

CENTRO UNIVERSITÁRIO RITTER DOS REIS

SANDRA RAMOS JUGUERO MARTINS

**A AMPLA DEFESA E O CONTRADITÓRIO FRENTE À
CONSTITUCIONALIZAÇÃO E À PROCESSUALIZAÇÃO DO
DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO**

PORTO ALEGRE

2008

CENTRO UNIVERSITÁRIO RITTER DOS REIS

Sandra Ramos Juguero Martins

**A AMPLA DEFESA E O CONTRADITÓRIO FRENTE À
CONSTITUCIONALIZAÇÃO E À PROCESSUALIZAÇÃO DO
DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO**

Orientador: Prof. Éverton Luiz Mendes de Jesus

Trabalho de conclusão de curso
apresentado como parte das atividades
para obtenção do título de bacharel do
curso de Direito do Centro Universitário
Ritter dos Reis

Porto Alegre

2008

SANDRA RAMOS JUGUERO MARTINS

**A AMPLA DEFESA E O CONTRADITÓRIO FRENTE À
CONSTITUCIONALIZAÇÃO E À PROCESSUALIZAÇÃO DO
DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO**

Monografia defendida e aprovada como requisito parcial à
obtenção
do título de Bacharel em Direito, pela banca examinadora constituída
por:

Orientador: Prof. Éverton Luiz Mendes de Jesus

PORTO ALEGRE
2008

RESUMO

Os ordenamentos jurídicos do período da revolução liberal burguesa (séculos XVIII e XIX) consagraram em seus códigos os direitos individuais do cidadão. No século XX, as transformações desencadeadas pela revolução industrial e pelas guerras mundiais, por sua vez, provocaram a necessidade de novas mudanças nesses ordenamentos. O Estado Liberal Burguês foi gradativamente substituído pelo Estado Social, no qual os direitos coletivos tornaram-se centro das demandas. Esse novo contexto histórico provocou mudanças nos ordenamentos jurídicos, que passaram a ter nas constituições o seu núcleo unificador e harmonizador das legislações infraconstitucionais. Tal fenômeno retomou valores éticos e morais que se consubstanciam nos princípios. A concretização das grandes metas principiológicas estabelecidas nas constituições só pode ser alcançada por meio da processualização do direito, em especial do Direito Administrativo. Essa procedimentalização proporciona o incremento de novas formas de participação dos cidadãos nas tratativas das demandas individuais e sociais junto à Administração Pública. Com ela, ainda, as condutas dos administradores passam a pautar-se pela moralidade, transparência, eficiência e diálogo com os administrados, com os outros órgãos administrativos e com terceiros. O Direito Administrativo brasileiro, inspirado na Carta Magna de 88, absorveu os princípios constitucionais, notadamente na legislação infraconstitucional relativa aos procedimentos e processos administrativos, contenciosos ou não. A Lei n. 10.177/98, do Estado de São Paulo, e a Lei n. 9.784/99, federal, são os grandes marcos da constitucionalização e da processualização do Direito Administrativo pátrio, no qual, entre outros, destacam-se os dispositivos que proporcionam aos cidadãos o direito à ampla defesa e ao contraditório. Tais direitos estão amplamente firmados na doutrina e na jurisprudência, demonstrando que os novos paradigmas foram absorvidos pelas práticas jurídicas e administrativas do nosso país.

A constitucionalização e a processualização do Direito Administrativo brasileiro repercute nos três poderes da nossa República, especialmente no Judiciário, a quem cabe apreciar e julgar as lides decorrentes das relações da Administração Pública com os administrados, com os servidores públicos e com terceiros.

Palavras-chave: Constitucionalização, processualização, procedimento, processo, administração pública, ampla defesa e contraditório.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	6
2 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO	7
2.1 Conceito de constitucionalização.....	7
2.2 A Administração Pública nas Cartas brasileiras anteriores	12
2.3 Os princípios constitucionais Administrativos na CF/88.....	13
2.3.1 <u>Conceito de Princípio Constitucional.....</u>	14
2.3.2 <u>Os princípios constitucionais administrativos na CF/88.....</u>	15
2.3.2.1 Supremacia do interesse público sobre o privado.....	18
2.3.2.2 Legalidade.....	19
2.3.2.3 <i>Moralidade Administrativa.....</i>	23
2.3.2.4 <i>Impessoalidade.....</i>	26
2.3.2.5 <i>Finalidade.....</i>	28
2.3.2.6 Proporcionalidade/Razoabilidade.....	29
2.3.2.7 <i>Motivação.....</i>	31
2.3.2.8 <i>Publicidade.....</i>	33
2.3.2.9 <i>Eficiência.....</i>	35
2.3.2.10 <i>Indisponibilidade do interesse Público.....</i>	37
3 A PROCESSUALIZAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO.....	39
3.1 As relações jurídicas administrativas, os princípios da Juridicidade administrativa e da segurança jurídica.....	39
3.2 Conceitos de procedimento e processo.....	43
3.3 A processualização do Direito Administrativo.....	50
3.4 O processo administrativo moderno: finalidade, funções e estrutura.....	53
3.5 A Reforma Administrativa. As Leis 9.784/99 e 10.177/98.....	61
4 A AMPLA DEFESA E O CONTRADITÓRIO FRENTE À CONSTITUCIONALIZAÇÃO E À PROCESSUALIZAÇÃO.....	71
4.1 A ampla defesa e o contraditório na CF/88.....	71
4.2 A ampla defesa e o contraditório na legislação infraconstitucional.....	-
4.3 O STF, a ampla defesa e o contraditório.....	-
4.4 O STJ, a ampla defesa e o contraditório.....	-
CONCLUSÃO.....	-
REFERÊNCIAS.....	11
1 INTRODUÇÃO	

O tema do presente estudo teve como finalidade verificar em que medida a Administração Pública brasileira pauta suas atitudes e atividades nos princípios constitucionais previstos em nossa Carta Maior. Para alcançar tal objetivo, fez-se necessário identificar e compreender claramente, como condição inarredável para atingir a finalidade proposta, as características dos fenômenos da constitucionalização e da processualização, pré-requisitos para o reconhecimento da aplicação dos princípios constitucionais.

No Brasil, a Constituição de 1988 alinhou-se à tendência contemporânea de inserção dos princípios como núcleo dos valores que a nossa sociedade aprecia e como cerne dos resultados maiores que essa mesma sociedade deseja alcançar. Nesse sentido, tornou-se imprescindível neste trabalho o estudo das Leis ns. 9.784/98 (federal) e 10.177/99 (paulista), que regulam os processos administrativos. Encontram-se nessas leis infraconstitucionais vários dispositivos que disciplinam o exercício das competências decisórias da Administração em geral, assim como os processos administrativos em sentido estrito (disciplinares, sancionatórios, etc.).

Dois princípios constitucionais são da maior relevância para a consolidar o Estado democrático de Direito e assegurar as garantias constitucionais. São eles os da ampla defesa e do contraditório. Para verificar em que medida esses postulados alcançam efetiva concretização, realizou-se uma pesquisa na legislação infraconstitucional, especificamente nas leis 10.177/98 e 9784/99, que contemplam vários dispositivos relativos à ampla defesa e ao contraditório. Pesquisou-se também, no mesmo sentido, a jurisprudência das duas maiores cortes do poder Judiciário – STF E STJ – , com vistas ao exame da repercussão, nesse poder, das demandas que envolvem a Administração Pública, os administrados e os servidores, assim como a ampla defesa e o contraditório.

2 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO NO BRASIL

As sociedades pós-modernas caracterizam-se por colocar no centro de seu ordenamento jurídico a constituição. Em vista disso, atualmente não se pode examinar qualquer tema pertinente ao Direito sem abordar o tema da constitucionalização.

2.1 Conceito de constitucionalização

O Direito atualmente está profundamente vinculado a um minucioso estudo das constituições. É delas que emanam as *colunas mestras* da organização sócio-político-administrativa das sociedades, bem como as grandes metas que essas mesmas sociedades desejam alcançar. As constituições deixaram de ser predominantemente “cartas de intenções” e “cartilhas de direitos e deveres” para se transformarem num sistema de princípios e regras que norteiam as condutas. São elas que estabelecem objetivamente os papéis dos diferentes atores e que garantem efetivamente os direitos individuais, coletivos e difusos. As Cartas Maiores apontam também para a convivência equilibrada e colaborativa entre os povos.

Alexandre de Moraes explica que

A origem formal do constitucionalismo está ligada às Constituições escritas e rígidas dos Estados Unidos da América, em 1787, após a independência das 13 colônias, e da França, em 1791, a partir da Revolução Francesa, apresentando dois traços marcantes: *organização do Estado e limitação do poder estatal, por meio da previsão de direitos e garantias fundamentais*.¹

E continua o autor:

¹ MORAES, Alexandre, Direito Constitucional Administrativo, São Paulo: Atlas, 2001, p. 33.

Juridicamente, porém, a Constituição deve ser entendida como a lei fundamental e suprema de um Estado, que contém normas referentes à estruturação do Estado, à formação dos poderes públicos, forma de governo e aquisição do poder de governar, distribuição de competências, direitos, garantias e deveres dos cidadãos.²

Sobre a área de abrangência da Constituição, assim se manifesta Virgílio de Jesus Miranda Carvalho

[...] melhor se definirá a Constituição como o *estatuto jurídico fundamental da comunidade*, isto é, abrangendo, mas não se restringindo estritamente ao político e porque suposto este, não obstante a sua hoje reconhecida aptidão potencial para uma *tendencial totalização*, como tendo, apesar de tudo, uma especificidade e conteúdo material próprios, o que não autoriza a que por ele ou exclusivamente por ele se defina toda a vida de relação e todas as áreas de convivência humana em sociedade e levará à autonomização do *normativo-jurídico* específico (neste sentido, *total*- e não apenas *tendencialmente* – é o Direito), bem como à distinção, no seio da própria Constituição, entre a sua intenção ideológica-política e a intenção jurídica *stricto sensu*. Com este sentido também poderemos, então, definir a Constituição como a lei fundamental da sociedade.³

Ultrapassada a fase revolucionária burguesa dos séculos XVIII e XIX, em que os códigos e as declarações firmaram os direitos individuais, a revolução industrial e as guerras mundiais levaram à crise do Estado Liberal-Burguês. Essa crise deu lugar, nas sociedades ocidentais, ao surgimento do Estado do Bem Estar Social, no século XX. Uma das mais importantes mudanças trazidas à atividade estatal foi a crescente intervenção e a forte presença do Estado nas relações privadas e, de forma especial, nas atividades econômicas. O Estado passou a produzir uma quantidade múltipla e significativa de normas jurídicas que constituíram novos sistemas normativos, com vistas ao atendimento das novas demandas sociais. Essa “inflação legislativa” enfraqueceu os códigos civis, de inspiração liberal, os

² MORAES, Alexandre, Direito Constitucional Administrativo, p. 2001, p.34

³ CARVALHO, Virgílio de Jesus Miranda (*apud* MORAES, 2001, p.34).

quais perderam “progressivamente a posição de centralidade que até então desfrutavam na ordem jurídica”.⁴ O recém formado cenário foi propício ao gradativo fortalecimento e à expansão das normas constitucionais, cuja eficácia e aplicabilidade direta aumentaram consideravelmente.

Sobre a constitucionalização, assim refere Gustavo Binbenbojm

[...] as leis fundamentais passam a imiscuir-se em novas áreas, não só instituindo direitos de caráter prestacional, que reclamam atuações positivas dos poderes públicos e não mais meras abstenções, como também disciplinando assuntos sobre os quais elas antes silenciavam, como de ordem econômica, relações familiares, cultura, etc.⁵

E diz mais

(O processo de constitucionalização) [...] implica, mais que isso, no reconhecimento de que toda a legislação infraconstitucional tem de ser interpretada e aplicada à luz da Constituição, que deve tornar-se uma verdadeira bússola, a guiar o intérprete no equacionamento de qualquer questão jurídica⁶

São igualmente oportunas e esclarecedoras as observações desse mesmo autor, ao escrever:

A grande inovação das constituições da modernidade consiste em que, permeadas *pelos ideais humanistas, posicionam o homem no epicentro do ordenamento jurídico* (grifo nosso), verdadeiro fim em si mesmo, a partir do qual se irradia um farto *elenco de direitos fundamentais* (grifo nosso). Tais direitos têm assento, sobretudo, nas ideias de *dignidade da pessoa humana e de Estado Democrático de Direito*, servindo, Concomitantemente, *à legitimação e à limitação do poder estatal* (grifo nosso).

⁴ BINENBOJM, Gustavo, Uma Teoria do Direito Administrativo, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.65

⁵ Ibidem. p. 62.

⁶ Ibidem, p. 65.

Em que pese o destaque que ostentam os direitos fundamentais no regime democrático-constitucional, fato é que, como condição mesma à vida em sociedade e à própria proteção e promoção dos aludidos direitos, faz-se também *necessário tutelar interesses de cunho nitidamente coletivo* (grifo nosso) voltados a atender as demandas que ultrapassam a esfera individual dos cidadãos. É essa a justificativa para o constituinte, em número significativo de casos, ter reconhecido *direitos de natureza transindividual* (grifo nosso) e permitir a limitação de interesses individuais em prol da *tutela de anseios difusos* (grifo nosso).

Ao contrário do papel de mera *proclamação de valores e diretrizes políticas*, desempenhado pelas constituições no Estado Liberal, a partir do advento do Estado Social, as Cartas Magnas passaram gradativamente a ocupar posição de relevância moral e jurídica. Atualmente, no assim chamado Estado Pós-Moderno, são as constituições o centro irradiador dos valores e princípios que são os *elementos fundantes do ordenamento jurídico*⁷, especialmente nos Estados Democráticos de Direito, nos quais a democracia e as garantias dos direitos fundamentais são os elementos mais importantes.

Também a respeito do processo de constitucionalização do direito, escreve Luís Roberto Barroso

A ideia de constitucionalização do direito aqui explorada está associada a um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico. Os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Constituição passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional. Como intuitivo, a constitucionalização repercute sobre a atuação dos três poderes, inclusive e notadamente nas suas relações com os particulares. Porém, mais original ainda: repercute, também, nas relações entre os particulares.⁸

Não menos oportuna e importante é a manifestação de Patrícia Baptista sobre o assunto

⁷BAPTISTA, Patrícia, Transformações do Direito Administrativo, Rio de Janeiro, Renovar, 2003, p.82.

⁸ BARROSO, Luís Roberto (2005, *apud* BINENBOJM, 2006, p. 65-66).

O constitucionalismo moderno surge quando da superação dos regimes absolutistas, advindo da necessidade de contenção do poder do Estado. Tal escopo instrumentalizou-se a partir da proteção de um conjunto de direitos que, positivados na constituição, foram erigidos a um nível hierárquico superior. Historicamente, podem-se verificar precedentes daquele que, mais tarde – fins do século XVIII e início do século XIX -, viria a ser reconhecido como o *fenômeno do constitucionalismo* (grifo nosso). A história dá notícia de que, em épocas remotas, existiram documentos que, fazendo as vezes de Constituições, protegiam direitos vários, a exemplificar a Magna Carta de 1215.[..] A grande inovação das Constituições da modernidade consiste em que, permeadas pelos ideais humanistas, posicionam o homem no epicentro do ordenamento jurídico, verdadeiro fim em si mesmo, a partir do qual se irradia um farto elenco de direitos fundamentais. Tais direitos têm assento, sobretudo, nas ideias de dignidade da pessoa humana e de Estado Democrático de Direito, servindo, Concomitantemente, à legitimação do poder estatal.⁹

A respeito, veja-se também a importante afirmação de Odete Medauar:

Hoje, no estudo, pesquisa, interpretação e aplicação do direito administrativo, torna-se essencial o encadeamento dos seus temas ao sistema constitucional pátrio, o que leva à necessidade de leitura de toda a Constituição para conhecer o nexo caracterizador da Administração no ordenamento geral do Estado. Por outro lado, a atuação rotineira da Administração é um dos elementos reveladores da efetividade das normas constitucionais na vida da coletividade.¹⁰

Assim, dada a importância da constitucionalização, por óbvio, os temas jurídicos objetos de estudo e de pesquisa, em qualquer ramo do direito, necessitarão imprescindivelmente de um minucioso e atento exame das normas de Direito Constitucional vigentes nos ordenamentos jurídicos.

⁹ BAPTISTA, Patrícia, Transformações do Direito Administrativo, 2003, p. 103.

¹⁰ MEDAUAR, Odete, Direito Administrativo Moderno, São Paulo: Revista dos Tribunais, 11ª edição, 2007, p.46.

2.2 A Administração Pública nas Cartas brasileiras anteriores à CF/88

A Constituição Imperial, outorgada em 1824, primeira Carta Maior do nosso país, tratou de forma tímida as questões relativas à Administração Pública. (Ela) *não contém capítulo específico sobre a Administração ou sobre servidores e traz dispositivos isolados em matéria administrativa.*¹¹ Em seu Título das Disposições Gerais e Garantias dos direitos Cíveis e Políticos dos Cidadãos e Brasileiros, art. 178, item 14, a CI/1824 assegurava a igualdade de acesso aos cargos públicos: *Art. 178. Item 14. Todo cidadão pode ser admitido aos cargos públicos civis, políticos ou militares, sem outra diferença que não seja a de seus valores e virtudes.*

No período republicano, a Carta Maior de 1891 tratou também de forma breve as questões relativas aos funcionários públicos. Em seu Título IV, Dos Cidadãos Brasileiros, Seção II, Declaração de Direitos, respectivamente nos arts. 74 e 75, a mencionada Carta referiu-se às questões do acesso aos cargos públicos e da aposentadoria dos funcionários públicos. No primeiro tema, havia manifestação de preferência pelas pessoas que *comprovassem aptidão técnica para o exercício das atribuições dos cargos públicos.*¹² É importante referir que a Constituição de 1891 implantou definitivamente a Federação e a República, o que implicou a *outorga de Poderes Políticos às antigas Províncias, que assim passaram a governar os seus assuntos com autonomia e finanças próprias.*¹³

A Carta-Mãe de 1934, teve como paradigma a Constituição de Weimar e vigeu até a instalação do regime autoritário de 1936. Teve, portanto, curta duração. Seu texto refletiu os *antagonismos, as aspirações e os conflitos da sociedade daquele*

¹¹ MEDAUAR, Odete, Direito Administrativo Moderno. 2007, p. 45.

¹² OLIVEIRA, Fernando Andrade de (*apud* BINENBOJM, 2006, p. 71).

¹³ BASTOS, Celso Ribeiro, Curso de Direito Constitucional, São Paulo: Saraiva, 2001, 114.

*momento [...],*¹⁴ traduzindo o contexto sócio-político da época, caracterizado pelo sepultamento da velha democracia liberal e pela instituição da democracia social. Entre os avanços trazidos pela Carta Magna de 1934, pode-se salientar: o voto secreto, o voto feminino, a Justiça Militar e a Eleitoral como órgãos do poder Judiciário e as normas reguladoras da ordem econômica e social, da família, da educação e da cultura, dos funcionários públicos e da segurança nacional. Quanto à Administração Pública *O texto constitucional foi o pioneiro na história constitucional do Brasil a expressar algum cuidado com a institucionalização da Administração Pública*¹⁵. Dedicou todo o seu Título VII, composto de seis artigos, ao regime *Dos funcionários Públicos*.

Segundo Patrícia Baptista¹⁶, os textos constitucionais posteriores – de 1937, 1946 e 1967, assim como a emenda Constitucional n. 1/69 – limitaram-se, no que se refere à Administração Pública, ao *estatuto* constitucional dos funcionários públicos. A autora destaca uma exceção, na carta de 1946, na qual foi criada a *regra do concurso para o provimento de cargos públicos, mesmo que apenas para a primeira Investidura*(art. 186), e a novidade da referência, em disposições esparsas, aos entes da administração Indireta.

Nas Constituições de 1967 e 1969, vigentes durante o período de exceção,¹⁷ o regime dos funcionários públicos foi relegado a seções dentro do título dedicado ao Poder Executivo.

2.3 Os princípios constitucionais administrativos na CF/88

A análise dos princípios gerais do Direito e, em especial neste trabalho, dos princípios constitucionais, requer cuidadosa atenção para o fato de que eles protegem valores éticos e morais que a nossa sociedade pretende alcançar.

¹⁴ Ibidem, p.121.

¹⁵ BAPTISTA, Patrícia, Transformações do Direito Administrativo, 2003, p.71

¹⁶ Ibidem, p.72

¹⁷ Ibidem, p.73.

Requer também a consciência de que, para concretizá-los, é necessário um conjunto de comportamentos e de atitudes que promovam uma grande transformação nas práticas desenvolvidas pela Administração Pública.

2.3.1 Conceito de princípio constitucional

Os princípios constitucionais diferem dos princípios gerais do Direito invocados no art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, já que, ao contrário destes, aqueles não se prestam ao preenchimento das lacunas da lei e sim ¹⁸ *constituem, juntamente com as regras, espécies do gênero norma jurídica, com todos os efeitos próprios destas últimas, inclusive, com aptidão para gerar direito subjetivo.*

A respeito dos princípios constitucionais, assim se manifesta Celso Ribeiro Matos

Princípios constitucionais são aqueles que guardam os valores fundamentais da ordem jurídica. *Isso só é possível na medida em que estes não objetivam regular situações específicas, mas sim desejam lançar a sua força sobre todo o mundo jurídico* (grifo nosso). Alcançam os princípios essa meta à proporção que perdem o seu caráter de precisão de conteúdo, isto é, conforme vão perdendo densidade semântica, eles ascendem a uma posição que lhes permite sobressair, pairando sobre uma área muito mais ampla do que uma norma estabelecadora de preceitos. Portanto, o que o princípio perde em carga normativa ganha como força valorativa a espriar-se por cima de um sem-número de outras normas. [...] *O reflexo mais imediato disto é o caráter de sistema que os princípios impõem à constituição.* (grifo nosso). Sem eles a constituição pareceria mais com um aglomerado de normas que só teriam em comum o fato de estarem juntas no mesmo diploma jurídico, do que com um todo sistemático e congruente. Desta forma, por mais que certas normas constitucionais demonstrem estar em contradição, esta aparente contradição deve ser minimizada pela força catalizadora dos princípios. [...] Outra função muito importante dos princípios é servir como critério de interpretação das normas constitucionais, seja ao legislador ordinário, no momento de criação das normas infraconstitucionais, seja aos juízes, no momento de aplicação do direito, seja aos próprios cidadãos, no momento da realização de seus direitos.¹⁹

¹⁸ BAPTISTA, Patrícia, Transformações do Direito Administrativo, 2003, p. 85

¹⁹ BASTOS, Celso Ribeiro, Curso de Direito Constitucional, 2001, p.161.

Conforme escreve Patrícia Baptista, na segunda metade do século XX, no período pós-guerra, o Direito voltou a discutir as questões de ética e de moral, visando a superar o positivismo normativista do período anterior. Surgiram, a partir de 1945, constituições que²⁰ *assumiram a dimensão de verdadeiras ordens de consenso sobre os valores superiores do ordenamento jurídico*, buscando o seu fundamento de validade nos princípios. Diz ainda a autora que os princípios, no constitucionalismo contemporâneo, *incorporam somente aqueles valores eleitos através de processos históricos ou racionais e que, a partir daí, passam a ser encontráveis, explícita ou implicitamente, dentro do próprio ordenamento*. Refere ela, ainda, que as funções mais importantes dos princípios no constitucionalismo contemporâneo são *a fundamentação, a interpretação e a direção do ordenamento jurídico*.

Na lição de Jean Rivero

Os princípios gerais do direito têm força obrigatória em relação à Administração: os atos dela que os transgridem são anulados e podem, se tiverem causado algum dano, originar responsabilidade administrativa. Têm, pois, valor de direito positivo²¹

2.3.2 Os princípios constitucionais administrativos na Carta Maior de 1988

A agregação das preocupações materiais e não apenas das organizatórias presentes nos novos textos constitucionais resultam na grande mudança provocada pela constitucionalização da Administração Pública. Nesse processo de *filtragem constitucional* é fundamental a influência da nova principiologia constitucional, a qual força o direito administrativo a se voltar para os problemas da existência individual e coletiva dos cidadãos. Trata-se de um novo

²⁰ BAPTISTA, Patrícia, Transformações do Direito Administrativo, 2003, p.83-84.

²¹ RIVERO, Jean ([1900?]) *apud* Baptista, 2003, p. 87).

constitucionalismo, que impõe a substanciação do direito administrativo através dos princípios.

Odete Medauar refere que o crescimento da atividade administrativa, especialmente no âmbito sócio-econômico, provocou a inserção gradativa, nos textos constitucionais, de preceitos que constavam anteriormente em dispositivos infraconstitucionais relativos à matéria legislativa. A respeito desse assunto, assim se manifesta a autora, em especial, sobre a inserção dos princípios na Constituição brasileira de 1988

As Constituições contemporâneas demonstram a realização dessa tendência (de inserção de preceitos sobre matéria administrativa), pelo modo mais amplo e profundo com que se ocupam da Administração Pública. A Constituição brasileira de 1988 alinha-se a essa tendência. No Título, denominado “Da Organização do Estado”, traz o Capítulo VII, intitulado “Da Administração Pública”, com quatro seções, uma das quais dedicada aos servidores públicos.

Além dos preceitos contidos nesse capítulo, inúmeros dispositivos referentes à matéria administrativa aparecem, de modo difuso, em outras partes do texto constitucional. Assim, por exemplo: no capítulo “Dos direitos e deveres individuais e coletivos” vêm previstos o direito a receber informações dos órgãos públicos (art. 5º, inc. XXXIII) e o direito de petição e de obter certidões (art. 5º, inc. XXXIV); a fiscalização contábil, financeira e orçamentária dos Tribunais de Contas sobre a atividade da Administração vem mencionada nos arts. 71-75; o art. 173 e seus §§ 1º, 2º e 3º trazem preceitos sobre o regime jurídico das empresas públicas e sociedades de economia mista; itens do regime e permissões de serviço público constam do art. 175, parágrafo único.

A Constituição pátria fornece, então, bases ao direito administrativo e, portanto, à atuação da Administração, traçando diretrizes de um modelo de Administração. Assim, arrola no *caput* do art. 37 alguns dos seus princípios; estabelece um rol de preceitos sobre direitos e deveres dos servidores públicos; fixa também preceitos em várias matérias administrativas, como já se disse; ao repartir as competências entre União, Estados e Municípios, também delinea a competência administrativa fundamental desses níveis.²²

Ainda discorrendo sobre o constitucionalismo que emergiu do Segundo Pós-Guerra, na busca da superação do positivismo normativista, Patrícia Baptista²³

²²Medauar, Odete, *Direito Administrativo Moderno*. 2007, p. 45-46.

²³BAPTISTA, Patrícia, *Transformações do Direito administrativo*, 2003, p. 83-85.

ensina que a constitucionalização se caracteriza por assumir a dimensão de *ordens de consenso* sobre os valores superiores do ordenamento jurídico e que a força impositiva dos princípios provém dos valores éticos a eles vinculados. Escreve também a autora que ²⁴ *o novo constitucionalismo...foi buscar o seu fundamento de validade nos princípios. Esses princípios se qualificam como critérios de valoração imanentes à ordem jurídica e como núcleo de condensação de valores. Eles incorporam somente aqueles valores eleitos através de processos históricos ou racionais e que, a partir daí, passam a ser encontráveis, explícita ou implicitamente, dentro do próprio ordenamento jurídico. Ainda é Patrícia Baptista quem assinala: os princípios, em suma, constituem a grande estrela do constitucionalismo contemporâneo.*

Assim se manifesta Gustavo Binenbojm sobre a assunto

A passagem da constituição para o centro do ordenamento jurídico representa a grande força motriz da mudança de paradigmas do direito administrativo na atualidade. A supremacia da Lei Maior propicia a *impregnação* da atividade administrativa pelos princípios e regras naquela previstos, ensejando uma releitura dos institutos e estruturas da disciplina pela ótica constitucional.²⁵

O rol dos princípios constitucionais administrativos é extenso. Os doutrinadores apresentam várias classificações que incluem os princípios expressamente colocados na Constituição Federal, em seu art. 37, como ainda outros nela implícitos e também alguns princípios administrativos que decorrem de elaboração doutrinária e jurisprudencial. Entre eles, destacam-se:

²⁴ Ibidem, p. 85.

²⁵ BINENBOJM, Gustavo. Uma Teoria do Direito Administrativo. p. 69.

2.3.2.1 Princípio da supremacia do interesse público sobre o privado

Sobre o aludido princípio, Celso Bandeira de Mello refere ²⁶ que se trata de *princípio geral de Direito inerente a qualquer sociedade, pressuposto lógico do convívio social* e, portanto, *é a condição própria de sua existência* (da sociedade). Para Bandeira de Mello, o princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Privado está presente em dispositivos constitucionais, de forma não especificada, mas concreta. Exemplos desses dispositivos seriam o art. 5º, incisos XXIV e XXV, relativos aos institutos da desapropriação e da requisição, e o art. 170, III, V e VI, referentes aos princípios da função social da propriedade, da defesa do consumidor e do meio ambiente. Ensina ainda que

O princípio cogitado, evidentemente, tem, de direito, apenas a extensão e a compostura que a ordem jurídica lhe houver atribuído na Constituição e nas leis com ela consonantes. Donde, jamais caberia invocá-lo abstratamente, com prescindência do perfil constitucional que lhe haja sido irrogado, e, como é óbvio, muito menos caberia recorrer a ele contra as constituições ou as leis. Juridicamente, sua dimensão, intensidade e tônica são fornecidas pelo Direito posto, e só por este ângulo é que pode ser considerado e invocado.

