

EGON BOCKMANN MOREIRA

PROCESSO ADMINISTRATIVO

Princípios Constitucionais e a Lei 9784/99

Dissertação apresentada como
requisito parcial à obtenção do
grau de mestre em Direito do
Estado, do Setor de Ciências
Jurídicas da Universidade
Federal do Paraná.

Orientador: Professor Dr. Romeu
Felipe Bacellar Filho

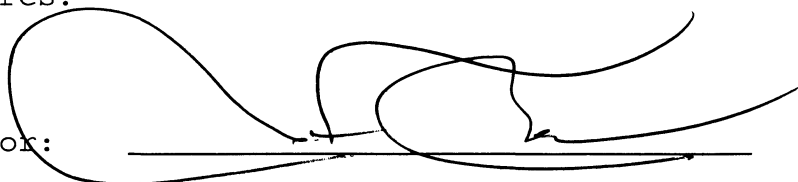
CURITIBA

1999

Processo Administrativo
Princípios Constitucionais e a Lei 9784/99

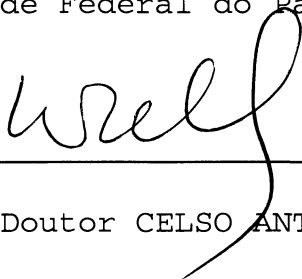
Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito do Estado, no Curso de Pós-Graduação em Direito, do Setor de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal do Paraná, pela Comissão formada pelos Professores:

Orientador:



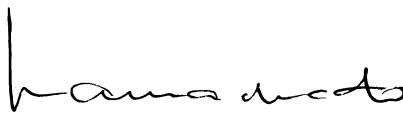
Professor Doutor ROMEU FELIPE BACELLAR FILHO

Universidade Federal do Paraná



Professor Doutor CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo



Professor Doutor LUIZ ALBERTO MACHADO

Universidade Federal do Paraná

AGRADECIMENTOS

Aos Professores Celso Antonio Bandeira de Mello, Romeu Felipe Bacellar Filho, L.A. Machado e Marçal Justen Filho, pela compreensão e estímulo, sem os quais não teria sido possível a apresentação deste trabalho.

A Mario, Raquel e Bruno. Meus melhores amigos, desde sempre.

Dedico à Leila, origem e responsável pelo que de bom existe nesta monografia.

SUMÁRIO

I. INTRODUÇÃO	1
II. CAPÍTULO PRIMEIRO: CONDIÇÕES GERAIS	
ESTIPULATIVAS	9
I. Relação administrativa e exercício de função	
Administrativa	9
1) O conceito relação administrativa	11
2) Atividade administrativa e finalidade legal	15
3) Conceito de função em Direito Administrativo	17
4) Conclusão	21
II. Processo administrativo: seu regime jurídico	21
II.1. Conceito jurídico de processo	23
1) Autonomia da relação jurídico-processual	23
2) Processo e procedimento	28
II.2. Processo administrativo: porque não	
"procedimento administrativo"	31
1) Função administrativa, relação de administração	
e processo	31
2) Processo ou procedimento administrativo?	33
3) Ainda a divergência - a evolução legislativa	34
4) A doutrina nacional e a defesa do	

termo "procedimento"	35
a) O pensamento de Carlos Ari Sundfeld	36
b) O pensamento de Lúcia Valle Figueiredo	42
c) O pensamento de Marçal Justen Filho	47
5) Conclusão	58
II.3. Processo administrativo: a falsa confusão	
com "atos complexos" e "atos coletivos"	60
1) Processo administrativo e ato administrativo	
complexo	61
2) Processo administrativo e ato administrativo	
coletivo	64
III. Processo administrativo: instrumento de	
garantia dos direitos individuais	66
IV. Conclusões preliminares	68
III. CAPÍTULO SEGUNDO: O PROCESSO ADMINISTRATIVO NO DIREITO	
BRASILEIRO - PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E A LEI 9784/99	
I. Processo administrativo e princípios	
Constitucionais	71
II. Princípios gerais de Direito Administrativo	
e sua pertinência com o processo administrativo	
num Estado Democrático de Direito	73
1) Direito Administrativo e o Princípio	
do Estado Democrático de Direito	74

2) Princípio do Estado Democrático de Direito e o processo administrativo	79
II.1. Princípio da Legalidade (proporcionalidade, razoabilidade)	81
1) Princípio da legalidade e a Lei 9784/99	83
2) Princípios da proporcionalidade e razoabilidade	85
3) O processo administrativo, a Lei 9784/99 e os princípios da legalidade, proporcionalidade e razoabilidade	89
II.2. Princípio da Isonomia	92
1) Processo administrativo e o princípio da isonomia	94
II.3. Princípio da Moralidade (boa-fé e imparcialidade)	98
1) Princípio da moralidade - definição e efeitos	104
2) Princípio da moralidade, anulação, convalidação e a Lei 9784/99	106
3) Princípio da moralidade, sua violação e o dever de anulação	109
4) O processo administrativo, a Lei 9784/99 e o princípio da moralidade	115
5) Princípio da moralidade, boa-fé	

e o processo administrativo	116
6) Princípio da moralidade, imparcialidade	
e o processo administrativo	121
II.5. Princípio da publicidade	127
1) Princípio da publicidade e sua	
importância no processo administrativo	128
2) Princípio da publicidade e	
a Constituição Federal	128
3) Princípio da publicidade - noção e limites	137
4) Princípio da publicidade e a Lei 9784/99	139
II.6. Princípio da responsabilidade objetiva	141
1) Limites da responsabilidade objetiva	142
2) Responsabilidade objetiva como	
dever administrativo	143
3) Responsabilidade objetiva e	
os titulares do dever de indenizar	146
4) Responsabilidade objetiva - atos	
lícitos e ilícitos	149
5) Responsabilidade objetiva - atos	
comissivos e omissivos	150
6) Responsabilidade objetiva	
e processo administrativo	160
II.7. Princípio da eficiência	166

1) Evolução histórica do princípio	
constitucional da eficiência no direito brasileiro ...	166
2) Exame extrajurídico do princípio	
constitucional da eficiência no direito brasileiro ...	169
3) Regras para a interpretação positiva	
do princípio constitucional da eficiência	173
4) Princípios de direito comparado	175
a) Direito espanhol e o "princípio da eficácia"	176
b) Direito italiano e o "princípio do bom andamento" ..	183
c) Direito português e o "princípio da eficiência" ...	187
5) A doutrina brasileira e o princípio	
constitucional da eficiência	190
6) Definição e limites do princípio	
constitucional da eficiência	194
7) O processo administrativo, a Lei n.º 9784/99	
e o princípio da eficiência	200
8) Princípio da eficiência - conclusão	211

V. CAPÍTULO TERCEIRO: PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PROCESSUAIS *STRICTO SENSU*

I. Introdução	213
II. Princípio do Devido Processo Legal	218
III.1. Introdução à importância e	
evolução histórica da cláusula <i>due process of law</i>	

na Inglaterra e Estados Unidos da América do Norte ...	219
1) Origem e evolução do devido processo legal	
na Inglaterra	223
2) Origem do devido processo legal nos Estados Unidos	
da América do Norte	228
3) Evolução histórica do devido processo	
legal substantivo	236
4) Concepção atual do devido processo legal nos	
Estados Unidos da América do Norte	245
5) Conclusão	249
II.2. Cláusula do devido processo legal,	
especialmente em Portugal, Itália, Espanha,	
França e Argentina	251
1) O devido processo legal em Portugal	251
2) O devido processo legal na Itália	254
3) O devido processo legal na Espanha	257
4) O devido processo legal na França	260
5) O devido processo legal na Argentina	264
6) O devido processo legal no México	269
7) O devido processo legal no Uruguai	270
8) O devido processo legal na Alemanha	270
II.3. O Direito Administrativo brasileiro e	
a cláusula do devido processo legal	

na visão da doutrina	271
1) O pensamento de San Tiago Dantas	273
2) O pensamento de José Frederico Marques	276
3) O pensamento de Ada Pellegrini Grinover	278
4) O pensamento de José Celso de Mello Filho	281
5) O pensamento de J. J. Calmon de Passos	282
6) O pensamento de Carlos Ari Sundfeld	284
7) O pensamento de Carlos Roberto de Siqueira Castro ..	286
8) O pensamento de Rogério Lauria Tucci e José Rogério Cruz e Tucci	288
9) O pensamento de Lúcia Valle Figueiredo	290
10) O pensamento de Carlos Mário da Silva Velloso	293
11) O pensamento de Nelson Nery Junior	295
12) O pensamento de Celso Antônio Bandeira de Mello ...	296
13) O pensamento de Cármen Lúcia Antunes Rocha	297
14) Conclusão	300
II.4. Processo administrativo, a Lei 9784/99	
e o devido processo legal	302
1) Autonomia do devido processo legal: premissas hermenêuticas	304
2) Esboço de uma definição positiva do devido processo legal	305

3) Devido processo legal: aspectos "processual" e "substancial"	306
4) O devido "processo" legal	308
5) O "devido" processo legal	311
6) O devido processo "legal"	314
7) A proteção à "liberdade" e à "propriedade"	321
8) Devido processo legal: limites de atuação	323
III. Princípio do contraditório	324
1) Princípio do contraditório e Estado Democrático de Direito	326
2) Princípio do contraditório e igualdade processual ..	327
3) Evolução do princípio do contraditório	332
4) Princípio do contraditório e a concepção atual do processo administrativo	336
5) Princípio do contraditório, instrução do processo e a Lei 9784/99	344
6) Princípio do contraditório, providências acauteladoras e a Lei 9784/99	345
IV. Princípio da ampla defesa, a Lei 9784/99 e o processo administrativo	349
1) Princípio da ampla defesa e princípio do Estado Democrático de Direito	350
2) Princípio da ampla defesa, processo	

administrativo, defesa "indireta" e defesa "direta" ...	350
3) Princípio da ampla defesa, processo administrativo e o direito a provas	362
a) Processo administrativo e a "prova emprestada" ...	365
b) Processo administrativo e a "verdade sabida"	366
c) Processo administrativo e a "prova ilícita"	368
4) Princípio da ampla defesa, processo administrativo e a defesa técnica	372
5) Princípio da ampla defesa, processo administrativo e o princípio da motivação	373
V. CONCLUSÕES	377
VI. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	384

ABREVIATURAS UTILIZADAS

CC	Código Civil
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CF	Constituição Federal
CPC	Código de Processo Civil
CPP	Código de Processo Penal
RDA	Revista de Direito Administrativo
RDP	Revista de Direito Público
RDT	Revista de Direito Tributário
RePro	Revista de Processo
RIAP	Revista do Instituto dos Advogados do Paraná
RTDP	Revista Trimestral de Direito Público

I. INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa a delinear a conformação jurídica do processo administrativo no direito positivo brasileiro. De há muito, há leis específicas que o regulam e definem sua existência,¹ apesar de a doutrina divergir quanto à sua qualificação normativa - se "processo" ou "procedimento".

Porém, o tema assumiu especial relevância com a promulgação da Lei n.º 9784, de 21 de janeiro de 1999 (D.O.U. de 1º.2.99), que regula o processo administrativo *lato sensu* na Administração Pública Federal.

A relevância prática deste estudo reside em que o processo administrativo deve ser compreendido como importante instrumento de garantia individual. A par disso, são poucas as monografias dedicadas especificamente ao tema.²

¹ Assim e por exemplo, a Lei de Licitações (Lei 8666/93), a Lei do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE (Lei 8884/94).

² Até a presente, merecem destaque os seguintes livros, específicos sobre o assunto: *Introdução ao Direito Processual Administrativo*, Revista dos Tribunais, 1971, de Manoel de Oliveira FRANCO SOBRINHO; *Do Procedimento Administrativo*, José Bushatsky, 1976, de Alberto XAVIER; *A Processualidade no Direito Administrativo*, Revista dos Tribunais, 1993, de Odete MEDAUAR; *Processo Administrativo e suas Espécies*, Forense, 1997, de Nelson Nery COSTA e *Princípios Constitucionais do Processo Administrativo Disciplinar*, Max Limonad, 1998, de Romeu Felipe BACELLAR FILHO. Monografias preciosas, porém o número é insignificante, se comparado ao de livros tratando de outros temas nucleares ao Direito Administrativo como, v.g., ato administrativo, discricionariedade e licitações.

Acresça-se que o racional funcionamento do processo administrativo certamente resultará em alívio para o Poder Judiciário. Se o particular vir seus direitos efetivamente protegidos na chamada "esfera administrativa", independentemente do resultado concreto da atividade, sentir-se-á menos incitado a recorrer aventurosamente ao Órgão Jurisdicional - servindo de intimidação ao ajuizamento de ações temerárias. Além disso, da escorreita e bem fundamentada decisão administrativa advirá redução e simplificação de lides que envolvam a Administração Pública - quer pelo indeferimento de ordens liminares (em caso de mandados de segurança, medidas cautelares, tutelas antecipadas, ações popular e civil pública), quer devido à multiplicação dos julgamentos conforme o estado do feito (ações de rito ordinário). Em suma, o perfeito processo administrativo resultará na abreviação e facilitação da atividade do Poder Judiciário. Não se vislumbre nisso eventual defesa de restrições ao princípio da inafastabilidade, pois os planos não se confundem. É intangível o direito de ação, enquanto direito subjetivo público abstrato. Porém, a segurança, correição e legitimidade de decisões da Administração Pública certamente facilitarão o exercício da função jurisdicional.

Por outro lado, o esclarecimento dos limites e possibilidades do processo administrativo vai ao encontro da

almejada funcionalidade do ordenamento jurídico. Mesmo em decorrência da Lei 9784, exige-se estudo e pesquisa minuciosa do tema (que o presente trabalho não tem a pretensão de exaurir), que certamente revelarão toda a potencialidade de campo ainda pouco explorado na Ciência do Direito Administrativo. Espera-se o incremento da utilização racional do processo, aplicando-se com maior intensidade toda extensão e exatidão das normas processuais administrativas. Com isso aproximar-se-á também o processo administrativo da necessária efetividade na prestação de justiça (em sentido lato). Pretende-se uma Administração Pública que, obediente aos princípios de um Estado Democrático de Direito, conduza-se em favor do interesse público com *eficácia* e *efetividade*.

Destaque-se também a vantagem resultante da especialização. A enorme gama de leis administrativas clama por "julgadores especializados" (sejam da função jurisdicional ou da administrativa), que mais facilmente compreenderiam e decidiriam as questões administrativas - tal como ocorre internamente no Poder Jurisdicional, na básica divisão de competência *ratione materiae*.³ Adicionalmente, decisões administrativas idôneas, motivadas e tomadas a sério funcionariam como subsídios aos processos jurisdicionais.

³ Confirma-se a defesa dessa tese em Jean RIVERO, *Direito Administrativo*, Almedina, 1981, p. 162, e Niceto ALCALA-ZAMORA y Castillo, *Proceso Administrativo*, in: *Estudios Procesales*, Tecnos, 1974, p. 458.

Estritamente no plano científico-jurídico, pretendemos sustentar a existência da realidade "processo administrativo", que se estabelece como resultante não só da Lei 9784/99, mas de princípios constitucionais positivos, implícitos e explícitos, os quais lhe dão conformação jurídica própria e, via de consequência, determinam sua autonomia gnoseológica. Insere-se o processo administrativo no direito positivo administrativo, mas é instruído, e portanto definido, por regime jurídico peculiar - diverso daquele de outros institutos dessa disciplina, tais como ato e contrato administrativos. Essa configuração dá ao processo administrativo dignidade científica própria (ainda que circunscrita ao universo do Direito Administrativo), autorizando seu estudo à parte de outros segmentos deste ramo jurídico.

Em suma, a monografia busca demonstrar que existe, de pleno direito e mesmo antes da edição da Lei 9784, uma realidade autônoma chamada "processo administrativo". Autônoma, mas não independente do regime jurídico de Direito Público e dos princípios gerais de Direito Administrativo - justamente porque o processo vem encartado nessa rama do sistema jurídico de direito positivo.

Presta-se à multiplicidade de objetivos: demonstrar a utilidade prática unida à necessidade científica da

descrição e definição do "processo administrativo", não se limitando à questão vernacular.⁴

O trabalho tem dois capítulos, subdivididos em temas específicos; afora esta introdução, conclusões e referências bibliográficas. O primeiro deles trata de considerações gerais estipulativas, destinadas a permitir o desenvolvimento do tema central: aborda rapidamente os conceitos de função administrativa e processo administrativo, bem como seu regime jurídico. O segundo capítulo pretende descrever a existência do processo administrativo no Direito Administrativo brasileiro, através da localização daquele nos princípios gerais deste (de índole "material e processual") para, depois, trazer elenco de normas que especificam o processo administrativo dentro do regime geral de Direito Público, abrangendo, no curso do estudo, análise da Lei 9784/99.

Como não poderia deixar de ser, a monografia funda-se também em autores e terminologia de direito constitucional geral e direito processual em sentido estrito (teoria geral do processo, processo civil e penal).⁵ Justifica-se a opção

⁴ Problema que, se circunscrito a essa discussão, adotaria soluções diversas na União Federal (a Lei 9784 regula o "processo administrativo") e no Estado de São Paulo (a Lei Estadual n.º 10.177/98 regula o "procedimento administrativo" estadual), o que demonstra a necessidade do estudo não da letra da lei, mas da natureza jurídica da realidade normativa.

⁵ Essa "interdisciplinarietà" (que nada mais é do que a expressão de uma "intradisciplinarietà" operada por meio de simples corte metodológico) é destacada também pelos processualistas, como será abordado

com fundamento nas idéias de unidade sistemática do direito;⁶ natureza do processo como relação jurídica de direito público,⁷ inovações legislativas e, finalmente, pelo avanço histórico e desproporcional da Ciência do processo (teoria geral, civil e penal) em face das pesquisas em processo administrativo. A Ciência do processo em sentido amplo é ferramenta por demais preciosa para ser deixada de lado pela presente monografia (mesmo porque opção contrária implicaria contradição com inúmeras das teses esposadas ao longo do trabalho).

A pesquisa deu-se, primordialmente, em autores brasileiros. As referências bibliográficas nacionais são ricas o suficiente e permitem o desenvolvimento do tema. Depois, não se trata de monografia envolvendo direito

no corpo do presente trabalho. Veja-se a seguinte observação de Cândido Rangel DINAMARCO: "O conceito de processo na ciência moderna vem do direito administrativo: procedimento com participação dos sujeitos interessados (daqueles que receberão a eficácia direta do ato final esperado)", em *Instrumentalidade do Processo*, Revista dos Tribunais, 1987, pp. 93/94.

⁶ A esse respeito, consulte-se Geraldo ATALIBA, em *Hipótese de Incidência Tributária*, Malheiros, 1992, pp. 37/39 e Lourival VILANOVA: "A divisão da Ciência-do-Direito representa o corte metodológico indispensável num domínio muito vasto. Sobre o continuum do universo-do-Direito, delineiam-se porções discretas, setores diferenciados de subsistemas de conhecimento: as ciências jurídicas dogmáticas" [...] "Ponto de apoio para as análises formais deve ser a consulta à Ciência-do-Direito. É preciso estar em contato com a teoria geral das obrigações, com a teoria geral do Direito administrativo, do Direito tributário, do Direito constitucional e com a teoria geral do processo e a parte geral do Direito penal." (*As Estruturas Lógicas e o Sistema do Direito Positivo*, Revista dos Tribunais, 1977, pp. XXI/XXII). Veja-se também Paulo de Barros CARVALHO, *Curso de Direito Tributário*, Saraiva, 1991, p. 11 e ss., onde trata a matéria sob o sugestivo título *Conceito e Definição de Direito Tributário Positivo e de Ciência do Direito Tributário - O Falso Problema da Autonomia*.

⁷ Abaixo, Capítulo I, tópico II (Processo Administrativo: seu Regime Jurídico).

comparado, mesmo porque as peculiaridades das legislações estrangeiras em face da brasileira assim o impedem. As citas de autores estrangeiros são meramente ilustrativas ou, quando muito, dirigem-se a destacar determinados pontos do trabalho - afastando-se, desde já, a aplicação de institutos, teses e legislações alienígenas ao direito pátrio. A importância da presente pesquisa reside unicamente na hermenêutica do sistema de direito positivo brasileiro. Porém, em nenhum momento o trabalho perdeu de vista a advertência de J. J. GOMES CANOTILHO:

"O direito constitucional é um *intertexto aberto*. Deve muito a experiências constitucionais, nacionais e estrangeiras; no seu 'espírito' transporta ideias de filósofos, pensadores e políticos; os seus 'mitos' pressupõem as profundidades dos arquétipos enraizados dos povos; a sua 'gravitação' é, agora, não um singular movimento de rotação em torno de si próprio, mas um amplo gesto de translação perante outras galáxias do saber humano. No entanto, o direito constitucional não se dissolve na 'história', na 'comparatística', nos 'arquétipos', é um direito vigente e vivo e como tal deve ser ensinado."⁸

A fim de conferir maior rigor metodológico e na tentativa de abrandar a invencível textura aberta da

linguagem do direito positivo, a regra da "liberdade de estipulação"⁹ será utilizada, abrandando a polissemia e declinando-se o sentido empregado no termo em nota de rodapé.

As citações de rodapé obedecerão a critério único, repetindo-se, se necessário, os dados básicos de cada obra nos capítulos e (ou) itens.

⁸ *Direito Constitucional*, Almedina, 1991, p. 3.

⁹ Veja Agustín GORDILLO, *A Metodologia da Ciência e do Direito Público*, em *Princípios Gerais de Direito Público*, Revista dos Tribunais, 1977, pp. 1/26. Em especial ao citar John HOSPERS e recomendar que "quando indicamos uma palavra de maneira distinta ao do uso comum, devemos informar aos nossos ouvintes sobre o significado que lhe damos" (p. 3).

II. *CAPÍTULO PRIMEIRO: CONDIÇÕES GERAIS ESTIPULATIVAS*

I. *RELAÇÃO ADMINISTRATIVA E EXERCÍCIO DE FUNÇÃO ADMINISTRATIVA*

1. Antes de proceder ao exame da estrutura e regime jurídicos do processo administrativo no direito brasileiro, cumpre estabelecer as condições gerais estipulativas da dissertação.

Neste primeiro momento, constarão apenas noções básicas que possibilitarão e orientarão o desenvolvimento do trabalho. Não se estranhe, portanto, o tratamento de temas já célebres na doutrina brasileira (função administrativa; relação de administração; ato complexo, ato coletivo e processo; procedimento ou processo; natureza jurídica da relação processual etc.). Trata-se de assuntos irremediavelmente ligados à dissertação, que deles não pode prescindir, ainda que em rasa discussão.

2. O presente estudo analisará o processo administrativo como uma das formas nas quais se exterioriza a atividade de Administração Pública. Operação que, devido à sua natureza jurídica, não pode ser compreendida dentro dos mesmos parâmetros disciplinadores da conduta dos entes privados.

Isso porque o particular atua em liberdade, podendo realizar todas as condutas que não lhe sejam positivamente vedadas e o administrador público deve pautar-se pelas regras de direito com rigor determinista, concretizando o previamente estabelecido em lei.

Por outro lado, ao particular é possível a busca dos mais diversos fins, ainda que reprováveis pela moral.¹⁰ Já ao agente público a finalidade normativa é imperativa. Seria inútil celebrar-se a obrigatoriedade do cumprimento da lei, caso fosse permitido relevar-se o fim legal.

Assim se dá porque a Administração Pública concretiza atividade qualificada pela tutela de interesses públicos indisponíveis, titularizados pela coletividade. Ao revés, o sujeito privado maneja, de regra,¹¹ interesses particulares, por si imediatamente titularizados e disponíveis.

Daí a assertiva de que a Administração subsume-se a regime jurídico específico, resultante de conjunto de normas e princípios disciplinadores da atividade administrativa do Estado.¹²

¹⁰ Nesse sentido, Miguel REALE, *Lições Preliminares de Direito*, Saraiva, 1981, pp. 42/43. Essa observação é relevante para estudo do princípio da moralidade, conforme será examinado no Tópico III.2.c), abaixo.

¹¹ Dito "de regra", porque os particulares também exercitam interesses alheios, na mesma medida do administrador público (conforme nota de rodapé n.º 31).

¹² Por todos, Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, *Curso de Direito Administrativo*, Malheiros, 1999, pp. 25/53.

1) Os conceitos de função e relação administrativa

3. A essencial diferença entre a atividade das pessoas privadas e dos entes públicos resultou na elaboração doutrinária dos conceitos de "função"¹³ e "relação administrativa",¹⁴ que explicam a magnitude jurídica da atividade administrativa pública e afastam impregnações indevidas de Direito Privado.¹⁵

4. Inicialmente, frise-se que o exercício de função é inerente a toda a atividade da Administração Pública.

Pouco importa se há pessoa privada envolvida; se o ato é unilateral e exaure-se em si mesmo; se o tema é *interna corporis*; se trata-se de contratação entre pessoas jurídicas de direito público; se cuida-se de mero processamento burocrático da atividade administrativa do Estado etc..

"Cabe recordar, aqui, a conhecidíssima imagem suscitada por Hans Kelsen, no sentido de que a administração

¹³ Que derivou da feliz combinação do conceito de "relação administrativa" do direito brasileiro com o conceito de "*potestad*" do direito italiano (veja especialmente Santi ROMANO, *Poderes. Potestades*. In: *Diccionario Jurídico*, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1964, pp. 297/347). O conceito de função em direito público desde sempre foi encarecido por C. A. BANDEIRA DE MELLO, especialmente, em *Curso ... cit.*, pp. 31/33; 56/58 e *Discrecionalidade e Controle Jurisdicional*, Malheiros, 1992, pp. 13/14 e 53/56. Confira-se, ainda, Marçal JUSTEN FILHO, *Sujeição Passiva Tributária*, Cejup, 1986, p. 38 e ss., onde resume e amplia o pensamento de Santi ROMANO e Renato ALESSI sobre o tema.

¹⁴ Em especial Ruy Cirne LIMA, em suas obras *A Relação Jurídica no Direito Administrativo*, 1952 (sem indicação de editora); *Sistema de Direito Administrativo Brasileiro*, vol. I, Santa Maria, 1953 e *Princípios de Direito Administrativo*, Revista dos Tribunais, 1987. Para o presente texto, as expressões "relação de administração", "relação de direito administrativo" e "relação administrativa" serão tomadas como sinônimos.

¹⁵ Tais como as noções clássicas de direito subjetivo e a falsa contradição contida na assertiva de que direitos e deveres sobre uma mesma

pública opera da mesma forma que o Rei Midas: este, tudo que tocava transformava em ouro; aquela tudo, em que toca, publiciza. Basta que a administração pública esteja presente numa relação jurídica para que aí estejam presentes, necessariamente, requisitos ou condições inerentes ao direito público.”¹⁶

5. Por outro lado e como em toda relação jurídica, a administrativa exige presença de, pelo menos, dois sujeitos, unidos por vínculo normativo.¹⁷ É relação intersubjetiva, correspondente à hipótese legal previamente estabelecida.

Contudo, seus parâmetros são diversos das relações jurídicas de direito privado.

6. As relações de direito privado têm como pressuposto a igualdade de personagens, que coordenam livremente seus interesses disponíveis (relação de coordenação), podendo concretizar qualquer ato jurídico, inclusive aqueles que não possuem regulação normativa expressa.¹⁸

situação jurídica possam conjugar-se numa mesma pessoa (por todos, JUSTEN FILHO, em especial pp. 42 a 50).

¹⁶ Adilson DALLARI, *Regime Constitucional dos Servidores Públicos*, Revista dos Tribunais, 1990, p. 126.

¹⁷ Autores definem o direito como realidade “bilateral”, “relacional” ou “intersubjetiva” - destacando o aspecto da “sociabilidade” ou “alterabilidade” da norma jurídica. Veja-se Maria Helena DINIZ, *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*, Saraiva, 1988, pp. 457/459; REALE, *Lições ...*, cit., pp. 209/222 e José de Oliveira ASCENÇÃO, *O Direito - Introdução e Teoria Geral*, Verbo, 1987, p. 470.

¹⁸ Desde que possuam “agente capaz, objeto lícito e forma prescrita ou não defesa em lei” (Código Civil, art. 82).

Inclusive, essa identidade de poderes jurídicos tem encontrado proteção expressa no direito positivo nacional.¹⁹

7. Já a relação de administração contém duas especialidades: hierarquização dos sujeitos participantes e finalidade preestabelecida em lei.

7.1. Desde seu nascimento, dá-se superioridade do ente público (relação de subordinação).²⁰ A Administração possui poderes e regalias extraordinárias, que afetam o vínculo intersubjetivo. São as chamadas "prerrogativas da administração", limitadas e exercitadas em atenção aos "direitos dos administrados".²¹

Nem se vislumbre qualquer inconveniência neste desequilíbrio. Tais vantagens não existem como fim em si mesmo nem como privilégio personalíssimo, mas são meramente poderes-meio para o cumprimento do dever de cuidar da coisa

¹⁹ Por exemplo, o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), que reprime inúmeras condutas qualificadas como abusivas, e a legislação de defesa da concorrência (Lei 8.158/91 e 8.884/94). Diplomas como esses visam a assegurar tratamento igualitário entre as pessoas privadas, inviabilizando condutas tendentes a frustrá-la (abuso do poder econômico, espoliação etc.). Trata-se de meio apto a compensar a desigualdade fática ("extrajurídica") através de tratamento "desigualador".

²⁰ A não ser em casos excepcionais, onde o ente público se põe em pé de "quase-igualdade" com as pessoas privadas, tal como amplamente exposto por Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, em *Do Direito Privado na Administração Pública*, Atlas, 1989. Esse aspecto não cabe nos limites do presente trabalho, razão pela qual remetemos à obra específica. Tampouco trataremos da hipótese onde exista relação de administração pela presença não de ente público *stricto sensu*, mas pessoas de direito privado "que lhe façam as vezes" (empresas públicas, sociedades de economia mista, concessionários de serviço público etc.). Nestes casos, a "superioridade" tem incidência se e quando o ente estiver exercitando funções típicas do Estado (públicas).

²¹ Realidade que, afinal, caracteriza o regime jurídico administrativo: a tensão constante das prerrogativas da Administração

pública. Por isso a doutrina qualifica o poder outorgado à Administração como "poder-dever"²² ou, melhor, "dever-poder",²³ encarecendo o dever, previamente fixado em lei, ao qual sempre está submetido o agente público.

7.2. Ademais, a relação de administração não se estrutura livremente, tampouco pode o agente público estabelecer sem peias os objetivos de seus atos. Muito pelo contrário. Nessa construção reside falso (e mal compreendido) paradoxo: apesar de possuir prerrogativas desproporcionais e inimagináveis em face do direito privado, a Administração encontra-se firmemente atada pelo próprio ordenamento.

Caracteriza-se aqui outro aspecto da relação de administração: a finalidade determinada em lei, seja de modo fluido (atos discricionários) ou específico (atos vinculados), à qual o administrador deve se adscrever.

Nesse sentido, a preciosa lição de Ruy Cirne LIMA, para quem a relação de administração é "estruturada ao influxo de uma finalidade cogente",²⁴ onde "o poder e o arbítrio da vontade são grilhoados à superioridade de um fim".²⁵

versus direito dos administrados (doutrina de Fernando Garrido FALLA, citada e elevada por C. A. BANDEIRA DE MELLO, *Curso ...*, cit., pp. 26/29).

²² Hely Lopes MEIRELLES, *Direito Administrativo Brasileiro*, Malheiros, 1995, pp. 82/84.

²³ C. A. BANDEIRA DE MELLO encarece o aspecto do dever no exercício da função administrativa, em detrimento do conteúdo do poder outorgado ao agente - este ancilar daquele (*Curso ...*, cit., pp. 56/58).

²⁴ *Princípios ...* cit., p. 51.

²⁵ *Sistema ...* cit., p. 30.

"A atividade administrativa obedece, cogentemente, a uma finalidade, à qual o agente é obrigado a adscriver-se, quaisquer que sejam suas inclinações pessoais; e essa finalidade domina e governa a atividade administrativa, *imediatamente*, a ponto de assinalar-se, em vulgar, a boa administração pela impessoalidade, ou seja, pela ausência de subjectividade."²⁶

2) Atividade administrativa e finalidade legal

8. Desse raciocínio surge a questão de como caracterizar tal finalidade, na medida em que não existem condições práticas de o interesse público ser declarado concretamente por seu titular (o povo) em cada hipótese fática da vida administrativa. Mais ainda: como verificar se a atividade administrativa está efetivamente a buscar o interesse público, tal como deve ser cumprido pelo agente?

A resposta estará sempre no ordenamento jurídico, tanto diretamente, através das chamadas "formas de ingerência da população nos assuntos da Administração",²⁷ quanto,

²⁶ Idem, p. 26.

²⁷ Expressão de Sérgio FERRAZ, forte em Agustin GORDILLO, reportando-se a pautas de controle (*a priori* e *a posteriori*) da Administração, tais como as comunidades de base, associações de bairro, de moradores etc. - em *Processo Administrativo, Democracia, Justiça Social*, in: *O Direito na Década de 80*, Revista dos Tribunais, 1985, pp. 116 e 117. Instrumentos análogos de ingerência direta são, por exemplo, as previsões constitucionais do art. 5º, incs. XVI; XXXIII; XXXIV, a); LXXIII.

indireta e principalmente, através da análise do conteúdo da atividade legislativa.²⁸

Para a Administração, a lei é o meio eficaz, porque cogente, de descortinamento do interesse público. A finalidade a ser buscada pelo agente, contida e qualificadora da relação de administração pública, é o atendimento do interesse público, tal como previsto em lei. Incide o princípio da legalidade,²⁹ que estabelece os parâmetros e limites da conduta administrativa e, por consequência, da relação de administração.

Administrar é "aplicar a lei de ofício", na insuperável síntese de Miguel SEABRA FAGUNDES.³⁰

Nem mesmo nos atos administrativos caracterizados pela discricionariedade, o agente público está isento de cumprir tais máximas. Nesses casos, dá-se ampliação das hipóteses de conduta concreta do administrador, com a finalidade específica de ser alcançado o interesse público da melhor maneira possível.

²⁸ Confira-se a lição de Lúcia Valle FIGUEIREDO, para quem "*Interesse público*, dentro de determinado ordenamento jurídico-positivo, é aquele a que a Constituição e a lei deram tratamento específico; *fins públicos* são aqueles que o ordenamento assinalou como metas a serem perseguidas pelo Estado, de maneira especial, dentro do regime jurídico de direito público. E, conseqüentemente, é dever da Administração persegui-los. É o poder-dever de que fala Renato Alessi, ou o dever-poder, como refere Celso Antônio." (*Curso de Direito Administrativo*, Malheiros, 1998, p. 33).

²⁹ Melhor explorado no Capítulo Segundo, tópico III.2.a), ao qual remetemos o leitor.

³⁰ Miguel Seabra FAGUNDES, *O Controle dos Atos Administrativos*, Forense, 1967, pp. 16/17.

9. Em suma: a relação de administração pública é radicalmente diversa daquela que se põe entre as pessoas privadas. Preenche campo todo próprio no mundo jurídico, afastando-se dos conceitos usuais de direito privado.

3) Conceito de função em Direito Administrativo

10. Em Direito Administrativo, função significa vínculo incindível, que une o poder outorgado ao agente e o dever que lhe é imposto, dirigidos ao atingimento de determinado escopo preestabelecido.³¹ Como se trata de atividade administrativa pública, o fim ao qual se visa é sempre de interesse público, que assumirá a conformação que lhe for dada por lei.

Unicamente para concretização dessa finalidade, ao agente é agregado um conjunto de poderes, que deverão ser manejados para o atingimento do interesse público, tal como prefixado normativamente. Assim, o poder detido pelo administrador público é mero portador de deveres preestabelecidos.

