

# RBDGP

## REVISTA BRASILEIRA DE DIREITO E GESTÃO PÚBLICA

- ARTIGO DE REVISÃO -

### *A capacidade postulatória do gestor público no processo administrativo*

**Marcelo Lima dos Anjos**

Gestor Público, Jurista, M.Sc., Direito e Negócios Internacionais,  
Doutorando em Direito, Professor Universitário. Brasília-DF.

E-mail: marcelolima@unb.br

**Resumo:** Este artigo científico visa estruturar, de maneira lógica e organizada, os elementos propulsores à atuação do gestor público quanto à capacidade postulatória no âmbito do processo administrativo. Busca-se analisar teoricamente os elementos decisivos para a atuação e para a comprovação da aptidão técnica do gestor no que se refere aos atos processuais administrativos em defesa dos direitos fundamentais e das garantias previstos na Constituição da República Federativa do Brasil. Tal análise abarca, ainda, os poderes da Administração Pública brasileira e os limites desta perante a Constituição. Além disso, apresenta-se, ao fim deste trabalho acadêmico, um caso prático para maior elucidação do assunto aqui abordado.

**Palavras-chaves:** Capacidade postulatória. Processo administrativo. Gestor público. Direitos fundamentais. Garantias constitucionais.

### *The ability to posit the public manager in the administrative process*

**Abstract:** This research paper aims to structure in a logical and organized way, the driving forces behind the work of the public manager as the postulate capacity in the administrative process. The goal is to analyze theoretically the decisive elements for the work and for proving the technical manager capability in relation to administrative procedural acts in defense of fundamental rights and guarantees provided by the Constitution of the Federative Republic of Brazil. Such analysis includes also the powers of the Brazilian Public Administration and the limits of this under the Constitution. In addition, presents at the end of this academic work, a case study to further elucidation of the subject discussed here.

**Keywords:** posit capacity. Administrative process. Public manager. Fundamental rights. Constitutional guarantees.

## 1 Introdução

A abordagem desse tema, qual seja, a capacidade postulatória do gestor público no processo administrativo, traz evidências básicas sobre a formação estatal, inclusive a de que o Estado Democrático de Direito, neste ato representado pela República, tem como fundamento primordial o descompartmentamento de suas atividades típicas, por meio da separação dos poderes e atribuições específicas.

Sendo assim, a função dos Poderes Legislativo e Executivo de exercerem a prerrogativa de formular, formatar e executar as políticas públicas (discrecionabilidade administrativa) é de sabença meridiana. Há de se falar, ainda, que cabe ao cidadão, com capacidade plena, exercer o controle social, inclusive com capacidade postulatória. Tal procedimento evitaria a

judicialização de atos administrativos, bem como a sobrecarga do judiciário com direitos cristalinos do cidadão, amparado pela Constituição da República Federativa do Brasil e formatada através de legislação do Direito Público.

O objeto principal deste artigo é munir os graduados de gestão pública do seu direito de capacidade postulatória, no âmbito do Direito Administrativo, uma vez que a capacidade técnica necessária como atributo para defesa própria ou de outrem no âmbito do processo administrativo está consubstanciada na formação acadêmica do gestor, bem como na sua inscrição junto à entidade de classe ao qual pertence, neste caso ao sistema do Conselho Federal de Administração - CFA.

Trazer à baila este direito não caracteriza usurpação de função exclusiva do advogado, mas sim a permissividade jurídica de que tal função também assiste

o gestor público. Essa atividade multiprofissional traz certo conforto aos profissionais de outras áreas do saber e não apenas aos gestores públicos que, conhecedores técnicos das mais diversas demandas administrativas, poderão por si ou outrem dispor de confrontações técnicas. Desta forma, fortifica-se a administração pública com instrumentos que possibilitam a reforma interna do organismo público, visando sempre à eficiência na execução de suas atividades e a eficácia inerente à administração pública.

O artigo visa instrumentalizar informações referentes à atuação do gestor público na busca pelos direitos fundamentais sociais e sua efetividade no âmbito do processo administrativo.

Em segundo plano, será demonstrada a área técnica legal de atuação do gestor, bem como a inobservância dos entes estatais dos seus deveres prestacionais. São explícitos todos os argumentos necessários, referente atuação do gestor público e sua intervenção junto aos entes federados para garantir os direitos sociais nos processos administrativos.

Sobre tal assunto, será interposta uma análise do posicionamento dos nossos tribunais. Ao final conclui-se pela real necessidade de abandono de paradigmas de outrora e do enfrentamento para defesa dos direitos sociais no âmbito do processo administrativo a exemplo do direito alienígena que já prevê esta capacidade através das habilidades metajurídicas para resolução de entraves no âmbito do direito administrativo, produzindo a eficiência estatal.

