

DOCTRINA

## Limites da utilização de princípios do processo judicial no processo administrativo

Maria Sylvia Zanella Di Pietro



### 1 - O processo como modo de proceder dos três Poderes do Estado

Existem alguns aspectos do processo que são iguais ou muito próximos nas esferas judicial e administrativa, a começar pelo seu conceito, já que o processo sempre compreende uma série de atos coordenados para a realização de um fim estatal, que é a aplicação da lei. Em ambas as esferas, o processo constitui instrumento, forma, modo de proceder. "

Já tivemos oportunidade de falar em processo num sentido muito amplo, de modo a abranger os instrumentos de que se utilizam os três Poderes do Estado — Judiciário, Legislativo e Executivo — para a consecução de seus fins. *"Cada qual, desempenhando funções diversas, se utiliza de processo próprio, cuja fonte criadora é a própria Constituição; ela estabelece regras fundamentais de competência e de forma, institui os órgãos, define suas atribuições, confere-lhes prerrogativas, impõe-lhes obrigações, tudo com o objetivo de assegurar a independência e o equilíbrio no exercício das suas funções institucionais e, ao mesmo tempo, garantir que esse exercício se faça com respeito aos direitos individuais, também assegurados pela Constituição".*<sup>1</sup>

Embora cada processo estatal obedeça a princípios próprios, adequados à função específica que lhes incumbe, não há dúvida de que todos eles obedecem, pelo menos, aos princípios da competência, do formalismo (mais ou menos acentuado), do interesse público, da segurança jurídica, da razoabilidade e tantos outros que decorrem expressa ou implicitamente da Constituição.

Deixando de lado o processo legislativo, que não é relevante para o tema ora tratado, não há dúvida de que existem semelhanças e diferenças entre o processo judicial e o administrativo.

Ambos são processos de aplicação da lei. Ambos estão sujeitos aos princípios da legalidade, do formalismo, da ampla defesa, do contraditório, do devido processo legal, da motivação, da publicidade, da economia processual, da segurança jurídica, este último servindo de fundamento às regras que impõem respeito aos direitos adquiridos, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada, bem como aos prazos de prescrição e decadência, além das regras legais sobre preclusão.

No entanto, não se pode negar a existência de diferenças sensíveis entre o processo judicial e o administrativo. Se assim não fosse, bastaria aplicar aos processos administrativos as normas constantes do Código de Processo Civil e do Código de Processo Penal (no caso de processos sancionadores).

Assim é que o formalismo, presente nas duas modalidades de processo, é muito menos rigoroso nos processos administrativos, onde alguns falam em informalismo e outros preferem falar em formalismo moderado.



A ideia de coisa julgada administrativa, embora mencionada pela doutrina, não tem o mesmo sentido da coisa julgada judicial, já que, adotado o princípio da unidade de jurisdição no artigo 50, XXXV; da Constituição, só ao Poder Judiciário assiste a competência para dizer o direito em última instância.

Também o instituto da prescrição que, no direito administrativo, se aproxima da preclusão, tem sentido diverso no processo judicial, em que ocorre a perda do direito de ação, enquanto no direito administrativo assume diferentes significados: (I) perda, pelo administrado, do prazo para recorrer de decisão administrativa; (II) perda, pela Administração Pública, do prazo para rever os próprios atos; e (III) perda do prazo para punir. O primeiro prazo é definido em benefício da Administração Pública, que dele pode abrir mão para prestigiar os princípios da legalidade, do interesse público, da verdade material, do controle judicial. Os dois últimos prazos, sendo estabelecidos em benefício do administrado, são obrigatórios para a Administração Pública, em prestígio do princípio da segurança jurídica. Como se verá adiante, a perda de prazos pelo administrado não tem, necessariamente, o mesmo efeito consumativo que no processo judicial.

Do mesmo modo que a coisa julgada e a prescrição, o instituto da preclusão — que ocorre quando uma das partes deixa de adotar alguma providência processual de sua alçada — foi transposto para o âmbito dos processos administrativos. No entanto, também não pode ter o mesmo rigor que no processo judicial.

A Administração Pública demonstra tendência de adotar os institutos do processo judicial com o mesmo rigor, muitas vezes em prejuízo dos direitos do administrado, do interesse público e até com maiores ônus para si própria e para o erário.

Cabe aqui a indagação: qual a razão para essa transposição, pura e simples, de princípios do processo judicial para o processo administrativo?

A grande razão decorre do fato de que o direito administrativo brasileiro se inspirou no sistema europeu-continental, em especial no direito francês, em que existe o sistema de dualidade de jurisdição. Ou seja, ao lado da jurisdição comum, existe a jurisdição administrativa, ambas com igual competência para proferir decisões com força de coisa julgada. Na jurisdição administrativa é inteiramente correto falar em prescrição, em preclusão, em formalismo, em coisa julgada, de forma igual à que se utiliza na jurisdição comum.

Nos países que adotam esse sistema, como França, Itália, Alemanha, entre outros, existe o chamado processo administrativo contencioso, sujeito a princípios idênticos aos do processo judicial. Essa modalidade de processo desenvolve-se perante um órgão cercado de garantias que asseguram a sua independência e imparcialidade, com competência para proferir decisões com força de coisa julgada sobre as lides surgidas entre Administração e administrado. Esse tipo de processo só existe nos países que adotam o contencioso administrativo; nos demais, essa fase se desenvolve perante o Poder Judiciário, porque só este pode proferir decisão com força de coisa julgada; a Administração Pública, sendo "parte" nas controvérsias que ela decide, não tem o mesmo poder, uma vez que ninguém pode ser juiz e parte ao mesmo tempo.

No Brasil, jamais existiu o sistema de dualidade de jurisdição. Jamais existiu o chamado processo administrativo contencioso. Aqui, falar em processo administrativo significa falar no chamado processo administrativo gracioso, em que a decisão proferida pela Administração Pública é sempre sujeita ao controle judicial.

No entanto, apesar disso, houve a transposição de institutos do processo contencioso para o processo administrativo gracioso. Essa transposição é possível, desde que feita em seus devidos



termos, porque tem que levar em conta as peculiaridades e os princípios próprios do processo administrativo gracioso.

Existe pelo menos uma razão aceitável para que se faça a transposição de institutos como a coisa julgada, a prescrição e a preclusão: quer-se evitar que os litígios que se instauram na esfera administrativa se prolonguem indefinidamente no tempo, em prejuízo da segurança jurídica, em seu duplo aspecto: objetivo, que designa a necessária estabilidade das relações sindicais; e subjetivo, que significa a confiabilidade que o administrado deve ter quanto à licitude das decisões administrativas. Este último equivale ao princípio da confiança legítima ou princípio da proteção da confiança.

Mas também existem razões mais do que aceitáveis que recomendam boa dose de bom senso na aplicação desses institutos nos processos administrativos. Tem que haver certo abrandamento na aplicação do princípio do formalismo e nos conceitos de coisa julgada, de prescrição, de preclusão, para falar apenas de alguns dos aspectos em que, com muita frequência, a Administração Pública invoca princípios e institutos próprios do processo judicial. E tem-se que levar em conta que, enquanto no direito processual civil e penal, esses conceitos estão consagrados, no direito processual administrativo falta precisão, inclusive na distinção entre esses institutos.

Duas grandes razões aconselham muita cautela na transposição de institutos próprios do processo judicial: (I) de um lado, a elaboração, no decurso do tempo, de determinados princípios específicos dos processos administrativos; é o caso dos princípios da oficialidade, do formalismo moderado (ou informalismo), da verdade material, do interesse público, da economia processual, dentre outros construídos e aplicados muito antes de existir no Brasil uma lei de processo administrativo (Lei nº 9.784, de 29-1-99); (II) de outro lado, o fato de que os atos da Administração Pública estão sempre sujeitos ao controle externo, seja pelo Legislativo, com auxílio do Tribunal de Contas, seja pelo Poder Judiciário; esta é uma grande diferença entre o processo administrativo e o processo judicial: neste, uma vez proferida a decisão final transitada em julgado, não há outro órgão superior que possa dizer que a decisão foi lícita ou ilícita, porque o Poder Judiciário exerce a chamada soberania em sentido jurídico, que compreende o poder de decidir em última instância; não é por outra razão que se diz que a coisa julgada encerra uma verdade legal, fazendo o negro "parecer branco e o quadrado parecer redondo. No processo administrativo, as decisões administrativas mesmo as adotadas na última instância da escala hierárquica, são sempre passíveis de revisão pelos órgãos de controle. Não adianta o apego excessivo aos formalismos, aos prazos para apresentação de recursos ou juntada de documentos, se, por falta de tais providências, a decisão administrativa resultar em ato ilícito que pode ser corrigido pelo Poder Judiciário.

