato

Doutor 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 de Direito Administrativo e Direito Econômico na Faculdade de Direito da Universidade São Judas Tadeu e no Curso de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Fundação Getúlio Vargas (GVLaw). Secretário Acadêmico do Centro de Estudos de Direito Administrativo, Ambiental e Urbanístico (CEDAU). Advogado em São Paulo.

Resumo: O objeto do texto gravita em torno da atuação da Administração Pública no processo administrativo. De acordo com a Lei Federal de Processos Administrativos, pode-se entender que seus termos e condições aplicam-se a qualquer pessoa que exerça uma função administrativa, assim como pode-se entender que aquelas pessoas sujeitas ao iter contido na Lei Federal de Processo Administrativo têm três atribuições fundamentais: decidir, produzir como provas, atuando como verdadeira parte processual e arbitrar e ponderar os interesses públicos que se colocam diante de cada decisão a ser tomada.

Palavras-chave: Processo administrativo. Função administrativa. Competência administrativa. Princípio da verdade material. Interesse público.

Sumário: 1 Introdução – 2 Campo de aplicação da Lei de Processo Administrativo Federal – 3 O papel duplice da Administração Pública – 4 O papel de árbitra de interesses públicos – 5 Conclusão – Referências

1 Introdução

O tema do processo administrativo, no direito brasileiro, ainda floresce. A despeito da morada constitucional expressa do tema (inciso LV do artigo 5º da Constituição Federal) e de haver a lei federal regente da matéria (Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999) sido publicada há mais de 10 anos, a disciplina do processo administrativo e, sobretudo, de suas finalidades, no Brasil, ainda são campos quase intocados a serem desbravados.¹

¹ A despeito da ignorância prevalecente na doutrina pátria sobre o tema, há obras dignas de menção que captaram a importância do tema e sua relevância para a proteção dos direitos dos administrados. É o caso, por exemplo, das seguintes obras: MEDAUAR, Odete. A processualidade no direito administrativo. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008 (cuja primeira edição é de 1993, muito anterior, portanto, à Lei Federal de Processo Administrativo); MOREIRA, Egon Bockmann. Processo administrativo: princípios constitucionais e a Lei 9.784/99. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007; MEDUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein. Atuais rumos do processo administrativo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010; entre outros.

Em estudo anterior, tivemos como objetivo delimitar os critérios de admissibilidade da participação de particulares nos processos administrativos, levando em consideração os objetivos de cada tipo de processo administrativo. Lá, nosso objetivo foi demarcar as distinções entre o processo administrativo e o processo civil no que se refere à amplitude do primeiro em relação ao segundo, na medida em que as finalidades do primeiro são muito distintas daquelas do segundo.²

Pois bem. Demonstrar quais os critérios adotados pela Lei nº 9.784/99 para atribuir legitimidade a um particular para participar de um processo administrativo é apenas uma parcela da tarefa a ser empreendida. Há outra parte no processo administrativo de cujas funções e vinculações não se pode descurar: a Administração Pública.

E, com relação à Administração Pública como parte do processo administrativo, muito há o que ser analisado. Em primeiro lugar, porque a Administração Pública brasileira insiste em desconsiderar as regras de processo administrativo vigentes e, por consequência, manter seu expediente autoritário e, não raro, patrimonialista. Em segundo lugar, porque a Administração Pública, em diversos tipos de processo administrativo, exerce um papel dúplice: ao mesmo tempo em que é parte, é, também, julgadora. E, em terceiro e último lugar, porque, em qualquer caso, a Administração Pública atua, nos processos administrativos, como árbitra dos interesses públicos que se lhe colocam no processo decisório.

Diante dessa realidade, teremos como objetivo no presente estudo analisar o campo de aplicabilidade da lei de processo administrativo federal, com vistas a determinar quais pessoas ficam obrigadas a processualizar seu movimento decisório em prol da defesa dos direitos dos particulares, quais as consequências jurídicas do papel dúplice da Administração Pública em determinados tipos de processo administrativo e quais os deveres jurídicos que se impõem ao seu papel de árbitra de interesses públicos colidentes ou complementares.³

² SCHIRATO, Vitor Rhein. Legitimidade processual e tipos de processo administrativo. Interesse Público – IP, Belo Horizonte, ano 12, n. 62, p. 83-124, jul./ago. 2010.

³ O tema do interesse público é, há tempos, muito bem tratado por Floriano de Azevedo Marques Neto. Além do espetacular Regulação estatal e interesses públicos (São Paulo: Malheiros, 2002), em trabalho mais recente o autor apresenta o papel do interesse público no direito administrativo brasileiro e as razões de erosão das construções mais tradicionais de supremacia do interesse público, cf. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. As transformações da dicotomia público-privado e a importância da regulação. In: ASIER. Regulación Económica de los Servicios Públicos: dos décadas de regulación de servicios públicos em Iberoamerica. Lima: ARA Editores, 2010. p. 123 et seq.

2 Campo de aplicação da Lei de Processo Administrativo Federal

O campo de aplicabilidade da Lei nº 9.784/99 vem definido no artigo 1º do mesmo diploma, que determina ser a lei aplicável ao “processo administrativo no âmbito da Administração Federal direta e indireta, visando, em especial, à proteção dos direitos dos administrados e ao melhor cumprimento dos fins da Administração”. Não deixa o texto legal margem para dúvidas: o processo administrativo brasileiro é aplicável à administração pública e destinado a assegurar aos particulares envolvidos no caminho decisório da Administração Pública a devida observância de seus direitos, notadamente os direitos de contraditório⁴ e ampla defesa, em consonância com o disposto no inciso LV da Constituição Federal, assim como possibilitar o melhor cumprimento das finalidades da Administração Pública.

Nesse trilhar, tem-se por evidente que todas as decisões da Administração Pública que venham a ter efeitos sobre a esfera de direitos e interesses dos particulares deverão seguir o rito previsto na Lei nº 9.784/99, garantindo-se aos participantes todos os direitos inerentes a suas respectivas posições processuais.⁵ Da mesma forma, do dispositivo em comento é possível depreender que a lei processual será aplicável para possibilitar o melhor alcance das finalidades públicas.