³¹ O conceito de função é típico do Direito Administrativo, mas não dele é exclusivo. Fábio Konder COMPARATO destacou o caráter amplo do conceito: "Função - enquanto desempenho, adimplemento, execução - é a atuação própria de alguém ou de algo num sistema, isto é, num conjunto coordenado de partes em relação a um fim ou objetivo." (*O Poder de Controle na Sociedade Anônima*, Forense, 1983, pp. 282/283). E, mais adiante, ao discorrer sobre o exercício do poder de controle nas Sociedades Anônimas: "Mas a todo poder correspondem deveres e responsabilidades próprias, exatamente porque se trata de um *direito-função*, atribuído ao titular para consecução de finalidades precisas. Assim também no que diz respeito ao poder de controle, na estrutura da sociedade anônima." (ob. cit., p. 294). Assim e v.g., exercem função o tutor (Código Civil, art. 406 e ss.); o curador (Código Civil, art. 446 e ss.); o administrador e o controlador de sociedades anônimas (Lei das S.A., arts. 145/159 e 116/117), e o síndico da massa falida (Lei de Falências, art. 59 e ss.). Veja-se ainda o Capítulo III.1. abaixo, em que

"Tem-se função apenas quando alguém está sujeitado ao *dever* de buscar, no *interesse de outrem*, o atendimento de certa finalidade. Para desincumbir-se de tal dever, o sujeito de função necessita manejar *poderes*, sem os quais não teria como atender à finalidade que deve perseguir para a satisfação do interesse alheio. Assim, ditos poderes são irrogados, única e exclusivamente, para propiciar o cumprimento do dever a que estão jungidos; ou seja: são conferidos como *meios* impostergáveis ao preenchimento da finalidade que o exercente de função deverá suprir."³²

11. Para o Direito Administrativo, sete são os elementos que compõem o conceito de função: a) *agente público*, investido no b) *dever* de satisfazer uma c) *finalidade* no d) *interesse público*, tal como e) *fixado em lei*, necessitando para isso dos f) *poderes* indispensáveis à consecução de seu dever, outorgados sempre g) no *interesse alheio* ao sujeito que maneja o poder.

Por *agente público* entenda-se toda e qualquer pessoa, física ou jurídica, de direito público ou privado, servidor público ou não, que esteja no exercício de atividade inerente ao interesse público, tal como fixado em lei. Trata-

se explora a correlação entre os conceitos de Estado Democrático de Direito e função.

³² C. A. BANDEIRA DE MELLO, *Curso ... cit.*, p. 56.

se do sujeito que concretiza a função pública, no momento de sua prática.³³

Dever é conduta prevista e imposta pelo ordenamento jurídico ao agente público. É o ato (comissivo ou omissivo) cujo cumprimento é imperioso, pena de incidência de sanção jurídica. Pouco importa a qualidade de ato vinculado ou discricionário, mas seu conteúdo de manifestação estatal em evidente cumprimento à ordem normativa.³⁴

A *finalidade* é o desígnio estabelecido de forma inequívoca, explícita ou implicitamente, em lei. É dado inerente à própria existência de todo e qualquer sistema normativo. Em havendo norma jurídica, subsistirá um objetivo a ser perseguido e cumprido pelo agente público.

Interesse público é o conteúdo substancial do princípio da finalidade. Nem sequer se cogita que norma

³³ Por exemplo, são agentes públicos os *concessionários de obras e serviços públicos*; as *sociedades de economia mista*; as *empresas públicas*; as *organizações sociais* - sempre e na medida em que seus atos consubstanciam todos os elementos do conceito de função ora examinado.

³⁴ Não se trata propriamente de "obrigação", figura jurídica típica do direito privado. Tal como JUSTEN FILHO fixou, há "um profundo equívoco científico na conduta de caracterizar-se como obrigacional toda e qualquer relação jurídica da qual decorra uma prestação consistente em um dar, fazer ou não fazer. Esse equívoco se agiganta quando se intenta atribuir à 'obrigação' a condição de categoria da Teoria Geral do Direito (portanto, aplicável a qualquer campo normativo)." [...] "Mas o campo do direito público estrutura-se em termos diversos. Se se deseja classificar relações jurídicas, identificá-las e distingui-las entre si, não é cabível a utilização dos mesmos critérios de direito privado. É que, então, inúmeras figuras que são entre si distintas, acabariam identificadas. O critério diferenciador não pode ser a *existência de uma conduta devida* porque o direito público se caracteriza, genericamente, por todas as relações jurídicas serem dotadas dessa 'natureza'." (*Sujeição ... cit.*, pp. 78 e 79). Também no Direito Administrativo em sentido estrito, a individualização do dever reside "na compulsoriedade, no seu caráter não

jurídica dirija-se a albergar conveniência particular, em detrimento da sociedade. A única interpretação possível de uma lei é a de que sua finalidade é pública. O interesse passível de ser perseguido pelo agente é o denominado *interesse público primário* - aquele que diz respeito à coletividade, não ao órgão administrativo considerado "individualmente".

Poderes são os instrumentos postos à disposição do agente para o cumprimento de seus deveres. Trata-se de previsões normativas que autorizam (senão determinam) a prática dos atos contidos na competência do agente. Não existem nem se justificam em si mesmos, mas unicamente para cumprir a determinação normativa de atendimento ao interesse público.

Por fim, o *interesse manejado* pelo agente sempre há de ser *alheio* à sua esfera jurídica privada. Caso contrário, dar-se-á hipótese de impedimento ou suspeição (especialmente no processo administrativo, conforme previsão da Lei 9784, arts. 18 a 21).

Em não havendo a simultaneidade desses sete elementos, não existirá cumprimento válido da função administrativa.

4) Conclusão

12. Na verdade, relação de administração e exercício de função não têm existência paralela, muito menos admitem oposição. A função administrativa é inerente a toda e qualquer atividade do Estado-Administração, exteriorizando-se também na relação de administração.

Mais ainda, a "relação administrativa" nem sempre é apenas "pontual" ou exaurida num só ato. Quando desenvolvida através de conduta seqüencial, procurando a concretização de um determinado ato específico, pode ser qualificada de "relação processual-administrativa".

Como se pretende demonstrar nos tópicos abaixo, esses conceitos são de extrema importância no trato da matéria desenvolvida nesta monografia. Isso porque, como não poderia deixar de ser, também o processo administrativo é relação administrativa em que se exterioriza o exercício de função.

II. PROCESSO ADMINISTRATIVO: SEU REGIME JURÍDICO

13. O termo "processo" não é exclusivo da linguagem jurídica, mas noção genérica, que se reporta a atividade dinâmica e finalista: seqüência de atos (autônomos ou conjugados com fatos) que podem ter existência e efeitos específicos, desenvolvida numa sucessão lógica preestabelecida (ou conhecida), com vistas a determinado fim

anteriormente fixado (ou previsível).³⁵ Assim, o conceito de processo retrata juízo unitário de fenômeno múltiplo.

Visão unitária porque se pretende analisar tal acontecimento em globo: o estudo do processo é consideração da seqüência dos atos que visam ao ato final, não exclusivamente da individualidade e autonomia deles. Fenômeno múltiplo porque envolve vários elementos, que podem ter existência e efeitos próprios, e mais de uma relação (possível) entre eles. A necessidade de percepção unitária resulta não só das relações mútuas que existem entre os elementos do processo, mas principalmente de seu objetivo, em razão do qual eles são agrupados.

14. Assim, o conceito jurídico de processo deriva também de sua construção histórico-semântica. Na medida das exigências do ordenamento, o jurista fará agregar significação própria ao conceito leigo, conferindo-lhe sentido todo próprio.³⁶

³⁵ Nesse sentido, doutrina Ugo ROCCO: "*Según una acepción general, se llama proceso el momento dinámico de cualquier fenómeno, es decir, de todo fenómeno en su devenir. Tenemos así un proceso físico, un proceso químico, un proceso fisiológico, un proceso patológico, modos todos ellos de decir que sirven para representar un momento de la evolución de una cosa cualquiera.*" (Tratado de Derecho Procesal Civil, vol. I, Temis Depalma, 1983, p. 113).

³⁶ Especificamente no que tange à visão de Ciência do Direito em relação ao processo, Hélio TORNAGHI leciona que "O processo não é sempre e em toda parte a mesma coisa. Varia com a organização do Estado, com a maior ou menor concentração do Poder, com a maneira de distribuir e exercer as funções soberanas e assim por diante." [...] "Por isso, não se deve dizer que ele é sempre de Direito Privado ou de Direito Público; que é, em si mesmo, um contrato, uma relação jurídica, um negócio jurídico etc. Tais afirmações somente podem ser feitas para determinada ordenação jurídica. Fora disso, o pesquisador cai no mais autêntico relativismo." (A Relação Processual Penal, Saraiva, 1987, p. 2).

O que importa para conferir legitimidade ao estudo é a clarificação do objeto pesquisado, seu descortinamento no mundo do direito e a coerência dos juízos a partir daí emitidos.

II.1. Conceito jurídico de processo

15. Tradicionalmente, o processo é descrito como instrumento autônomo no mundo do direito, concebido para regular interações entre pessoas postas em especial relação jurídica: aquela que se põe para solucionar conflitos de interesses, mediante participação dos sujeitos envolvidos e intervenção decisória de órgão estatal específico (o Poder Judiciário).³⁷

Dentro dessa perspectiva foram desenvolvidos seus estudos iniciais e, até hoje, na Ciência do Direito o vocábulo "processo" é compreendido, grosso modo, como sinônimo da expressão "processo jurisdicional".

1) Autonomia da relação jurídico-processual

16. Ocorre que nem sempre o processo jurisdicional foi visto como instituto jurídico autônomo. Somente a partir da

³⁷ Para José FREDERICO MARQUES, "Proposta a ação e movimentado o aparelho jurisdicional do Estado, uma série de atos devem ser praticados para que se julgue a pretensão. Esse conjunto de atos é o *processo* propriamente dito." [...] "Em termos amplos, portanto, a palavra *processo* indica uma 'operação destinada a obter a composição de um litígio'. Essa operação se realiza com a atividade jurisdicional, posta em movimento através da ação e desenvolvida por meio de um conjunto de atos, que é o processo em sentido estrito." (*Instituições de Direito Processual Civil*, vol. I, Saraiva, 1958, pp. 12/13). No mesmo sentido, Piero CALAMANDREI: "Para los juristas, proceso es la serie de actividades que se deben llevar a cabo para llegar a obtener la providencia jurisdiccional ..." (*Instituciones de Derecho Procesal Civil*, Depalma, 1943, p. 241).

segunda metade do século XIX desenvolveram-se estudos que conferiram *status* de verdadeira Ciência às pesquisas em torno do fenômeno processual.

Tomando como ponto de partida a célebre obra de von BÜLOW e a polêmica entre WINDSCHEID e MÜTTER, foram abandonadas noções que limitavam o processo a mero apêndice do direito material e se lhe conferiu dignidade ontológica.³⁸ O direito processual foi apartado do direito material e desenvolvido segundo premissas próprias.

Desde então, o processo jurisdicional é visto como relação jurídica específica, que se estabelece, de usual, entre três pessoas: autor, juiz e réu. Essa relação jurídica tipifica-se pelo seu desenvolver no tempo, mediante sucessão predeterminada de atos ligados entre si, sendo que o posterior pressupõe a existência do anterior, todos visando (ou tendendo) à prática de ato final (a sentença). Trata-se de "unidade jurídica, uma empresa jurídica, em outros termos, uma *relação jurídica*."³⁹

O conteúdo específico dessa relação jurídica são direitos, ônus e deveres de natureza processual - não existe

³⁸ Será deixada de lado a fase anterior, porque impertinente para o presente trabalho. A respeito das obras de von BÜLOW, WINDSCHEID e MÜTTER, bem como toda a evolução do fenômeno processual sob essa ótica, veja FREDERICO MARQUES (*Instituições ... cit.*, pp. 44/45); TORNAGHI (*A Relação ... cit.*, *passim*); Cândido Rangel DINAMARCO, (*Os Institutos Fundamentais do Direito Processual*, in: *Fundamentos do Processo Civil Moderno*, Revista dos Tribunais, 1987, pp. 38/83); Adolf WACH, (*Manual de Derecho Procesal Civil*, Jurídicas Europa-America, 1977, pp. 21 a 70), e ROCCO, (*Tratado ... cit.*, pp. 227 a 240).

relação jurídico-processual que tenha por fundamento autônomo uma hipótese normativa puramente de direito material.

Dito de forma mais clara: a relação jurídico-processual envolve exclusivamente atividade desenvolvida pelas partes⁴⁰ e órgão jurisdicional. Pode visar a proteger o direito material contemplado na pretensão de uma delas, bem como buscar a proteção do próprio processo. Mas, nunca a relação processual tem como conteúdo imediato/primário a própria relação de direito material. São aspectos diversos, que se desenvolvem em diferentes planos normativos.

17. A justificativa jurídico-política para a existência do processo seria a impossibilidade de o órgão jurisdicional proferir decisões espontânea ou instantaneamente.

O Poder Judiciário atua mediante provocação do interessado, porém possibilitando sempre à outra parte a apresentação de suas razões, em atividade dialética que culmina com a promulgação da sentença. A sucessão dos atos de debate entre as partes colabora para a formação da decisão jurisdicional. No curso dessa atividade se estabelece vínculo jurídico entre os sujeitos do processo, qualificado pelo exercício de poder estatal por parte do órgão competente: são tomadas decisões, expedidas ordens, ordenado o rito e as

³⁹ Giuseppe CHIOVENDA, *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. I, Saraiva, 1965, p. 55.

⁴⁰ No direito processual, o vocábulo 'parte' significa exclusivamente uma das pessoas (física, jurídica ou ente estatal) que integra a relação processual, à exclusão do órgão do Poder Judiciário.

atividades a serem desenvolvidas até a resolução final da controvérsia.

"Antes de se poder julgar o pedido de atuação da lei é necessário examiná-lo; isso produz um estado de pendência, no qual se ignora se o pedido é fundado ou não, mas se envida o necessário para sabê-lo. Durante êsse estado de pendência, portanto, as partes (autor e réu) devem ser colocadas em situação de fazer valer suas possíveis razões: competem-lhes *dever* e *direitos*. Daí a idéia singelíssima, e, não obstante, fundamental, vislumbrada por HEGEL, positivada por BETHMANN-HOLWEG e explanada especialmente por OSKAR BÖLOW (*sic*), e depois por KOHLER e muitos outros, inclusive na Itália: o *processo civil contém uma relação jurídica*."⁴¹

18. O objetivo do processo jurisdicional seria compor um conflito de interesses, mediante a atuação da lei no caso concreto, tal como levado à apreciação do Poder Judiciário.

Essa noção de processo enfrentou variações na Ciência do Direito e evoluiu ao atual conceito de "instrumentalidade do processo", que tem visão mais ampla do

⁴¹ CHIOVENDA, *Instituições ... cit.*, p. 55. É marcante a semelhança com o texto de CALAMANDREI: "Antes de que el magistrado esté en condiciones de juzgar sobre el tema propuesto a su investigación, es necesario, por parte suya e por parte de aquellos que solicitan su juicio, el cumplimiento de una serie de actividades preparatorios que se suceden ordenadamente para hacer conocer al juez cuál es el problema que debe examinar y para proporcionarle las informaciones necesarias para resolverlo según justicia: esta serie de actividades que se suceden en un orden preestablecido, procediendo, como hacia su última meta, hacia el

fenômeno jurídico-processual (e de sua finalidade). Essa escola vê que o processo, tal qual "toda atividade jurídica exercida pelo Estado (legislação e jurisdição, consideradas globalmente) visa a um objetivo maior, que é a pacificação social". O processo é instrumento autônomo "a serviço da paz social", do qual se vale o Estado "para, eliminando os conflitos, devolver à sociedade a paz desejada".⁴²

Assim, o processo não é mais visto na condição de acanhado "adjetivo" do direito material; tampouco realidade demarcada pelos termos "civil" e "penal". Toda atividade do Estado que desenvolva relação jurídica com particulares, desde que não seja pontual,⁴³ subsume-se ao conceito de processo.

acto jurisdiccional, constituyen el proceso, el qual aparece conceptualmente como una unidad, ..." (pp. 30/31).

⁴² Antônio Carlos de Araújo CINTRA, Ada Pellegrini GRINOVER e Cândido Rangel DINAMARCO, *Teoria Geral do Processo*, Malheiros, 1994, p. 41. Nessa cita não consta expressamente a atividade administrativa do Estado. Contudo, reputamos legítima e pertinente sua inclusão: porque compreendida pela intenção do texto ("toda atividade jurídica exercida pelo Estado") e porque esse aspecto é amplamente desenvolvido por Cândido Rangel DINAMARCO em obras específicas, como *A Instrumentalidade do Processo*, Revista dos Tribunais, 1987, e *Os Institutos Fundamentais ...*, cit.. Em *Instrumentalidade*, discorrendo a respeito do "papel da teoria geral do processo", o autor indica que "é significativo o seu poder de síntese indutiva do significado e diretrizes do direito processual como um sistema de institutos princípios e normas estruturados para o *exercício do poder* segundo determinados objetivos: passar dos campos particularizados do processo civil, trabalhista ou penal (e administrativo e legislativo e mesmo não estatal) à integração de todos eles num só quadro e mediante uma só inserção no universo do direito é labor árduo e incipiente, que a teoria geral do processo se propõe a levar avante." (p. 76).

⁴³ No sentido de singular e exauriente em si mesma, não inserida numa série lógica de atos.

2) Processo e procedimento

19. O processo pode ser examinado sob dois ângulos: por um lado, consubstancia relação jurídica entre as partes que nele interagem (aspecto interno); por outro, consubstancia rito ou seqüência predefinida (aspecto superficial).

19.1. Na medida em que se trata de relação jurídica específica, o processo configura vínculo entre pessoas derivado de previsões normativas próprias, cujo objeto é precisamente o motivo (fático ou jurídico) em razão do qual a relação processual se constitui e se desenvolve.

No processo, o objeto da relação jurídica é, com exatidão, a gama de direitos e deveres de caráter processual puro. Segundo CHIOVENDA, "A relação processual é uma relação *autônoma e complexa*, pertencente ao *direito público*. *Autônoma*, porque tem vida e condições próprias [...] *Complexa*, por não inserir um só direito ou obrigação, mas um conjunto indefinido de direitos [...]; todos, porém, direitos coordenados a um objetivo comum, que enfeixa numa unidade todos os atos processuais."⁴⁴

Não se confunde a relação processual com a ação (ou pretensão) processual, nem tampouco com a relação jurídica material que une as partes.

19.2. Tal relação jurídica processual desenvolve-se justamente através do rito denominado procedimento. Trata-se

da forma de se concretizar o processo - tramitação ou seqüência de atos na qual se desenvolve a relação processual. É o procedimento realidade essencial e inerente ao conceito de processo.

20. Processo e procedimento têm clássica diferenciação quanto ao seu conteúdo jurídico: o primeiro retrata *relação jurídica* específica, de caráter processual em sentido estrito; já o segundo define puramente o desenrolar dos atos e fatos que configuram o começo, meio e fim do processo - realidade que, de direito (positivo e cientificamente), não significa *relação jurídica*.

Confirmam-se dois exemplos da mais abalizada doutrina processual civil.

Para Enrico Tullio LIEBMAN, procedimento configura o conjunto de atos "como as fases de um caminho que se percorre para chegar ao ato final, no qual se identificam a meta do itinerário preestabelecido e ao mesmo tempo o resultado de toda a operação" e processo determina "a existência de toda uma série de posições e de relação recíprocas entre os seus sujeitos, as quais são reguladas juridicamente e formam, no seu conjunto, uma relação jurídica, a *relação jurídica processual*."⁴⁵

⁴⁴ *Instituições ... cit.*, pp. 56/57.

⁴⁵ *Manual de Direito Processual Civil*, vol. I, Saraiva, 1985, pp. 39/40.

José FREDERICO MARQUES ressalta que "Não se confunde *processo* com *procedimento*. Êste é a marcha dos atos do juízo, coordenados sob formas e ritos, para que se atinjam os fins compositivos do processo. Já o processo tem um significado diverso, porquanto consubstancia uma relação de direito 'que se estabelece entre seus sujeitos durante a substanciação do litígio'." ⁴⁶

Acentua-se a dissociação normativa e conceptual entre processo e procedimento, bem como suas conseqüências. ⁴⁷ Mesmo aqueles que não se dedicam à reiteração da doutrina acima exposta, remetem, com as devidas variações, o conceito de "processo" ao de "relação jurídica". ⁴⁸

21. A conclusão que se pretende atingir é a seguinte: frente ao Direito Processual, o termo "procedimento" jamais se prestou a designar, em sentido estrito, uma *relação jurídica*. Essa função é exercida com exclusividade pela palavra "processo", que designa vínculo entre os sujeitos envolvidos na relação jurídico-processual.

⁴⁶ *Instituições ... cit.*, p. 15. A citação é de texto de Niceto ALCALÁ-ZAMORA.

⁴⁷ Há autores que vão além e promovem outros desdobramentos e novas classificações. A propósito, veja-se Luiz Guilherme MARINONI, *Novas Linhas do Processo Civil*, Revista dos Tribunais, 1993. Para esse autor, lastrado em DINAMARCO e FAZZALARI, "o processo é todo procedimento realizado em contraditório" (p. 156) e "o direito ao procedimento quer significar o direito ao procedimento que garanta os valores processuais, principalmente a participação plena e efetiva em contraditório. Em suma, é o direito ao procedimento conforme a cláusula do *due process of law*." (p. 157).

⁴⁸ Por exemplo: ARRUDA ALVIM, *Manual de Direito Processual Civil*, vol. I, Revista dos Tribunais, 1996, p. 434 e ss.; Ovídio A. Baptista da SILVA, *Curso de Processo Civil*, vol. 1, Revista dos Tribunais, 1998, p. 13

Não nos parece possível atingir outra máxima no âmbito do Direito Administrativo.

II.2. **Processo administrativo: porque não "procedimento administrativo".**

22. Transposta a noção jurídica genérica dos termos "processo", "procedimento" e "relação processual", resta questionar sua aplicabilidade ao Direito Administrativo.

23. Conforme acima exposto, a atividade administrativa do Estado pode ser vislumbrada sob dois ângulos: aquele da "função administrativa" e o da "relação administrativa". *Tertium non datur*: inexistente terceira espécie de atividade estatal, que pudesse albergar atividades diferenciadas, extrafunção e (ou) extra-relação administrativa.

Mais do que isso, o conceito de "função administrativa" é gênero, que alberga a "relação administrativa" - sempre esta é desenvolvida em obediência aos parâmetros daquela.

1) Função administrativa, relação de administração e processo

24. Na relação administrativa dá-se a interação entre o ente público e outra pessoa (física ou jurídica) - estes são os "sujeitos" da relação jurídica.⁴⁹ Nessa relação dá-se exercício do poder administrativo estatal: o Estado-

e ss., e CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO, *Teoria Geral ... cit.*, p. 175 e ss..

⁴⁹ Ressalte-se que a relação administrativa pode dar-se entre sujeitos da Administração Pública (direta/indireta). Porém, essa hipótese é irrelevante no contexto do raciocínio acima desenvolvido.

Administração cumpre o *dever-poder* a ele conferido pelo direito positivo.

De usual, essa relação desenvolve-se no tempo, através de conjunto de atos interativos entre Administração e particular.⁵⁰ Ou bem o ato administrativo exaure-se em si mesmo, ou pressupõe/exige atos pretéritos/futuros. Interessa e será abordada aquela atividade administrativa do Estado desenvolvida através de sequência de atos ligados entre si, visando à prática de um ato terminal.

25. Tal como frisado, o termo "processo", especialmente frente à Ciência do Direito, reporta-se à relação jurídica entre pessoas, uma das quais no exercício de Poder estatal, consubstanciada numa ordem lógica de atos, dirigidos a específica finalidade. Esta é sua "natureza jurídica".

Ora, na justa medida em que há relações administrativas retratadas exatamente por série de atos que visam a determinado fim, natural a conclusão de que essa espécie da realidade jurídica "relação administrativa" pode ser perfeitamente designada pelo termo "processo".

Por outro lado, é inequívoco que o termo "procedimento" não se presta a designar uma "relação jurídica". Não há, no mundo do Direito, vínculo intersubjetivo cuja natureza jurídica seja denominada

⁵⁰ A relação administrativa pode ocorrer em ato único e exclusivo, o que não será examinado nesta monografia.

"procedimento". A palavra significa, só e tão-somente, o ritualismo processual: conjunto de ritos, seqüência ou marcha dos atos praticados no curso do processo.

Destaque-se que, nessa seqüência de atos, há duas espécies de normas a incidir: aquelas que determinam o caminho a ser obedecido (e suas conseqüências) e as que estabelecem o conteúdo dos provimentos a serem concretizados. No Direito Administrativo, há prática específica dessas hipóteses jurídicas.

Em suma: no âmbito do Direito Processual, a relação jurídica emergente da sucessão lógica de atos, em que um dos sujeitos exercita legítimo poder jurídico, praticada em homenagem a determinadas normas que estabelecem tal *iter* e dirigida ao alcance de específico ato final, é denominada de "processo". Também é incontroverso que, especificamente no Direito Administrativo, existem situações fáticas semelhantes à ora descrita. Resta investigar se tais situações encontram-se albergadas por previsões normativas da mesma natureza daquelas que regem os incontroversos gêneros de atividade jurídico-processual.

2) Processo ou procedimento administrativo?

26. O ponto de partida para a diferenciação entre "processos judicial" e "procedimentos não-judiciais" tem sido feito a partir da "disciplina jurídica" em que estejam encartados (Direito Processual versus outros ramos).

Assim, tal divergência assume foros radicais quando se trata da pseudo-oposição "processo judicial" - "procedimento administrativo". É, sem dúvida, problema de enfoque e estabelecimento de premissas científicas. Quem perquirir com exclusividade eventuais diferenças entre Direito Administrativo e Direito Processual Civil para resolver o problema, certamente chegará a impasse semântico, resultando na necessidade de se atribuir a uma das disciplinas a regência do "processo". Contudo, se a pesquisa se der a partir do fenômeno "processo" ele mesmo, o intérprete pode chegar à conclusão de que seu objeto de pesquisa existe em inúmeras áreas do conhecimento humano.

3) Ainda a divergência - a evolução legislativa

27. A título de ilustração, vale a análise de diplomas legais. Especificamente no que tange ao Direito Administrativo, a promulgação de leis específicas sobre o processo administrativo também acentuou a divergência semântica. Examinemos duas leis do Estado de São Paulo e a Lei federal de processo administrativo.

27.1. A ementa da Lei estadual paulista n.º 10.176, de 30.12.98 dispõe que seu objeto é regular "o processo administrativo no âmbito da Administração Pública estadual."

Já o *caput* do art. 1º dispõe que a Lei "regula os atos e procedimentos administrativos ..." e o Título IV

refere-se aos "procedimentos administrativos" (art. 21 e ss.).

Também a Lei estadual paulista n.º 10.294, de 20.4.99, que "dispõe sobre proteção e defesa do usuário do serviço público do Estado de São Paulo", elegeu ambos os termos. O Capítulo III trata do "processo administrativo", em inúmeros dispositivos (arts. 11 e ss.). Porém, o art. 13 prevê que "Os procedimentos administrativos advindos da presente lei ...".

27.2. Em contrapartida, a Lei federal 9784/99 elegeu a locução "processo administrativo". Valeu-se do termo "procedimento" unicamente em três dispositivos, referindo-se a "rito" (arts. 23, par. ún. - "curso regular do procedimento"; 34 - "indicação do procedimento adotado" e 47 - "o conteúdo das fases do procedimento").

28. Ou seja, a controvérsia não foi transposta pela edição das novas leis que regem a matéria. Mesmo porque não seria somente a letra da lei apta a definir a terminologia correta, sob o ângulo do regime jurídico adequado.

4) A doutrina nacional e a defesa do termo "procedimento"

29. Para que avancemos na definição da realidade "processo administrativo", é indispensável o exame prévio da doutrina nacional.⁵¹ Há estudiosos que defendem a tese de que

⁵¹ Destaque-se que os estudos a seguir descritos são pretéritos à edição das leis supramencionadas. Porém, sua análise é indispensável, na

o termo adequado para expressar essa realidade da atividade estatal é "procedimento administrativo" - jamais "processo". A seguir, será realizada breve exposição dos motivos que conduzem a tal conclusão.

À parte da amplitude desse entendimento científico, analisaremos o pensamento de Carlos Ari SUNDFELD, Lúcia Valle FIGUEIREDO e Marçal JUSTEN FILHO.⁵²

a) O pensamento de Carlos Ari Sundfeld

30. O professor SUNDFELD criou teorização acerca das conseqüências práticas da unificação do uso do termo "processo", a regular a atividade dos Poderes estatais.⁵³ Para esse autor, que desenvolve com precisão absoluta o tema do "processo do exercício do poder",⁵⁴ "as diferenças básicas entre as funções jurisdicional e administrativa influirão decisivamente na estruturação dos respectivos processos".⁵⁵ Tamanhas são as dessemelhanças entre as atividades, que se

medida em que tratam da "natureza jurídica" de processo e procedimento, tema essencial á presente monografia, bem como devido à sua relevância científica.

⁵² Assim o fazemos devido à abrangência dessas três exposições. Para ampliar o tema, remetemos ao louvado estudo de Romeu Felipe BACELLAR FILHO, *Princípios* ... cit. (em especial pp. 37 a 56, onde é analisada a mais importante doutrina nacional e estrangeira, num e noutro sentido). Veja-se também Luís Eduardo SCHOUERI e Gustavo Emílio Contrucci A. de SOUZA, *Verdade Material no "Processo" Administrativo Tributário*, in *Processo Administrativo Fiscal*, 3º volume, Dialética, 1998.

⁵³ A *Importância do Procedimento Administrativo*, RDP 84/64-74. Destaque-se que o pensamento de Carlos Ari SUNDFELD teve influência magistral na Lei 10176/98, do Estado de São Paulo, vez que ele elaborou seu anteprojeto e acompanhou seu desenvolvimento legislativo.

⁵⁴ *Fundamentos de Direito Público*, Malheiros, 1992, pp. 88/100

⁵⁵ A *Importância* ..., p. 71.

torna imprescindível o apuramento do uso dos termos técnicos - dentre eles "processo" e "procedimento".

Com lastro nesse entendimento, SUNDFELD defende o uso puro da locução "procedimento administrativo" - não apenas para designar o rito, mas com "função semelhante a **processo judicial**, isto é, visa a designar à somatória de trâmites necessários ao desenvolvimento da atividade administrativa."⁵⁶ O afastamento do termo "processo" fundamenta-se em seu reiterado uso na esfera jurisdicional, com características próprias e diversas daquelas da função administrativa.

Surgem dessas peculiaridades, quando menos, três perigos para o uso comum das locuções: a) na medida em que o termo "processo" remete à função jurisdicional, poderia ocorrer "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) a expressão "processo administrativo" poderia induzir à conclusão de que as decisões da Administração Pública desfrutam de efeitos semelhantes àsquelas do Poder Judiciário e (ou) à "tentação de o legislador substituir o processo judicial pelo administrativo em casos de supressão de liberdade ou da

propriedade", violando o devido processo legal, direito de petição, juiz natural etc., e c) a confusão da matéria frente aos atos administrativos do próprio Poder Judiciário.⁵⁷

Daí a conveniência de "usar uniformemente a expressão **procedimento administrativo**, confiando que o simples falar-se em **procedimento** invoque as generosas garantias consagradas no Direito Processual, sem permitir transposições indevidas."⁵⁸

31. As razões e seus motivos são especiais, conferindo solução teórica que, sem qualquer dúvida, dirige-se ao amplo prestígio de um Estado Democrático de Direito. Trata-se de proposta que, através de critério semântico, visa a afastar eventuais dúvidas do intérprete, que poderiam resultar em gravame indevido ao particular.

Contudo, não nos parece válida a fixação do conceito de "processo" exclusivamente no objeto de uma disciplina inaugural. Tampouco se trata de termo cuja ambigüidade natural não permitiria sua aplicação científica.

32. Inicialmente, lembre-se que assim não se deu com outros conceitos, talvez até mais relevantes para o Direito Administrativo, que receberam a devida "transposição" e "adaptação" histórica à realidade imposta pelo Direito

⁵⁶ Idem, p. 72.

⁵⁷ Idem, p. 73.

⁵⁸ Idem, ibidem.

Público. Por exemplo, lembre-se a disciplina do "ato administrativo".

32.1. Oriundo historicamente do Direito Civil e circunscrito ao termo "ato jurídico", deu-se fundamental evolução do conceito para que se adaptasse às necessidades do novo regime jurídico. Apesar de os termos equivalerem para os efeitos correspondentes a cada categoria autônoma, não há dúvidas a respeito da sustentação a pretéritas identidades vocabular e normativa. A doutrina do saudoso e respeitado Hely Lopes MEIRELLES praticamente remete o conceito de ato administrativo ao de ato jurídico do Código Civil, destacando apenas algumas peculiaridades.⁵⁹

32.2. Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO levou o tema avante, a fim de demonstrar que "A noção de ato administrativo surgiu para individualizar um tipo de ato estatal, marcado por características contrapostas às dos atos civis (privados) e às dos atos típicos dos poderes Legislativo e Judiciário (lei e sentença, respectivamente)."⁶⁰ Confirma-se a já clássica lição de que

⁵⁹ Para MEIRELLES, "Ato administrativo é toda manifestação unilateral de vontade da Administração Pública que, agindo nessa qualidade, tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar, extinguir e declarar direitos, ou impor obrigações aos administrados ou a si própria." (*Direito Administrativo ... cit.*, p. 133) e o artigo 81 do Código Civil dispõe que "Todo ato lícito, que tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos, se denomina ato jurídico".

⁶⁰ *Ato Administrativo e Direito dos Administrados*, Revista dos Tribunais, 1981, p. 11.

"Ato Administrativo é a declaração do Estado ou de quem lhe faça as vezes, expedida em nível inferior à lei - a título de cumpri-la - sob regime de direito público e sujeito a controle de legitimidade por órgão jurisdicional."⁶¹

A existência de regimes jurídicos estritamente opostos entre si, regulando origem e efeitos do ato administrativo e ato civil, conduziu à inevitável diferenciação dos conceitos. Não se pode tratar duas realidades jurídicas, regidas por diversos feixes normativos, através de entendimento único.

32.3. Porém e ainda que fundamentadamente alteradas todas as palavras do conceito, suprimindo os principais elementos que o definem no Direito Privado (*autonomia da vontade, objeto, efeitos*), permanece inalterável o termo radical. O motivo que conduziu à transposição da definição pretérita - regime jurídico - não implicou mudança na essência do instituto: trata-se de ato jurídico *administrativo*, em oposição ao ato jurídico *civil*. Alterado o termo adjetivo, o substantivo "ato" permaneceu em ambas as esferas jurídicas. O mesmo se deu com outras expressões (por exemplo, "contrato" e "responsabilidade civil").

33. Entendemos que a alteração do conteúdo da definição apenas por motivos semânticos somente seria válida quando

⁶¹ Ob. cit., p. 31.

indispensável. A restrição justifica-se seja quando duas realidades não puderem ser designadas pelo mesmo termo preciso (pois absolutamente diversas), seja quando um termo ambíguo preste-se sempre a designar equivocadamente mais de uma realidade (pois absolutamente vago). Em ambos os casos há defeito intransponível: a palavra eleita não diz respeito à significação incontroversa daquilo que existe de fato. Nessas hipóteses, drásticas consequências impedem a utilização da terminologia.⁶²

Tanto no Direito Processual Civil quanto no Direito Administrativo, o termo designa, com exatidão, um mesmo instituto normativo: relação jurídica desenvolvida com interação de sujeito detentor de poder estatal, através de seqüência lógica de atos praticada e cumprida visando ao alcance do ato final. Assim, não será o adjetivo "administrativo" apto a criar confusões e (ou) transposições indevidas de normas de um regime jurídico ao outro. Nem tampouco o uso da expressão "processo administrativo" poderá potencializar e (ou) legitimar eventuais comportamentos ilegítimos e ilegais, por parte de qualquer uma das funções estatais. Ao contrário. A expressão "processo administrativo"

⁶² Por exemplo, lembre-se das conclusões de ATALIBA a respeito do uso indiscriminado da locução "fato gerador": "Não é possível desenvolver trabalho científico sem o emprego de um vocabulário técnico rigoroso, objetivo e unívoco. Por isso parece errado designar tanto a previsão legal de um fato, quanto ele próprio, pelo mesmo termo (fato gerador)." (*Hipótese ... cit.*, p. 50).

designa, técnica e inequivocamente, realidade normativa específica.

b) O pensamento de Lúcia Valle Figueiredo

34. De há muito, Lúcia Valle FIGUEIREDO vem desenvolvendo com amplitude o tema do processo administrativo.⁶³ Ainda que elegantemente destaque que "a distinção entre processo e procedimento administrativo seja, o mais das vezes, estéril",⁶⁴ seu brilhante estudo sob os ângulos semântico e prático frente ao ordenamento positivo acentua a diversidade dos princípios jurídicos que incidem sobre os vários aspectos da atividade administrativa processual/procedimental do Estado. Para cada conjunto de normas específico, uma denominação toda própria.