## 2 - Direito positivo

Existe hoje no Brasil a chamada Lei de Processo Administrativo, de nº 9.784, de 29-1-99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Ela não estabelece propriamente um procedimento, com rito a ser seguido, mas trata de diretrizes gerais a serem observadas no desenvolvimento dos processos administrativos, indicando os princípios de observância obrigatória, os direitos e deveres dos administrados, os casos de impedimentos e suspeições, a forma, tempo e lugar dos atos do processo, normas sobre as três fases do processo (instauração, instrução e decisão), e sobre os recursos, a exigência de motivação, os prazos, dentre outras normas relevantes.

Embora seja dirigida aos processos administrativos federais, temos entendido<sup>2</sup> que, na medida em que define princípios constitucionais e compreende inúmeras normas que constituem



aplicação dos mesmos, a lei acaba, quanto a esse aspecto, por ser de âmbito nacional. Isto é especialmente relevante porque, embora alguns Estados e Municípios tenham também a sua própria lei de processo administrativo (como o Estado de São Paulo, que até se antecipou à lei federal ao promulgar a Lei n° 10.177, de 30-12-98), em muitos entes da Federação, talvez na maior parte deles, não existe lei de processo administrativo.

Outro dado relevante é que a lei não disciplina necessariamente todos os processos administrativos, já que alguns são regidos por leis específicas, como a lei de licitações e contratos, a legislação do CADE, os processos disciplinares regidos pelos estatutos dos servidores federal, estaduais e municipais, os processos no âmbito dos Tribunais de Contas, dentre outros. No entanto, em relação a todos os processos administrativos disciplinados por lei própria, a Lei n° 9.784/99 tem aplicação subsidiária, como decorre de seu artigo 69, em cujos termos "os processos administrativos específicos continuarão a reger-se por lei própria, aplicando-se-lhes apenas subsidiariamente os preceitos desta Lei". Por essa razão, o tema será tratado com vista à aplicação das normas dessa lei.

### 3 - Do princípio do formalismo

Um dos princípios do processo judicial é, evidentemente, o da obediência às formas e aos procedimentos impostos por lei.

O mesmo princípio aplica-se aos processos administrativos. Porém, ele não pode ter o mesmo rigor que no processo judicial, sob pena de, em determinadas situações concretas, tornar-se prejudicial aos direitos individuais do interessado e ao próprio interesse da Administração Pública em dar cumprimento à lei pela forma menos onerosa possível (ou seja, respeitando o princípio da razoabilidade).

Poder-se-ia alegar que a inobservância de determinadas formalidades do procedimento acarretariam descumprimento de normas legais constantes da já referida Lei de Processo Administrativo ou de outras leis esparsas, com afronta ao princípio da legalidade. No entanto, no âmbito administrativo, se o cumprimento da lei processual prejudicar o cumprimento do direito material, este, em regra, é que deve prevalecer. No processo judicial, o cumprimento das normas processuais, como as que estabelecem prazos para as partes adotarem determinadas providências, é essencial para conduzir ao fim do processo, que é a solução do litígio. Isto em nome da segurança jurídica.

No processo administrativo, se for dada preferência ao cumprimento da norma processual em detrimento do direito material, chegar-se-á ao fim da instância administrativa (também em nome da segurança jurídica), mas não se impedirá a instauração da instância judicial, com maiores ônus, não só para o particular, como também para a própria Administração Pública e para o erário.

Por isso mesmo, ao tratar do tema do processo administrativo, tenho preferido falar em princípio do informalismo.<sup>3</sup> Isto não significa ausência de formas, já que estas são essenciais para permitir o controle dos atos administrativos; mas significa a adoção de formas menos rígidas do que no processo judicial. Exemplo disso encontra-se no Estatuto dos Funcionários Públicos Cíveis do Estado de São Paulo (Lei n° 10.261, de 28-10-68, com a redação dada pela Lei Complementar n° 942, de 6-6-02). O artigo 305 quebra a rigidez do formalismo do processo disciplinar ao estabelecer que não será declarada a nulidade de nenhum ato processual que não houver influído na apuração da verdade substancial ou, diretamente, na decisão do processo ou da sindicância. Trata-se de norma



sábria, porque faz prevalecer o princípio da verdade material sobre o princípio do formalismo e certamente com a plena consciência de que outro tipo de exigência poderia levar à correção judicial da decisão administrativa.

Odete Medauar<sup>4</sup> prefere falar em formalismo moderado, com as seguintes observações:

*Há ritos e formas inerentes a todo procedimento. Na verdade, o princípio do formalismo moderado consiste, em primeiro lugar, na previsão de ritos e formas simples, suficientes para propiciar um grau de certeza, segurança, respeito aos direitos dos sujeitos, o contraditório e a ampla defesa. Em segundo lugar, se traduz na exigência de interpretação flexível e razoável quanto a formas, para evitar que estas sejam vistas como fim em si mesmas, desligadas das verdadeiras finalidades do processo.*

Note-se que na própria Lei nº 9.784/99 (elaborada por comissão presidida por Caio Tácito e da qual tive a honra de participar), o formalismo não é incluído entre os princípios do processo administrativo, mencionados no artigo 2º. Além disso, no parágrafo único, o dispositivo estabelece determinados critérios a serem observados no processo, alguns dos quais permitindo incontestavelmente abrandar a aplicação do princípio do formalismo e o rigor das normas processuais:

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

VIII - observância das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados;

IX - adoção de formas simples, suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados;

X - garantia dos direitos à comunicação, à apresentação de alegações finais, à produção de provas e à interposição de recursos, nos processos de que possam resultar sanções e nas situações de litígio;

Na realidade, trata-se da aplicação do princípio da razoabilidade (este sim previsto no artigo 2º, caput, da Lei de Processo Administrativo) no que diz respeito às formas procedimentais: estas devem ser cumpridas na medida em que se mostrem essenciais à garantia dos direitos dos administrados e para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos seus direitos. Por outras palavras, deve haver adequação, proporção, relação entre os meios (formas procedimentais) e os fins (certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados). Nos processos disciplinares, o grande objetivo é levantar toda a matéria de fato e de direito que permita levar a conclusão segura quanto à prática do ato ilícito e a consequente sanção. Esse objetivo poderá ser frustrado se a autoridade administrativa responsável pela execução do processo deixar de receber alegações ou documentos por apego excessivo a normas processuais. A própria Lei de Processo Administrativo expressamente, como se verá adiante, permite que a Administração reveja o ato administrativo, ainda que impugnado extemporaneamente, como permite que alegações sejam apresentadas antes da decisão ou já na fase de recurso, com juntada de novos documentos.

Note-se também que, pelo artigo 22 da mesma lei, "os atos do processo administrativo não dependem de forma determinada senão quando a lei expressamente a exigir". E, pelo artigo 29, § 2º, "os atos de instrução que exijam a atuação dos interessados devem realizar-se do modo menos oneroso para estes".

No processo administrativo, a legalidade processual, como regra, não pode prevalecer sobre a legalidade material, porque isto contraria a própria finalidade da função administrativa do Estado, que é a de cumprir a lei de ofício.



## 4 - Da coisa julgada administrativa e da preclusão nos processos administrativos

No processo judicial, "chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso" (art. 6º, § 3º, da Lei de Introdução ao Código Civil, hoje denominada de Lei das Normas Gerais do Direito Brasileiro).

A coisa julgada pode ser formal e material. Coisa julgada formal caracteriza-se pela imutabilidade da sentença, dentro do processo em que foi proferida, por não ser cabível mais qualquer recurso. E a coisa julgada material equivale à autoridade da sentença, que passa a fazer lei entre as partes. Nas palavras de Moacir Amaral Santos,<sup>5</sup> "da coisa julgada formal resulta a imutabilidade da sentença, no mesmo processo em que foi proferida, porque a sentença se tornou ou é inimpugnável". Um pouco além, observa o autor que "a essa qualidade da sentença se acrescenta uma outra, que lhe dá autoridade além do processo em que foi proferida. O comando emergente da sentença se reflete fora do processo em que foi proferida, pela imutabilidade dos seus efeitos.....O comando emergente da sentença, tornado imutável, adquire autoridade de coisa julgada, a impedir que a relação de direito material decidida, entre as mesmas partes, seja reexaminada e decidida, no mesmo processo ou em outro processo, pelo mesmo ou outro juiz ou tribunal". É à coisa julgada material que se refere o artigo 468 do CPC, quando determina que "a sentença que julgar total ou parcialmente a lide, tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas".

Por sua vez, a preclusão, nas palavras do mesmo autor<sup>6</sup> consiste na "perda de uma faculdade ou direito processual, que, por se haver esgotado ou não ter sido exercido em tempo e momento oportunos, fica praticamente extinto". Ele cita o conceito de *Couture*, segundo quem a preclusão consiste na "ação e efeito de extinguir-se o direito de realizar um ato processual, já seja por proibição da lei, por haver-se deixado passar a oportunidade de verificá-lo, ou por haver-se realizado outro com aquele incompatível."