Com isso, parece-nos que simplesmente afirmar que as decisões dos órgãos e entidades da Administração Pública estarão sujeitas às normas de direito administrativo não resolverá a questão em sua integralidade. Dada a complexidade da organização administrativa federal e da atribuição legislativa de funções administrativas, entendemos que o comando normativo do artigo 1º da Lei nº 9.784/99 demandará duas respostas necessárias: o que e quem é Administração Pública para fins da Lei nº 9.784/99

⁴ É imprescindível notar que a noção de contraditório no processo administrativo é muito distinta daquela existente no processo civil, por ser muito mais ampla. Enquanto no processo civil o contraditório contempla, como bem nota Nelson NERY JR. (Princípios do processo na Constituição Federal. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 206-207), um dever de notícia (dever de informar à parte a existência do processo) e um dever de informação (dar conhecimento à parte do conteúdo do processo para que o litigante se manifeste), no processo administrativo o contraditório vai além: contempla um direito de manifestação dos administrados diante de decisões da Administração Pública que possam afetar sua esfera de interesses. Vale dizer, no processo administrativo, o contraditório implica a concessão aos particulares de um direito de manifestação prévia à decisão da Administração Pública sempre que essa decisão tiver impactos sobre a esfera de interesses dos particulares. Trata-se, como muito propriamente anota Odete Medauar, de oposição à ideia de supremacia da Administração Pública, na medida em que oficializa a possibilidade de divergência de interesses e pontos de vista entre essa e os particulares (Cf. Processualidade no direito administrativo, p. 102-103).

⁵ Tal como tivemos a oportunidade de gizar no aludido estudo anterior sobre a matéria, a Lei nº 9.784/99 confere legitimidade processual a todos aqueles que tenham interesse sobre o objeto da decisão a ser tomada, ampliando o campo de incidência do processo administrativo para além daqueles que tenham apenas direitos relacionados à decisão a ser tomada (Cf. SCHIRATO. Legitimidade processual e tipos de processo administrativo, p. 110-111).

e, principalmente, como se identificar qual a Administração Pública responsável por conduzir determinado processo administrativo. A resposta a estas perguntas torna-se, a nosso ver, imperiosa para o deslinde do tema deste estudo.

A razão para tanto decorre do plexo de atribuições da Administração Pública hodierna. Com o agigantamento das obrigações impostas ao Estado e, por consequência, dos campos de atuação da Administração Pública, multiplicam-se os órgãos e agentes dotados da atribuição de realizar, em alguma medida, algum tipo de função pública.⁶ Como decorrência disso, os critérios comumente aventados pela doutrina e pela jurisprudência para demarcar o campo de aplicação da lei processual da Administração Pública (entidades organicamente integrantes da Administração Pública) é, com frequência, posto em xeque.

É necessário, para que as finalidades e os objetivos da lei federal de processo administrativo sejam alcançados, encontrar um critério apto a determinar a obrigatoriedade de processualização da decisão, assim como um critério para decidir qual parcela da Administração Pública será a competente para exarar a decisão. Dizendo com outras palavras: é necessário demarcar o que é considerado, para os fins da Lei Federal de Processo Administrativo, Administração Pública e, ainda, qual a parcela desta é a competente para carrear um processo administrativo.

Como muito bem anota Sabino Cassese, a Administração Pública é considerada, como tal, uma função, na medida em que a Administração pública é criada para a realização de determinadas finalidades públicas (i.e., a Administração Pública tem uma função que se consubstancia na realização de uma finalidade imposta pela lei).⁷ Ademais como bem salienta Bernardo Strobel Guimarães, “a essência da Administração é realizar os fins do Estado”.⁸

⁶ Como bem salienta Celso Antônio Bandeira de Mello, todos aqueles que desempenham funções públicas são agentes públicos e, portanto, quando do exercício dessas funções sujeitam-se aos regimes aplicáveis a tais funções. Com isso, como ainda bem salientam Irene Nohara e Thiago Marrara, a lei processual aplica-se a todos os agentes públicos, em inteligência do disposto no artigo 1º da Lei Federal de Processo Administrativo. Cf. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 327; e NOHARA, Irene Patrícia; MARRARA, Thiago. Processo administrativo: Lei nº. 9.784/99 comentada. São Paulo: Atlas, 2009. p. 34.

⁷ CASSESE, Sabino. Istituzioni di Diritto Amministrativo. 2ª ed. Milano: Giuffrè, 2006. p. 23. Em outra obra, o mesmo autor pontua, com a proficiência que lhe característica: “para a administração, a incidência de um fim público é maior e — por assim dizer — onicompreensiva. Dessa forma, toda a administração (organização, pessoal, finanças e atividades) deve ser em relação de congruência com esses fins públicos” (Cf. CASSESE, Sabino. Le Basi del Diritto Amministrativo. 9ª ed. Garzanti: Milano, 2000. p. 125, tradução nossa).

⁸ GUIMARÃES, Bernardo Strobel. O exercício da função administrativa e o direito privado. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. f. 76. Mimeografado.

Considerando-se, portanto, que Administração Pública é, em suma, uma função e que a Lei Federal de Processo Administrativo determina ser o processo um dever de toda a Administração Pública, é possível inferir que o dever de processualização de uma decisão, aplicável à Administração Pública, é um dever de todas as pessoas que exerçam uma função pública,⁹ ou seja, a todas as pessoas às quais tenha sido atribuída a obrigação de realização de uma finalidade pública pelo ordenamento jurídico vigente, independentemente de qual a natureza jurídica do órgão ou da entidade que vierem a desempenhar uma função pública.

Nesta perspectiva, entendemos que não há como se restringir o dever de processualização apenas à Administração direta ou à autárquica, ou à Administração Pública direta e indireta, como é corriqueiro no direito brasileiro. Qualquer pessoa, de direito público ou de direito privado, à qual seja cometida uma função pública, seja por estar incluída no corpo da Administração Pública direta ou indireta, seja por ter recebido a função a partir de processo de descentralização administrativa,¹⁰ estará sujeita ao dever de processualização.¹¹

O resultado desta construção faz com que os efeitos da Lei Federal de Processo Administrativo se irradie, inevitavelmente, para além da Administração Pública tradicionalmente considerada, espraiando-se, também, sobre aquelas pessoas que, mesmo sem organicamente integrar a Administração Pública, exerçam, por força de lei, uma função pública.