34.1. Nessa medida, justificar-se-ia o uso do termo "processo quando estivermos diante dos de segundo grau, como os denomina Giannini, quer sejam disciplinares, sancionatórios ou revisivos (quando houver, portanto, 'litigantes' ou 'acusados')".⁶⁵ Mais ainda: "no texto constitucional, a referência, no art. 5º, inciso LV, a processo administrativo seria, apenas e tão-somente, às

⁶³ Veja-se, por exemplo, *Procedimento Administrativo*, in *Processo e Procedimento em Face da Constituição*, Revista do Advogado da AASP, n.º 34, julho/91, pp. 62/68 e a evolução de seu pensamento nas diversas edições de seu *Curso de Direito Administrativo* (Malheiros, 1ª edição, 1994 e 3ª edição, 1998). O presente trabalho tratará unicamente do aspecto do pensamento dessa Professora Titular da PUC/SP retratado na 3ª edição de seu *Curso*.

⁶⁴ *Curso ... cit.*, p. 380.

⁶⁵ *Ob. cit.*, p. 378.

situações em que há *controvérsias*, em que há *sanções*, *punições disciplinares* – portanto, situações de *acusações em geral* ou *litigância*.”⁶⁶

Já a palavra *procedimento* aplicar-se-ia unicamente “como requisito essencial da atividade administrativa normal da explicitação da competência”.⁶⁷ Trata-se do “caminho a ser percorrido pela Administração a fim de cumprir determinadas formalidades seqüenciais para chegar ao ato final.”⁶⁸ Indo avante, Lúcia Valle FIGUEIREDO explora duas subdivisões para o uso desse termo: “Ora refere-se ao conjunto de formalidades necessárias para a emanção de atos administrativos, ora como a seqüência de atos administrativos, cada qual *per se* desencadeando efeitos típicos [...], porém, todos tendentes ao ato final, servindo-lhes de suporte de validade.”⁶⁹

Mesmo os provimentos relativamente singelos da Administração devem obedecer à sucessão predeterminada de atos “tendentes a um único ato final, ato típico, a que se preordena a Administração (*procedimento*).”⁷⁰

Ambos os termos são utilizáveis, a depender do feixe normativo da atividade a ser desenvolvida pela Administração Pública.

⁶⁶ Ob. cit., p. 380.

⁶⁷ Ob. cit., p. 378.

⁶⁸ Ob. cit., p. 379.

⁶⁹ Ob. e loc. cit..

⁷⁰ Ob. cit., pp. 379/380.

34.2. A tese de Lúcia Valle FIGUEIREDO pressupõe regimes jurídicos diversos a configurar a aplicação de uma ou outra definição terminológica. No "processo administrativo" - especialmente devido à "litigância" ou "acusação" - haveria incidência de princípios específicos, típicos do processo civil e penal. Como se sabe, litigância significa "conflito de interesses caracterizado pela existência de uma pretensão jurídica resistida ou insatisfeita"⁷¹ e "acusação" é a imputação de delito, erro ou culpa, para que seja punido seu autor.

Sempre respeitosamente, consideramos que tal distinção pode ser transposta. Trata-se antes de diferença entre graus dentro de uma mesma realidade jurídica, e não a configuração de disciplinas jurídicas autônomas. O conjunto de princípios vinculado exclusivamente ao "procedimento" está contido no grupo caracterizador do "processo". Isso porque o procedimento é essencial ao processo.

Por outro lado, há situações jurídicas contidas no conceito de "procedimento" desenvolvido por Lúcia Valle FIGUEIREDO que tipicamente se subordinam a uma "relação jurídico-administrativa", caracterizadora de nossa visão do conteúdo do processo. Tome-se como exemplo o processo de licitação. Em seu desenvolvimento normal, não há acusados e (ou) litigantes. Trata-se de série de atos administrativos,

⁷¹ Eduardo J. COUTURE, *Vocabulario Jurídico*, Depalma, 1976, p. 392.

praticada em harmonia com atos privados, visando a, respeitados os princípios da concorrência e isonomia (dentre outros), celebrar contratos de conteúdo patrimonial. Desde o início - formal e público - da licitação, se estabelece relação jurídica entre particulares interessados e ente público que promove o certame. Também o curso amigável de desapropriação estabelece vínculo jurídico-administrativo entre Estado e particulares. Essas relações jurídicas não derivam nem envolvem "litigância" e (ou) "acusação", mas configuram "processo administrativo".⁷²

Cremos que eventual diferenciação entre processo e procedimento não reside na litigiosidade e (ou) caráter acusatório da seqüência de atos a ser praticada pela Administração. Tal somente seria possível caso houvesse disciplina de direito positivo assim o definindo. Defendemos idéia paralela à do Direito Processual (teoria geral, civil e penal) - a de que o termo processo requer a existência de relação jurídica própria e o termo procedimento designa unicamente a seqüência de atos nela contida. Isso em face da doutrina do Direito Administrativo pode ser concebido da seguinte forma: há duas espécies de exercício das atividades administrativas, expressadas em duas locuções, pertinentes a um mesmo regime jurídico-administrativo: "função

⁷² Caso contrário, o conceito de "procedimento" albergaria uma "relação jurídica" e o de "processo" não conteria o "procedimento".

administrativa" e "relação jurídico-administrativa". Não são termos opostos, mas continente e conteúdo (parcial). A função administrativa pode ser exercitada pontual e internamente à Administração, mas a relação jurídico-administrativa é caracterizada pela conexão natural que existe entre dois ou mais sujeitos (públicos e privados). Ora, se o termo processo designa inequivocamente uma relação jurídica, sempre que houver tal relação haverá processo. Caso contrário, é exercício natural da função administrativa.⁷³

Adotamos a classificação proposta por Lúcia Valle FIGUEIREDO, mas com outros fundamentos e desdobramentos. Há diversidade parcial de regimes jurídicos, a impor estudo e classificação diferenciados. Porém, o ponto de partida não seria a "acusação" ou o "litígio", mas o vínculo entre particulares e (ou) servidores públicos e Administração; posto em ação numa seqüência de atos previamente definida, com vistas a resultado final.

⁷³ Que poderia ser denominado de "procedimento". Mas, nossa dissertação diz respeito unicamente ao conteúdo do processo, sua diferenciação e definição. Como sustentamos que, eventualmente, o "procedimento puro", *stricto sensu*, pode estar contido na locução "função administrativa", estará como categoria autônoma ao lado do processo e mereceria ser estudado à parte.

c) O pensamento de Marçal Justen Filho

35. Marçal JUSTEN FILHO abordou minuciosamente o tema "processo" versus "procedimento" em estudo a propósito do "processo administrativo fiscal".⁷⁴

35.1. Depois de assinalar a relevância do procedimento como "instrumento de controle e limitação do poder"⁷⁵ e sua relação com três pressupostos fundamentais do Estado Democrático de Direito (princípios da publicidade, objetividade e contraditório), JUSTEN FILHO equipara os efeitos da "procedimentalização da atividade estatal" àqueles do princípio da separação dos poderes do Estado, pois ambas "concepções têm conteúdo similar, eis que se trata de evitar o poder absoluto e concentrado."⁷⁶

Mediante abordagem histórica, esclarece a utilização dos termos ao longo de três etapas: inicialmente, deu-se uso da expressão "processo administrativo"; depois, "procedimento administrativo" e, enfim, retorno à locução "processo administrativo", com lastro no entendimento de que "seria adequada para indicar hipóteses de procedimento envolvendo contraposição de interesses, propiciando-se

⁷⁴ *Considerações sobre o "Processo Administrativo Fiscal"*, Revista Dialética de Direito Tributário 33/108-132. Veja-se também *Ampla Defesa e Conhecimento de Arguições de Inconstitucionalidade e Ilegalidade no Processo Administrativo*, Revista Dialética de Direito Tributário 25/68-79.

⁷⁵ *Considerações ... cit.*, p. 109.

⁷⁶ *Ob. cit.*, p. 110.

oportunidade de participação em regime de contraditório entre seus titulares.”⁷⁷

Sua conclusão é a de que tal terceira solução não resolve o problema a contento.

35.2. Descartando os característicos de “relação de Direito Público” e “sujeição das partes em face do Estado-Jurisdição” como peculiares e identificadores da relação processual, JUSTEN FILHO reputa que “o ponto fundamental da questão reside na natureza triangular da relação jurídica processual.”⁷⁸ Ou seja:

“O que dá identidade ao processo é uma composição totalmente peculiar e sem paralelo em qualquer outro tipo de vínculo jurídico. O processo vincula três ‘sujeitos’, produzindo situações jurídicas subjetivas favoráveis e (ou) desfavoráveis.”⁷⁹

Esse vínculo trilateral possui um corolário: “O juiz participa do processo não na condição de parte, mas com autonomia que é de essência e inafastável. O juiz é imparcial, não apenas no sentido de ser-lhe vedado tomar partido, mas também na acepção de que ‘não é parte’. [...] Em nenhum outro tipo de relação jurídica, um dos pólos é ocupado por sujeito que não seja parte.”⁸⁰ Tal imparcialidade é

⁷⁷ Ob. cit., p. 111.

⁷⁸ Ob. cit., pp. 111/112.

⁷⁹ Ob. cit., p. 112.

⁸⁰ Idem.

regulada por disposições normativas que asseguram “não apenas a isenção íntima do julgador, mas também no tocante à ausência de um vínculo objetivo entre o julgador e a posição das partes.”⁸¹

Ao contrário da jurisdicional, na atividade administrativa há “identidade de sujeitos ocupando a condição de parte e julgador” [...] “Os atos impugnados e os atos decisórios da controvérsia são praticados pelo mesmo sujeito de direito ou por sujeitos de direito com situação equivalente ou homogênea. Não há um julgador imparcial – na acepção de não ser parte na controvérsia.”⁸² Mais ainda: “Há envolvimento psicológico, subjetivo e inconsciente na questão, de modo que o órgão julgador não apresenta condições de decidir sem tomar partido. Essa é uma questão de fato, que não pode deixar de ter reflexos jurídicos.” [...] “Por maior que seja a fortaleza moral do julgador, sua visão de mundo está formada e condicionada segundo os valores e interesses da própria Administração Pública.”⁸³

Logo e já por tais consistentes razões, seria impossível o uso da locução “processo administrativo”, a não ser que existisse “estrutura orgânica à qual se atribuísse a competência para conduzir a solução da controvérsia na via ‘administrativa’, totalmente independente dos sujeitos em

⁸¹ Idem.

⁸² Ob. cit., p. 113.

conflito.”⁸⁴ Ademais, JUSTEN FILHO apresenta outros argumentos.

Caso se repute que a questão seja puramente terminológica, tratar-se-ia de “opção semântica insuscetível de juízo ou reprovação. Mas tal escolha será irrelevante, na medida em que não permitirá identificar o ‘processo administrativo’ com o ‘processo não administrativo’. [...] Ou seja, haverá dois (no mínimo) institutos jurídicos inconfundíveis. Denominar um deles como ‘processo administrativo’ será inócuo e não incluirá o objeto indicado através da expressão no âmbito do ‘processo não administrativo’.”⁸⁵

Por fim e como reforço de argumentação, existe o problema da distinção entre os conceitos de imparcialidade e independência. Ainda que se reconheça a imparcialidade dos órgãos julgadores da Administração Pública, “não é possível afirmar sua independência”.⁸⁶

Tendo em vista tais razões, JUSTEN FILHO deduz a necessidade da dissociação das regras (constitucionais e infra) aplicáveis ao processo jurisdicional e procedimento administrativo: “As regras meramente procedimentais são plenamente aplicáveis segundo abordagem comum. Já as regras

⁸³ Ob. cit., pp. 115/116.

⁸⁴ Idem.

⁸⁵ Ob. cit., pp. 113/114.

⁸⁶ Ob. cit., p. 116.

acerca especificamente da situação do órgão julgador e das relações dele com as partes não podem ser estendidas ao campo do direito administrativo.”⁸⁷ Daí a conclusão de que “o Estado-Administração não desempenha atividade processual”,⁸⁸ sob qualquer ângulo que se a enfoque.

35.3. Sempre sem a mínima pretensão de cogitar de “acerto” ou “erro” nas valiosas conclusões dos doutrinadores, cremos que as locuções “relação processual” e “processo” designam espécies de atividades inerentes à Administração Pública, concretizadas sob determinado regime jurídico, necessárias e suficientes para legitimar a utilização dos termos.⁸⁹ Não seria a natureza triangular do processo jurisdicional, nem tampouco a posição de imparcialidade do Poder Judiciário, aptas a impedir seu emprego científico.

Em primeiro lugar, a natureza triangular da relação processual-jurisdicional não é inequívoca e permanente. À parte da divergência doutrinária quanto à posição do juiz e partes no processo,⁹⁰ casos há em que não existe uma “terceira pessoa” na relação: o vínculo processual se põe entre Poder Judiciário e somente um sujeito. V.g., inventário amigável;

⁸⁷ Ob. cit., p. 114.

⁸⁸ Ob. cit., p. 115.

⁸⁹ Tal como assinalado acima, a exceção seria atividade *interna corporis* da Administração, onde não existisse “relação jurídica” entre entidade pública e pessoas privadas. Nessas hipóteses, não há justificativa jurídica (nem tampouco terminológica em sentido estrito) para o uso da locução.

inventário instalado e desenvolvido pelo próprio Poder Judiciário; retificação de registros públicos.⁹¹ Prova de que há relações frente ao Poder Judiciário que não são "trilaterais", mas "duais" - mesmo número de partes que as existentes na relação processual de Direito Administrativo.

Também a "ausência" da trilateralidade no processo jurisdicional verifica-se no *habeas corpus* concedido *ex officio* pelo Poder Judiciário, pois "mesmo se concedido pelo tribunal ou juiz de ofício, quando, no curso de processo, verifique que alguém sofre ou está ameaçado de sofrer coação ilegal (art. 654, § 2º, CPP), o remédio não perde essa característica: ainda quando o juiz independe da iniciativa da parte para instaurar o processo, uma vez iniciado a parte é investida dos poderes e faculdades que caracterizam o direito de ação. Na hipótese, a natureza do bem protegido e a urgência da tutela justificam plenamente o exercício

⁹⁰ Há doutrinadores a sustentar que a relação não é "triangular", pela ausência de vínculo entre autor e réu. Por todos, TORNAGHI, *A Relação ... cit.*, pp. 22/47.

⁹¹ Também nessas hipóteses, há doutrinadores que sustentam inexistência de "processo judicial", mas "procedimento" (por todos, José FREDERICO MARQUES, *Ensaio sobre a Jurisdição Voluntária*, Saraiva, 1959). Porém, esse óbice não seria aplicável à controvérsia ora enfrentada. O juiz permanece imparcial (subjética e objetivamente), ordenando seqüência de atos dirigidos à consecução de finalidade definida em lei. Nem se diga que seria "exceção", a confirmar a "regra". Ao contrário. A uma, não haveria relevância na abordagem exceção *versus* regra (por que seria exceção?). A duas, a exceção (existe procedimento interno ao Poder Judiciário) não confirmaria a regra (o processo só cabe ao Poder Judiciário).

espontâneo da jurisdição, sem que com isso se desnature o fenômeno da jurisdição.”⁹²

Indo avante, ressalte-se que mesmo a configuração tríplice de relação jurídica não é exclusiva do Direito Processual. Há mesmo situações jurídicas de Direito Privado que possuem estrutura subjetiva trilateral. Assim se dá, essencialmente, nas estipulações em favor de terceiro (Código Civil, artigo 1.098 a 1.100). Nesse caso, há negócio jurídico firmado entre estipulante e promitente, em favor de terceiro (beneficiário) - o qual, caso concorde com o contrato, pode exigir seu cumprimento, sem com isso excluir o estipulante da relação contratual. Na dicção de Clóvis BEVILACQUA, é “relação contratual *sui generis*, na qual a ação para exigir o cumprimento da obrigação se transfere ao beneficiário, sem aliás perdê-la o estipulante.”⁹³ À evidência, as situações subjetiva e objetiva (posição das partes, natureza do vínculo etc.) não são semelhantes àquela existente na relação processual. Porém, significa que a relação jurídica trilateral não caracterizará *sempre e exclusivamente* uma relação processual.

⁹² Ada Pellegrini GRINOVER, Antônio Magalhães GOMES FILHO e Antônio Scarance FERNANDES, *Recursos no Processo Penal*, Revista dos Tribunais, 1996, p. 345. Veja-se também Vicente GRECO FILHO, *Manual de Processo Penal*, Saraiva, 1995, pp. 390/396.

⁹³ *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*, Rio, 1984, p. 214. Para Miguel Maria de SERPA LOPES, “resulta claro tratar-se de um instituto complexo em sua formação e fecundo em dificuldades teóricas. Em seu aspecto *genético*, a estipulação em favor de terceiro não compreende senão duas figuras de contratantes; mas, em seus *resultados*, vai alcançar quem

Depois, sustentamos que o princípio da imparcialidade frente à Administração Pública tem dignidade e aplicação muito maior do que usualmente descritas.⁹⁴ Em circunstância alguma, o agente administrativo pode ser parcial: quer no que diga respeito a interesses pessoais, quer em relação a "interesses públicos secundários".⁹⁵ O único aspecto da "parcialidade" do servidor público decorre de sua investidura na função pública. Nada mais nem sequer pode ser cogitado.⁹⁶

O agente é "parte" em sentido físico-material, não em relação ao conteúdo de suas decisões. Quando muito, a preocupação quanto a seu vínculo jurídico diz respeito ao regime de sua atividade laboral - jamais à tomada de posição

só veio a participar do contrato depois de sua formação." (*Curso de Direito Civil*, vol. III, Freitas Bastos, 1991, p. 112).

⁹⁴ Ousamos defender essa tese baseados no aspecto puramente jurídico da incidência do princípio. Não se trata de discussão a respeito de sua dimensão fática (presente e pretérita). Acreditamos que a qualidade moral e normativa da imparcialidade da Administração impõe sua pura, ampla e irrestrita incidência. A esse respeito, ampliar no tópico de n.º II.1.c), em especial no parágrafo n.º 46 e ss..

⁹⁵ Veja-se a primorosa doutrina de Renato ALESSI, citada e enobrecida por Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, a respeito da distinção entre interesse público *primário* e *secundário* (*Curso ... cit.*, pp. 31/33)

⁹⁶ Por evidência, não se pretende sustentar visão "romântica" da atividade administrativa do Estado, em detrimento dos fatos. Razões as mais variadas justificam parcialidade dos atos administrativos, sem que com isso se vislumbre má-fé do agente público. Ao contrário, a inserção física e emocional do servidor muitas vezes impõem provimentos que tutelam interesse secundário da Administração. Contudo, o ponto de partida do presente estudo é antes idealista do que prático. Pretende-se frisar e reforçar o dever da imparcialidade como essência da atividade do Estado-Administração. Administrar é cumprir a lei de ofício (SEABRA FAGUNDES, *O Controle ... cit.*, pp. 16/17), ainda que tal contrarie as mais puras intenções do servidor público. Tome-se como paralelo a teoria do desvio de poder, também em SEABRA FAGUNDES: "Não importa que a diferente finalidade com que tenha agido seja moralmente lícita. Mesmo moralizada e justa, o ato será inválido por divergir da orientação legal." (p. 81).

(móvel, na dicção de Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO)⁹⁷ que conduz o agente à prática dos atos administrativos. O servidor faz parte do órgão ou entidade administrativa, mas o exercício da função pública não lhe permite a "parcialidade" como fundamento de suas decisões. A imparcialidade decorre do primado constitucional do Estado Democrático de Direito e é dever de todos os agentes públicos, pena de vícios intransponíveis nos atos estatais (administrativos, legislativos e jurisdicionais). Em síntese: o agente administrativo pode ser "parte", mas o exercício do dever-poder da Administração é imparcial.

Mesmo a atividade do Poder Judiciário pode ser examinada sob enfoque idêntico e não sofrer nenhuma pecha de "parcialidade". Por um lado, os magistrados de segundo grau julgam diariamente atos de magistrados de primeiro grau. Todos os recursos judiciais dizem respeito a conhecimento e exame de atos do próprio Poder Judiciário. Apesar de os provimentos objeto do exame, grosso modo, manterem vínculo com interesse (jurídico e econômico) de terceiro, os Tribunais examinam também atos processuais *stricto sensu* - praticados com exclusividade pelo próprio Poder Judiciário, no exercício de competência constitucional. Trata-se de controle com vínculo puramente objetivo. Por outro lado e mais do que isso, é de competência da magistratura o controle

⁹⁷ Curso ... cit., p. 282.

de conflitos que envolvem os próprios juízes. Tanto no que tange à defesa dos interesses pessoais e funcionais dos magistrados, como no que diz respeito a litígios endoprocessuais entre particulares e membros da atividade judicante, a decisão emana de pessoas que fazem parte da mesma função estatal. Trata-se de inequívoco vínculo subjetivo, onde o próprio Poder Judiciário - órgão e (ou) seus membros - participa da controvérsia. Também nessas hipóteses, a imparcialidade jurídica é pública e notória (tanto que o ordenamento não prevê um "terceiro" para conduzir tais litígios).⁹⁸

Reforce-se que os provimentos jurisdicionais, vinculados ou discricionários, são parcialmente semelhantes aos administrativos. Trata-se de aplicação do direito positivo, em cumprimento aos princípios de um Estado Democrático de Direito. Tal como assentado por C. A. BANDEIRA DE MELLO, "O que o magistrado faz ao conceder um pedido de liminar (ou rejeitá-lo) é o mesmo que faz ao prolatar uma sentença ou ao proferir despachos que decidam pretensões controvertidas no curso de uma lide: é firmar que, contrastada norma com os fatos que lhe estão submetidos, o **direito impõe** tal solução, a qual por ele é exprimida na

⁹⁸ Nem mesmo o projeto de órgão de "controle da magistratura" seria apto a desmistificar o entendimento. Tal órgão limitar-se-ia a analisar a atividade administrativa do Poder Judiciário, não o conteúdo dos provimentos jurisdicionais (o que representaria a criação de uma nova instância processual).

qualidade de oráculo do direito no caso concreto.”⁹⁹ Os atos vinculados de uma e outra função não geram maior controvérsia - são cogentes a juízes e administradores. Já a discricionariedade do Poder Judiciário **“Distingue-se da discricção administrativa** por força da qualidade jurídica que reveste o ato jurisdicional: consistir em solução proposta como a única confrontada na regra aplicanda ante o caso concreto, já que é a própria voz da lei para a situação vertente.”¹⁰⁰

Também no processo administrativo, especialmente depois da promulgação da Lei 9784, incide a disciplina de impedimentos e suspeições. Porém e ainda que não houvesse tais normas, aplicar-se-iam analogicamente as regras dos Códigos de Processo Civil e Penal.¹⁰¹ Nem sequer seria imaginável a possibilidade de a autoridade administrativa envolver-se em questões nas quais tenha interesse particular - quer devido à sua participação pretérita, à presença de amigos, inimigos ou parentes, muito menos por eventual ganho pessoal (financeiro ou prestigioso). Tratar-se-ia de nítida

⁹⁹ *Mandado de Segurança contra Denegação ou Concessão de Liminar*, RDP 92/55.

¹⁰⁰ Autor e ob. cit., p. 60. Ampliar em Teresa Celina de ARRUDA ALVIM, que defende não existir fenómeno semelhante à discricionariedade administrativa frente ao Poder Judiciário (*Limites à Chamada ‘Discricionariedade’ Judicial*, RDP 96/157-166).

¹⁰¹ Código de Processo Civil, artigos 134 a 137. Código de Processo Penal, artigos 95 e ss., 254 e ss. A analogia é tratada abaixo, nos capítulos referentes ao princípio da legalidade e devido processo legal.

violação a princípios mezinhos da Constituição Federal (legalidade, moralidade, impessoalidade etc.).

Por fim, não será a falta de "independência" do órgão julgador situação jurídica que imponha o uso do termo "procedimento". A "dependência" (inserção numa mesma estrutura organizacional) apenas afasta a qualificação de "tribunais" aos órgãos de julgamento na esfera administrativa. Não são tribunais em sentido estrito - estes, sim, independentes material e juridicamente. Porém, a "independência" não faz parte do conteúdo da definição de "processo", mas da definição de "Órgão do Poder Judiciário" (tribunais ou juízes singulares). Em se reputando que o termo "processo" não é de uso exclusivo do Poder Judiciário e que os órgãos administrativos devem ser autônomos (liberdade para poder analisar fatos e direito de acordo com a legislação), a questão está transposta.

Lembre-se que em vários países europeus existem Tribunais administrativos, que fazem parte da Administração Pública e julgam o "contencioso administrativo". Nem por isso dir-se-á que a atividade lá desenvolvida é meramente "procedimental", não "processual".

5) Conclusão - processo administrativo, não procedimento

36. Em suma: o conceito de relação jurídica é o de vínculo entre pessoas, regulado pelo direito. Caso essa ligação desdobre-se no tempo, através da prática de série

lógica e autônoma de atos, requisito preliminar ao ato final visado pelos sujeitos da relação, trata-se de relação processual. Tal relação continuada é de Direito Público, pois não tem como objeto imediato o direito material, mas as normas que regulam a seqüência de atos cuja prática é direito e (ou) ou dever das pessoas participantes do processo. Mais do que isso: é de Direito Público porque envolve *exercício de poder público* e sua regulação normativa. Inexistentes esses característicos, não há processo, mas relação jurídica de direito privado diferida no tempo.

Assim, processo é relação jurídica *dinâmica*, coordenada por normas que estabelecem vínculo de segundo grau entre os sujeitos que dele participam. Numa relação processual, os direitos e deveres das pessoas participantes são de Direito Público - independentemente da natureza jurídica das partes e dos interesses em jogo. Numa relação processual, um dos sujeitos exerce poder (*dever-poder*), oriundo de mandamentos normativos: seja ele membro do Poder Judiciário, seja agente da Administração Pública. Caso contrário, não haverá imediato dever de obediência à seqüência predefinida de atos, nem tampouco aos ditames de um Estado Democrático de Direito. Como leciona Cândido Rangel DINAMARCO, "Preestabelecidos os fins do Estado, ele não dispensa o poder para caminhar na direção deles; e, precisando exercer o poder, precisa também o Estado-de-

direito estabelecer as regras pertinentes, seja para endereçar com isso as condutas dos seus numerosos agentes (no caso, os juízes), seja para ditar limites e formas do exercício do poder.”¹⁰²

Talvez a mais avançada solução seja a defendida por BACELLAR FILHO, para quem a tese defensável “vai além das linhas tradicionalmente enunciadas pela doutrina a respeito do procedimento e do processo. Com efeito, nem o procedimento é sinônimo de função administrativa, nem o processo, de função jurisdicional.”¹⁰³ O momento é de ampliação dos limites de cada uma das disciplinas, respeitando-se suas peculiaridades, mas transpondo-se o “acordo tácito” em torno das idéias de processo e procedimento, que resultou no desmembramento artificial de tais fenômenos jurídicos. Trata-se do objetivo do presente trabalho: um novo sistema processual-administrativo, que sintetize as abordagens conflitantes.

II.3. Processo Administrativo: a Falsa Confusão com “Atos Complexos” e “Atos Coletivos”

37. Cumpre examinar antiga controvérsia, existente entre os conceitos jurídicos de processo, ato complexo e ato coletivo.

¹⁰² A *Instrumentalidade* ... cit., p. 105. Apesar de o texto citado reportar-se a “juízes”, DINAMARCO aceita e defende a existência do processo administrativo (ob. cit., p. 93 e ss.). Além disso, a dicção “no caso, os juízes” unicamente se reporta ao conteúdo genérico do capítulo: “Jurisdição e Poder”.

Conforme já assinalado, processo é seqüência lógica de atos, cada qual dependente do anterior, dirigido à prática de ato final predefinido. Juridicamente, o termo designa relação jurídica que engloba exercício de Poder estatal em contraste com garantias de direitos individuais. Todos os atos inseridos nessa sucessão possuem efeitos autônomos e individualizados.

Ao contrário, ato complexo e ato coletivo não caracterizam uma seqüência procedimental. Existem *de per si*, apesar de praticados de forma que transcende a mera instantaneidade. Tais conceitos são antíteses dos atos "simples" - praticados por uma só pessoa, em determinado momento.

1) Processo administrativo e ato administrativo complexo

38. O ato complexo consiste em - é formado por - ação reunida de várias pessoas, visando a fim único. "Para dizê-lo com rigor técnico: há manifestações provindas de órgãos distintos que se fundem numa só expressão, em um só ato, porquanto as 'vontades' não *cumprem funções distintas*, tipificadas por objetivos particulares de cada qual; ou seja: nenhuma delas possui, *de per si*, identidade funcional autônoma na composição do ato."¹⁰⁴

¹⁰³ *Princípios Constitucionais ... cit.*, p. 55/56.

¹⁰⁴ C. A. BANDEIRA DE MELLO, *Curso ... cit.*, p. 349/350.

No Direito Administrativo, o ato complexo é declaração oriunda de ente público, em cumprimento ao princípio da legalidade. Porém, sua validade e eficácia estão subordinadas à regular emanção plurisubjetiva: mais de um agente administrativo deve participar do mesmo ato. Mais ainda, as manifestações formadoras do ato complexo geram efeitos simultaneamente: somente haverá validade e eficácia quando de sua agregação. Há exigência recíproca, para a emanção do ato final. Na lição de Oswaldo Aranha BANDEIRA DE MELLO, no ato complexo "há unidade de conteúdo e unidade de fins de várias vontades que se congregam, operando em fases simultâneas ou sucessivas, para formar um único ato jurídico, como vontades concorrentes que cooperam na sua constituição."¹⁰⁵

A natureza do ato complexo envolve, basicamente, problema peculiar de *competência*. Nenhum dos agentes terá titularidade para, individualmente, emanar ato com tais característicos. Mas, inexistente coalizão de título competencial, de molde a formar um órgão composto.

Nos atos complexos, pode haver diferenças de graus da competência entre os agentes envolvidos. Há determinados atos complexos que só se tornam eficazes se e quando

¹⁰⁵ *Princípios Gerais de Direito Administrativo*, volume I, Forense, 1979, p. 531.

“aprovados” pelo superior hierárquico. Caso contrário, não gerarão quaisquer efeitos de direito.¹⁰⁶

Vez que formado por manifestações oriundas de agentes diversos, os atos complexos possuem regime próprio de nulidade, a depender do órgão que emanou o ato-componente viciado.¹⁰⁷

Emanado de inúmeros agentes públicos, exige-se *decisão unânime*. Não há ato complexo com dissidência ou praticado em maioria.

Por fim, todas as manifestações dos vários agentes possuem somente uma mesma finalidade, mediata e imediata: a prática do ato administrativo oriundo da fusão competencial.

Ou seja: o ato complexo é *plurisubjetivo* (praticado por mais de um sujeito), *unitário* (todas as manifestações fundem-se num só ato), *indivisível* (não admite validade através da fragmentação das manifestações dos agentes) e *unânime* (não admite dissensão).

Nesse sentido, Vicente RÁO destaca lição de MESSINEO, caracterizando os atos complexos “em duas ou mais declarações de vontade que, possuindo o mesmo conteúdo, convergem para o mesmo fim, fundindo-se em uma vontade

¹⁰⁶ Por exemplo, os pareceres das consultorias e procuradorias jurídicas dos Municípios, Estados e União. Somente produzirão efeitos caso chancelados pelo Chefe do Poder Executivo.

¹⁰⁷ Nesse sentido, a lição de Agustin A. GORDILLO (*El Acto Administrativo*, Abeledo-Perrot, 1976, pp. 122/123). A respeito da invalidação/convalidação dos atos administrativos, Weida ZANCANER, *Da*

unitária, de modo a não se poder distinguir, nesta, uma declaração de outra" [...] "Tais atos não se confundem com os de natureza colegial porque, ao contrário destes, não resultam da aplicação do princípio majoritário, mas exigem o consenso unânime dos interessados."¹⁰⁸

Ora, no processo administrativo há vários atos (não "manifestações" sem valor jurídico específico), praticados por um ou mais sujeitos, todos - agentes e atos - com competência, eficácia e validade autônomas. Não há fusão de manifestações, constitutivas de um ato (principal) e a finalidade dos atos processuais é dúplice: proferir decisão para as questões endoprocessuais (imediata) e dar sequência ao processo, até a decisão final que produza efeitos extraprocessuais (mediata).

2) Processo administrativo e ato administrativo coletivo

39. Já nos atos coletivos (ou colegiados) também dá-se apenas uma "manifestação de vontade". Porém, sem as qualidades que distinguem o ato complexo.

O ato coletivo é declaração oriunda de órgão formado por duas ou mais pessoas. Quem detém competência para emanar tais atos é o próprio órgão, em nome próprio. Excepcionalmente, atribui-se a membros do ente coletivo a

Convalidação e da Invalidação dos Atos Administrativos, Revista dos Tribunais, 1990, pp. 65/75.

¹⁰⁸ *Ato Jurídico*, Max Limonad, 1961, p. 57. Em seguida, RAO consigna que "é no Direito Administrativo que os autores modernos vão buscar o

possibilidade de, em nome do colegiado, proferir decisões eminentemente precárias e passíveis de revisão pelo órgão.

Os atos dos membros podem ser praticados simultaneamente ou em seqüência. Porém, sem efeitos autônomos: somente possuirão validade e eficácia quando exteriorizados todos os atos necessários e transpostas as formalidades inerentes ao ato colegiado.

A unanimidade no ato coletivo não é essencial, mas accidental. Caso a decisão seja tomada por maioria, terá a mesma eficácia do ato unânime. O título competencial ostentado por todos os membros do órgão colegiado é idêntico (a não ser para finalidades administrativas e formais).

O ato coletivo - ou colegiado - "emana de um órgão resultante de uma pluralidade de pessoas físicas. Como vontade do órgão colegiado vale a vontade resultante do complexo de manifestações concordantes dos membros singulares que o compõe e, na hipótese em que não se reuna a unanimidade do consenso entre os componentes do colégio, vale como vontade do órgão a vontade da maioria dos membros do colégio ele mesmo."¹⁰⁹

desenvolvimento da doutrina do ato complexo", mencionando as obras de ZANOBINI, LESSONA, ALESSI, SANDULLI e CINO VITTA (ob. e loc. cit.).

¹⁰⁹ Pietro VIRGA, *Il Provvedimento Amministrativo*, Giuffrè, 1972, pp. 133/134. Em sentido diverso, Oswaldo Aranha BANDEIRA DE MELLO, para quem "O ato composto é aquele em que se acha a manifestação de vontade por ele expressa unida por vínculo funcional a outro. Mas, eles não se fundem em um complexo unitário, pela falta de homogeneidade das respectivas vontades. A relação entre eles é de caráter instrumental." [...] "A

Daí também sua diversidade com o processo. Não será pelo fato de mais de um agente estar apto a decidir, mediante a concretização de atos diferidos no tempo (ou não), que estará caracterizada a seqüência lógica de atos inerente ao processo.

40. Em suma: processo, ato complexo e ato colegiado são realidades normativas absolutamente diversas, cada qual submetida a regime jurídico próprio.