E continua o autor

Ora, a Administração Pública está, por lei, adstrita ao cumprimento de certas finalidades, sendo-lhe obrigatório objetivá-las para colimar o interesse de outrem: o da coletividade. É em nome do interesse público – o do corpo social – que tem de agir, fazendo-o na conformidade da *intentio legis*. Portanto, exerce ‘função’, instituto – como visto – que se traduz na ideia de indeclinável atrelamento a um fim preestabelecido e que deve ser atendido para o benefício de um terceiro. É *situação oposta à da autonomia da vontade, típica do direito privado*” (grifo nosso).²⁷

Bandeira de Mello chama atenção ainda para a ideia de que os *sujeitos de Administração pública têm que buscar o atendimento do interesse alheio, qual seja, o da coletividade, e não o interesse do próprio organismo, qua tale considerado, e muito menos o dos agentes estatais* (grifo nosso).

²⁶ Ibidem, p. 85-88.

²⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira, Curso de Direito Administrativo, São Paulo: Malheiros, 19ª, 2005, p.87.

Segundo Lúcia Valle Figueiredo²⁸, o princípio da supremacia do interesse público envolve o conceito de interesse público, por ela considerado *pragmático*, assumindo *conotações diversas, dependendo da época, da situação sócio-econômica, das metas a atingir*. Ela escreve também que *em nome do interesse público, atos são praticados sem se cogitar, sequer, se aquele alegado 'interesse público' encontraria guarida no ordenamento jurídico*. Acrescenta a autora, ainda, que *se é o interesse público que está em jogo – portanto, de toda a coletividade-, é lógico deva ele prevalecer sobre o privado*.

Para Odete Medauar, o princípio da preponderância do interesse público sobre o particular

na verdade, é invocado em outros ramos do direito público. A expressão *interesse público* pode ser associada a *bem de toda a coletividade*, à percepção geral das exigências da vida em sociedade. Esse princípio vem apresentado tradicionalmente como o fundamento de vários institutos e normas do direito administrativo e, também, de prerrogativas e decisões, por vezes arbitrárias, da Administração Pública. Mas vem sendo matizado pela ideia de que *à Administração cabe realizar a ponderação dos interesses presentes numa determinada circunstância, para que não ocorra sacrifício a priori de nenhum interesse* (grifo nosso); o objetivo dessa função está na busca de compatibilidade ou conciliação dos interesses, com a minimização de sacrifícios. O *Princípio da Proporcionalidade* também matiza o sentido absoluto do preceito, pois implica, entre outras decorrências, a busca da providência menos gravosa, na obtenção de um resultado.²⁹

2.3.2.2 Princípio da legalidade

Segundo Celso Bandeira de Mello, o princípio da legalidade qualifica e dá identidade ao Estado de Direito sendo, portanto, da maior importância para a qualificação dos regimes jurídico-administrativos. Para o doutrinador, a *Administração Pública só pode ser exercida na conformidade da lei e que (...) a*

²⁸ FIGUEIREDO, Lúcia Valle, Curso de Direito Administrativo, São Paulo: Malheiros, 2001, p.65-66.

²⁹ MEDAUAR, Odete, Direito Administrativo Moderno, 2007, p. 128.

atividade administrativa é sublegal, infralegal, consistente na expedição de comandos complementares à lei.

Bandeira de Mello refere também que

O princípio da legalidade, contrapõe-se, portanto, e visceralmente, a quaisquer tendências de exacerbação personalista dos governantes. Opõe-se a todas as formas de poder autoritário, desde o absolutista, contra o qual irrompeu, até as manifestações caudilhescas ou messiânicas típicas dos países subsdesenvolvidos. O princípio da legalidade é o antídoto natural do poder monocrático ou oligárquico, pois tem como raiz a ideia de soberania popular, de exaltação da cidadania.³⁰

Ainda em consonância com o tema continua o mesmo autor

Assim, o princípio da legalidade é o *da completa submissão da Administração às leis* (grifo nosso). Esta deve tão-somente obedecê-las, cumpri-las, pô-las em prática. Daí que a atividade de todos os seus agentes, desde o que lhe ocupa a cúspide, isto é, o Presidente da República, até o mais modesto dos servidores, só pode ser a de dóceis, reverentes, obsequiosos cumpridores das disposições gerais fixadas pelo Poder Legislativo, pois esta é a posição que lhes compete no Direito brasileiro. [...] No Brasil, o princípio da legalidade, além de assentar-se na própria estrutura do Estado de Direito e, pois, do sistema constitucional como um todo, está radicado especificamente nos arts. 5º, I, 37, *caput*, e 84, IV, da Constituição Federal. Estes dispositivos atribuem ao princípio em causa uma compostura muito estrita e rigorosa, não deixando válvula para que o Executivo se evada de seus grilhões. É, aliás, o que convém a um país de tão acentuada tradição autocrática, despótica, na qual o Poder Executivo (ao menos até o governo do Sr. Fernando Henrique Cardoso), abertamente ou através de expedientes pueris – cuja pretensa juridicidade não iludiria sequer a um principiante –, viola de modo sistemático direitos e liberdades públicas e tripudia à vontade sobre a repartição de poderes.

E culmina, Bandeira de Mello

A Administração só pode fazer o que a lei antecipadamente autorize. Donde, administrar é prover aos interesses públicos, assim

³⁰ MELLO, Celso Bandeira de, Curso de Direito Administrativo, 2005, p 89-91.

caracterizados em lei, fazendo-o na conformidade dos *meios e formas* ela estabelecidos ou particularizados segundo suas disposições. Segue-se que a atividade administrativa consiste na produção de decisões e comportamentos que, na formação escalonada do Direito, agregam níveis maiores de concreção ao que se contém abstratamente nas leis.³¹

Por sua vez, o professor e magistrado Hely Lopes Meirelles assim se manifesta a respeito do princípio da legalidade

A legalidade, como princípio de administração (CF, art. 37, *caput*), significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum. E deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso.

A eficácia de toda atividade administrativa está condicionada ao atendimento da Lei e do Direito. É o que diz o inc. I do parágrafo único do art. 2º da Lei 9784/99. Com isso, fica evidente que, além da atuação conforme à lei, a *legalidade significa, igualmente, a observância dos princípios administrativos* (grifo nosso). Na administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza.³²

Ainda segundo o ilustrado autor, as leis administrativas são geralmente de ordem pública. Elas contêm poderes-deveres, irreligáveis pelos agentes públicos, que são impostos a estes pela natureza da função pública e pela finalidade do Estado.

É também Hely Lopes Meirelles quem faz a observação:

Cumprir simplesmente a lei na frieza de seu texto não é o mesmo que atendê-la na *sua letra e no seu espírito* (grifo nosso). A administração, por isso, deve ser orientada pelos princípios do direito e da Moral, para que o legal se ajuste ao *honesto e o conveniente* aos interesses sociais.³³

³¹Ibidem, p. 91-93.

³²MEIRELLES, Hely Lopes, *Direito Administrativo Brasileiro*, 29ª edição, São Paulo: Malheiros, 2004, p. 87.

³³ Ibidem, p. 65.

A magistrada e professora Lúcia Valle Figueiredo registra que o princípio da legalidade *surge como conquista do Estado de Direito, a fim de que os cidadãos não sejam obrigados a se submeter ao abuso de poder*. Segundo ela, o princípio da legalidade está sujeito não apenas às leis, mas igualmente aos princípios constitucionais, ao direito, às normas e ao ordenamento jurídico.

Oportuna a contribuição da professora Odete Medauar sobre o princípio da legalidade

Embora permaneçam o sentido de poder objetivado pela submissão da administração à legalidade e o sentido de garantia, certeza e limitação do poder (concepção originária), registra-se evolução na ideia genérica da *legalidade*. Alguns fatores dessa evolução podem ser apontados, de modo sucinto. A própria sacralização da legalidade produziu um desvirtuamento denominado *legalismo* ou *legalidade formal*, pelo qual *as leis passaram a ser vistas como justas por serem leis, independentemente do conteúdo* (grifo nosso). Outro desvirtuamento: formalismo excessivo dos decretos, circulares e portarias, com exigências de minúcias irrelevantes. Por outro lado, com as transformações do Estado, o Executivo passou a predominar sobre o legislativo; a lei votada pelo Legislativo deixou de expressar a vontade geral para ser vontade de maiorias parlamentares, em geral controladas pelo executivo. Este passou a ter ampla função normativa, como autor de projetos de lei, como legislador por delegação, como legislador direto (por exemplo, ao editar medidas provisórias), como emissor de decretos, portarias e circulares que afetam direitos. Além do mais, expandiram-se e aprimoraram-se os mecanismos de controle de constitucionalidade das leis. Ante tal contexto, buscou-se assentar o princípio da legalidade em bases valorativas, sujeitando as atividades da administração não somente à lei votada pelo Legislativo, mas também aos preceitos fundamentais que norteiam todo o ordenamento. A Constituição de 1988 determina que todos os entes e órgãos da Administração obedeçam ao princípio da legalidade (*caput* do art. 37); a compreensão desse princípio deve abranger a observância da lei formal, votada pelo Legislativo, e também dos preceitos decorrentes de um Estado Democrático de Direito, que é o modo de ser do Estado brasileiro, conforme reza o art. 1º, *caput*, da constituição; e, ainda, deve incluir a observância dos demais fundamentos e princípios de base constitucional. Além do mais, o princípio da legalidade obriga a Administração a cumprir as normas que ela própria editou.³⁴

³⁴ MEDAUAR, Odete, *Direito Administrativo Moderno*, 2007, p. 121-122.

2.3.2.3 Princípio da moralidade administrativa

O exame do princípio da moralidade traz à baila um dos temas mais importantes entre aqueles que repercutem de forma direta na atuação da Administração Pública e de seus agentes.

Celso Antônio Bandeira de Mello afirma que a violação dos princípios éticos, por parte da Administração Pública, fere o Direito e configura *ilicitude que assujeita a conduta viciada à invalidação*. Refere ainda o autor que estão no âmbito da moralidade os chamados princípios da lealdade e da boa-fé, que inspiram a Administração a se relacionar com os administrados de forma honrada e sincera, proibida toda e qualquer conduta maliciosa, e astuta que dificulte aos cidadãos o pleno exercício dos seus direitos.

Bandeira de Mello assim se manifesta sobre as consequências da não-aplicação do princípio da moralidade administrativa, por parte dos agentes públicos

Acresça-se que, nos termos do art. 85, V, da Constituição, atentar contra a 'proibidade na administração' é hipótese prevista como crime de responsabilidade do Presidente da República, fato que enseja sua destituição do cargo. De resto, os atos de improbidade administrativa dos servidores públicos 'imporão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível'. [...] Além disto, o princípio da moralidade administrativa acha-se ainda, eficientemente protegido no art. 5º, LXXIII, que prevê o cabimento de ação popular para anulação de 'ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à *moralidade administrativa, ao meio ambiente...., etc.*³⁵

No pensamento de Hely Lopes Meirelles, os atos da Administração Pública têm como pressuposto de validade o princípio da moralidade administrativa

³⁵ MELLO, Celso Bandeira de, Curso de Direito Administrativo, 2005, p. 108.

consagrado na Lei n. 9784/99, e [...] *a moralidade do ato administrativo juntamente com a sua legalidade e finalidade, além da sua adequação aos demais princípios, constituem pressupostos de validade sem os quais toda atividade pública será ilegítima.*³⁶

A pesquisadora Odete Medauar entende que

O princípio da moralidade é de difícil tradução verbal, talvez porque seja impossível enquadrar em um ou dois vocábulos a ampla gama de condutas e práticas desvirtuadoras das verdadeiras finalidades da Administração Pública. Em geral, a percepção da imoralidade administrativa ocorre no enfoque contextual; ou melhor, ao se considerar o contexto em que a decisão foi ou será tomada. A decisão, de regra, destoa do contexto e do conjunto das regras de conduta extraídas da disciplina geral norteadora da Administração. Exemplo: em momento de crise financeira, numa época de redução de mordomias, num período de agravamento dos problemas sociais, configura imoralidade efetuar gastos com aquisição de automóveis de luxo para “servir” autoridades, *mesmo que tal aquisição se revista de legalidade* (grifo nosso).

A Constituição Federal de 1988, além de mencionar a moralidade como um dos princípios da administração, aponta instrumentos para sancionar sua inobservância

Um deles é a ação popular, que pode ser proposta por qualquer cidadão (no sentido de detentor de direitos políticos) para anular ato lesivo à moralidade administrativa (art. 5º, inc. LXXIII).

Outro é a previsão de sanções a governantes e agentes públicos por atos ou condutas de *improbidade administrativa*.³⁷

Lúcia Valle Figueiredo, também a respeito do princípio da moralidade, ensina que

[...] o *princípio da moralidade* vai corresponder ao conjunto de regras de conduta da administração que, em determinado ordenamento jurídico, são consideradas os *standards* comportamentais que a sociedade deseja e espera. [..] De seu turno, o art. 5º, inciso LXXIII, prevê a possibilidade de interposição de ação popular para anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o estado participe, à *moralidade administrativa, etc.*

Verificamos também que os artigos referentes aos direitos coletivos e suas garantias, já não apenas os individuais, vêm reforçar a ideia de que o princípio da moralidade deverá formar fileira ao lado da legalidade, igualdade e publicidade, bem como a própria motivação.

³⁶ MEIRELLES Hely Lopes Meirelles, *Direito Administrativo Brasileiro* 2004, p. 89.

³⁷ Medauar, Odete, *Direito Administrativo Moderno*, 2007, p. 125.

O art. 70 da Constituição da República reforça mais ainda o princípio quando afirma que a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União incidirá sobre a legalidade, legitimidade e economicidade.[...]. Reforça a ideia o fato de a Constituição também haver referido a economicidade. Deveras, “economicidade” nada mais é do que a relação entre custos e benefícios, tendo em vista a possibilidade econômica daquele que faz as despesas, ou o empreendimento. De conseguinte, sem sombra de dúvida, vai se irradiar a moralidade administrativa.

As despesas, as alterações patrimoniais, as admissões de pessoal, sobretudo para os cargos que dispensam concursos, não se subtraem ao exame da finalidade, do efetivo interesse público buscado.

Destarte, a razoabilidade, a relação de congruência lógica entre os motivos (pressupostos fáticos) e o ato emanado, tendo em vista a finalidade pública a cumprir, será o crivo adequado para o exercício do controle da moralidade.³⁸

Sobre o princípio da moralidade administrativa, é de todo oportuno registrar ainda o magistério de Alexandre de Moraes

Pelo princípio da moralidade administrativa, não bastará ao administrador o estrito cumprimento da estrita legalidade, devendo ele, no exercício de sua função pública, respeitar os princípios éticos de razoabilidade e justiça, pois a moralidade constitui, a partir da Constituição de 1988, pressuposto de validade de todo ato da administração pública.[...] A Constituição Federal, ao consagrar o princípio da moralidade administrativa como *vetor* da atuação da administração pública, igualmente consagrou a necessidade de proteção à moralidade e responsabilização do administrador público *amoral* ou *imoral*. [...] A conduta do administrador público em desrespeito ao princípio da moralidade administrativa enquadra-se nos denominados *atos de improbidade*, previstos pelo art. 37, § 4º, da Constituição federal, e sancionados com a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível, permitindo ao Ministério Público a propositura de ação civil pública por ato de improbidade, com base na lei n. 8.429/92 para que o poder Judiciário exerça o controle jurisdicional sobre lesão ou ameaça de lesão ao patrimônio público.³⁹

³⁸ FIGUEIREDO, Lúcia Valle, Curso de Direito Administrativo, 2001, p. 55-57.

³⁹ MORAES, Alexandre de, Direito Constitucional, p. 301-303.

2.3.2.4 Princípio da impessoalidade

O princípio da impessoalidade, também chamado por alguns doutrinadores de *princípio da finalidade administrativa*, destaca-se como um dos mais importantes para o Direito Administrativo, já que aponta firmemente para a ideia de que, como afirma Alexandre de Moraes, *o administrador é um executor do ato, que serve de veículo de manifestação da vontade estatal, e, portanto, as realizações administrativo-governamentais não são do agente político, mas sim da entidade pública em nome da qual atuou*.⁴⁰

Na lição do professor Diógenes Gasparini,

a atividade administrativa deve ser destinada a todos os administrados, dirigida aos cidadãos em geral, sem determinação de pessoa ou discriminação de qualquer natureza. É o que impõe ao Poder Público este princípio (da impessoalidade). Com ele quer-se quebrar o velho costume do atendimento do administrado em razão de seu prestígio ou porque a ele o agente público deva alguma obrigação”.⁴¹

Para Celso Bandeira de Mello, a Constituição Federal de 1988 apresenta, de forma concreta, a aplicação do princípio da impessoalidade nos artigos 37, II (concursos públicos para ingresso nos cargos, funções e empregos públicos), 37, XXI (licitações para contratar com a Administração Pública) e 175 (licitações para permissões e concessões de serviço público). É também o insigne autor a interessante observação sobre esse mesmo princípio

Nele se traduz a ideia de que a Administração tem que tratar a todos os administrados sem discriminações, benéficas ou detrimenotas. Nem favoritismo nem perseguições são toleráveis. Simpatias ou animosidades pessoais, políticas ou ideológicas não podem interferir na atuação administrativa e muito menos interesses sectários, de facções ou grupos

⁴⁰ Ibidem, p. 301.

⁴¹ GASPARINI, Diógenes, Direito Administrativo, 7ª edição, São Paulo, Editora Saraiva, 2002. p.8.

de qualquer espécie. O princípio em causa não é senão o próprio princípio da igualdade ou da isonomia.⁴²

Hely Lopes Meirelles, por sua vez, refere que

O princípio da impessoalidade, referido na Constituição de 1988 (art. 37, *caput*), nada mais é que o clássico *princípio da finalidade* (grifo nosso), o qual impõe ao administrador público que só pratique o ato para o seu *fim legal*. E o *fim legal* é unicamente aquele que a norma de direito indica expressa ou virtualmente como objetivo do ato, *de forma impessoal*.⁴³

O autor refere ainda que

a *finalidade* terá sempre um objetivo certo e inafastável de qualquer ato administrativo: o *interesse público*. Todo ato que se apartar desse objetivo sujeitar-se-á à invalidação por *desvio de finalidade*, que a nossa lei da ação popular conceituou como o 'fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência' do agente (Lei 4.717/65, art. 2º, parágrafo único 'e').

Desde que o *princípio da finalidade* exige que o ato seja praticado sempre com finalidade pública, o administrador fica impedido de buscar outro objetivo ou de praticá-lo no interesse próprio ou de terceiros. Pode, entretanto, o interesse público coincidir com o de particulares, como ocorre normalmente nos atos administrativos negociais e nos contratos públicos, casos em que é lícito conjugar a pretensão do particular com o interesse coletivo.⁴⁴

Odete Medauar entende que o princípio da impessoalidade está entrelaçado profundamente com os princípios da moralidade e da publicidade e que, *assim, a impessoalidade configura-se meio para atuações dentro da moralidade; a publicidade, por sua vez, dificulta medidas contrárias à moralidade e impessoalidade; a moralidade administrativa, de seu lado, implica observância da impessoalidade e da publicidade*.⁴⁵

É ainda a prestigiada autora quem observa

⁴² MELLO, Celso Bandeira de, Curso de Direito Administrativo, 2005, p. 102.

⁴³ MEIRELLES, Hely Lopes, Direito Administrativo Brasileiro, 2004, p.91.

⁴⁴ MEIRELLES, Hely Lopes, Direito Administrativo Brasileiro, 2004, p.91.

⁴⁵ MEDAUAR, Odete, Direito Administrativo Moderno, 2007, p. 123.

[...] Com o princípio da impessoalidade a Constituição visa obstaculizar atuações geradas por antipatias, simpatias, objetivos de vingança, represálias, nepotismo, favorecimentos diversos, muito comuns em licitações, concursos públicos, exercício do poder de polícia. Busca, desse modo, que predomine o sentido de função, isto é, a ideia de que os poderes atribuídos finalizam-se ao interesse de toda a coletividade, portanto, a resultados desconectados de razões pessoais. Em situações que dizem respeito a *interesses coletivos e difusos* (grifo nosso), a impessoalidade significa a exigência de ponderação equilibrada de todos os interesses envolvidos, para que não se editem decisões movidas por preconceitos ou radicalismos de qualquer tipo.⁴⁶

2.3.2.5 Princípio da Finalidade

Como se viu acima, para alguns autores, como, por exemplo, Hely Lopes Meirelles, princípio da finalidade e princípio da impessoalidade são sinônimos. Outros autores há, porém, que fazem distinção entre os dois princípios. Diógenes Gasparini entende que o princípio da finalidade leva a Administração Pública a praticar *atos voltados para o interesse público*. Escreve ele que

o afastamento da Administração Pública da finalidade de interesse público denomina-se *desvio de finalidade*. O desvio de finalidade pode ser *genérico* ou *específico*. Diz-se genérico quando o ato simplesmente deixa de atender ao interesse público, como ocorre na edição de atos preordenados a satisfazer interesses privados, a exemplo da desapropriação de bens para doá-los a particular ou como medida de mera vingança. Diz-se específico quando o ato desatende a finalidade indicada na lei, como se dá quando é usado um instrumental jurídico (Carteira de Identidade), criado para um fim (segurança pública) para se alcançar outro (aumento de arrecadação). [...] o ato que favorece ou persegue interesses particulares, tanto quanto o que propugna fim diverso do previsto, tácita ou expressamente, na regra de competência, são nulos por desvio de finalidade, conforme prescreve o art. 2º, parágrafo único, e, da lei Federal n. 4.717/65, chamada Lei da ação popular.⁴⁷

⁴⁶ Ibidem, p.124.

⁴⁷ GASPARINI, Diógenes, Direito Administrativo, 2002, p. 13-14.

2.3.2.6 Princípio da proporcionalidade/ da razoabilidade

Celso Bandeira de Mello considera que o princípio da proporcionalidade é um aspecto específico do princípio da razoabilidade. Tal postulado, para ele,

enuncia a ideia [...] de que as competências administrativas só podem ser *validamente* exercidas na *extensão e intensidade* proporcionais ao que seja realmente demandado para cumprimento da finalidade de interesse público a que estão atreladas.[...] Sobretudo, quando a Administração restringe situação jurídica dos administrados além do que caberia, por imprimir às medidas tomadas uma intensidade ou extensão supérfluas, prescindidas, ressalta a ilegalidade de sua conduta.[...] Donde, os atos desproporcionais são ilegais e, por isso, fulmináveis pelo Poder Judiciário, que, sendo provocado, deverá invalidá-los, quando impossível anular unicamente a demasia, o excesso detectado.⁴⁸

O professor Humberto Ávila, por sua vez, ensina que a palavra razoabilidade é usada em vários sentidos, entre os quais destaca

Primeiro, a razoabilidade é utilizada como diretriz que exige a relação das normas gerais com as individualidades do caso concreto, quer mostrando sob qual perspectiva a norma deve ser aplicada, quer indicando em quais hipóteses o caso individual, em virtude de suas especificidades, deixa de se enquadrar na norma geral. Segundo, a razoabilidade é empregada como diretriz que exige uma vinculação das normas jurídicas com o mundo ao qual elas fazem referência, seja reclamando a existência de um suporte empírico e adequado a qualquer ato jurídico, seja demandando uma relação congruente entre a medida adotada e o fim que ela pretende atingir. Terceiro, a razoabilidade é utilizada como diretriz que exige a relação de equivalência entre duas grandezas.⁴⁹

No que se refere ao princípio da proporcionalidade, Gustavo Binbenbom afirma que *a Carta da República (de 1988) não admite qualquer definição apriorística acerca da relação de prevalência entre os interesses coletivos e individuais*. E continua, lecionando que

⁴⁸ MELLO, Celso Bandeira de, Curso de Direito Administrativo, 2005, p.99.

⁴⁹ ÁVILA, Humberto, Teoria dos Princípios, São Paulo: Malheiros, 4ª edição, 2004, p. 102-3.

a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais é matizada por sua dimensão objetiva; a cada previsão de direito costuma corresponder, no texto constitucional, à previsão, explícita ou implícita, de relativização do seu conteúdo pela lei ou pela administração, em prol de outros direitos ou interesses gerais da coletividade.⁵⁰

Ainda segundo Binjenbojm, deve haver uma *ponderação proporcional* dos interesses em conflito. Cada caso concreto deve ser examinado à luz dos paradigmas estabelecidos na Constituição. O Estado Democrático de Direito é um Estado de Ponderação em que é reconhecida a necessidade de promover tanto os interesses individuais como os gerais da sociedade. Trata-se então de um *jogo de ponderações* cujo resultado dependerá do exame ponderado e razoável do caso concreto, com vistas a uma decisão proporcional e justa. O autor salienta que a maioria dos manuais de Direito Administrativo continuam apresentando o princípio da supremacia do interesse público como *pedra angular* do regime jurídico administrativo, em detrimento do princípio da proporcionalidade temperado com a técnica da ponderação.

Odete Medauar assim se manifesta sobre os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade:

Alguns autores pátrios separam *proporcionalidade* e *razoabilidade*. A esta atribuem o sentido de coerência lógica nas decisões e medidas administrativas, o sentido de adequação entre meios e fins. À proporcionalidade associam um sentido de amplitude ou intensidade nas medidas adotadas, sobretudo nas restritivas e sancionadoras. [...] Parece melhor englobar no princípio da proporcionalidade o sentido de razoabilidade. O princípio da proporcionalidade consiste, principalmente no (*grifo nosso*), segundo critério de razoável adequação dos meios aos fins. Aplica-se a todas as atuações administrativas, para que sejam tomadas decisões equilibradas, refletidas, com avaliação adequada da relação custo-benefício, aí incluído o custo social.⁵¹

Sobre o citado princípio, ensina o magistério de Marçal Justen Filho que

⁵⁰ BINENBOJM, Gustavo, Uma Teoria do Direito Administrativo. 2006, p. 86.

⁵¹ MEDAUAR, Odete, Direito Administrativo Moderno, 2007, p. 128-9.

no Brasil, a proporcionalidade não está prevista de modo expreso na Constituição, mas deriva da consagração normativa de uma pluralidade de princípios e regras que podem entrar em conflito. A proporcionalidade reflete a necessidade de prestigiar *todos* (grifo do autor) os princípios e regras albergados pelo direito.

Uma das peculiaridades do princípio da proporcionalidade consiste no reconhecimento de que a solução jurídica não pode ser produzida por meio do isolamento do aplicador em face da situação concreta. Não é possível extrair a solução pelo exame de textos legais abstratos. O intérprete tem o dever de avaliar os efeitos concretos e efetivos potencialmente derivados da adoção de certa alternativa. Deverá selecionar aquela que se configurar como a mais satisfatória, não do ponto de vista puramente lógico, mas em vista da situação real existente.”⁵²

2.3.2.7 Princípio da Motivação

O Estado Democrático de Direito exige que os atos da Administração Pública sejam motivados. É um direito do cidadão o conhecimento das razões que servem de amparo às decisões dos agentes públicos e que repercutem em sua vida pessoal e na da sociedade.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello,

a motivação deve ser prévia ou contemporânea à expedição do ato. Em algumas hipóteses de atos vinculados, isto é, naqueles em que há aplicação quase automática da lei, por não existir campo para a interferência de juízos subjetivos do administrador, a simples menção do fato e da regra de Direito aplicada pode ser suficiente, por estar implícita a motivação. Naqueloutros, todavia, em que existe discricionariedade administrativa ou em que a prática do ato vinculado depende de apurada apreciação e sopesamento dos fatos e das regras jurídicas em causa, é imprescindível motivação detalhada. É o que sucede, por exemplo, na tomada de decisões em procedimentos nos quais exista uma situação contenciosa, como no chamado processo administrativo disciplinar.[...]De outra parte, não haveria como assegurar confiavelmente o contraste judicial eficaz das condutas administrativas com os princípios da legalidade, da finalidade, da razoabilidade e da proporcionalidade, se não fossem contemporaneamente a elas conhecidos e explicados os motivos que permitiriam reconhecer seu afinamento ou desafinamento com

⁵² FILHO, Marçal Justen, Curso de Direito Administrativo, São Paulo: Saraiva, 2005, p. 59.

aqueles mesmos princípios. Assim, o administrado, para insurgir-se ou para ter elementos de insurgência contra atos que o afetem pessoalmente, necessita conhecer as razões de tais atos na ocasião em que são expendidos. Igualmente, o Judiciário não poderia conferir-lhes a real justiça, se a Administração se omitisse em anunciá-las quando da prática do ato.[...]Assim, os atos administrativos praticados sem a tempestiva e suficiente motivação são ilegítimos e invalidáveis pelo poder Judiciário toda vez que sua motivação tardia, apresentada apenas depois de impugnados em juízo, não possa oferecer segurança e certeza de que os motivos aduzidos efetivamente existiam ou foram aqueles que embasaram a providência contestada.”⁵³

Hely Lopes Meirelles refere que nos *Estados Modernos, já não existe a autoridade pessoal do governante, senão a autoridade impessoal da lei* e que no *Direito Público, o que há de menos relevante é a vontade do administrador*. É também desse doutrinador a afirmativa de que,

pela motivação o administrador público justifica sua ação administrativa, indicando os fatos (pressupostos de fato) que ensejam o ato e os preceitos jurídicos (pressupostos de direito) que autorizam sua prática. Claro está que em certos atos administrativos oriundos do poder discricionário a justificação será dispensável, bastando apenas evidenciar a competência para o exercício desse poder e a conformação do ato com o interesse público, que é pressuposto de toda a atividade administrativa. Em outros atos administrativos, porém, que afetam o interesse individual do administrado, a motivação é obrigatória, para o exame de sua legalidade, finalidade e moralidade administrativa.[...] para assegurar a garantia da ampla defesa e do contraditório [...]. A motivação, portanto, deve apontar a causa e os elementos determinantes da prática do ato administrativo, bem como o dispositivo legal em que se funda. Esses motivos afetam de tal maneira a eficácia do ato que sobre eles se edificou a denominada *teoria dos motivos determinantes* (grifo do autor)[...]. Em conclusão, com a Constituição de 1988 consagrando o princípio da moralidade e ampliando o do acesso ao Judiciário, a regra geral é a obrigatoriedade da motivação, para que a atuação ética do administrador fique demonstrada pela exposição dos motivos do ato e para garantir o próprio acesso ao judiciário.⁵⁴

Cabe também o registro das observações da professora Lúcia Valle Figueiredo, ao examinar o princípio da motivação. Ela menciona que *é imprescindível a motivação da atividade administrativa [...] e que não se concebe possa a*

⁵³ MELLO, Celso Bandeira de, Curso de Direito Administrativo, 2005, p. 100-1.