⁹ Relembrando as sempre pertinentes lições de Feliciano Benvenuti, o processo nada mais é do o caminho para a transformação da função em ato. Cf. *Funzione Amministrativa, Procedimento, Processo*. Rivista Trimestrale de Diritto Pubblico, t. I, p. 118-144, jan./mar. 1952. No mesmo sentido, CASSESE. *Le Basi del Diritto Amministrativo*, p. 310.

¹⁰ Segundo a Maria Sylvania Zanella Di Pietro, há três formas distintas de descentralização administrativa: a territorial, a por serviços e a por colaboração, sendo que a criação de pessoas jurídicas para a realização de uma dada atividade de atribuição do ente federativo estaria incluída na categoria de descentralização por serviços, ao passo que a concessão de serviços públicos estaria incluída na descentralização por colaboração. Sobre o tema, confira-se *Direito administrativo*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 390 et seq.

¹¹ A partir desta construção, alguns mitos do direito administrativo brasileiro caem, inevitavelmente, por terra. É caso, por exemplo, do mito da indelegabilidade do poder de polícia. Segundo entendimento comum presente na doutrina (cf., entre outros, MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Serviço Público e poder de polícia: concessão e delegação*. Revista Eletrônica de Direito do Estado, Salvador, n. 7, jul./set. 2006. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>) e na jurisprudência (cf., entre outros, RECURSO ESPECIAL Nº 817.534 - MG (2006/0025288-1), julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, sob a relatoria do Ministro Mauro Campbell Marques) do direito administrativo brasileiro, o poder de polícia é indelegável, somente podendo ser exercido por pessoas de direito público, integrantes da Administração Pública. A preocupação recai, exclusivamente, sobre o agente que exercerá o poder de polícia, sem qualquer preocupação com o como será o poder de polícia exercido. A partir do momento em que se constata — em pleno acordo com a realidade fática e legislativa subjacente — que qualquer pessoa que exerça uma função pública está sujeita do dever de processualizar sua ação, vê-se de forma clara que o poder de polícia poderá ser exercido por qualquer agente público que tenha recebido essa função de acordo com o ordenamento jurídico desde que o exercício do poder de polícia respeite as normas de direito processual administrativo e o plexo integral de direitos assegurados aos particulares. O foco deixa de ser quem exerce o poder de polícia e passa a ser como o poder de polícia é exercido, colocando-se a ênfase da análise na preservação dos direitos dos cidadãos.

A corroborar esse entendimento basta uma simples análise da definição contida na Lei Federal de Processo Administrativo de autoridade. Segundo referida definição, autoridade é “o servidor ou agente público dotado de poder de decisão”, sem qualquer restrição a pessoa integrante da Administração Pública direta ou indireta. Ou seja, a própria Lei Federal de Processo Administrativo determina ser uma autoridade, sujeita aos termos de tal lei, qualquer pessoa à qual tenha sido conferido um poder decisório, derivado de uma função pública.

Ademais, a Lei Federal de Processo Administrativo determina, em seu artigo 1º, que uma das finalidades do processo administrativo é a garantia dos direitos dos administrados em sua interface com a Administração Pública. Com isso, pressupor que as funções públicas — que, na maior parte das vezes, manejarão os direitos dos particulares — possam ser realizadas de forma não processualizada implicaria simplesmente desprezar as finalidades da lei.

Conforme bem anota Odete Medauar, função pública pode ser conceituada como:

a atividade estatal que: coadjuva as instituições políticas de cúpula no exercício da atividade de governo; organiza a realização das finalidades públicas postas pelas instituições políticas de cúpula; produz serviços, bens e utilidades para a população.¹²

Ainda, complementarmente, Marçal Justen Filho apresenta o seguinte conceito para função pública:

o conjunto de poderes jurídicos destinados a promover a satisfação de interesses essenciais, relacionados com a promoção de direitos fundamentais, cujo desempenho exige uma organização estável e permanente e que se faz sob regime jurídico infralegal e submetido ao controle jurisdicional.¹³

Sendo assim, todos os órgãos e entidades, de direito público ou privado, que vierem a desempenhar uma função pública, na acepção acima mencionada, estarão sujeitos aos termos impostos pela Lei Federal de Processos Administrativos, devendo respeitar integralmente os direitos dos particulares previstos em referido diploma, assim como seguir o iter lá consignado no desenvolvimento de seu processo decisório.

¹² MEDAUAR. A processualidade no direito administrativo, p. 57.

¹³ JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 29.

Assentada a noção de que os ditames da Lei Federal de Processo Administrativo aplicam-se a toda pessoa que exercer uma função pública de competência da União Federal,¹⁴ falta identificar o elemento para determinar qual autoridade específica será capaz para conduzir um processo administrativo.

Em consonância com o que determina a Lei Federal de Processo Administrativo, será parte legítima em um processo administrativo a autoridade competente para tomar determinada decisão. É dizer, deterá legitimidade para atuar em um processo administrativo no polo da Administração Pública aquela pessoa que exercer uma função pública e que seja declarada por lei como detentora de uma competência específica para atuar no caso concreto.

O desempenho de uma função pública é o elemento necessário para identificação de quais agentes estão sujeitos à legislação processual administrativa, de forma a fazer valer o disposto no inciso LV do artigo 5º da Constituição Federal. Entretanto, para determinação de qual autoridade específica será a parte legítima de um processo administrativo será necessário identificar qual a competência atribuída.¹⁵

Daí depreende-se que a noção de função pública é mais ampla do que a noção de competência. A competência é o elemento para a realização da função, estando sempre vinculada a ela. Como dito acima, a função pública é a atribuição do dever de alcance de uma determinada finalidade pública. De outro turno, a competência é o instrumento necessário para que a função torne-se realidade, isto é, é o meio pelo qual a finalidade pública imposta pelo ordenamento jurídico (função) será alcançada.

Destarte, segundo os ditames da Lei Federal de Processo Administrativo, após a alocação de uma função pública a determinada entidade, haverá a atribuição de uma competência para atuação em um caso concreto, com a finalidade de fazer realizar a função alocada.

¹⁴ Embora haja respeitáveis vozes na doutrina que pugnam pela aplicação da Lei Federal de Processo Administrativo para toda a Administração Pública (cf., entre outros, LIMA, Carolina Caiado. Por uma Lei Geral de Processo Administrativo. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein. Atuais rumos do processo administrativo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 53 et seq.), entendemos que seus termos são restritos à União Federal, em vista do sistema federativo insculpido na Constituição Federal e da inexistência de uma competência legislativa privativa da União Federal em matéria de processo administrativo. Sendo assim, a Lei Federal de Processo Administrativo aplica-se a todos aqueles que exercem funções públicas de competência da União Federal, assim como as leis estaduais e municipais de processo administrativo aplicam-se a todos aqueles que exercem funções públicas de competência estadual ou municipal.