Nas palavras de Egon Bockmann Moreira,<sup>7</sup> a preclusão é instituto que "veda a reiteração de atos já praticados (ou que deveriam tê-lo sido ao seu tempo), impondo limites a determinadas atividades processuais e gerando estabilidade e segurança no processo". Acrescenta o jurista que:

*Trata-se da perda de faculdade e/ou direito processual stricto sensu, relacionada ao conceito de ônus processual. Na dicção de Manoel Caetano Ferreira Filho, tem por finalidade (a) tornar certa e ordenada a marcha do processo (livre de contradições e retornos),- (b) abreviar a duração do processo; (c) garantir certeza e estabilidade às situações jurídicas processuais; e (d) assegurar o princípio da boa-fé processual e defender as partes contra eventual arbítrio dos julgadores.*

Três são os tipos de preclusão, conforme a causa de que provém:

a) temporal, quando resulta do esgotamento do prazo para exercício de determinada prerrogativa processual, como ocorre, por exemplo, com a perda do prazo para recorrer ou a perda do prazo para a Administração invalidar os atos nulos;

b) lógica, quando resulta da incompatibilidade de uma conduta com outra já exercida; por exemplo, a impossibilidade de aplicação de penalidade depois que a autoridade decidiu pela inexistência de infração;

c) consumativa, quando resulta do exaurimento de uma prerrogativa, porque já foi exercida; por exemplo, a administração já decidiu favoravelmente ao interessado, em última



instância; não poderá alterar essa decisão, a menos que instaure novo processo administrativo em que se assegure o direito de defesa e o contraditório.

No direito administrativo, pode-se afirmar que apenas é aceitável a coisa julgada formal, na medida em que o encerramento do processo, pelo não cabimento de novos recursos na via administrativa, torna imutável a sentença naquele específico processo administrativo. Mas não é possível falar em coisa julgada material, porque a decisão pode ser revista em outro processo e não adquire imutabilidade no sentido em que esta existe no processo judicial; a decisão não faz lei entre as partes.

A coisa julgada equivale à decisão que se tornou irretratável pela própria Administração. Não significa que se tornou definitiva para as partes, porque é sempre passível de alteração pelo Poder Judiciário. Embora se faça referência apenas à hipótese em que se exauriu a via administrativa, não cabendo mais qualquer recurso, existem outras possibilidades que abrangem os casos de irrevogabilidade dos atos administrativos.

Hely Lopes Meirelles,<sup>8</sup> que faz uma aproximação entre coisa julgada administrativa e preclusão, assim ensinava, em lição muito precisa e ainda atual:

*Coisa julgada administrativa: a denominada coisa julgada administrativa, que, na verdade, é apenas uma preclusão de efeitos internos, não tem o alcance da coisa julgada judicial, porque o ato jurisdicional da Administração não deixa de ser um simples ato administrativo decisório, sem a força conclusiva do ato jurisdicional do Poder Judiciário. Falta ao ato jurisdicional administrativo aquilo que os publicistas norte-americanos chamam de the final enforcing Power e que se traduz livremente como o poder conclusivo da Justiça Comum. Esse, poder, nos sistemas constitucionais que não adotam o contencioso administrativo, é privativo das decisões judiciais. Sobre esse tema, observou, com justeza, Araújo Falcão que: 'Mesmo aqueles que sustentam a teoria da chamada coisa julgada administrativa reconhecem que, efetivamente, não se trata, quer pela sua natureza, quer pela intensidade de seus efeitos, de res judicata propriamente dita, senão de um efeito semelhante ao da preclusão, e que se conceituaria, quando ocorresse, sob o nome de irretratabilidade.'*

A maneira mais simples de definir a coisa julgada administrativa é a adotada por Diógenes Gasparini:<sup>9</sup> "Quando inexistente, no âmbito administrativo, possibilidade de reforma da decisão oferecida pela Administração Pública, está-se diante da coisa julgada administrativa".

Quando se torna irretratável a decisão administrativa?

Sem a pretensão de esgotar todas as possibilidades, pode-se mencionar:

- a) as hipóteses em que a decisão administrativa se torna irrevogável por razões de mérito (oportunidade e conveniência), como ocorre: (I) quando o ato é vinculado e gerou direito adquirido (conforme Súmula 473, do Supremo Tribunal Federal); (II) quando o ato integra um procedimento, com várias fases, em que cada novo ato provoca a preclusão com relação ao ato anterior; (III) quando exaurida a competência relativamente ao objeto do ato, porque o ato já está sob apreciação de autoridade hierarquicamente superior, por provocação do interessado ou *ex officio*; (IV) quando o ato já exauriu os seus efeitos.
- b) a perda, pela Administração, do prazo de decadência para rever os atos ilegais favoráveis ao interessado (nos termos do art. 54 da Lei de Processo Administrativo);
- c) a ocorrência de prescrição na esfera judicial;
- d) a decisão proferida pelo Poder Judiciário, com força de coisa julgada;



e) a exaustão da via administrativa, pelo não cabimento de novos recursos administrativos; esta última hipótese tem que ser aceita com reservas porque, embora não cabíveis novos recursos, ainda é possível a revisão *ex officio* feita pela Administração, com base em seu poder de autotutela.

Quanto à preclusão, é possível ocorrer nos processos administrativos, nas três modalidades já assinaladas (temporal, lógica e consumativa), porém com maiores limitações do que no processo judicial. Isto porque, estando a Administração Pública sujeita à observância do princípio da legalidade, sempre se reconhece a ela o poder-dever de rever os próprios atos, para anulá-los, convalidá-los ou revogá-los. Mesmo que o interessado tenha perdido o prazo para adotar as providências que lhe cabem, como o de produzir a prova dos fatos que tenha alegado ou o de recorrer da decisão que lhe é desfavorável, a Administração pode rever a sua decisão, não só em decorrência do respeito à legalidade, como também pela aplicação dos princípios da oficialidade, da verdade material e da indisponibilidade do interesse público. Apenas se o ato ilegal for favorável ao particular a invalidação está sujeita ao prazo decadencial previsto no artigo 54 da Lei nº 9.784/99.

Muito antes de serem promulgadas a Lei de Processo Administrativo na esfera federal e algumas leis estaduais e municipais sobre essa matéria, o princípio da oficialidade já estava consagrado pela doutrina do direito administrativo, como prerrogativa da Administração Pública para, de ofício, instaurar o processo, fazer a sua instrução, sua impulsão, sua revisão. Hoje, a Lei nº 9.784/99 contém várias normas que dão aplicação a esse princípio, que é inerente à atividade administrativa:

I - no artigo 2º, XII, está previsto, como um dos critérios a serem observados nos processos administrativos, a "impulsão, de ofício, do processo administrativo, sem prejuízo da atuação dos interessados";

II - no artigo 5º, está expresso que o processo pode iniciar-se de ofício ou a pedido do interessado;

III - o artigo 29 contém determinação de que as atividades de instrução destinadas a averiguar e comprovar os dados necessários à tomada de decisão realizam-se de ofício ou mediante impulsão do órgão responsável pelo processo, sem prejuízo do direito dos interessados de propor atuações probatórias;

III - o artigo 62, § 2º, estabelece que o não conhecimento do recurso não impede a Administração de rever de ofício o ato ilegal, desde que não ocorrida preclusão administrativa;

IV - o artigo 65 determina que "os processos administrativos de que resultem sanções poderão ser revistos, a qualquer tempo, a pedido ou de ofício, quando surgirem fatos novos ou circunstâncias relevantes suscetíveis de justificar a inadequação da sanção aplicada".

O princípio da oficialidade autoriza a Administração a requerer diligências, investigar fatos de que toma conhecimento no curso do processo, solicitar pareceres, laudos e informações, bem como rever os próprios atos e praticar tudo o que for necessário à apuração dos fatos e à correta aplicação da lei. A oficialidade está presente: (I) no poder de iniciativa para instaurar o processo; (II) na instrução do processo; e (III) na revisão de suas decisões.

Decorrente do princípio da oficialidade, o princípio da verdade material ou da verdade real "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 suscitados pelos sujeitos".<sup>10</sup>



É importante ressaltar que as prerrogativas da Administração Pública para impulsionar e instruir o processo, bem como para rever os atos ilegais, mesmo quando previstas com aparência de mera faculdade, têm a característica de verdadeiros poderes-deveres, ou seja, de poderes que não podem deixar de ser exercidos, já que não foram outorgados em benefício da autoridade, para que ela os exerça a seu bel-prazer, mas para garantir o cumprimento da legalidade, considerada em sentido amplo, de modo a abranger todos os princípios impostos explicita ou implicitamente no ordenamento jurídico.