III. PROCESSO ADMINISTRATIVO: INSTRUMENTO DE GARANTIA DOS DIREITOS INDIVIDUAIS

41. A principal preocupação daquele que estuda o Direito Administrativo não há de ser as "prerrogativas da Administração", mas os "direitos do administrado". O processo administrativo significa meio ativo de exercício e garantia de direitos dos particulares, que têm condições de participar e controlar a seqüência predefinida de atos anterior ao provimento final. Os atos administrativos não se despem de suas principais características (presunção de legitimidade, imperatividade, exigibilidade e auto-executoriedade), mas as pessoas privadas tomarão parte da decisão administrativa, na constante busca da concretização excelente do interesse público.

natureza formal de um deles, com referência ao outro, principal, os torna interdependentes." (ob. cit., p. 532).

Tal como bem frisou JUSTEN FILHO, "A institucionalização de procedimento acarreta, como consequência mais direta, uma possibilidade de previsão e de orientação de condutas. Na medida em que o exercício do poder jurídico dependa da prévia exaustão de uma seqüência ordenada de atos, não mais se torna possível surpreender aos interessados com medidas imediatas e desconectadas. O exercício do poder jurídico é obrigatoriamente proporcionado ao que se definiu no curso do procedimento. Cumprir o procedimento assegura a manifestação e a consideração a todos os eventuais, possíveis e não cogitados interesses em jogo."¹¹⁰

A existência e celebração do processo administrativo faz parte da busca por um Estado Democrático de Direito. É atividade pela qual o particular contribui com a formação da "vontade" estatal, de forma direta e imediata. Talvez seja a maneira mais democrática de se chegar à prolação de um ato administrativo. Então, o processo caracteriza-se como instrumento de garantia dos direitos individuais. Ao indivíduo não será apenas dado o dever de submeter-se aos atos estatais, pois o caminho processual prestar-se-á a proteger o direito material dos particulares.

Daí porque o processo não merece ser vislumbrado unicamente como "rito" ou "procedimento". Ao serem utilizados

¹¹⁰ *Sujeição ... cit.*, p. 51.

tais termos, é imediata a conexão a idéias puramente formais. Através do processo administrativo, não se pretende mera proteção a prazos, publicações, vistas, protocolos e demais perfis burocráticos da atividade estatal. O processo é instrumento de proteção e garantia dos direitos individuais. Meio que, caso prestigiado, o cidadão terá convicção de que o ato administrativo é legítimo e perfeito.

IV. Conclusões Preliminares

42. Tendo em vista o até agora exposto, temos que o processo administrativo faz parte do conteúdo da função administrativa em sentido amplo. A expressão mais adequada é *processo*, devido à imposição da coerência científica e normativa no uso da linguagem. Não serão agente ou número de pessoas envolvidas aptos a qualificar decisivamente a relação jurídica concretizada frente à Administração Pública. Tampouco é vigente a doutrina que engloba processo, atos complexos e atos coletivos - são realidades normativas diversas, que merecem ser tratadas através de nomenclatura própria.

O processo administrativo pode ser encarado sob duas óticas: a) rito e seqüência de atos meramente formais, a serem obedecidos pelos agentes, sem qualquer finalidade substancial e b) instrumento de garantia e satisfação dos direitos individuais celebrados na Constituição e leis infraconstitucionais. Essa segunda visão, que não descarta,

mas contém, a primeira, parece-nos a única que deve ser prestigiada pela Ciência do Direito.

43. Tornadas claras essas premissas, necessário se faz outro exame. Sabe-se que determinado ramo do direito positivo caracteriza-se pela existência de incontroverso e coerente *feixe de normas*. Na clássica lição de C. A. BANDEIRA DE MELLO: "Diz-se que há uma disciplina jurídica autônoma quando corresponde a um conjunto sistematizado de princípios e normas que lhe dão identidade, diferenciando-a das demais ramificações do Direito."¹¹¹

No interior do amplo sistema de Direito Administrativo há subsistemas, igualmente unos e coerentes, que distinguem suas inúmeras faces. Pois um desses subsistemas, conjunto de normas e princípios coerentes e unos, caracteriza o processo administrativo.

A edição da Lei 9784 tem efeitos de extrema relevância. Mas, o processo administrativo não se encontra limitado a tal diploma. Ao intérprete do Direito Público importa sobremaneira o Texto Constitucional. Lá estão os princípios regedores do Direito Administrativo, Tributário, Penal, Processual etc..

Assim, reputamos ainda mais significativo o enfrentamento primordial dos princípios gerais de direito público pertinentes ao processo administrativo. A análise dos

princípios que caracterizam a legislação - e não vice-versa - igualmente possui fundamento na doutrina de Georges VEDEL E Pierre DELVOLVÉ, para quem a multiplicação dos princípios gerais de direito "enriquece o conteúdo do princípio da legalidade e reduz, na mesma proporção, o poder discricionário da Administração".¹¹²

44. Desta forma e como não poderia deixar de ser, o próximo capítulo analisará basicamente um grupo de princípios que comprova a existência do regime jurídico do processo administrativo brasileiro, com exame de sua pertinência em face da Lei 9784. Não se trata da análise de todas as normas e princípios ordenadores e (ou) caracterizadores do processo administrativo. Será dada especial atenção ao princípio do devido processo legal - devido à sua amplitude existencial e magnitude prática.

¹¹¹ *Curso ... cit.*, p. 25.

¹¹² *Droit Administratif*, Thémis - Presses Universitaires de France, t. 1, 1992, p. 468.

III. CAPÍTULO SEGUNDO: O PROCESSO ADMINISTRATIVO NO DIREITO BRASILEIRO - PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E A LEI 9784/99

I. PROCESSO ADMINISTRATIVO E PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

1. Realizado exame da locução "processo administrativo", faz-se necessária análise do direito posto, fruto de princípios jurídicos próprios, da Constituição Federal e Lei 9784/99, que regem esse foro da atividade administrativa.

O exame orienta-se pelos princípios cardeais do Direito Administrativo, encarado autonomamente sob seu aspecto processual.

2. Ressalte-se que as propriedades do sistema jurídico devem ser vistas como qualitativamente diversas daquelas de suas unidades componentes. Quem realiza atividade de hermenêutica jurídica analisa o todo da ordem normativa, que tem incidência *integral* e *coerente*. Integral porque o ordenamento é uno, incindível. Coerente porque pretensa antinomia normativa não é ínsita ao ordenamento, mas resultado de eventual atividade de interpretação (a ser transposta pelo hermeneuta).¹¹³

¹¹³ Tércio Sampaio FERRAZ destaca a função racionalizadora da hermenêutica: "a finalidade da teoria dogmática (da interpretação)

Assim, não se pode defender aplicação de norma e (ou) princípio "autônomos", desvinculados entre si. Nem mesmo o Texto Maior poderia ser interpretado dessa forma. Não será demais afirmar que a Constituição é norma única, cujo texto é dividido conforme conveniência do legislador constituinte.

3. A relevância dos princípios constitucionais reside em sua dimensão de normas instituidoras do sistema jurídico. Toda a compreensão do ordenamento infraconstitucional, ora em especial a Lei 9784, depende do exame acurado dos princípios da Constituição (explícitos e implícitos).

Através desse caminho conhecer-se-á a essência - formal e substancial - do ordenamento. Daí a lição de Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, ao destacar que "os princípios gerais de direito estão *subjacentes* ao sistema jurídico-positivo, não porém, como dado externo, mas como uma inerência da construção em que se corporifica o ordenamento, porquanto seus diversos institutos jurídicos, quando menos considerados em sua complexidade íntegra, traem, nas respectivas composturas, ora mais ora menos visivelmente, a absorção dos valores que se expressam nos sobreditos princípios."¹¹⁴

consiste em ser uma caixa de ressonância das esperanças prevalecentes e das preocupações dominantes dos que crêem no governo do direito acima do arbítrio dos homens." (*Introdução ao Estudo do Direito*, Atlas, 1988, p. 259). Ampliar no capítulo referente ao princípio da eficiência, em que se analisa a máxima do 'legislador racional'.

¹¹⁴ O Princípio do Enriquecimento sem Causa em Direito Administrativo, RDA 210/28, 1997.

4. O presente capítulo pretenderá demonstrar a pertinência recíproca entre determinados princípios constitucionais, formando conjunto caracterizável como o regime jurídico do processo administrativo. Estudo esse simultâneo ao de normas da Lei 9784, que consubstanciem concretização dos cânones constitucionais examinados.¹¹⁵

A análise do conjunto de normas a seguir arrolado dar-se-á sob vários ângulos, iniciando pelas abordagens da teoria geral do Direito Administrativo para chegar a aspecto especialmente relevante ao processo administrativo, tendo em vista a Lei 9784.

II. PRINCÍPIOS GERAIS DE DIREITO ADMINISTRATIVO E SUA PERTINÊNCIA COM O PROCESSO ADMINISTRATIVO NUM ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

5. O estudo ora desenvolvido tem por objeto a atividade processual do Estado-Administração. Não visa a tratar de "direito material administrativo", mas unicamente princípios gerais e especiais que evidenciam a natureza jurídica do processo administrativo - sua constituição, desenvolvimento e eficácia.

Neste primeiro exame procuraremos demonstrar que o processo administrativo é regido por normas essenciais a toda

¹¹⁵ Não se trata de pesquisa exauriente e (ou) visando a impor limites à incidência de normas ao processo administrativo.

atividade administrativa do Estado. Daí a necessidade de serem abordados os princípios da *legalidade; isonomia; moralidade; publicidade; responsabilidade e eficiência* na conduta da Administração Pública.

No capítulo seguinte, serão enfrentados os princípios processuais *stricto sensu* (devido processo legal, ampla defesa e contraditório).

6. Não pretendemos reduzir a essência do Direito Processual Administrativo a tais cânones, o que nem sequer se poderia cogitar, pois há outras normas (genéricas e específicas), a incidir com igual intensidade nessa rama do Direito Público.¹¹⁶ Tampouco temos a intenção de criar eventual "hierarquia". Não se trata disso. O trabalho meramente investiga princípios absolutos à configuração do processo administrativo estatal.

1) Direito Administrativo e o princípio do Estado Democrático de Direito

7. É indispensável destacar previamente o princípio do *Estado Democrático de Direito*. Tal norma regente, prevista no artigo 1º da Constituição Federal, é fundamental à

¹¹⁶ Assim, o *caput* do art. 37 arrola o princípio da impessoalidade (além dos acima citados) e a Lei 9784 enumera os seguintes princípios, 'dentre outros': "legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência." (art. 2º). Conforme ver-se-á abaixo, muitos desses cânones serão a seguir apreciados, como formadores dos princípios enumerados no texto.

compreensão e especificação de todos os demais princípios do ordenamento jurídico brasileiro.¹¹⁷⁻¹¹⁸

7.1. Na definição de MONTESQUIEU, "Quando, na república, o povo em conjunto possui o poder soberano, trata-se de uma *Democracia*."¹¹⁹ Caracteriza a população como naturalmente dotada e detentora do Poder estatal. Trata-se da forma ideal para o exercício do poder público, pois o "espírito democrático" [...] "assenta sobre a crença de que não ha razoavelmente outra forma de governo possível senão o governo democrático, nem praticamente outra forma desejavel. Poder-se-á exprimir completamente pela ideia de que só o povo pode fazer a lei e de que a lei é necessariamente boa por ser juntamente feita pôr êle e para êle."¹²⁰

Para Hans KELSEN, a democracia tem como postulado a idéia de liberdade, "concebida como autodeterminação política

¹¹⁷ É absolutamente impossível realizar análise completa a respeito do conceito de Estado de Direito e de Democracia; quer em termos universais, quer em relação específica ao Brasil. Matéria por demais ampla, mesmo frente à Ciência Jurídica, como em Política, História e Filosofia. Como não poderia deixar de ser, a presente exposição dá-se como mera preliminar sintética. Pedimos licença para, dentre tantos outros, nos reportarmos aos trabalhos de Geraldo ATALIBA (*República e Constituição*, Malheiros, 1998); Alf ROSS, (*Por que Democracia?*, Centro de Estudios Constitucionales, 1989); Ross HARRISON (*Democracy*, Routledge, 1995) e Friedrich A. HAYEK (*The Constitution of Liberty*, The University of Chicago Press, 1960). Monografias que exploram diversos aspectos do inesgotável tema.

¹¹⁸ Não se pretende, por óbvio, apresentar "face processual" do princípio do Estado Democrático de Direito. A exposição dessa máxima soberana busca definir a premissa de toda e qualquer interpretação do ordenamento jurídico brasileiro.

¹¹⁹ *O Espírito das Leis*, Martins Fontes, 1996.

¹²⁰ Georges RIPERT, *O Regimen Democrático e o Direito Civil Moderno*, Saraiva, 1937, pp. 8/9.

do cidadão, como participação do próprio cidadão na formação da vontade diretiva do Estado.”¹²¹

“Democracia significa identidade entre governantes e governados, entre sujeito e objeto do poder, governo do povo sobre o povo.”¹²²

Tais conceitos não são genéricos e abstratos, meros adornos metafóricos ao exercício do poder público. Ou bem existem de fato, ou não existirá real democracia.

7.2. Porém, é inviável (física e juridicamente) o exercício exclusivo e imediato do Poder por seu detentor, o povo.¹²³ São necessárias regras cogentes, que disciplinem a escolha dos mandatários do Poder público e o exercício das prerrogativas daí emanadas. Para Norberto BOBBIO, “o único modo para se chegar a um acordo quando se fala de democracia, entendida como contraposta a todas as formas de governo autocrático, é o de considerá-la caracterizada por um conjunto de regras (primárias ou fundamentais) que estabelecem *quem* está autorizado a tomar as decisões coletivas e com quais *procedimentos*.”¹²⁴

8. Essa característica definidora de um Estado Democrático foi tornada ainda mais explícita na Constituição

¹²¹ A *Democracia*, Martins Fontes, 1993, p. 28.

¹²² Kelsen, ob. cit., p. 35.

¹²³ Sem dúvida, há exceções a essa impossibilidade. Por exemplo, a Constituição Federal prevê iniciativa legal aos cidadãos (art. 61, § 2º); ação popular (art. 5º, inc. LXXIII); referendo e plebiscito (art. 49, inc. XV).

¹²⁴ O *Futuro da Democracia*, Paz e Terra, 1987, p.18.

de 1988, que inovou com a expressão "Estado Democrático de Direito".

O Estado brasileiro não é apenas especificado pela regência através de normas jurídicas elaboradas e executadas pelos representantes do povo, mas, fundamentalmente, pela necessidade de que tais mandamentos obedeçam ao conceito de democracia e sejam passíveis de controle. Todo o sistema jurídico pátrio - e sua hermenêutica - são instrumentos de satisfação da vontade popular. Este deve ser o norte de toda atividade dos entes públicos.

O prestígio à idéia de Estado Democrático de Direito não emana de singela preocupação concernente à forma, nem tampouco de cuidado com a aparência no exercício do Poder estatal. A existência de Estado com tais característicos não deriva unicamente de expressões terminológicas, mas é indispensável obediência ao espírito do Texto Maior. O conceito de democracia lavrado por C. A. BANDEIRA DE MELLO revela tais ângulos, formal e substancial, essenciais à plena compreensão da locução:

"Para além das controvérsias suscitáveis pelo conceito de democracia, dada a fluidez da noção, seria aceitável convir em que esta expressão designa um sistema político assentado nos postulados da liberdade e da igualdade de todos os homens e volvido a assegurar que o governo das Sociedades seja o fruto de deliberações (*respeitosas*

destes valores) tomadas, direta ou indiretamente, pelo conjunto de seus membros, havidos como os titulares últimos da soberania. Sob tal pressuposto, haver-se-á de considerar que Estado Democrático é o que se estrutura em instituições armadas de maneira a colimar tais resultados."¹²⁵

O cumprimento de tais modelos e eficaz atingimento de resultados gera a distinção entre "Estados *formalmente* democráticos e Estados *substancialmente* democráticos, além de Estados *em transição para a democracia*".¹²⁶

9. Além do mais, num Estado Democrático de Direito não vige o cumprimento cego a toda e qualquer lei, tal como se bastasse a edição de um diploma formalmente "apelidado de lei", para seu cumprimento absoluto.

É indispensável o respeito à essência da Constituição. Assim, o princípio da legalidade dirige-se à preservação de um estado de coisas caro à vida em sociedade, com um mínimo de submissão. Consubstancia segurança e certeza para os indivíduos, ao estabelecer a noção estável de que será exigido unicamente aquilo previamente estabelecido em norma legal, produzida de acordo com a Constituição.

¹²⁵ *Estado y Democracia - La Integración Supranacional*, in: *El Derecho Público de Finales de Siglo*, Civitas, 1997, p. 59.

¹²⁶ C. A. BANDEIRA DE MELLO, *Estado y Democracia ...*, ob. e loc. cit.. A respeito dos conceitos de Democracia formal e substancial, ampliar em Norberto BOBBIO, verbete *Democracia*, in: *Dicionário de Política*, Linha Gráfica/UnB, 1991, vol. 1, pp. 328/329.

2) Princípio do Estado Democrático de Direito e o processo administrativo

10. A questão ora enfrentada acentua-se no âmbito do processo administrativo, seus requisitos e consequências.

10.1. Conforme já assinalado, o termo jurídico processo significa modo de exercício do Poder estatal. Não se trata de mera condução aleatória de rito, dirigido à tomada de decisões. Mais ainda, sempre o processo administrativo envolve enfrentamento e resolução do interesse público.

Essa ampla significação do processo administrativo faz avultar a importância do enfoque de um regime democrático, tal como assinalado por C. A. BANDEIRA DE MELLO: "Na esfera administrativa, ganha relevo crescente o procedimento administrativo, obrigando-se a Administração a formalizar cuidadosamente todo o itinerário que conduz ao processo decisório. Passou-se a falar na 'jurisdicionalização' do procedimento administrativo (ou processo, como mais adequadamente o denominam outros), com a ampliação crescente da participação do administrado no *iter* preparatório das decisões que possam afetá-lo. Em suma: a contrapartida do progressivo condicionamento da liberdade individual é o progressivo condicionamento do *modus procedendi* da Administração."¹²⁷

¹²⁷ *Estado y Democracia ... cit.*, p. 64.

10.2. Por outro lado, destaque-se o estreito vínculo entre os conceitos de função e democracia. Como assinalou Fábio Konder COMPARATO, "Juridicamente, a democracia é um governo de *funções*, não de *dominações*", o qual "traduz-se num poder atribuído a alguém em benefício de outrem."¹²⁸

O agente que não cumprir os mandamentos de sua função administrativa estar-se-á comportando em oposição ao princípio fundamental do Estado Democrático de Direito.

10.3. Ademais, a Lei 9784 contém previsão que pode ser interpretada como estreitamente vinculada ao princípio constitucional do Estado Democrático de Direito. Trata-se do "critério de atuação conforme a lei e o Direito", consignado no art. 2º, par. ún., inc. I.

Aos nossos olhos, o legislador verdadeiramente ampliou os limites ortodoxos do princípio da legalidade, mediante a imposição de conduta não puramente formal de "aplicação da lei", mas substancial de "aplicação do Direito".¹²⁹

11. Estes parâmetros são essenciais à compreensão dos princípios de direito administrativo positivo, o que pretendemos demonstrar ao longo do exame que será procedido a seguir.

¹²⁸ Um Quadro Institucional para o Desenvolvimento Democrático, in: Brasil, Sociedade Democrática, José Olympio, 1985, p. 398.

¹²⁹ Este tema será analisado com profundidade nos tópicos (princípio da legalidade) e (devido processo legal), abaixo.

II.1. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE (PROPORCIONALIDADE, RAZOABILIDADE)

12. O princípio da legalidade significa que a Administração está circunscrita a cumprir, com exatidão e excelência, os preceitos normativos de direito positivo.

O conceito de lei é adstrito a manifestação popular indireta, oriunda de representantes do povo (Poder Legislativo).¹³⁰ Na dicção de ATALIBA, é a "suprema manifestação da vontade do Estado e soleníssima e eminente norma jurídica".¹³¹

O interesse público, diretriz-mor da Administração, é revelado justamente pela legislação em vigor (explícita ou implicitamente). Trata-se do "governo das leis", forma de disciplinar o exercício do Poder titularizado pelos órgãos administrativos.

13. O objetivo do enaltecimento ao princípio da legalidade é definir os limites da atuação administrativa. Para KELSEN, "O princípio da legalidade que, por definição, domina qualquer ato executivo, exclui qualquer influência política sobre a execução das leis".¹³²

¹³⁰ A exceção está nas Medidas Provisórias, desde que legitimamente exercido o preceito do art. 62 da Constituição Federal.

¹³¹ Geraldo ATALIBA, *O Decreto-lei na Constituição de 1967*, Revista dos Tribunais, 1967, p. 24.

¹³² *Democracia*, cit., p. 84. Por definição, há "influência política" na elaboração das leis. Mas, uma vez posta a norma jurídica, tal "influência" é absolutamente descartada.

Porém, tal não significa que o administrador esteja circunscrito à aplicação "automática" da letra da lei, simplista e desvinculada dos demais princípios do sistema. O princípio visa justamente a afastar "influências políticas", exteriores ao sistema normativo.

Assim, é através da legalidade que se dá exercício concreto do Estado Democrático de Direito. Mediante aplicação formal e substancial da lei, a Administração cumpre a vontade popular e confere vitalidade aos demais preceitos constitucionais. Segundo Afonso Rodrigues QUEIRÓ, essa ligação estreita faz com que o princípio comporte "dois sentidos fundamentais, aliás conexos." Em primeiro lugar, exprime "o mesmo que o 'primado do direito', o 'Estado de Direito' (material), ou seja um tipo de Estado que não se limita a proceder ou agir de acordo com as normas jurídicas positivas, qualquer que seja o seu conteúdo (Estado de Direito formal), mas, mais do que isso, está sujeito à *rule of law*, i. é: à supremacia de normas com um conteúdo inspirado por certos padrões de justiça, com os quais o Poder Público não pode ignorar ou sacrificar o núcleo dos chamados direitos fundamentais das pessoas".¹³³ A visão da legalidade no Direito Administrativo está contida nesse conceito e

¹³³ Verbetes *Legalidade - Direito*, in: VERBO *Enciclopédia Luso-Brasileira de Cultura*, 11º vol., 1983, p. 1637. Assinale-se que QUEIRÓ inicia a explanação desse primeiro significado com a locução "não é raro, lá fora" - denotando que não se trata de concepção luso-brasileira em

espelha que a Administração, "na sua actividade, está subordinada à lei, quer essa actividade redunde em encargos ou em restrições aos direitos fundamentais dos administrados quer se traduza ou exprima na prestação de serviços aos cidadãos."¹³⁴

14. O processo administrativo há de ser desenvolvido dentro desses parâmetros. A legalidade - formal e substancial - é sua regra-matriz, quer no que diga respeito ao rito procedimental ou quanto às decisões ou ao exercício do Poder *lato sensu*.

1) Princípio da legalidade e a Lei 9784/99

15. Depois da edição da Lei 9784, o princípio da legalidade assumiu novo tónus frente ao processo administrativo. O diploma define amplamente os princípios gerais do processo, deveres e direitos das partes, rito, sanções etc..

15.1. Talvez o preceito mais importante da Lei 9784 venha estampado logo em seu art. 1º, ao definir que o escopo legal

sentido estrito. Porém, não há dúvida de que a estreita conexão com o conceito tradicional permite sua citação.

¹³⁴ QUEIRÓ, ob. cit., p. 1639. O mestre da Universidade de Coimbra vai avante e destaca que nem mesmo o exercício do "poder discricionário" estaria isento de observar o princípio da legalidade, pois "já não se identifica agora com um poder discricionário originário ou 'próprio' da administração, resíduo da antiga *plenitudo potestatis* do monarca absoluto, e passou a traduzir-se em singulares autorizações do legislador à administração para editar normas (regulamentos) ou praticar actos concretos e individuais (actos administrativos). Tal poder discricionário é sempre um poder limitado pela lei [...] na medida em que o órgão competente não pode determinar-se por outro fim que não seja o de assegurar da melhor maneira possível a efectivação do interesse público

dirige-se "à proteção dos direitos dos administrados e ao melhor cumprimento dos fins da Administração."

Trata-se de combinação essencial a todo e qualquer ato administrativo. A compreensão da atividade administrativa do Estado há de ser híbrida, porque seu excelente cumprimento é justamente o prestígio aos direitos dos particulares.

15.2. Em específico, a Lei prevê o atendimento ao princípio da legalidade como dever da Administração Pública no processo administrativo (art. 2º, *caput*), exigindo a "atuação conforme a lei e o Direito" (art. 2º, par. ún., inc. I).¹³⁵⁻¹³⁶

Conforme já destacado, a locução "conforme a lei e o Direito" é de extrema importância. Determina que o agente cumpra a norma legal, com observância do todo do ordenamento jurídico. Ao distinguir os dois termos, o artigo disciplina que, para o processo administrativo, a lei não é a única fonte, nem tampouco pode ser interpretada de forma restritiva. Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA é claro ao afirmar que "hoje nossa Constituição admite que, precisamente no que toca

específico para a realização do qual o poder discricionário justamente lhe foi conferido." (p. 1640).

¹³⁵ A expressão é encontrada nas Constituições alemã (art. 20, n.º 3: "O legislador está submetido à ordem constitucional, o poder executivo e a jurisdição à lei e ao Direito") e espanhola (art. 103, n.º 1: "*La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho.*").

¹³⁶ Ainda que não expressamente vinculado ao tema e de forma rápida, frisamos nosso entendimento de que a expressão legal não se prestaria à

à Administração, nem todo o Direito encerra-se nas Leis (art. 103.1.)”¹³⁷

Vale a cita de decisão do Tribunal Constitucional Federal alemão: “Com isso recusa-se, segundo a opinião geral, um positivismo legal estrito. A fórmula mantém a convicção de que lei e Direito em geral se identificam, por certo, facticamente, mas não sempre e necessariamente. O Direito não se identifica com a totalidade das leis escritas. Face às estatuições positivas do poder estadual, pode em certas circunstâncias existir um mais de direito, que tem as suas fontes na ordem jurídica conforme a Constituição, como um todo de sentido e que pode operar como correctivo da lei escrita; achá-lo e realizá-lo em resoluções é tarefa da jurisprudência.”¹³⁸

Assim e dentre outras conseqüências, podemos identificar a plena incidência da analogia (a fim de colmatar as lacunas legais), costume, e, especialmente, a avaliação crítica do agente público quando exigido a aplicar normas inconstitucionais.¹³⁹

aplicação do chamado “Direito Alternativo” - que abstrai das normas jurídicas na busca de uma “solução justa”.

¹³⁷ *Curso de Derecho Administrativo*, Civitas, 1997, p. 61. (o texto refere-se a Capítulo escrito exclusivamente por GARCÍA DE ENTERRÍA.)

¹³⁸ *Apud* Karl LARENZ, *Metodologia da Ciência do Direito*, Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. 446.

¹³⁹ Temas por demais amplos para receber estudo específico neste trabalho.

2) Princípios da proporcionalidade e razoabilidade

16. Para plena compreensão do princípio da legalidade, devem ser examinados os da razoabilidade e proporcionalidade. Ambos têm forte incidência frente a atos discricionários, onde os desvios da "desproporcionalidade" e "desarrazoabilidade" têm maior possibilidade de existência.¹⁴⁰

Importante destacar que a Lei 9784 confere autonomia aos princípios, trazendo-os no *caput* do art. 2º. Em seguida e de forma sintética, examiná-los-emos individualmente.¹⁴¹

17. O exame do princípio da proporcionalidade pode ser desenvolvido sob vários ângulos. Adotamos classificação de J. J. Gomes CANOTILHO, que o desdobra nas exigências de a) conformidade de meios, b) necessidade e c) proporcionalidade em sentido restrito.¹⁴²

¹⁴⁰ Nos atos vinculados, há operação lógica de aplicação imediata da lei aos fatos. O campo de valoração e análise "pessoal" do agente administrativo é quase inexistente (reduz-se à constatação concreta da situação fática que determina a aplicação da norma jurídica) - "a Administração não dispõe de liberdade alguma, posto que a lei já regulou antecipadamente em todos os aspectos o comportamento a ser adotado" (Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, *Curso ... cit.*, p. 306). Não se pretende sustentar possibilidade de conduta administrativa vinculada "desproporcional" ou "desarrazoada". Tais hipóteses serão tão grotescas, que facilmente identificadas e suprimidas.

¹⁴¹ Há autores que consideram os princípios da proporcionalidade e razoabilidade faces de uma mesma realidade. Nesse sentido, Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO (*Curso ... cit.*, p. 68); Suzana de Toledo BARROS (*O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais*, Brasília Jurídica, 1996, pp. pp. 54/70) e Raquel Denize STUMM (*Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional Brasileiro*, Livraria do Advogado, 1995, pp. 79/80).

¹⁴² *Direito Constitucional*, Almedina, 1991, p. 386 e ss. No mesmo sentido, Suzana BARROS, *ob. cit.*, pp. 72/84. Especial é o exame procedido por Paulo BONAVIDES, que encampa classificação semelhante à de CANOTILHO (*Curso de Direito Constitucional*, Malheiros, 1999, pp. 356/397).

A *conformidade* visa a "salientar que a medida adoptada para a realização do interesse público deve ser *apropriada* para a prossecução do fim ou fins a ele subjacentes."¹⁴³ Exige-se congruência entre a finalidade buscada pela norma e os meios assumidos pelo agente.

Já a *necessidade* "coloca tónica na ideia de que o cidadão *tem direito à menor desvantagem possível*."¹⁴⁴ Ainda que a medida adotada seja conveniente ao fim legal, há de se perquirir se não há outra alternativa adequada e menos desvantajosa.

Em *sentido estrito*, significa mais do que a relação entre os meios empregados e fins visados, mas engloba a situação fática à qual se aplica a decisão administrativa. "Admitindo que um meio seja ajustado e necessário para alcançar determinado fim, mesmo neste caso deve perguntar-se se o resultado obtido com a intervenção é *proporcional* à 'carga coactiva' da mesma."¹⁴⁵

18. Assim, o princípio da proporcionalidade determina que a aplicação da lei seja congruente com os exatos fins por ela visados, em face da situação concreta.

18.1. É descabido imaginar que a Constituição autorizaria condutas que submetessem o administrado para além do necessário, ou inapropriadas à perseguição do interesse

¹⁴³ CANOTILHO, ob. cit., pp. 386/387.

¹⁴⁴ CANOTILHO, ob. cit., p. 387.

público primário, ou, ainda, detentoras de carga coativa desmedida.

18.2. Ademais, a proporcionalidade incide em duas direções. Não apenas o excesso, como também o menoscabo, importam-lhe violação, tal como defende Juarez FREITAS: "o Estado não deve agir com demasia, tampouco de modo insuficiente na consecução dos seus objetivos. Exageros para mais ou para menos configuram irretorquíveis violações ao princípio."¹⁴⁶

19. A razoabilidade tem lastro em análise axiológica, para descobrir se a relação entre finalidade normativa e conduta administrativa é racionalmente clara.¹⁴⁷ Determina a exclusão de condutas imprudentes, bizarras e contrárias ao bom senso.

Ainda que escrevendo a respeito da *common law*, para René DAVID o princípio da regra da razão significa "procurar a solução que está mais em harmonia com as regras de direito existentes e que, por isso, parece a mais satisfatória, em atenção à preocupação primária de segurança, temperada pela justiça, que é a base do direito. Procurar solução de razão não é de forma alguma tarefa arbitrária. O trabalho implica

¹⁴⁵ CANOTILHO, ob. cit., pp. 387/388.

¹⁴⁶ O Controle dos Atos Administrativos, Malheiros, 1997, p. 56.

¹⁴⁷ Para Suzana BARROS, "razoabilidade enseja desde logo uma idéia de adequação, idoneidade, aceitabilidade, logicidade, equidade, traduz tudo aquilo que não é absurdo, tão-somente o que é admissível. Razoabilidade tem, ainda, outros significados, como, por exemplo, bom senso, prudência, moderação." (ob. cit., p. 68).

que se procurem, para fazer aplicação deles, os princípios gerais que se destacam das regras existentes.”¹⁴⁸

Mais do que referencial hermenêutico, a razoabilidade faz parte do complexo jurídico. Daí os inúmeros desdobramentos que o princípio comporta, como bem destacou Weida ZANCANER:

“Em suma: um ato não é razoável quando não existiram os fatos em que se embasou; quando os fatos, embora existentes, não guardam relação lógica com a medida tomada; quando, mesmo existente alguma relação lógica, não há adequada proporção entre uns e outros; quando se assentou em argumentos ou em premissas, explícitas ou implícitas, que não autorizam, do ponto de vista lógico, a conclusão deles extraída.”¹⁴⁹

3) O processo administrativo, a Lei 9784/99 e os princípios da legalidade, proporcionalidade e razoabilidade

20. Legalidade, proporcionalidade e razoabilidade são princípios ínsitos ao processo administrativo. Nem sequer se imaginaria cabível à Administração comportar-se de molde a conduzir o processo de forma ilegal, desproporcional e (ou) desarrazoada.

¹⁴⁸ Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo, Martins Fontes, 1996, p. 350.

¹⁴⁹ Razoabilidade e Moralidade: Princípios Concretizadores do Perfil Constitucional do Estado Social e Democrático de Direito, in: Estudos em Homenagem a Geraldo Ataliba, vol. 2, Malheiros, 1997, p. 623.

O processo administrativo é regido por tais princípios em questões endoprocessuais e no que diz respeito aos efeitos dos atos processuais em face do direito das partes envolvidas.

Assim, deverá atender à norma que outorga competência ao agente que o instala, conduz, instrui e profere decisão (Lei 9784, arts. 2º, par. ún., inc. II, 11 e ss.). Devem ser obedecidos os prazos definidos em lei para as manifestações da autoridade responsável e, por outro lado, devem ser razoáveis e proporcionais ao caso concreto aqueles fixados para a prática de atos imputados aos particulares (arts. 22 e ss.).

A Lei 9784 igualmente estabelecer a imperiosidade de "adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público" (art. 2º, par. ún., inc. VI).

21. Porém, a legalidade processual não deve ser compreendida como exigência de prestígio ao rito em detrimento do conteúdo da questão controversa.

Nesse sentido, a Lei 9784 estabeleceu preceitos claros, que vedam o prestígio exacerbado à forma (v.g., arts. 2º, par. ún., incs. I, VIII e IX, 3º, inc. I, 6º). As praxes são necessárias para a garantia dos direitos dos administrados, não como condição para seu exercício.

A defesa da cidadania e democracia autoriza interpretações flexíveis, "conforme a lei e o Direito", sempre no que tange ao respeito aos direitos dos administrados. Não se deve perder de vista os princípios da instrumentalidade das formas e interpretação conforme a Constituição.

21.1. Assim como se dá no exercício da função administrativa em sentido amplo, a ritualística do processo presta-se ao objetivo de atingir a satisfação do interesse público, em coincidência com o privado pertinente ao caso concreto. Não existe por si e em si. Não implica derrogação das previsões normativas que prestigiam o direito dos administrados.¹⁵⁰

21.2. Já a interpretação conforme a Constituição exige que o hermeneuta direcione seu entendimento nos termos das previsões constitucionais.

Em especial no processo administrativo, também por derivação da Lei 9784, especialmente em seu art. 2º, par. ún., inc. I, sua condução há de curvar-se à Constituição como um todo.

22. Em suma, o processo administrativo consubstancia verdadeiro reforço à própria garantia da legalidade na Administração. A necessidade de a relação entre Estado e

particulares ser desenvolvida no tempo, mediante prática de seqüência formal de atos, todos passíveis de controle, permite que o ato final seja prolatado com intensa observância ao princípio da legalidade.

II.2. PRINCÍPIO DA ISONOMIA

23. "Princípio constitucional fundamental, imediatamente decorrente do republicano, é o da isonomia ou igualdade diante da lei, diante dos atos infralegais, diante de todas as manifestações do poder, quer traduzidas em normas, quer expressas em atos concretos."¹⁵¹

Tradicionalmente conhecido pela proibição ao *discrímen* gratuito ou imotivado,¹⁵² a isonomia foi amplamente explorada por Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, ao definir critérios que permitem seu pleno conhecimento.¹⁵³ Seu estudo parte do pressuposto de que "as discriminações são recebidas como *compatíveis com a cláusula igualitária apenas e tão-somente quando existe um vínculo de correlação lógica entre a peculiaridade diferencial acolhida, por residente no objeto,*

¹⁵⁰ Ampliar em Cândido Rangel DINAMARCO, *A Instrumentalidade do Processo*, Revista dos Tribunais, 1987. Abaixo analisaremos o princípio da instrumentalidade como integrante do princípio da eficiência processual.