Por fim, será possível concluir qual a situação que mais coaduna aos princípios constitucionais no âmbito do processo administrativo e que auxilia a resolução de conflitos sem a necessidade de haver a judicialização. Assim, será analisada a possibilidade do gestor público intervir no processo administrativo e peticionar em defesa dos direitos constitucionais.

## 2 Revisão de Literatura

### 2.1 Direitos Fundamentais e Suas Garantias

Na análise dos direitos fundamentais surge uma própria e inerente atribuição: a eficácia dos direitos do homem ou dos humanos. A comunidade internacional e o direito alienígena definem estes direitos como direito do homem; já no entendimento constitucional brasileiro, estes figuram como direitos fundamentais, que dispõem da mesma função, apenas configuram as normas enunciativas diferentes.

Nesse entendimento, Bobbio (2004) contempla a proliferação dos direitos do homem, gerando abordagens para tal situação. Fazendo referência a 2ª Guerra Mundial e o aumento de bens merecedores de tutela estatal, após a segunda década do século XX, com muita contribuição da Revolução Francesa que atribuía grande parte dos seus direitos a liberdade e não mais as pautas de reivindicação, trazendo os direitos civis da 1ª geração.

Logo, outros direitos compuseram a pauta internacional e a pauta de diversos países, sendo chamados de direitos sociais e políticos de 2ª geração, que passaram a exigir dos que não efetivavam tais garantias, criando nos Estados o direito positivo. Trouxe, também, a

promoção irrestrita dos direitos à educação, às condições salubres laborais, à moradia, à saúde, à conquista do voto e à efetiva vontade do cidadão através da lisura no processo eleitoral, dentre outros.

Assim aconteceu na sociedade inglesa, se estendendo pela Europa. Porém, no Brasil os direitos sociais se desenvolveram antes e com mais envergadura do que os direitos políticos e os direitos civis, com grande contribuição da Era Vargas, uma época em que o Brasil sofria apelo e discurso social sólido e os direitos políticos ficaram em segundo plano. No período ditatorial militar, os direitos sociais continuaram em evidência.

Outro fator preponderante foi à extensão dos direitos individuais ao coletivo, dando à coletividade a tutela dos direitos transindividuais dentre eles: os individuais homogêneos, coletivos e difusos.

Esses são os fatores abordados por Bobbio (2004) e que levaram ao entendimento da especificidade nos direitos fundamentais, gerando assim a 3ª geração de direitos, em conjunto com um mundo de grande apelo e desenvolvimento tecnológico e, também, surgem inúmeras outras preocupações como a família, o consumidor, o meio ambiente, etc.

Contudo, fica evidente a integração entre sociedade civil e a administração pública com forte anseio do povo na remodelação do Estado. Então é promulgada a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, revelando a importância do Estado Democrático de Direito Brasileiro, trazendo à norma constitucional estes direitos fundamentais e outros direitos privados a exemplo do Direito Civil e do Direito do Trabalho.

Tais funções trouxeram a explicitação do que antes era definido como abstrato na Constituição e porventura abriram discussão para efetivação das políticas públicas, logo formatada como ação discricionária dos Poderes Executivo e Legislativo, visando, assim, à efetivação da garantia de desenvolvimento humano e social.

Os direitos fundamentais estão explícitos na Constituição, no artigo 5º. Da mesma forma, o art. 6º faz menção, de maneira genérica, aos direitos sociais, a exemplo do direito à educação, à saúde, à moradia, ao lazer e ao trabalho, pretendendo nomear o mínimo necessário para uma vida digna aos indivíduos. Trazer estes direitos na Constituição é uma vitória sem precedentes à democracia e denota um poder emanado da expressa vontade coletiva e, por sua vez, com maior eficácia do que as demais normas.

Porém, é necessário mais do que a constitucionalização, é necessário fazer acontecer a busca pelos direitos afim de não mais ostentar-se indicadores sociais e econômicos tão negativos como dispõem-se atualmente. O não exercício dos direitos cria uma situação constrangedora entre os poderes e diverge do desejo soberano do povo, que é a participação do judiciário brasileiro nas atividades de implementação de determinados direitos sociais. Criam-se, assim, ordenamentos estatais repetitivos a exemplo da concessão de leitos hospitalares, da concessão de medicamento, da antecipação de tutelas no âmbito previdenciário e outros.

Há defensores dessa interferência do judiciário, porém esse ativismo judicial enfraquece os poderes em suas funções discricionárias. Uma vez exigida a tutela

jurisdicional do Estado, este não há de se isentar do cumprimento do princípio constitucional, gerando a interferência entre os poderes para garantia da vontade soberana constitucional, trazendo o Judiciário para exercer papel ativo perante as políticas públicas e ao mesmo tempo trazendo prejuízo temporal nas suas atividades fim.