⁵⁴ MEIRELLES, Hely Lopes, Direito Administrativo Brasileiro, 2004, p.99.

administração permitir a alguns o que nega a outros, sem qualquer motivação. Entende a doutrinadora que *tal proceder não é abrigado pelo ordenamento jurídico* e acrescenta como reforço, *que a necessidade de motivação é expressa no texto constitucional*, em seu art. 93, X. *que obriga sejam as decisões administrativas do Judiciário motivadas.* Prossegue ainda a autora esclarecendo que

somente no caso concreto – em face de lei concreta ou da aplicação concreta que o administrador ou magistrado tenham feito- veremos se foi cumprido o *due process of law*..

A motivação atende às duas faces do *due process of law*: a formal – porque está expressa no texto constitucional básico; e a substancial – sem a motivação não há possibilidade de aferição de legalidade ou ilegalidade, da justiça ou da injustiça de uma decisão administrativa.⁵⁵

2.3.2.8 Princípio da publicidade

Os atos da Administração Pública devem ser transparentes. Todos os cidadãos têm o direito de conhecer e acompanhar os atos dos entes públicos e os efeitos por estes provocados.

Hely Lopes Meirelles entende que *publicidade é a divulgação oficial do ato para conhecimento público e início dos seus efeitos externos e é requisito de eficácia e moralidade.* O autor observa que *as leis, atos e contratos administrativos que produzem consequências jurídicas fora dos órgãos que os emitem exigem publicidade para adquirirem validade universal, isto é, perante as partes e terceiros.*⁵⁶ Sobre o princípio em questão, observou o autor que

[...] a publicidade dos atos e contratos administrativos, além de assegurar seus efeitos externos, visa a propiciar seu conhecimento e controle pelos interessados diretos e pelo povo em geral, através dos meios constitucionais – mandado de segurança (art. 5º, LXIX), direito de petição (art. 5º, XXXIV, a), ação popular (art. 5º LXXIII), *habeas data* (art. 5º, LXXII), suspensão dos direitos políticos por improbidade administrativa

⁵⁵ FIGUEIREDO, Lúcia do Valle, Curso de Direito Administrativo, 2001, p. 51-2.

⁵⁶ MEIRELLES, Hely Lopes, Direito Administrativo Brasileiro, 2004, p. 93.

(art. 37, §4º)-, e para tanto a mesma constituição impõe o *fornecimento de certidões* de atos da Administração, requeridas por qualquer pessoa, para defesa de direitos ou esclarecimento de situações (art. 5º, XXXIV, b), os quais devem ser indicados no requerimento. Observe-se que a Constituição alude, genericamente, “as repartições públicas”, abrangendo obviamente, as repartições da Administração *direta* e *indireta*, porque ambas são desdobramentos do serviço público, e, como tais, têm o dever legal de informar o público sobre sua atuação funcional.⁵⁷

Assim é a manifestação de Celso Bandeira de Mello a respeito do princípio da publicidade:

[...] Dever administrativo de manter plena transparência em seus comportamentos (da Administração Pública). Não pode haver em um Estado Democrático de Direito, no qual o poder reside no povo (art. 1º, parágrafo único, da Constituição), ocultamento aos administrados dos assuntos que a todos interessam, e muito menos em relação aos sujeitos individualmente afetados por alguma medida.

Tal princípio está previsto expressamente no art. 37, *caput*, da Lei Magna, ademais de contemplado em manifestações específicas do direito à informação sobre os assuntos públicos, quer pelo cidadão, pelo só fato de sê-lo, quer por alguém que seja pessoalmente interessado.[...]Na esfera administrativa, o sigilo só se admite, a teor do art. 5º, XXXIII, quando ‘imprescindível à segurança’ da Sociedade e do Estado.⁵⁸

Para Lúcia Valle Figueiredo, *a publicidade dos atos administrativos [...] é de cabal importância e todos os mecanismos de garantias atribuídos aos administrados, quer individuais, quer coletivos, dependem da ampla publicidade*, Ela é também, a responsável – muita vez – pela realização da isonomia. Escreve a doutrinadora que *é a publicidade, enfim, que possibilita as formas de controle admitidas constitucionalmente, tanto internas quanto externas e que as decisões secretas, editais ocultos, mesmo a publicidade restrita ao mínimo exigido por lei (e conhecida de pouquíssimos), não atendem, de forma alguma, aos princípios constitucionais e, sobretudo, à transparência da administração.*

Sobre o princípio da publicidade, além dos dispositivos constitucionais já citados pelos autores acima referidos, Lúcia Valle Figueiredo nomeia como pertinentes ao tema, o inciso LX (possibilidade de restrições quando à defesa da intimidade ou o interesse social exigirem) do art. 5º, o inciso II do art. 37 (necessidade de

⁵⁷ MEIRELLES, Hely Lopes, Direito Administrativo Brasileiro, 2004, p. 95.

⁵⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de, Curso de Direito Administrativo, 2005, p.102.

concurso público) e os incisos IX (necessidade de que os julgamentos do Poder Judiciário sejam públicos) e X (decisões motivadas) do art. 93, todos da CF/88.

Por sua vez, tratando do princípio da publicidade, o professor Marçal Justen Filho considera que

Um dos efeitos mais relevantes da procedimentalização se relaciona com a publicidade das decisões administrativas. A necessidade de observar o procedimento inviabiliza o sigilo das escolhas administrativas. A possibilidade de conhecimento público sobre as escolhas desincentiva a prática de irregularidades, especialmente em vista da ampliação da possibilidade de repressão a ilícitos e desvios. A certeza da revelação da ilicitude e da improbidade é um fator essencial para a redução de práticas reprováveis.⁵⁹

2.3.2.9 Princípio da Eficiência

O princípio da eficiência foi incluído no caput do art. 37 da Carta Maior pela Emenda Constitucional 19/98 e foi objeto de muitos questionamentos por parte dos doutrinadores que entendem caber à Administração Pública, desde sempre, agir com eficiência em suas atividades.

Lúcia Valle Figueiredo entende que o princípio da eficiência,

ao que nos parece (a ela), pretendeu o legislador da Emenda 19 simplesmente dizer que a Administração deveria *agir com eficácia* (grifo nosso). Todavia, o que podemos afirmar é que *sempre* a administração deveria agir eficazmente. É isso o esperado dos administradores. Todavia, acreditamos possa extrair-se desse novo princípio constitucional outro significado aliando-se ao art. 70 do texto constitucional, que trata do controle dos Tribunais de Contas. Deveras, tal controle deverá ser exercido não apenas sobre a legalidade, mas também sobre a legitimidade e a economicidade; portanto, praticados pela Administração pública, para verificação se foram úteis o suficiente ao fim a que se preordenavam, se foram eficientes.⁶⁰

⁵⁹ FILHO Marçal Justen, 2005, p.65.

⁶⁰ FIGUEIREDO, Lúcia Valle, Curso de Direito Administrativo, 2001, p.63.

Alexandre de Moraes ensina que o princípio da eficiência está interligado aos da razoabilidade e da moralidade *pois o administrador deve utilizar-se de critérios razoáveis na realização de sua atividade discricionária*. Segundo o autor, as características principais do referido princípio são: direcionamento da atividade e dos serviços públicos à efetividade do bem comum, imparcialidade, neutralidade, transparência, participação e aproximação dos serviços públicos da população, eficácia, desburocratização e busca de qualidade.

O pensamento de Celso Bandeira de Mello sobre o princípio da eficiência merece destaque

[...] Trata-se, evidentemente, de algo mais do que desejável. Contudo, é juridicamente tão fluído e de tão difícil controle ao lume do Direito, que mais parece um simples adorno agregado ao art. 37 ou o extravasamento de uma aspiração dos que buliram no texto. De toda a sorte, o fato é que tal princípio não pode ser concebido (entre nós nunca é demais fazer ressalvas óbvias) senão na intimidade do princípio da legalidade, pois jamais uma suposta busca de eficiência justificaria postergação daquele que é o dever administrativo por excelência. Finalmente, anote-se que este princípio da eficiência é uma faceta de um princípio mais amplo [...], o da boa administração.⁶¹

No entendimento de Odete Medauar, toda a atuação da Administração Pública deve estar pautada pelo princípio da eficiência, já que é ele quem aponta um *modo de agir rápido e preciso, para produzir resultados que satisfaçam as necessidades da população*. Entende também a autora que a eficiência deve ser buscada pela Administração Pública sempre em consonância com o princípio da legalidade.⁶²

Marçal Justen Filho salienta que o princípio da eficiência administrativa, também chamado de princípio da eficácia, por alguns doutrinadores, tem como essência a *vedação ao desperdício ou má utilização dos recursos destinados à satisfação de necessidades coletivas. É necessário obter o máximo de resultados com a menor quantidade possível de desembolsos*. Marçal Filho salienta também que o referido princípio *impõe como primeiro dever à administração evitar o desperdício e a*

⁶¹ MELLO, Celso Bandeira de, Curso de Direito Administrativo, 2005, p. 109-10.

⁶² MEDAUAR, Odete, Direito Administrativo Moderno, 2007, p. 121-2.

*falha” avaliadas como ponderação de interesses e de valores de distinta natureza.*⁶³

2.3.2.10 Princípio da indisponibilidade do interesse público

O princípio da indisponibilidade do interesse público é consequência do princípio da supremacia do interesse público e corresponde a um poder-dever.

Lúcia Valle Figueiredo avalia que *ao investir a Administração de prerrogativas especiais para a tutela de determinados interesses [...], a norma [...] qualificou-os de inalienáveis e que toda a competência é, por lei, intransferível.* Conforme escreve a autora, *[...] mesmo ao delegar o exercício de determinadas funções públicas a outrem, a Administração delas não poderá dispor.*⁶⁴

Para Diógenes Gasparini, conforme esse princípio *os bens, direitos, interesses e serviços públicos à livre disposição dos órgãos públicos, a quem apenas cabe curá-los, ou do agente público, mero gestor da coisa pública.* Ensina também que os órgãos e agentes públicos têm o dever de guardar e aprimorar o patrimônio, os interesses e os serviços públicos para que esses cumpram com a sua finalidade. Gasparini enfatiza ainda que o detentor da disponibilidade dos órgãos e serviços públicos é o Estado e que,

por essa razão, há necessidade de lei para alienar bens, para outorgar concessão de serviço público, para transigir, para renunciar, para confessar, para relevar a prescrição. [...] Aos agentes públicos, por força desse princípio, é vedada a renúncia, parcial ou total, de poderes ou competências, salvo autorização legal. Em razão desse princípio, não pode a Administração Pública deixar de usar os meios judiciais e extrajudiciais para repelir a turbação, o esbulho e a indevida utilização de áreas públicas. (TR, 726:236.)⁶⁵

Odete Medauar sustenta que o princípio da indisponibilidade do interesse público *veda à autoridade administrativa deixar de tomar providências ou de retardar*

⁶³ FILHO, Marçal Justen, Curso de Direito Administrativo, 2005, p. 84-5.

⁶⁴ FIGUEIREDO, Lúcia Valle ,Curso de Direito Administrativo, 2001, p.66.

⁶⁵ GASPARINI, Diógenes, Direito Administrativo, 2002, p. 16-7.

providências que são relevantes ao atendimento do interesse público, em virtude de qualquer outro motivo.

Como já foi registrado, existem outros princípios administrativos. Alguns deles serão apresentados ao longo dos capítulos deste trabalho, de modo especial os princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, que são o tema principal desta monografia. Não existe hierarquia entre os princípios e, por isso, a apresentação de alguns deles feita até aqui não reduz a importância dos demais.

3. A PROCESSUALIZAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO

A chamada processualização do Direito consiste na absorção dos princípios constitucionais por esse ramo da ciência jurídica. Atualmente os ordenamentos jurídicos têm como centro irradiador as constituições e dentro delas o primado dos princípios. Por esse motivo, não há falar em Direito Administrativo hodierno sem debruçar-se na análise da influência das constituições e dos princípios nesse ramo do Direito. Cada vez mais distante está o tempo em que as questões relativas à Administração Pública eram abordadas como se fossem um universo à parte, em relação ao ordenamento jurídico. Atualmente, a cada dia, revelam-se imprescindíveis para as relações jurídicas entre os órgãos da Administração e desta com os administrados, os princípios e normas presentes nas cartas maiores. A processualização do Direito Administrativo se consolida como medida inafastável para que os procedimentos, os processos e, por conseguinte, todos os atos administrativos tenham a marca indelével da garantia dos direitos fundamentais assegurados na Constituição.

3.1 As relações jurídico-administrativas e os princípios da juridicidade e da segurança jurídica.

Antes de abordar o tema da processualização do Direito Administrativo, examinar-se-á a relação jurídico-administrativa e mais dois princípios constitucionais administrativos que estão relacionados diretamente às finalidades dos processos/procedimentos administrativos.

O Estado Democrático de Direito tem como uma de suas principais características, como se procurou demonstrar até aqui, a consolidação de uma *democracia participativa*. A Administração Pública, nesse contexto, deve expressar em seus

objetivos e atos, a efetivação do tipo de Estado e de sociedade delineado pela Carta da República. Nesse sentido, fica evidente que as relações jurídico-administrativas devem estar calcadas especialmente nos princípios da juridicidade e da segurança jurídica.

Carlos Henrique Caldeira Jardim entende que existe uma *tendência de o procedimento administrativo e a relação jurídica administrativa convergirem para o centro da dogmática administrativa*. Ele afirma também que:

A relação jurídica administrativa corresponde a um esquema relacional caracterizado pelos vínculos jurídicos que ligam a Administração e os administrados – particulares, servidores, interessados -, assim como as autoridades administrativas, umas às outras. O ato administrativo, neste esquema relacional, é concebido como um dos fatos suscetíveis de criar, modificar ou até mesmo extinguir as relações jurídicas, o que permitiria explicar os vínculos existentes entre a administração e os administrados, inclusive anteriores ou posteriores à prática do ato administrativo. Em última análise, a noção da relação jurídica como elemento central da dogmática administrativa encerra o reconhecimento dos administrados como titulares de direitos subjetivos perante a administração, dando ensejo a uma posição de igualdade, fundada na constituição, entre os sujeitos envolvidos nas relações jurídicas multilaterais.”⁶⁶

Sabe-se que, nas relações jurídicas entre o Estado e os administrados, encontram-se, de um lado, o Estado ou pessoa no exercício da função administrativa, e, de outro, aqueles para quem é exercida a relação de administração. Assim, conforme escreve Lúcia Valle Figueiredo, *no ato administrativo sempre existirá quem determina, constitui, extingue ou modifica relações jurídicas e quem se beneficia (atos ampliativos) ou deve se comportar (atos restritivos ou ordens) dentro dos parâmetros da norma individual, concreta*.⁶⁷ Se antes essas relações se caracterizavam por um viés autoritário em que a Administração era “todo-poderosa” e os administrados semelhantes a pedintes que dependiam dos “favores” das autoridades, hoje, busca-se uma filtragem

⁶⁶ JARDIM, Carlos Henrique Caldeira, Sociedade Democrática, Direito Público e Controle Externo; JÚNIOR, José Geraldo de Souza, organizador; DANTAS, Arsênio José Da Costa ...[et a], Brasília: UnB/TCU, 2006, p. 408.

⁶⁷ FIGUEIREDO, Lúcia Valle, Curso de Direito Administrativo, 2001, p.161.

constitucional do Direito Administrativo, a qual acontece *pela superação do dogma da onipotência da lei administrativa e sua substituição por referências diretas a princípios expressa ou implicitamente consagrados no ordenamento constitucional*.⁶⁸ Tem-se, assim, nessa filtragem, a expressão do *princípio da juridicidade administrativa (grifo nosso)*, assim descrito por Gustavo Binbenbojm:

A ideia de juridicidade administrativa traduz-se, assim, na vinculação da Administração Pública ao ordenamento jurídico como um todo, a partir do sistema de princípios e regras delineado na Constituição. A juridicidade administrativa poderá, portanto, (I) decorrer diretamente da normativa constitucional; (II) assumir a feição de uma vinculação estrita à lei (formal ou material); ou (III) abrir-se à disciplina regulamentar (presidencial ou setorial), autônoma ou de execução, conforme os espaços normativos (e sua peculiar disciplina) estabelecidos constitucionalmente.⁶⁹

Entende-se, por todo o referido acima, que a constitucionalização do Direito Administrativo consagrou princípios e regras que vinculam diretamente as autoridades administrativas, uma vez que a Carta Magna passou a ser vista como *norma diretamente habilitadora da competência administrativa e como critério imediato de fundamentação e legitimação da decisão administrativa*⁷⁰. Tem-se, assim, a partir da nova principiologia constitucional, um Direito Administrativo democrático e realizador dos direitos do homem. Esse novo contexto englobou o princípio da legalidade (que foi, por muitas décadas, o centro do direito administrativo) dentro da ideia de *juridicidade administrativa*, conforme muito adequadamente observa Gustavo Binbenbojm:

A ideia de *juridicidade administrativa*, elaborada a partir da interpretação dos princípios e regras constitucionais, passa, destarte, a englobar o campo da *legalidade administrativa*, como um de seus *princípios internos*, mas não altaneiro e soberano como outrora (grifo nosso). Isso significa que a atividade administrativa continua a realizar-se, via de regra, (I) segundo a lei, quando esta for constitucional (atividade secundum legem), (II) mas pode encontrar fundamento direto na Constituição independente ou para além da lei (atividade praeter legem),

⁶⁸ BINENBOJM, Gustavo, Uma Teoria do Direito Administrativo, 2006, p.144.

⁶⁹ Ibidem, p.144

⁷⁰ Ibidem, p. 37.

ou, eventualmente, (III) legitimar-se perante o direito, ainda que contra a lei, porém com fulcro numa ponderação da legalidade com outros princípios constitucionais(atividade contra legem, mas com fundamento numa otimizada aplicação da Constituição).[...} A filtragem constitucional do direito administrativo ocorrerá, assim, pela sua superação do dogma da onipotência da lei administrativa (grifo nosso) e sua substituição por referências diretas a princípios expressa ou implicitamente consagrados no ordenamento constitucional.”⁷¹

Verifica-se assim que toda a mudança que ocorreu dentro da Administração Pública após o advento da Carta Magna, aumentou as garantias a serem asseguradas aos cidadãos e reforçou a importância de um dos princípios gerais do direito, o da *segurança jurídica* (grifo nosso). Esse princípio está na essência do Estado Democrático de Direito e, embora não esteja localizado especificamente em um dispositivo constitucional determinado, permeia todo o sistema da nossa Constituição.

Sobre o princípio da segurança jurídica, assim se manifesta Celso Bandeira de Mello:

O Direito propõe-se a ensejar uma certa estabilidade, um mínimo de certeza na regência da vida social. Daí o chamado princípio da “segurança jurídica”, o qual, bem por isto, se não é o mais importante dentre todos os princípios gerais de Direito, é, indisputavelmente, um dos mais importantes entre eles. Os institutos da prescrição, da decadência, da preclusão (na esfera processual), do usucapião, da irretroatividade da lei, do direito adquirido, são expressões concretas que bem revelam esta profunda aspiração à estabilidade, à segurança, conatural ao Direito. Tanto mais porque inúmeras dentre as relações compostas pelos sujeitos de direito constituem-se em vista do porvir e não apenas da imediatidade das situações, cumpre, como inafastável requisito de um ordenado convívio social, livre de abalos repentinos ou surpresas desconcertantes, que haja uma certa estabilidade nas situações destarte constituídas.[...] Por força mesmo deste princípio (conjugadamente com os da presunção de legitimidade dos atos administrativos e da lealdade e boa-fé), firmou-se o correto entendimento de que orientações firmadas pela Administração em dada matéria não podem, sem prévia e pública notícia, ser modificada em casos concretos para fins de sancionar, agravar a situação dos administrados ou denegar-lhes pretensões, de tal sorte que só se aplicam aos casos ocorridos depois de tal notícia.”⁷²

⁷¹ BINENBOJM, Gustavo, Uma Teoria do direito Administrativo, 2006, p. 38; 148.

⁷² MELLO, Celso Bandeira de, Curso de Direito Administrativo, 2005, p. 111-12.

Para Hely Lopes Meirelles, “o princípio da segurança jurídica é considerado como uma das vigas mestras da ordem jurídica”. Para corroborar seu pensamento, esse autor toma para si as considerações de Almiro do Couto e Silva:

(Um) dos temas mais fascinantes do Direito Público neste século é o crescimento da importância do princípio da segurança jurídica, entendido como princípio da boa-fé dos administrados ou da proteção da confiança. A ele está visceralmente ligada a exigência de maior estabilidade das situações jurídicas, mesmo daquelas que na origem apresentam vícios de ilegalidade. A segurança jurídica é geralmente caracterizada como uma das vigas mestras do Estado de Direito. É ela, ao lado da legalidade, um dos subprincípios integradores do próprio conceito de Estado de Direito.⁷³

Não menos interessantes são os esclarecimentos de Odete Medauar sobre o assunto, quando afirma que o *tema da segurança jurídica, no Direito brasileiro, vem associado, em geral, a questões de direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada*. A autora entende que esse princípio é *referido sob a expressão segurança e certeza das relações jurídicas* e manifesta a *condição do indivíduo como sujeito ativo e passivo das relações sociais, quando podendo saber quais são as normas jurídicas vigentes, tem fundadas expectativas de que elas se cumpram*. Odete Medauar entende também que o sistema jurídico dá à sociedade uma estabilidade de que aquela necessita e torna previsível a atuação estatal sujeita a regras fixas. Segundo a autora, do princípio da segurança jurídica decorrem os subprincípios: *a) exigência de leis claras e precisas; b) exigência de grau de concreção suficiente na disciplina de certa matéria; o caráter vago da norma implica, muitas vezes, delegação de competência ao Executivo e ao Judiciário; c) proteção da confiança*.⁷⁴

3.2. Conceitos de Procedimento e de Processo

As relações entre os cidadãos e a Administração Pública são efetivadas por intermédio dos instrumentos de garantia daqueles em relação a essa. O conjunto

⁷³ SILVA, Almiro do (*apud* MEIRELLES, 2004, p.96).

⁷⁴ MEDAUAR, (2001, *apud* Ávila, 2004, p. 114-5).

desses instrumentos de garantia é chamado de procedimento ou processo administrativo, sem os quais os direitos dos cidadãos não se concretizam. Todo ato administrativo é resultante de procedimentos/processos em que as previsões feitas pela lei em abstrato passam ao plano da concretude.

A doutrina não é uniforme quanto à denominação desses atos que envolvem as relações entre os entes públicos entre si, destes com os indivíduos e a sociedade. Alguns doutrinadores entendem que *processo* e *procedimento* são sinônimos; outros não.

O debate em torno da escolha do termo mais adequado para denominar os atos administrativos chegou até mesmo a dois recentes diplomas legais brasileiros que tratam do assunto: a Lei n. 9784/99 e a Lei n. 10.177/98. A primeira *estabelece normas básicas sobre o processo administrativo no âmbito da administração Pública Federal (art. 1º)*, e a segunda, do Estado de São Paulo, *regula os atos e procedimentos administrativos da administração centralizada e descentralizada do estado (art. 1º)*.

No dizer de Celso Bandeira de Mello, no Brasil, costuma-se usar a expressão *procedimento* para os atos administrativos em geral, enquanto *processo* é utilizado para os atos que envolvem o contencioso. No entanto, verifique-se o que escreve o autor:

Procedimento administrativo ou processo administrativo é uma sucessão itinerária e encadeada de atos administrativos que tendem todos, a um resultado final e conclusivo. Isto significa que para existir o procedimento ou processo cumpre que haja uma sequência de atos conectados entre si, isto é, armados em uma ordenada sucessão visando a um ato derradeiro, em vista do qual se compôs esta cadeia, sem prejuízo, entretanto, de cada um dos atos integrados neste todo conserve sua identidade funcional própria, que autoriza a neles reconhecer o que os autores qualificam como 'autonomia relativa'. Por conseguinte, cada ato cumpre uma função especificamente sua, em despeito de que todos co-participam do rumo tendencial que os encadeia: destinarem-se a compor o desenlace, em um ato final, pois estão ordenados a propiciar

uma expressão decisiva a respeito de dado assunto, em torno do qual todos se polarizam.⁷⁵

No entendimento de Hely Lopes Meirelles, *processo* é o conjunto de atos coordenados para a obtenção de decisão sobre uma controvérsia no âmbito judicial ou administrativo; *procedimento* é o modo de realização do processo, ou seja, o rito processual. Processo seria, portanto, “o ordenamento de atos para a solução de uma controvérsia”, e procedimento “o modo específico do ordenamento desses atos”. Para esse mesmo autor,

entretanto, como, na prática administrativa, toda autuação interna recebe a denominação de ‘processo’, tenha ou não natureza jurisdicional, impõe-se distinguir os *processos administrativos propriamente ditos*, ou seja, aqueles que encerram um litígio entre a Administração e o administrado ou o servidor, dos *impropriamente ditos*, isto é, dos simples *expedientes* que tramitam pelos órgãos administrativos, sem qualquer controvérsia entre os interessados. A litigância é que distingue o processo do procedimento.[...] Todavia, a distinção é irrelevante, pois no processo administrativo deve-se assegurar a garantia e a observância de princípios constitucionais.[...]⁷⁶

Odete Medauar faz referência ao debate existente entre muitos administrativistas e tributaristas sobre possíveis critérios para diferenciar o processo usado na esfera administrativa do processo jurisdicional. A doutrinadora explica que o acréscimo da palavra administrativo à palavra processo *revela que se trata de processo que existe no âmbito da função administrativa*.

Quanto ao significado das palavras *procedimento* e *processo*, Odete Medauar entende que

no aspecto substancial, *procedimento* distingue-se de *processo*, porque, basicamente significa a sucessão encadeada de atos. Processo, por seu lado, implica, além do vínculo entre atos, vínculos jurídicos entre os sujeitos, englobando direitos, deveres, poderes, faculdades; na relação processual, processo implica, sobretudo, atuação dos sujeitos sob prisma contraditório.

⁷⁵ MELLO, Celso Bandeira de, Curso de Direito Administrativo, 2005, p 455.

⁷⁶ MEIRELLES, Hely Lopes, Direito Administrativo Brasileiro, 2004, p. 658-59.

Assim, o *processo administrativo* caracteriza-se pela atuação dos interessados em contraditório, seja ante a própria Administração, seja ante outro sujeito (administrado em geral, licitante, contribuinte, por exemplo) todos, neste caso, confrontando seus direitos com a Administração.⁷⁷

É também de Odete Medauar o estudo que faz distinção entre processo e procedimento, a partir de vários critérios:

1. *Amplitude*: o processo é o todo, o procedimento, as partes desse todo; 2. *Complexidade*: o procedimento é uma operação simples de vontade; o processo, a soma dessas diversas operações; 3. *Interesse*: o procedimento se destina à satisfação do interesse da Administração Pública, o processo, o interesse dos destinatários do ato; 4. *Concreto e Abstrato*: o processo é a soma dos atos que se realizam em cada caso; o procedimento, o esquema formal do processo; 5. *Da lide*: no processo haveria lide, no procedimento, não; 6. *Da controvérsia*: os processos administrativos são apenas aqueles que encerram uma controvérsia; os procedimentos, o rito desses processos; 7. *Teleológico e formal*: o processo é essencialmente teleológico, tem a finalidade de assegurar o exercício do poder; o procedimento, a mera coordenação formal de atos; 8. *Do ato e da função*: o procedimento vincula-se ao ato; o processo, ao exercício da função; 9. *Do gênero e da espécie*: o procedimento é gênero e o processo é espécie.⁷⁸

Concordando com o pensamento de Bandeira de Mello e de Hely Lopes Meirelles, Diógenes Gasparini entende que o procedimento é um rito, um modo de proceder. Para esse autor nem todos os processos administrativos têm um procedimento (definido aqui como rito). É o caso, exemplificando, dos processos de licitação, de admissão de servidores, expropriatório e disciplinar.

Quanto ao processo, assim se manifesta Gasparini:

Processo administrativo, como vimos, é, em sentido amplo, prático, o conjunto de medidas jurídicas e materiais praticadas com certa ordem e cronologia, necessárias ao registro dos atos da Administração Pública, ao controle do comportamento dos administrados e de seus servidores, a compatibilizar, no exercício do poder de polícia, os interesses público e privado, a punir os seus servidores e terceiros, a resolver controvérsias administrativas e a outorgar direitos a terceiros. É toda e qualquer

⁷⁷ MEDAUAR, Odete, *Direito Administrativo Moderno*, 2007, p. 162.