¹⁵¹ ATALIBA, *República ... cit.*, p. 158.

¹⁵² Confira-se a lição de Carlos MAXIMILIANO: "O código supremo não impõe o nivelamento dos caracteres; não confere direitos absolutamente iguais ao mérito e ao demérito, à competência e à incapacidade. Proscree os privilégios apenas, as isenções pessoais, as regalias de classe." (*Comentários à Constituição Brasileira de 1946*, vol. III, Freitas Bastos, 1954, p. 36).

¹⁵³ *O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*, Revista dos Tribunais, 1978.

e a desigualdade de tratamento em função dela conferida, desde que tal correlação não seja incompatível com interesses prestigiados na Constituição.”¹⁵⁴

Para C. A. BANDEIRA DE MELLO, a apreciação do respeito ao princípio da isonomia exige: a) o elemento objetivo “fator de desigualação”; b) a correlação lógica entre tal elemento e a previsão normativa daí derivada, e c) a adequação dessa mútua relação ao ordenamento constitucional.¹⁵⁵ Cumpre investigar o que se desiguala (fato, pessoa, situação); por que se desiguala (motivo jurídico) e, ao final, a correlação entre fato e motivo, em face de seu fundamento constitucional.

Tal como frisou ATALIBA, tais critérios hão de observar previsões normativas, devido à “íntima e indissociável relação entre legalidade e isonomia. Esta se assegura por meio daquela. A lei é instrumento de isonomia. Na sua aplicação, por outro lado, os órgãos executivos e judiciais considerarão as exigências do princípio.”¹⁵⁶

Ou seja, também a finalidade normativa deve ser investigada, de molde a determinar se as pessoas são tratadas de forma igualitária no âmbito do escopo da atuação concreta do Poder Público. O grau de desigualdade é dependente do fim visado em lei.

¹⁵⁴ Ob. cit., p. 24.

¹⁵⁵ Idem, pp. 27/56.

24. No Direito Administrativo, a relação de administração parte de situação natural de desigualdade - a supremacia do interesse coletivo e meios postos à disposição para atingi-lo.¹⁵⁷ Esse fato acentua a necessidade de ênfase ao princípio da isonomia pela Administração Pública.

Mais do que isso, o princípio da igualdade frente ao Direito Administrativo assegura distribuição igualitária de oportunidades e tratamento, com o mesmo respeito, a todos os cidadãos. Não pretendemos apenas questionar os discrímens passíveis de adoção, mas defender uniformidade na conduta ativa por parte do agente público.

1) Processo administrativo e o princípio da isonomia

25. No processo administrativo, o princípio da isonomia assume concepção ainda mais especializada.

Trata-se do dever de concretizar tratamento isonômico aos envolvidos na relação processual e, tanto quanto possível, entre a própria Administração e pessoas privadas. A igualdade processual em sentido estrito é,

¹⁵⁶ República ... cit., p. 159.

¹⁵⁷ Apenas como adendo, cumpre destacar que parte da doutrina contemporânea realiza contraste ente o "interesse coletivo", titularizado pela Administração, e os "direitos fundamentais" do homem. Assim, o exame do interesse geral há de ser atenuado e (ou) direcionado pelo imprescindível respeito aos direitos fundamentais do ser humano, previstos expressamente no texto constitucional. Daí a conclusão de Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, ao defender "*cambio radical de situaciones en la relación básica del Derecho Administrativo*", pois "*los derechos fundamentales son resistentes absolutamente frente a la pretensión de superioridad posicional general que la Administración tiene el hábito de invocar.*" (*Los Ciudadanos y La Administración: Nuevas Tendencias en Derecho Espanhol*, in: *Hacia una Nueva Justicia Administrativa*, Civitas, 1989, pp. 46/47).

basicamente, formal. Porém, visa a assegurar, potencializar e tornar real, a igualdade substancial entre as partes.

26. A Lei 9784 não previu expressamente o princípio da igualdade dentre os arrolados no *caput* do art. 2º. Por óbvio, isso não implica descrédito a tal máxima constitucional.

Isso porque o princípio da isonomia processual é absolutamente pacífico na Teoria Geral do Processo.¹⁵⁸ Inexiste processo legítimo onde não haja certeza do tratamento igualitário entre envolvidos; expressado em direito equânime à exposição inicial e defesa, produção de provas, ciência recíproca dos atos processuais, recorribilidade das decisões etc..¹⁵⁹

26.1. Confira-se a doutrina de José Carlos BARBOSA MOREIRA, que desenvolveu estudo a respeito do princípio da igualdade entre as partes no direito processual,¹⁶⁰ desdobrando-o em três exigências.

A primeira delas é a igualdade de *riscos*, necessária à credibilidade do processo como instrumento de solução de conflitos de interesses. Todos os envolvidos podem nutrir esperanças de êxito, inclusive pela divisão da carga

¹⁵⁸ Por todos, CINTRA, GRINOVER E DINAMARCO, *Teoria Geral ... cit.*, pp. 53/55.

¹⁵⁹ Ampliar no tópico referente ao devido processo legal.

¹⁶⁰ *La Igualdad de las Partes en el Proceso Civil*, in: *Temas de Direito Processual* (4ª Série), Saraiva, 1989. Apesar de o estudo ter origem no Direito Processual Civil (e nesses termos deve ser entendido), há estreito vínculo com o processo administrativo. O próprio autor ressalta que o art. 125, I, do CPC, que determina ao juiz a obrigação de

probatória e direito equânime à produção de provas. Eventuais inversões do *onus probandi* e presunções probatórias exigem previsões legais expressas, sempre objetivando tratamento moderado e imparcial entre as pessoas envolvidas.¹⁶¹

Também a igualdade de *oportunidades* para influir na marcha e solução do processo compõe o princípio da isonomia processual. Trata-se de possibilidades de atuação e deveres de submissão idênticos entre as partes envolvidas, no curso do processo.¹⁶² Tal como leciona TORNAGHI, a igualdade processual exige "paridade de direitos, deveres, faculdades e encargos".¹⁶³

Por fim, há o subprincípio da igualdade de *tratamento* pelo órgão público, externado através de dose razoável de formalismo, que visa ao equilíbrio entre poder coletivo e direitos das pessoas privadas. A igualdade de tratamento pressupõe absoluta ausência de vínculo pessoal do órgão público - contemplando tanto o dever de abstenção quanto o direito à recusa/impugnação por parte das pessoas privadas.¹⁶⁴

26.2. Tais subprincípios são plenamente aplicáveis ao presente estudo, com as devidas ponderações pertinentes a cada espécie de processo administrativo - que não é

assegurar tratamento igualitário entre as partes, "*radica no princípio constitucional da igualdade perante a lei*" (p. 67).

¹⁶¹ Ob. e autor cit., pp. 68/70.

¹⁶² Ob. cit., pp. 70/71.

¹⁶³ *Apud* BARBOSA MOREIRA, ob. cit., p. 70, nota 7.

unicamente caracterizado pelo conflito de interesses em sentido estrito (lide/litígio); nem tampouco pela contraposição dialética de argumentos, visando à decisão final do órgão julgador.

Assim, também no processo administrativo inequívoca é a imperiosidade do respeito à igualdade de *riscos*, *oportunidades* e *tratamento* às pessoas envolvidas nessa relação jurídica. A intensidade desta ou daquela face da isonomia dependerá das características próprias de cada caso concreto.¹⁶⁵

Também nos processos "duais", que vinculam unicamente sujeito privado e Administração, tais princípios incidem em sentido amplo, para que todos os envolvidos recebam tratamento igualitário.

27. O princípio da igualdade no processo administrativo tem um desdobramento final, consistente na planificação das posições jurídicas entre particulares e Administração Pública. O cânone constitucional não se põe unicamente entre pessoas privadas no processo, mas entre estas e o ente administrativo.

Há autores que defendem, mesmo em processos jurisdicionais típicos, o absoluto "igual trato jurídico à

¹⁶⁴ Ob. cit., pp. 71/74.

¹⁶⁵ Tome-se o exemplo de um processo licitatório, que pode transcorrer sem litígios ou contraditório. Não há dúvida de que se asseguram as mesmas possibilidades de êxito, oportunidades e trato para todos os concorrentes.

Administração e aos que com ela litigam",¹⁶⁶ suprimindo eventuais vantagens que as pessoas jurídicas de direito público titularizem.

No processo administrativo, a situação é ainda mais delicada, vez que o próprio agente administrativo o instala (*ex officio* ou atendendo a pedido do particular), conduz e profere decisão.

Porém, defende-se que a Administração adote conduta e parâmetros isonômicos, entre si e as pessoas privadas, colocando-se e compreendendo-se num mesmo nível daqueles que com ela interagem.

O exercício da função administrativa exige que a defesa do interesse público não implique superioridade intransponível da pessoa administrativa. Ao contrário, há de reger-se pela ausência de privilégios desarrazoados e desproporcionais.

II.3. PRINCÍPIO DA MORALIDADE (BOA-FÉ E IMPARCIALIDADE)

28. O ponto de partida para o estudo do princípio da moralidade frente ao direito administrativo tem sido a diferença entre Direito e Moral,¹⁶⁷ tomando-se por base o

¹⁶⁶ Jesús GONZÁLEZ PÉREZ, *Manual de Derecho Procesal Administrativo*, Civitas, 1992, p. 154. Na doutrina brasileira, confira-se especialmente José Augusto DELGADO, *A Supremacia dos Princípios nas Garantias Processuais do Cidadão*, in: *As Garantias do Cidadão na Justiça*, Saraiva, 1993, pp. 63/78.

¹⁶⁷ Confira-se os estudos de Maria Sylvia Zanella DI PIETRO (*Discrecionalidade Administrativa na Constituição de 1988*, Atlas, 1991,

fundamento de que os conceitos de tais ciências não se confundem nem se integram em absoluto.

Esse estudo preliminar tornou-se ainda mais intenso depois da Constituição de 1988, cujo *caput* do art. 37 prevê explicitamente o princípio da moralidade como regra de observância obrigatória para a Administração Pública.¹⁶⁸

Contudo, parece-nos que a análise do confronto/integração entre Direito e Moral poderia funcionar antes como fator de restrição (ainda que abstrata) à incidência das regras morais ao campo jurídico-administrativo.¹⁶⁹ Resultado, por óbvio, não desejado.

"Não nos anima, por certo, a intenção de traçar limites nítidos ou rigorosos entre o campo jurídico e o moral, mesmo porque importa mais saber distingui-los em sua *funcionalidade* do que separá-los, enquadrando-os em categorias estanques, isoladas uma da outra e do sistema geral da conduta humana. Que a abstração não nos leve a

pp. 98/110); Cármem Lúcia Antunes ROCHA (*Princípios Constitucionais da Administração Pública*, Del Rey, 1994, pp. 175/180); Marçal JUSTEN FILHO (*O Princípio da Moralidade Pública e o Direito Tributário*, RTDP 11/45) e Maurício Antônio Ribeiro LOPES (*Ética e Administração Pública*, Revista dos Tribunais, 1993, pp. 13/25).

¹⁶⁸ Não que se pudesse sustentar validade a condutas imorais/amorais da Administração, antes da promulgação da Carta de 1988. A relevância do texto constitucional não diz respeito à *incidência* da moralidade no comportamento do agente público, mas à *positividade jurídica* de tal princípio e conseqüências daí advindas. Tampouco se poderia defender união entre Direito e Moral, decorrente da Constituição. Esse complicador é eminentemente teórico, não no âmbito do Direito Administrativo, mas na Filosofia do Direito, e envolve discussão dos limites entre Moral e Direito, com as derivações que daí advêm. Questões extremamente atraentes, mas não serão analisadas nesta monografia.

¹⁶⁹ Mesmo porque a discussão ora travada põe-se a respeito da incidência da Moral no Direito e não vice-versa.

ponto de esquecer a *unidade fundamental* da vida ética, pois o Direito se esclarece pela Moral, pelos costumes e pela atividade religiosa ou pela econômica, e vice-versa, assim como pelo *todo do convívio social*, no qual aqueles elementos se inserem, de maneira que nos devem interessar tanto as 'distinções' quanto as 'conexões' existentes.

"Neste, como em outros pontos fundamentais, o acerto está em saber distinguir, não em separar."¹⁷⁰

Daí porque o presente trabalho não visa a sustentar "diferenças" entre Direito e Moral. Nossa concepção do princípio da moralidade contempla notável e ilimitada incidência de regras morais à atividade da Administração Pública. Na medida em que a Constituição positivou ideal da própria Filosofia do Direito, qual seja, a coexistência da juridicidade e dignidade moral, não nos parece coerente pretender - ainda que indiretamente - restringir a incidência plena da moralidade à conduta dos agentes estatais. A interpretação do direito administrativo deve ser orientada por tal princípio, caracterizado constitucionalmente como uma das exigências à atividade pública.

Além disso, todo o conjunto de normas principiológicas que estabelecem direitos e garantias aos particulares deve ser interpretado de modo amplo, conferindo-

se-lhe a máxima eficácia possível. Prestigiamos a lição de Manoel de Oliveira FRANCO SOBRINHO, para quem "os princípios constitucionais **todos** devem ser apreciados num mesmo plano jurídico, sobretudo os princípios da legalidade e da moralidade."¹⁷¹

29. Tal entendimento é reforçado pela concepção de Estado Democrático de Direito, pois há laço incindível entre *democracia* e *moralidade*. A influência da coletividade no exercício da soberania estatal tem, em si mesma, os parâmetros morais populares. Para Santiago NINO, democracia "é o sistema de governo que mais diminui a probabilidade de desvios morais",¹⁷² configurando "*sucedâneo* do discurso moral; tratando-se de uma espécie de discurso moral *regimentado* que preserva em mais alto grau que qualquer outro sistema de decisões as linhas do discurso moral originário".¹⁷³

Assim, o prestígio à moralidade em sentido amplo é inerente a um Estado Democrático.¹⁷⁴ Ousaríamos ir adiante e afirmar que se trata de *pressuposto* de verdadeiro governo democrático substancial, que representa compromisso

¹⁷⁰ Miguel REALE, *Filosofia do Direito*, Saraiva, 1983, pp. 621/623.

¹⁷¹ *O Princípio Constitucional da Moralidade Administrativa*, Genesis, 1993, p. 16, nota 9.

¹⁷² *Ética y Derechos Humanos*, Abeledo-Perrot, 1989, p. 371. Porém, NINO está ciente e acentua que "a coincidência plena entre exigências morais e normas jurídicas é absolutamente utópica" (p. 370).

¹⁷³ Ob. cit., p. 388.

¹⁷⁴ Em sentido semelhante, Cármen L. Antunes ROCHA, que vê a construção dessas diferenças como resultante de "conveniência de modelos políticos e econômicos", pois "a colocação Direito versus Moral é apenas uma falsa equação, que não se sustenta sob o influxo do princípio democrático." (*Princípios Constitucionais ... cit.*, p. 180).

definitivo com a moralidade. Sem a concretização de tal premissa, sem efetividade no respeito à moral pública, existirá só e tão-somente eventual democracia formal.

30. Porém, defender a amplitude do princípio da moralidade não importa identificar regência estrita do ordenamento jurídico pelo regramento moral. O que se dá é incidência de parâmetros morais, avaliados segundo a lógica jurídica.

Assim, o princípio da moralidade presta-se justamente a dar coerência ao ordenamento. É um dos pontos de partida e segurança de todo o sistema, condicionando a interpretação das demais normas. A finalidade normativa é orientada pela moralidade pública, a qual esclarece seu conteúdo, sentido e alcance.

Em termos mais claros: inexistente qualquer alteração "externa" frente à estrutura jurídico-normativa. Interessa para o direito o conjunto de normas postas e vigentes. Jamais se defenderia "derrogação" (total/parcial) de normas jurídicas por regras morais e (ou) sua "desnaturação" devido a modelos morais.¹⁷⁵

Tampouco se pretende defender a possibilidade de o agente público desprezar normas positivas e adotar conduta de

¹⁷⁵ Reitere-se e se reforce: não se trata de averiguar e (ou) defender identidade entre Direito e Moral. São diferentes a natureza, forma, objeto e conteúdo. Permanece viva a perquirição a respeito de atos morais e atos jurídicos, seus parâmetros e consequências. Ampliar em REALE, *Filosofia* ... cit., especialmente pp. 699/713.

acordo com intrínsecos conceitos morais, configurando exceção habitual ao cumprimento de deveres legais.¹⁷⁶ A moralidade íntima não é fator excludente da ilegalidade. A tão-só existência de condutas moralmente prestigiáveis não implica legalidade indiscutível.¹⁷⁷

O que se dá é ampliação da possibilidade de controle da atividade administrativa também por regras morais, que são aplicadas através das normas jurídicas, quando da incidência destas.

Ultrapassado esse ponto, cabe investigar conteúdo e efeitos do princípio da moralidade, especialmente frente ao processo administrativo.

¹⁷⁶ A questão é de extrema complexidade, abrangendo a chamada *objeção de consciência*: discordância pessoal baseada em escrúpulos íntimos. Excepcionalmente, poder-se-á prestigiar soluções dessa ordem, desde que respaldadas em regras morais claras e inequívocas, que não causem dano ao interesse público e contraponham-se a exigências extraordinárias. Não será qualquer objeção moral pessoal apta a "facultar" o cumprimento de normas jurídicas. O exame preciso dar-se-á dentro de limites rígidos, segundo o conteúdo de cada caso concreto. P. ex., trabalho excepcional, extraordinário e imprevisto para agentes públicos, em dias proibidos por determinadas religiões (sábados, para os adventistas do sétimo dia). Em sentido contrário, Jesús GONZÁLEZ PÉREZ, para quem "Uma moral, uma determinada concepção moral, pode constituir causa legítima para a exceção de determinados deveres. Manifestação do que constitui um direito inalienável do homem a negar-se a atuar contra suas crenças, a realizar um ato que venha contra sua moral é a objeção de consciência, que pode opor-se ... frente a qualquer tipo de imposição que obrigue a atuar contra suas próprias convicções ..." (*Administración Pública y Moral*, Civitas, 1995, p. 37).

¹⁷⁷ No mesmo sentido, em caminho inverso, JUSTEN FILHO sustenta a impossibilidade da vigência de normas legais, porém imorais, pois também a atividade legiferante do Estado está submetida ao princípio da moralidade (*O Princípio da Moralidade* ... cit., pp. 46/49). Veja-se ainda seus *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, Dialética, 1998, p. 65. No mesmo sentido, LOPES, *Ética* ... cit., p. 82.

1) Princípio da moralidade - definição e efeitos

31. Inicialmente, adotamos o conceito de JUSTEN FILHO, para quem "O princípio da moralidade é, por assim dizer, um princípio jurídico 'em branco', o que significa que seu conteúdo não se exaure em comandos concretos e definidos, explícita ou implicitamente previstos no direito legislado."¹⁷⁸

Não há possibilidade de definição apriorística da moralidade. O termo é, por excelência, "fluido", "aberto" - não possui critérios estanques que dêem, automaticamente, resposta exata ao cumprimento do princípio. Por outro lado, a adoção de definições fechadas limitaria o naturalmente amplo conceito e implicaria, quando menos, prestígio à "moral conservadora".¹⁷⁹

Ocorre que da dificuldade de se definir o conteúdo de um princípio jurídico não pode derivar sua inaplicabilidade, pois, segundo a lição de Francesco MANGANARO, justamente daí deriva a necessidade de cercá-lo de

¹⁷⁸ *O Princípio da Moralidade ... cit.*, p. 50. Ampliar em Weida ZANCANER, *Razoabilidade e Moralidade na Constituição de 1988*, RTDP 2/205-210.

¹⁷⁹ A expressão é de H. L. A. HART, equivalendo "à proposição de que a preservação de mudança em qualquer regra existente da moral social, independentemente de seu conteúdo, é um valor e justifica sua coerção legal." Ao contrário da "preservação moral" - que admite variações mediante crítica racional e processo de aceitação/rejeição das regras pela sociedade, no transcurso do tempo. Trata-se da diferença entre *preservação da moralidade* e *conservadorismo moral* (*Direito, Liberdade, Moralidade*, Sergio A. Fabris, 1987, pp. 88/94). Assim, as regras morais não são eternamente fixas e de conteúdo imutável. Variam de acordo com a sucessão dos costumes sociais no tempo e espaço.

todos os possíveis significados, de molde a ampliar sua incidência.¹⁸⁰ Nesse ponto reside nosso empenho.

32. Sob o aspecto subjetivo, o princípio da moralidade pública atinge não só a Administração (direta e indireta), mas também as pessoas privadas, quando em relação com os entes públicos.¹⁸¹ Ainda que se possa sustentar validade a atos privados avessos à moral,¹⁸² a Administração jamais poderia prestigiar condutas de particulares contrárias a preceito constitucional.

A incidência do princípio diz respeito à atividade desenvolvida dentro e fora da Administração. Em suas relações *interna corporis* e naquelas externas, que envolvem ativa ou passivamente as pessoas privadas, o princípio da moralidade é um dos fundamentos de validade da conduta administrativa. Por exemplo: não será válida licitação quando exista "acordo" entre os concorrentes, que estipulem "prévia divisão" do objeto do certame.¹⁸³

33. A violação ao princípio da moralidade poderá ser dolosa ou culposa. Não tem pertinência imediata a intenção e consciência da ilicitude, mas basta contrariedade a princípio

¹⁸⁰ *Principio di Buona Fede e Attività delle Amministrazioni Pubbliche*, Edizioni Scientifiche Italiane, 1995, p. 27.

¹⁸¹ Entenda-se tais locuções da forma mais ampla possível, não só no que se refere a contratos e processos administrativos, mas também nas "parcerias", "terceirizações", exercício de serviços públicos delegados etc..

¹⁸² Reforce-se em REALE, *Filosofia ... cit.*, p. 630.

¹⁸³ Nesse sentido, JUSTEN FILHO: "Havendo conluio ou composição entre os licitantes, estarão frustrados os princípios da moralidade e probidade.

moral claro e inequívoco, para configurar descumprimento à Constituição. A obediência à moralidade não decorre de aspecto psicológico do atuar do agente público; não exige crença e convicção personalíssimas.¹⁸⁴

A moralidade proíbe condutas praticadas de forma imoral (conscientemente oposta à moral em vigor) e amoral (indiferente às valorizações da ética, caracterizada pela ausência de senso moral). Ainda que o agente esteja absolutamente convencido de que atendeu ao interesse público, sem qualquer benefício pessoal, pode haver violação ao princípio.

2) Princípio da moralidade, anulação, convalidação e a Lei 9784

34. Questão relevante são as conseqüências do descumprimento da moralidade pública. Não há dúvida de que quaisquer atos administrativos produzidos em dissonância com a ordem jurídica e de impossível convalidação devem ser declarados inválidos. Vez que o princípio ora em análise integra a ordem constitucional, cumpre verificar se todas as

Deverá invalidar-se o certame, punindo-se os responsáveis." (*Comentários ... cit.*, p. 65).

¹⁸⁴ Essa é a lição de DI PIETRO, para quem "Não é preciso penetrar na intenção do agente, porque do próprio objeto resulta a imoralidade. Isto ocorre quando o conteúdo de determinado ato contrariar o senso comum de honestidade, retidão, equilíbrio, justiça, respeito à dignidade do ser humano, à boa fé, ao trabalho, à ética das instituições." (*Discrecionalidade ... cit.*, p. 111).

violações autônomas à moralidade implicam nulidade da conduta administrativa.¹⁸⁵⁻¹⁸⁶

Ademais, é importante frisar as previsões expressas do Capítulo XIV da Lei 9784, que rege a anulação, revogação e convalidação dos atos administrativos.

35. A complexidade do tema emerge do dever de invalidar, em face daquele de convalidar. "Invalidação é a supressão, com efeito retroativo, de um ato administrativo ou da relação jurídica dele nascida, por haverem sido produzidos em desconformidade com a ordem jurídica."¹⁸⁷ Já a convalidação consubstancia prática de ato administrativo com efeitos retroativos, que invalida ato viciado pretérito, ao mesmo tempo que absorve e prestigia seus eventuais efeitos.

35.1. Nos termos do art. 53 da Lei 9784, a "Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade ...". E, "Em decisão na qual se evidencie não acarretarem lesão ao interesse público nem prejuízo a

¹⁸⁵ O termo "violação autônoma" quer significar notável e exclusivo descumprimento à moralidade, com a possibilidade teórica de, em casos limites, não existir dano efetivo relevante a quaisquer outros princípios jurídicos. Esclareça-se que nem sequer se cogita de "violação independente", em eventual abstração do sistema normativo. O ordenamento é uno e congruente. Contudo, há agressões que dizem respeito ao conteúdo específico de determinada norma - que, na análise do vício, precede as outras em relação ao tempo, lugar e categoria. Assim e v.g., violações à legalidade importam igual violência à moralidade. Não há "ilegalidade moral". Contudo, a análise primeira diz respeito à ilegalidade do ato. Pretende-se investigação em sentido inverso deste exemplo.

¹⁸⁶ Descarte-se desde logo eventual ato revogatório em consequência a violações do princípio da moralidade, que diz respeito à validade da relação administrativa; não emana de competência discricionária e não radica em "oportunidade" ou "conveniência" administrativas. Logo, não possui vínculo nenhum com a revogação dos atos administrativos.

¹⁸⁷ Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, *Curso ... cit.*, p. 331.

terceiros, os atos que apresentarem defeitos sanáveis poderão ser convalidados pela própria Administração." (art. 55).

Tal como poderia emanar de interpretação literal desse diploma, a anulação seria dever, enquanto que a convalidação configuraria *alternativa discricionária*. Contudo, não nos parece possível tal leitura simplista.

35.2. Segundo a teoria de Weida ZANCANER, não há discricionariedade no que tange à invalidação e convalidação. São deveres da Administração Pública, lastreados nos princípios da legalidade e segurança jurídica.¹⁸⁸

Serão convalidáveis atos portadores de vícios menores (restritos a aspectos sanáveis da competência, formalidade e "procedimento") e inconvalidáveis atos maculados por vícios no motivo, conteúdo, "procedimento" (quando a produção do ato faltante ou irregular desvirtuar a finalidade em razão da qual foi o procedimento instaurado), causa e finalidade.¹⁸⁹

36. Ou seja, trata-se de faces de um mesmo dever da Administração Pública - a obediência ao princípio da legalidade. Ao contrário da revogação, que se baseia puramente na discricionariedade administrativa. Aliás, a Lei 9784 é clara quando dispõe que a Administração pode revogar

¹⁸⁸ Da Convalidação e da Invalidação dos Atos Administrativos, Revista dos Tribunais, 1990, pp. 96/97.

¹⁸⁹ ZANCANER, ob. cit., pp. 65/75. Ampliar em Carlos Ari SUNDFELD, Ato Administrativo Inválido, Revista dos Tribunais, 1990, pp. 55/70.

seus atos "por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos" (art. 53).

Assim, nosso entendimento é o de que apenas a revogação dos atos tem lastro na discricionariedade administrativa. Convalidação e invalidação são deveres da Administração Pública.

3) Princípio da moralidade, sua violação e o dever de anulação

37. A solução exige contornos diversos em relação ao descumprimento do princípio da moralidade, especialmente quando a violação concretizar-se sem qualquer dano concreto ao interesse público.

Por exemplo, suponha-se hipótese de acordo em licitação pública, onde foi atingido preço superior ao mínimo do edital; propina recebida por servidor para a prática de determinado ato legal, já existente à época do recebimento; inércia administrativa no processamento de pleito privado, obedecendo puramente ao prazo legal, apesar da ausência de empecilhos práticos; utilização de marca da campanha eleitoral de candidato em publicidade administrativa legal; silêncio administrativo omissivo, transposto somente depois de insistência formal da pessoa privada; recebimento de presentes de altíssimo valor como consequência da vitória em licitação; atos de favorecimento de determinado concorrente praticados por presidente de comissão de licitação, visando

ao atingimento do maior preço; troca de favores extraordinários, recíprocos e vinculados, entre agentes públicos de diferentes órgãos; atos que concretizem atendimento a suposto interesse público secundário; provimentos que consubstanciem contradição com atos imediatamente pretéritos etc.. Imagine-se que nenhuma dessas irregularidades morais possuísse vedação expressa em lei e tampouco causasse lesão patrimonial à Administração e pessoas privadas. Seriam elas todas válidas e passíveis de prestígio legal, independentemente da localização do vício moral? Poder-se-ia negar responsabilização aos servidores, porque os atos são *única e estritamente* imorais?

37.1. Num primeiro momento, a resposta parece positiva. Quando a conduta administrativa for legal e, além disso, atender aos interesses público e privado em jogo, não causando qualquer espécie de dano concreto, tudo indica que nem sequer se cogitaria da invalidação do ato por exclusiva violação ao princípio da moralidade.

Assim, a incidência autônoma do princípio não implicaria cassação automática e impensada de puras violações à moralidade. Caracteristicamente *interno*, o princípio somente poderia ser avaliado por seus *efeitos externos*: em havendo prejuízo, poder-se-ia cogitar da invalidação e (ou) responsabilização dos agentes.

Este raciocínio poderia ser reforçado pela própria Lei 9784. Apesar de prever expressamente o princípio da moralidade (arts. 2º, *caput* e par. ún., inc. IV, e 3º, inc. I), estabelece que o dever de anular atos administrativos surge "quando eivados de vício de legalidade" (art. 53, *caput*).

Esta visão implica que validade e eficácia do ato administrativo persistiriam na hipótese de cumprimento do interesse público e ausência de dano concreto. Seria espécie de exceção aos fundamentos do ato de invalidação.

Contudo, temos sérias dúvidas quanto a tal solução.

37.2. A título de ilustração prévia, tome-se por base o dano moral, no Direito Privado.¹⁹⁰ Dano este cuja defesa é prevista no inc. V do art. 5º da Constituição, essencialmente não-patrimonial ou físico, mas com exclusiva referência a valores éticos detidos pelo agredido. Sua indenização pode abranger atos que, em si, não sejam contrários a preceitos jurídicos literais, mas cuja prática, ainda que em exercício formal de direito, cause *injusto dano* a terceiro.¹⁹¹

O ordenamento jurídico privado admite efeitos próprios, puramente derivados da violação a preceitos morais.

¹⁹⁰ Em Direito Público, é imprescindível a referência à doutrina de Caio TÁCITO, *Responsabilidade do Estado por Dano Moral*, onde sustenta que o Estado - seus três Poderes - responde objetivamente pelos danos morais por si causados (RDA 197/22-29).

¹⁹¹ A confirmar a possibilidade da indenização de dano moral referente a atos "legais", o Código Civil prevê expressamente indenização decorrente de ato lícito nos arts. 1.539 e 1.540 c/c 160.

Tanto pessoas físicas (a respeito das quais foi desenvolvida a teoria da lesão moral) quanto pessoas jurídicas são passíveis de receber proteção contra tais ofensas. Ora, sob esse ângulo específico (possibilidade de incidência e efeitos autônomos da moralidade social), o Direito Privado não há de ser exceção ao regime de Direito Público. Ao contrário.

37.3. Para o servidor público, a obediência à moralidade é *cogente*. O princípio reflete a moralidade que os agentes públicos devem praticar; inexistente escolha discricionária em sua aplicação.

Mais do que isso, a Administração titulariza todos os princípios morais em vigor na sociedade, cujo prestígio é parte integrante de qualquer noção que se possa lavrar do conceito de interesse público primário.

Não nos parece possível descartar a lesão à moralidade como motivo autônomo para a invalidação do ato administrativo. Exigir-se lesão efetiva, numérica, ao patrimônio público como requisito da incidência do princípio da moralidade equivaleria à sua verdadeira emasculação. Seria subprincípio da legalidade, mero *agravante* sem incidência autônoma. Em suma: tornar-se-ia singela *sugestão constitucional e legal*, de cumprimento opcional por parte dos agentes públicos.

Não nos parece que esse sentido e alcance seja extraível de norma constitucional que confere direito e

garantia às pessoas privadas. Muito menos do teor da Lei 9784.

37.4. Tal como acima descrito, a Lei 9784 prevê a submissão do processo administrativo "à lei e ao Direito". Essa abertura do texto normativo autoriza a compreensão de que as regras morais, prestigiadas justamente pela Carta Política, são "critérios de atuação" da Administração Pública.

37.5. A conclusão é reforçada pela inovação do texto constitucional, num dos fundamento da ação popular. O inc. LXXIII do art. 5º da Constituição de 1988 estabeleceu a moralidade administrativa como motivo próprio para ajuizamento da ação popular, sem necessidade de prova de lesão patrimonial ao Estado.¹⁹² Lembre-se a lição de COMPARATO, para quem, "Ao lado dos atos lesivos ao patrimônio público, ou a bens do povo, passaram agora também a constituir objeto da anulação visada pela ação popular os atos que lesem 'a moralidade administrativa' (art. 5º, LXXIII). Incluímos aí, portanto, como razão da censura popular direta dos atos dos governantes, a ética política."¹⁹³

¹⁹² Também os arts. 85, V e 37, § 4º, reiteram o princípio e consequências ao seu descumprimento. Veja-se em Cármen L. A. ROCHA a evolução normativa do princípio da moralidade no direito brasileiro (*Princípios ... cit.*, pp. 217/227).

¹⁹³ A Nova Cidadania, in: *Direito Público - Estudos e Pareceres*, Saraiva, 1996, p. 18. No mesmo sentido, Clóvis BEZNOS (*Ação Popular e Ação Civil Pública*, Revista dos Tribunais, 1989, p. 27), Lúcia Valle FIGUEIREDO (*Curso de Direito Administrativo*, Malheiros, 1998, p. 376) e Rodolfo de Camargo MANCUSO (*Ação Popular*, Revista dos Tribunais, 1994, pp. 70/77). Em

Daí a conclusão de que a moralidade pública configura princípio autônomo, com efeitos específicos e especiais, em relação aos demais preceitos da Constituição. Pode ser motivo exclusivo para a invalidação de ato e responsabilização de agentes públicos.¹⁹⁴

38. Conforme exposto, mesmo frente à legalidade (e seus vícios), há padrões hermenêuticos que se direcionam à convalidação de atos sem fundamento de validade absolutamente perfeito. O mesmo dá-se, com as devidas ponderações, com o princípio da moralidade e eventuais vícios dele decorrentes.

Aplica-se a teoria de Carlos A. SUNDFELD e Weida ZANCANER: é dever da Administração convalidar atos com formalidade irregular; vício de competência transponível e "procedimento" - desde que não causem lesão ao interesse público ou a terceiro (Lei 9784, art. 55). Caso o motivo; conteúdo; "procedimento" (que desvirtue sua própria finalidade); causa e finalidade sejam puramente agressivos à moralidade, devem ser invalidados.

sentido contrário, José Carlos BARBOSA MOREIRA (*Ações Coletivas na Constituição Federal de 1988*, RePro 61/192-193).

¹⁹⁴ Quando muito e em situações absolutamente excepcionais, se a hipótese de invalidação plena do ato implicar prejuízo patrimonial/funcional severo, intransponível e irreparável ao interesse coletivo, poder-se-ia cogitar de solução pragmática: convalidação ou saneamento do ato exclusivamente contrário ao princípio da moralidade, mantendo-se suas conseqüências fáticas já existentes (v.g., obra pública necessária e urgente, já iniciada e parcialmente desenvolvida; sistema de telecomunicação instalado e às vésperas de iniciar o funcionamento), com responsabilização da Administração, agentes públicos e pessoas privadas envolvidos na prática do ato imoral. Trata-se de cogitação contrária à regra geral, excepcionalmente aferível de acordo com as circunstâncias do

Vencido este exame inicial e genérico, cumpre analisar os aspectos e efeitos do princípio ora em exame no processo administrativo.

4) Princípio da moralidade, Lei 9784 e processo administrativo

39. O processo administrativo pode ser concebido como um dos instrumentos de controle da moralidade. Preventivo, porque a seqüência lógica e preordenada de atos impede condutas violadoras da ética; repressivo, como meio de apuração idônea de máculas no comportamento administrativo do Estado.