¹⁵ Neste ponto, concordamos com a construção apresentada por Cristiana Fortini, Maria Fernanda Pires de Carvalho Pereira e Tatiana Martins da Costa Camarão, quando as autoras tomam a competência como a atribuição para exercer determinada função. Cf. Processo administrativo: comentários à Lei nº 9.784/1999. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 113.

Nos termos do artigo 11 da Lei Federal de Processo Administrativo, a competência é irrenunciável e há de ser exercida pelos órgãos aos quais tenha sido atribuída, exceto nos casos de avocação¹⁶ ou delegação.¹⁷ Sendo assim, a competência caberá ao agente público ao qual o direito tenha atribuído competência para a decisão de uma matéria no caso concreto.

Ao lume das considerações expostas neste tópico, pode-se concluir que o campo de aplicação da Lei de Processo Administrativo Federal será o universo de agentes públicos dotados de funções públicas, independentemente de sua constituição e de sua natureza jurídica, e, bem assim, que, dentro dos agentes públicos sujeitos à Lei Federal de Processo Administrativo, será parte legítima a autoridade que haja recebido do ordenamento jurídico uma competência para atuar no caso concreto.

Sempre que houver uma função pública atribuída a uma entidade (integrante ou não da Administração Pública), haverá, por consequência, a atribuição de uma competência a uma autoridade integrante dessa entidade para a realização de tal função, sempre de acordo com a Lei Federal de Processo Administrativo.

Partindo-se da vinculação da competência processual da Administração Pública ao desempenho de uma função pública processualizada (i.e., alcance de uma finalidade pública), afastam-se, por completo, as noções de autoritarismo e patrimonialismo. Isto, pois a processualização impõe um iter dialogado que é diametralmente oposto à arbitrariedade autoritária (a manifestação da vontade da Administração Pública deve seguir processo previamente determinado e deve ser sempre integralmente fundamentada) e a funcionalização impõe um vínculo entre a competência e uma finalidade, afastando qualquer apego patrimonialista (o cargo não serve ao agente público, mas ao alcance de uma finalidade).¹⁸

¹⁶ Avocação de competência, conforme artigo 15 da Lei Federal de Processo Administrativo, é a tomada, em caráter excepcional e temporário, de uma competência originária de uma autoridade inferior pela autoridade hierarquicamente superior.

¹⁷ Delegação de competência, nos termos do artigo 12 da Lei Federal de Processos Administrativo, é admissível sempre que não houver impedimento legal, por razões de conveniência e oportunidade, sendo que alguns dos impedimentos de delegação de competência constam do artigo 13 da mesma lei, que elenca como impassíveis de delegação as competências para (i) edição de atos normativos, (ii) decisão de recursos e (iii) matérias de competência exclusiva da autoridade originalmente competente.

¹⁸ Marçal Justen Filho, em contribuição simplesmente antológica ao Direito Administrativo brasileiro, afirma que: "cabe eliminar todos os instrumentos puramente retóricos ou formais, destinados a transformar a validade dos atos administrativos numa discussão sobre a aparência. É necessário ultrapassar a dimensão externa do ato administrativo para atingir seu conteúdo. E a avaliação da validade do ato administrativo, em vista do exame de seu conteúdo, tomará em vista a sua compatibilidade com a promoção dos direitos fundamentais" (Cf. O direito administrativo do espetáculo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Org.). Direito administrativo e seus novos Paradigmas. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 81).

3 O papel dúplice da Administração Pública

No já mencionado estudo anterior sobre a questão da legitimidade processual no processo administrativo, identificamos quatro tipos distintos de processos administrativos, classificados conforme a natureza de seu ato final. Segundo entendimento que expusemos, os processos administrativos podem ser de natureza declaratória, quando destinados a declarar algo em relação a um particular, de natureza constitutiva quando destinados a constituir um direito em favor dos particulares, de natureza normativa, quando destinados à produção de um ato normativo, e, por fim, de natureza sancionadora, quando destinados a impor uma sanção a um particular em decorrência do descumprimento de uma determinada obrigação.¹⁹

Pois bem. Em todos esses casos, a Administração Pública analisará um pleito oferecido pelo particular, ou iniciará de ofício um processo decisório sobre um dado direito ou interesse de um particular. Mais do que simplesmente aplicar a lei ao caso concreto, a Administração deverá, no curso do processo administrativo, avaliar as provas e pleitos apresentados pelos particulares, assim como produzir novas provas que venham a ser necessárias para que seja possível exarar a melhor decisão possível.

A razão para tanto é muito simples: no processo administrativo vigora o princípio da verdade material, que impõe à Administração Pública um dever muito mais profundo do que simplesmente processar e julgar os fatos e o direito que se lhe colocam (ideia diretamente relacionada à verdade formal).²⁰ Impõe à Administração o dever de buscar a verdade material dos fatos, inclusive por meio da produção de provas que não constam dos autos do processo.

É exatamente nesta linha que caminha o entendimento de Odete Medauar, quando afirma a autora que:

O princípio da verdade material ou verdade real, vinculado ao princípio da oficialidade, exprime que a Administração deve tomar decisões com base nos fatos tais como se apresentam na realidade, não se satisfazendo com a versão oferecida pelos sujeitos. Para tanto, tem o direito e o dever de carrear para o expediente todos os dados, informações, documentos a respeito da matéria tratada, sem estar jungida aos aspectos considerados pelos sujeitos. Assim, no

¹⁹ SCHIRATO, Vitor Rhein. Legitimidade processual e tipos de processo administrativo. Interesse Público – IP, Belo Horizonte, ano 12, n. 62, p. 83-124, jul./ago. 2010. p. 88 et seq.

²⁰ A ideia de verdade formal é aquela típica dos processos judiciais em que a verdade é aquela resultante dos autos do processo, independentemente de ser ou não a verdade do mundo real.

tocante a provas, desde que obtidas por meios lícitos (como impõe o inc. LVI do artigo 5º da CF), a Administração detém liberdade plena de produzi-las.²¹

Com isso, a Administração Pública, nos processos administrativos, acaba por exercer um papel dúplice: não apenas decide sobre as questões que se lhe colocam (julga), como também atua como parte processual, produzindo provas realizando ações processuais necessárias para o alcance da verdade material do processo.