⁷⁸ MEDAUAR, Odete, *Direito Administrativo Moderno*, 2007, p. 41.

atuação efetivada pela Administração Pública no interesse e segurança da função administrativa.⁷⁹

Ainda sobre os questionamentos levantados pelos doutrinadores sobre a aplicabilidade dos termos *processo administrativo* e *procedimento administrativo*, Lúcia Valle Figueiredo registra que, para uns, *processo é a palavra adequada, pois é típica a conotar as atividades legislativas, executivas e judiciais* e, para outros seria *inadequada a utilização do termo processo, por objetarem que haveria confusão com o judicial (cuja nota tipificadora é a coisa julgada): assim, acreditam ser própria a expressão procedimento, pois nela encontrar-se-ia tipificada a função administrativa*". Lúcia Valle Figueiredo faz *uma tentativa de sistematização geral sobre processo e procedimento*, procurando compatibilizá-la com a Constituição.⁸⁰ Nessa tentativa de sistematização feita pela autora, a palavra processo é usada em dois sentidos: amplo e restrito.

Temos, pois, *processo* (gênero): (do qual são espécies) 1) *procedimento*, como forma de atuação normal de atuação da Administração Pública; 2) *procedimento*, sequência de atos ordenada para a emanção de um ato final, dependendo a validade do ato posterior sempre de seu antecedente, subdividindo-se em: a) *procedimentos* nominados; b) *procedimentos* inominados; 3) *processo*, em sentido estrito, em que a litigiosidade ou as 'acusações' encontram-se presentes, obrigando-se o contraditório e a ampla defesa: a) *processos* revisivos; b) *processos* disciplinares; c) *processos sancionatórios*.⁸¹

Os argumentos apresentados por Carlos Ari Sundfeld a respeito do tema não deixam dúvidas sobre a sua preferência pelo termo *procedimento* em lugar de *processo*:

Nem todas as características dos processos judiciais estão presentes nos processos administrativos; logo, o uso da mesma expressão para ambos pode provocar confusão, possibilitando que sejam apontadas nos processos administrativos características que neles nem sempre estão presentes; b) o termo processo pode dar a falsa impressão de que à Administração é permitido julgar definitivamente determinadas questões, deixando-se alguns atos à salvaguarda da apreciação judicial; c) o termo

⁷⁹ GASPARINI, Diógenes, Direito Administrativo, 2002, p.787.

⁸⁰ FIGUEIREDO, Lúcia Valle, Curso de Direito Administrativo, 2001, p. 410-11.

⁸¹ Ibidem, p. 411-12.

processo dá ensejo à confusão entre as atividades jurisdicional e administrativa do Poder Judiciário. [...] ⁸²

Esse mesmo autor, dividindo suas preocupações com uma boa parcela de doutrinadores, salienta os perigos decorrentes do uso da palavra processo:

a. Como em todas as características do processo judicial são muito marcadas em nossa mente, já que seu estudo é parte importante da formação jurídica, falar em processo administrativo pode parecer forçado, pois imediatamente nos ocorrem as inadaptabilidades. O que acaba resultando é uma restrição do uso da expressão apenas para os casos em que parece haver 'partes' e controvérsia (procedimento disciplinar e tributário), o que certamente favorece a defesa do indivíduo nessas hipóteses, mas deixa-o indefeso nas demais.

b. Falar-se em processos administrativos pode sugerir que seja dado à administração julgar definitivamente em certas situações, desde que realize processo, é dizer, desde que respeitadas garantias semelhantes às do processo judicial. Esta falsa impressão poderia gerar um efeito terrível: supor-se que certos atos administrativos, por resultarem de processos, estariam imunes ao controle jurisdicional, o que em caso algum é aceitável no Direito brasileiro (CF, art. 153, § 4º). Ademais, poderia surgir a tentação de o legislador substituir o processo judicial pelo administrativo em casos de supressão da liberdade ou da propriedade (ex.: condenação criminal ou desapropriação), que exigem processo judicial por força dos princípios do devido processo legal e do juiz natural.

c. Por fim, também o Judiciário, quando administra, realiza procedimento administrativo. Quem já examinou autos de 'processos' administrativos desenvolvidos no Judiciário, sobretudo os disciplinares, certamente terá encontrado carimbos atestando o 'trânsito em julgado' do ato administrativo final e coisas semelhantes.⁸³

Na lição de Patrícia Baptista *“o fato de o processo administrativo não apresentar total semelhança com o judicial não impede que ambos remetam a um gênero comum designado de processo, que representa uma sequência de atos preordenada a um fim e configura um meio legítimo de exercício de poder. E acrescenta a autora que para o efeito da aplicação de determinados princípios constitucionais, como o da ampla defesa e do contraditório, é irrelevante a designação que se dê, processo ou procedimento administrativo. Não é o apelido, mas a essência, que determinará o reconhecimento das garantias constitucionais.”*⁸⁴

⁸² SUNDFELD, Carlos Ari (*apud* BAPTISTA, 2003, p.225).

⁸³ *Ibidem*, p. 134.

⁸⁴ BAPTISTA, Patrícia, Transformações do Direito Administrativo, 2003, p.226

Cabe referir, por oportuno, que a expressão *processualidade administrativa* vem sendo bastante empregada na teoria, dentre outros aspectos, para refletir um *ponto diferencial em relação à visão burocrática e unilateral, comumente reservada à figura do procedimento administrativo.*” (Grifo nosso.)⁸⁵

A contribuição trazida por Eduardo Cambi e Gustavo Salomão Cambi no que se refere às noções de processo, procedimento e processo administrativo enriquecem o presente estudo sobre o tema. Ensinam eles que

O processo é uma sequência ordenada de atos dirigidos a um ato final, na qual se contempla a participação dos interessados, ou seja, daqueles que terão sua esfera jurídica atingida pela eficácia do ato. É empregado não somente no exercício da função jurisdicional, mas também na atividade administrativa. Assim, a noção de processo é mais ampla, uma vez que engloba o conceito de procedimento mais a ideia de dinamicidade, inerente ao contraditório.

O procedimento é um requisito imprescindível da atividade do Estado, porque pela forma dos atos jurídicos se dá a explicitação da competência. Desse modo, ao se prever um órgão que tenha poderes legítimos para a tomada de decisão e os modos de que se pode valer para influenciar na tomada dessa decisão, o procedimento cumpre seu objetivo de redução intersubjetiva da complexidade, constituindo uma manifestação da racionalidade das formas de exercício do poder, além de representar uma garantia de participação democrática.

Quando ao procedimento, soma-se a colaboração dos sujeitos, pelo exercício da garantia do contraditório, chega-se à noção de processo. Com efeito, *pode-se afirmar que a noção de procedimento administrativo é estática e abstrata, enquanto que o conceito de processo administrativo é dinâmico e concreto* (grifo nosso). Por isso, pode-se referir ao processo como uma forma de ‘exteriorização da função administrativa’ (procedimento administrativo), qualificado pela participação dos interessados em contraditórios, imposto diante da circunstância de se tratar de procedimentos celebrados em preparação a algum provimento, capaz de interferir na esfera jurídica das pessoas.[...] Assim sendo, o conceito de processo é permeado pela ideia de movimento, alinhando a previsão da sequência dos atos previstos na lei (procedimento) à participação dos interessados na decisão, que é o ato final do procedimento. Portanto, o processo engloba o procedimento, conservando as suas características; contudo, trata-se de noções distintas, podendo-se afirmar que o processo contém o procedimento e que o procedimento está contido no processo.⁸⁶

⁸⁵ JARDIM, Carlos Henrique Caldeira, Sociedade Democrática, Direito Público e Controle Externo; JÚNIOR, José Geraldo de Souza, organizador; DANTAS, Arsênio José Da Costa ...[et a], Brasília: UnB/TCU, 2006, p.418.

⁸⁶ CAMBI Eduardo;CAMBI,Gustavo Salomão, Revista de Processo – N. 131, p. 63-4.

É de Maria Sylvia Zanella Di Pietro as quatro concepções de processo apresentadas a seguir:

Num primeiro sentido, (processo) designa o conjunto de papéis e documentos organizados numa pasta e referentes a um dado assunto de interesse do funcionário ou da administração; é ainda usado como sinônimo de processo disciplinar, pelo qual se apuram as infrações administrativas e se punem os infratores; [...]

Em sentido mais amplo, designa o conjunto de atos de coordenação para a solução de uma controvérsia no âmbito administrativo; como nem todo processo administrativo envolve controvérsia, também se pode falar em sentido ainda mais amplo, de modo a abranger a série de atos preparatórios de uma decisão final da Administração.⁸⁷

Verifica-se que as diferentes visões de procedimento e de processo levam à conclusão de que, na questão nuclear – necessidade da existência de atos coordenados e sequenciais que assegurem o diálogo entre os diversos entes públicos e destes com a cidadania –, existe consenso entre os doutrinadores: de um ou de outro modo, todos consideram os processos/procedimentos administrativos instrumentos garantidores e viabilizadores do Estado Democrático de Direito.

3.3 A Processualização do Direito Administrativo.

A constitucionalização do direito repercutiu de forma significativa no Direito Administrativo, provocando a necessidade de democratizar as práticas da Administração Pública. As múltiplas e crescentes demandas sociais colocaram em exame a primazia da lei como expressão do interesse público, bem como levaram a uma revisão profunda do papel da Administração Pública, que, até ali, exercia predominantemente a função de mera executora da legalidade.

Patrícia Baptista afirma que o termo *processualização* representa a *crescente transferência da dinâmica da atividade administrativa para o meio processual* e que, dia a dia, *a atividade administrativa é exercida, mais e mais, através de*

⁸⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, Direito Administrativo, 16ª edição, São Paulo: Atlas, 2003, p 505-6.

meios processuais. Refere a autora também que o termo processualização *seria equivalente à jurisdicionalização da atividade administrativa*.⁸⁸

Também segundo Patrícia Baptista *nesse novo contexto, a participação administrativa se qualifica como o canal necessário para tornar viável a expressão dos interesses sociais na formação da vontade administrativa, conferindo-lhe legitimação*. Sobre esse tema, assim consigna a autora:

O processo administrativo, por sua vez, é a sede por excelência da participação administrativa. Apresenta-se como o instrumento mais apto à construção de uma *nova Administração Pública destinada a atuar como mediadora e catalisadora de interesses sociais*. (Grifo nosso.) Desse modo, por conta do desenvolvimento da participação administrativa, assiste-se por toda a parte a um verdadeiro movimento de processualização da vida administrativa. A revalorização e multiplicação dos processos como veículos decisórios da Administração provocam, ainda, o *deslocamento do centro das discussões do ato administrativo para o processo administrativo*. (Grifo nosso.)⁸⁹

Ainda conforme Patrícia Baptista, com o advento do Estado-Providência, a partir da segunda metade do século XX, as novas condições político-jurídicas fizeram surgir um novo modelo prestador, que trouxe novas funções para a Administração Pública, como as de planejamento e regulação. As relações de poder, calcadas frequentemente no exercício de formas agressivas de autoridade e centradas no ato administrativo (então, senhor absoluto na expressão da atividade administrativa), começaram a conviver novas configurações de colaboração e de participação da cidadania com o Poder Público. Para atender às novas funções, a Administração teve de buscar outras formas de materialização, entre elas, a *contratualização, a tecnização, a participação, o consenso e as formas de direito privado* (grifo nosso). Observa a autora que *diante dessa nova realidade, assim, vem se tornando inevitável a diversificação ainda maior dos instrumentos utilizados para a consecução da função administrativa*, e o ato administrativo representa *nos dias atuais, mais uma dentre as várias exteriorizações jurídicas daquela atividade (da Administração Pública)*. E acrescenta a autora que:

⁸⁸ BAPTISTA, Patrícia, Transformações do Direito administrativo, 2003, p.243.

⁸⁹ Ibidem, p. 178-79.

[...] hoje as decisões administrativas genéricas, de cunho regulador e planejador, sobretudo no campo do direito administrativo econômico, têm aptidão para atingir uma amplitude muito maior de sujeitos. Nesse contexto, surgiram fortes demandas por participação, apontando para a necessidade de revalorização do cidadão como sujeito de direito administrativo. Diante dessa nova realidade, assim, vem se tornando inevitável a diversificação ainda maior dos instrumentos utilizados para a consecução da função administrativa.

Parece claro, pois, que o ato administrativo não mais tem condições de permanecer isolado como conceito central da dogmática do direito administrativo [...].⁹⁰

Para Marçal Justen Filho, dentro do novo contexto criado com o estabelecimento do Estado Democrático de Direito tornou-se imperativa a submissão do regime de Direito Administrativo a determinados procedimentos, assim também à observância do princípio da soberania popular, que *se manifesta por diversas vias, que dependem da própria natureza das atividades e funções exercitadas*. Registra também o estudioso que a procedimentalização tem como um de seus mais *relevantes efeitos* a publicidade das decisões administrativas, já que esta inviabiliza o sigilo das escolhas feitas pela Administração, oportunizando o conhecimento público dessas escolhas e ampliando a possibilidade de repressão a ilícitos e a desvios. O autor entende ainda que é importante destacar *a função jurídica da procedimentalização como componente do regime de direito administrativo* e a oportunidade propiciada por ela no sentido de *que todos os interesses sejam expostos ao exame público, com defesa dos diversos pontos de vista*. A esse respeito, escreve Justen Filho:

A procedimentalização significa a necessidade de que as decisões administrativas surjam como conclusão de uma série ordenada de atos, estruturados entre si de modo a propiciar a participação de todos os interessados, a ampla investigação da realidade dos fatos, a exposição dos motivos determinantes para as escolhas adotadas e a submissão à revisão de entendimentos.

Não há regime democrático quando as decisões administrativas são adotadas sem a observância de procedimentos predeterminados que assegurem a participação igualitária de todos os integrantes da comunidade.[...] Por outro lado, a observância de um procedimento reduz o risco de decisões equivocadas, precisamente porque o desenvolvimento das etapas preliminares traz a lume as razões

⁹⁰BAPTISTA, Patrícia, Transformações do Direito Administrativo Moderno, 2003, p. 231-33.

favoráveis e contrárias a cada escolha possível. A instrução probatória fornece os subsídios técnicos que permitem avaliar os efeitos diretos e indiretos de cada opção.⁹¹

Verifica-se, pelos argumentos expostos acima, que a processualização/procedimentalização administrativa é instrumento necessário e indispensável para que o Estado Democrático de Direito se concretize. A transparência das atividades da Administração Pública, manifestada na eficiência e na publicidade de seus atos, bem como no chamamento dos cidadãos a uma atitude consciente e participativa, devem constituir-se em imprescindíveis metas a serem alcançadas por todas as esferas do Poder Público.

3.4 O processo administrativo moderno: finalidade, funções e estrutura

Os temas e fundamentos abordados até aqui tornam claro o papel representado atualmente pelo processo administrativo. O Estado Democrático de Direito pretendido pela Carta Magna de 88 somente se concretiza na medida em que for viabilizado através dos instrumentos e das práticas levadas a efeito pelo Poder Público. Dentre elas, como já foi demonstrado, certamente está o processo administrativo. A par dos debates a respeito do significado das expressões *procedimento administrativo* e *processo administrativo*, o que realmente parece interessar é que, independente do nome, sejam utilizados no cotidiano da Administração os meios que efetivem as garantias próprias ao Estado Democrático de Direito. Dessa forma, o papel do processo administrativo atualmente, seja em seu sentido amplo ou estrito, é o de proporcionar aos administrados um canal eficiente para se fazerem ouvidos e respeitados em seus direitos. É no transcorrer do processo administrativo que deve ser buscada a satisfação das necessidades dos cidadãos, de forma clara, organizada e eficiente; é através dele que o Poder Público serve a sociedade e não o contrário. O processo administrativo possibilita as oportunidades de construir uma decisão da

⁹¹ FILHO, Marçal Justen Filho, Curso de Direito Administrativo, 2005, p. 63-5.

autoridade administrativa que não seja considerada o principal ato do próprio processo e sim a finalização adequada de um conjunto de atos que nele são efetivados.

Em aprimorado estudo, Patrícia Baptista ensina que a nova dimensão assumida pelo processo administrativo tem como base as modernas doutrinas italiana e alemã. A primeira, objetivista, aponta as *vantagens organizatórias e de maior eficiência no exercício das funções administrativas proporcionadas pelo destaque do processo administrativo como categoria central do direito administrativo*. A segunda – subjetivista – aponta o *relevo do processo administrativo como instrumento de realização e de garantia dos direitos fundamentais*. Na perspectiva das duas doutrinas o processo administrativo é atualmente *o meio mais adequado de expressão da vontade administrativa*.⁹²

Nesse sentido também é a manifestação Vasco Pereira da Silva:

Quer seja entendido de acordo com uma perspectiva objetivista, quer subjetivista, o procedimento administrativo assume uma relevância cada vez maior na administração moderna. Dir-se-ia que 'a maior importância do direito do procedimento e as exigências de participação e de intervenção dos cidadãos nos processos administrativos de tomada de decisão adquirem [...] uma função de contrapeso e de reacção perante as mais amplas margens de liberdade de que goza a Administração na execução e aplicação da lei' (Parejo Alfonso). Daí que a doutrina defenda a necessidade de 'mudança de paradigma': do direito material para o direito do procedimento (Goerlich), alterando a tradicional lógica da dogmática jurídico-administrativa.⁹³

Tem-se como oportuno registrar também que, como aponta Patrícia Baptista, entre as dificuldades enfrentadas pela Administração Pública está o *déficit* de legitimação, eficiência e garantia, causados pela imprecisão técnica dos dispositivos legais, pelo aumento da intervenção administrativa na vida social e pela imperfeição do controle judicial. O processo administrativo ganha, a partir dessa realidade, a missão de compensar as citadas deficiências da Administração;

⁹² BAPTISTA, Patrícia Baptista, Transformações do Direito Administrativo Moderno, p. 240-1.

⁹³ SILVA, Vasco Pereira da Silva (1998, *apud* BAPTISTA, 2003, p. 241).

sua função legitimadora está no chamamento das partes à participação, possibilitando que elas se comuniquem efetivamente e de acordo com os regulamentos jurídicos, envolvendo-se, assim, na tomada de decisão. Essa é uma mudança estrutural da expectativa: se anteriormente as partes se quedavam à espera da decisão da autoridade administrativa, com o novo paradigma, elas são estimuladas a tomar atitudes, a promover ações que façam do processo administrativo um eficiente canal para a realização do seu direito e para o exercício de suas prerrogativas cidadãs. Outro aspecto da função legitimadora do processo administrativo está na contribuição por ele prestada no sentido de promover uma racionalização maior da atividade administrativa. A sequência organizada e lógica das atividades dentro de um processo acaba por aumentar o controle da discricionariedade administrativa e diminuir os riscos de decisões equivocadas por parte das autoridades. Ela oferece também melhores condições de aproveitamento dos meios financeiros e dos materiais disponíveis. Segundo Patrícia Baptista, [...] *é preciso reconhecer que, além do elevado nível de racionalidade, também o envolvimento das partes e o consenso proporcionado representam vantagens dos processos administrativos e justificam, do ponto de vista sociológico, a sua adoção como meio preferencial de desenvolvimento da atividade administrativa*".⁹⁴

Sobre o tema do processo como instrumento de legitimação das atividades da Administração, Niklas Luhmann aponta que

A legitimação pelo procedimento e pela igualdade das probabilidades de obter decisões satisfatórias substitui os antigos fundamentos jusnaturalistas ou os métodos variáveis de estabelecimento de consenso. [...] Os procedimentos encontram como que um reconhecimento generalizado, que é independente do valor do mérito de satisfazer a decisão isolada, e este reconhecimento arrasta consigo a aceitação e consideração de decisões obrigatórias.⁹⁵

⁹⁴BAPTISTA Patrícia, Transformações do Direito Administrativo Moderno, 2003, p. 246.

⁹⁵ LUHMANN, Niklas (1980 *apud* BAPTISTA, 2003, p. 244).

Odete Medauar, por sua vez, entende que o poder estatal é autoritário e imperativo e que, para esse poder não ser unilateral e opressivo *deve encontrar expressão em termos de paridade e imparcialidade, no processo pré-constituído* e que se revestem da maior importância os momentos de formação da decisão como legitimação do poder em concreto, pois os *dados do problema que emergem no processo, permitem saber se a solução é correta ou aceitável e se o poder foi exercido de acordo com as finalidades para as quais foi atribuído*. E a autora continua, referindo que, *desse modo, a imperatividade do ato apresenta-se como resultado de um processo que viu o confronto de muitos interesses, direitos e deveres e chegou a um ponto de convergência; é possível, então, falar de nova imperatividade* (grifo nosso), pois é construída e buscada, superando a ideia de imperatividade unilateral.⁹⁶

Quanto à função de eficiência do processo administrativo, pode-se afirmar que ele é indispensável meio de processamento de informações e de preparação da decisão final a ser tomada pela Administração. Essas informações, organizadas de forma objetiva e clara, funcionarão como ponto de encontro e de composição de interesses públicos e privados, suscetíveis de reconhecimento pela Administração e, como consequência, diminuirão os conflitos e aumentarão a eficiência do Poder Público.

É nesse sentido a manifestação de David Duarte:

O procedimento administrativo funciona como um centro de apaziguamento de conflitos e consegue ser, ao mesmo tempo, uma garantia de dois objetivos essenciais que assistem ao fenômeno participatório: proteção de interesses particulares e colaboração exterior na tarefa de realização do interesse público. Abertura procedimental, apaziguamento dos conflitos e filtragem de relevância dos elementos introduzidos aparecem, assim, como um trítone demonstrativo das contradições e da permanente transformação formal e substancial que o procedimento administrativo encerra.⁹⁷

⁹⁶ MEDAUAR, Odete, A Processualidade no Direito Administrativo, 1993, p. 66-7.

⁹⁷ DUARTE, David (1996, *apud* BAPTISTA, 2003, p. 247).

Não menos importante que as anteriores, a função de garantia exercida pelo processo administrativo é que assegura sejam efetivados os direitos fundamentais estabelecidos em nossa Constituição; é por meio dele que as partes e as demais pessoas interessadas têm a oportunidade de se manifestar. Como escreve Patrícia Baptista *os processos devem contribuir para o aumento da proteção dos cidadãos perante a Administração*.⁹⁸

Odete Medauar entende que a função garantística do processo administrativo está ligada à garantia jurídica dos funcionários e dos particulares, já que tem como finalidade tutelar os direitos dos administrados que os atos administrativos podem afetar. Refere a autora que:

Atribui-se ao processo administrativo a condição de 'primeiro círculo de garantia das posições jurídicas do administrado, enquanto supõe que a atividade administrativa tem de canalizar-se obrigatoriamente por parâmetros determinados como requisito mínimo para ser qualificada de legítima. No esquema processual o cidadão não encontra ante si uma administração livre, e sim uma Administração disciplinada na sua atuação. O aspecto garantista vem também enfocado em referência ao controle jurisdicional [...] pois o processo administrativo, por suas características, toca em pontos que escapam àquela (à proteção jurisdicional); assim, enquanto a providência jurisdicional vem a posteriori, o processo administrativo propicia garantia prévia à edição do ato. Por outro lado, a proteção jurisdicional só atingiria a legalidade, sem trazer garantias quanto à conveniência e oportunidade, ao passo que o processo administrativo admite argumentos no tocante ao mérito. No aspecto da complementação da proteção jurisdicional, invocam-se ainda os problemas da efetividade das decisões jurisdicionais ou as dificuldades de sua execução perante a Administração Pública, em especial o atraso, a recusa pura e simples ou a execução parcial. Se mediante o processo administrativo, direitos dos administrados obtêm reconhecimento, evitam-se os ônus da ação em juízo.⁹⁹

O processo administrativo atualmente apresenta uma postura bem diversa da predominava há algumas décadas, nas quais a visão mais aceita era a de que, como refere Guimarães Menegale, *só na fase de execução a vontade do administrador encontra-se com a vontade dos administrados; na fase de decisão, só a vontade do administrador se manifesta e também só circula nos limites da*

⁹⁸ BAPTISTA, Patrícia, Transformações do Direito Administrativo, 2003, p.248.

⁹⁹ BAPTISTA, Patrícia, Transformações do Direito Administrativo, 2003, p.63-4.

*economia administrativa, sem conexão com o exterior, quer dizer, com o mundo dos administrados.*¹⁰⁰ Hoje o processo administrativo é visto como um meio de aproximação entre a vontade do administrador e a vontade das partes, na busca do sopesamento dos vários interesses envolvidos em uma determinada situação.

A esse respeito, veja-se o que leciona Odete Medauar:

Mediante a colaboração individual ou coletiva de sujeitos no processo administrativo, realiza-se a aproximação entre Administração e cidadãos. Rompe-se, com isso, a ideia de administração contraposta à sociedade; muda a perspectiva do cidadão visto em contínua posição de defesa contra o poder público que age de modo autoritário e unilateral; quebra-se a tradição de interesse público oposto a interesse privado. O processo administrativo estende as superfícies de contato entre sujeito público e sujeito privado, instrumentalizando, assim, as exigências pluralistas do contexto sócio-político do fim do século XX e a demanda de democracia na atuação administrativa.¹⁰¹

Para cumprir com as importantes tarefas de ser instrumento de legitimação e de eficiência da Administração Pública, assim também a de assegurar a garantia dos direitos constitucionais, o processo administrativo precisou flexibilizar sua estrutura. A antiga visão de que ele não era mais do que um *trâmite formal* preparatório para a edição de um determinado ato final da Administração não mais se coaduna com o tipo de Estado pretendido.

Atente-se para a manifestação de Odete Medauar sobre o tema:

Modernamente, a concepção de processo administrativo abandonou um tal esquema formalista. O processo administrativo, hoje, é apresentado como uma realidade autônoma e dinâmica, que deve ser capaz de conformar toda a atividade decisória da Administração Pública. A processualização da atividade administrativa, portanto, não pode ser confundida com a sua formalização. O processo administrativo na atualidade, muito mais do que um iter, é visto como 'espaço' preferencial para o desenrolar das relações jurídicas administrativas. Essa feição aponta para a necessidade de criar-se uma 'estrutura aberta, flexível e pluridimensional, afastando-se dos modelos

¹⁰⁰ MENEGALE, Guimarães, Direito Administrativo e Ciência da Administração, p.486.

¹⁰¹ Op. Cit., p. 67-8.

que, à semelhança dos processos judiciais, adotam uma rígida estruturação normativa das etapas do procedimento.¹⁰²

Odete Medauar refere ainda a questão dos custos do processo administrativo, pois, para que ele possa cumprir com o papel de garantia dos direitos fundamentais, *é indispensável que seja adequadamente estruturado*, com o suprimento de recursos financeiros, materiais, temporais e humanos. A autora chama a atenção para a *necessidade de uma ponderação entre valores (economicidade, eficiência e garantias), que não pode ser menosprezada*.¹⁰³

No mesmo sentido, a manifestação de Denis Galligan:

A criação de procedimentos pode parecer uma tarefa prática e direta: [...] No entanto, os procedimentos não apenas não são tarefas práticas, como também suscitam questões de princípio. Requerem recursos onde recursos são limitados, e envolvem competição entre fins e valores concorrentes [...]. A forma exata assumida pelos procedimentos e o balanço entre os valores conflitantes devem ser resolvidos no contexto dos processos de cada área [...]. Se uma sociedade dirigir os seus melhores esforços para essa obrigação de desenvolver procedimentos adequados, qualquer inadequação procedimental poderá ser escusada como inevitável. Mas escusar não é justificar, por isso, qualquer violação de direitos resultante de inadequação ainda assim será um dano moral injustificável.¹⁰⁴

Para Patrícia Baptista, a estrutura do processo administrativo, ao contrário da concepção formalista anterior, hoje se apresenta *como uma estrutura autônoma e dinâmica, que deve ser capaz de conformar toda a atividade decisória da Administração pública*. Escreve essa autora que

o processo administrativo na atualidade, muito mais do que um iter, é visto como o 'espaço' preferencial para o desenrolar das relações jurídico administrativas. Essa feição aponta para a necessidade de criar-se uma estrutura aberta, flexível e pluridimensional, afastando-se dos modelos, que, à semelhança dos processos judiciais, adotam uma rígida estruturação normativa das etapas do procedimento.¹⁰⁵

¹⁰² BAPTISTA, Patrícia, Transformações do Direito Administrativo, 2003, p. 251-3.

¹⁰³ Ibidem, p. 252-3.

¹⁰⁴ GALLIGAN, Denis (1996, *apud* BAPTISTA, 2003, p. 253).

¹⁰⁵ BAPTISTA, Patrícia, Transformações do Direito Administrativo, 2003, P. 251-2).

Verifica-se, pela doutrina trazida a exame no presente estudo, que as transformações ocorridas no ordenamento jurídico brasileiro a partir da Constituição Cidadã, especialmente no que diz respeito ao Direito Administrativo, à luz dos novos paradigmas, apontam para uma crescente valorização do processo administrativo (nos sentidos amplo e restrito), que passou a ser instrumento indispensável para a concretização das garantias fundamentais. Por consequência, através dele visa-se a uma participação maior dos cidadãos na composição dos litígios; através dele busca-se a construção de consensos sobre os atos e decisões da Administração Pública, com o objetivo de construir uma sociedade mais justa e igualitária.