40. Interessa-nos a investigação da moralidade interna ao processo e sua relevância no desenvolvimento da relação jurídico-processual. Tarefa desenvolvida através do exame de regras morais específicas, previstas na Lei 9784 e unanimemente aceitas pela doutrina como próprias do direito administrativo e com nítido vínculo ao processo.

Não há dúvidas a respeito da amplitude dos preceitos morais¹⁹⁵ e sua variação no tempo e espaço.¹⁹⁶ Porém,

caso concreto, devido ao princípio da segurança jurídica e boa-fé de terceiros indiretamente envolvidos.

¹⁹⁵ Por exemplo: cortesia; direitos da personalidade (honra, recato, imagem, nome etc.); inviolabilidade da intimidade; justiça; tratamento digno; veracidade; boa-fé; imparcialidade; cooperação mútua para diminuição dos conflitos; bons costumes; probidade; decência; autoconsciência. São valores de convivência plenos e absolutos, que visam a preservar e promover os direitos humanos e ao favorecimento de virtudes. Assim e evidentemente, não se busca desprezo de princípios tão relevantes à moralidade pública. Trata-se, antes, de mero corte metodológico, devido ao objeto da presente dissertação.

o que se pretende é destacar deveres morais básicos, inequívocos a qualquer relação processual. São eles a imparcialidade e a boa-fé. Acreditamos que seu exame enriquece o conceito de função administrativa no processo e sua concretização significa prestígio à norma constitucional da moralidade.

5) Princípio da moralidade, boa-fé e processo administrativo

41. Tal como no direito privado, na relação de administração o princípio da boa-fé consubstancia dever de comportamento leal e honesto.¹⁹⁷ Não basta mero cumprimento impensado e automático da letra da lei. Muito menos seria possível a burla à moralidade, através de interpretação legal de má índole.

As peculiaridades de cada um dos vínculos jurídicos entre particulares e Administração devem ser levadas em consideração, de molde a não se frustrar expectativas legítimas.¹⁹⁸

¹⁹⁶ Os deveres morais que hoje vigem não são os mesmos de cinquenta anos atrás. Nem tampouco os preceitos morais de cidades ditas "modernas" são os mesmos de locais denominados "conservadores".

¹⁹⁷ A respeito do princípio da boa-fé e sua incidência no Direito Administrativo, reputamos que as mais significativas obras internacionais são as de Jesús GONZÁLEZ PÉREZ, *El Principio General de La Buena Fe en el Derecho Administrativo*, Civitas, 1989 e MANGANARO, *Principio di Buona Fede* ..., cit..

¹⁹⁸ Em texto de Direito Privado plenamente aplicável ao ora exposto, Clóvis do Couto e SILVA afirma que "a boa-fé enriquece o conteúdo da obrigação de modo que a prestação não deve apenas satisfazer os deveres expressos, mas também é necessário verificar a utilidade de que resulta para o credor da sua efetivação, quando por mais de um modo puder ser cumprida." (*O Princípio da Boa-Fé no Direito Brasileiro e Português*, in: *O Direito Privado Brasileiro na Visão de Clóvis do Couto e Silva*, Livraria do Advogado, 1998, pp. 54/55). Esse autor realiza ampla análise do

42. O princípio da boa-fé baseia-se na confiança no comportamento alheio, que possui dois componentes: ética e segurança jurídica.¹⁹⁹ As pessoas têm de receber tratamento honroso e equânime, baseado na justa e usual compreensão que cada caso concreto contempla.

A boa-fé impõe a supressão de surpresas, ardis ou armadilhas. Ao contrário, a conduta administrativa deve guiar-se pela estabilidade. Não se permite nenhuma possibilidade de engodo - seja ele direto e gratuito; seja indireto, visando à satisfação de interesse público secundário. Caso comprovada a má-fé, o ato será nulo por violação à moralidade administrativa.²⁰⁰

43. A relevância do princípio no processo administrativo é ressaltada por GONZÁLEZ PÉREZ, para quem "Iniciado um procedimento, seja a pedido de um administrado ou de ofício pela Administração, um e outro estão obrigados a uma conduta clara, inequívoca e veraz ao realizar cada um dos atos que integram o procedimento [...] Precisamente, uma das

princípio da boa-fé em *A Obrigação como Processo* (José Bushatsky, 1976, especialmente pp. 27/43).

¹⁹⁹ Karl LARENZ, *Derecho Justo*, Civitas, 1985, p. 95.

²⁰⁰ Há autores que vão avante e defendem a possibilidade de convalidação de atos que ferem a legalidade, mas praticados com extrema boa-fé. Por todos, veja-se Juarez FREITAS, *Repensando a Natureza da Relação Jurídico-Administrativa e os Limites Principiológicos à Anulação dos Atos Administrativos*, in: *Estudos de Direito Administrativo*, Malheiros, 1995, pp. 19/28.

manifestações típicas do princípio é a interdição à conduta confusa, equívoca ou maliciosa.”²⁰¹

44. Do princípio da boa-fé deriva, quando menos, o seguinte:

- a) interdição ao abuso de direito (excesso no exercício de prerrogativas legítimas);
- b) proibição ao *venire contra factum proprium* (conduta contraditória, dissonante do anteriormente assumido, ao qual havia adaptado-se a outra parte e que tinha gerado legítimas expectativas);
- c) proibição à inação inexplicável e desarrazoada vinculada a exercício de direito, que gera legítima confiança da outra parte envolvida (a conduta contraditória é uma omissão);
- d) vedação à defesa de nulidades puramente formais (supervalorização da forma dos atos, em detrimento de seu conteúdo perfeito);
- e) inaplicação do *tu quoque* (não se pode, simultaneamente, violar normas e exigir de terceiros o seu cumprimento, pois somente a fidelidade jurídica pode exigir fidelidade jurídica);²⁰²

²⁰¹ *El Principio ... cit.*, pp. 74/75.

²⁰² Tal hipótese é muito comum em licitações, quando um dos concorrentes é inabilitado/desclassificado por determinado motivo e, simultaneamente ao seu recurso, mediante critérios variados para julgar terceiros e julgar a si próprio, ou na esperança de conduzir todos ao naufrágio, impugna defeitos semelhantes nas propostas dos demais. Reporta-se ao brocardo inglês *equity must come with clean hands*.

- f) aplicação da máxima *dolo agit qui petit quod statim redditurus est* (negativa ao exercício inútil de direitos e deveres, sem respeito, consideração e efeitos práticos, de molde a não obter nenhum resultado proveitoso, mas causar dano considerável a terceiro);
- g) impossibilidade do *inciviliter agere* (condutas egocêntricas, brutais e cegas aos direitos de terceiros, violadoras da dignidade humana);
- h) dever do *favor acti* (dever de conservação dos atos administrativos, explorando-se ao máximo a convalidação);
- i) lealdade no fator tempo (proibição ao exercício prematuro de direito ou dever, ao retardamento desleal do ato e à fixação de prazos inadequados);
- j) respeito aos motivos determinantes do ato (imutabilidade das razões que efetivamente o geraram);
- k) indevida utilização ou participação no processo (proibição de que Administração ou particulares aproveitem-se da relação processual para atingir finalidade extraordinária, fraudulenta ou contrária ao objeto do processo - seja para causar dano a terceiro, seja para gerar ganho prescindível à satisfação do interesse público);

- l) dever de sinceridade objetiva (não só dizer o que é verdade, mas não omitir nenhum fato ou conduta relevantes ao caso concreto nem tampouco se valer de argumentos genéricos ou confusos);
- m) restrição às provas desnecessárias e atos inúteis à solução da questão processual;
- n) dever de colaboração recíproca das partes envolvidas na relação jurídico-processual, bem como de terceiros que possam contribuir para a solução da controvérsia;
- o) dever de informação, no sentido de não omitir nenhum dado relevante na descrição da questão controversa e (ou) que possa auxiliar sua resolução.²⁰³

Não se olvide que, na relação jurídico-processual, a boa-fé deve instruir comportamento de todos os nela envolvidos: Administração; particulares que dela participam ativamente e terceiros.²⁰⁴

45. Quanto ao princípio da boa-fé, o art. 2º da Lei 9784 prevê expressamente sua incidência, no inc. IV de seu par. ún., que exige a "atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé".

²⁰³ A respeito desses aspectos do princípio da boa-fé, ampliar em GONZÁLEZ PÉREZ, *El Principio ...*, cit., pp. 90/160, Franz WIEACKER, *El Principio General de La Buena Fe*, Civitas, 1986, pp. 60/74, António Manuel da Rocha e Menezes CORDEIRO, *Da Boa Fé no Direito Civil*, Almedina, 1997, pp. 661/901, e Francisco José Ferreira MUNIZ, *O Princípio Geral da Boa-Fé como Regra de Comportamento Contratual*, in: *Textos de Direito Civil*, Juruá, 1998.

O inc. I do art. 3º celebra que é direito do administrado "ser tratado com respeito pelas autoridades e servidores, que deverão facilitar o exercício de seus direitos e o cumprimento de suas obrigações" e, em seguida, o art. 4º impõe os deveres de o particular "proceder com lealdade, urbanidade e boa-fé" e "não agir de modo temerário" (incs. II e III).

Relacionam-se à boa-fé processual o dispositivo legal que decreta a inadmissibilidade das provas obtidas por meio ilícito (art. 30) e aquele que veda a produção de provas "ilícitas, impertinentes, desnecessárias ou protelatórias" (art. 38, § 2º).

Ou seja, a Lei 9784 é rica em disposições que estabelecem este aspecto do princípio da moralidade.

6) Princípio da moralidade, imparcialidade e processo administrativo

46. O princípio da imparcialidade significa certeza prévia da não-vinculação da atividade decisória em favor de qualquer uma das partes envolvidas no processo administrativo (particulares ou Administração). Independência e ausência de submissão hierárquica, no que concerne ao conteúdo das decisões.

²⁰⁴ Além da Lei 9784, dentre outros preceitos processuais referentes à lealdade e boa-fé, aplicam-se analogicamente os arts. 14, 17, 125, 133, 135 e 144 do Código de Processo Civil.

Os atos decisórios devem ser resultado próprio da relação processual, de acordo com a colaboração das partes e convencimento livremente formado pelo órgão julgador. A decisão final exige debate aberto, prévio ao seu proferimento. Caso contrário, não haverá cumprimento à lei e obediência à isonomia. Segundo FRANCO SOBRINHO, a imparcialidade administrativa é "condição legal imperativa na aplicação dos textos legais e sobretudo nas práticas governamentais."²⁰⁵

Note-se que imparcialidade não significa indiferença e (ou) abstenção. Tanto uma quanto outra implicam vícios no exercício da atividade administrativa: o agente deve conduzir o processo e seus atos decisórios de forma ativa, procurando sempre a excelência do atendimento ao interesse público configurado no caso concreto. O que se veda é a opção preliminar e pessoal do servidor público, a favor desta ou daquela pessoa envolvida no processo administrativo. A frustração à imparcialidade aniquila a relação processual, que perde sua razão de ser.

Ou seja, a Administração não pode apegar-se unicamente às suas próprias razões, desprezando a qualificação do interesse descrito pelas demais pessoas envolvidas na relação processual. O interesse público há de

²⁰⁵ O *Princípio Constitucional* ... cit., p. 17.

ser realizado sem sacrifício da esfera pessoal dos cidadãos.²⁰⁶

47. Reitere-se que a imparcialidade é exigência própria, inerente à realidade jurídica "processo".

Caso defenda-se natural impossibilidade de conduta imparcial da Administração Pública, estar-se-á sustentando que todas as decisões podem (devem) ser a favor dos entes estatais e contra os particulares. Ao menos, significa que todos os provimentos administrativos parciais são perfeitos (afinal, a parcialidade seria dado prévio e inerente ao processo administrativo).

Contudo, inexiste imparcialidade enfraquecida, ou que eventualmente incida em alguns casos e noutros não. O único motivo seria eventual reforço da posição da Administração e o resultado configuraria prestígio incondicionado ao *ius imperium*, sempre em favor do aparelho estatal. As decisões prestigiando o direito dos particulares seriam exceções.

Daí porque a exigência do prestígio à imparcialidade. Dentre outros princípios, deriva do Estado Democrático de Direito, da isonomia e da legalidade.

48. Porém e mais do que isso, a imparcialidade origina-se na plena eficácia do princípio do contraditório. Preceito

²⁰⁶ Nesse sentido, MANGANARO, *Principio di Buona Fede* ..., cit., p. 42.

constitucional, impõe que a decisão do órgão julgador emane de forma neutra, justamente da colaboração e cooperação de todos os envolvidos na relação processual.

Num processo, não há decisão puramente unilateral ou que despreze as manifestações e argumentos daqueles nele envolvidos. Caso contrário, em não havendo garantia da imparcialidade, mas sendo possível manifestações de interessados, o contraditório seria inócuo, imprestável.

Afinal, qual a razão que determinaria participação dos particulares na formação da decisão estatal, caso o provimento parcial fosse reputado como válido, independentemente do modo de sua formação? Ora, o contraditório é antagônico à parcialidade. Ou bem existe e é obedecido o princípio (daí a decisão é imparcial) ou não se respeita o contraditório (e a decisão é parcial).

49. A imparcialidade é reforçada e garantida pelo dever de motivação dos atos administrativos. A exposição dos fundamentos do ato é um dos pontos em que se tornará ainda mais claro o prestígio a essa face do princípio da moralidade.

Todas as razões das partes envolvidas na relação processual devem ser expressamente enfrentadas e motivadamente decididas. Caso contrário, a decisão será parcial e, também por esse motivo, nula.

50. Aliás, os princípios da imparcialidade, contraditório e motivação são literais na Lei 9784.

A necessidade de motivação explícita dos atos administrativos consta da enumeração do art. 2º (*caput* e par. ún., inc. VII) e do art. 50 da Lei.

O contraditório também vem expresse no art. 2º (*caput* e par. ún., inc. X), além das previsões dos arts. 3º (inc. III), 38, 41, 44 e 46.

Já a imparcialidade *stricto sensu* está estampada no inc. III do par. ún. do art. 2º, e especialmente nos dispositivos que disciplinam o impedimento e suspeição dos agentes públicos (arts. 18 a 20).

51. Em suma: tal como no direito processual civil e penal, não se admite qualquer violação à imparcialidade - ainda mais se qualificada por interesses pessoais do julgador.

Porém e em qualquer caso, o que não se pode afastar são idéias prévias, preestabelecidas pela própria existência humana do julgador. Trata-se de juízos preconcebidos, universais a toda atividade decisória, os quais, segundo Karl LARENZ, "o juiz nem sequer sabe que possui ou não sabe as influências que podem exercer em sua sentença."

"Cada homem está marcado em seu modo de entender as coisas, seja por sua origem, por seu envolvimento vital, pela educação cultural recebida, por suas experiências

vitais e profissionais e muitos outros fatores mais. A 'independência de pensamento' não é congênita para ninguém e tampouco se adquire com a instrução, senão que exige o trabalho solitário do homem ao longo de toda sua vida."²⁰⁷

São invencíveis as circunstâncias íntimas do indivíduo que julga. A legislação não exclui, quer frente ao Poder Judiciário, quer à Administração Pública, a intransponível natureza humana do exercício das respectivas funções. Exige-se que os agentes dispam-se de influências indevidas, de atos de vontade dirigidos ao exercício irregular da competência ou de desvios funcionais. Almeja-se que a função pública seja concretizada de forma objetiva, visando ao bem comum - que transcende e muitas vezes contraria as próprias concepções pessoais do julgador. Esse é o ideal que deve ser buscado.

Contudo, é objetivo custoso de ser atingido. Daí porque há equívocos, erros sinceros e influência do meio profissional sobre a atividade exercida. Não se poderia admitir um sistema que abstraísse a condição humana daqueles que exercem as funções públicas. Motivos pelos quais as decisões são passíveis de controle recursal, revisão e reforma.

²⁰⁷ LARENZ, *Derecho* ..., cit., p. 183.

52. Em suma, a imparcialidade não significa automatismo no proferimento das decisões. Exprime padrão de conduta superior, cuja busca é cogente à Administração. Sua violação implica nulidade do ato decisório, nos mesmos limites indicados a propósito da boa-fé. Afinal, são manifestações exteriores do princípio da moralidade pública.

II.5. PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE

53. Também o princípio da publicidade é da essência de um Estado Democrático de Direito, inerente ao exercício da função administrativa. A atividade do agente público deve sempre ser realizada no interesse da coletividade, cumprindo determinações legais previamente fixadas. Não há assuntos internos ou reservados à intimidade da Administração. Ao contrário. A regra é da ampla transparência, clara e franca, de todos os aspectos da conduta administrativa estatal.

A qualidade pública dos atos administrativos representa também prestígio aos princípios da moralidade e isonomia. Na medida em que seus atos serão cognoscíveis, os agentes esmerar-se-ão no cumprimento da ordem normativa e respeito aos administrados. Eventuais provimentos ilegítimos serão imediatamente tornados públicos e fiscalizados sem qualquer "controle preventivo interno".

1) Princípio da publicidade e sua importância no processo administrativo

54. Ao início, destaque-se o sério liame que existe entre o princípio ora em exame e o processo administrativo. Este é um dos meios pelos quais a publicidade é garantida. Na dicção de Sérgio FERRAZ, a teoria do processo administrativo é "pressuposto da existência de uma atividade administrativa transparente, onde seja possível, na verdade, detectar, com nitidez, as linhas de atuação do administrador, os seus desvios e a incidência de possíveis remédios corretivos a esses desvios."²⁰⁸

Tal motivo assegura a relevância do conjunto de normas constitucionais relativas à publicidade, em sua inteireza, ao processo administrativo.

Ademais, a Lei 9784 traz amplo elenco de previsões, que exteriorizam o princípio da publicidade. O exame de tais dispositivos será realizado depois do enfrentamento da matéria em seu foro constitucional.

2) Princípio da publicidade e a Constituição Federal

55. A Carta de 1988 ampliou a positividade do princípio. Prescreveu-o expressamente nos arts. 5º, incs. XXXIII, XXXIV; LXLXXII; 37, caput, e 93, inc. IX. Jamais a história constitucional brasileira outorgou tamanha magnitude

²⁰⁸ Instrumentos de Defesa dos Administrados, in: Curso de Direito Administrativo, Revista dos Tribunais, 1986, p. 160.

à publicidade. Mais do que nunca, inexiste qualquer dúvida quanto à sua incidência. A seguir examinaremos tais preceitos constitucionais, privilegiando o enfoque sob o ângulo do processo administrativo.

56. O inc. XXXIII do art. 5º fixa direito ao recebimento de informações dos órgãos públicos, referentes a interesse particular, coletivo ou geral. A exceção está em informações "cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado".

A norma é pertinente à concessão de informações aos sujeitos privados e, sob este primeiro aspecto, o processo administrativo desdobra-se: é meio de acesso às informações de caráter público, além de ser dependente de tais informações (caso inexistam, será impossível instalar o processo ou produzir provas).

56.1. A legitimidade para pleitear informações é ilimitada. Sejam pessoas físicas ou jurídicas, brasileiros ou estrangeiros, "todos têm direito". Tampouco tem relevo eventual proximidade ao conteúdo do pleito: o interesse à obtenção de informações pode ser particular, coletivo ou geral.

O interesse *privado* deriva da legitimidade pessoal. Não existe interesse privado inútil ao sujeito requerente, com fundamento em mera curiosidade ou desejo abstrato de informação. Esse é um dos motivos pelos quais preserva-se a

intimidade dos indivíduos envolvidos em processos e limita-se a publicidade caso esta dificulte a solução do caso concreto ou o atingimento do interesse público.²⁰⁹ Assiste razão a CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO, quando atacam a "exasperação do princípio da publicidade" - garantia política que "não pode ser confundida com o sensacionalismo que afronta a dignidade humana."²¹⁰

O interesse coletivo é titularizado por grupo de pessoas, ainda que sem união formal entre si. São interesses transindividuais, pertencentes ao conjunto social e não especiais às pessoas ou reunião exclusiva da qual fazem parte (v.g., defesa da saúde, da estabilidade social, do meio ambiente, dos bens culturais).²¹¹

Interesse geral diz respeito às peculiaridades comuns a pessoas ou situações de um mesmo gênero (fático ou jurídico), assemelhando-as e unificando-as. Há identidade essencial que limita e especifica o número de integrantes do conjunto.

56.2. É igualmente amplo o número de pessoas que têm dever de prestar informações. Quando a Constituição estabelece tal encargo a "órgãos públicos", vai além do

²⁰⁹ Destaque-se que a assertiva é pertinente somente para casos de falso interesse privado, em sentido estrito.

²¹⁰ *Teoria Geral ... cit.*, pp. 70/71.

²¹¹ Pode-se cogitar da aplicação do art. 129, incs. II e III, da Constituição Federal - pois o Ministério Público está legitimado a promover a defesa de tais interesses.

simples conceito de Administração Pública direta e indireta.²¹²⁻²¹³

A obrigação abrange toda e qualquer pessoa jurídica ou instituição,²¹⁴ cujo objeto seja a prestação de serviço público ou que titularize, ainda que temporariamente e em regime precário, recursos ou bens públicos.²¹⁵ Em se tratando

²¹² Poder-se-ia defender interpretação restritiva, de "órgãos internos à Administração". Esse não é o significado do texto constitucional. A uma, a expressão não se refere só à Administração, mas a *órgãos públicos* - ampliou o sentido e inclui amplamente Poder Judiciário e Legislativo. A duas, tal resultado poderia excluir a Administração indireta. A três, se a Constituição refutasse os "órgãos externos", contemplaria o termo "órgãos internos". A quatro, quando assim o desejou, o Constituinte utilizou-se da locução "administração pública direta e indireta" e sua variante "direta, autárquica e fundacional" (art. 37, *caput*; inc. XI; § 8º e art. 38). Ao final, o termo "órgão" significa, no vernáculo, "tudo que serve de instrumento ou meio para conseguir alguma coisa" (Laudelino FREIRE, *Grande e Novíssimo Dicionário da Língua Portuguesa*, vol. IV, José Olympio, 1954, p. 3718); e na linguagem jurídico-administrativa, "instituição legalmente organizada com incumbência de exercer determinada função administrativa" (Maria Helena DINIZ, *Dicionário Jurídico*, vol. 3, Saraiva, 1998, p. 468) - com estes parâmetros deve ser interpretada a Constituição.

²¹³ Reputamos que a dicção constitucional não encontra interpretação restritiva derivada do § 2º do art. 1º da Lei 9748/99. Segundo a letra desse dispositivo legal, "§ 2º Para os fins desta lei, consideram-se: I - órgão - a unidade de atuação interna da estrutura da Administração direta e da estrutura da Administração indireta; II - entidade - a unidade de atuação dotada de personalidade jurídica; III - autoridade - o servidor ou agente público dotado de poder de decisão." Tais previsões são internas à Lei e não podem restringir a hermenêutica do texto constitucional. Ao contrário.

²¹⁴ O termo "instituição" é sobremaneira complexo, referindo-se a entidade organizada visando a determinado fim ideal, desvinculada das pessoas que concorrem para sua formação. O significado ora pretendido abrange entidades paraestatais, serviços sociais, organizações sociais, concessionárias de serviço público, agências reguladoras e executivas etc..

²¹⁵ O par. ún. do art. 70 da Constituição estende o controle contábil, financeiro, orçamentário, operacional e patrimonial da Administração, exercido pelo Tribunal de Contas da União, bem como o dever de prestar contas, a "qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária." À toda evidência, esses deveres e pessoas subsumem-se ao princípio da publicidade.

de pessoas jurídicas de direito privado, serão devidas informações relativas à faceta pública de sua atividade.²¹⁶

56.3. A qualidade de sigilosa da informação não é discricionária. Não cabe ao agente público escolher aleatória e imotivadamente as informações que pretende divulgar e aquelas a respeito das quais manterá segredo.

Apesar de a disciplina normativa infraconstitucional não definir o que se entende pela expressão restritiva, vige o dever da informação.²¹⁷ Em casos excepcionais, poder-se-á rejeitar o pleito - desde que de maneira seriamente fundamentada (passível de controle jurisdicional).

²¹⁶ V.g., a concessionária de serviço público não é obrigada a informar seus lucros, passivo e ativo; a organização social não precisa declinar contas bancárias e aplicações financeiras privadas; as paraestatais não têm o dever de informar os vencimentos de sua diretoria (a não ser que exista previsão legal expressa). Tudo há de ser definido em face do caso concreto, se a informação requerida tem lastro em interesse pessoal, coletivo ou geral - entendendo-se a expressão no sentido do Direito Público.

²¹⁷ Curiosamente, a Lei 9784 reporta-se às "hipóteses de sigilo previstas na Constituição" (art. 2º, par. ún., inc. V). Já a Lei n.º 8.159/91, que regula a política nacional de arquivos públicos e privados, estabelece que "Art. 23. Decreto fixará as categorias de sigilo que deverão ser obedecidas pelos órgãos públicos na classificação dos documentos por eles produzidos. § 1º Os documentos cuja divulgação ponha em risco a segurança da sociedade e do Estado, bem como aqueles necessários ao resguardo da inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas são originariamente sigilosos. § 2º O acesso aos documentos sigilosos referentes à segurança da sociedade e do Estado será restrito por um prazo máximo de 30 (trinta) anos, a contar da data de sua produção, podendo esse prazo ser prorrogado, por uma única vez, por igual período. § 3º O acesso aos documentos sigilosos referente à honra e à imagem das pessoas será restrito por um prazo máximo de 100 (cem) anos, a contar da sua data de produção. "Art. 24. Poderá o Poder Judiciário, em qualquer instância, determinar a exibição reservada de qualquer documento sigiloso, sempre que indispensável à defesa de direito próprio ou esclarecimento de situação pessoal da parte. Parágrafo único. Nenhuma norma de organização administrativa será interpretada de modo a, por qualquer forma, restringir o disposto neste artigo." Porém, até a

De qualquer forma, reputamos impossível rejeição a pedido que vise à defesa de interesse pessoal do requerente.²¹⁸ Jamais se poderia negar o conhecimento necessário ao justo exercício do direito constitucional à informação individual e (ou) ampla defesa.

Para a própria parte no processo não há nenhum ato sigiloso ou documento secreto.²¹⁹ Quando muito, as informações serão prestadas mediante compromisso de sigilo absoluto por parte do particular. Caso contrário, caberá ajuizamento de *habeas data* ou ação que tenha fundamento no art. 24 da Lei 8.159/91.

57. Em seu inc. XXXIV, letra b), o art. 5º da Carta Magna estabelece direito a certidões gratuitas, a fim de possibilitar a defesa e o esclarecimento de situações de cunho pessoal.

Tais certidões são a concretização física do direito à informação. Podem ser transcrições em breve relato ou fotocópias autenticadas, a depender da extensão dos

presente, não se tem notícia de decreto regulamentar que defina o que se entende por "segurança da sociedade e do Estado".

²¹⁸ Nesse sentido, PONTES DE MIRANDA (*Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n.º 1 de 1969*, t. V, Forense, 1987, p. 655) e Carlos Ari SUNDFELD (*Princípio da Publicidade Administrativa*, RDP 82/56).

²¹⁹ A não ser em casos cuja essência é o próprio sigilo, porque inerente ao processo e necessário ao prestígio do interesse público em jogo. Por exemplo, licitações públicas, em que não se pode revelar o conteúdo das propostas até a respectiva abertura (Lei 8.666/93, art. 3º, § 3º); processo de registro de propriedade industrial (Lei 9.279/96), e certas investigações policiais, nas quais o direcionamento e êxito da atividade, assim como o respeito à dignidade humana, exigem total sigilo.

documentos. O que importa é a eficácia dos dados entregues ao particular.

Não é viável parcialidade discricionária nas informações, tampouco é possível interpretar a expressão "defesa de direitos" como excludente daquelas de interesse coletivo ou geral. O único limite é o constitucional, tal como visto acima.

58. O inc. LX do art. 5º, que deve ser interpretado em conjunto com o inc. IX do art. 93 da Constituição,²²⁰ tem conseqüências especiais. Dispõe que os atos do processo somente poderão ter sua publicidade restringida por lei, em duas hipóteses: defesa da intimidade e interesse social. Não só todos os atos como as sessões de julgamento são públicas.

58.1. Caso a lei não defina com precisão quais atos são sigilosos, dentro dos limites da intimidade e interesse social, não poderão deixar de ser publicamente acessíveis. Toda a população pode presenciar e ter ciência da integralidade do processo.

Este aspecto da publicidade gera deveres específicos aos órgãos públicos, no sentido de noticiar com razoável antecedência a realização de audiências, atos e sessões de julgamento, que deverão ser concretizadas em

²²⁰ Por coerência, sustentamos que as vozes constitucionais "atos processuais" e "julgamentos" não dizem respeito unicamente aos processos judiciais. As normas aplicam-se ao processo administrativo. Nesse sentido, C. A. BANDEIRA DE MELLO (*Curso ... cit.*, pp. 366/367), Sérgio FERRAZ

locais de fácil acesso. A notícia há de ser realizada não só através da imprensa oficial (o que restringiria o conhecimento coletivo), como também em meios de comunicação conhecidos da maioria da população (jornais de ampla circulação, previamente definidos) e pessoal em face das partes no processo. Caso contrário, o princípio restará frustrado. Haveria verdadeiras audiências públicas "secretas" ou "surpresas" - o que geraria violação ao princípio da publicidade.

Porém e ainda que exista restrição legal à divulgação dos atos do processo e sessões de julgamento, o fato "existência do processo" será sempre público. A autoridade não poderá negar-se a informar se determinado processo existe ou não - quaisquer que sejam seu objeto e conteúdo, independentemente do conceito que se tenha para essa realidade administrativa.²²¹

58.2. A regra é a de que, em face das pessoas envolvidas na relação processual, a publicidade deve ser eficaz e anterior à prática dos atos. Não se admite que a

(*Processo Administrativo e Constituição*, RTDP 1/87) e Lúcia Valle FIGUEIREDO (*Princípios Constitucionais do Processo*, RTDP 1/122)

²²¹ E. D. MONIZ DE ARAGÃO esclarece que "cumpre distinguir, porém, entre o sigilo sobre o conteúdo do processo, que a lei impõe, e o segredo quanto à existência mesma do processo, de que a lei não cogita; não impõe." (*Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. II, Forense, 1989, p. 29). E, mais adiante, ao comentar o direito constitucional e legal de as pessoas requerer certidões, consigna que "é preciso que tenham conhecimento da existência do processo. Como poderiam essas pessoas exercer o direito constitucionalmente garantido se desconhecem a própria existência do processo?" (p. 30).

Administração conduza o processo para, ao final, dar ciência do resultado.

Tampouco é eficaz a intimação de particulares por edital, publicado na imprensa oficial.²²² Exige-se conduta positiva, não somente no sentido de atender aos pedidos da pessoa interessada, como também de comunicá-la espontaneamente de todos os atos processuais.

58.3. Além das intimações, há de ser possível à parte interessada ter vista dos autos de processo, durante prazo adequado para sua manifestação. Caso contrário, imprestáveis serão os atos de comunicação.

O contato físico com o corpo do processo deve ser facultado à parte e seu advogado, podendo tirar fotocópias, obter certidões e, quando possível, retirar os autos em carga - a fim de possibilitar o exercício efetivo do direito de defesa.²²³

Caso contrário, o processo será nulo ou, quando menos, terá desatendido ao princípio da economia processual. Não há razão lógica que autorize a multiplicação dos atos processuais - primeiro, em fase sigilosa e interna à Administração a fim de, uma vez tomada a decisão, intimar-se o interessado para que "participe" do processo. Inúmeros atos

²²² Somente no caso previsto no § 4º do art. 26 da Lei 9784, conforme será visto a seguir.

²²³ No mesmo sentido, SUNDFELD, *Princípio da Publicidade ... cit.*, pp. 60/63.

haverão de ser repetidos, em obediência aos princípios do contraditório, ampla defesa e devido processo legal. Eventualmente, dar-se-á situação de suspeição do agente que conduziu o processo, vez que estará inequivocamente vinculado à decisão por si anteriormente proferida.

3) Princípio da publicidade - noção e limites

59. A publicidade há de ser compreendida em dois sentidos, cada qual com consequências jurídicas próprias: o ato de tornar público o ato administrativo e a intimação da parte interessada.

60. Até sua publicidade, o ato é documento pessoal da autoridade competente. Tal como no direito processual civil, "enquanto não tiver sido publicada a sentença não existe como tal; é trabalho intelectual do julgador. Depois de tornada oficialmente conhecida é que passa a ser sentença, propriamente dita."²²⁴

60.1. Não há ato administrativo como reflexão ou estudo preliminar do agente. Juridicamente, para configurar a existência jurídica do ato não tem relevância o momento interno de sua produção.²²⁵ A vontade íntima do agente é impertinente, até a publicação do ato.

²²⁴ E. D. MONIZ DE ARAGÃO, *Sentença e Coisa Julgada*, Aide, 1992, p. 142.

²²⁵ Talvez seja pertinente para as consequências do ato administrativo, especialmente como constatação de abuso de poder ou quebra do princípio da moralidade. Não para a existência jurídica dele.

O provimento existe quando se torna público em concreto, a partir de sua assinatura e entrega ao órgão competente para o exercício da ação administrativa (ou de sua divulgação).

Melhor: a partir do momento em que o ato administrativo, aprovado e firmado, deixa o gabinete da autoridade titular de competência para sua prática e torna-se de conhecimento público (ainda que essa ciência limite-se aos servidores responsáveis por seu encaminhamento), é exigível da Administração. Caso seja necessário, por previsão legal expressa, algum registro e (ou) numeração etc., o ato administrativo torna-se público a partir da prática dessa formalidade.²²⁶

Mesmo em favor de terceiros, o provimento tornado público é imperioso, pois retrata formalização de entendimento vinculante à Administração.

60.2. Na dicção de Geraldo ATALIBA, a partir do momento em que a autoridade competente lavrou despacho definindo a tese jurídica por si esposada, a sua eficácia "em termos administrativos, é irretorquível, inquestionável, inembargável."

²²⁶ No direito processual civil, "isso se faz pela entrega do documento em cartório, cumprindo ao escrivão, incontinenti, 'publicar', isto é, certificar que o recebeu e que publica a sentença. De então por diante podem ser fornecidas certidões, ou cópias autenticadas; antes não. Enquanto o escrivão não a houver publicado o juiz é livre de alterar seu trabalho, que 'sentença' ainda não é." (MONIZ DE ARAGÃO, *Sentença ... cit.*, p. 143).

"A primeira e maior eficácia desse despacho está em - oficializando a tese - declarar pública e solenemente que o Estado com ela está comprometido."²²⁷

Daí porque "É lógico e óbvio que a sua publicação no Diário Oficial nada acrescenta em termos internos. Em outras palavras: o ato administrativo interno produz efeitos na esfera interna."²²⁸ Eventual modificação do entendimento há de ser fundamentada e apenas tem efeitos *ex nunc*.²²⁹

61. Já a *intimação* da parte interessada dá-se através dos meios formais pertinentes ao caso concreto.

O particular não experimenta os efeitos do ato administrativo a partir do momento em que este deixa o recinto de trabalho da autoridade administrativa, mas quando ele, administrado, é formalmente notificado da decisão (através de publicação no Diário oficial, carta com aviso de recebimento ou intimação pessoal).

4) Princípio da publicidade e a Lei 9784

62. A Lei 9784 traz o princípio da publicidade logo em seu art. 2º, que prevê o dever de "divulgação oficial dos atos administrativos, ressalvadas as hipóteses previstas na Constituição" (par. ún., inc. V). Assim como descrito acima, a Constituição veda a divulgação de informações "cujo sigilo

²²⁷ *Eficácia de Ato Administrativo - Publicação*, RDP 99/16.

²²⁸ Ob. e aut. cit., p. 17.

²²⁹ Idem, p. 20.

seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado" (art. 5º, inc. XXXIII).