Logo, observa-se que a limitação do judiciário está restrita e não tem a capacidade da promoção macro das mudanças sociais. Seria de grande valia se as políticas públicas fossem controladas por quem de direito recebem suas prioritárias ações e conhece a sua eficácia a fundo, praticando assim exercício do desenvolvimento social do país.

## 2.2 A Eficácia dos Direitos Fundamentais

Os direitos fundamentais são na verdade uma gama de direitos que estabelecem uma necessidade inicialmente individual, mas que logo carece da mutabilidade coletiva para que impere o desejo da coletividade, gerando direitos de segunda geração que desempenham o papel de outorgar aos cidadãos a prestação de direitos sociais.

Já na Constituição de 1981, havia a discussão da eficácia das normas constitucionais e a doutrina pátria. A formulação da teoria tricotômica da eficácia foi estabelecida por Silva (1991) e, segundo sua teoria, as normas podem ser repartidas em três grupos distintos: a norma de eficácia plena, a norma de eficácia contida e a norma de eficácia limitada;

A eficácia plena a norma com aplicabilidade direta, imediata e integral; a eficácia contida detém aplicabilidade direta, imediata, mas possivelmente não integral; e a eficácia limitada dispõe de aplicabilidade indireta e reduzida, necessitando de disposições complementares para seu efeito efetivo.

Observa-se que o conhecimento da norma constitucional não gera de maneira instantânea seus principais efeitos, pois não há normas suficientes. Depende-se inicialmente da ação do legislador ordinário, razão pela qual tais normas são conhecidas como de eficácia reduzida ou limitada.

Houve visível inovação na CF/88, quando ficou definido em seu art. 5º, a determinação imediata dos dispositivos e garantias fundamentais, trazendo o direito de invocação, mesmo não havendo insuficiência legal, tendo assim a ideia primordial de maximizar sua eficácia, bem como gerar mecanismos para sua efetiva função.

Para Bastos (2000) os direitos fundamentais são, em suma, diretamente aplicáveis, com algumas exceções: a da constituição remetida à concretização do direito fundamental ao legislador, com o exercício provisionado na determinação legal; quando os elementos mínimos norteadores possam garantir a aplicabilidade, criando um ambiente desfavorável por não dispor de norma suficiente aos efeitos necessários, sem a análise do judiciário, pois essa é a função exclusiva do legislador.

Trazendo para melhor compreensão dos enunciados e comentários anteriores, figura no direito comparado por Canotilho (1998), bem como Piovesan (1992) e Sarlet (2007), entre nosso entendimento que a

norma constitucional é de cunho inequivocamente princípio lógico, sendo esta a norma balizadora para posterior maximização, estabelecendo aos órgãos estatais a função de propiciar maior eficácia aos direitos fundamentais.

## 2.3 Poder Discricionário

Torna-se imperioso lembrar-se do livro 'Leviatã', obra clássica do autor inglês Thomas Hobbes, que procura de todas as maneiras justificar o poder do monarca totalitário.

Inclusive, tal obra versa sobre o estado natural de vivência da população da época com insegurança e em meio a guerras e conflitos. Gera-se a ideia de que o homem seria lobo do homem e com isso a necessidade de intervenção. Surge então o contrato em que o homem abre mão da sua liberdade em troca de segurança que pode ser propiciada.

Esse contrato foi movido pela vontade soberana do povo e foram estipuladas as relações entre súditos e o soberano. Assim o súdito é o autor de todas as ações do soberano. Se porventura houver injustiça nos atos do soberano, não é facultado o direito do súdito de criar objeções, pois o ato foi essencialmente a vontade dele mesmo.

Com isso, também foi atribuída a responsabilidade da economia, da justiça e demais aspectos internos que englobavam a sociedade, bem como os atos do soberano que eram, por sua vez, o ato dos súditos. Logo é fácil observar o posicionamento do autor inglês na defesa do poder absolutista do soberano no Estado Moderno. Porém, com o passar dos tempos o poder absoluto nas mãos do soberano gerou uma grande dúvida entre os súditos, se estes atos do soberano seriam arbitrários ou discricionários e assim foi se desgastando o absolutismo.

Já com a noção do Estado de Direito, no século XIX, foram impostos os limites jurídicos às atividades estatais, visando priorizar o anseio da coletividade, e com isso a difusão teórica foi ganhando corpo ao passar dos anos. Segundo Binenbojm (2007), a necessidade da imposição de limites seria na verdade o princípio da legalidade e o desejo coletivo.

Logo foi evidenciada a vinculação dos atos dos administradores (governantes) à legislação existente, surgindo os atos administrativos ditos discricionários. A velocidade desse entendimento foi dada através das transformações sociais no final do século XIX quando os direitos fundamentais foram crescendo de maneira descomunal.