Via de consequência, nos processos administrativos, deve a Administração Pública atuar de forma imparcial e isenta não apenas com relação à decisão em si, como também com relação ao deslinde do curso processual, na sua qualidade de parte processual, em paralelo com o particular. Exatamente por esta razão, já identificamos, em estudo anterior, o princípio da igualdade de armas como um dos princípios aplicáveis ao processo administrativo.²²

Nesse trilhar, é de se anotar que a Administração Pública, nos processos administrativos não atua apenas como julgadora da questão que se lhe coloca (de ofício ou a pedido da parte interessada), como também atua como parte processual, em paralelo e igualdade com os particulares participantes do processo, com o dever de produzir provas e conduzir e materializar o dever de verdade material na decisão a ser exarada.

4 O papel de árbitra de interesses públicos

O Direito Administrativo brasileiro vive uma crise de identidade. Constituído há tempos sobre o mantra da supremacia do interesse público,²³ passa hoje (em verdade, desde, no mínimo, a Constituição Federal de

²¹ MEDAUAR. A processualidade no direito administrativo, p. 131.

²² Conforme tivemos a oportunidade de afirmar em estudo anterior, a igualdade de armas “impõe uma necessária igualdade de instrumentos para uso no processo entre Administração Pública e particulares, de forma que não é lícito à Administração valer-se de instrumentos não colocados à disposição dos particulares. Constitui uma decorrência dos Princípios da Igualdade, da Moralidade e da Impessoalidade, mas deles se distingue em razão de sua maior especificidade” (Cf. SCHIRATO, Vitor Rhein. Os princípios do processo administrativo. Boletim de Direito Administrativo, São Paulo, n. 4, p. 440, abr. 2009).

²³ A teoria da supremacia do interesse públicos sobre o particular, marcante na obra de Celso Antônio Bandeira de Mello (Cf. Curso de direito administrativo, p. 43 et seq.), é aquela em o interesse público, formado pelo interesse de cada um dos indivíduos enquanto membros da coletividade, seria sempre supremo em relação ao interesse privado. Descrevendo a teoria, tal como formulada, para, posteriormente, a ela apresentar certas críticas, afirmamos que: “o interesse público apenas pode ser encontrado no direito positivo, responsável por traduzir quais os interesses dos membros da sociedade. Portanto, sempre que esse interesse formado pelo coletivo dos interesses dos membros da sociedade nessa qualidade e positivado pelo direito for posto em contraposição com interesses privados (interesses dos membros da coletividade individualmente considerados), os segundos devem ceder em favor do primeiro” (Cf. SCHIRATO, Vitor Rhein. A noção de serviço público em regime de competição. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. f. 139. Mimeografado).

1988) por um momento de renovação de seus objetivos, seu modo de atuação e sua realização.

É bem verdade que a ideia de supremacia do interesse público teve, em algum momento da história, serventia para o Direito Administrativo brasileiro. Contudo, nos dias atuais, com o advento da Constituição Federal de 1988 e o primado dos direitos fundamentais nela contido e toda a positividade do Direito Administrativo que a acompanhou,²⁴ não há mais como partir do pressuposto de que essa tal supremacia seria a base do direito administrativo.

A partir do momento em que a Constituição Federal de 1988 expressamente reconheceu que pode haver um litígio entre a Administração Pública e os particulares (inciso LV do artigo 5º da Constituição Federal), reconheceu também o texto constitucional que poderá haver divergência de pontos de vista e de interesses no âmbito da Administração Pública. Via de consequência, reconheceu a Constituição Federal a inexistência de um único interesse público que possa ser supremo aos demais interesses e, assim, formar um regime jurídico ao direito administrativo.

A própria premissa da teoria da supremacia do interesse público implode: não há apenas um interesse público definido pelo direito positivo, mas uma série de interesses públicos protegidos pelo mesmo direito positivo que, incógnitos, devem ser identificados e levados em consideração ao longo processo decisório da Administração Pública.

Veja-se que não se está aqui a propugnar pela superação do conceito de interesse público. Este conceito subsiste e não tem como ser extirpado, até porque é previsto de forma expressa no caput do artigo 2º da Lei Federal de Processo Administrativo e é um dos elementos mais relevantes para o Direito Administrativo. Afirmar que o Direito Administrativo pode prescindir da noção de interesse público é absolutamente falso, na medida em que o interesse da coletividade deve sempre ser atendido e realizado pela Administração Pública.

O que ora afirmamos é que a construção tradicional da supremacia de um interesse público está longe de ser a mais adequada. Há inúmeros

²⁴ Clovis Beznos, a nosso ver, com algum grau de desatenção do alto nível de positividade do Direito Administrativo no Brasil hoje, afirma que a grande fonte desse ramo do direito permanece sendo a doutrina, haja vista que apenas uns poucos temas — dentre os quais o do processo administrativo — teriam sido positivados. Parece-nos, entretanto, evidente que esta afirmação não é correta, pois a maior parte dos temas do Direito Administrativo, inclusive o interesse público, encontra-se hoje positivada (Cf. Prefácio à obra. In: FORTINI, Cristiana; PEREIRA, Maria Fernanda Pires de Carvalho; CAMARÃO, Tatiana Martins da Costa. 2. ed. Processo administrativo: comentários à Lei nº. 9.784/1999. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 21).

interesses públicos em uma sociedade democrática e pluralista, como aquela consagrada pela Constituição Federal, e estes interesses são, muitas vezes, contraditórios e colidentes, sem que deixem de ser públicos e, evidentemente, sem que possam ser desconsiderados.

Consoante as palavras brilhantes de Aldo Sandulli:

prescindindo da ação política, as ações discricionárias do Estado e da administração pública em gênero, aparecem sempre, quando menos, determinadas (...) por aquele princípio fundamental, pelo qual, exceto na ocorrência de um desvio de poder, devem ser tidas para desenvolver, não apenas do ponto de vista substancial, mas também do ponto de vista formal, de modo a atingir a satisfação do interesse público, assegurando aos cidadãos as melhores possibilidades de garantia do respeito aos seus interesses.²⁵

Assim, ao se falar de interesse público, há que se falar em um conjunto de interesses públicos que serão identificados, ponderados e equilibrados diante das circunstâncias específicas de cada caso concreto. Não é possível, nos quadrantes da Constituição Federal, cogitar da existência de apenas um interesse público que seja supremo em relação a todos os demais e identificável a priori ou de forma unilateral pela Administração Pública.