Porém, o dispositivo da lei deve ser entendido em combinação com o art. 46, que veda a divulgação de "dados e documentos de terceiros protegidos por sigilo ou pelo direito à privacidade, à honra e à imagem", o que reflete a defesa da moral e imagem pessoais, assegurados pelo art. 5º, inc. V, da Constituição.

63. Indo avante, a Lei do processo administrativo federal define como direito do administrado a "ciência da tramitação dos processos administrativos em que tenha a condição de interessado, ter vista dos autos, obter cópias de documentos nele contidos e conhecer as decisões proferidas." (art. 3º, inc. II).

Trata-se de especificação do texto constitucional acima analisado, que deve ser entendida nos termos do art. 9º da Lei 9784, que define a qualificação jurídico-procesual do termo "interessados". Todos aqueles que têm interesse direto no processo (inc. I), que possam ser afetados pela decisão (inc. II), organizações e associações representativas de interesses coletivos (inc. III) e pessoas ou associações que tenham vínculo com interesses difusos (inc. IV).

64. Em termos genéricos, dão cumprimento ao princípio constitucional da publicidade os dispositivos que prevêm a divulgação dos atos de delegação de competência (art. 14,

caput); da sede do órgão ou entidade (art. 16); da alteração do local para a prática de atos (art. 25); necessidade de intimação dos atos e suas consequências (art. 26 e ss.); imperiosidade de processo de consulta pública, caso o processo administrativo envolva assunto de interesse geral (art. 31 e ss.); direito à vista e obtenção de certidões (art. 46).

II.6. PRINCÍPIO DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA

65. Responsabilidade objetiva é o dever constitucional de reparar prejuízos causados a terceiros, previsto no § 6º do art. 37 da Constituição Federal.

Configura atribuição de propósito ativo à Administração, direta e indireta, e "às pessoas de direito privado prestadoras de serviço público". É a obrigação de examinar e reparar, com espontaneidade, rapidez e prontidão, os danos oriundos de sua conduta, comissiva ou omissiva.

66. Em face daqueles que sofreram a lesão, a responsabilidade administrativa é "objetiva" porque não necessita da prova de culpa ou dolo do causador do dano.²³⁰ A justificação do indenizar abstrai o elemento subjetivo. Tampouco é relevante a legalidade ou ilegalidade da conduta

²³⁰ A previsão constitucional da responsabilidade objetiva não exclui nem minimiza eventual dever subjetivo de reparar os danos, pois há casos onde é exigida essa espécie de apuração da responsabilidade administrativa. Isto é, reparação derivada e subordinada à prova de

danosa. O dever de reparar prescinde dessas informações. Inexiste qualquer subordinação à qualidade da conduta do agente, mas unicamente ao objeto da reparação: o prejuízo.

Basta a existência de ato ou fato danoso, unida ao nexo causal entre comportamento dos entes arrolados no texto constitucional e prejuízo causado aos particulares.

1) Limites da responsabilidade objetiva

67. Não se trata de responsabilidade absoluta, no sentido de irrestrita e indefensável. O texto constitucional subordina a objetividade da reparação ao evento "danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros".

O motivo determinante é a conduta do agente, que faz com que o prejuízo exista. O causador da ofensa indenizável há de ostentar título e exercício de serviço público e, nessa condição, comportar-se de molde a gerar dano à esfera jurídica alheia.

Caso tal prejuízo seja originado pelo particular, por força maior ou, ainda, por fato de terceiro, haverá exclusão da responsabilidade administrativa. Quando muito, dar-se-á responsabilidade proporcional à conduta danosa praticada pelas pessoas enumeradas no § 6º do art. 37.

O dever de reparar o dano não surge apenas no momento do exercício efetivo do serviço público, bastando

conduta dolosa ou culposa dos agentes públicos. Trata-se de exceção, a ser abordada no texto abaixo com tal ressalva.

para caracterizá-lo o vínculo entre agente e Estado ou pessoa privada prestadora de serviço público, bem como o dano derivado desse fato.

Porém, quando as pessoas de direito privado delegatárias ou concessionárias envolvam-se em danos derivados de atividades particulares em sentido estrito e extraordinárias ao serviço, sem ter com ele nenhum vínculo formal ou material, inexistirá responsabilidade objetiva. Exemplificando: caso uma concessionária de transporte urbano (v.g., ônibus) veja-se envolvida em colisão, não será necessário que o veículo esteja com passageiros, na rota regulamentar, para configurar responsabilidade objetiva.

2) Responsabilidade objetiva como dever administrativo

68. A responsabilidade objetiva configura dever, especialmente porque a Constituição utiliza modo verbal que significa *deverão responder* ("As pessoas ... responderão pelos danos ...").²³¹ O texto exprime ordem de praticar determinada ação positiva e categórica, a fim de assumir responsabilidade pelos prejuízos causados e garantir seu ressarcimento.

²³¹ O texto vale-se do futuro do indicativo em juízo afirmativo; modo e tempo verbais que significam certeza, veracidade, efetividade na maneira pela qual a ação será realizada. Já o verbo "responder" tem inúmeros significados (dentre os quais os obviamente excluídos *opor-se* e *objetar*). O texto constitucional traz o conceito de *retribuir equivalentemente; estar de acordo; responsabilizar-se por seus atos; tomar a responsabilidade; servir de garantia e dar satisfação* (v. Caldas AULETE, *Dicionário Contemporâneo da Língua Portuguesa*, vol. IV, Delta, 1958, p.

A Carta Maior não admite dúvidas de que tais pessoas devam estar de acordo com a adoção de providências ativas necessárias, visando à indenização.

A previsão constitucional exterioriza face específica da legalidade (atos ilícitos) e isonomia (atos lícitos). Tais princípios maiores são fundamento normativo do dever de reparar os danos causados por atos ilegais e antiigualitários.

Na mesma medida em que a invalidação de atos administrativos é dever motivado no princípio da legalidade, o mesmo se dá na reparação de prejuízos derivados de atos ilícitos - é *dever cogente*, lastreado na mesma norma máxima. Raciocínio idêntico aplica-se a atos legais que causam lesão e, simultaneamente, violam o princípio da isonomia.

69. Assim, o dever de reparar os prejuízos não traz opção discricionária ou possibilidade de as pessoas indicadas no texto constitucional absterem-se de seu cumprimento. A previsão normativa não se refere nem contém eventual "poder" de passividade e (ou) indiferença, que resguardaria interesse público secundário (preservação das reservas econômicas dos cofres públicos).²³² Mas, existe justamente para assegurar

4389 e Laudelino FREIRE, *Grande e Novíssimo Dicionário da Língua Portuguesa*, vol. V, José Olympio, 1954, p. 4426).

²³² Mesmo porque o Texto prevê reparação de danos causados por pessoas privadas que exercem serviço público. Pessoas estas que nem mesmo são titulares de interesse público, mas detêm obrigação (legal/contratual) de atendê-lo. Ou seja e v.g., a concessionária de serviço público possui interesse de lucro próprio e egoístico, perfeitamente legítimo. Porém e

maior e melhor garantia aos cidadãos, impondo dever a entes que têm condições, teóricas e práticas, de ressarcir os danos.

A possibilidade (obrigação) de repudiar a reparação se configura tão-somente na inexistência ou dúvida séria quanto a) à concretização do dano; b) à titularidade da conduta danosa e c) ao nexo causal entre conduta e prejuízo.

70. O respeito a um Estado Democrático de Direito impõe à Administração a adoção de comportamento ativo e respeitoso aos cidadãos. Reparar os males causados aos cidadãos (detentores do Poder Público) configura um mínimo de conduta ética e legal por parte de seus representantes, ou daqueles por si contratados.

Ou seja, o acesso à reparação dos danos não está restrito àqueles que detêm condições sócio-econômicas privilegiadas, dispondo de moeda, poder e tempo suficientes para ajuizar e aguardar processos administrativo e judicial (com futura subordinação ao trâmite de um precatório). Na lição de Carmen Lúcia Antunes ROCHA, "O enfoque do princípio recai sobre o particular que suportou, sem obrigação jurídica válida, o dano, e não sobre o Estado que lhe deu causa."²³³

como é de fácil compreensão, tais interesses jamais poderiam sustentar, ainda que demagógica ou politicamente, o descumprimento ao dever de indenizar. Se a pretensão do Estado em "derrogar" o interesse público primário devido à "busca" de interesses públicos secundários é absolutamente reprovável, frente a particulares é ainda mais grave.

²³³ *Princípios ... cit.*, p. 258.

Sustentar entendimento contrário equivaleria ao desprezo ao conceito de função e aos princípios da legalidade, isonomia, finalidade e moralidade (dentre outros). Se a função administrativa exige desempenho de atividade pública isonômica, sob influência de finalidade predeterminada, cogente e moral, tal como definida em norma jurídica, não se poderia sustentar que a previsão do § 6º do art. 37 somente tivesse incidência *a posteriori* de requerimento administrativo e (ou) judicial do lesado. Tratar-se-ia de exceção inimaginável, passível de causar novos danos.²³⁴

3) Responsabilidade objetiva e os titulares do dever de indenizar

71. O § 6º do art. 37 ampliou o número de pessoas titulares do dever de reparar os danos. Não só o "funcionário" ou o "Estado" são obrigados a tal, mas também as pessoas privadas que exercem serviços públicos.²³⁵⁻²³⁶

²³⁴ Poder-se-ia, inclusive, sustentar responsabilidade objetiva pela não adoção das medidas cabíveis à reparação dos danos causados ao particular. Se as pessoas responsáveis deixam de instalar o processo administrativo correspondente, ou recusam-se a dar-lhe continuidade ou proferir decisão - ou mesmo aduzem defesa meramente protelatória frente ao Poder Judiciário, consubstanciam novo prejuízo ao lesado (moral e patrimonial).

²³⁵ A respeito do conceito de serviço público em sentido estrito, consulte-se Eros Roberto GRAU, *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, Revista dos Tribunais, 1990, pp. 135/169 e JUSTEN FILHO, *Concessões de Serviços Públicos*, Dialética, 1997, pp. 54/65. Sobre as variações hodiernas do conceito, ampliar em José María SOUVIRÓN MORENILLA, *La Actividad de la Administración y el Servicio Público*, Comares, 1998.

²³⁶ Em sentido contrário, sustentando que o § 6º do art. 37 não tem aplicação direta, mas analógica, às pessoas privadas que, por ato de delegação administrativa, exercem função pública, Almiro do COUTO E SILVA,

Historicamente, houve radical crescimento da área de atuação do Estado (Estado-social, Estado-do-bem-estar, Estado-aparelho etc.), ampliando-se desmedidamente a gama de atividades qualificadas como "serviço público". Esse aumento e conseqüente agravamento da inaptidão (econômica e política) do Estado em sua perfeita prestação, resultaram na divisão e "devolução" dos "serviços públicos" às pessoas privadas, criando-se novo plexo de atividades - muitas delas consagradas no tempo como públicas e estatais, mas ora atendidas por particulares.

No caso brasileiro, a situação foi incrementada pelas reformas constitucionais e infra, através das quais o Estado deixou de exercer muitos serviços e atividades públicas, para limitar-se à área de atuação reputada essencial.²³⁷

Essa transferência da titularidade do exercício de serviços públicos leva consigo o princípio da responsabilidade objetiva. Não se trata mais de "responsabilidade do Estado", porém de "responsabilidade das pessoas prestadoras de serviços públicos". A clássica

A Responsabilidade Extracontratual do Estado no Direito Brasileiro, RDA 202/26-27, 1995.

²³⁷ A respeito do "Emendão" que resultou na Reforma Administrativa Federal, veja abaixo o tópico a respeito do Princípio da Eficiência, que trata da mutação do Direito Administrativo brasileiro. De qualquer forma, exemplo marcante é a Lei 9.637/98, que dispõe sobre as Organizações Sociais, "pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujas atividades sejam dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à

expressão desapareceu no tempo. É despropositada menção à natureza jurídica pública ou privada da pessoa responsável - todas têm o mesmo dever constitucional. Também irrelevante é o sujeito em questão, mas importa o conteúdo da atividade prestada.

Por fim, nem tampouco é considerável a regularidade no vínculo contratual que autoriza o exercício do serviço público. Esta questão diz respeito à relação jurídica Estado-Administração e pessoa de direito privado. A natureza objetiva do dever de indenizar entre prestador de serviço público e particular lesado é absoluta e não pode ser frustrada. Por exemplo, caso haja litígio entre Administração e particular que exerce serviço público, essa circunstância não tem o condão de derrogar a norma do § 6º do art. 37. O mesmo se põe em relação à pessoa física causadora do dano.

72. Ao contrário das Constituições anteriores, que adotavam as locuções "empregado" e "funcionário público",²³⁸ a Carta de 1988 valeu-se do termo "agente", vinculando-o literalmente às pessoas jurídicas "prestadoras de serviço público", isto é, trata-se de indivíduo inserido na expressão *agente público*, "a mais ampla que se pode conceber para

cultura e à saúde" (art. 1º). A essas pessoas privadas serão transferidos servidores, atividades e recursos públicos.

²³⁸ Na Constituição de 1824, "empregados públicos" (art. 179, inc. 29); nas demais, "funcionários públicos" (Constituição de 1891, art. 82; Constituição de 1934, art. 171; Constituição de 1937, art. 158; Constituição de 1946, art. 194; Constituição de 1967, art. 105 e EC de 1969, art. 107).

designar genérica e indistintamente os sujeitos que servem ao Poder Público como instrumentos expressivos de sua vontade ou ação, ainda quando o façam apenas ocasional ou episodicamente.”²³⁹

Não existe qualquer entrave à configuração da responsabilidade de toda e qualquer pessoa, estatal ou privada (Legislativo, Judiciário, Administração direta e indireta, pessoas privadas prestadoras de serviços públicos).

4) Responsabilidade objetiva - atos lícitos e ilícitos

73. As pessoas prestadoras de serviço público são responsáveis pelos prejuízos derivados de atos lícitos e ilícitos. “No caso de atos lícitos, haveria uma lesão de direitos, u’a mera lesão de direitos, enquanto no dano proveniente de ato ilícito haveria uma violação de direitos.”²⁴⁰

Dúvida alguma pode surgir quanto ao ressarcimento objetivo decorrente de atos ilícitos.

Já os danos causados por atos lícitos têm fundamento no princípio democrático e da igualdade. Na medida em que quem presta serviço público o faz em nome e benefício do povo, não se imaginaria que os danos daí decorrentes

²³⁹ Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, *Curso ... cit.*, p. 175. No mesmo sentido, Lúcia Valle FIGUEIREDO, *Curso ... cit.*, p. 506; Caio TÁCITO, *Responsabilidade do Estado ... cit.*, p. 23 e JUSTEN FILHO, *Concessões ... cit.*, pp. 137/138.

²⁴⁰ Weida ZANCANER, *Da Responsabilidade Extracontratual da Administração Pública*, Revista dos Tribunais, 1981, p. 37.

contra um dos membros dessa coletividade não fossem reparáveis.

Contudo, não será qualquer prejuízo genérico apto a gerar indenização. A lesão há de ser especial (específica da pessoa lesada), anormal (excluída do atuar comum na prestação do serviço público) e desproporcional ao benefício porventura obtido.²⁴¹ Não serão os ônus e fatos normais, usuais, próprios da vida em sociedade e do exercício de serviços públicos, passíveis de ser indenizados.

5) Responsabilidade objetiva - atos comissivos e omissivos

74. Entendemos que os atos submetidos ao regime da responsabilidade objetiva são tanto os comissivos quanto os omissivos.

No que diz respeito aos primeiros, o entendimento doutrinário é absolutamente pacífico.

A polêmica reside na responsabilidade objetiva derivada de atos omissivos. A boa doutrina brasileira acolheu os ensinamentos de Oswaldo Aranha BANDEIRA DE MELLO,²⁴² desenvolvidos ao máximo por Celso Antônio BANDEIRA DE

²⁴¹ Weida ZANCANER vai além e sustenta que os danos decorrentes de atos lícitos serão objeto de responsabilidade objetiva caso agreguem as seguintes características: a) certos e não-eventuais; b) atingirem situação jurídica legítima; c) anormais e d) especiais (*Da Responsabilidade ... cit.*, pp. 66/67).

²⁴² *Princípios Gerais de Direito Administrativo*, vol. II, Forense, 1974, pp. 482/487.

MELLO.²⁴³ Há poucas e significativas exceções.²⁴⁴ Daí porque o tema merece tratamento mais amplo.

75. Conforme exposto acima, ousamos sustentar que a responsabilidade objetiva prevista no § 6º do art. 37 incide sobre as condutas omissivas.²⁴⁵

Reputamos que a omissão é de extrema relevância no Direito Administrativo, pois refere-se sobretudo às pessoas em face das quais a lei impõe deveres jurídicos no interesse da coletividade. Se o agente não cumprir seu dever, deixando de comportar-se tal como ordena a lei (i. é, ilicitamente),²⁴⁶

²⁴³ *Curso ... cit.*, pp. 614/618. Compartilham desse entendimento Lúcia Valle FIGUEIREDO, *Curso ... cit.*, p. 231; Maria Helena DINIZ, *Código Civil Anotado*, Saraiva, 1995, p. 27 (ainda que se tratando de comentários ao art. 15 do C. Civil, a ilustre professora reporta-se ao texto constitucional) e DI PIETRO, *Direito Administrativo*, Atlas, 1998, p. 425.

²⁴⁴ Clóvis do COUTO E SILVA, *A Responsabilidade ... cit.*, pp. 23/24; Weida ZANCANER, *Da Responsabilidade ... cit.*, p. 62; JUSTEN FILHO, *Concessões ... cit.*, p. 139; SUNDFELD, *Fundamentos de Direito Público*, Malheiros, 1992, p. 175; Cármen L. A. ROCHA, *Princípios ... cit.*, p. 268 e ss.; FREITAS, *Responsabilidade Extracontratual do Estado*, in: *Estudos de Direito Administrativo*, Malheiros, 1995, p. 123.

²⁴⁵ Além das preciosas lições mencionadas na nota anterior, o raciocínio ora exposto foi desenvolvido com lastro nas obras dos seguintes autores: Luiz LUISI (*O Tipo Penal, a Teoria Finalista e a Nova Legislação Penal*, Sergio Fabris, 1987, pp. 93/99); Johannes WESSELS (*Direito Penal - Parte Geral*, Sergio Fabris, 1976, pp. 157/171); Heleno Cláudio FRAGOSO (*Lições de Direito Penal - A Nova Parte Geral*, Forense, 1985, pp. 237/248) e Alberto Silva FRANCO (*Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial*, notas e comentários ao art. 13, Revista dos Tribunais, 1995, pp. 130/149). Jamais se pretenderia sustentar absoluta identidade entre normas penais e administrativas. Sem abrir mão da intradisciplinaridade, recorreremos à teoria desenvolvida por tais mestres no que tange ao conceito normativo de omissão e suas consequências (ressalte-se: com as devidas ponderações e limitações para o Direito Administrativo).

²⁴⁶ Nosso entendimento pressupõe que o estudo da responsabilidade objetiva quanto à omissão refira-se a necessária *ilicitude* na ação omissiva. Sob qualquer ângulo, a omissão consubstancia determinada conduta (qualificada pelo não-fazer). Não se trata de categoria estranha aos demais comportamentos e ações humanas previstas em normas, não representa um *nada fático* ou um *nada jurídico*. Perante o ordenamento tem relevância o ato (e fato) enquanto realidade acolhida pelo sistema. Ora, a omissão configura conduta que descumpra mandamento normativo. Ao contrário, quando o agente *cumpra* regra legal de não-fazer, não está, tecnicamente,

e se tal *non facere quod debeat* resultar em prejuízo para terceiro, em nexó causal incontestável, parece-nos não haver dúvidas de que advirá responsabilidade objetiva de indenizar.

O Direito Administrativo é estruturado num complexo de deveres estabelecidos àqueles que exercem função pública. Trata-se de conjunto incindível de prescrições mandamentais - tenham elas caráter discricionário ou vinculativo. A atuação administrativa é constante dever, consubstanciado na "completa submissão da Administração às leis. Esta deve tão-somente obedecê-las, cumpri-las, pô-las em prática."²⁴⁷

76. Esse dever administrativo é expressado em várias formas. As normas prevêm tanto pautas genéricas de conduta, quanto aquelas certas e específicas. Assim, há deveres abstratos, que não se referem a determinado e especial comportamento a ser realizado pelo agente público. V.g., os princípios constitucionais da moralidade e eficiência disciplinam o todo do atuar administrativo, mas não consubstanciam a descrição de uma única e precisa conduta.

Por outro lado, há normas de conduta em sentido estrito, que disciplinam certo comportamento fático dos agentes, impondo positivamente a execução de determinada atividade estabelecida em lei.

omitindo-se. Está *fazendo* o que a norma ordena. O *facere quod debeat* não é simples omissão lícita, mas ação lícita. Não está incluído neste tópico do estudo por esse motivo - juridicamente considerado, o dano causado por omissão lícita o é por puro ato comissivo.

²⁴⁷ C.A. BANDEIRA DE MELLO, *Curso ... cit.*, p. 59.

Esse dever pode existir de forma positiva (*facere*) e negativa (*non facere*). O dever de *fazer* significa obrigação legal de concretizar conduta ativa certa, específica, própria e adequada para determinada situação fática. Há previsão do que só e tão-somente deve ser realizado.

Apresentaremos três exemplos dessa categoria normativa e nosso entendimento acerca das consequências de seu descumprimento omissivo.

76.1. O art. 1º da Lei 9.051/95 impõe que as “certidões para defesa de direitos e esclarecimento de situações”, requeridas à Administração direta e indireta, “deverão ser expedidas no prazo improrrogável de quinze dias, contados do registro do órgão expedidor”.

Imagine-se que o particular necessite dessa certidão para firmar contrato – público ou privado – de alto valor, derivado de vultosos investimentos. Cogite-se que o requerimento seja feito no prazo legal, dele constando os “esclarecimentos relativos aos fins e razões do pedido” (Lei 9.051, art. 2º).

Caso a Administração omita-se e não expeça nenhuma certidão no prazo legal, implicando não-contratação do particular justamente devido à ausência do documento legal, acreditamos que haverá responsabilidade objetiva com fundamento nessa omissão.

76.2. O segundo exemplo versa sobre a Medida Provisória n.º 1.669-42,²⁴⁸ que dispõe sobre o Cadastro Informativo dos créditos não quitados de órgãos e entidades federais (CADIN).

A inscrição no CADIN exige prévia observância do prazo de 60 dias da "comunicação ao devedor da existência de débito passível de inscrição naquele cadastro" (art. 2º, § 2º). Caso o particular comprove a regularidade da situação que deu origem à inscrição, obrigatoriamente "o órgão ou entidade responsável pelo registro procederá, no prazo de cinco dias úteis, à respectiva baixa" (art. 2º, § 5º). Além disso, a MP 1.669-42 traz elenco de negócios jurídico-administrativos proibidos pela "existência de registro no CADIN há mais de trinta dias" (art. 7º). Dentre eles estão "operações de crédito que envolvam utilização de recursos públicos" e "concessão de incentivos fiscais e financiamentos" (art. 6º, incs. I e II).

Imagine-se hipótese de particular que necessita de recursos públicos para obra regular, devidamente planejada e aprovada pela Administração. Quando da assinatura do contrato, constata-se que tal pessoa havia sido inscrita no CADIN há mais de trinta dias e a operação de crédito é cancelada, devido ao impedimento de celebrar o contrato e transferir os recursos. Surpreendido por tal fato, a pessoa

²⁴⁸ O texto utilizado refere-se à MP 1.669-42, de 27.12.98. Trata-se da absurda quadragésima segunda reedição de ato "relevante" e "urgente"

privada descobre que tal registro deu-se sem a regular comunicação; ou que seu pedido de baixa não foi apreciado tempestivamente. O administrado sofreu sérios danos devido a tais omissões do Estado.

76.3. O terceiro exemplo diz respeito à legislação de trânsito, instituída pela Lei 9.503/97,²⁴⁹ cujo art. 88 estabelece obrigação de sinalização plena nas estradas, proibindo a liberação de via que não esteja "devidamente sinalizada".

Suponha-se casos de liberação de via pública não sinalizada (típico às vésperas de eleições); estrada com quebra de ponte; queda da estrada para dentro de um rio ou máquina pesada na pista, após curva que impede sua visão. Todos fatos de ciência da autoridade competente, mas com total falta de sinais de trânsito.

Tais ausências da obrigatória sinalização podem resultar em acidentes com danos aos particulares que dirigiam seus veículos em estrito cumprimento ao Código Nacional de Trânsito.

(durante três anos e meio), vigente quando da escrita desta monografia.

²⁴⁹ Abstrair-se-á do § 3º do art. 1º da Lei 9503, que prevê expressamente que "Os órgãos e entidades componentes do Sistema Nacional de Trânsito respondem, no âmbito das respectivas competências, objetivamente, por danos causados aos cidadãos, em virtude de ação, omissão ou erro na execução e manutenção de programas, projetos e serviços que garantam o exercício do direito do trânsito seguro." (destaque nosso).

77. Os três casos acima narrados, trazidos apenas *exempli gratia*,²⁵⁰ indicam possibilidade da responsabilidade objetiva por ato omissivo.

Há mandamentos normativos que impõem comportamentos ativos à administração (expedir certidão; realizar notificação; dar baixa do registro e realizar sinalização perfeita). São atividades cogentes, que os agentes públicos devem concretizar sem qualquer impedimento.

Nestes casos, como em tantos outros, é irrelevante qualquer cogitação a respeito da "possibilidade" do agir. Em hipóteses onde a norma de Direito Administrativo determina o comportamento cogente, seu prazo e conseqüências, há pressuposto normativo implícito de que a conduta e seu termo final são viáveis ao titular da competência para agir.²⁵¹

78. Tais deveres são puramente normativos e envolvem juízos objetivos. Descartam eventual hermenêutica subjetiva ou recurso a conceitos sociais e pessoais. Na medida em que o

²⁵⁰ Além destes, o raciocínio pode ser estendido à omissão no desembarque alfandegário de mercadorias perecíveis, gerando sua perda; à "inauguração" formal de rodovia seguida da não-realização da obra e seu cancelamento posterior, estimulando investimento de particulares e conseqüente prejuízo; ao ato de agente ferroviário que deixa de acionar a cancela e ligar o aviso de que o trem se aproxima em alta velocidade, gerando acidente; à empresa hidroelétrica que, por falta de conduta técnica necessária, omite-se na ligação de energia elétrica e causa prejuízos a pessoas privadas; servidor que deixa de conceder o auxílio-funeral no prazo de 48 horas (Lei 8.112/90, art. 226). Todos estes exemplos dependem da legislação positiva, configuração fática e limites do caso concreto, mas configuram omissões objetivamente indenizáveis.

²⁵¹ Sem dúvida, haverá hipóteses excepcionais onde sobrevenha a impossibilidade da ação administrativa (greve dos servidores; falta de papel; falta de sinais de trânsito; demissão ou férias do servidor apto à prática do ato específico etc.). Porém, também aqui aplicar-se-á o regime

agente omite o comportamento devido, viola o princípio da legalidade. "A omissão juridicamente relevante é, pois, a que decorre da realização de uma ação finalista que não é aquela prevista em norma jurídica."²⁵²

79. Talvez a mais radical questão esteja no questionamento a respeito do "nexo causal" entre omissão e resultado danoso. Efetivamente, na medida em que a omissão é um não-fazer, uma abstenção que não causa imediata e diretamente o dano, mas lhe permite sobrevir; seria inviável atribuir a essa "ausência de condições impeditivas a categoria de causa."²⁵³

79.1. Ora, causa é o motivo determinante do fato, sem o qual este não teria ocorrido. Para o estudo da responsabilidade, trata-se do evento que determina a existência do resultado danoso. Nexo de causalidade é conexão entre dois fenômenos subseqüentes, em virtude da qual o segundo (efeito) é univocamente previsível a partir do primeiro (causa).

79.2. Na omissão, o não-fazer assume a categoria de condição e não de causa.²⁵⁴ Porém, vamos além e sustentamos

objetivo da responsabilidade. Talvez tais exceções prestem-se a vedar a responsabilização pessoal do agente, mas não da Administração.

²⁵² LUISI, *O Tipo Penal* ... cit., p. 96.

²⁵³ FRAGOSO, *Lições* ... cit., p. 245.

²⁵⁴ Essa é a lição de C. A. BANDEIRA DE MELLO, para quem a omissão ingressa na categoria de "condição do dano, e não causa. Causa é o fator que positivamente gera um resultado. Condição é o evento que não ocorreu, mas que, se houvera ocorrido, teria impedido o resultado." (*Curso* ... cit., p. 673).

que a omissão pode configurar condição *necessária e suficiente* à superveniência do evento danoso (mas não razão exclusiva de sua existência).

A condição atua extrinsecamente, tornando possível e facilitando o acontecimento danoso, de molde a ser impossível que a conduta prevista na norma seja hipoteticamente acrescentada aos fatos, sem que o resultado, em sua manifestação concreta, deixe de existir com "probabilidade beirando a certeza".²⁵⁵

Não se trata de *causa* em sentido estrito, mas de *conditio sine qua non*: condição na ausência da qual o dano não teria ocorrido; requisito sem o qual determinada causa não pode produzir o seu efeito.²⁵⁶ A *conditio sine qua non* torna possível a atuação da causa, positiva (criando condições apropriadas) ou negativamente (removendo obstáculos).

80. Nos exemplos acima descritos, há vínculo certo entre omissão e dano. A Administração não expediu certidão explicativa, o que impediu a contratação. Houve falta da notificação prévia para inscrição no CADIN, culminando na vedação ao recebimento de recursos públicos. Inexistia sinal de trânsito obrigatório, gerando o acidente. São motivos

²⁵⁵ WESSELS, *Direito Penal ... cit.*, p. 162.

²⁵⁶ Destaque-se que tampouco se pretende a chamada "regressão ao infinito". A análise das condições pressupõe limites e pressupostos lógico-normativos, avaliáveis segundo cada caso concreto.

necessários e suficientes aos danos, cognoscíveis de forma objetiva e imediata.

É nítida a imprescindibilidade da omissão para a produção do resultado danoso.

81. Bem verdade, poder-se-ia cogitar de casos onde a prova do vínculo entre omissão e dano não seja tão nítida - ou, mesmo, impossível. Porém, isso identicamente ocorre frente aos atos comissivos.

Trata-se de hipótese usual, onde se desvanece a responsabilidade objetiva nos danos causados pela conduta comissiva. Caso haja sérias dúvidas a respeito do nexo causal, a responsabilidade deverá ser apurada minuciosamente, através de processo (administrativo ou judicial). O resultado - prático e jurídico - é o mesmo.

Mesmo porque tanto causa quanto condição são apuradas *a posteriori* do evento danoso, em face do universo normativo que rege a hipótese concreta.

82. Assim e reforçando o acatamento à doutrina em sentido contrário, reputamos que os atos omissivos dão margem à responsabilidade objetiva, nos termos do § 6º do art. 37.

Vencida a parte geral do estudo da responsabilidade objetiva, cabe exame dessa matéria relativamente ao tema da presente monografia.

6) Responsabilidade objetiva e processo administrativo

83. Em face ao processo administrativo, consideramos que a responsabilização objetiva pode decorrer de três circunstâncias: instalação, condução e decisão. Atividades processuais específicas, cujo desempenho irregular pode dar margem a prejuízos aos particulares.

Desde logo, é importante frisar que a Lei 9784 não contém nenhum preceito a propósito da responsabilidade objetiva processual.

83.1. Na dicção de Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, cinco são as hipóteses de obrigatoriedade de instalação do processo administrativo: a) pedido de particular; b) quando a providência visada pela Administração envolver privação de liberdade ou de bens; c) quando a providência visada envolver litígio, controvérsia ou aplicação de sanções ao particular; d) quando houver exigência constitucional a respeito (concurso público, licitações etc.); e e) quando lei ou ato administrativo o previrem.²⁵⁷

Frise- que o art. 5º da Lei 9784 prevê expressamente que "o processo administrativo pode instalar-se de ofício ou a pedido do interessado." E o art. 9º traz rol de pessoas e entidades passíveis de ser qualificadas de "interessados".

²⁵⁷ Curso ... cit., pp. 369/370.

Assim, o processo administrativo não depende exclusivamente de pleito externo, mas muitas vezes deve ser iniciado *ex officio*. Porém, tanto num plano quanto noutro, configura dever da Administração. Caso contrário, não haveria razão à outorga de competência para sua instalação por imperativo do cargo. Nem tampouco teria razão de ser a outorga desse direito específico aos particulares.

Em não sendo instalado o processo e caso desse fato resulte prejuízo concreto às pessoas envolvidas, dar-se-á dever de indenizar. Tanto na hipótese de pedido recusado ou não-apreciado como naquelas de desconsideração da incumbência legal de instalar o processo. Também pouco importa se tal inação derivou da falta de conhecimento do servidor quanto ao dever legal de iniciar o processo; do excesso de trabalho; do atabalhoamento da máquina administrativa etc.. A responsabilidade é objetiva, deriva puramente do nexo entre o *facere* (ou *non facere quod debeatur*) e o dano dele resultante.

Por outro lado, também a instalação *ex officio* indevida gera responsabilidade à Administração. Imagine-se a hipótese de processo de apuração de responsabilidade funcional instalado espontaneamente pela autoridade, lastreado em pura perseguição pessoal. Trata-se de nítido desvio de poder, apto a gerar danos patrimoniais e morais, que importa responsabilidade da Administração.

83.2. O mesmo se dá quanto à condução do processo. A regra é a obrigatoriedade da evolução da relação processual; mediante a prática de atos que visem à concretização eficaz da seqüência lógica que atingirá o ato final.

A Administração não pode meramente "aguardar" manifestações formais para dar andamento ao rito procedimental. Nem tampouco "esquecer" o processo administrativo no aparelho burocrático. Mais do que isso, a seqüência de atos deve ser correta e prática. A Administração tem dever de concretizar o procedimento excelente, que atenda com precisão aos interesses em jogo. Não se admite procedimento protelatório ou enganoso.²⁵⁸

Tal como lecionou SEABRA FAGUNDES, o sobrestamento indevido do processo implica abuso de poder por omissão, pois é dever do administrador "decidir, dentro dos critérios normais de tempo, sobre qualquer requerimento que lhe seja presente",²⁵⁹ vez que "o não fazer o que deve ser feito por força de lei é tão violador do princípio de legalidade, quanto fazer aquilo que a lei proíbe."²⁶⁰

²⁵⁸ A vedação diz respeito a todas as partes envolvidas: interessados, Administração e terceiros. Porém, a responsabilidade objetiva diz respeito à Administração.

²⁵⁹ *Responsabilidade do Estado - Indenização por Retardada Decisão Administrativa*, RDP 57-58/12.

²⁶⁰ Ob. cit., p. 13.

A conclusão é a de que "quando a inércia da Administração acarreta prejuízo ponderável para o administrado, dá lugar à reparação."²⁶¹

"Nem mesmo o ser discricionária a competência do administrador, lhe exclui o dever de decidir, pontualmente, sobre as pretensões a ele submetidas. Porque a discricção conferida ao agente executivo não o converte, se diante de uma postulação, em senhor do calar ou do falar ..."²⁶²

Também no caso de vício quanto à condução do processo, incide a responsabilidade objetiva. Caso haja dano e este derive da inação administrativa, de conduta protelatória ou grosseiramente equivocada, daí emanará o dever de indenizar.

83.3. Talvez a hipótese mais complexa seja exatamente aquela da responsabilidade objetiva derivada da decisão, ela mesma.

Em se tratando de atos vinculados, não há dúvida. A prática dessa espécie de atos processuais - sejam meros despachos; decisões interlocutórias ou provimentos finais²⁶³ - é obrigatória à Administração. Por exemplo, caso o particular

²⁶¹ Ob. e loc. cit..

²⁶² Ob. cit., p. 14.