Porém, a intensidade e a velocidade foram maiores que a formatação da legislação, que pontuasse toda a ação administrativa para o atendimento aos direitos sociais existentes e emergentes.

A partir deste contexto, da evolução dos atos e o papel do administrador, temos o entendimento do ato administrativo hodiernamente, que é a prerrogativa concedida aos agentes administrativos para a eleição de uma conduta que demonstre maior conveniência do interesse público, dentre várias condutas aplicáveis. Portanto, os elos do poder discricionário são a

conveniência e a oportunidade, que apontam as condições em que se deve portar o agente.

É oportuno salientar que esta liberdade deve seguir os parâmetros da lei, observado o interesse público da ação administrativa. Com atenção a estes parâmetros, o Poder Executivo tem a mais extensa autonomia e conformação, sendo permitida a invalidação pelo Poder Judiciário exclusivamente os atos comissivos e em situações de excepcionalidade, se negando na totalidade de interferir nos campos omissos no âmbito administrativo.

Preconiza Faria (1998, p. 34) que a omissão aos preceitos constitucionais por parte dos poderes legislativos e executivo, resultará numa inconstitucionalidade sem precedentes e poderá levar à falta de estabilidade política. Uma decisão judicial para garantir uma obrigação constitucional, para só assim viabilizar reivindicações dos emanadores da lei (o povo), é desagradável e tem uma conotação negativa.

Contudo o papel do judiciário está consubstanciado apenas na análise do cabimento do ato, sendo vedada a valoração deste, bem como substituir o administrador público. A limitação do poder discricionário está na observância e limitação da lei, que se for violada, parte-se para judicialização do ato, de acordo com a normatização, estabelecendo-se um elo baseado no cumprimento da lei e não na administração ou consecução dos atos pelo judiciário, conforme Meirelles (2005).

Também não podemos substituir a discricionariedade política, que é o ponto focal deste tema, com a discricionariedade técnica. É importante esclarecer que a política se refere à decisão do administrador baseada em critérios subjetivos, com amplitude, porém, seguindo os ditames legais. Na técnica, o administrador age com total obediência aos ditames legais, utilizando-se de critérios objetivos, abrindo mão da subjetividade.

Sendo assim, na discricionariedade técnica não se observa conveniência, liberdade e oportunidade, apenas vincula-se ao princípio da eficiência, devendo sempre escolher a melhor técnica, com o ato subordinado à lei e ao princípio da eficiência.

#### **2.4 Atuação e Ativismo Judicial na Administração do Estado**

Diante de tantos comentários a respeito da separação dos poderes e da sua imposição de limites a atuação do Poder Judiciário, perante as competências dos demais poderes, fica evidenciado que a discricionariedade inerente à administração pública, através do seu administrador para ação de desempenhar as políticas públicas respaldada por matéria constitucional, é uma afronta à vontade soberana do povo.

Sendo assim, a intervenção do judiciário apenas se faz necessária quando os direitos garantidos constitucionalmente não são atendidos pelo Poder Executivo.

Podemos, inclusive, observar que o princípio da eficiência é, sobretudo, inerente ao Estado em sua amplitude e atuação soberana, sendo hodiernamente a

gestão burocrática vem sendo vencida pela gestão estratégica, com a ideia do atendimento ao interesse público e por sua vez o princípio da eficiência. Neste sentido, explana a norma constitucional por meio da Emenda Constitucional 19, em seu art. 37 da Carta Magna, tema amplamente ligado a visão de Estado estratégico, na atenção dos seus serviços essenciais e públicos, conforme entende Moraes (2005).

Logo, entende-se que o controle judicial é incidente se for observada ilegalidade respaldada, pois o princípio da eficiência está intimamente ligado à tomada de decisão, tornando os atos administrativos condutores diretos do princípio da eficiência.

Esse entendimento de nada vale senão para justificar a grandeza do ato administrativo e da inviabilidade do poder judiciário interferir nesse mérito. Porém, compete o Judiciário impedir que o ato administrativo ultrapasse os limites da lei, que deve prezar unicamente a execução das políticas públicas.

Devido a este preceito é necessário observar se houve dano efetivo ao indivíduo que é portador do direito público subjetivo com o amparo na determinação constitucional diante dos princípios fundamentais. Assim, não cabe ao judiciário governar, administrar, optar pelos atos de conveniência administrativa para o atingimento do anseio público e desenvolvimento social. Estas são funções constitucionais que se diferem em sua totalidade.