3.5 A Reforma Administrativa. As Leis 9.784/99 e 10.177/98

Ao contrário das anteriores, a Constituição de 1988 trouxe um número maior de dispositivos com finalidade de regradar a atuação da Administração Pública, institucionalizando-a e democratizando-a. Entre eles está aquele que promoveu a separação entre Governo e Administração, sendo que esta última ganhou autonomia de função e de estrutura.

No entender de Patrícia Baptista, apesar dos reconhecidos avanços trazidos pela Carta Magna, como os do art. 37, *caput* (princípios condicionadores da atuação do administrador público) e inciso II (universalização da exigência do concurso público para o ingresso em cargos públicos), não foram poucas as críticas a respeito do detalhismo e do casuísmo dos constituintes no tratamento dado à Administração Pública e a outras matérias. Segundo a autora, um bom número de dispositivos insertos na Constituição Federal poderiam *muito bem figurar em leis ordinárias*, evitando o desprestígio da Carta Maior, e das tentativas constantes de reformá-la.

Para a autora, a Emenda Constitucional n. 19, de 5 de junho de 1998, chamada de *Reforma Administrativa* acabou agravando o problema do detalhismo, já que acrescentou 45 novas regras referentes à Administração Pública e fez surgir a necessidade de um número maior de leis ordinárias e complementares a serem editadas., com vista à regulamentação de diversos dispositivos da Carta.¹⁰⁶

Patrícia Baptista ilustra as mudanças trazidas pela E.C. n. 19/98, fazendo referência ao impropriamente chamado “contrato de gestão”, na verdade “modalidade de acordo administrativo”, previsto no parágrafo 8º do art. 37 da emenda referida. Segundo a autora, nesse dispositivo, que causou muita discussão devido às dificuldades de pactuação entre órgãos administrativos, ficou aberta a “possibilidade de ampliação da autonomia gerencial, orçamentária e

¹⁰⁶ BAPTISTA, Patrícia, Transformações do Direito Administrativo, 2003, p. 76-9.

financeira dos órgãos e entidades da Administração direta e indireta 'mediante contrato a ser firmado entre seus administradores e o poder público, que tenha por objeto a fixação de metas de desempenho.¹⁰⁷

Mesmo depois da chamada Reforma Administrativa permaneceram inúmeros e significativos problemas relacionados ao desenvolvimento das atividades da Administração Pública.

José dos Santos Carvalho Filho escreve que, diante da ausência de um sistema único que regulasse os processos administrativos, atividades da Administração Pública Federal assim se caracterizavam:

Evidentemente, essa ausência de unicidade acabou permitindo que cada órgão, ou pessoa administrativa, adotasse seus próprios procedimentos, via de regra dotados de trâmites diversificados em relação a órgãos e pessoas similares. Tal pluralismo normativo tem sido, sem dúvida, nocivo tanto para os integrantes da esfera federal, quanto para os administrados em geral. Para aqueles, porque, sem diploma regulador único, sempre se defrontaram com a existência de regras especiais para processos que, embora com fins idênticos, adotavam em órgãos diversos, procedimentos diferentes, sem contar, é claro, com aqueles procedimentos originados de forma totalmente assistemática ao sabor das determinações de autoridades com funções diretivas.

Para os administrados, a inconveniência não foi menor. Sempre envolvidos por inúmeros órgãos públicos e pessoas administrativas, os administrados sempre tiveram que resignar-se com informações que lhes eram transmitidas pelos servidores administrativos. Evidentemente, enfrentaram, em muitas ocasiões, condutas ilegais e arbitrárias e, não só por não conhecerem as regras que vigoravam para os processos, mas também porque, em alguns casos, sequer existiam essas regras, todo o poder de decisão sempre se concentrou no Poder Público, sem que os administrados pudessem armar-se de qualquer instrumento para coibir ilegalidades e exigir procedimentos isentos, imparciais e lógicos, visando a prestar melhores informações àqueles que precisassem recorrer aos serviços administrativos.¹⁰⁸

A Constituição Federal de 1988 expandiu o papel do processo administrativo no Direito Administrativo, salientando sua *função garantística decorrente da aplicação dos princípios da ampla defesa e do contraditório* (grifo nosso). Essa função do processo administrativo ficou adstrita inicialmente à defesa individual de direitos

¹⁰⁷ Ibidem, p. 291-3.

¹⁰⁸ FILHO, José dos Santos Carvalho, Processo Administrativo Federal, 2007, p. 34-35.

subjetivos, deixando de explorar o vínculo existente entre os processos administrativos e os direitos fundamentais, especialmente no que tange ao direito de participação multilateral. Sobre o tema, Patrícia Baptista refere que, *nem foram enfocadas as potencialidades de legitimação e de eficiência que se poderiam desenvolver com a inserção de uma ampla processualidade no direito administrativo brasileiro*; faltavam assim, nesse contexto, *leis gerais de processo administrativo nas administrações públicas brasileiras*". Esse vazio foi preenchido com a edição da Lei Federal n. 9.784/99 e da Lei Estadual n. 10.177/98 (de São Paulo), que supriram a falta de uniformidade existente no sistema processual da Administração Pública.

Atente-se para a breve síntese sobre o surgimento da Lei do Processo Administrativo, no âmbito federal, na lição de José dos Santos Carvalho Filho:

A lei originou-se, inicialmente, de projeto encaminhado ao Presidente da República através do EM n. 548, de 30/9/1996, do Ministério da justiça, que havia constituído, pelas Portarias ns. 1.404, de 17/10/1995 e 47, de 31/1/1996, comissão de Juristas para esse fim, presidida pelo Prof. Caio Tácito. O Executivo, então, encaminhou ao Congresso Nacional a Mensagem n. 1002, de 22/10/ 1996, que deu origem ao Projeto de lei n. 2.404/96, da Câmara dos Deputados, em 14/11/1996. No Senado Federal, o projeto transformou-se no Projeto de Lei da Câmara n. 41, sendo publicado nessa Casa, no Diários do Senado Federal, em 10/11/1998. A aprovação do projeto formalizou-se pelo Parecer n. 22/99, sendo Relator o Senador Francelino Pereira, e a publicação se deu no Diário do Senado em 8/1/1999. Encaminhado ao Executivo, o Presidente sancionou o projeto e promulgou a Lei n. 9.784 em 29/1/1999, com publicação em 1º/2/1999.¹⁰⁹

A contribuição de Patrícia Baptista a respeito da Lei Federal n. 9.784/99 é de todo oportuna e esclarecedora

[...] Seu exame revela a influência das mais recentes regulações europeias(notadamente da lei italiana de 1990 e da espanhola de 1992), assim como a incorporação das modernas concepções doutrinárias acerca do tema. De pronto, registram-se no art. 1º, como objetivos da lei, a proteção dos direitos dos administrados e o melhor cumprimento dos fins da administração. Evidencia-se a intenção clara do legislador no sentido de que o processo administrativo, no âmbito da Administração Pública federal, atenda aos objetivos de garantia e eficiência que se

¹⁰⁹ FILHO, José dos Santos Carvalho, Processo Administrativo Federal, 2007, p. 35.

encontram na base da valorização dessa figura no direito administrativo. [...] O legislador federal, de fato, preocupou-se especialmente em assegurar, da forma mais ampla possível, a participação dos administrados nos processos decisórios da administração. Na lei encontram-se regulados os procedimentos de consulta (art. 31) e audiência pública (art. 32), além de serem expressamente admitidos outros meios de participação, individual e coletiva, não legalmente tipificados (art. 33). Note-se que a realização de audiências e consultas não se apresenta como direito dos administrados, mas na condição de mera faculdade da Administração. Entretanto, uma vez comparecendo o administrado à consulta – mesmo que por si, não seja bastante para lhe atribuir a condição de interessado –, a lei lhe confere o direito de obter resposta fundamentada da administração (art. 31, § 2º). Realizada a consulta ou audiência, ou, ainda, sendo adotadas outras formas de participação, a Administração terá o dever de apresentar os resultados que delas advierem (art. 34)¹¹⁰

E prossegue a autora, abordando o rol dos direitos assegurados pela Lei n. 9.784/99, em especial aos administrados qualificados pela regra (art. 3º) como interessados.

Dentre tais direitos, sobressai o de ciência de tramitação de processos em que se tenha a condição de interessado (inciso II) e de formular alegações e apresentar documentos antes da decisão (inciso III). Tais regras, todavia, não representariam nenhuma grande novidade caso sua aplicação não devesse ser conjugada com o art. 9º da lei em comento; é nesta disposição, de fato, que se define quem são os interessados com direito subjetivo de intervir nos processos administrativos. Interessados, pois, para os termos da lei, além dos titulares de direitos e interesses individuais (inciso I), são todos aqueles que têm direitos ou interesses que possam ser afetados pela decisão a ser adotada (inciso II). Além disso, foram qualificadas como interessadas as organizações e associações representativas, no tocante a direitos ou interesses coletivos (inciso III) e, ainda as pessoas ou as associações legalmente constituídas quanto a direitos ou interesses difusos (inciso IV).¹¹¹

Patrícia Baptista prossegue em sua análise chamando a atenção para o fato de a Lei n. 9.784/99 inovar, *pelo caráter multilateral que é a grande marca das relações jurídicas do Estado contemporâneo, garantindo o envolvimento da maior quantidade de interesses possível*, na medida em que estabelece de forma ampla o rol dos interessados que possuem *direito de ciência e de intervenção nos processos decisórios da Administração*. Para a autora, a lei estabelece uma obrigação de, a Administração, não apenas aceitar que os interessados na

¹¹⁰ BAPTISTA, Patrícia, Transformações do Direito Administrativo, 2003, p. 257-8.

¹¹¹ Ibidem, p. 258-9.

decisão intervenham no processo, bem como procedam à ponderação dos interesses em questão. Patrícia Baptista finaliza ressaltando que

[...] a Lei n. 9.784/99 não contém, ao invés do que se poderia supor, uma regulação extensa e minuciosa da estrutura dos processos administrativos da administração Federal. Seu objetivo explícito é estabelecer apenas umas poucas formas gerais, mas que sejam aplicáveis a qualquer atividade decisória da administração, sem, no entanto, engessar o administrador público. Assim, por exemplo, o art. 2º, IX, aponta como critério a ser observado pelos processos alcançados pela lei a adoção de formas simples, suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos do administrado. Também o art. 22 é expresso em afirmar que os atos do processo administrativo não dependem de forma determinada senão quando a lei expressamente a exigir. Em suma, nas palavras de Caio Tácito, presidente da comissão de juristas constituída para elaborar o projeto de que resultou a lei, o que se quis adotar 'o modelo de uma lei sóbria que, atendendo à essencialidade na regulação dos pontos fundamentais do procedimento administrativo, não inviabilize a flexibilidade necessária à área criativa do poder discricionário em medida compatível com a garantia de direitos e liberdades fundamentais.¹¹²

Passados quase dez anos de vigência da Lei n. 9.784/99, pode-se dizer que ela ainda é considerada como um instrumento novo no campo do Direito Administrativo. Sua criação teve o objetivo de sistematizar as normas administrativas no âmbito da União, tornando-se um verdadeiro código de processo administrativo federal.

A entrada em vigor da referida lei não eliminou o sistemas de pluralidade normativa dos processos administrativos, uma vez que ficaram preservadas as prerrogativas dos demais entes da nossa federação. Tal realidade não enfraquece de forma alguma os avanços trazidos pela Lei n. 9.784/99, pois, só o fato de os *administradores e os administrados agora terem à mão instrumento unificado para aplicação nos processos administrativos federais em geral já espelha um passo adiante, passo, aliás, que as demais entidades da federação também deveriam avançar.*¹¹³

¹¹² BAPTISTA, Patrícia, Transformações do Direito Administrativo, 2003, p. 259-60.

¹¹³ FILHO, José dos Santos Carvalho, Processo Administrativo Federal, 2007, p.11.

A Lei n. 9.784/99 possui 70 artigos organizados em 18 capítulos, cujos títulos enumeramos a seguir: I – Das Disposições Gerais; II – dos direitos dos Administrados; III – Dos Deveres dos Administrados; IV – Do Início do Processo; V – Dos interessados; VI – Da Competência; VII – Dos Impedimentos e da Suspeição; VIII – Da Forma, Tempo e lugar dos atos do processo; IX – Da Comunicação dos Atos; X – Da Instrução; XI – Do Dever de Decidir; XII – Da motivação; XIII – Da Desistência e outros Casos de Extinção do processo; XIV – Da Anulação, Revogação e Convalidação; XV – Do Recurso administrativo e da Revisão; XVI – Dos prazos; XVII – Das Sanções e , XVIII, Das Disposições finais.

Para efeitos da presente pesquisa, com base em subsídios recolhidos no estudo realizado por José dos Santos Carvalho Filho¹¹⁴, far-se-á referência a alguns aspectos da lei processual federal que estão diretamente relacionados com os temas desenvolvidos até aqui.

O art. 1º estabelece que o quadro normativo da lei incide primordialmente sobre os processos administrativos federais. Na busca do interesse público, a Administração, sem contrariar a lei em questão, poderá utilizar-se de regras suplementares necessárias às peculiaridades de cada caso, usando também sua liberdade de atuação, de forma especial, nos processos em que não há interesse direto de nenhum indivíduo. As normas básicas estabelecidas pela Lei n. 9.784/99 incidem sobre a Administração Federal direta e indireta, com todos os seus órgãos e pessoas administrativas federais, com jurisdição em todo o território nacional, assim como sobre as entidades da Administração indireta que possuem personalidade jurídica de direito privado, como as empresas públicas e a sociedades de economia mista, especialmente quando houver interesses de terceiros administrados. Os processos específicos, como os disciplinares previstos na Lei n. 8.112/90, não estão sob o manto da lei em questão e sim os chamados genéricos (que não têm procedimentos estabelecidos em lei própria, mas que são

¹¹⁴ FILHO, José dos Santos Carvalho, Processo Administrativo Federal, 2007I, p. 37-91.

necessários à função administrativa). A Lei n. 9.784/99 pode ser usada subsidiariamente nos processos específicos, nos casos que reclamem sua aplicação suplementar ou nos casos omissos da lei específica.

Quanto à incidência da Lei n. 9.784/99 nos Poderes Legislativo e Judiciário, Ministério Público e Tribunal de Contas, assim observa José dos Santos Carvalho Filho:

Desse modo, nada mais coerente que estender a incidência da Lei n. 9784/99 também a esses segmentos administrativos dos Poderes Legislativo e Judiciário. E é nesse sentido que dispõe o art. 1º, § 1º, da lei. Registre-se, ainda, que a incidência há de dar-se nesses Poderes 'quando no desempenho de função administrativa', como está no texto legal, inferindo-se daí que as regras da lei não podem ser aplicadas aos processos legislativo e jurisdicional, os quais, como já visto, representam, respectivamente, os instrumentos das funções normativa e jurisdicional. [...] O Tribunal de Contas da União é o órgão que auxilia o Congresso Nacional na função de controle externo de toda a Administração (art. 71, CF), [...] sua função é eminentemente administrativa, podendo-se distinguir, porém, a função institucional e a função de administração interna. Os processos de controle, tipicamente institucionais, são disciplinados pela Lei n. 8.443, de 16/7/1992, que é a Lei Orgânica do TCU, mas a Lei n. 9.784/99 incidirá nos processos administrativos instaurados para o exercício da função administrativa comum. O Ministério Público, da mesma forma, além das funções institucionais, alinhadas no art. 129 da CF, tem a sua estrutura administrativa consubstanciada pelas Procuradorias-Gerais, nas quais se situam os órgãos e agentes dos serviços auxiliares. A Lei Complementar n. 75, de 20/5/1993, que dispõe sobre o Ministério Público Federal, regula o processo administrativo, institucional, ou seja, aquele pertinente às funções institucionais e aos direitos, deveres e prerrogativas de seus membros. [...] nos setores administrativos em sentido estrito, inclusive os que dizem respeito aos serviços auxiliares e às relações entre estes e os administrados em geral, os processos deverão observar o que dispõe a referida lei, porque, nessa hipótese, se caracterizarão como processos genéricos.

Em seu art. 2º, a Lei n. 9.784/99 nomeia, de forma exemplificativa, os princípios que a administração Pública deve obedecer: *legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência*.

Ainda no art. 2º, em seu parágrafo único, estão descritos de maneira objetiva os principais critérios que devem ser seguidos nos processos administrativos:

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

- I - atuação conforme a lei e o Direito;
- II - atendimento a fins de interesse geral, vedada a renúncia total ou parcial de poderes ou competências, salvo autorização em lei;
- III - objetividade no atendimento do interesse público, vedada a promoção pessoal de agentes ou autoridades;
- IV - atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé;
- V - divulgação oficial dos atos administrativos, ressalvadas as hipóteses de sigilo previstas na Constituição;
- VI - adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público;
- VII - indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinarem a decisão;
- 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;
- XI - proibição de cobrança de despesas processuais, ressalvadas as previstas em lei;
- XII - impulsão, de ofício, do processo administrativo, sem prejuízo da atuação dos interessados;
- XIII - interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação.

Atente-se para a lição de José dos Santos Carvalho Filho, sobre a importância dos critérios elencados no citado parágrafo

[...] com base no texto da lei, temos então que critérios são os meios a serem adotados pelos administradores para apreciação de coisas e pessoas no processo administrativo. Nota-se, por conseguinte, que o sentido guarda compatibilidade com o modo de proceder (modus agendi) dos agentes da Administração que intervêm no processo e praticam atos integrantes do procedimento. Avulta, de outro lado, que, embora a direção dos critérios aponte fundamentalmente para os administradores, todos os demais intervenientes – interessados, técnicos, peritos, informantes – devem sujeitar-se a sua imposição. [...] tais imposições de conduta dirigidas ao administrador não podem, de forma alguma, deixar de atrelar-se aos princípios norteadores do processo. Primeiramente, porque os princípios, sobretudo quando positivados, como no caso, são os postulados de maior nível e, portanto, obrigam a todos os que se situem nas circunstâncias fático-jurídicas a eles inerentes. Ademais, se é verdade que os critérios diferem dos princípios, não deixa de ser também

verdadeiro que são eles verdadeiros princípios derivados, visto que, têm, da mesma forma, idoneidade para nortear modos de comportamento.¹¹⁵

Os direitos dos administrados estão descritos no Capítulo II, art. 3,º da Lei n. 9.784/99

Art. 3º O administrado tem os seguintes direitos perante a Administração, sem prejuízo de outros que lhe sejam assegurados:

- I - ser tratado com respeito pelas autoridades e servidores, que deverão facilitar o exercício de seus direitos e o cumprimento de suas obrigações;
- II - ter ciência da tramitação dos processos administrativos em que tenha a condição de interessado, ter vista dos autos, obter cópias de documentos neles contidos e conhecer as decisões proferidas;
- III - formular alegações e apresentar documentos antes da decisão, os quais serão objeto de consideração pelo órgão competente;
- IV - fazer-se assistir, facultativamente, por advogado, salvo quando obrigatória a representação, por força de lei.

Ressalta-se que não existe prevalência dos direitos citados no artigo 3º, em relação aos demais também presentes na lei em questão. Imprescindível ainda registrar que os administrados possuem ainda direitos em relação aos outros administrados que sejam ou não partes em um processo, podendo recorrer, quando desrespeitados, aos recursos administrativos, à representação por abuso de poder e, até mesmo, à ação judicial.

Por óbvio, não poderia a Lei n. 9.784/99 apresentar os direitos e deixar de referir os deveres dos administrados perante a Administração. Em seu art. 4º, ela exemplifica alguns deveres e, nesse caso também, aponta para outros, derivados de ato normativo.

São eles:

Art. 4º São deveres do administrado perante a Administração, sem prejuízo de outros previstos em ato normativo:

- I - expor os fatos conforme a verdade;
- II - proceder com lealdade, urbanidade e boa-fé;
- III - não agir de modo temerário;

¹¹⁵ FILHO, José dos Santos Carvalho, Processo Administrativo Federal, Rio de Janeiro: Editora Lúmen júris, 3ª edição, 2007, .p.65-66.

IV - prestar as informações que lhe forem solicitadas e colaborar para o esclarecimento dos fatos

A partir do Capítulo IV, art. 5º, a Lei n. 9.784/99 passa a tratar de todas as fases do processo administrativo, estabelecendo quem são os legitimados, quem exerce a competência, quais as diversas etapas processuais, as regras sobre decisão, motivação, casos de desistência, extinção, anulação, revogação, convalidação e os recursos admissíveis.

A importância da Lei n. 9.784/99 é inegável e *representa uma evolução na relação entre o Poder Público e os administrados*, no dizer de Evandro Martins Guerra e Áira Lages Miari, que ensinam também ser essa Lei *o resultado da nova fase da administração Pública*, a fase gerencial, que substituiu a burocrática. Segundo os autores, *com a nova lei, o procedimento a ser observado nos processos administrativos tornou-se simples e claro*, sendo que a sua *efetiva utilização [...] trará, conseqüentemente, uma diminuição do volume de demandas no Judiciário, visto que o processo na via administrativa é mais célere, informal, e o resultado é imediato, ou seja, autoexecutável*.

A Lei n. 9.784/99 tornou-se, juntamente com a Carta Magna de 88, um dos mais importantes instrumentos de concretização dos direitos fundamentais e das garantias constitucionais e sua influência permeia os ordenamentos jurídicos, em todas as esferas administrativas.

4. A AMPLA DEFESA E O CONTRADITÓRIO FRENTE À CONSTITUCIONALIZAÇÃO E À PROCESSUALIZAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO

De pouco ou de nada valerá escrever-se tanto sobre direitos fundamentais e garantias constitucionais se tudo o que for escrito e colocado nas normas ficar apenas na letra fria da lei. O Direito só se efetiva quando passa das normas em abstrato para SE concretizar no mundo dos fatos. Assim, os procedimentos e processos devem cumprir sua função primordial de tornar real os primados constitucionais, essência do nosso ordenamento jurídico. Dentre esses princípios, sem dúvida o princípio do devido processo legal é de fundamental importância e, dentro dele, a garantia da ampla defesa e do contraditório. A Constituição Federal de 88 determina que a Administração Pública seja transparente e eficiente em todos os seus atos, proporcionando ao administrado e à sociedade como um todo, o acompanhamento de todos os procedimentos que a eles dizem respeito. As partes têm o direito de promover sua defesa e o contraditório, de apresentar provas e de pedir esclarecimentos. Já não é mais tempo de se considerar o administrado como um pedinte, quase um réu condenado antecipadamente e de forma, muitas vezes, arbitrária e obscura, sem poder e sem saber como se defender de decisões injustas e autoritárias.

4.1 A Ampla Defesa e o Contraditório na CF/88

O atento exame da doutrina sobre o processo administrativo em nosso país leva à conclusão de que existe uma tendência crescente de processualização da atividade administrativa. *A Constituição de 1988, entre outros, consagrou, em seu art. 5º, incisos LIV e LV, os princípios-garantia do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa no âmbito dos processos administrativos e judiciais, promovendo uma aproximação maior destes princípios com as regras, com vistas ao imediato estabelecimento das garantias aos cidadãos.*

A profunda interligação entre os princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa provoca a conseqüente necessidade de abordar os três princípios, ora em observações separadas, ora em conjunto, como também o fazem diversos doutrinadores.

Em consonância com o assunto, confira-se a manifestação de Carlos Henrique Caldeira Jardim:

O regime das garantias constitucionais condiciona a atividade administrativa, ao prescrever normas que procuram dar efetiva consistência ao princípio da legalidade na órbita estatal, o que requer a passagem pela afirmação dos princípios do devido processo legal e do contraditório em processo administrativo {...} A incorporação destes princípios-garantia no âmbito do processo administrativo no ordenamento jurídico pátrio encerra, assim, uma extraordinária evolução, quer como mecanismo de ampliação da incidência do *due process of Law* (que em seu sentido mais amplo encerra um dos princípios vetores que orientaram a consolidação das constituições modernas e democráticas ocidentais, exercendo um peso decisivo para a autonomia do sistema jurídico, na medida em que instrumentalizou uma das formas de limitação do governo e de garantia de manifestação e de participação dos sujeitos interessados na preservação da sua esfera de direito), quer como via de legitimidade do processo administrativo {...}.¹¹⁶

É ainda o mesmo autor quem constata haver

{...} uma verdadeira extrapolação do perfil do processo administrativo, ao se transmutar de um plano eminentemente interno para perspectivas sociais e políticas da processualidade administrativa, conduzida não apenas pelo contraditório e ampla defesa, vistos do ângulo do indivíduo, mas também com o intento de sopesar os vários interesses, na medida em que 'o processo, enquanto situação – em movimento – dá origem a expectativas, perspectivas, chances, cargas [probatórias e argumentativas] e liberação de cargas¹¹⁷.

Refere ainda Caldeira Jardim que a incidência, nos processos administrativos, do princípio do devido processo legal profundamente vinculado aos princípios do

¹¹⁶ JARDIM, Carlos Henrique Caldeira, Sociedade Democrática, Direito Público e Controle Externo; JÚNIOR, José Geraldo de Souza, organizador; DANTAS, Arsênio José Da Costa ...[et a], Brasília: UnB/TCU, 2006, p. 412.

¹¹⁷ Op. Cit. P. 410.

contraditório e da ampla defesa, é o resultado das demandas de sociedades complexas e plurais, nas quais existe uma busca pela efetivação do Estado Democrático de Direito.

E conclui o mesmo autor, salientando a importância do conhecimento das características atuais presentes na sociedade e a busca de aproveitamento de todos os instrumentos oferecidos pela tecnologia, com vistas a uma atuação racional e eficiente da Administração pública.

A pretensão da eficácia da norma constitucional, resultante da força normativa da Constituição, como sugere Konrad Hesse, encerra a ideia de vontade da constituição, que não deve deixar de contemplar as condições naturais, técnicas, econômicas, sociais e o próprio substrato espiritual que se consubstancia na sociedade. As inovações tecnológicas, as modernas técnicas de racionalização administrativa, mas sobretudo a crença na possibilidade de conciliação em abertura procedimental, apaziguamento dos conflitos e filtragem da relevância dos elementos introduzidos pela via participativa, podem concorrer para um novo panorama em que se insira a concreta incidência da ampla defesa e do contraditório [...].¹¹⁸

Para Eduardo e Gustavo Salomão Cambi,¹¹⁹ o inciso LIV do art. 5º da nossa Carta Magna possui uma ampla conotação, protegendo a vida, a liberdade e a propriedade, podendo-se afirmar que a garantia do devido processo legal constitui *a essência de todos os demais princípios constitucionais* e que os princípios da ampla defesa e do contraditório seriam seus desdobramentos. Esses mesmos autores entendem que *os incs. LIV e LV do art. 5º da CF/88 podem ser interpretados sistematicamente, podendo a garantia do devido processo legal não apenas ser estendida ao processo administrativo, mas também considerada a fonte das demais garantias processuais*". Segundo eles,

[...] a regra contida no art. 5º, LV, da CF/88, que prevê a garantia do contraditório e da ampla defesa aos acusados e litigantes, no processo administrativo, passa a ser complementada e ampliada pela regra prevista no art. 5º, LIV. Assim sendo, é possível conceber a aplicação dos

¹¹⁸ JARDIM, Carlos Henrique Caldeira, Sociedade Democrática, Direito Público e Controle Externo; JÚNIOR, José Geraldo de Souza, organizador; DANTAS, Arsênio José Da Costa ...[et a], Brasília: UnB/TCU, 2006, 415.

¹¹⁹ CAMBI, Eduardo e CAMBI, Gustavo Salomão, Revista de Processo –N.131, p. 72-74.

princípios processuais ao processo administrativo, tal como o princípio do juiz natural (art. 5º, XXXVII e LIII) [...].¹²⁰

A respeito do tema, Raulino Jacó Brüning¹²¹ entende que o princípio do devido processo legal pode ser analisado no aspecto material e no processual. No primeiro está incluído um número maior de direitos, *permitindo ao Judiciário exercer controle sobre os atos atentatórios à dignidade da pessoa humana, à cidadania, à igualdade, à justiça social e a outros direitos fundamentais*. No segundo, o referido princípio tem abrangência restrita, processual, *como o direito ao conhecimento da acusação, às provas lícitas, à ampla defesa, à imparcialidade do julgador, à sentença motivada, etc.* Brüning observa que a CF/88 deu um *status* constitucional ao disciplinamento básico da processualidade administrativa, de forma mais expressiva, nos incs. LIV e LV do art. 5º, cujas garantias fundamentais *conferiram enorme prestígio ao processo administrativo, assemelhando-o, em quase todos os institutos, ao judicial*. E acrescenta o autor que, na esfera administrativa,

A constituição assegura o devido processo legal administrativo para qualquer privação da liberdade ou dos bens, como, por exemplo, indeferimento de uma licença, exclusão de candidato em um concurso público, aplicação de penalidades, interdição de estabelecimentos. Além de uma garantia processual, o princípio constitucional em comento representa uma garantia de direito material, de observância obrigatória, como respeito à cidadania, à dignidade, à participação democrática, aos direitos políticos e às liberdades públicas em geral.¹²²

Lúcia Valle Figueiredo ensina que o princípio do devido processo legal deve ser examinado com atento olhar sobre a *igualdade dentro da lei e na lei*. Refere a autora que anteriormente os *processualistas entendiam como cumprido o due process of Law quando fosse cumprido o due procedural process of Law*, ou seja, entendiam eles que, realizado o procedimento, estava cumprido o devido processo legal. Para a autora,

¹²⁰ Ibidem, p.75.

¹²¹ BRÜNING, Raulino Jacó, *Processo Administrativo Constitucional*, 2007, p. 140-141.

¹²² Ibidem, p. 143-144.