Neste contexto, assim como já consignamos em trabalho anterior,²⁶ o processo administrativo exerce papel fundamental, pois será o meio adequado para que os interesses públicos existentes sejam identificados e ponderados, com vistas ao encontro de uma decisão equilibrada no caso concreto específico.

Se o processo administrativo é o instrumento adequado para a identificação de qual (ou quais) o interesse público (ou interesses públicos) será (ou serão) prevalecente (ou prevalecentes) em um determinado caso concreto, torna-se evidente que a Administração Pública terá um papel fundamental, na qualidade de condutora oficial do processo administrativo, na ponderação dos interesses públicos existentes.

Em qualquer decisão que venha a ser tomada pela Administração Pública em um determinado processo administrativo, haverá a obrigação de identificação de todos os interesses subjacentes e da tomada de uma decisão ponderada que equilibre adequadamente todos esses interesses. Daí

²⁵ SANDULLI, Aldo M. *Il Procedimento Amministrativo*. Milano: Giuffrè, 1964. p. 87-88, tradução nossa.

²⁶ Cf. SCHIRATO, Vitor Rhein. O processo administrativo como instrumento do Estado de direito e da democracia, In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein. *Atuais rumos do processo administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 16-18.

decorre que, no processo administrativo, a Administração será também uma espécie de árbitra dos interesses públicos subjacentes, na medida em que a ela competirá identificá-los e ponderá-los no caso concreto.

Não se trata, como defendido pela teoria da supremacia do interesse público, de transferir para a Administração Pública o dever de escolher qual o interesse público que será privilegiado no caso concreto. Trata-se de conferir à Administração Pública um dever de ponderação dos interesses públicos que se colocam no caso concreto (sejam eles confluentes ou colidentes) e determinar, de maneira equilibrada, quais deverão ser preponderantes.

Na ideia que defendemos, não há um interesse público definível a priori. Há diversos interesses que aparecem no momento da decisão e devem ser identificados e ponderados pela Administração Pública, sob o crivo da proporcionalidade. E o processo administrativo é o meio adequado para a identificação e a ponderação desses interesses.²⁷

É exatamente por isso que todas as decisões da Administração Pública, nos processos administrativos, devem ser estrita e claramente motivadas, pois somente a partir de uma lógica evolutiva do processo e de uma fundamentação clara e congruente com essa lógica, exarada pela Administração Pública, que se poderá verificar (isto é, controlar) se a decisão tomada pela Administração Pública mostra-se acertada ou não no caso concreto.²⁸

Em um contexto democrático e calcado nos direitos fundamentais dos cidadãos, não há mais como se falar em supremacia do interesse público. Em todos os casos, haverá inúmeros interesses públicos subjacentes a cada decisão da Administração Pública que demandarão uma consideração no processo decisório dessa. Por esta razão, esse processo decisório sempre deverá contemplar uma ponderação de todos os interesses públicos para o alcance de uma decisão efetivamente equilibrada, o que terá como resultado o dever da Administração Pública, nos processos administrativos, de árbitra de interesses públicos.

²⁷ Como muito propriamente afirma José Roberto dos Santos Bedaque, o processo é um meio para se alcançar determinado fim e não uma fonte de problemas (Cf. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 21-22).

²⁸ Floriano de Azevedo Marques Neto, com extrema felicidade, narra que “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” (Cf. *Regulação estatal e interesses públicos*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 165).

Evidentemente, todas essas considerações encontram claríssimo albergue na Lei Federal de Processo Administrativo. Tal como passaremos a expor, a Lei Federal de Processo Administrativo contém determinados dispositivos que expressamente corroboram as ideias que ora assentamos.

Em primeiro lugar, a Lei de Processo Administrativo, em seu artigo 9º, confere legitimidade processual a todos os interessados na decisão que vier a ser exarada. Isso significa que não apenas aqueles particulares que têm direitos em disputa com a Administração Pública que poderão participar do processo, como também todos aqueles cuja esfera de interesses for, nalguma medida, tocada pela decisão a ser tomada.

Se houvesse apenas um interesse público subjacente às decisões da Administração Pública, não haveria motivos para a Lei Federal de Processo Administrativo ampliar significativamente o rol de legitimados a participar do processo com base nos interesses dos cidadãos. Se o interesse é elemento suficiente para legitimar a participação de particulares em processos administrativos, é evidente que a Lei Federal de Processo Administrativo parte do pressuposto de uma pluralidade de interesses que deverão ser levados em consideração no momento da tomada de decisão pela Administração Pública, exatamente como ora propugnamos.²⁹

Desta forma, a partir do momento em que a própria Lei de Processo Administrativo Federal expressamente determina que todos aqueles que tenham interesse na matéria a ser decidida pela Administração Pública poderão participar do processo e, assim, terão o direito de ser considerados na formação da decisão administrativa, deixa a lei muito claramente explícito que não há como se tomar em consideração uma teoria que parte do pressuposto de um interesse público a priori em contradição no direito positivo ou dele decorrente a partir de sua aplicação pela Administração Pública.

Ademais, a Lei Federal de Processo Administrativo corrobora nossa ideia de refração à teoria da supremacia do interesse público em outro dispositivo de suma importância para o direito administrativo brasileiro, qual seja, a disciplina da realização de audiências e consultas públicas (artigos 32 e 34).

²⁹ Conforme muito propriamente salienta Gastón Darío Oberda, a conferência de legitimidade a partir do interesse faz com que a participação no processo administrativo possa ser franqueada até mesmo a um número indefinido de indivíduos, como ocorre nos casos concorrenciais, ambientais e urbanísticos. Ainda com muita propriedade, o mesmo autor assevera que a ampliação da legitimação nos processos administrativos é instrumento necessário a uma sociedade democrática (Cf. *Las Partes en el Procedimiento Administrativo*. In: TAWIL, Guido (Org.). *Procedimiento administrativo*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2010. p. 228-231).