Discorrendo sobre o regime jurídico administrativo, especialmente sobre os poderes de autotutela e de autoexecutoriedade da Administração Pública, Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>11</sup> ensina magistralmente:

*Estes caracteres autoexecutoriedade e autotutela, que sem dúvida informam a atuação administrativa, de modo algum autorizam a supor que a Administração Pública, escudada na supremacia do interesse público sobre o interesse privado, pode expressar tais prerrogativas com a mesma autonomia e liberdade com que os particulares exercitam seus direitos. É que a Administração exerce função: a função administrativa. Existe função quando alguém está investido no dever de satisfazer dadas finalidades em prol do interesse de outrem, necessitando, para tanto, manejar os poderes requeridos para supri-las. Logo, tais poderes são instrumentais ao alcance das sobreditas finalidades. Sem eles, o sujeito investido na função não teria como desincumbir-se do dever posto a seu cargo. Donde, quem os titulariza maneja, na verdade, "deveres-poderes", no interesse alheio.*

Acrescenta o autor que "tendo em vista este caráter de assujeitamento do poder a uma finalidade instituída no interesse de todos - e não da pessoa exercente do poder-, as prerrogativas da Administração não devem ser vistas ou denominadas como 'poderes-deveres'. Antes se qualificam e melhor se designam como 'deveres-poderes, pois nisto se ressalta sua índole própria e se atrai atenção para o aspecto subordinado do poder em relação ao dever, sobressaindo, então, o aspecto finalístico que as informa, do que decorrerão suas inerentes limitações".

Igualmente relevante como fundamento do princípio da oficialidade é o princípio da indisponibilidade do interesse público. Como a Administração não tem a titularidade do interesse público, mas apenas o administra cumprindo a vontade que decorre da lei, não lhe cabe dele dispor livremente. O princípio do interesse público está expressamente previsto no artigo 20, *caput*, da Lei de Processo Administrativo, e especificado no parágrafo único, com a exigência de "atendimento a fins de interesse geral, vedada a renúncia total ou parcial de poderes ou competências, salvo autorização em lei". Fica muito claro no dispositivo que o interesse público é irrenunciável pela autoridade administrativa. Por isso, se a lei lhe confere o poder de impulsionar o processo, não pode a ele renunciar, senão nas hipóteses previstas em lei.

Tudo isto que vem sendo dito quanto à preclusão confirma o que irrenunciável já foi dito no item 3, que trata do formalismo moderado no âmbito do processo administrativo.

Evidentemente, tais considerações não significam que os particulares ("interessados" nos processos administrativos) não tenham que cumprir os ônus processuais. O que se está querendo realçar é que o fato do interessado deixar de cumprir determinadas normas (como as pertinentes ao prazo para recorrer ou à produção de provas, por exemplo) não desobriga a Administração Pública do poder-dever de impulsionar o processo, seja providenciando todas as medidas necessárias à adequada instrução, seja revendo a sua decisão se reconhecer que, mesmo sendo extemporâneas, as alegações do particular são procedentes. E a Lei no 9.784/99 confirma essa assertiva por meio de várias de suas normas, como se verá a seguir.



## 5 - Da inércia do interessado no atendimento a intimações do poder público: limites à preclusão

No capítulo que trata da "comunicação dos atos", o artigo 26 da Lei nº 9.784/99 exige que o órgão competente perante o qual tramita o processo administrativo determine a intimação do interessado para ciência de decisão ou a efetivação de diligências. Essa intimação é obrigatória, nos termos do artigo 28, quanto aos "atos do processo que resultem para o interessado em imposição de deveres, ônus, sanções ou restrição ao exercício de direitos e atividades e os atos de outra natureza, de seu interesse". E o artigo 27 estabelece:

*Artigo 27- O desatendimento da intimação não importa o reconhecimento da verdade dos fatos, nem a renúncia a direito pelo administrado.*

*Parágrafo único - No prosseguimento do processo, será garantido direito de ampla defesa ao interessado.*

Comentando essa norma, diz Egon Bockmann Moreira<sup>12</sup> que a mesma afasta os "efeitos preclusivos da inação do particular e a incidência do efeito principal da conhecida 'revelia' do direito processual civil". Ou, como afirma Benjamin Zymler:<sup>13</sup>

Vê-se claramente que no Processo Administrativo, permeado que é pelo interesse público, não se admite a verdade formal, predominante no Processo Civil, onde, de regra, prevalecem interesses particulares. Portanto, a revelia, que no Processo Civil acerca de direitos disponíveis torna o fato incontroverso, a teor do art. 319 do CPC, no processo administrativo não acarreta tal efeito.

Portanto, a inércia do interessado ou o seu atraso em atender às intimações do Poder Público não acarretam a revelia, não impedem a participação do interessado nos atos posteriores do processo, não obstam o seu direito de defesa e contraditório e não acarretam a preclusão, para a Administração Pública, do material.

## 6 – Inércia ou atraso do interessado quanto à instrução do processo: limites à preclusão

O ônus da instrução dos processos administrativos regidos pela Lei nº 9.784/99 cabe ao órgão responsável pelo processo, conforme decorre do artigo 29, assim redigido:

*Artigo 29 – As atividades de instrução destinadas a averiguar e comprovar os dados necessários à tomada decisão realizam-se de ofício ou mediante impulsão do órgão responsável pelo processo, sem prejuízo do direito dos interessados de propor atuações probatórias.*

Para a Administração, a instrução constitui um ônus; para o interessado, é um direito inerente ao princípio constitucional da ampla defesa e do contraditório.

Note-se que o artigo 38 faculta ao interessado, na fase instrutória e antes da tomada da decisão, juntar documentos e pareceres, requerer diligências e perícias, bem como aduzir alegações referentes à matéria objeto do processo. Vale dizer que o ônus é da Administração Pública, cabendo ao interessado o direito de propor atuações probatórias. No artigo 3º, III, inclui entre os direitos dos administrados o de "formular alegações e apresentar documentos antes da decisão, os quais serão objeto de consideração pelo órgão competente". Mesmo na fase recursal é possível acrescentar novas alegações e juntar novos documentos, conforme está expresso no artigo 60 da lei e será analisado adiante.

Por esses dispositivos, verifica-se que o ônus da instrução é da Administração Pública. O administrado, além de ter o direito de defesa, é colaborador da Administração Pública nessa atividade. Essa ideia é reforçada pelo artigo 4º, inciso IV, que prevê, como dever do administrado o de "prestar as informações que lhe forem solicitadas e colaborar para o esclarecimento dos fatos".



Portanto, no que diz respeito à instrução processual por parte do interessado, a Lei de Processo Administrativo admite que: (I) alegações sejam feitas a qualquer momento, antes de ser proferida a decisão; (II) provas sejam juntadas antes de ser proferida a decisão; (III) provas sejam juntadas na fase recursal.

Apresentadas as alegações e os documentos, o órgão competente tem o dever de levá-las em consideração, conforme está expresso na parte final do artigo 3º, III, e decorre do princípio da motivação.

Em caso de não aceitação das alegações ou das provas e em caso de ausência de motivação ou de motivação insuficiente quanto ao indeferimento dessas medidas, pode o interessado entrar com medida judicial para impor à Administração Pública o dever de conhecer daquelas medidas ou de motivar adequadamente a sua decisão de não conhecimento. Como fundamento da ação judicial serão indicados o artigo 3º, III, o artigo 38 e, se for o caso, o artigo 60. Constitui direito líquido e certo do administrado o de ver apreciadas as alegações e as provas juntadas antes de ser proferida a decisão administrativa ou na fase recursal. Por isso mesmo, se todas as alegações forem suscetíveis de comprovação por meio de documentação adequada, será cabível inclusive o mandado de segurança.

As alegações e provas não aceitas pela autoridade julgadora, embora apresentadas antes da decisão, podem ser reapresentadas na fase de recurso administrativo, com fundamento no artigo 60. Em se tratando de processos sancionatórios de que resultem sanções para os administrativos, ainda é cabível a revisão, a pedido ou *ex officio*, quando surgirem fatos novos ou circunstâncias relevantes suscetíveis de justificar a inadequação da sanção aplicada (art. 65 da Lei).

A Lei de Processo Administrativo apenas contempla uma hipótese de preclusão na fase de instrução, no artigo 40, que assim estabelece:

*Quando dados, atuações ou documentos solicitados ao interessado forem necessários à apreciação de pedido formulado, o não-atendimento no prazo fixado pela Administração para a respectiva apresentação implicará arquivamento do processo.*

Quando o processo se iniciar por iniciativa do administrado ou versar sobre direitos disponíveis, de seu exclusivo interesse, tem aplicação a norma do artigo 40, que prevê a preclusão, para o interessado, do direito de apresentar dados, atuações ou documentos necessários à apreciação do pedido, quando ele não o faça no prazo fixado pelo órgão responsável pelo processo. Nesse caso, haverá arquivamento do processo.

Embora o dispositivo não diga, tem-se que entender que o arquivamento do processo só é possível se o assunto não envolver interesse público. Suponha-se que determinada pessoa faça representação denunciando irregularidade praticada por empresa prestadora de serviço público. A autoridade instaura o processo para apuração da infração e fixa um prazo para que o interessado junte os elementos necessários à instrução. O desatendimento do prazo, no caso, não poderá levar automaticamente ao arquivamento do processo, porque a Administração Pública não pode deixar de apurar a prática de ilícito administrativo.