Modernamente assim já não mais é, porque, conforme já dissemos, o *due process of Law* passa a ter conteúdo também material, e não tão-somente formal – quer dizer, passa a ter duplo conteúdo: substancial e formal. Os processualistas da atualidade entendem que está contido no *due process of Law*, conteúdo material. Somente respeitará o *due process of Law* a lei – e assim poderá ser aplicada pelo magistrado – se não agredir, não entrar em confronto, não entrar em testilha, com a Constituição, com seus valores fundamentais.¹²³

Sem dúvida, verifica-se que os doutrinadores brasileiros acolhem a vigência da cláusula do inc. LIV do art. 5º da CF/88 no âmbito administrativo, entendendo que o princípio do devido processo legal tornou-se um princípio da Administração Pública. Com base nele, ficam asseguradas as garantias ao cidadão, ao administrado e ao servidor, nas relações de todos esses com a Administração Pública.

Odete Medauar¹²⁴ preleciona que o inciso LIV do art. 5º da Carta Magna especificou o devido processo legal para a esfera administrativa *ao impor a realização do processo administrativo, com as garantias do contraditório e da ampla defesa, nos casos de controvérsia e ante a existência de acusados*. Para a autora, [...] “o devido processo legal não se restringe somente às situações de possibilidade de privação de liberdade e de bens, mas abrange as hipóteses de controvérsia ou conflito de interesses e de existência de acusados. Medauar entende ainda que o devido processo legal significa, para os sujeitos das relações jurídico-administrativas, *um conjunto de garantias que lhes são propiciadas para a tutela de posições jurídicas ante a administração e, para o Poder Público, consiste na obrigatoriedade de atuar mediante processo em determinadas situações*. Odete Medauar observa ainda que *a combinação dos incs. LIV e LV do art. 5º resulta na imposição de processo administrativo que ofereça aos sujeitos oportunidade de apresentar sua defesa, suas provas, de contrapor seus argumentos a outros, enfim a possibilidade de influir na formação do ato final*”.¹²⁵

¹²³ FIGUEIREDO, Lúcia Valle, Curso de Direito Administrativo, 2004, p. 431.

¹²⁴ MEDAUAR, Odete, Processualidade no Direito administrativo, 1993, p. 82.

¹²⁵ MEDAUAR, Odete, Processualidade no Direito administrativo, 1993, p. 83.

Celso Bandeira de Mello também classifica como de *extrema importância* os princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, consagrados nos incs. LIV e LV do art. 5º da CF/88. Afirma o doutrinador que esses princípios atendem à necessidade de que seja oferecida ao cidadão a oportunidade de dizer das suas razões e de se defender, como também de recorrer das decisões tomadas pelo Poder Público. Segundo Bandeira de Mello, essa oportunidade deve ser dada *antes* (grifo nosso) de a Administração Pública *tomar decisões gravosas a um dado sujeito*, ou seja, *a Administração Pública não poderá proceder contra alguém passando diretamente à decisão que repute cabível, pois terá, desde logo, o dever jurídico de atender ao contido nos mencionados versículos constitucionais.*

O mesmo autor alerta para a possibilidade de serem os aludidos princípios,

tomados de maneira tão desatada que impeçam a adoção imediata de providências da mais extrema urgência requeridas insubstituivelmente para salvaguardar interesses públicos relevantes que, de outra parte, ficariam comprometidos.[...] Deles decorre, entretanto, que, nos casos em que a urgência demande postergação *provisória* do contraditório e ampla defesa, a Administração, *de regra*, não poderá por si mesma tomar as providências constritivas – e seria inconstitucional lei que autorizasse -, pois deverá recorrer ao poder judiciário, demandando que as determine liminarmente.¹²⁶

Especificamente sobre o princípio do contraditório – *auditor et altera pars* – cabe esclarecer que não se trata de um direito absoluto, tanto assim que *sofre restrições nas medidas cautelares concedidas inaudita altera pars, na prisão provisória e em outras providências liminares do cível, criminal e demais ramos.*¹²⁷

Por se tratar de um direito fundamental do cidadão, expressamente previsto na Constituição [...], não faz distinção entre processos judiciais e administrativos no que toca à cogência do princípio. Assim, guardadas as respectivas peculiaridades, deve o contraditório ser assegurado nos processos administrativos de forma análoga à dos processos judiciais, quer na ciência bilateral dos atos, na possibilidade efetiva de refutá-los, na produção de provas, quer na possibilidade de produzir influência no convencimento do julgador. A autoridade que preside o processo

¹²⁶ Ibidem, p. 104.

¹²⁷ BRÜNING, Raulino Jacó, Processo Administrativo Constitucional, 2007, p. 129.

administrativo tem dever funcional, oriundo da Constituição, de assegurar o contraditório com a consistência que a autoridade judiciária o faz.¹²⁸

Lúcia Valle Figueiredo considera ponto relevante a expressa inserção do princípio do contraditório na Carta Maior de 88 (art. 5º, inc. LV), assim também a extensão desse princípio ao processo administrativo. Refere a doutrinadora ser a primeira vez que uma constituição brasileira contém expressamente a obrigatoriedade da observância do devido processo legal e do amplo contraditório, os quais asseguram, entre outros meios e recursos, prazos adequados para que se produza a ampla defesa (autodefesa, defesa técnica) e a produção de provas, inclusive a pericial. Quanto ao direito de recorrer, a autora sublinha que

o direito ao 'duplo grau' ou à revisibilidade é inerente ao contraditório e à ampla defesa, ou seja, o direito à revisão do decidido singularmente, quer seja em atos administrativos que atinjam o administrado, quer seja em processos sancionatórios e/ou disciplinares. Remeter-se o administrado à via mais onerosa quando a questão puder ser resolvida pela via administrativa, enfrenta uma série de princípios, tais como do informalismo a favor do administrado, da verdade material, da economia processual e da gratuidade.¹²⁹

Quanto à ampla defesa, é adequado ressaltar que o inciso LV do art. 5º da Constituição de 1988 faz expressa menção a essa garantia fundamental também nos processos administrativos, garantindo a estes uma proteção maior, que em muito supera as hipóteses até então previstas nos incisos II e III do parágrafo 1º do art. 41 e do art. 247, ambos da CF/88, conforme se constata a seguir

Art. 41. São estáveis após três anos de efetivo exercício os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público.

§ 1º O servidor público estável só perderá o cargo:

I - em virtude de sentença judicial transitada em julgado;

II - mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa;

¹²⁸ Ibidem, p. 130.

¹²⁹ FIGUEIREDO, Lúcia Valle, Curso de Direito Administrativo, 2001, p. 437-8.

III - mediante procedimento de avaliação periódica de desempenho, na forma de lei complementar, assegurada ampla defesa.

Art. 247. As leis previstas no inciso III do § 1º do art. 41 e no § 7º do art. 169 estabelecerão critérios e garantias especiais para a perda do cargo pelo servidor público estável que, em decorrência das atribuições de seu cargo efetivo, desenvolva atividades exclusivas de Estado.

Para Eduardo Cambi e Gustavo Salomão Cambi,

a conjugação dessas normas implica a conclusão de que o *status* constitucional dessa garantia coloca-lhe como núcleo essencial de todo o processo administrativo. Com isso, a garantia da ampla defesa passa a incidir no processo administrativo disciplinar independentemente da categoria do servidor ou mesmo da categoria de sanção a ser regulada pela lei, devendo haver processo mesmo no caso em que o servidor público não esteja sujeito a perder o cargo.¹³⁰

Esses dois últimos autores entendem também que a ampla defesa se desdobra em autodefesa (o próprio sujeito realiza pessoalmente os atos necessários a sua defesa) e em defesa técnica (realizada pelo advogado escolhido pelo interessado como seu representante legal). Quanto à prova, salientam que o direito a ela está assegurado na última parte do art. 5º, LV, da CF/88, *com os meios e recursos a ela inerentes*. Esclarecem que o direito de consultar os autos fora da repartição pública, previsto expressamente na alínea *b* do inciso XXXIV do art. 5º da nossa Constituição, está definitivamente consagrado, sendo que, para o seu exercício, faz-se necessário *que o litigante indique seu legítimo interesse e finalidade na obtenção da certidão, bem como a ausência do caráter sigiloso da informação*.¹³¹

Egon Beckmann Moreira, de forma esclarecedora, escreve sobre a importância do princípio da ampla defesa

Em suma, e no que diz respeito ao processo administrativo, a ampla defesa dirige-se também ao prestígio do interesse público primário a ele vinculado: garantia do primor na obediência do *iter* previsto em lei e da excelente prática do ato administrativo final. A garantia processual não assegura o prestígio às pretensões materiais das partes envolvidas, mas sim a justiça e a segurança jurídica da decisão a ser proferida. O que resulta na constatação de que talvez seja justamente a administração a

¹³⁰ CAMBI, Eduardo e CAMBI, Gustavo Salomão, Revista de Processo –N.131, p.75-6

¹³¹ CAMBI, Eduardo e CAMBI, Gustavo Salomão, Revista de Processo –N.131, p. 78-9.

maior beneficiária pela perfeição na obediência ao princípio. Assim deve ser compreendida a ampla defesa: garantia de poder defender-se e articular suas razões, garantia de que essas razões serão apreciadas e levadas em conta, garantia de um processo legítimo e garantia de respeito ao Estado Democrático de Direito. O princípio representa toda essa escala ascendente de direitos do particular em face da administração Pública.¹³²

E finaliza o mesmo autor

Diferentemente do contraditório, que visa ao direito de resposta e à bilateralidade no processo, à ampla defesa é necessário que lhe esteja sendo imputado algum fato. Por óbvio que acusação não se limita a processos punitivos. A diferenciação é tênue e, por vezes, utiliza-se o binômio ampla defesa/contraditório como se fosse um só princípio.¹³³

4.2 A Ampla Defesa e o Contraditório na Legislação Infraconstitucional

O surgimento de uma legislação infraconstitucional alicerçada nos princípios da CF/88 aponta nitidamente para a concretização dos princípios a que se propôs a sociedade brasileira ao aprovar, através de seus representantes, a Constituição Cidadã de 1988. Nesse sentido, é imperativa a análise das duas leis mais importantes que marcam de forma significativa constitucionalização e a processualização do Direito Administrativo pátrio.

Carlos Ari Sunfeld assim se manifesta sobre a Lei estadual n. 10.177/98, de São Paulo, que foi a primeira criada em nosso país para regulamentar os processos administrativos, em nível estadual

Assim, a lei pretendeu instituir um regime geral relativo a atos e procedimentos administrativos, em princípio aplicável à atividade administrativa estadual como um todo, isto é, a cada um dos atos e procedimentos da Administração do Estado de São Paulo. Ademais, buscou-se obter uniformidade de comportamento no interior da máquina estatal, em nome da necessidade de sujeição do estado a preceitos fundamentais da ordem jurídico-administrativa, sobretudo aos princípios e regras constitucionais.¹³⁴

¹³²MOREIRA, Egon Beckmann, (2003, *apud* GUERRA, Evandro Martins; MIARI, Áira Lages, 2006).

¹³³*Ibidem*, p.6673.

Apresentar-se-á primeiramente alguns artigos da Lei n. 10.177/98, de 30 de dezembro de 1998, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública estadual do Estado de São Paulo. Abordar-se-á especialmente os artigos que se referem, direta ou indiretamente, à ampla defesa e ao contraditório.

Art. 4.º A Administração Pública atuará em obediência aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, razoabilidade, finalidade, interesse público e motivação dos atos administrativos.

[...]

Artigo 5.º - A norma administrativa deve ser interpretada e aplicada da forma que melhor garanta a realização do fim público a que se dirige.

[...]

Artigo 7.º - A Administração não iniciará qualquer atuação material relacionada com a esfera jurídica dos particulares sem a prévia expedição do ato administrativo que lhe sirva de fundamento, salvo na hipótese de expressa previsão legal.

[...]

Artigo 9.º - A motivação indicará as razões que justifiquem a edição do ato, especialmente a regra de competência, os fundamentos de fato e de direito e a finalidade objetivada.

Estão presentes, nos arts. 4º, 5º, 7º e 9º da Lei n. 10.177/98, vários princípios constitucionais, notadamente aqueles do art. 37 da CF/88. Tal presença caracteriza um importante exemplo de constitucionalização infraconstitucional no Direito Administrativo brasileiro, apontada no primeiro capítulo deste trabalho. No art. 4º estão expressamente elencados oito importantes princípios constitucionais administrativos, quais sejam *legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, razoabilidade, finalidade, interesse público e motivação*. Por sua vez, o art. 5º estabelece a necessidade de a Administração Pública buscar o cumprimento da norma da forma que melhor garanta a realização do fim público a que se destina”. Já os arts. 7º e 9º, demonstram a exigência de que nenhum particular tenha a sua esfera jurídica invadida (salvo as exceções previstas em lei) pela atuação do Poder Público, atuação essa que deverá ser realizada por autoridade competente

¹³⁴ SUNDFELD, Carlos Ari, *As Leis do Processo Administrativo*, São Paulo, Malheiros Editores, 2006, p. 25.

e devidamente motivada, com base nos *fundamentos de fato e de direito* e de acordo com a *finalidade objetivada*.

Artigo 21 - Os atos da Administração serão precedidos do procedimento adequado à sua validade e à proteção dos direitos e interesses dos particulares.

[...]

Artigo 22 - Nos procedimentos administrativos observar-se-ão, entre outros requisitos de validade, a igualdade entre os administrados e o devido processo legal, especialmente quanto à exigência de publicidade, do contraditório, da ampla defesa e, quando for o caso, do despacho ou decisão motivados.

§ 1º - Para atendimento dos princípios previstos neste artigo, serão assegurados às partes o direito de emitir manifestação, de oferecer provas e acompanhar sua produção, de obter vista e de recorrer.

Por sua vez, os arts. 21 e 22, *caput*, e § 1º, da Lei n. 10.177/98, tratam dos procedimentos administrativos. No primeiro, a lei determina que os procedimentos devem estar voltados à *proteção dos direitos e interesses dos particulares*, resguardada essa proteção pelo cuidado prévio com a realização *do procedimento adequado* para o ato em questão, uma vez que é ele, o procedimento válido, a garantia da proteção do direito. No segundo, a lei indica de forma expressa a necessidade do cumprimento de outros requisitos de validade para os despachos e decisões motivados dos administradores públicos, quando for o caso, assegurando *a igualdade entre os administrados*, a publicidade dos atos, *o devido processo legal*, *o contraditório* e *a ampla defesa*. O parágrafo primeiro do art. 22 merece especial destaque porque as garantias nele estabelecidas são as que asseguram às partes a concretização dos seus direitos. É através do *direito de emitir manifestação, de oferecer provas e acompanhar sua produção, de obter vista e de recorrer* que os cidadãos têm acesso ao devido processo legal e ao tratamento adequado aos seus pleitos. Quanto ao direito de recorrer das decisões administrativas, estabelece o artigo 37 da lei paulista que *todo aquele que for afetado por decisão administrativa poderá dela recorrer, em defesa de interesse ou direito*.

Artigo 23 - assegurado a qualquer pessoa, física ou jurídica, independentemente de pagamento, o direito de petição contra ilegalidade ou abuso de poder e para a defesa de direitos.

Parágrafo único - As entidades associativas, quando expressamente autorizadas por seus estatutos ou por ato especial, e os sindicatos poderão exercer o direito de petição, em defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais de seus membros.

Forçoso comentar a importância do art. 23 da Lei n. 10.177/98 quando se debruça sobre o *direito de petição contra ilegalidade ou abuso de poder e para a defesa de direitos, independente de pagamento*. É ele, também, instrumento imprescindível para que qualquer pessoa *física ou jurídica* - inclusive associações *expressamente autorizadas por seus estatutos ou por ato especial* e os sindicatos - *exercem o direito de petição, em defesa dos direitos e dos interesses coletivos ou individuais de seus membros*.

Na mesma direção apontam as regras dos arts. 72 e 75 da lei em análise, que tratam, respectivamente, do direito que possui o administrado de solicitar expedição de certidão, e do direito da Administração Pública, de indeferir a expedição de certidão, de forma motivada, quando a informação solicitada oferecer risco comprovado *à segurança da sociedade ou do Estado, violar a intimidade de terceiros* ou abandonar as fronteiras das hipóteses previstas na Carta Maior de 88.

Artigo 72 - assegurada, nos termos do artigo 5º , XXXIV, "b", da Constituição Federal, a expedição de certidão sobre atos, contratos, decisões ou pareceres constantes de registros ou autos de procedimentos em poder da Administração Pública, ressalvado o disposto no artigo 75.

[...]

Artigo 75 - O requerimento será indeferido, em despacho motivado, se a divulgação da informação solicitada colocar em comprovado risco a segurança da sociedade ou do Estado, violar a intimidade de terceiros ou não se enquadrar na hipótese constitucional.

Por derradeiro,

Artigo 28 - Quando a matéria do processo envolver assunto de interesse geral, o órgão competente poderá, mediante despacho motivado,

autorizar consulta pública para manifestação de terceiros, antes da decisão do pedido, se não houver prejuízo para a parte interessada.

[...]

Artigo 29 - Antes da tomada de decisão, a juízo da autoridade, diante da relevância da questão, poderá ser realizada audiência pública para debates sobre a matéria do processo.

[...]

Artigo 30 - Os órgãos e entidades administrativas, em matéria relevante, poderão estabelecer outros meios de participação dos administrados, diretamente ou por meio de organizações e associações legalmente reconhecidas.

No que pertine aos arts. 28, 29 e 30 da Lei n. 10.177/98, verifica-se o estabelecimento de realização de *consulta pública e de audiência pública*, sem excluir a possibilidade de serem determinados *outros meios de participação dos administrados*, de forma direta *ou por meio de organizações e associações legalmente reconhecidas*. Esses instrumentos poderão ser utilizados quando a *matéria do processo envolver assunto de interesse geral, desde que levados a efeito antes da decisão do pedido e mediante despacho motivado do órgão competente e se não houver prejuízo para a parte interessada*.

Artigo 56 - Quando duas ou mais pessoas pretenderem da Administração o reconhecimento ou atribuição de direitos que se excluam mutuamente, será instaurado procedimento administrativo para a decisão, com observância das normas do artigo anterior, e das ditadas pelos princípios da igualdade e do contraditório.

[...]

Artigo 62 - Nenhuma sanção administrativa será aplicada a pessoa física ou jurídica pela Administração Pública, sem que lhe seja assegurada ampla defesa, em procedimento sancionatório.

Parágrafo único - No curso do procedimento ou, em caso de extrema urgência, antes dele, a Administração poderá adotar as medidas cautelares estritamente indispensáveis à eficácia do ato final.

Passa-se a seguir ao exame da Lei n.9.784/99, nos aspectos ligados ao devido processo legal, à ampla defesa e ao contraditório, uma vez que outros de seus temas relevantes já foram abordados no Capítulo 2 deste trabalho. De forma especial, enfatizar-se-á a manifestação doutrinária sobre a importante contribuição da referida lei, no sentido de efetivar as garantias previstas no art. 5º, incisos LIV e LV, da CF/88.

Merece realce, a princípio, o *caput* do art. 2º da Lei n. 9.784/99, no qual, entre outros, ganham destaque os princípios da ampla defesa e do contraditório. Sobre esse último, deveras importante a manifestação de Evandro Martins Guerra e Áira Lages Miari

[...] O objetivo da garantia processual do contraditório é assegurar aos interessados o direito de se manifestarem, produzirem provas e acompanharem o desenvolvimento do processo em que haja a iminência da perda de direito ou até mesmo a aplicação de penalidades. [...] O *contraditório decorre do princípio da isonomia* (grifo nosso), pois é imperioso que se garanta igualdade de condições às partes. O princípio busca, assim, a justiça no processo [...]. Significa dizer que os interessados necessariamente participarão de todas as etapas do processo, apresentando o seu ponto de vista e produzindo provas.¹³⁵

Esses mesmos autores reforçam seus argumentos sobre o tema, trazendo à colação a lição de Aroldo Plínio Gonçalves

A ideia de participação, como elemento integrante do contraditório, já era antiga. Mas o conceito de contraditório desenvolveu-se em uma dimensão mais ampla. Já não é a mera participação, ou mesmo a participação efetiva das partes no processo. O contraditório é a garantia da participação das partes, em simétrica igualdade, no processo, e é a garantia das partes porque o jogo da contradição é delas, os interesses divergentes são delas, são elas *os interessados e os contrainteressados*, na expressão de Fazzalari, enquanto, dentre todos os sujeitos do processo, são os únicos destinatários do provimento final, são os únicos sujeitos do processo que terão os efeitos do provimento atingindo a universalidade de seus direitos, ou seja, interferindo imperativamente em seu patrimônio.¹³⁶

Guerra e Miari referem que *a doutrina processualista diz, em suma, que o contraditório significa a informação necessária com a reação possível. Para eles, não basta a formalidade da participação, é necessário que haja efetividade, de modo que seja apreciada por quem irá proferir a decisão.*¹³⁷

A transcrição da análise do artigo 2º da Lei n.9.784/99 feita por Carla Patrícia Frade Nogueira Lopes e Marília de Ávila e Silva Sampaio, torna-se imperativa,

¹³⁵ GUERRA, Evandro Martins, MIARI, Áira Lages, Fórum Administrativo – Direito Público – FA, Belo Horizonte, ano 6, n. 59, PP. 6672, jan. 2006.

¹³⁶ GONÇALVES, Aroldo Plínio (apud GUERRA, Evandro Martins; MIARI, Áira Lages, 2006).

¹³⁷ Ibidem, p. 6672.

tendo em vista as oportunas observações das autoras sobre o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa

a) *Devido processo legal* – a exigência de processo administrativo foi alçada à condição de direito fundamental no texto constitucional, para as hipóteses indicadas, atrelada à cláusula do devido processo legal prevista no inciso LIV do art. 5º da Constituição Federal. Na esfera administrativa, o devido processo legal não se restringe às hipóteses de privação da liberdade e de bens, desdobrando-se, sobretudo, nas garantias do contraditório e da ampla defesa, abrangendo o conceito de um processo *justo e correto* (grifo dos autores); b) *contraditório* – significa a faculdade de manifestação do ponto de vista ou argumentos próprios, diante dos fatos, documentos ou ponto de vista apresentados por outrem [...]. O princípio do contraditório está atrelado aos princípios da publicidade e da igualdade, desdobrando-se em três matizes: direito de ser informado, direito de ser ouvido e motivação; c) – *ampla defesa*: intimamente ligada ao contraditório, desdobra-se em cinco subprincípios: c.1) *caráter prévio*, que consiste na anterioridade da defesa em relação ao ato decisório, que, no exercício do poder disciplinar, veda a imposição de penas sem a intermediação de processo [...]; c.2)- *recorribilidade das decisões* – independentemente da previsão explícita em lei, esse direito está assegurado na Constituição, por seu art. 5º, inciso XXXIV, alínea a (direito de petição) e é uma decorrência do princípio da ampla defesa; c.3 – *defesa técnica*, significando a defesa praticada por representante legal do interessado (advogado); no âmbito administrativo, modernamente, tem-se que a defesa técnica só é uma exigência nos processos disciplinares; nos demais casos, sob pena de tornar-se inviável a atuação da Administração, entende-se a defesa técnica como uma possibilidade; c.4 – *direito de ser notificado do início do processo*; c.5 – *direito à produção de provas* – não enseja o seu uso abusivo e veda a obtenção de provas por meio ilícito;¹³⁸

Continuando em sua análise sobre o art. 2º da Lei n. 9.784/99, as autoras discorrem sobre

Oficialidade: ou impulso oficial significa a obrigatoriedade imposta à administração de tomar todas as providências para se chegar à decisão final, o que não afasta a atuação dos sujeitos, conforme os princípios do contraditório e da ampla defesa. [...] A Lei n. 9.784/99 consigna o princípio da *impulsão de ofício* no inciso XII do seu art. 2º, sendo tal entendimento reforçado nos arts. 5º e 29. embora a lei só faça referência à revisão de ofício nos processos de que resulte sanção, é evidente que tal possibilidade existe em qualquer ato da administração, em decorrência do poder de autotutela, reconhecido pela *Súmula 473 do STF* (grifo nosso), sendo certo que o art. 63, § 2º, da mencionada lei reforça esse entendimento; *verdade material*: o princípio da verdade material, atrelado ao da oficialidade, quer significar que a administração deve tomar decisões com base nos fatos tais

¹³⁸ LOPES, Carla Patrícia Frade Nogueira Lopes e SAMPAIO, Marília de Ávila e Silva, 2002, 134-5.

como se apresentam na realidade, não se satisfazendo com a versão apresentada pelos sujeitos;¹³⁹

a)

Carla Patrícia Lopes, Marília e Silva Sampaio finalizam o exame do art. 2^a da Lei n. 9.784/99 comentando os demais princípios informadores da Administração Pública

formalismo moderado: o processo administrativo não está sujeito a formas rígidas; o formalismo, nos termos do art. 2^o, incisos VIII e IX, da Lei n. 9.784/99, somente deve existir quando seja necessário para atender ao interesse público e proteger os interesses dos particulares; na mesma linha, o art. 22 do citado diploma legal; *gratuidade*: está expressa no art. 2^o, parágrafo único, inciso XI, que proíbe a cobrança de despesas processuais, ressalvadas as previstas legalmente; *economia processual*: esse princípio traz assente a ideia de que o processo é um instrumento para a aplicação da lei, de modo que as exigências a ele pertinentes devem ser adequadas e proporcionais ao fim que se pretende atingir; desse princípio decorre outro, que é o do aproveitamento de atos processuais, quando se tratar de nulidade sanável que não traga prejuízo nem para a administração nem para o administrado.¹⁴⁰

Sobre esse mesmo tema, José dos Santos Carvalho ensina que:

Em vários momentos, a Lei n. 9.784/99 exhibe dispositivos nos quais se encontra a aplicação do princípio do contraditório e ampla defesa. Citem-se, como exemplo, os arts. 18 e 20, que permitem a arguição de impedimentos e suspeição; o art. 26, que exige a intimação do interessado para tomar ciência de atos no processo; os arts. 29 a 47, que tratam da fase de instrução nos processos, etc. Processos de natureza punitiva não podem prescindir do princípio. Nenhuma punição pode ser imposta sem que o punido tenha tido a oportunidade de rechaçar as acusações que pesam contra si e de provar as alegações que oferece. Daí, ser correta a decisão segundo a qual 'O processo administrativo que conduz à aplicação da pena de perdimento deve obedecer aos princípios da legalidade, do contraditório e da ampla defesa, consoante o art. 5^o, LV, da Constituição Federal, bem assim o art. 2^o da Lei 9.784/1999'.¹⁴¹

Por todo o exposto, fica evidente o papel decisivo que a Lei n. 9.784/99 ocupa em nosso ordenamento jurídico por inaugurar, no âmbito federal, o elenco das leis que

¹³⁹ Ibidem, p. 136.

¹⁴⁰ LOPES, Carla Patrícia Frade Nogueira Lopes e SAMPAIO, Marília de Ávila e Silva, 2002, p.136-7

¹⁴¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos, Processo Administrativo Federal, 2007, p.59.

organizam de forma sistemática e regular o processo administrativo. O fato de ser uma lei federal não a impede de exercer forte influência sobre a legislação atinente ao tema nas demais esferas administrativas da nossa federação. Segundo José dos Santos Carvalho Filho, se *não chega a ser obra de perfeição (e não teria obrigação de ser), a lei espelha indiscutível avanço nas relações externas e internas existentes no processo administrativo.*¹⁴²

¹⁴² Op. cit. p. xii.

4.3 O STF, a ampla defesa e o contraditório

A jurisprudência do STF a respeito da aplicação dos princípios constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório no Direito Administrativo é farta. A seguir, passa-se à apresentação de várias ementas de julgamentos realizados pela Suprema Corte, relativos a esses princípios e que bem ilustram a inserção desses postulados nas práticas do poder Judiciário.

Mandado de Segurança. Pensão por morte de ex-militar. Decisão do Tribunal de Contas da União que considerou legal a concessão de pensão à impetrante e determinou o registro do ato respectivo. Decisão impugnada, no prazo legal, pelo Ministério Público, por meio do Pedido de Reexame. Recurso com efeito suspensivo, que impediu se perfizesse o ato complexo de registro da pensão militar. Pedido de Reexame provido para tornar insubsistente a decisão anterior e declarar ilegal a concessão da pensão. Art. 71, III, da Constituição. Tribunal de Contas da União. Controle externo. Julgamento de legalidade de concessão de aposentadoria ou pensão. Inexistência de processo contraditório ou contestatório.[...] ¹⁴³

SERVIDOR PÚBLICO. Funcionário (s) da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT. Cargo. Ascensão funcional sem concurso público. Anulação pelo Tribunal de Contas da União - TCU. Inadmissibilidade. Ato aprovado pelo TCU há mais de cinco (5) anos. Inobservância do contraditório e da ampla defesa. Consumação, ademais, da decadência administrativa após o quinquênio legal. Ofensa a direito líquido e certo. Cassação dos acórdãos. Segurança concedida para esse fim. Aplicação do art. 5º, inc. LV, da CF, e art. 54 da Lei federal n. 9.784/99. Não pode o Tribunal de Contas da União, sob fundamento ou pretexto algum, anular ascensão funcional de servidor operada e aprovada há mais de 5 (cinco) anos, sobretudo em procedimento que lhe não assegura o contraditório e a ampla defesa. ¹⁴⁴

EMENTA: CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. ALEGADA OFENSA AOS ARTS. 5º, XXXV, LIV e LV; E, 93, IX, DA CF. OFENSA REFLEXA.