Segundo determinam os artigos 32 a 34 da Lei Federal de Processo Administrativo, a autoridade competente poderá, a seu critério e conforme a relevância da questão, determinar que, anteriormente à decisão, sejam realizadas consultas e audiências públicas para diálogo com a população diretamente interessada, a fim de colher seus pontos de vistas e considerá-los na decisão a ser exarada.

Novamente, a Lei Federal de Processo Administrativo sepulta a ideia de supremacia do interesse público, tal como ela é formulada no Brasil. Isto, pois reconhece a lei que determinados casos são a tal ponto complexos que podem requerer a sua discussão com a sociedade para o alcance de uma decisão efetivamente equilibrada.

Se a construção da teoria da supremacia do interesse público fosse verdadeira na lógica da Lei Federal de Processo Administrativo, não haveria porque se realizar qualquer procedimento de diálogo com a população previamente à tomada de uma decisão pela Administração Pública, eis que o interesse público a ser tutelado pela Administração ou decorreria do direito positivo, ou seria por ela inferido do direito positivo.

Sendo assim, a partir do momento em que a Lei de Processo Administrativo Federal expressamente determina que certas decisões da Administração Pública poderão ser precedidas de discussão com a população, parece-nos claro ter a lei criado um mecanismo de coleta e discussão de todos os interesses subjacentes à decisão para que esta encontre, tanto mais quanto possível, um equilíbrio entre todas as tensões existentes. As audiências e consultas públicas são instrumentos para a arbitragem de interesses públicos, conforme nos parece inegável.

Pensar na realização de uma audiência pública previamente a uma determinada decisão e não a considerar um instrumento de coleta e fomento na ponderação de diversos interesses coletivos legítimos seria o mesmo que transformar a audiência pública em um simples cumprimento de formalidade. Se as contribuições dos particulares apresentadas à Administração Pública não tiverem qualquer efeito jurídico na ponderação a ser realizada no processo decisório da Administração Pública, não haveria qualquer razão de se realizar uma audiência pública.

Nesse trilhar, muito propriamente caminha o entendimento de Lúcia Valle Figueiredo, quando afirma que:

a finalidade da audiência pública é a publicidade, nesta entendida a possibilidade de participação ampla dos cidadãos. E de os interessados, ao fim e ao cabo,

rejeitem ou aprovem o que tiver sido escolhido pela Administração. Obviamente, a audiência pública não é para que a Administração apresente categoricamente sua escolha, efetuada anteriormente, e, apenas e tão-somente, cumpra etapa formal. Sua finalidade precípua é a ampla discussão, a ampla transparência, para que sejam exibidos os fundamentos necessários para o modelo escolhido e para que se questione e se examine a possibilidade da proposição de outras formas.³⁰

Por fim, um último dispositivo da Lei Federal de Processo Administrativo é definitivo em determinar a não recepção, pelo direito positivo, da teoria da supremacia do interesse público e, portanto, da imposição à Administração Pública do dever de arbitrar e ponderar os interesses públicos que se colocam em seu processo decisório, é aquele contido no caput do artigo 50 de referida lei, que determina que os atos administrativos deverão ser motivados, em especial quanto neguem, limitem ou afetem direitos e interesses (inciso I).

Segundo o disposto no artigo 50 da Lei Federal de Processo Administrativo, cada ato a ser exarado ao fim e ao cabo de um processo administrativo deverá ser motivado, sob pena de nulidade.³¹ Isso significa que as escolhas realizadas pela Administração Pública deverão ser motivadas, isto é, deverão ter suas razões de existir expressamente divulgadas para a coletividade.

Tal como advertimos acima, a Administração Pública, em um processo administrativo, atua como árbitra dos interesses públicos que se colocam em suas decisões, devendo ponderá-los para poder determinar qual deverá prevalecer e em qual medida deverá prevalecer. Quando da tomada desta decisão, deverá haver clara exposição das razões pelas quais um ou outro interesse público houve de prevalecer sobre os demais.

Se a determinação do interesse público a ser tutelado pela Administração Pública fosse um processo simples de aplicação mecânica do direito positivo, a motivação não seria a tal ponto necessária, eis que bastaria cotejar a situação fática com a conduta abstrata prevista na norma em aplicação.

Ocorre, contudo, que a sistemática prevista na Lei Federal de Processo Administrativo de identificação e ponderação de interesses públicos impõe que a decisão da Administração Pública seja devidamente motivada,

³⁰ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Curso de direito administrativo. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 472-473.

³¹ Cf. NERY JR. Princípios do processo na Constituição Federal, p. 312.

com a clara finalidade de permitir aferir se a autoridade competente identificou e ponderou, sob o crivo da proporcionalidade, todos os interesses existentes e tomou a decisão correta diante de tais identificação e ponderação.

Parece-nos evidente que o dever de motivação previsto na Lei Federal de Processo Administrativo (especialmente nos casos em que a decisão tomada afete interesses) ratifica nosso entendimento do papel da Administração Pública de árbitra dos interesses públicos subjacentes a suas decisões, corroborando a inaplicabilidade de teoria da supremacia do interesse público.

Destarte, quando se assenta que a lei faculta a qualquer interessado participar de um processo administrativo (artigo 9º) e que a mesma lei determina que, nos casos em que haja indistintos interessados poderá ser conduzido processo de audiência pública (artigos 32 a 34), fica evidente que a Lei Federal de Processos Administrativos parte do pressuposto de uma pluralidade de interesses públicos que devem ser ponderados pela Administração Pública, a qual deverá expressamente determinar as razões que levaram à sua decisão final (artigo 50).

Via de consequência, tem-se que, além de os direitos fundamentais insculpidos na Constituição Federal serem refratários à ideia de supremacia do interesse público,³² a própria Lei Federal de Processo Administrativo expressamente contempla uma forma de atuação da Administração Pública que não se coaduna com a constituição de tal ideia, tornando a Administração Pública árbitra dos interesses públicos que se lhe colocam e devedora de uma atuação correta e imparcial, sempre detalhadamente fundamentada.

5 Conclusão

Tivemos como objetivo neste estudo apresentar alguns dos elementos mais relevantes da atuação da Administração Pública nos processos administrativos, com o objetivo de delinear em que medida essa atuação é distinta da dos particulares, assim como quais são as regras a serem observadas pela Administração em seu processo decisório.