Por isso, a inércia do interessado, em hipóteses que envolvem o interesse público ou direitos individuais indisponíveis, não poderá acarretar o arquivamento do processo, cabendo ao órgão administrativo valer-se da faculdade prevista no artigo 39, parágrafo único, da Lei, que assim estabelece: "não sendo atendida a intimação, poderá o órgão competente, se entender relevante a matéria, suprir de ofício a omissão, não se eximindo de proferir a decisão"; ou da norma do artigo 37, aplicável quando os fatos e dados estão registrados em documentos existentes na própria



Administração Pública; nesse caso, o dispositivo determina que o órgão competente para a instrução proverá, de ofício, à obtenção dos documentos ou das respectivas cópias.

O mesmo entendimento é adotado por Adilson Abreu Dallari e Sérgio Ferraz,<sup>14</sup> em comentário ao artigo 40 da Lei de Processo Administrativo, quando observam que:

*A lei federal de processo administrativo, em seu art. 40, determina o simples arquivamento do processo, sem conclusão, quando o particular interessado deixar de apresentar, no prazo estabelecido para isso, algum dado ou documento necessário para a apreciação do pedido.*

O pressuposto disso é que se trate de pedido de exclusivo interesse do particular, pois caso haja interesse público no prosseguimento do processo a própria Administração deverá dar seguimento ao feito, por força do princípio da oficialidade. Deve-se subentender, também, que o dado ou documento solicitado não esteja em poder da própria Administração responsável pelo processo, ainda que em outra repartição, pois em tal caso seria de rigor a solicitação, de ofício, do elemento faltante, nos termos do disposto no art. 37 da Lei 9.784, de 1999.

Ainda no mesmo sentido é a lição de Thiago Marrara e Irene Patrícia Nohara,<sup>15</sup> bem como de Cristiana Fortini, Tatiana Martins da Costa Camarão e Maria Fernanda Pires de Carvalho.<sup>16</sup>

Portanto, o artigo 40 da Lei contempla uma hipótese em que a preclusão, para o interessado, do ônus de apresentar elementos para a instrução do processo, não exonera a Administração Pública do dever de atuar *ex officio*. Também não há impedimento para que o órgão responsável prorrogue o prazo fixado para o interessado tomar as providências que lhe cabem, quando razões aceitáveis sejam por ele invocadas para justificar a perda do prazo. O interesse maior do poder público, especialmente quando se trata de processo sancionatório, tem que ser o de apurar a infração por aplicação do princípio da verdade material. Fazê-lo constitui poder dever da Administração Pública.

Há que se observar, também que a regra do artigo cuida especificamente da hipótese em que o órgão fixa prazo para que o interessado apresente elementos necessários para a decisão.

Fora dessa hipótese, tem aplicação o artigo 38, assim redigido:

*Artigo 38 — O interessado poderá, na fase instrutória e antes da tomada da decisão, juntar documentos e pareceres, requerer diligências e perícias, bem como aduzir alegações referentes à matéria do relatório e da decisão.*

Desse modo, mesmo que superada a fase de instrução, não desaparece, para o interessado, a possibilidade de, antes da tomada da decisão, juntar documentos, pareceres, requerer diligências, perícias, bem como aduzir novas alegações referentes à matéria do relatório e da decisão. É o que está expresso na lei. Fica afastada, portanto, nessa hipótese, a preclusão consumativa. É evidente que, se as alegações se limitarem a repetir o que já foi dito na defesa, não precisam ser conhecidas pela autoridade responsável pelo processo.

Além disso, no processo administrativo, ao contrário do que ocorre no processo judicial, é possível, em instância superior, em nome dos princípios da legalidade e da verdade material:

- a) alegar o que não foi arguido de início;
- b) reexaminar a matéria de fato; e
- c) produzir novas provas.

No que diz respeito à possibilidade de juntada de documentos, o artigo 60 da Lei de Processo Administrativo a prevê expressamente: "O recurso interpõe-se por meio de requerimento no qual o recorrente deverá expor os fundamentos do pedido de reexame, podendo juntar os documentos que julgar convenientes".



O princípio da verdade material encerra, em si, a liberdade na produção das provas e "autoriza a Administração a valer-se de qualquer prova lícita de que a autoridade processante ou julgadora tenha conhecimento, desde que a faça trasladar para o processo. É a busca da verdade material em contraste com a verdade formal. Enquanto nos processos judiciais o juiz deve cingir às provas indicadas no devido tempo pelas partes, no processo administrativo a autoridade processante ou julgadora pode, até o julgamento final, conhecer de novas provas, ainda que produzidas em outro processo ou decorrentes de fatos supervenientes que comprovem as alegações em tela".<sup>17</sup>

## 7- O direito de defesa e contraditório e a exigência de motivação como limites à preclusão administrativa

Além dos princípios da oficialidade, da verdade material e da indisponibilidade do interesse público, que limitam a preclusão nos processos administrativos, dois outros, com o mesmo efeito de limitar a preclusão, são especialmente relevantes: o princípio da ampla defesa e do contraditório, previsto no artigo 50, LV, da Constituição Federal; e o princípio da motivação, decorrente, implicitamente, do princípio da publicidade e da sujeição da Administração Pública ao controle externo.

O princípio da ampla defesa, conforme está expresso no referido dispositivo constitucional, é aplicável em qualquer tipo de processo que envolva situações de litígio ou o poder sancionatório do Estado sobre pessoas físicas e jurídicas. Pelo artigo 2º, parágrafo único, X, da Lei nº 9.784/99, devem ser assegurados, nos processos administrativos, os "direitos à comunicação, apresentação de alegações finais, à produção de provas e à interposição de recursos nos processos de que possam resultar sanções e nas situações de litígio".

O princípio do contraditório, por sua vez, que é inerente ao direito de defesa, é decorrente da bilateralidade no processo: quando uma das partes faz uma alegação, deve necessariamente ser ouvida também a outra, dando-se-lhe oportunidade de resposta. Nos processos sancionatórios, o princípio supõe o conhecimento dos atos processuais pelo acusado e o seu direito de resposta. Exige, pelo menos: (I) notificação dos atos processuais à parte interessada; (II) possibilidade de exame das provas constantes do processo; (III) direito de assistir à inquirição de testemunhas; (IV) direito de apresentar defesa escrita.

Em atendimento aos princípios do contraditório e da ampla defesa, a Lei nº 9.784/99 assegura ao administrado os direitos de ter ciência da tramitação dos processos administrativos em que tenha a condição do interessado, ter vista dos autos, obter cópias de documentos neles contidos e conhecer as decisões proferidas; formular alegações e apresentar documentos antes da decisão, os quais serão objeto de consideração pelo órgão competente; fazer-se assistir, facultativamente por advogado, salvo quando obrigatória a representação por força de lei (art. 3º, II, III e IV). O artigo 46 repete, em termos semelhantes, a mesma norma quanto ao direito à vista do processo e a obter certidões ou cópias reprográficas dos dados e documentos que o integram, ressalvando, porém, os dados e documentos de terceiros protegidos por sigilo ou pelo direito à privacidade, à honra e à imagem.

Além disso, a mesma lei impõe a intimação do interessado nos seguintes casos: para ciência de decisão ou efetivação de diligências (art. 25); para conhecimento de atos do processo que resultem em imposição de deveres, ônus, sanções ou restrição ao exercício de direitos e atividades e para os atos de outra natureza, de seu interesse (art. 28); para a prestação de informações ou a



apresentação de provas (art. 39), para apresentação de alegações, em caso de interposição de recursos (art. 62).

Um dado que é relevante para o direito de defesa, especialmente nos processos que possam resultar em sanção para o interessado, diz respeito ao ato que instaura o processo. Normalmente, na Administração direta, a instauração se dá por meio de portaria ou outro ato equivalente. Nos processos de que possa resultar aplicação de penalidade ao administrado, essa é uma peça fundamental para o direito de defesa e o contraditório (do mesmo modo que a denúncia nos processos criminais), porque a correta descrição dos fatos, a indicação dos dispositivos legais infringidos e a sanção cabível permitem ao acusado saber do que tem que se defender e quais as provas hábeis para esse fim. O ato de instauração delimita o objeto do processo. Por essa razão, se fatos novos surgirem após a notificação do interessado, o ato de instauração terá que ser aditado, com nova notificação ao interessado e abertura de novos prazos, sob pena de infringência ao direito de defesa e ao contraditório.

Nenhum fato novo surgido, descoberto ou invocado pela Administração, posteriormente à instauração do processo, pode ser levado em consideração na aplicação da sanção, sem que seja notificado o interessado para que exerça o direito de defesa e o contraditório. Ocorre, no caso, a preclusão para a Administração Pública do poder de levar em consideração os fatos novos, não mencionados na portaria de instauração, a menos que garanta direito de defesa e o contraditório.