¹⁴³ BRASIL, STF, MS 24728-RJ, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 3.8.2005, Tribunal Pleno do STF, DJ de 9.9.2005. Ementa disponível em www.stf.gov.br. Consulta realizada em 14.5.2008.

¹⁴⁴ BRASIL, STF, MS 26405/DF, Rel. Min. Cezar Peluso J. 17/12/2007 Órgão Julgador: Tribunal Pleno DJ 21-02-2008. Ementa disponível em www.stf.gov.br. Consulta realizada em 14.5.2008.

SÚMULA 636 DO STF. PREVIDÊNCIA PRIVADA. ABONO SALARIAL. EXTENSÃO AOS APOSENTADOS. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. OFENSA INDIRETA À CONSTITUIÇÃO. SÚMULAS 279 E 454 DO STF. ALEGADA OFENSA AO ART. 195, § 5º, DA CF. INOCORRÊNCIA. MULTA. MATÉRIA PROCESSUAL. OFENSA REFLEXA. AGRAVO IMPROVIDO. I - A jurisprudência da Corte é no sentido de que a alegada violação ao art. 5º, XXXV, LIV e LV, da Constituição, pode configurar, quando muito, situação de ofensa reflexa ao texto constitucional, por demandar a análise de legislação processual ordinária. II - Não há contrariedade ao art. 93, IX, da mesma Carta, quando o acórdão recorrido encontra-se suficientemente fundamentado. III - O Tribunal entende não ser cabível a interposição de RE por contrariedade princípio da legalidade quando a verificação da ofensa envolva a reapreciação de interpretação dada a normas infraconstitucionais pelo Tribunal a quo (Súmula 636 do STF). IV - Matéria de índole meramente processual, em regra, não autoriza o conhecimento do recurso extraordinário, porquanto eventual afronta à Constituição seria indireta. V - RE que demanda o exame de matéria de fato e análise de cláusulas contratuais, bem como de legislação ordinária, o que inviabiliza o RE, a teor das Súmulas 279 e 454 do STF. VI - O art. 195, § 5º, da CF, diz respeito apenas à seguridade social financiada por toda a sociedade. Cito precedentes. VII - Quanto à condenação ao pagamento de multa, o acórdão recorrido decidiu a questão com base em normas processuais. A afronta à Constituição, se ocorrente, seria indireta. Cito precedentes. VIII - Agravo regimental improvido.¹⁴⁵

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. SECRETÁRIO DE RECURSOS HUMANOS DO MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, ORÇAMENTO E GESTÃO. ILEGITIMIDADE PASSIVA. ATO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. COMPETÊNCIA DO STF. PENSÕES CIVIL E MILITAR. MILITAR REFORMADO SOB A CF DE 1967. CUMULATIVIDADE. PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA. GARANTIAS DO CONTRÁRIO E DA AMPLA DEFESA. 1. O Secretário de Recursos Humanos do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão é parte ilegítima para figurar no polo passivo da ação mandamental, dado que é mero executor da decisão emanada do Tribunal de Contas da União. 2. No julgamento do MS n. 25.113/DF, Rel. Min. Eros Grau, o Tribunal decidiu que, "reformado o militar instituidor da pensão sob a Constituição de 1967 e aposentado como servidor civil na vigência da Constituição de 1988, antes da edição da EC 20/98, não há falar-se em acumulação de proventos do art. 40 da CB/88, vedada pelo art. 11 da EC n. 20/98, mas a percepção de provento civil (art. 40 CB/88) cumulado com provento militar (art. 42 CB/88), situação não abarcada pela proibição da emenda". Precedentes citados: MS n. 25.090/DF, MS n. 24.997/DF e MS n. 24.742/DF. Tal acumulação, no entanto, deve observar o teto previsto no inciso XI do art. 37 da Constituição Federal. 3. A inércia da Corte de Contas, por sete anos, consolidou de forma positiva a expectativa da viúva, no tocante ao recebimento de verba de caráter alimentar. Este aspecto temporal diz intimamente com o princípio

¹⁴⁵ BRASIL, STF, RE – AgR 528911/SC, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 27.11.2007, 1ª T. Ementa disponível em www.stf.gov.br. Consulta realizada em 14.5.2008.

da segurança jurídica, projeção objetiva do princípio da dignidade da pessoa humana e elemento conceitual do Estado de Direito. 4. O prazo de cinco anos é de ser aplicado aos processos de contas que tenham por objeto o exame de legalidade dos atos concessivos de aposentadorias, reformas e pensões. Transcorrido *in albis* o interregno quinquenal, é de se convocar os particulares para participar do processo de seu interesse, a fim de desfrutar das garantias do contraditório e da ampla defesa (inciso LV do art. 5º). 5. Segurança concedida.¹⁴⁶

EMENTA: Contraditório e Ampla defesa: não ofende o art. 5º, LV, da Constituição acórdão que mantém o indeferimento de diligência probatória tida por desnecessária. O mencionado dispositivo constitucional também não impede que o julgador aprecie com total liberdade e valorize como bem entender as alegações e as provas que lhe são submetidas. Precedentes.¹⁴⁷

EMENTA: RECURSO. Extraordinário. Inadmissibilidade. Parecer do Ministério Público como custos legis. Adoção pelo acórdão impugnado, como razão de decidir. Ofensa à ampla defesa e à necessidade de motivação das decisões judiciais. Não ocorrência. Agravo regimental improvido. Não fere as garantias do contraditório, da ampla defesa, nem da motivação das decisões judiciais, a adoção, como *ratio decidendi*, da manifestação, a título de *custos legis*, do Ministério Público.¹⁴⁸

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. SERVIDOR PÚBLICO. QÜINQUÊNIO. PAGAMENTO INDEVIDO. PROCESSO ADMINISTRATIVO. AUSÊNCIA. DESCONTO EM FOLHA. IMPOSSIBILIDADE. I - A Administração Pública somente poderia proceder ao desconto em folha dos valores pagos indevidamente mediante a instauração de processo administrativo, assegurados ao servidor o contraditório e a ampla defesa. Precedentes. II - Agravo regimental improvido.¹⁴⁹

PROCESSO - ATO ADMINISTRATIVO - DECLARAÇÃO DE INSUBSISTÊNCIA - AUDIÇÃO DA PARTE INTERESSADA - INOBSERVÂNCIA. Uma vez constituída situação jurídica a integrar o patrimônio do administrado ou do servidor, o desfazimento pressupõe o

¹⁴⁶ BRASIL, STF, MS 24448/DF, Min. Carlos Britto, j. 27.4.2007, Tribunal Pleno, DJU 14.11.2007. Ementa disponível em www.stf.gov.br. Consulta realizada em 14.5.2008.

¹⁴⁷ BRASIL, STF, AI-AgR 623228/SP – SÃO PAULO, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 14.8.07, 1ª T., DJU 4.9.2007. Ementa disponível em www.stf.gov.br. Consulta realizada em 14.5.2008.

¹⁴⁸ BRASIL, STF, RE – AgR 360037/SC, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 7.8.2007, 2ª T., DJU 14.9.2007. Ementa disponível em www.stf.gov.br. Consulta realizada em 14.5.2008.

¹⁴⁹ BRASIL, STF, AI – AgR 595876/MG, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 31.5.2007, 1ª T., DJU 22.6.2007. Ementa disponível em www.stf.gov.br. Consulta realizada em 14.5.2008.

contraditório. Precedente: Recurso Extraordinário n.158.543-9/RS, por mim relatado perante a Segunda Turma, com acórdão publicado no Diário da Justiça de 6 de outubro de 1995.¹⁵⁰

EMENTA: I. Recurso extraordinário: inadmissibilidade: falta de prequestionamento do tema do art. 37, caput, da Constituição Federal, dado por violado, uma vez que não foi examinado pelo acórdão recorrido, nem objeto dos embargos de declaração opostos: incidência das Súmulas 282 e 356. II. Recurso extraordinário: descabimento: discussão relativa à observância, em processo administrativo, dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, que demanda o revolvimento de matéria de fato e o reexame de prova inviáveis no recurso extraordinário: incidência da Súmula 279. III. Prescrição: questão restrita ao âmbito de legislação infraconstitucional local, que não enseja reexame no recurso extraordinário: incidência da Súmula 280.¹⁵¹

EMENTA: Agravo regimental em recurso extraordinário. 2. Supressão de gratificação de Produção Suplementar. Ausência de prévio processo administrativo. Inobservância do contraditório e da ampla defesa. Impossibilidade. 3. Agravo regimental a que se nega provimento.¹⁵²

ADMINISTRATIVO – MANDADO DE SEGURANÇA – RESCISÃO DE CONTRATO – ATO UNILATERAL – MOTIVAÇÃO – INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL – CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ARTS. 5º, LV, E 93, X – DECRETO-LEI N. 2.300/1986 (ART. 68)

1. A motivação do ato é o devido processo legal, favorecendo a ampla defesa são garantias constitucionais (arts. 5º, LV, e 93, X, CF).
2. discricionariedade não se confunde com o entendimento pessoal ou particular do administrador, submetendo-se a legalidade. Em contrário, configuraria o ato arbitrário.
3. Segurança concedida para ser garantido o exercício da ampla defesa, formando-se o contraditório.
4. Recurso provido.¹⁵³

¹⁵⁰ BRASIL, STF, AI – AgR 587487/RJ, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 31.5.2007, 1ª T., DJU 29.6.2007. ementa disponível em www.stf.gov.br. Consulta realizada em 14.5.2008.

¹⁵¹ BRASIL, STF, RE – AgR 487434/GO, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 13.12.2006, 1ª T., DJU 9.2.2007. Ementa disponível em www.stf.gov.br. Consulta realizada em 14.5.2008.

¹⁵² STF RE – AgR 416546/DF. Ementa disponível em www.stf.gov.br. Consulta realizada em 14.5.2008.

¹⁵³ BRASIL, STF, ROMS 5478/RJ. Rel. Min. Milton Luiz Pereira, DJU 24.05.1995. Ementa disponível em www.stf.gov.br. Consulta realizada em 14.5.2008.

ADMINISTRATIVO – CASA LOTÉRICA – PERMISSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO – RESCISÃO – PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO – GARANTIA DA AMPLA DEFESA

1. Ainda que contrato de permissão de serviço público seja revestido dos atributos da discricionariedade, unilateralidade e precariedade, a sua rescisão reclama o regular desenvolvimento do procedimento administrativo, no qual deve sempre ser observado o postulado da garantia de defesa.
2. Agravo regimental não provido.¹⁵⁴

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO - EXIGÊNCIA LEGAL DE PRÉVIO DEPÓSITO DO VALOR DA MULTA COMO CONDIÇÃO DE ADMISSIBILIDADE DO RECURSO ADMINISTRATIVO - OCORRÊNCIA DE TRANSGRESSÃO AO ART. 5º, LV, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA - NOVA ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL FIRMADA PELO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - RECURSO DE AGRAVO PROVIDO. - A exigência legal de prévio depósito do valor da multa, como pressuposto de admissibilidade de recurso de caráter meramente administrativo, transgride o art. 5º, LV, da Constituição da República. Revisão da jurisprudência: RE 390.513/SP (Pleno).¹⁵⁵

EMENTA: SERVIDOR PÚBLICO. Funcionário (s) da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT. Cargo. Ascensão funcional sem concurso público. Anulação pelo Tribunal de Contas da União - TCU. Inadmissibilidade. Ato aprovado pelo TCU há mais de cinco (5) anos. Inobservância do contraditório e da ampla defesa. Consumação, ademais, da decadência administrativa após o quinquênio legal. Ofensa a direito líquido e certo. Cassação dos acórdãos. Segurança concedida para esse fim. Aplicação do art. 5º, inc. LV, da CF, e art. 54 da Lei federal n. 9.784/99. Não pode o Tribunal de Contas da União, sob fundamento ou pretexto algum, anular ascensão funcional de servidor operada e aprovada há mais de 5 (cinco) anos, sobretudo em procedimento que lhe não assegura o contraditório e a ampla defesa.¹⁵⁶

EMENTA: Agravo regimental em recurso extraordinário. 2. Servidor Público falecido. Pensão deixada a Viúva e a Companheira. Questionamento quanto à condição de ex-companheira. Nulidade do ato administrativo sem prévio processo administrativo. Inobservância do contraditório e da ampla defesa. Impossibilidade. 3. A garantia do direito de defesa contempla, no seu âmbito de proteção, todos os processos

¹⁵⁴ BRASIL, STF, AGA 561.648/RS, 2ª T., Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJU 13.04.2004. Ementa disponível em www.stf.gov.br. Consulta realizada em 14.5.2008.

¹⁵⁵ BRASIL, STF, RE – AgR 504288/BA, Rel. Min. Celso de Mello, j. 29.5.2007, 2ª T., DJU 29.6.2007. Ementa disponível em www.stf.gov.br. Consulta realizada em 14.5.2008.

¹⁵⁶ BRASIL, STF, MS 26405/DF, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 17.12.2007, TP. DJU-031. Ementa disponível em www.stf.gov.br. Consulta realizada em 14.5.2008.

judiciais ou administrativos. Precedentes. 4. Agravo regimental a que se nega provimento.¹⁵⁷

EMENTA: I. Mandado de segurança. Tribunal de Contas da União. Pensão temporária (L. 8.112/90, art. 217, inciso II, alínea 'b'): suspensão liminar: presença dos seus pressupostos. 1. Ato do Tribunal de Contas da União que, liminarmente, determinou a suspensão de quaisquer pagamentos decorrentes de pensão temporária instituída em favor de menor cuja guarda fora confiada ao servidor falecido, seu avô. 2. Caracterização do periculum in mora, dada a necessidade de prevenir lesão ao Erário e garantir a eficácia de eventual decisão futura, diante de grave suspeita de vícios na sua concessão e, principalmente, quando a sua retirada não significa o desamparo de pretensão titular. 3. Plausibilidade da tese que exige a comprovação da dependência econômica para recebimento da pensão temporária prevista na letra b do inciso II do art. 217 da L. 8.112/90, tendo em vista que, no caso, à vista da capacidade econômica dos pais do beneficiário, apurada pela equipe de auditoria, não se pode inferir que a dependência econômica tenha sido a única causa para a concessão da guarda do requerente aos avós. II. Mandado de segurança: alegação improcedente de prejuízo. Indiferente para a continuidade do processo a perda do benefício pelo impetrante por ter atingido a idade limite de vinte e um anos: dada a confirmação, em decisão de mérito, do entendimento do TCU manifestado na cautelar - objeto desta impetração - mantém-se o interesse do requerente no julgamento do mérito do mandado de segurança, já que, se concedida a ordem, estaria ele resguardado de devolver os valores recebidos desde a decisão impugnada. III. Contraditório, ampla defesa e devido processo legal: exigência afastada nos casos em que o Tribunal de Contas da União, no exercício do controle externo que lhe atribui a Constituição (art. 71, III), aprecia a legalidade da concessão de aposentadoria ou pensão, só após o que se aperfeiçoa o ato complexo, dotando-o de definitividade administrativa. IV. Tribunal de Contas da União: controle externo: não consumação de decadência administrativa, por não se aplicar o prazo previsto no art. 54 da L. 9.784/99, dado o não aperfeiçoamento do ato complexo de concessão.¹⁵⁸

O Supremo Tribunal Federal, no dia 7 de maio de 2008, editou a Súmula Vinculante n. 5, cuja vigência repercutirá de forma decisiva sobre os processos administrativos disciplinares, conforme se pode verificar pela notícia divulgada no sítio do STF na *internet*.

Súmula Vinculante n. 5: STF assegura legalidade das mais de 1700 demissões no serviço público desde 2003

¹⁵⁷ STF, RE – AgR 488443/RJ, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 9.10.2007, 2ª T., DJU 26.10.2007. Ementa disponível em www.stf.gov.br. Consulta realizada em 14.5.2008.

¹⁵⁸ STF, MS 25409/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 15.3.2007, TP, DJU 18.5.2007. Ementa disponível em www.stf.gov.br, em 13.5.2008. Consulta realizada em 14.5.2008.

“A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição”. Com a aprovação, ontem (07), da sua 5ª Súmula Vinculante, o Supremo Tribunal Federal (STF) pacificou o entendimento do poder Judiciário em um tema que envolve mais de 25 mil processos em tramitação no poder Executivo Federal desde 2003, confirmando e ao mesmo tempo trazendo segurança jurídica às decisões já tomadas, ou em vias de serem proferidas. De acordo com informações da Controladoria-Geral da União (CGU), esse foi o número de processos administrativos disciplinares (PADs) instaurados no âmbito do poder Executivo, entre 2003 e 2007. Ao manter o entendimento de que a ausência da defesa em PAD não é ilegal, os ministros do STF evitaram que 1711 processos já concluídos em diversos órgãos públicos - e que resultaram na expulsão do servidor, pudessem vir a ser anulados. [...] O PAD é o procedimento instaurado pela Administração Pública para apurar supostas irregularidades cometidas pelos servidores públicos, e que prevê, entre outras, as penas de demissão, cassação ou destituição do cargo. No julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 434059, na tarde de ontem, que levou à edição desta súmula, os ministros entenderam, no entanto, que, no PAD, a presença do advogado é uma faculdade de que o servidor público dispõe, dada pelo artigo 156 da Lei 8.112/90 (Estatuto dos Servidores Públicos), mas não uma obrigatoriedade, e que a sua ausência não implica em nulidade do processo. Os ministérios da Previdência e Assistência Social, da Educação, da Fazenda, da Justiça e da Saúde reúnem mais de 75% dos 1711 PADs que terminaram em demissão, cassação ou destituição de servidor desde 2003. Entendimento contrário do Supremo poderia levar os demitidos a recorrerem à justiça, alegando a nulidade dos processos administrativos a que responderam.¹⁵⁹

A decisão acima referida foi tomada de forma unânime pelo STF no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 434059, interposto pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) e pela União contra decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que entendeu ser obrigatória a presença do advogado em PAD (Súmula 343). Os ministros do STF basearam a sua decisão em três precedentes: o Agravo Regimental (AR) no RE 244277, Rel. Min. Ellen Grace, o AR em Agravo de Instrumento (AI) 207197, Rel. Min. Otávio Galotti – aposentado – e o Mandado de Segurança (MS) 24961, Rel. Min. Carlos Velloso - aposentado. Segundo notícias veiculadas na *internet*,

[...] No acórdão (decisão colegiada) contestado pelo INSS e pela AGU, o STJ concedeu Mandado de Segurança (MS) à ex-agente administrativa do INSS Márcia Denise Farias Lino, que se insurgia contra a portaria do Ministro da Previdência que a exonerou do cargo. Alegou violação aos artigos 5º, inciso LV, e 133 da Constituição Federal. O primeiro desses

¹⁵⁹ BRASIL, STF, www.stf.gov.br, notícia divulgada em 8.5.2008. Consulta realizada em 14.5.2008.

dispositivos garante o direito do contraditório e da ampla defesa, enquanto o segundo dispõe que o advogado é indispensável à administração da justiça. Segundo a ex-servidora, ela não teria contado com assistência técnica de advogado durante o processo administrativo disciplinar que precedeu a sua demissão. Os ministros entenderam, no entanto, que, no PAD, a presença do advogado é uma faculdade de que o servidor público dispõe, que lhe é dada pelo artigo 156 da Lei 8.112/90 (Estatuto dos Servidores Públicos), não uma obrigatoriedade. Exceções seriam o caso de servidor que, submetido a tal processo, se encontre em lugar incerto e não sabido, caso em que cabe ao órgão público a que pertence designar um procurador; e, ainda, o fato de o assunto objeto do processo ser muito complexo e fugir à compreensão do servidor para ele próprio defender-se. Neste caso, se ele não dispuser de recursos para contratar um advogado, cabe ao órgão público colocar um defensor a sua disposição.[...] Ao defender a posição da União na sessão plenária de hoje, o advogado-geral, José Antônio Dias Toffoli, advertiu para o risco de, a se consolidar o entendimento do STJ, servidores demitidos a bem do serviço público, nos Três Poderes, “voltarem a seus cargos com poupança, premiados por sua torpeza”. Isto porque, para todos eles, o processo administrativo disciplinar é regido pelo artigo 156 da Lei 8.112 (Estatuto do Funcionalismo Público). E a decisão do STJ daria ensejo a demandas semelhantes, em que os servidores, além de sua reintegração ao cargo, poderiam reclamar salários atrasados de todo o período em que dele estiveram ausentes. [...] ¹⁶⁰

4.4 O STJ, a ampla defesa e o contraditório

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça também é farta em relação aos julgados que têm como objeto os princípios da ampla defesa e do contraditório. A seguir, algumas ementas sobre o tema:

ADMINISTRATIVO - MANDADO DE SEGURANÇA - RESCISÃO DE CONTRATO - ATO UNILATERAL - MOTIVAÇÃO - INOBSERVANCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL - CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ARTS. 5, LV, E 93, X - DECRETO-LEI 2.300/86 (ART. 68).

1. A motivação do ato e o devido processo legal, favorecendo a ampla defesa são garantias constitucionais (arts. 5, lv, e 93, x, c.f).
2. Discricionariedade não se confunde com o entendimento pessoal ou particular do administrador, submetendo-se a legalidade. em contrário, configuraria o ato arbitrário.
3. Segurança concedida para ser garantido o exercício da ampla defesa, formando-se o contraditório.
4. recurso provido.¹⁶¹

¹⁶⁰ BRASIL, Disponível em www.secure.jurid.com.br, Biblioteca Jurídica Digital, em 13.5.2008. Consulta realizada em 14.5.2008.

MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. NÃO-OCORRÊNCIA. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. AUSÊNCIA DE DEFESA TÉCNICA NA FASE INSTRUTÓRIA. CERCEAMENTO DE DEFESA. SÚMULA 343/STJ. PRECEDENTES.

1. Reiniciada a contagem do prazo prescricional após 140 dias da sua interrupção (art. 142, § 3º, da Lei n. 8.112/90), afasta-se a ocorrência de prescrição se, no momento da impetração, ainda não tiverem transcorrido cinco anos daquele marco temporal.

2. Em respeito às garantias constitucionais do contraditório e ampla defesa, deve ser assegurada ao servidor sua representação por advogado legalmente constituído, ou defensor dativo, desde o início da fase instrutória do processo administrativo disciplinar.

Aplicação da Súmula 343/STJ.

3. Segurança concedida para declarar a nulidade do processo administrativo disciplinar desde o início da fase instrutória e, por consequência, da pena de demissão.¹⁶²

RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. MAGISTRADO. APLICAÇÃO DE PENA DE DISPONIBILIDADE COM VENCIMENTOS PROPORCIONAIS AO TEMPO DE SERVIÇO. NULIDADES AFASTADAS. SINDICÂNCIA. DESNECESSIDADE DE CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. VOTAÇÃO SECRETA. DESCABIMENTO.

1. Havendo previsão legal expressa de que competia ao Corregedor de Justiça do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná processar as reclamações contra juízes, bem como participar das deliberações do Órgão Especial sobre matéria administrativa e impor penas disciplinares, deve ser afastada a alegação de nulidade do voto proferido pelo Desembargador Corregedor quando do julgamento da disponibilidade do impetrante.

2. É cabível a suspensão do julgamento pelo órgão especial quando não preenchido o quorum legal exigido para a aplicação da pena de disponibilidade de magistrado.

3. A Constituição Federal (art. 93, VIII, CR/88) não exige que o ato de disponibilidade tenha fundamento em decisão tomada por membros efetivos do órgão especial do respectivo tribunal. Possibilidade de participação no julgamento de desembargadores do tribunal convocados para atuarem no órgão especial.

4. A determinação de quebra de sigilo bancário, nos autos de processo administrativo disciplinar, não incorre em ilegalidade se determinada pela autoridade judiciária competente. Da mesma forma, não há nulidade do processo administrativo se a pena de disponibilidade é aplicada com base em provas que, caso desconsiderada a gravação telefônica, seriam suficientes para embasá-la.

5. Afasta-se a alegação de nulidade quando a decisão que determina a instauração do processo administrativo é bem fundamentada e quando o impetrante, através de advogado constituído, toma conhecimento de

¹⁶¹ BRASIL, STJ, Rec. Em MS 5478/RJ, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, 1ª T., j. 24.5.1995, DJU 19.6.1995, p.18635. Ementa disponível no sítio www.stj.gov.br, em 13.5.2008. Consulta realizada em 14.5.2008.

¹⁶² BRASIL, STJ, MS 12310/DF, Rel. Min. Maria Theresa de Assis Moura, 3ª Seção, j. 27.2.2008, DJU 1º. 4.2008, P.1. Consulta realizada em 14.5.2008.

todas as fases do processo e exerce o direito de defesa em sua plenitude.

6. "A sindicância, que visa apurar a ocorrência de infrações administrativas, sem estar dirigida, desde logo, à aplicação de sanção, prescinde da observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa, por se tratar de procedimento inquisitorial, prévio à acusação e anterior ao processo administrativo disciplinar, ainda sem a presença obrigatória de acusados". (MS 10.828/DF, Rel. Min. Paulo Gallotti, DJ 2/10/2006).

7. A previsão da LOMAN de escrutínio secreto para aplicação da pena de disponibilidade de magistrado não foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988.

8. Recurso ordinário improvido.¹⁶³

RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. ATO DE REMOÇÃO. INVALIDAÇÃO. REPERCUSSÃO NO ÂMBITO DE INTERESSE INDIVIDUAL. NECESSIDADE DE PRÉVIA INSTAURAÇÃO DE PROCESSO ADMINISTRATIVO. PRECEDENTES. OBSERVÂNCIA, NO CASO, DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA.

1. Consoante entendimento firmado pela Terceira Seção, nas hipóteses em que a invalidação do ato administrativo (Súmulas 346 e 473/STF) repercute no campo de interesses individuais de servidores, é necessária prévia instauração de processo administrativo que assegure o exercício da ampla defesa e do contraditório. Ressalva do entendimento desta Relatora.

2. Recurso ordinário provido.¹⁶⁴

ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PENA DE DEMISSÃO. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. NULIDADES. INEXISTÊNCIA. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO.

1. Não se verifica nenhuma ilegalidade no procedimento administrativo o fato do Contencioso Administrativo – órgão de assessoramento e direção da Presidência – ter manifestado opinião por meio de parecer jurídico, máxime por estar em perfeita consonância com o Regulamento Interno do Tribunal de Justiça Estadual.

2. O processo administrativo, que culminou na aplicação da pena de demissão à Recorrente, teve regular processamento, com a estrita observância aos princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório.

3. Em relação ao controle jurisdicional do processo administrativo, a atuação do Poder Judiciário circunscreve-se ao campo da regularidade do procedimento, bem como à legalidade do ato, sendo-lhe defesa

¹⁶³ BRASIL, STJ, RMS 11708/PR, Rel. Min. Maria Theresa de Assis Moura, 6ªT., j. 13.12.2007, DJU 11.2.2008, p.1. Ementa disponível em www.stj.gov.br, em 13.5.2008. Consulta realizada em 14.5.2008.

¹⁶⁴ BRASIL, STJ, RMS 12837/SC, Rel. Min. Maria Theresa de Assis Moura, 6ªT., j. 19.12.2007, DJU 11.2.2008, p.1231. Ementa disponível em www.stj.gov.br, em 13.5.2008. Consulta realizada em 14.5.2008.

qualquer incursão no mérito administrativo a fim de aferir o grau de conveniência e oportunidade. Dessa forma, mostra-se inviável a análise das provas constantes no processo administrativo.

4. Recurso desprovido.¹⁶⁵

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. DEPÓSITO PRÉVIO PARA SEGUIMENTO DE RECURSO. VIOLAÇÃO DO ART. 535, II, DO CPC. NÃO-OCORRÊNCIA. ILEGALIDADE. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA (ART. 5º, LV, DA CF/1988). PRECEDENTES DESTA CORTE E DO COLENDO STF.

1. Recurso especial contra acórdão que considerou legal a exigência de depósito prévio do valor da multa para a interposição de recurso administrativo.

2. Se não houve omissão no acórdão a ser suprida pelo recurso integrativo, quanto ao exame da matéria dos arts. 126, § 1º, da Lei n. 8.212/91 e 151, III, do CTN, é inoportuna a alegação de ofensa do art. 535, II, do CPC.

3. A CF/1988, no art. 5º, LV, dispõe: “Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e os recursos a ela inerentes”. Tal inciso traduz-se no fato de poder o acusado propor suas razões em juízo ou perante a administração, sem nenhuma restrição, por não existir composição justa dos conflitos sem se ouvir uma e outra parte em litígio. A defesa ampla é a essência do contraditório e ela deve ser assegurada aos litigantes, tanto no processo judicial quanto no administrativo.

4. O fato de se condicionar a interposição de recurso administrativo a depósito prévio da multa devida em decorrência da possível infração afronta claramente o princípio da ampla defesa, assegurado pela Carta Magna, porquanto, havendo impossibilidade de se efetuar o depósito, a defesa do requerido na instância administrativa fica cerceada. E para aqueles, hipossuficientes, que, por qualquer motivo, alheio à sua vontade, não dispõem do valor exigido para o depósito? Caracterizada estará a consumação de prejuízos irreversíveis.