Qualquer interferência que ultrapasse os dispostos anteriores seria um límpido abuso de poder. Temos que entender que todo esse processo do ato administrativo nada mais é do que a vontade política de um povo que escolheu o Estado Democrático de Direito, para imperar a vontade soberana do povo sobre a individual.

Surge, entretanto, o enfraquecimento da vontade soberana, perante o Judiciário e o Executivo, pois ao determinar como princípio a eficiência ficou explícito o desejo soberano do interesse público. Fugir deste princípio por meio da ineficiência gera, sobretudo, o desgaste político e consequentemente o desgaste da administração, fazendo emergir o Judiciário, diante do anseio popular.

Este ativismo judicial em excesso, fragiliza os Poderes Legislativo e Judiciário, bem como agride o Estado Democrático de Direito, levando o Judiciário a indevidamente usurpar as atividades reservadas ao Legislativo e ao Executivo. Portanto o ativismo judicial, termo comumente utilizado após uma reportagem do estadunidense Arthur Schlesinger (cf. M. Pereira, em O Globo de 21.03.09, p. 4), no ano de 1947, trazendo ao Judiciário a interferência no executivo por incompetência do administrador e interferência no legislativo por omissão.

Questiona-se, desta forma, se foi criado um Estado de faz de contas, de atuações subjetivas e normas objetivas, não pois a função legislativa é a vontade do povo e a executiva a administração escolhida pelo povo, bem como o judiciário é o guardião efetivo da Lei.

Há portanto um entendimento de que o ativismo judicial é uma afronta ao desejo coletivo, pois os magistrados não são eleitos diretamente pela população e não dispõem de legitimidade para decidir pelo anseio



coletivo, gerando assim também uma judicialização política, assim também entende Appio (2008).

Toda essa situação gera uma cratera diante de um caminho estreito e uniforme, necessitando da imediata interferência popular, visando a reformulação da democracia, ultrapassando inclusive a solução de conflitos, atribuição inerente do judiciário.

Não podemos esquecer de mencionar o entendimento de Mello (2007, p. 47) que encara a exigência do exercício das atividades inerentes à Administração Pública em conformidade com a lei, bem como atribua ao ato administrativo, uma atividade infralegal consistindo nos comandos complementares a determinação legal, gerando assim a ideia da Administração gerar determinação para o atingimento dos fins constitucionais propostos e inicialmente evocados.

Diante de múltiplos entendimentos a respeito, surge os que entendem que os atos devem ser motivados, pois é de primordial importância a participação e o conhecimento dos administrados no contexto, na ação e na efetividade do administrador público. E há os que não consideram ser necessária a motivação dos atos da administração, quando não for determinado pela lei de forma expressa, porém o artigo 50 da Lei nº 9.784/99, determina a motivação dos atos.

Nesse contexto cabe-se cumprir e dar por sanada a discussão, assim dividimos o entendimento com a ampla maioria dos doutrinadores pátrios, mas, tal discussão ainda perdura nos dias atuais. Também cumpre ressaltar que a disposição e as prerrogativas são impossíveis de renunciar, dado a circunstância de sua utilização apenas no exercício dos *mandamus* do poder público, pois nada se faz sem previsão na administração pública, princípio da indisponibilidade.

Diante do entendimento de Mello (2007, p. 106) a sensatez é fator preponderante das condutas no âmbito da administração pública. Além do exposto por Mello, é gritante o nosso entendimento que se as ações não forem condizentes com a lei, além de bizarras são ilegais e, portanto, passíveis de judicialização para saneamento.

Ainda, cabe ressaltar que, segundo Di Pietro, o ato administrativo “é a declaração do Estado ou de quem o represente, que produz efeitos jurídicos imediatos, com observância da lei, sob regime jurídico de direito público e sujeita a controle pelo Poder Judiciário” (2008, p.192).

Contudo a validade do Ato Administrativo detém condicionantes elementares que estão expressos no art. 2º da Lei nº 4.714/65. Esta lei regula a ação popular e dispõe do objeto, da competência, da finalidade, do motivo e do formato, deixando nítido que o não cumprimento na íntegra gera a invalidade do ato administrativo.

## 2.5 Capacidade Postulatória no Processo Administrativo

Todo o arcabouço teórico funcional utilizado na formatação deste artigo científico, desde os direitos fundamentais e especificadamente os direitos sociais, estão voltados à compreensão por parte dos leitores do papel político-institucional da defesa do interesse público por parte do Estado e, sobretudo, na criação da Lei Geral de Processos Administrativos da União.

Atribuir exclusivamente à defesa técnica formal no Processo Administrativo a uma classe profissional, neste caso aos advogados, é limitar os direitos fundamentais do cidadão, que, sobre hipótese alguma, deveria ser pleiteado no âmbito da administração pública. O mesmo acontece ao desconsiderar a capacidade técnica de outra profissão devidamente regulamentada, com fim específico do estudo da Administração Pública e formação voltada ao Direito Público, sobretudo o Direito Administrativo.