É preciso que as autoridades responsáveis pelo desenvolvimento dos processos administrativos tenham sempre presente a ideia de que o direito à ampla defesa e ao contraditório, com os recursos que lhe são inerentes, constitui princípio constitucional que se harmoniza muito mal com a preclusão, na esfera administrativa, de acuidades processuais do interessado. Não adianta excessivo rigor quanto ao cumprimento das exigências formais, como o cumprimento de prazo para recorrer, para alegações finais, para instrução processual, se essas exigências prejudicarem o direito à ampla defesa e o contraditório e dificultarem ou impedirem a adequada motivação da decisão.

É evidente que, como regra geral, o administrado tem que cumprir as normas procedimentais previstas em lei. No entanto, se o interessado demonstrar que o descumprimento ocorreu por razões justificáveis, como a insuficiência do prazo, dificuldade na obtenção de determinados documentos ou diligências, as manifestações meramente protelatórias da parte contrária (como os denunciadores de irregularidades) ou os usuários de serviços públicos, por exemplo) ou outras razões devidamente demonstradas, deve a Administração acatá-las, ao invés de decretar a preclusão. A preclusão indevidamente aplicada pode ferir o direito à ampla defesa e ao contraditório.

A Lei de Processo Administrativo não faz exigências rigorosas quanto aos prazos para apresentação de provas e de alegações (a não ser no artigo 40, já comentado). O artigo 3º, inciso III, coloca entre os direitos aos administrados o de "formular alegações e apresentar documentos antes da decisão, os quais serão objeto de consideração pelo órgão competente". Portanto, mesmo que o interessado já tenha apresentado suas alegações e elementos de prova no momento devido, dentro do prazo para defesa, nada impede que outras sejam apresentadas posteriormente, antes da decisão. Essa possibilidade está expressamente revista no referido dispositivo da lei, que ainda obriga a Administração a levar em consideração as novas alegações e novas provas. Além disso, a mesma possibilidade existe na fase recursal, como está previsto no artigo 50, já referido.

Outro dado relevante é que o motivo constitui um dos elementos do ato administrativo. O motivo equivale ao pressuposto de fato e de direito que justifica a prática do ato administrativo. Se o fato não ocorreu ou ocorreu de forma diferente da invocada pela autoridade administrativa, o ato



será ilegal por vício quanto ao motivo. A lei de ação popular (Lei nº 4.717, de 29.6.65) dá, no artigo 2º, o elenco dos vícios do ato administrativo, dentre eles a "inexistência dos motivos". E, no parágrafo único, alínea "d", define esse vício estabelecendo que "a inexistência dos motivos se verifica quando a matéria de fato ou de direito em que se fundamenta o ato, é materialmente inexistente ou juridicamente inadequada ao resultado obtido".

Ora, a preclusão de ônus processuais do administrado, declarada pela Administração Pública por razões meramente formais, poderá provocar a ilicitude da decisão final do processo, por vício quanto ao motivo e quanto à motivação. Nesta, a autoridade tem que indicar as razões de fato e de direito (motivo) em que se baseou a decisão. Se tais razões não foram devidamente apuradas e demonstradas, a decisão será ilegal e poderá ser impugnada inclusive pela via judicial, em que se pleiteie a invalidação do ato por vício quanto ao motivo.

Veja-se que o artigo 2º, *caput*, da Lei nº 9.784/99 inclui a motivação entre os princípios de observância obrigatória nos processos administrativos. E o parágrafo único, VII, exige "indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinarem a decisão". Além disso, o artigo 50 exige que sejam motivados os atos administrativos, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos e dá o elenco das hipóteses em que a motivação tem que ser feita, dentre elas incluindo os atos que neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses, imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções, decidam recursos administrativos, decorram de reexame de ofício, deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais, importem anulação, revogação, suspensão ou convalidação de ato administrativo.

Por mais essas razões, a preclusão, em detrimento do administrado, é muito mais limitada no processo administrativo do que no processo judicial. Repita-se: a aplicação rígida dos prazos e formalismos processuais poderá levar a Administração Pública a ter que arcar com o ônus de um processo judicial em que o interessado irá pleitear a invalidação da decisão administrativa. Bastará demonstrar que a decisão se fundamentou em motivação inadequada, porque deixou de levar em consideração os pressupostos de fato (motivos) que dariam licitude ao ato.

## 8 - Da preclusão do direito de recorrer

No que diz respeito à preclusão do direito de recorrer, o artigo 63 da Lei nº 9.784/99 assim estabelece:

*Artigo 63 - O recurso não será conhecido quando interposto:*

*I - fora do prazo;*

*II - perante órgão incompetente;*

*III - por quem não seja legitimado;*

*IV - após exaurida a esfera administrativa.*

Para a hipótese do inciso II, o § 1º do artigo 63 da Lei nº 9.784/99 determina que "será indicada ao recorrente a autoridade competente, sendo-lhe devolvido o prazo para recurso". Não se trata de hipótese de preclusão, como também não o é a contida no inciso III, já que, não se enquadrando o recorrente na situação de legitimado (tal como definido no artigo 9º da Lei), não tem o direito de recorrer.

É nos incisos I e IV que o dispositivo contempla hipóteses de preclusão para o recorrente: a primeira é preclusão temporal, já que o recurso foi interposto fora do prazo; e a última é preclusão consumativa, já que, com a exaustão da esfera administrativa, exaure-se também o direito de recorrer. Nos dois casos, a preclusão atinge o interessado, porque impede que a autoridade conheça do recurso.



Mas não atinge, de forma absoluta e sim relativa, o órgão responsável pelo processo, tendo em vista que, não obstante ocorrendo uma das situações previstas no artigo 63, caput, permanece o ônus de rever de ofício o ato considerado ilegal. É o que estabelece o § 2º do artigo 63, *in verbis*:

§ 2º. *O não conhecimento do recurso não impede a Administração de rever de ofício o ato ilegal, desde que não ocorrida preclusão administrativa.*

Duas observações são relevantes quanto ao § 2º do artigo 63:

a) A primeira é no sentido de que, conforme assinalado, a revisão de ofício de ato ilegal não constitui decisão discricionária do órgão competente para apreciar o recurso; o princípio da legalidade impõe o poder-dever de rever o ato quando constate a existência de vício que o invalide. É inteiramente inaceitável que, reconhecendo a procedência das alegações quanto à ilegalidade do ato recorrido, a autoridade administrativa simplesmente deixe de corrigi-lo, sob a alegação de que ocorreu a preclusão tempo em prejuízo do recorrente. E, em se tratando de processo de natureza sancionatória, o dever é ainda mais incontestável diante do princípio verdade material. Não se nega que a Administração Pública pode deixar anular atos ilegais quando da invalidação puder resultar maiores prejuízos do que a manutenção do ato; mas é evidente que essa possibilidade não existe quando a decisão possa afetar direitos individuais, a exemplo do que ocorre com os processos sancionatórios.

O dispositivo nada mais faz do que trazer para o direito positivo entendimento desde longa data defendido pela doutrina. Foi posicionamento que adotamos desde a primeira edição do livro *Direito Administrativo*,<sup>18</sup> muito anterior à Lei de Processo Administrativo. Nele já afirmávamos que, nos casos em que os prazos são estabelecidos em benefício da própria Administração, "nada impede que ela conheça de recursos extemporâneos, desde que constate assistir razão ao interessado; isto porque, no exercício da função de tutela legalidade, a Administração pode e deve, até mesmo sem provocação do administrado, rever os seus atos ilegais, até com o objetivo de evitar demandas judiciais inúteis, que poderão terminar com decisão a ela desfavorável". A Lei de Processo Administrativo afastou a possibilidade de conhecimento do recurso, porém previu a possibilidade de revisão *ex officio*.

b) A segunda observação diz respeito à ressalva contida na parte final do dispositivo: "desde que não ocorrida preclusão administrativa". Muitas críticas têm sido feitas a essa redação, porque, ao mesmo tempo em que o *caput* estabelece duas hipóteses de preclusão, para vedar que o recurso seja conhecido pela autoridade competente, o § 2º prevê o poder de revisão de ofício, desde que não ocorrida a preclusão.

Adilson de Abreu Dallari e Sérgio Ferraz,<sup>19</sup> interpretando esse dispositivo entendem que houve falta de técnica legislativa, porque o § 2º trata de revisão e o *caput* trata dos recursos administrativos. Em seu entender "a revisão, em sede administrativa, por impulso de ofício somente se afeiçoará aos enfoques constitucionais..., se a propósito instaurado novo processo administrativo (verdadeira ação rescisória administrativa, fundada na infração à lei, como até previsto no Código de Processo Civil), com a participação de todos os interessados antes envolvidos".

Apesar do maior respeito devido aos ilustres juristas, permitimo-nos deles discordar.

Para dar sentido aos dois dispositivos, aparentemente contraditórios, tem-se que entender que, no *caput*, estão previstas hipóteses de preclusão para o recorrente; e, na ressalva contida na parte final do § 2º, cogita-se de preclusão para a autoridade administrativa. No primeiro caso, a preclusão acarreta a perda de faculdade processual para o recorrente; no segundo, para a Administração Pública.