5. O colendo STF, hodiernamente, modificou o posicionamento que vinha externando nos últimos julgados: Sob tal perspectiva, cumpre ter presente a circunstância de que a controvérsia jurídica suscitada no recurso extraordinário interposto pela parte ora requerente - discussão sobre a constitucionalidade da exigência de depósito prévio para interposição de recurso administrativo em matéria tributária - encontra-se, novamente, sob apreciação do Plenário desta Suprema Corte, no julgamento do RE 388359/PE, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, do RE 389383/SP, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, e do RE 390513/SP, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, nos quais cinco (5) eminentes Juízes desta Corte (Ministros MARCO AURÉLIO, RICARDO LEWANDOWSKI, EROS GRAU, JOAQUIM BARBOSA e CARLOS BRITTO) já proferiram votos favoráveis à tese ora sustentada nesta sede processual. A existência desses votos (quase perfazendo a maioria absoluta do Tribunal), ao menos até a conclusão do julgamento em referência – adiado em virtude de pedido de vista –, revela-se suficiente para conferir plausibilidade jurídica à pretensão deduzida pela parte ora requerente. É por tal razão

¹⁶⁵ BRASIL, STJ, RMS 19863/SE, Rel. Min. Laurita Vaz, 5ªT., j. 29.11.2007, DJU 29.11.2007, p.224. Ementa disponível em www.stj.gov.br, em 13.5.2008. Consulta realizada em 14.5.2008.

que eminentes Ministros desta Suprema Corte, pronunciando-se em contexto idêntico ao que emerge do pleito concedido a suspensão cautelar de eficácia de ora em exame, têm acórdãos que consideraram constitucional a exigência do depósito prévio para interposição de recurso administrativo (AC 636/MG, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA – AC 1.449/SP, Rel. Min. EROS GRAU - AC 1.560/SC, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA). Trecho da decisão do eminente Min. Celso de Mello na Ação Cautelar n. 1566-9/MG.

6. Recentemente (06/03/2007), a distinta Segunda Turma do STF referendou, à unanimidade, a liminar concedida pelo insigne Min. Celso de Mello na Cautelar supracitada (n. 1.566-9/MG), que permitiu à empresa requerente interpor recurso administrativo contra procedimento que visava à constituição de crédito tributário, sem a obrigação de depósito prévio.

7. É de se destacar o caráter excepcional da matéria, cujo tema foi encerrado, de forma definitiva, em 28/03/2007, pelo Plenário do STF no julgamento dos RREE n. 388.359, 389.383 e 390.513, que, por maioria (9 votos a 1), declarou a inconstitucionalidade da exigência de depósito prévio para interposição de recursos administrativos, visto que tal condição inviabiliza o direito de defesa.

8. Precedentes desta Corte Superior e do colendo STF.

9. Recurso especial parcialmente provido para o fim de reconhecer a ilegalidade do depósito prévio em discussão. Ausência de violação do art. 535, II, do CPC.¹⁶⁶

MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. AUSÊNCIA DE DEFESA DE DEFENSOR DATIVO. CERCEAMENTO DE DEFESA. OCORRÊNCIA. I - "A sindicância, que visa apurar a ocorrência de infrações administrativas, sem estar dirigida, desde logo, à aplicação de sanção, prescinde da observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa, por se tratar de procedimento inquisitorial, prévio à acusação e anterior ao processo administrativo disciplinar, ainda sem a presença obrigatória de acusados." (MS n. 10828)

II - "A presença obrigatória de advogado constituído ou defensor dativo é elementar à essência mesma da garantia constitucional do direito à ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, quer se trate de processo judicial ou administrativo, porque tem como sujeitos não apenas litigantes, mas também os acusados em geral" (Precedentes).

III - Independentemente de defesa pessoal, é indispensável a nomeação de defensor dativo, em respeito à ampla defesa. (Súmula 343)

IV - O art. 18 da Lei Complementar n 80/94 prevê a atuação da Defensoria Pública da União em processos administrativos disciplinares, o que contribui para a garantia da ampla defesa em processos dessa natureza.

V - A ausência de nomeação de defensor dativo gera nulidade dos atos editados no processo administrativo disciplinar a partir da fase instrutória (inquirição de testemunhas). Ordem parcialmente concedida.¹⁶⁷

¹⁶⁶ BRASIL, STJ, Resp 998053/DF, Rel. Min. José Delgado, 1ªT., j. 20.11.2007, DJU 19.12.2007, p. 1187. Ementa disponível em www.stj.gov.br, em 13.5.2008.

¹⁶⁷ BRASIL, STJ, MS 12880/DF, Rel. Min. Felix Fischer, 3ªSeção, j. 14.11.2007, DJU 4.12.2007, p. 223. Ementa disponível em www.stj.gov.br, em 13.5.2008. Consulta realizada em 14.5.2008.

RECURSO ORDINÁRIO. REDUÇÃO DOS PROVENTOS DE APOSENTADORIA. AUSÊNCIA DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. ILEGALIDADE.

1. O Superior Tribunal de Justiça tem reiteradamente advertido que todo ato administrativo que repercute na esfera individual do administrado, como no caso de redução de proventos de aposentadoria, tem de ser precedido de processo administrativo que assegure a este o contraditório e a ampla defesa.

2. Recurso ordinário provido.¹⁶⁸

PROCESSO TRIBUTÁRIO. PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. RECURSO ADMINISTRATIVO. EXIGÊNCIA DE DEPÓSITO PRÉVIO. GARANTIA DA AMPLA DEFESA. DIREITO DE PETIÇÃO INDEPENDENTEMENTE DO PAGAMENTO DE TAXAS. NOVEL JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

1. O depósito prévio ao recurso administrativo, na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, não infirmava os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa (artigo 5º, LV) e do devido processo legal (artigo 5º, LIV), porquanto se considerava que o referido requisito de admissibilidade da impugnação administrativa permitia que o Estado, diante de irresignações manifestamente infundadas, recuperasse parte do débito fiscal, relevantíssimo para a satisfação das necessidades coletivas (REsp. 817153/RJ, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, publicado no DJ de 17.04.2006; AgRg no Ag 718816/MG, Relator Ministro Castro eira, publicado no DJ de 06.03.2006; REsp 745410/SP, Relator Ministro Humberto Martins, publicado no DJ de 01.09.2006; Resp 67127/SP, Relator Ministro João Otávio de Noronha, publicado no DJ de 07.10.2004; AGRESP 499833/ES, Relator Ministro Franciulli Netto, publicado no DJ de 17.05.2004; entre outros).

2. Entrementes, o Supremo Tribunal Federal, na sessão plenária ocorrida em 28.03.2007, nos autos do Recurso Extraordinário 389.383-1/SP, declarou, por maioria, a inconstitucionalidade dos §§ 1º e 2º, do artigo 126, da Lei 8.213/91, com a redação dada pela Medida Provisória 1.608-14/98, convertida na Lei 9.639/98, que estabeleceu o requisito do depósito prévio para a discussão de crédito previdenciário em sede de recurso administrativo, notadamente ante o flagrante desrespeito à garantia constitucional da ampla defesa (artigo 5º, LV, da CF/88) e ao direito de petição independentemente do pagamento de taxas (artigo 5º, XXXIV, "a", da CF/88).

3. O artigo 481, do Codex Processual, no seu parágrafo único, por influxo do princípio da economia processual, determina que "os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário, ou ao órgão especial, a arguição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário, do Supremo Tribunal Federal sobre a questão".

4. Consectariamente, impõe-se a submissão desta Corte ao julgado proferido pelo plenário do STF que proclamou a inconstitucionalidade da norma jurídica em tela, como técnica de uniformização jurisprudencial, instrumento oriundo do Sistema da Common Law e que tem como desígnio a consagração da Isonomia Fiscal no caso sub

¹⁶⁸ BRASIL, STJ, MS 112813/PR, Rel. Min. Maria Theresa de Assis Moura, 6ªT., j. 12.11.2007, DJU 3.12.2007, p. 363. Ementa disponível em www.stj.gov.br, em 13.5.2008. Consulta realizada em 14.5.2008.

examine. 5. In casu, o aresto a quo assentou que: "- A Carta Magna de 1988 estabeleceu nova ordem constitucional e criou garantias para o administrado em face da administração pública, inexistentes no ordenamento jurídico anterior, como o inciso LV do seu artigo 5º, que assegura ampla defesa, com os recursos a ela inerentes, no processo administrativo. - Tal dispositivo recepcionou o artigo 151, inciso III, do CTN, segundo o qual a interposição de reclamações e recursos administrativos constitui causa suspensiva da exigibilidade do crédito tributário. A lei complementar, interpretada agora à luz da atual Constituição, consagra o princípio da ampla defesa e o faz, independentemente de depósito, estabelecendo para o recorrente direito ao efeito suspensivo. Logo, o legislador ordinário, hierarquicamente inferior, não pode condicioná-lo a obstáculo ilógico, uma vez que representa verdadeira contradição impor ao contribuinte que deposite percentual do crédito ainda a ser discutido para suspender-lhe a exigibilidade. Mesmo a título de depósito, significa exigir antes parcela do crédito para sustar depois a exigibilidade do crédito todo, incluindo a parte já exigida. Não faz sentido. O processo administrativo tributário, ao contrário, deve ser regulado em harmonia com o ordenamento jurídico. - A exigência de depósito prévio não tem natureza de pressuposto processual de admissibilidade dos recursos. O preparo do artigo 511 do CPC, v.g., pressuposto objetivo, consiste no custeio das despesas referente ao processamento do feito, ao passo que o depósito é uma espécie de garantia ou caução, que cerceia, de forma incontestável, o direito de recorrer e obter a suspensão da exigibilidade do crédito. - Evidenciado, portanto, o descompasso dos §§ 1º e 2º, do artigo 126, da Lei n. 8.213/91 com o artigo 151, inciso III, do CTN, a ensejar a concessão do mandamus".

5. Recurso especial a que se nega provimento.¹⁶⁹

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. DEPÓSITO PRÉVIO PARA SEGUIMENTO DE RECURSO. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. ALEGAÇÕES GENÉRICAS. SÚMULA 284/STF. ILEGALIDADE. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA (ART. 5º, LV, DA CF/1988). PRECEDENTES DESTA CORTE E DO COLENDO STF.

1. Recurso especial contra acórdão que considerou legal a exigência de depósito prévio do valor da multa para a interposição de recurso administrativo.

2. A mera indicação de violação do art. 535 do CPC, desprovida de razões plausíveis ao provimento do recurso, é insuficiente para embasar o pedido de cassação do acórdão hostilizado. Incidência da Súmula 284/STF: "É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão a controvérsia".

3. A CF/1988, no art. 5º, LV, dispõe: "Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e os recursos a ela inerentes."

4. Tal inciso traduz-se no fato de poder o acusado propor suas razões em juízo ou perante a administração, sem nenhuma restrição, por não existir composição justa dos conflitos sem se ouvir uma e outra parte em litígio. A defesa ampla é a essência do contraditório e ela deve ser

¹⁶⁹ BRASIL, STJ, Resp. 897589/SP, Rel. Min. Luiz Fux, 1ªT., j. 18.10.2007, DJU 8.11.2007, p. 190. Ementa disponível em www.stj.gov.br, em 13.5.2008.

assegurada aos litigantes, tanto no processo judicial quanto no administrativo.

5. O fato de se condicionar a interposição de recurso administrativo a depósito prévio da multa devida em decorrência da possível infração afronta claramente o princípio da ampla defesa, assegurado pela Carta Magna, porquanto, havendo impossibilidade de se efetuar depósito, a defesa do requerido na instância administrativa fica cerceada. E para aqueles, hipossuficientes, que, por qualquer motivo, alheio à sua vontade, não dispõem do valor exigido para o depósito? Caracterizada estará a consumação de prejuízos irreversíveis.

6. O colendo STF, hodiernamente, modificou o posicionamento que vinha externando nos últimos julgados: Sob tal perspectiva, cumpre ter presente a circunstância de que a controvérsia jurídica suscitada no recurso extraordinário interposto pela parte ora requerente - discussão sobre a constitucionalidade da exigência de depósito prévio para interposição de recurso administrativo em matéria tributária - encontra-se, novamente, sob apreciação do Plenário desta Suprema Corte, no julgamento do RE 388359/PE, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, do RE 389383/SP, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, e do RE 390513/SP, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, nos quais cinco (5) eminentes Juízes desta Corte (Ministros MARCO AURÉLIO, RICARDO LEWANDOWSKI, EROS GRAU, JOAQUIM BARBOSA e CARLOS BRITTO) já proferiram votos favoráveis à tese ora sustentada nesta sede processual. A existência desses votos (quase perfazendo a maioria absoluta do Tribunal), ao menos até a conclusão do julgamento em referência – adiado em virtude de pedido de vista –, revela-se suficiente para conferir plausibilidade jurídica à pretensão deduzida pela parte ora requerente. É por tal razão que eminentes Ministros desta Suprema Corte, pronunciando-se em contexto idêntico ao que emerge do pleito concedido a suspensão cautelar de eficácia de ora em exame, têm acórdãos que consideraram constitucional a exigência do depósito prévio para interposição de recurso administrativo (AC 636/MG, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA – AC 1.449/SP, Rel. Min. EROS GRAU - AC 1.560/SC, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA). Trecho da decisão do eminente Min. Celso de Mello na Ação Cautelar n. 1566-9/MG.

7. Recentemente (06/03/2007), a distinta Segunda Turma do STF referendou, à unanimidade, a liminar concedida pelo insigne Min. Celso de Mello na Cautelar supracitada (n. 1.566-9/MG), que permitiu à empresa requerente interpor recurso administrativo contra procedimento que visava à constituição de crédito tributário, sem a obrigação de depósito prévio.

8. É de se destacar o caráter excepcional da matéria, cujo tema foi encerrado, de forma definitiva, em 28/03/2007, pelo Plenário do STF no julgamento dos RREE n. 388.359, 389.383 e 390.513, que, por maioria (9 votos a 1), declarou a inconstitucionalidade da exigência de depósito prévio para interposição de recursos administrativos, visto que tal condição inviabiliza o direito de defesa.

9. Precedentes desta Corte Superior e do colendo STF.

10. Recurso especial parcialmente conhecido e provido para reconhecer a ilegalidade do depósito prévio em discussão.¹⁷⁰

¹⁷⁰ BRASIL, STJ, Resp. 974778/SP, Rel. Min. José Delgado, 1ªT., j. 11.9.2007, DJU 1º.10.2007, p. 254. Ementa disponível em www.stj.gov.br, em 13.5.2008.

PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. IRREGULARIDADE NA CONCESSÃO DE APOSENTADORIA. FALECIMENTO DO SEGURADO. NECESSIDADE DE INTIMAÇÃO DA BENEFICIÁRIA DA PENSÃO POR MORTE PARA EXERCER O DIREITO À AMPLA DEFESA ADMINISTRATIVA.

1. Havendo indício de irregularidade na concessão de aposentadoria, o falecimento do segurado não impede o INSS de exercer o seu poder de autotutela, que lhe impõe o dever de revisar os seus atos, quando eivados de nulidade (Súmula 346 e 473 do STF).

2. Nessa situação, caberá ao INSS instaurar o regular processo administrativo a fim de apurar o equívoco no cálculo do valor da aposentadoria e, conseqüentemente, do valor da pensão por morte, devendo, entretanto, intimar os sucessores ou eventuais beneficiários do ato viciado, no caso, a viúva, para que exerça o direito à ampla defesa e ao contraditório, nos termos do art. 69 da Lei 9.528/97.

3. Recurso Especial provido.¹⁷¹

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. NOTIFICAÇÃO PRÉVIA. DEFESA PRELIMINAR. ARTIGO 17, § 7º, DA LEI Nº. 8.429/92. IMPRESCINDIBILIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA.

1. A inobservância do contraditório preambular em sede de ação de improbidade administrativa, mediante a notificação prévia do requerido para o oferecimento de manifestação por escrito, que poderá ser instruída com documentos e justificações, dentro do prazo de quinze dias (§ 7º, do art. 17, da Lei 8.429/92), importa em grave desrespeito aos postulados constitucionais da ampla defesa e do contraditório, corolários do princípio mais amplo do *due process of law*. Precedente do STJ: AgRg na MC 8089/SC, DJ de 30.06.2004.

2. O § 7º do art. 17 da Lei 8429/92, introduzido pela MP 2.225-45-2001, dispõe: "Art. 17. A ação principal, que terá o rito ordinário, será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada, dentro de trinta dias da efetivação da medida cautelar. [...] § 7º Estando a inicial em devida forma, o juiz mandará autuá-la e ordenará a notificação do requerido, para oferecer manifestação por escrito, que poderá ser instruída com documentos e justificações, dentro do prazo de quinze dias." (grifos nossos).

3. A exegese Pós-Positivista, imposta pelo atual estágio da ciência jurídica, impõe na análise da legislação infraconstitucional o crivo da principiologia da Carta Maior, que lhe revela a denominada "vontade constitucional", cunhada por Konrad Hesse na justificativa da força normativa da Constituição.

4. Nesse segmento, a interpretação do § 7º, do art. 17, da Lei 8.429/92 não pode se distanciar dos postulados constitucionais da ampla defesa e do contraditório, corolários do princípio mais amplo do *due process of law*, oportunizando ao agente público, acusado da prática de ato improprio, o oferecimento de manifestação por escrito, que poderá ser instruída com documentos e justificações, dentro do prazo de quinze dias, notadamente porque a inserção do contraditório preambular, inserto no mencionado dispositivo legal, além de proporcionar ao acusado o exercício da ampla defesa e do contraditório, possibilita ao

¹⁷¹ BRASIL, STJ, Resp. 96045/PR, Rel. Min. Napoleão Nunes Mia Filho, 5ª T., j.23.8.2007, DJU 10.9.2007, p. 308.ementa disponível em www.stj.gov.br, em 13.5.2008.

magistrado na fase posterior, cognominada "juízo prévio de admissibilidade da ação", proceder ao recebimento da petição inicial ou a rejeição da ação civil pública de improbidade (§§ 9º e 10, do art. 17, da Lei 8.429/92).

5. Sobre o tema leciona Marino Pazzaglini Filho, in Lei de Improbidade Administrativa Comentada, Ed. Atlas, São Paulo, 2007, litteris: "(...)Trata-se, na essência, de um procedimento especial preambular, estabelecendo um juízo prévio ou julgamento preliminar a ação civil de improbidade (petição inicial), e seguida ao recebimento da defesa prévia do requerido, à semelhança do que acontece no procedimento criminal, de rito especial, relativo aos crimes imputados a funcionários públicos que estejam no exercício de suas funções (arts. 513 a 518 do CPP). Dentro desse procedimento, cabe ao Juiz, completado este contraditório vestibular, em decisão fundamentada, receber a petição inicial ou rejeitar a ação, se convencido, ou não, da existência do ato de improbidade, a improcedência da ação ou da inadequação da via eleita (§§ 8º e 9º). Violar esse regime processual singular é violar a garantia da ampla defesa (art. 5º, LIV, CF) omissis Considerando a inicial em devida forma, o Magistrado ordenará sua autuação e a notificação do requerido para manifestação por escrito, dentro do prazo de 15 dias, sobre os termos da ação proposta, cuja defesa pode ser instruída com documentos e justificações (§ 7º). Trata-se, pois, de chamamento inicial do requerido para oferecer defesa prévia contra a ação proposta. A inobservância do disposto no § 7º do art. 17 da LIA, vale dizer, a falta de notificação do requerido para apresentação de defesa preliminar, antes do recebimento da petição inicial da ação civil de improbidade administrativa, configura nulidade absoluta e insanável do processo, que não se convalida pela não arguição tempestiva, porque afronta ao princípio fundamental da ampla defesa. (grifo nosso) omissis Após a fase de apresentação da defesa prévia do requerido ou superado o prazo para o seu oferecimento, vem a fase de "juízo prévio da admissibilidade da ação", ou seja, o Juiz, em decisão fundamentada preliminar, recebe a petição inicial ou rejeita a ação civil de improbidade (§§ 8º e 9º do art. 17).(...)" p. 201-204 6. Recurso especial provido.¹⁷²

Conforme se verificou, a análise da jurisprudência das duas maiores cortes do poder Judiciário do Brasil leva à constatação de que os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório estão definitivamente consagrados pelo nossa jurisprudência. Verifica-se que os magistrados estão atentos ao importante papel da Constituição como centro do ordenamento jurídico e que os princípios constitucionais efetivamente permeiam as decisões. Constata-se também que a jurisprudência desses tribunais atribui à Administração Pública, como preconizam a Constituição e as leis que regulam os processos administrativos, a importante função de zelar para que as garantias fundamentais passem do plano abstrato

¹⁷² BRASIL, STJ Resp. 883795/SP, Rel. Min. Francisco Falcão, 1ª T., j. 11.12.2007, DJU 26.3.2008, p. 1.

para o plano concreto. Segundo essa jurisprudência, a garantia do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório inclui entre os seus aspectos mais importantes, o direito de o cidadão ser devidamente informado de todos os passos da Administração que dizem respeito a ele, de ser propiciada a ele a defesa técnica, através da designação de defensor dativo(quando for impossível ao cidadão, pela complexidade dos atos, entender o que se passa e não tiver condições financeiras de pagar as despesas com advogado) e que a participação das partes nos diferentes momentos processuais deve ser garantida. Interessante e não menos importante o cuidado das cortes superiores com as lides que envolvem os direitos humanos, especialmente as que se referem à dignidade humana, como, por exemplo, no aspecto relativo à manutenção de pensões que eram recebidas indevidamente, mas de boa-fé -, por mais de 5 anos, por erro da Administração. Igualmente, percebe-se o cuidado dos magistrados em advertir e em demonstrar aos cidadãos que estes possuem não apenas direitos mas o dever de agir com lisura nos seus pleitos perante a Administração e o poder Judiciário. Alertam os insignes julgadores para a litigância de má-fé e para o uso indevido dos direitos à ampla defesa e ao contraditório com intuítos meramente protelatórios das decisões.

CONCLUSÃO

A sociedade pós-moderna apresenta a constitucionalização dos ordenamentos jurídicos como uma de suas características marcantes. O antigo papel de cartas de intenções, ocupado pelas constituições na sociedade burguesa foi substituído pelo de garantidor dos direitos fundamentais do homem e do Estado Democrático de Direito. Para atender a esse novo contexto histórico no qual emergiu o Estado Pós-Moderno, surgiu a necessidade de unificar a legislação infraconstitucional, tendo a constituição como centro do ordenamento jurídico. Desenvolveu-se, assim, o fenômeno da constitucionalização, no qual as cartas magnas passaram a abranger, não apenas os direitos individuais e coletivos, mas também os direitos difusos, os assuntos de ordem econômica, familiar, cultural, etc. As constituições tornaram-se garantidoras dos direitos fundamentais e do Estado Democrático de Direito, irradiando valores e princípios que servem como elementos basilares dos ordenamentos jurídicos.

A irradiação dos princípios constitucionais para o Direito Administrativo modificou as relações jurídicas entre a Administração Pública e os administrados, pautando-as pelo respeito à dignidade humana e pelos ditames do Estado Democrático de Direito.

A importância dos princípios constitucionais é inegável. Eles inspiram e norteiam todo o ordenamento jurídico. Esses grandes postulados são os resultados últimos a que a sociedade brasileira aspira. As etapas rumo à concretização dos princípios tornam-se realidade especialmente a partir das relações jurídicas que se estabelecem entre os cidadãos e a Administração Pública. Cabe a esta última concretizar as metas constitucionais administrativas, através de uma atuação voltada ao bem da sociedade como um todo.

A Administração Pública tem o dever de assegurar as garantias constitucionais e de promover a estabilidade das situações jurídicas. A ela cabe a aplicação dos dispositivos legais conforme a “letra fria da lei”, mas sob o primado dos princípios constitucionais.

Nessa direção, todos os atos do poder Público envolvem procedimentos e processos que devem ser transparentes e eficientes, contando com a participação de das partes, dos interessados e da sociedade como um todo. O diálogo, a transparência, a chamada às possibilidades de consenso e de composição devem substituir as práticas unilaterais e, muitas vezes, obscuras dos procedimentos e processos administrativos. As atitudes autoritárias e arbitrárias da Administração Pública, supervalorizadoras das decisões dos atos administrativos devem ceder lugar à valorização de todos os procedimentos que ocorrem no processo administrativo. Em lugar da supremacia do poder do administrador público deve prevalecer a observância do princípio da soberania popular.

No Brasil, a Constituição de 1988 gerou também importantes efeitos na legislação infraconstitucional. Em 1998, foi aprovada, no Estado de São Paulo, a Lei n. 10.177, que regula os processos administrativos no âmbito estadual e, em 1999, entrou em vigor a Lei n. 9.784, que regula os processos administrativos em âmbito federal. Essas duas leis representam um marco decisivo na concretização dos princípios constitucionais nas esferas administrativas, uma vez que estabelecem efetivamente o balizamento a ser adotado pela Administração Pública nos procedimentos e processos administrativos.

A Carta Magna/88 e as leis supracitadas asseguram de forma expressa o direito ao devido processo legal, à ampla defesa e ao contraditório. Cabe à Administração Pública oportunizar às partes e aos interessados a apresentação dos motivos que eles têm, assim como a exposição de razões, de provas e, de inconformidade com as decisões dos administradores públicos. Cabe ainda aos

cidadãos o direito de recorrer dessas decisões quando elas se afastarem dos ditames legais.

A Constituição de 1988 estabelece a forma republicana para o nosso Estado. A forma republicana contempla a existência de três poderes autônomos, quais sejam o Executivo, o legislativo e o Judiciário. Esses poderes devem se respeitar mutuamente e atuar de forma harmônica. Tal fato implica em que as ações de um deles tenham reflexos nos demais. Assim, os atos da Administração Pública repercutem no poder Judiciário, uma vez que este último aprecia e julga as lides em que são partes a Administração, os administrados, os interessados e os servidores públicos. Por esse motivo, esclarecedora a pesquisa jurisprudencial realizada com o objetivo de verificar a aplicação dos princípios da ampla defesa e do contraditório nas demandas judiciais que envolvem a Administração Pública.

Ao fim, oportuno registrar que a realização da presente pesquisa levou à convicção de que o Brasil vive um momento histórico caracterizado por um grande amadurecimento de suas instituições. A preocupação com os problemas enfrentados pela sociedade, assim como os desmandos cometidos por alguns administradores públicos, não podem levar a generalizações injustas. Se a nossa sociedade precisa avançar mais, essa tarefa não é só dos políticos e dos administradores públicos. Cada cidadão, em sua família, em seu trabalho, em seus círculos sociais, deve tomar atitudes e dar o exemplo de respeito aos princípios constitucionais e aos direitos humanos.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto, **Teoria dos Princípios**, 4ª edição, São Paulo: Malheiros, 2004, 138 p.

BAPTISTA, Patrícia, **Transformações do Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, Renovar, 2003, 322 p.

BASTOS, Celso Ribeiro, **Curso de Direito Constitucional**, São Paulo: Saraiva, 2001, 435 p.

BINENBOJM, Gustavo, **Uma Teoria do Direito Administrativo**, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, 337 p.

BRASIL, Brasília, Supremo Tribunal Federal, **Jurisprudência**. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>.

BRASIL, Brasília, Superior Tribunal de Justiça, **Jurisprudência**. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>

BRÜNING, Raulino Jacó, **Processo Administrativo Constitucional**, Florianópolis: Conceito Editorial, 2007, 152.p.

CAMBI, Eduardo, CAMBI, Gustavo Salomão, **Processo Administrativo (Disciplinar) e Princípio da Ampla Defesa na Constituição Federal de 1988, Revista de Processo** (Coordenara, Teresa Arruda Alvin Wambier), São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 131, 2006, 312 p.

DI PIETRO, Maria Sílvia Zanella, **Direito Administrativo**, 14ª edição, São Paulo: Atlas, 2002, 727 p.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle, **Curso de Direito Administrativo**, São Paulo: Malheiros, 2001, 633 p.

FILHO, José dos Santos Carvalho, **Processo Administrativo Federal**, Rio de Janeiro: Editora Lúmen júris, 3ª edição, 2007, 375 p.

FILHO, Marçal Justen Filho, **Curso de Direito Administrativo**, São Paulo: Saraiva, 2005, 863 p.

GASPARINI, Diógenes, **Direito Administrativo**, 7ª edição, São Paulo: Saraiva, 2002 875 p.

GUERRA, Evandro Martins; MIARI, Áira Lages, O Processo Administrativo e o Princípio da Segurança Jurídica, **Fórum Administrativo**, Belo Horizonte: Fórum, v. 6, n.59, 2006, p. 6679.

JARDIM, Carlos Henrique Caldeira, **Sociedade Democrática, Direito Público e Controle Externo**; JÚNIOR, José Geraldo de Souza, organizador; DANTAS, Arsênio José Da Costa [et a], Brasília: UnB/TCU, 2006, 415 p.

LOPES, Carla Patrícia Frade Nogueira e SAMPAIO, Marília de Ávila e Silva, **Curso Básico de Direito Administrativo**, Brasília: Brasília jurídica, 2002, 333p.

MEDAUAR, Odete, **A Processualidade no Direito Administrativo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993, 167p.

MEDAUAR, Odete, **Direito Administrativo Moderno**, 11ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 11ª edição, 2007, 511 p.

MENEGALE, Guimarães, **Direito Administrativo e Ciência da Administração**, Rio de Janeiro: Borsoi, 1957, 808 p.

MEIRELLES, Hely Lopes, **Direito Administrativo Brasileiro**, 29ª edição, São Paulo: Malheiros Editores, 2004, 798 p.

MELLO, Celso Antônio Bandeira, **Curso de Direito Administrativo**, 19ª edição, São Paulo: Malheiros, 2005, 870 p.

MORAES, Alexandre de, **Direito Constitucional Administrativo**, São Paulo: Atlas, 2002, 381 p.

SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira, **Em Busca do Acto Administrativo Perdido**, Coimbra, Almedina, 1998, 777 p.

SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.), **As Leis do Processo Administrativo**, São Paulo: Malheiros, 2006, 391p.