A capacidade postulatória é a capacidade de postular em nome própria ou de outrem os direitos devidos. Essa defesa deverá cumprir formalmente a comprovação da capacidade técnica, que no caso do gestor público é plena no campo da administração pública, conforme a regulamentação da profissão no Conselho Federal de Administração, através da Resolução Normativa nº 374/ 2009.

Registre-se que a está autarquia especial cabe a nomeação da dotação plena da capacidade técnica.

Em síntese, cumpre estabelecer que o Estatuto do Advogado, a Lei nº 8.906/94, em seu artigo 1º, não prioriza como prerrogativa do advogado a postulação em órgãos administrativos, bem como trata de intervenção do advogado em processos administrativos. Sabidamente, o presidente do instituto dos advogados, Rubens Appobato Machado *apud* Stoco (p. 274), reconhece que “exclui-se, assim, a obrigatoriedade do advogado na postulação perante a Administração Pública, em processos administrativos, especialmente nos chamados contenciosos tributários, desportivos e previdenciários”.

No que se trata do processo administrativo, existem três situações distintas em defesa do acusado: primeira, o acusado formulando sua própria defesa; segundo, o acusado sendo defendido por um defensor técnico; terceiro, o acusado sendo defendido por um advogado. Portanto, a presença do advogado no processo administrativo fica no anseio do acusado e não na obrigatoriedade legal.

Com esse arcabouço, elenca-se duas razões para dispensabilidade do advogado: conveniência técnica e conveniência psíquica. Uma tem referência direta a segurança que representa a confiança na defesa de interesses a quem tecnicamente está preparado para defesa; a outra representa ao distanciamento psíquico do gestor público em relação ao conflito Estado-Cidadão.

Quando tratamos da capacidade postulatória no âmbito do processo administrativo, está incluso todas as fases, inclusive recurso, diferentemente da atuação do advogado em juízo, pois lá este é peça fundamental ao funcionamento do judiciário, sendo o capaz tecnicamente para interpor ações. Já no processo administrativo a peça fundamental seria o cidadão e seu direito, bem como a capacidade técnica se dá por qualquer pessoa tecnicamente capacitado para responsabilizar-se pelo andamento e informações no contexto processual.

Cabe, também, firmar o entendimento de que no processo administrativo os direitos e garantias fundamentais são correspondentes às normas constitucionais que garantem uma gama de condições mínimas para a convivência em uma sociedade democrática com dignidade. Estes direitos são nada

menos que disposições declaratórias emanadas pelo poder constituinte sobre determinados bens e pessoas.

Portanto, essas garantias são, sobretudo no sentido lógico, os mecanismos de proteção e defesa dos Direitos e não caracterizando uma disputa judicial. Na verdade é a exigência de que o cidadão faz ao ente público estatal, através do Poder Executivo, para proteger seus direitos, e, no cortejo, reconhece a existência de meios processuais administrativos para efetivar seus objetivos e garantias constitucionais.

É oportuno mencionar que estas garantias são consideradas cláusulas pétreas, permanentes e executórias, não cabendo ser objeto de qualquer deliberação ou decisão posterior. Estas garantias dispõem de previsão no art. 60 da Carta Magna, e que no parágrafo 4º indica sua importância no arcabouço jurídico nacional. A partir daí ficam garantidos outros direitos de suma importância ao cidadão, dentre eles o princípio do contraditório e da ampla defesa no artigo 5º inciso LV.

Nesse entendimento por votação unânime o Supremo Tribunal Federal, pacificou o entendimento, que antes era imperativo pela Sumula 343/07 do Superior Tribunal de Justiça e tornava obrigatória a presença de advogado no âmbito do processo administrativo.

Logo o entendimento pacificado do STF transformou-se na Sumula Vinculante nº 5, que expressamente dispensa a representação técnica formal de exclusiva competência do advogado, vencendo o entendimento do STJ, segue a Sumula Vinculante 5, *ipsis litteris*: “a falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição”.

A administração pública em atendimento exclusivo aos normativos legais e poder discricionário, utiliza-se do ato administrativo para garantir a plena consecução dos direitos garantidos constitucionalmente ao cidadão, gerando posteriormente um processo administrativo, que não seria cabível a ideia de imposição de limites na ampla defesa e contraditório do interessado. Esse processo seria o legitimador dos direitos do cidadão, conforme preceitua Mello (2005, p. 19):

O processo administrativo afigura-se, pois, num instrumento legitimador da atividade administrativa que, ao mesmo tempo, materializa a participação democrática na gestão da coisa pública e permite a obtenção de uma atuação administrativa mais clarividente e um melhor conteúdo das decisões administrativas. De igual modo, traduz-se em garantia dos cidadãos administrados, no resguardo de seus direitos.