Chega-se a essa conclusão por diversas razões: (i) a lei fala em preclusão "administrativa", permitindo a interpretação de que quis se referir à perda de um ônus processual pela Administração Pública; (ii) se a lei estivesse se referindo à preclusão para o recorrente, ficaria sem qualquer sentido uma das normas: ou a do caput, que previu hipóteses de preclusão do direito de recorrer, ou a do § 2º, que só possibilita a revisão de ofício se não ocorrida a preclusão do direito de recorrer; (iii) o § 2º estabelece uma regra geral, que é o poder de revisão *ex officio*, e uma exceção a essa regra, já que esta deixa de aplicar-se quando a autoridade já perdeu o poder de fazê-lo em decorrência de ter ocorrido a preclusão desse poder; por outras palavras, se o dispositivo está tratando do poder de revisão *ex officio*, a preclusão só pode referir-se à preclusão desse poder; (iv) deve-se sempre dar preferência a interpretações que harmonizem os dois dispositivos e não que transformem um deles em letra morta, já que a lei não utiliza palavras inúteis; (v) a revisão *ex officio*, como novo processo (verdadeira ação rescisória; defendida por Adilson Abreu Dallari e Sérgio Ferraz), semelhante à revisão criminal, está prevista no artigo 65 da Lei, para as hipóteses em que surgirem fatos novos ou circunstâncias relevantes suscetíveis de justificar a inadequação da sanção aplicada; por outras palavras, são duas hipóteses de revisão *ex officio* previstas na Lei: a do artigo 63, § 2º, para os processos administrativos em geral, quando a Administração, embora não conhecendo do recurso extemporâneo, reconhece que as alegações são aceitáveis e procede à revisão, desde que não tenha perdido o poder-dever de fazê-lo; a do artigo 65, especifica dos processos sancionatórios, que pode ser feita a qualquer tempo, mesmo após o encerramento do processo, pelo não cabimento de novos recursos, quando ocorrerem fatos novos que demonstrem que a sanção aplicada foi inadequada.

São várias as hipóteses em que pode ocorrer a preclusão, para a Administração Pública, do poder de revisão do ato recorrido, tal como previsto no § 2º do artigo 63, como, por exemplo: (I) esgotamento do prazo decadencial para invalidação dos atos favoráveis ao interessado, conforme previsto no artigo 54 da Lei nº 9.784/99; (II) decisão judicial transitada em julgado sobre a mesma matéria tratada no recurso; (III) ocorrência de prescrição judicial, a impedir a Administração de apreciar a matéria, sob pena de ofensa ao princípio da segurança jurídica e ao princípio da indisponibilidade do interesse público; (IV) perda do prazo para decidir, fixado no artigo 59, § 1º e 2º, hipótese em que a competência se desloca para a autoridade superior; (V) avocação do processo pela autoridade hierarquicamente superior; (VI) prática de ato administrativo incompatível com o ato anterior (preclusão lógica); (VII) promulgação de nova lei mais benéfica para o interessado; (VIII) ocorrência de uma das hipóteses de coisa julgada administrativa referidas no item 4.

Em qualquer dessas hipóteses, dentre outras possíveis de ocorrerem, estará precluso, para a autoridade a quem foi dirigido o recurso, o poder de revisão *ex officio*. Essa é a interpretação possível da parte final do § 2º do artigo 63, até porque evita a interpretação que leve ao absurdo de entender-se que uma parte do dispositivo fica sem aplicação. Além disso, o princípio da economia processual recomenda que a revisão seja feita no curso do mesmo processo em que a matéria ainda está sendo examinada e pode sofrer alteração antes da exaustão dos recursos cabíveis. Seria pelo menos irrazoável que, embora reconhecendo desde logo a procedência das alegações do recurso, a autoridade tivesse que aguardar o término dos recursos, para só então proceder à revisão *ex officio*.

Pelas razões invocadas, a correta interpretação do artigo 63, § 2º, da Lei de Processo Administrativo é a de que, apresentado o recurso fora do prazo ou após exaurida a esfera administrativa, a revisão de ofício só não será possível se tiver ocorrido algumas das hipóteses de preclusão do poder de revisão *ex officio* para a Administração Pública.



## 9 - Da preclusão quanto à invalidação dos atos ilegais

Uma vez exaurido o processo administrativo, pela interposição de todos os recursos cabíveis, ainda é possível a invalidação dos atos ilegais, mediante provocação do interessado ou por iniciativa do próprio poder público.

O interessado pode requerer a invalidação da decisão com fundamento no direito de petição assegurado pelo artigo 50, XXXIV, "a", da Constituição.

E a Administração Pública pode fazê-lo como decorrência de seu poder de autotutela, reconhecido pelas Súmulas 346 e 473, do Supremo Tribunal Federal. Pela primeira, "a Administração Pública pode declarar a nulidade de seus próprios atos"; pela segunda, que absorveu a primeira, "a Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos, ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial".

O texto dessa Súmula, que constitui mera aplicação do princípio da legalidade, acabou por se incorporar ao artigo 53 da Lei nº 9.784/99.

Só ocorre a preclusão (ou decadência) desse direito de revisão na hipótese prevista no artigo 54 da Lei nº 9.784/99, ou seja, no caso de atos administrativos "de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários", salvo comprovada má-fé.

Em consequência desse poder de autotutela, a qualquer momento em que o interessado apresente o seu pedido de anulação, acompanhado da devida comprovação, a Administração tem o poder-dever de proceder a invalidação, desde que reconheça a procedência das alegações. Não a aproveita em nada a alegação de exaustão das vias administrativas, quando ainda há possibilidade de pleitear a invalidação na esfera judicial, por não ocorrência de prescrição.

## 10 - Da *reformatio in pejus*

O princípio da *reformatio in pejus*, adotado no processo penal, impede que haja o agravamento da pena na decisão dos recursos.

Na Lei de Processo Administrativo existem duas normas que tratam do agravamento da situação do administrado pelo órgão competente para decidir o recurso: o artigo 64, que se aplica aos recursos administrativos em geral, e o artigo 65, específico para os pedidos de revisão de processos de que resultem sanções.

Nos termos do artigo 64, "o órgão competente para decidir o recurso poderá confirmar, modificar, anular ou revogar, total ou parcialmente, a decisão recorrida, se a matéria for de sua competência". Pelo parágrafo único, "se da aplicação do disposto neste artigo puder decorrer gravame à situação do recorrente, este deverá ser cientificado para que formule suas alegações antes da decisão".

Vale dizer que a lei afasta o princípio da *reformatio in pejus*, apenas exigindo que, antes da decisão que agrave a situação do interessado, se assegure o direito de apresentar suas alegações. Na realidade, o órgão responsável pelo processo deverá garantir ao recorrente o direito à ampla defesa e ao contraditório, com possibilidade, inclusive, de apresentar novas provas; sem isto, haverá afronta ao artigo 5º, LV, da Constituição. Não há possibilidade de agravamento da situação se o órgão atuar de ofício, porque, nesse caso, haveria também ofensa ao princípio constitucional da ampla defesa e do contraditório.

É o ensinamento, muito preciso e incontestável, de Adilson Abreu Daliari e Sérgio Ferraz,<sup>20</sup> quando afirmam:



*A tutela da ampla defesa envolve a possibilidade de, sem ser surpreendida, a parte rebater acusações, alegações, argumentos ou interpretações tais como dialeticamente postos, para evitar sanções ou prejuízos. Ver sua posição agravada sem contraditório, quando sequer houve recurso da parte contrária, é validada restrita defesa, e não a ampla defesa de que cuida a Constituição. E é também fazer letra morta dos princípios da isonomia e da boa-fé (assim se pronunciou o STJ no M5 6.478-DF, rel. Min. Jorge Scartezini, DJU 29.5.2000, p. 110). Nem se diga que a repulsa à reformatio in pejus poderia conduzir à consolidação de ilícitos absolutos ou à fuga à verdade material: o que se defende é a impossibilidade do agravamento sem recurso (ao menos adesivo) da Administração ou sem abrir margem ao precedente contraditório, na relação processual administrativa; mas a decisão do Estado juiz poderá indicar o cabimento do enquadramento mais severo, daí podendo o Estado-administração vir a praticar os atos que entenda necessários e/ou convenientes, sem sacrifício das tutelas constitucionais básicas antes lembradas.*

Não é diferente o pensamento de Egon Bockmann Moreira,<sup>21</sup> quando ensina que "nenhum gravame inédito aos autos poderá ocorrer sem o conhecimento prévio e o exercício da ampla defesa e contraditório por parte do recorrente. Inclusive, poderão ser realizadas diligências probatórias, e o órgão julgador deverá levar em conta a manifestação do recorrente na motivação da decisão".