³² Neste sentido, muito pertinentes as seguintes considerações de Gustavo Binenbojm: "todas as aludidas desigualdades entre o Poder Público e os particulares, não podem ser justificadas à luz de uma regra de prevalência apriorística e absoluta dos interesses da coletividade sobre os interesses individuais. (...) a preservação, na maior medida possível, dos direitos individuais constitui porção do próprio interesse público" (Cf. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 239, p. 23, jan./mar. 2005).

Na realização desta tarefa, identificamos, em primeiro lugar, que o campo de aplicabilidade da Lei Federal de Processo Administrativo não se restringe à Administração Pública, mas sim se espraia para qualquer entidade que venha a exercer uma função administrativa, conforme acepção que mencionamos acima. Portanto, qualquer pessoa que venha a exercer uma função administrativa (i.e., qualquer agente público) incluída no rol de competências da União Federal estará sujeita ao rito contemplado na Lei Federal de Processo Administrativo, independente de sua natureza jurídica.

Identificadas as pessoas sujeitas à Lei Federal de Processo Administrativo, pudemos dela depreender três papéis fundamentais desempenhados pela Administração Pública nos processos administrativos: o papel de julgadora dos pleitos que se lhe apresentam ou que são por ela iniciados, o papel de parte produtora de alegações e provas, em atendimento ao princípio da verdade material e o papel de árbitra dos interesses públicos que se lhe apresentam em uma determinada decisão.

No que se refere ao papel de julgadora, temos uma decorrência do expressamente determinado pelo artigo 11 da Lei de Processo Administrativo Federal, que determina ser a competência irrenunciável e obrigatória, donde decorre o princípio da oficialidade do processo administrativo, segundo o qual o processo sempre se movimentará por impulso oficial (i.e., pela autoridade competente) até a sua conclusão.

De outro bordo, no que se refere ao papel de parte, temos uma decorrência do princípio da verdade material do processo administrativo, eis que à Administração Pública é imperioso o encontro da verdade real e não apenas daquela formal constante dos autos. De conseguinte, no processo administrativo, a Administração Pública, além de julgadora, será, também, parte processual, devendo produzir provas e alegações que levem à verdade material.

Finalmente, no que se refere ao papel de árbitra de interesses públicos, temos decorrência clara do reconhecimento, pela Lei Federal de Processo Administrativo, da inexistência de um único interesse público identificável a priori, o que determina que a Administração Pública tenha que identificar e ponderar todos os interesses públicos existentes para a tomada de uma decisão que seja equilibrada entre todos.

The Parties of the Administrative Procedure: the Roles of the Public Administration in the Procedures of the Federal Administrative Procedures Law

Abstract: The scope of this essay is related to the roles of the public administration in the administrative procedures. Pursuant to the Federal Administrative Procedures Law, it is possible to identify that such law is applicable upon any person that develops an administrative function and that to the entities subject to the decision schedule set out in the same law three main tasks are assigned: the task of deciding, the task of producing evidences and thus acting as a party in the procedure and the task of arbitrating and considering all public interests that lie beneath the decisions to be taken in the administrative procedures.

Key words: Administrative procedure. Administrative function. Authority. Material truth principle. Public interest.

Referências

- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- BENVENUTI, Feliciano. *Funzione Amministrativa, Procedimento, Processo*. *Rivista Trimestrale de Diritto Pubblico*, t. I, p. 118-144, jan./mar. 1952.
- BEZNOS, Clovis. Prefácio à obra. In: FORTINI, Cristiana; PEREIRA, Maria Fernanda Pires de Carvalho; CAMARÃO, Tatiana Martins da Costa. 2. ed. *Processo administrativo: comentários à Lei nº 9.784/1999*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- BINENBOJM, Gustavo. *Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo*. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 239, p. 1-33, jan./mar. 2005.
- CASSESE, Sabino. *Istituzioni di Diritto Amministrativo*. 2ª ed. Milano: Giuffrè, 2006.
- CASSESE, Sabino. *Le Basi del Diritto Amministrativo*. 9ª ed. Milano: Garzanti, 2000.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- FORTINI, Cristiana; PEREIRA, Maria Fernanda Pires de Carvalho; CAMARÃO, Tatiana Martins da Costa. *Processo administrativo: comentários à Lei nº. 9.784/1999*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- GUIMARÃES, Bernardo Strobel. *O exercício da função administrativa e o direito privado*. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. Mimeografado.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

JUSTEN FILHO, Marçal. O direito administrativo do espetáculo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Org.). Direito administrativo e seus novos paradigmas. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

LIMA, Carolina Caiado. Por uma Lei Geral de Processo Administrativo. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein. Atuais rumos do processo administrativo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. As transformações da dicotomia público-privado e a importância da regulação. In: ASIER. Regulación Económica de los Servicios Públicos: dos décadas de regulación de servicios públicos em Iberoamerica. Lima: ARA Editores, 2010.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Regulação estatal e interesses públicos. São Paulo: Malheiros, 2002.

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

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Serviço público e poder de polícia: concessão e delegação. Revista Eletrônica de Direito do Estado, Salvador, n. 7, jul./set. 2006. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>.

MOREIRA, Egon Bockmann. Processo administrativo: princípios Constitucionais e a Lei 9.784/99. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

NERY JR., Nelson. Princípios do processo na Constituição Federal. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

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

OBERDA, Gastón Darío. Las Partes en el Procedimiento Administrativo. In: TAWIL, Guido (Org.). Procedimiento administrativo. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2010.

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

SCHIRATO, Vitor Rhein. A noção de serviço público em regime de competição. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. Mimeografado.

SCHIRATO, Vitor Rhein. Legitimidade processual e tipos de processo administrativo. Interesse Público – IP, Belo Horizonte, ano 12, n. 62, p. 83-124, jul./ago. 2010.

SCHIRATO, Vitor Rhein. O processo administrativo como instrumento do Estado de direito e da democracia. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein; MEDAUAR, Odete. Atuais rumos do processo administrativo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

SCHIRATO, Vitor Rhein. Os princípios do processo administrativo. Boletim de Direito Administrativo, São Paulo, n. 4, abr. 2009.

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

SCHIRATO, Vitor Rhein. As partes do processo administrativo: os papéis da Administração Pública na Lei Federal de Processos Administrativos. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 11, n. 46, p. 115-135, out./dez. 2011.

Recebido em: 06.09.11

Aprovado em: 15.12.11