Com essa defesa de Mello, fica evidente a função guardiã dispensada ao processo administrativo.

## 2.6 Caso Prático no Projeto Assentamento Estrela da Manhã

Em 04 de agosto de 2015, a Irmandade Senhor Ogum - IsOgum, entidade religiosa e com forte apoio a questões sociais, pertencente a linhagem da Goméia, em funcionamento no município de Formosa, desde junho de

1971, com registro cartorário desde 13 de março de 1994, declarada de utilidade pública municipal pela Lei nº 066/1997 e de utilidade pública estadual pela Lei nº 15.591/2006-GO.

Estas entidades são reconhecidas pelas ações sociais promovidas por onde atuam: em Salvador, liderado pela Mameto Lúcia; no Rio de Janeiro, pela Mameto Seci Caxi; em Brasília (Formosa) pelo Tatá Otavio, no caso específico de Formosa o vínculo do seu fundador Jose Ferreira do Nascimento, (Zé Baiano) com outra figura de reconhecimento e respeito impar no Brasil, João Alves Torres Filho (Joazinho da Gomeia), figura chamada de o Rei do Candomblé no Brasil, nascido em 1914 e único dentre as mulheres ícones reconhecidos da sabedoria afro-brasileira (BRAGA, 2014).

Também é importante afirmar que as casas de Candomblé e conseqüentemente as de Umbanda, são arquiteturas destinadas a preservação e guarda das energias naturais, que fazem a ligação física destas com os seres humanos, segundo Barros (2009). A entidade por sua vez, dispõe de vínculos institucionais com a Universidade de Brasília, porém devido a momentânea greve, buscou apoio institucional com a Instituição de Ensino Superior- Faculdade de Tecnologia Equipe Darwin, que logo determinou a abertura de processo interno e o acompanhamento do caso pelo Núcleo de Estudos e Prática de Acompanhamento das Ações Governamentais - NEPAG.

Internamente foi estruturado o caso encaminhado, como objeto de pesquisa sob o nome PA ESTRELA DA MANHÃ II, que visa acompanhar e elaborar a defesa técnica de processos administrativos da reforma agrária. Em um caso específico uma das assentadas foi surpreendida por uma notificação de nº 101/2015, emitida pelo Superintendente da Regional do INCRA/ SR-28/DFE, exigindo a desocupação de determinada parcela de assentamento, sem sequer mencionar a base legal para tal ato administrativo.

Diante desse contexto o Núcleo elaborou defesa previa no aguardo da posterior decisão da autoridade coatora. É de sabença meridiana que os atos administrativos devem ser motivados por dispositivos legais e no mesmo deve obrigatoriamente deter a motivação do ato, para Odete Medauar (2006, p. 115) o contraditório é a verdadeira manifestação do acusado e nesse momento poderá discorrer seus documentos, argumentos, conteúdos probatórios, enfim contradizer a acusação. Pois, “a admissibilidade do contraditório no Processo Administrativo traduziu uma transformação da supremacia do Estado e principalmente do administrado, que antes ocupava uma posição de submissão à predominância absoluta da autotutela”.

Também insurge, na determinação infraconstitucional, a Lei nº 9.784/99, esta regula o processo administrativo na Administração Pública Federal e estabelece no seu artigo 2º a seguinte determinação: “A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência”.

Com essa máxima a lei colabora com o entendimento da sua existência para garantir a legalidade e o cumprimento da determinação constitucional. Logo, após análise da Notificação e dos motivos instantaneamente apresentados e baseados na determinação legal, nada há de se fazer, a não ser a nulidade do ato administrativo por parte do gestor, uma vez que os motivos ensejadores do ato administrativos não condizem com o que preceitua a legislação aplicável, cabendo ao NEPAG, analisar os outros casos, bem como acompanhar as decisões administrativas no âmbito do Projeto de Assentamento, PA ESTRELA DA MANHÃ II, visando garantir os preceitos legais determinados pela Constituição Cidadã.

### 3 Conclusão

O Direito Administrativo vem, ao passar dos anos, sofrendo algumas transformações e, diante de tal panorama, é aceitável discussões acerca das diversas posições entre o constitucionalismo e a democracia. Esta é a maneira que o estado brasileiro nos últimos anos vem caminhando no sentido de adaptar-se a pós-modernidade, bem como trazer novas maneiras de legitimação para atuação da Administração Pública e a participação administrativa.

A participação dos cidadãos na consolidação da ordem jurídica administrativa é um fenômeno que deve crescer a cada dia, pois assim será entendido os limites da jurisdição constitucional, que determinam a eficiência, a partir do dinamismo social e da pluralidade inerente ao serviço público, que não tolera a ideia concentradora de poder e centralizadora nas decisões.