Diferente é a hipótese de que trata o artigo 65 e seu parágrafo único, assim redigidos:

*Artigo 65- Os processos administrativos de que resultem sanções poderão ser revistos, a qualquer tempo, a pedido ou de ofício, quando surgirem fatos novos ou circunstâncias relevantes suscetíveis de justificarem inadequação da sanção aplicada.*

*Parágrafo único. Da revisão do processo não poderá resultar agravamento da sanção.*

A revisão do processo, também inspirada em igual instituto do processo penal, apresenta as seguintes características, segundo o disposto no artigo 65:

a) é cabível a qualquer tempo; não tem sentido a imposição de prazo para cabimento da revisão, pois isto destoaria da natureza *sui generis* do instituto que tem por fim corrigir um erro no julgamento; se houve erro e a sua correção pode beneficiar o administrado, seria pelo menos irrazoável e contrário à moralidade administrativa sujeitar a revisão a um limite temporal;

b) a revisão supõe que já tenha se encerrado o procedimento pelo não cabimento de novos recursos;

c) só é possível se surgirem fatos novos (ou fatos anteriores só posteriormente conhecidos) ou circunstâncias relevantes (como, por exemplo, inovação legislativa ou a interpretação mais benéfica para o interessado);

d) pode ser feita a pedido ou de ofício;

e) somente é prevista para os processos de que resultam sanções; em outros tipos de processo, de natureza não sancionatória, se surgirem fatos novos que comprovem a nulidade da decisão, restará ao administrado o direito de requerer a anulação do ato.

Nos processos de revisão, não é possível o agravamento da sanção. É o que está expresso no artigo 65, parágrafo único.

## 11 - Da aplicação da lei posterior mais benéfica

O artigo 50, XL, da Constituição Federal determina que "a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu". Essa norma é vista como corolário do princípio da anterioridade da lei penal,



consagrado no inciso XXXIX do mesmo dispositivo constitucional, pelo qual "não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal".

Comentando o inciso XL, José Afonso da Silva<sup>22</sup> justifica a exceção da retroatividade mais benéfica, ensinando que "se o Estado reconhece, pela lei nova, não mais necessária à defesa social a definição penal do fato, não seria justo nem jurídico alguém ser punido e continuar executando a pena cominada em relação a alguém, só por haver praticado o fato anteriormente". E acrescenta o autor que "a lei nova também retroage se altera o regime anterior em favor do réu — seja, por exemplo, cominando pena menor ou estabelecendo atenuante, ou qualquer outro benefício".

Não existe na Lei de Processo Administrativo norma expressa admitindo a aplicação retroativa da lei posterior que seja mais benéfica ao administrado. No entanto, o mesmo princípio da retroatividade benéfica deve ser aplicado, já que são idênticos os fundamentos. Também em relação aos ilícitos administrativos tem aplicação o princípio da legalidade (arts. 50, II, e 37, *caput*, da Constituição Federal): do mesmo modo que no direito penal, perde completamente o sentido de justiça a manutenção de penalidade para um ato que deixou de ser considerado ilícito pela lei posterior. Trata-se de mera aplicação do princípio geral de direito pelo qual onde existe a mesma razão deve reger a mesma disposição legal (*ubi eadem estratio, eadem est jus dispositio*).

Pela mesma razão, se a lei não se alterou, mas mudou a interpretação adotada pela Administração Pública, a regra é a de que a nova interpretação não pode retroagir. Essa vedação consta expressamente do artigo 20, parágrafo único, XIII, da Lei n° 9.784/1999. No entanto, se a nova interpretação for mais favorável ao acusado, ela deve ser aplicada, pelos mesmos fundamentos que recomendam a retroatividade da lei mais benéfica. A mesma conclusão tem sido adotada em matéria penal, embora o Código Penal silencie. Veja-se o que ensinam Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco.<sup>23</sup>

*Digno de indagação, igualmente, é se a proibição de retroatividade afeta apenas a lei ou também a jurisprudência. Embora se considere que mudança de orientação jurisprudencial não constitui violação ao princípio da legalidade, afigura-se evidente que tal fato não deixa de colocar em xeque valores que estão intimamente vinculados a essa ideia. Daí a necessidade que os Tribunais atuem com extrema cautela nesse processo de revisão jurisprudencial.*

De qualquer sorte, sustenta Figueiredo Dias que "o cidadão que atuou com base em expectativas fundadas numa primitiva corrente jurisprudencial não estará completamente desprotegido, já que poderá por vezes amparar-se numa falta de consciência do ilícito não censurável, que determinará a exclusão da culpa e em consequência da punição".

Se a Administração, mesmo sem alteração legislativa, adotou interpretação mais favorável, essa interpretação deve beneficiar o acusado. Se a interpretação for desfavorável, segue-se o mesmo princípio que veda a retroatividade da lei,

## 12 - Conclusões

Os princípios do processo judicial não podem ser transpostos para o processo administrativo sem que sejam respeitadas as peculiaridades do regime jurídico a que se submete a Administração Pública.

O princípio do formalismo abrandar-se pela aplicação dos princípios da oficialidade, da verdade material, do interesse público, cabendo falar em informalismo ou formalismo moderado.

A coisa julgada não tem o mesmo efeito que nos processos judiciais, já que a decisão administrativa é passível de apreciação pelo Poder Judiciário, em decorrência do princípio da



unidade de jurisdição previsto no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal. Não existe no direito administrativo a coisa julgada material.

A preclusão, para o administrado, sofre maiores restrições do que nos processos judiciais, porque, estando a Administração sujeita ao princípio da legalidade e ao controle judicial, sempre se reconhece a ela o poder-dever de rever os próprios atos, para anulá-los, convalidá-los ou revogá-los. A consequência é que os prazos impostos ao interessado para apresentar suas alegações e provas, bem como para recorrer, se desrespeitados, não impedem a Administração de rever o ato impugnado, se reconhecer a procedência das alegações e provas, ainda que apresentados extemporâneos, desde que não tenha ocorrido a preclusão, para a Administração, do seu poder de revisão.

A preclusão dos ônus processuais tem que se harmonizar como direito à ampla defesa e ao contraditório, bem como princípio da motivação, especialmente nos processos sancionatórios.

O poder de invalidação dos atos administrativos só é alcançado pela preclusão (ou decadência), após cinco anos da data em que foi proferida a decisão de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários, salvo comprovada má-fé. Fora dessa hipótese, não ocorre preclusão: o interessado pode pleitear a anulação e a Administração Pública pode fazê-la a qualquer tempo.

O princípio da *reformatio in pejus*, que impede o agravamento da sanção, tem aplicação nos processos administrativos sancionatórios, quando se trate de pedido de revisão baseado no surgimento de fatos novos ou circunstâncias relevantes suscetíveis de justificar a inadequação da sanção aplicada.

Tem aplicação nos processos administrativos o princípio da aplicação da lei posterior mais benéfica. A mudança de interpretação da lei, se prejudicial ao administrado, não retroage.

#### Referências

- 1- Maria Sylvia Zanella Di Pietro. Direito administrativo, 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p.676.
- 2- Maria Sylvia Zanella Di Pietro, In NHOHARA, Irene Patrícia, MORAES FILHO, Marco Antonio Praxedes de (Org.). Processo administrativo. Temas polêmicos da Lei nº 9.789/99. São Paulo, 2010, p. 185-201
- 3- Maria Sylvia Zanella Di Pietro, ob. Cit., p. 684
- 4- Direito administrativo moderno. 11ª Ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 170.
- 5- Primeiras linhas de direito processual civil. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 728.
- 6- Ob. Cit. P. 51-52.
- 7- Processo administrativo. Princípios constitucionais e a Lei 9.784/199. 3ª edição. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 205.
- 8- Direito administrativo brasileiro. 35ª edição. São Paulo: Malheiros, p. 687-688.
- 9- Direito administrativo. 16ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 1040.
- 10- Cf. Odete Medauar. Direito administrativo moderno. 11ª Ed. São Paulo: RT, 2007, p. 170.
- 11- Curso de direito administrativo. 29ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 72.
- 12- Ob. Cit. P. 208.



- 13- A proceduralização do direito administrativo brasileiro. Fórum Administrativo – Direito Público. Belo Horizonte, ano 2. N. 22, p. 1596, dez. 2002. Esse é também o entendimento de Thiago Marrara e Irene Patrícia Nohara, *in* Processo Administrativo – Lei nº 9.784/99 Comentada, São Paulo: Atlas, 2009, p. 209; e de Cristiana Fortini, Maria Fernanda Pires de Carvalho Pereira e Tatiana Martins da Costa Camarão, *in* Processo Administrativo – Comentários à Lei nº 9.784/1999. 3ª Ed., Belo Horizonte, Editora Fórum, 2012, p. 133.
- 14- Processo administrativo. São Paulo, Malheiros, 2001, p. 145.
- 15- Ob. cit. p. 273-276.
- 16- Ob. cit., p. 152.
- 17- Cf. Hely Lopes Meirelles, ob. cit. p. 696.
- 18- Maria Sylvia Zanella Di Pietro. Direito Administrativo. São Paulo: Atlas, 1990, p. 424.
- 19- Processo administrativo. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 47.
- 20- Ob. cit., p. 155.
- 21- Ob. cit. P. 359.
- 22- Comentário contextual à Constituição. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 138.
- 23- Curso de direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 570.