A estrutura organizacional do Estado deveria atender aos anseios da coletividade, fazendo imperar o atendimento eficaz. A administração pública dialógica deve se fazer necessária, pois os atos administrativos deveriam advir de um diálogo constante entre o administrador e o administrado, para que a colaboração fosse mútua.

Essa falta de diálogo tem trazido ao Poder Executivo inúmeras intervenções do Poder Judiciário para se fazer cumprir o determinado e de exclusividade do Executivo, por incoerência nas ações do administrador e ineficiência no atendimento a legislação infraconstitucional.

Com o diálogo surgiria uma Administração Pública consensual e a função administrativa traria novos princípios e novas ações, gerando creditação ao administrador e conseqüentemente ao Estado. Esse diálogo traz o ideal anseio do cidadão que é a ligação entre o constitucionalismo e a democracia, para garantir, no mínimo, os direitos básicos.

Os instrumentos criados pela lei que permitem a participação dos cidadãos demonstram a coerência estatal na legitimação da atuação dos mesmos na esfera administrativa.

Essa premissa é o reflexo da necessidade da otimização na aplicação dos direitos fundamentais e sociais, afastando da atuação administrativa a coerção sem princípio legal.

Assim, no pós-guerra (1939-1945), a formatação estatal administrativa foi se moldando e as funções como

a discricionariedade administrativa, a legalidade administrativa, a incestuosa relação de submissão entre o administrador e o administrado, a legalidade com vinculação estrita a lei, dentre outras, passaram por necessárias mutações, visando atender o anseio da coletividade, trazendo segurança jurídica as ações estatais.

Logo observamos que os tradicionais princípios administrativos partindo da supremacia do interesse público sobre o privado e o princípio da legalidade são reformulados, com a nova concepção da gestão pública.

A proliferação dos direitos fundamentais e a exigência social na busca incessante desses novos direitos disponibiliza ao cidadão nova ideia sobre a separação dos poderes e supera o entendimento de distanciamento entre direito e política, observando claramente que um completa o outro no executivo, porém o que se vê hodiernamente é uma conexão que não deveria existir entre a política e o judiciário.

O presente estudo visa sumarizar o processo administrativo, no contexto do Direito Administrativo consensual, colaborativo, eficiente e principalmente dialógico entre o administrador e o administrado, na ideia central de preservar os direitos da coletividade em sua individualidade, dispondo de meios técnicos acessíveis para sua defesa na busca da cidadania plena, pressupostos garantidos na norma constitucional de 1988, que trouxe uma tendência jus-política ao direito público e, sobretudo o direito administrativo.

O necessário atualmente é a aplicabilidade dos atos com coesão e a vinculação com a consensualidade que vem a ser o princípio basilar para o atendimento do anseio público e finalidade latente de uma gestão pública eficiente e voltada ao exclusivamente ao cidadão por meio de resultados.

### Referências Bibliográficas

- APPIO, Eduardo. **Ativismo Judiciário: Em uma democracia, os fins nunca justificam os meios** – disponível em <http://www.conjur.com.br/static/text/69219,1>. 2008. Acesso em 30 de agosto de 2015.
- APPIO, Eduardo. **Direito das Minorias**, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2008.
- BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito constitucional** – 21. ed. Atual. – São Paulo: Saraiva, 2000.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. Ed. 26. São Paulo: Melheiros, 2009.
- BARROS, Marcelo. **O candomblé bem explicado (Nações Bantu, Iorubá e Fon)**. Rio de Janeiro. Editora Pallas, 2009.
- BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BINENBOJM, Gustavo. **Da supremacia do Interesse Público ao Dever de Proporcionalidade: um novo paradigma para o Direito Administrativo in Interesse Públicos versus Direitos Privado: desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público.** SARMENTO, Daniel. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2007.

BOBBIO, Noberto. **A Era dos Direitos.** 9 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRAGA, Julio. **Candomblé: a cidade das mulheres e dos homens.** 1ª Edição. Bahia. Editora UEFS, 2014.

BRASIL. **Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999: regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal.** Planalto. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9784.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9784.htm)>, acesso em 4 de setembro de 2015.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

FARIA, J. E. (Org.). **Direitos humanos, direitos sociais e justiça.** São Paulo: Malheiros, 1998.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo.** 19. Ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro.** 30ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** São Paulo: Atlas, 2005.

PIOVESAN, Flávia. **Constituição e transformação social: a eficácia das normas constituintes programáticas e a concretização dos direitos e garantias fundamentais.** Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, São Paulo, SP, junho de 1992.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 7. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 7. ed. São Paulo, RT 1991.