²⁶³ Mais uma vez, adotamos terminologia semelhante à do Direito Processual Civil: provimento final é ato que põe fim ao processo; decisões interlocutórias são atos que resolvem questões incidentes e, por exclusão, despachos são os demais atos, que não contêm propriamente uma decisão, mas dão continuidade formal ao procedimento.

comprove que completou 70 anos, sua aposentadoria é compulsória e imediata; caso o licitante habilitado ofereça o melhor preço em concorrência com tal objeto, somente este poderá ser contratado; caso o particular pleiteie produção de provas indispensáveis à solução de sua pretensão concreta e previstas em lei, estas deverão ser deferidas; caso o prazo legal para manifestação ou juntada de documentos seja de cinco dias úteis, não poderá ser diminuído; caso o particular protocole seu recurso administrativo no prazo legal, não poderá ser simplesmente descartado e não-conhecido etc..

Se o desatendimento ao ato vinculado importar, além da nulidade do ato, prejuízo ao particular, existirá dever de indenizar.

Já a responsabilidade objetiva em face de atos discricionários exige investigação mais profunda. Num primeiro momento, nítida é a responsabilidade vinculada ao tempo para a prática do ato. Havendo previsão legal dos termos inicial e final da conduta administrativa, pouco importa a natureza jurídica do ato. Discricionário ou vinculado, deve ser praticado no prazo de lei.

No que diz respeito ao conteúdo do ato discricionário, a aplicação da responsabilidade objetiva beira a impossibilidade. Somente em casos gritantes de desvios explícitos e teratológicos, que tornem incontroverso

o descumprimento à lei, será possível a responsabilização objetiva.

Decisões que alberguem meros erros não serão passíveis de dar margem a indenizações. Isso por vários motivos. Em primeiro lugar e tal como no Poder Judiciário, "por sua condição humana, o juiz está sujeito aos erros de julgamento e raciocínio ou ainda a ilusão dos sentidos, ..." ²⁶⁴ Depois, os erros de decidir são passíveis de revisão através de recursos, de plena aplicação no processo administrativo. Trata-se exatamente a razão de ser da existência do sistema recursal: avaliar e reformar decisões proferidas em erro (de fato ou de direito).

Afinal, os erros quanto ao conteúdo das decisões somente serão indenizáveis tal como o são frente ao Poder Judiciário, "até quando o juiz, ultrapassando os limites da razoabilidade na interpretação e aplicação das leis, profira decisões que causem danos injustificáveis às partes." ²⁶⁵ Contudo, somente em situações-limite, onde o desvio seja grotesco, em frontal desacordo com entendimentos já pacificados em absoluto, sem qualquer fundamentação nova e razoável, será possível a responsabilidade objetiva. Caso

²⁶⁴ A. B. COTRIM NETO, *Responsabilidade do Estado Por Atos de Juiz (Em Face da Constituição de 1988)*, RTDP 9/19.

²⁶⁵ José Augusto DELGADO, *A Demora na Entrega da Prestação Jurisdicional - Responsabilidade do Estado - Indenização*, RTDP 14/253.

contrário, dar-se-á responsabilidade dependente da prova do dolo ou culpa do agente.²⁶⁶

II.7. PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA

84. O exame do princípio da eficiência frente ao processo administrativo autoriza estudo mais aprofundado. Isso porque, apesar de previsto expressamente na Lei 9.784/99, veio a lume no direito pátrio através da EC n.º 19/98, tornando-se máxima constitucional da Administração Pública. Assim, a análise do princípio da eficiência procurará enfrentar sua origem e seu possível significado constitucional, indo além daquela realizada frente aos demais cânones do processo administrativo.

1) *Evolução histórica do princípio constitucional da eficiência no direito brasileiro*

85. O Poder Constituinte derivado, guiado pela motivação ideológica do governo federal, instalou série continuada de mudanças no texto constitucional brasileiro - especialmente a partir da EC n.º 5/95. Tais alterações tiveram como lastro concepções diversas daquelas adotadas na

²⁶⁶ O art. 133 do CPC prevê que o juiz "responderá por perdas e danos quando: I - no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude; II - recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar de ofício, ou a requerimento da parte."

Carta de 1988, especialmente com referência à ordem econômica e político-administrativa estatal.²⁶⁷

86. Nesse contexto, o Ministério da Administração Pública e Reforma do Estado desenvolveu aquilo que se denominou de *reforma gerencial do Estado*. Pretendeu-se extinguir a chamada administração burocrática e criar um sistema denominado de *racionalidade administrativa* segundo os fins.²⁶⁸

Isso deu-se especialmente através da pretensão à *descentralização* estatal; *parcerias* com a iniciativa privada e *valorização* da *competência* e *eficiência* da Administração Pública. Visava-se a instalar a denominada "Administração Pública Gerencial".²⁶⁹

87. A intenção básica da Reforma Administrativa inicialmente tomou substância na Proposta de Emenda

²⁶⁷ O Poder Executivo federal partiu da expressão chã da "ingovernabilidade" do Estado brasileiro, caso não houvesse radicais reformas na Constituição. Visou a "adaptar" a Constituição a seu desiderato econômico-administrativo (simultaneamente "acomodando" a legislação infraconstitucional, especialmente através de Medidas Provisórias). A respeito dessa "inversão" do sistema normativo como uma das diretrizes do princípio da eficiência, confira-se o pensamento de BACELLAR FILHO, *Princípios Constitucionais ... cit.*, pp. 194/195. Veja-se o conceito dos fenômenos "governabilidade" e "não-governabilidade", bem como de suas distorções, no texto *Governabilidade*, de Gianfranco PASQUINO, no *Dicionário de Política*, organizado por BOBBIO, MATTEUCCI e PASQUINO (vol. 1, Linha Gráfica e UnB, 1991, pp. 547/553).

²⁶⁸ A respeito da proposta do Governo Federal, confira-se Luiz Carlos BRESSER PEREIRA, *Reforma do Estado Para a Cidadania*, ENAP e Editora 34, 1998, *passim*. Sobre o histórico da proposta e sua evolução, veja-se a obra de Cláudia Fernanda de Oliveira PEREIRA, *Reforma Administrativa*, Brasília Jurídica, 1998, especialmente pp. 88/91; 102/112 e 162/165.

²⁶⁹ Veja-se a obra coletiva organizada por Vera PETRUCCI e Letícia SCHWARZ, *Administração Pública Gerencial: A reforma de 1995*, Editora UnB e ENAP, 1999. O livro trata das intenções e ações consubstanciadas na Reforma Administrativa, sob os planos político, jurídico e administrativo.

Constitucional n.º 173/95, encaminhada pelo Poder Executivo ao Congresso Nacional.

A Proposta foi rejeitada quase que integralmente pela Comissão de Constituição e Justiça, da Câmara dos Deputados. Desse fato derivou a instalação de Comissão Especial, cujo relator lavrou nova redação à Proposta de Emenda, em certos aspectos ampliativa das teses do Poder Executivo.

88. A nova redação do Projeto de Emenda inseriu, no *caput* do art. 37, um princípio denominado de *qualidade do serviço prestado*.

Previsão inédita, seu fundamento era a proteção ao usuário, visando à qualidade no planejamento, execução e controle das atividades de serviço público. Esse princípio não sobreviveu, pois a redação final da Emenda n.º 19/98 suprimiu-o e o substituiu pelo mais genérico *princípio da eficiência*.

89. Assim deu-se a inserção do "princípio da eficiência", no *caput* do art. 37, como diretriz da Administração Pública (EC n.º 19/98, art. 3º) - tal como se fosse possível alterar instantaneamente os parâmetros da ação administrativa "pelo simples efeito de máximas gerais ou de largos princípios, sem recurso a uma multidão de decisões

particulares que as implementem e resolvam os problemas concretos imprevisíveis."²⁷⁰

Mais do que isso, a Emenda n.º 19/98 pretendeu outorgar à Administração Pública uma máxima não-jurídica, típica da Administração e Economia, que se referem basicamente ao desempenho de entes privados. Para tais Ciências, o conceito do termo "eficiência" pertence à relação entre trabalho, tempo, investimento e resultado lucrativo obtido em determinada ação empresarial; é o vínculo entre custos e produto final. Ou seja, insere conceitos e objetivos absolutamente diversos daqueles essenciais à Administração Pública, num Estado Democrático de Direito.

A hipótese remete à advertência de LASSALE, ao estabelecer a clássica diferença entre "Constituição real e verdadeira" e "Constituições escritas nas folhas de papel", "cuja missão é a de estabelecer *documentalmente*, numa folha de papel, todas as instituições e princípios do governo vigente."²⁷¹

2) Exame extrajurídico do princípio constitucional da eficiência no direito brasileiro

90. Consideramos que não há crítica positiva a ser feita, no âmbito estritamente político-jurídico. É um

²⁷⁰ COMPARATO, *Um Quadro Institucional ... cit.*, p. 404. A lição diz respeito à "situação socioeconômica, estabelecida longevamente nas instituições e na mentalidade dos povos", mas a analogia é perfeita.

²⁷¹ Ferdinand LASSALE, *A Essência da Constituição*, Liber Juris, 1985, p. 31.

despropósito a transposição de parâmetro da administração gerencial privada competitiva, elevando-o, sem mais, à condição de princípio constitucional.

Por um lado e conforme já mencionado, não se trata de princípio jurídico, muito menos poderia ser alçado à condição de norma constitucional.

Por outro, sua inserção não gerará nenhuma novidade ou benefício concreto. O controle da eficiência não parte de norma genérica e abstrata de conduta. Exige configuração precisa e minuciosa, mediante pautas de comportamento predefinidas - que estabeleçam normativamente o alcance de específicos resultados e a utilização dos recursos certos. Caso contrário, inexistirá a "relação" definidora da eficiência.

Por fim, não há qualquer inovação constitucional (ou infra), que exija a inserção de tal princípio na Carta Magna. As atuais mutações da atividade administrativa pública dizem respeito ou à empresa privada (que tem por gênese a eficiência, independentemente de qualquer previsão normativa) ou às atividades públicas essenciais,²⁷² especialmente não-lucrativas.

²⁷² Nesta expressão pretendemos inserir os serviços públicos privativos e exclusivos do Estado, que não podem ser transferidos a particulares, "sem colocar em risco a existência de um Estado Democrático de Direito" (JUSTEN FILHO, *Concessões ... cit.*, p. 61). Também conhecida por "núcleo estratégico", "núcleo de competências públicas" e "núcleo dos poderes estatais".

91. Atente-se para o fato de que a inserção da eficiência como princípio constitucional pode causar sérias distorções, que devem ser desde logo afastadas. No setor privado, eficiência é a relação estrita entre objetivos lucrativos (resultados previstos) e eficácia da atividade (excelente utilização dos recursos disponíveis). O fim dessas atividades não é a estrita obediência e respeito ao cidadão. As condutas são desenvolvidas essencialmente em favor da pessoa prestadora do serviço. Quando muito, o terceiro (cliente, não cidadão) é atendido com maior atenção visando-se ao objetivo da própria administração empresarial (lucro). Mais do que isso, o cliente está em posição jurídica absolutamente diversa do cidadão: este é *titular* dos bens e poder públicos, outorgados a seus representantes para exercício evolutivo dos serviços criados em seu benefício.²⁷³

Ora, a Administração Pública não pode ser orientada para a questão dos lucros sobre capital - olvidando ou deixando como questão secundária as implicações sociais primárias da atividade administrativa. Seria celebração peremptória, como máxima constitucional, de interesses públicos secundários.

92. Outro sério risco que eventual interpretação econômico-administrativa do princípio pode gerar é aquele da

²⁷³ Esta peculiaridade não existe nas atividades privadas - em que as empresas são titulares de bens e serviços e o cliente usufrui dos

"derrogação" ou "atenuação" de outras normas (constitucionais e infra), em favor do princípio da eficiência.

Ou seja, a Administração pretender transpor previsões normativas - quer implícitas, quer explícitas - em favor de sua "eficiência".

93. Em verdade, chegou-se ao máximo do fenômeno da *inversão normativa*. Como se não bastasse subordinar a ação administrativa do Estado à *mutação constitucional*, à *adaptação constitucional*, dentro do lugar-comum da *ingovernabilidade*; inseriu-se na Constituição, como máxima do Direito Administrativo, norma peculiar à administração privada.

Trata-se de perigoso *procedimento de privatização interna* da Administração Pública, que configura desprezo à essencial diferença entre regras legais e princípios constitucionais, como também às prerrogativas e deveres de cada espécie de atividade.

Ao estabelecer a "eficiência" como razão maior da conduta administrativa pública, aumentam-se os sempre constantes perigos de desvios inerentes a essa atividade. Num Estado Democrático de Direito, a busca primordial dos entes administrativos não é puramente a eficiência *stricto sensu*, mas o respeito aos cidadãos e o atendimento ao seu bem-estar; a realização dos direitos fundamentais do homem. O

benefícios na justa medida em que possa arcar com seus custos.

engajamento dos servidores públicos não pode ter como móvel eventual dever de "qualidade total" do serviço.²⁷⁴

Quando muito, a eficiência é instrumental, servindo de agente para êxito na execução dos demais princípios constitucionais. Não é um fim em si mesmo.

3) Regras para a interpretação positiva do princípio constitucional da eficiência

94. Por mais contraditório que possa parecer em face do já exposto, cremos que ao intérprete não cabe a pura tarefa de crítico negativo. Há, quando menos, três regras hermenêuticas que *impõem* tal vedação.

94.1. Em primeiro lugar, devemos obediência ao pressuposto do *legislador racional*, "construção dogmática que não se confunde com o legislador normativo ... nem com o legislador real". [...] "Por meio da língua hermenêutica reconstrói-se o discurso do ordenamento, como se o intérprete 'fizesse de conta que' suas normas compusessem um todo harmônico, capaz, então, de ter um sentido na realidade."²⁷⁵

²⁷⁴ Deixe-se claro que jamais defenderíamos a "falta de qualidade" no exercício da função pública. Ao contrário. A questão primordial abordada é a impossibilidade de depauperação da essência jurídica do serviço público em face de parâmetros administrativos privados, basicamente desenvolvidos pelas Ciências da Administração e Economia para pessoas privadas, em relações de direito privado.

²⁷⁵ FERRAZ JR., *Introdução* ... cit., pp. 254 e 255. Ampliar em Juarez FREITAS, que enumera dez regras hermenêuticas (sistematizar, hierarquizar, unificar, fundamentar, manejar o metacritério da hierarquização axiológica, sintetizar, relacionar, bem diagnosticar, concretizar a máxima justiça possível e aperfeiçoar) direcionadas a "uma exegese epistemológica voltada para a consecução daquelas finalidades coincidentes com a teleologia superior dos Estados Democráticos de Direito." (*A Interpretação Sistemática do Direito*, Malheiros, 1995, p. 114).

Ainda que sustentemos eventuais vícios no texto positivado, a interpretação há de enriquecê-lo e suprimir os eventuais desvios, pressupondo a existência de um legislador *ideal*.

94.2. Depois, valemo-nos da regra de que o texto constitucional não contém unicamente termos técnicos ou científicos, mas *linguagem vulgar*, cuja compreensão é aquela de *pleno acesso* ao povo. A Lei Suprema resulta de outorga popular ao Poder Constituinte. Há de ser cognoscível por todos os cidadãos e assim deve ser interpretada.

Lembre-se a lição de Peter HÄBERLE, para quem “a teoria da interpretação deve ser garantida sob a influência da teoria democrática. Portanto, é impensável uma interpretação da Constituição sem o cidadão ativo”.

“Todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma e que vive com este contexto é, indireta ou, até mesmo diretamente, um intérprete dessa norma. O destinatário da norma é participante ativo, muito mais ativo do que se pode supor tradicionalmente, do processo hermenêutico. Como não são apenas os intérpretes jurídicos da Constituição que vivem a norma, não detêm eles o monopólio da interpretação da Constituição.”²⁷⁶

94.3. Ao final, também pretendemos aplicar à presente análise a regra segundo a qual as normas geradoras de

direitos sociais devem ser interpretadas em sua máxima amplitude possível.

Mediante a combinação das regras hermenêuticas do legislador racional e interpretação popular, acreditamos que o conteúdo jurídico do princípio da eficiência pode encerrar norma que garanta e amplie os direitos sociais. Daí porque a possibilidade de atingir o máximo de benefícios concretos ao cidadão.

95. Em resumo, essa é a procura necessária ao hermeneuta jurídico. Na hipótese em análise, abrir mão do conceito econômico-administrativo de "eficiência" e tentar criar visão puramente jurídica do tema. Interpretar a Constituição de forma coerente e integrada, a fim de sedimentar entendimento específico de Direito Constitucional Administrativo.

Compreensão esta não preordenada por preconceitos acadêmicos nem por símbolos exógenos à coerência interna da Constituição.

4) Princípios de Direito Comparado

96. Na medida em que o princípio é absolutamente novo no direito brasileiro, realizaremos prévia análise (puramente descritiva, acrítica e sintética) dos ordenamentos espanhol, italiano e português - que possuem disposições normativas

²⁷⁶ *Hermenêutica Constitucional*, Sergio Fabris, 1997, pp. 14/15.

semelhantes, tanto nas Cartas Magnas, como na legislação processual-administrativa.

Este estudo sumário procurará investigar eventual relação entre os preceitos dos ordenamentos estrangeiros com a noção de eficiência, especialmente face à Administração Pública.

a) Direito espanhol e o 'princípio da eficácia'

97. Em Espanha, o art. 103.1 da Constituição de 1978 prevê o "princípio da eficácia".²⁷⁷ Trata-se de mandamento semelhante à "eficiência" prevista no Texto Maior brasileiro, não quanto ao seu conteúdo, mas certamente ao objetivo visado pelo Legislador Constituinte.²⁷⁸

Por outro lado, a Lei do Regime Jurídico das Administrações Públicas e do Procedimento Administrativo Comum (Lei 30/92, conhecida por L.A.P.) prevê o "critério da eficiência" da Administração.²⁷⁹

²⁷⁷ In verbis: "1. La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, consometimiento pleno a la ley y al Derecho." (texto já transcrito acima, mas ora consignado para sua compreensão integral no que tange à matéria em pauta.)

²⁷⁸ Segundo a Organização de Cooperação e Desenvolvimento Económico (OECD - Organization for Economic Co-Operation and Development), entidade da qual o Estado espanhol faz parte, *eficácia* significa a consecução do resultado que corresponde aos objetivos ou normas preestabelecidas pela organização ou sistema; *eficiência* é a capacidade de obtenção dos objetivos fixados em razão dos meios disponíveis (apud Manuel ALVAREZ RICO, *Principios Constitucionales de Organización de las Administraciones Publicas*, Dykinson, 1997, p. 160).

²⁷⁹ Eis o texto do artigo 3.2: "Las Administraciones Públicas, en sus relaciones, se rigen por el principio de cooperación, y en su actuación por los criterios de eficiencia y servicio a los ciudadanos."

97.1. Parte da doutrina espanhola opôs-se à inserção de tal princípio no ordenamento constitucional. Para Garrido FALLA, a previsão é dispensável, pois juridicamente desprovida de valor. Há sérias dúvidas se tratar-se-ia de uma questão constitucional, especialmente devido à "falta de conseqüências jurídicas que a constitucionalização do termo comporta", pois, "à margem do que a Constituição diga a respeito disso, uma Administração que atua ineficazmente será uma má Administração."²⁸⁰

Porém, o princípio também recebeu boa acolhida, através de manifestações que revelaram aspectos positivos de tal previsão. Vejamos, de forma extremamente sumária, sete delas.

97.2. Para Luciano PAREJO ALFONSO,²⁸¹ eficiência e eficácia assumem especial relevância no Direito Administrativo espanhol contemporâneo - o que não significa desconsideração ou substituição das máximas jurídicas tradicionais de um Estado Democrático de Direito.²⁸²

²⁸⁰ Garrido FALLA, *Comentarios a la Constitución*, 1980, p. 1027 - apud ALVAREZ RICO, p. 167.

²⁸¹ Todos os doutrinadores espanhóis a seguir mencionados, à exceção de GARCÍA DE ENTERRÍA e FERNÁNDEZ, citam e encampam os ensinamentos de PAREJO ALFONSO, especialmente o estudo a seguir analisado: *La Eficacia, Principio de la Actuación de la Administración*, in: *Eficacia y Administración*, Ministerio para Las Administraciones Públicas, Madri, 1995. A exposição desse autor é ampla e aborda o princípio sob os mais diversos ângulos, o que obriga a sumariê-lo da descrição ora efetuada (exclusivamente os aspectos que reputamos pertinentes ao nosso trabalho).

²⁸² Para o autor, eficácia e eficiência são valores que operam no plano das demandas político-sociais, quando muito em eventual tensão dialética com os princípios "clássicos" do Direito Administrativo - em

O autor realiza análise vernaculista geral, passando pela Ciência Econômica e Teoria da Organização, para chegar à noção propriamente de Ciência Jurídica dos vocábulos.²⁸³

Ao analisar os termos sob o aspecto "jurídico-público", PAREJO ALFONSO parte do pressuposto de que, se ao tempo do chamado Estado Liberal de Direito a noção de eficácia poderia ficar limitada àquela "clássica de eficácia jurídica das normas e atos", com a fórmula do Estado Social de Direito a atividade estatal é vista em termos de cumprimento de fins e objetivos, "de produção pelo Estado de resultados e, portanto, de rendimento de suas organizações, essencialmente as administrativas."²⁸⁴

O autor estabelece três pontos para o enfrentamento jurídico da matéria: a) a positivação constitucional da eficácia e eficiência como bens jurídicos (ao definir o Estado espanhol como Social e Democrático de Direito, a Constituição impõe dever estatal de ação, que tem a eficiência como princípio substantivo da programação e execução do gasto público e a eficácia como diretriz da organização administrativa); b) a eficácia segundo a doutrina

especial, legalidade e legitimação democrática do poder público (ob. cit., p. 89).

²⁸³ Acreditamos ser necessário chamar a atenção para esse enfrentamento multidisciplinar, justamente para afastar da análise jurídica eventual subordinação a disciplinas estranhas à Ciência do Direito. Quando muito, é imprescindível a transparência.

²⁸⁴ Ob. cit., p. 99.

jurisprudencial (o Tribunal Constitucional espanhol definiu a eficácia como princípio jurídico - essencial, genérico e vinculante) e c) a eficácia e sua relação com a eficiência, segundo a doutrina científica (específica aptidão da Administração para agir em cumprimento de suas finalidades e exigência de produção de resultados efetivos).²⁸⁵

Sob esse último aspecto, PAREJO ALFONSO ressalta a qualidade da eficácia como princípio jurídico geral, pois formaliza valor constitucionalmente protegido (realização do interesse geral, predeterminado pelo ordenamento); determina a situação jurídica que exige de modo incondicionado; define a Administração como responsável pela realização da situação jurídica e, devido ao seu conteúdo, contém a exigência da eficiência administrativa.²⁸⁶

Em suma, a eficácia é princípio que justifica, explica e governa a máxima da Administração como "Constituição que se faz ou torna-se ativa".²⁸⁷ O autor refuta qualquer aparência de contradição entre o princípio estudado e a legalidade, pois a eficácia "faz parte de uma ordem

²⁸⁵ Ob. cit., pp. 99/105.

²⁸⁶ Ob. cit., p. 106. O autor ressalta a diferença entre eficiência e eficácia, sob o plano jurídico, pois ambos os princípios "têm conteúdo e raios de ação distintos. O primeiro circunscreve-se aos recursos públicos que possibilitam a ação do Estado ou gasto público, tem por destinatário a todos quantos poderes públicos tenham disposição sobre a determinação, disposição, atribuição e aplicação de tais recursos [...] e predica exclusivamente a melhor gestão possível ..." (p. 106/107). Como será visto abaixo, reputamos que tal entendimento pode ser defendido em face do ordenamento espanhol, não do brasileiro.

²⁸⁷ A frase é de Lorenz von STEIN, em monografia de 1888, *apud* PAREJO ALFONSO, pp. 107/108.

constitucional específica (da qual deve predicar-se, da mesma forma que da própria Constituição, a unidade) em que, simultaneamente, figura a exigência radical da submissão plena à Lei e ao Direito".²⁸⁸

Daí sua conclusão de que "a eficácia postulada pelo estatuto constitucional da Administração é uma eficácia no Direito", excluindo "qualquer intento de encontrar um significado autônomo da eficácia".²⁸⁹

97.3. Alberto PALOMAR OLMEDA destaca que compreender o princípio em termos puramente empresariais "não é admissível no âmbito do Direito Público", definindo-o como exigência de uma atuação administrativa "que permita a melhor satisfação dos interesses públicos e que não viva à margem dos mesmos."²⁹⁰

O princípio determina "a necessidade de orientar o funcionamento da Administração de forma que seja possível satisfazer os interesses gerais para que satisfaçam a coletividade e que não imponham uma dinâmica própria de carácter administrativo que isole a Organização Administrativa do contexto que justifica sua existência", refletindo "nas

²⁸⁸ Ob. e loc. citis..

²⁸⁹ Ob. cit., p. 109. Uma vez realizada a definição jurídica, o autor avança e analisa o porquê da exigência da eficácia na Administração espanhola; a especificidade da eficácia administrativa; os condicionantes e limites da eficácia etc. - questões interessantes, mas que transbordam o motivo da presente exposição de direito comparado.

²⁹⁰ *La organización Administrativa: Tendencias e Situación Actual*, Comares, 1998, pp. 100 e 101.

pautas de comportamento da Administração, que só se legitima se realmente satisfaz os interesses sociais.”²⁹¹

97.4. Juan José Díez SÁNCHEZ destaca o “duplo alcance” do princípio da eficácia, no sentido de que a) a Administração só pode ser eficaz quando satisfaça sua finalidade (interesse público) e b) não basta a concretização das tarefas, mas estas devem ter qualidades positivas (economicidade e utilidade pública).²⁹² Rechaça a “falsa oposição entre legalidade e eficácia”, pois é imperioso que o cumprimento à eficácia dê-se através do estrito respeito à lei.²⁹³

Em relação ao procedimento administrativo, afirma que são manifestações processuais da eficácia os princípios da economia processual (vedação a trâmites e atos inúteis, retrocesso processual e excesso de formalismo) e *in dubio pro actione* (garantia do direito de ação e da decisão sobre o objeto do processo).²⁹⁴

97.5. Manuel ALVAREZ RICO considera a eficácia como síntese dos demais princípios de organização administrativa, representando “uma qualidade da prestação administrativa que se mede pelos resultados da real vigência do Estado Social de Direito no âmbito administrativo, e requisito de validade do ato administrativo”, tendo como norte “a satisfação do

²⁹¹ Idem, p. 102.

²⁹² *El Procedimiento Administrativo Comum y La Doctrina Constitucional*, Civitas, 1992, p. 89.

²⁹³ Idem, p. 90.

²⁹⁴ Idem, pp. 93/96.

interesse geral prefigurado na própria Constituição e desenvolvido pela legislação ordinária.”²⁹⁵

97.6. Marcos GOMEZ PUENTE inicia sua análise com a premissa de que “a lei determina à Administração a realização de uma série de objetivos, põe à sua disposição uma série de recursos jurídicos e materiais para alcançá-los e assinala uma série de regras pelas quais deve reger-se a atividade administrativa, porque não quer ignorar o modo pelo qual ela se concretiza.”²⁹⁶

Essa é perspectiva formal através da qual se avalia a eficácia da atividade administrativa, não “em termos absolutos pela relação objetivos-meios-resultados, mas por outra mais completa, do método objetivos-meios-modos-resultados, em que a normativa legal resulta decisiva. Na lógica do Estado social de Direito não vale o resultado a qualquer preço.”²⁹⁷

97.7. Analisando os denominados “princípios de ação administrativa” da L.A.P., Fernando SÁINZ MORENO consigna que o princípio constitucional da eficácia se completa com o critério da eficiência previsto na legislação ordinária, resultando de sua conjugação que “a Administração deve estar organizada e dotada de meios jurídicos e materiais para o

²⁹⁵ *Principios Constitucionales* .. cit., p. 171.

²⁹⁶ *La Inactividad de la Administracion*, Aranzadi, 1997, p. 48.

²⁹⁷ Ob. e loc. Cit..

melhor, mais rápido e econômico serviço dos interesses gerais garantidos pelo ordenamento jurídico.”²⁹⁸

Processualmente, são manifestações de tais princípios a liberdade de formas; a concentração (de indivíduos, atos e procedimentos); a celeridade (impulso oficial e impedimento a atrasos anormais); eficácia imediata dos atos administrativos e, sobretudo, “a vinculação da Administração aos objetivos que o ordenamento jurídico estabelece”.²⁹⁹

97.8. Ao tratar do processo administrativo em seu *Curso de Derecho Administrativo*, Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA e Tomás-Ramón FERNÁNDEZ identificam os princípios da eficácia e eficiência ao princípio geral da economia processual.³⁰⁰

b) Direito italiano e o ‘princípio do bom andamento’

98. A Constituição italiana, em seu art. 97, criou o princípio do “bom andamento” da Administração.³⁰¹ Tal máxima tem inúmeras interpretações quanto ao seu significado, muitas delas sustentando sua identidade com o “princípio da eficiência” administrativa.

²⁹⁸ *Principios y ambito de Aplicacion de la L.A.P.*, in: *Administraciones Públicas y Ciudadanos*, Praxis, 1993, p. 131.

²⁹⁹ Ob. cit., pp. 133/136.

³⁰⁰ *Curso de Derecho Administrativo*, vol. II, Civitas, 1997, pp. 454/456.

³⁰¹ A previsão está no primeiro parágrafo do art. 97: “*I pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge, in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione.*”

98.1. Antonio ANDREANI lavrou obra vigorosa, onde analisa desde o aspecto "político" do princípio constitucional até suas conseqüências frente à jurisdição administrativa.³⁰²

O autor descreve as linhas doutrinárias que desenvolveram o conceito do princípio do bom andamento: a) a máxima constitucional seria meramente programática; b) o princípio seria identificável com o dever de boa administração ou reconduzível a um princípio técnico de eficiência; c) constitui uma modalidade de exercício do poder administrativo. A opinião que associa o princípio do bom andamento ao da eficiência tornou-se a mais seguida na doutrina italiana.³⁰³

Porém e apesar do desenvolvimento moderno do conceito jurídico-formal de eficiência, ANDREANI reputa-o insuficiente para produzir comandos operativos, pois "não exprime um valor e um princípio diretivo em si, mas seria somente um expediente conceitual, uma categoria de comodismo."³⁰⁴

Por um lado, a fórmula enuncia um valor da organização administrativa, descurando do aspecto funcional. Por outro, está limitada a um momento de potencialidade. "A organização é eficiente, é elástica e portanto idônea a

³⁰² *Il Principio Costituzionale di Buon Andamento della Pubblica Amministrazione*, Cedam, 1979.

³⁰³ Ob. cit., p. 19.

³⁰⁴ Ob. cit., p. 23.

*produzir a satisfação dos interesses; a ação é também eficiente e elástica e portanto idônea a produzir a satisfação do interesse; mas a respeito do resultado/fim da organização e da ação (a satisfação dos interesses públicos) a fórmula da eficiência não é predicável; isto porque não se pode dizer: o resultado desta ação é eficiente; o resultado é bom ou não bom, não é eficiente ou elástico.”*³⁰⁵

Ao contrário, o autor reputa que a fórmula constitucional do bom andamento exprime uma valorização final, da ação como resultado, que não pode ser ignorada. Envolve o modo pelo qual o poder é exercitado, em função da coexistência do poder com sua respectiva realização e expansão concreta. Assim, o princípio do bom andamento não pode perder seu valor preceptivo aplicável à atividade e conservar mera importância descritiva de uma fenomenologia, conatural a todo ordenamento.³⁰⁶

A eficiência, ao contrário, significa um valor fático-econômico (“emprego ótimo dos fatores à disposição da administração”, “máximo resultado com os menores recursos” etc.). Se pretender-se fornecer uma noção jurídica mais abstrata e omnicomprensiva, a eficiência seria a máxima realização dos valores tutelados pelo ordenamento; a compatibilidade entre objetivos, proporcionalidade dos meios

³⁰⁵ Ob. cit., p. 24.

³⁰⁶ Ob. cit., pp. 24/25.

e resultados ... tudo o que a Constituição italiana exprime com a fórmula da imparcialidade e bom andamento.³⁰⁷

Em suma, o princípio da eficiência não é juridicamente perfeito; porém, se o fosse, configura um *minus* em relação ao princípio do bom andamento.

98.2. Para SANDULLI, o princípio do bom andamento refere-se à exigência de que a ação administrativa seja eficiente e apropriada ("congruente"), visando à satisfação das exigências do interesse coletivo geral e interesse coletivo específico do caso concreto, desde que respeitada a lei. Busca assegurar prontidão, simplicidade, rapidez, rendimento e pontual adequação da conduta administrativa.³⁰⁸

98.3. Franco BASSI trata o tema como "princípio da boa administração ou da eficiência", destacando que a Administração Pública deve valer-se de critérios de diligência e inteligência médias, de molde a assegurar a eficiência da atividade administrativa. Não se exige a solução ótima, mas aquela da qual é capaz o administrador comum, em equivalência à máxima do *bonus pater familias* do direito privado.³⁰⁹

98.4. O constitucionalista Temistocle MARTINES associa os princípios do bom andamento e imparcialidade, consignando

³⁰⁷ Ob. cit., p. 25.

³⁰⁸ *Manuale di Diritto Amministrativo*, vol. 1, Jovene, 1989, pp. 584/585.

³⁰⁹ *Lezioni di Diritto Amministrativo*, Giuffrè, 1995, p. 63.

que, de um lado, a organização administrativa deve agir com a maior eficiência e eficácia e, de outro, assegurar a realização do interesse coletivo sem sofrer influência da parte interessada.³¹⁰

c) Direito português e o 'princípio da eficiência'

99. Em Portugal, não há previsão explícita no diploma constitucional, mas no Código de Procedimento Administrativo (Lei n.º 32/91 e Decreto-Lei n.º 422/91).

99.1. João Carlos Simões Gonçalves LOUREIRO, reputa que "Entendido em sentido amplo, o princípio da eficiência tem dignidade constitucional", pois "Basta lançar mão da cláusula do Estado Social".³¹¹ Para esse administrativista, a "eficiência é um pedra fundamental do moderno Estado de Direito", pois "o começo do século XX político consagrou a viragem no sentido da assunção de responsabilidades sociais pelo Estado".

Depois de analisar as perspectivas econômicas e sociológicas do conceito, LOUREIRO propõe "uma noção juridicamente relevante de eficiência".³¹²

Num primeiro momento, frisa a ambigüidade do termo, analisando os conceitos de *produtividade* (variações que pode registrar o produto, como consequência das combinações entre

³¹⁰ *Diritto Costituzionale*, Giuffrè, 1997, p. 439.

³¹¹ *O Procedimento Administrativo entre a Eficiência e a Garantia dos Particulares*, Coimbra Editora, 1995, p. 133.

³¹² Ob. cit., pp. 124/126.

fatores produtivos); *racionalização* (critério de produtividade, também sinônimo de eficiência *stricto sensu*); *eficácia* (relações entre objetivos e resultados); *princípio do bom andamento* (visa a assegurar uma atividade e um resultado) e *praticabilidade* (a vida como realidade fundamental que o direito procura servir).³¹³

Essa variação conceitual faz com que LOUREIRO proponha a eficiência como um superconceito, compreendendo diversas dimensões com relevância jurídica. Seriam elas:

- a) realização eficaz de fins pré-dados, comportando planos macroscópico (eficácia da Administração como um todo), mesoscópico (realização de interesses públicos secundários) e microscópico (realização concreta e eficaz dos fins pré-dados);
- b) modo de realização ótima da Administração, partindo de um conceito formal de eficiência (relação meios-fins) para atingir a exigência de otimização de meios num campo de racionalidade teleológica;
- c) exigências de celeridade pelas quais se deve pautar a Administração, e
- d) incidência do princípio da economia.³¹⁴

³¹³ Ob. cit., pp. 127/131.

³¹⁴ Ob. cit., pp. 131/132.

Quanto ao procedimento administrativo, o autor divide o exame do princípio em dois planos: legislação e Administração.

No plano normativo, o princípio da eficiência define o "ponto óptimo de 'formalização' procedimental",³¹⁵ ajustando a tensão entre a eficiência administrativa e as exigências relativas às garantias individuais.

No âmbito administrativo, "a possibilidade de uma conformação mais ou menos eficiente do procedimento se coloca na zona de discricionariedade administrativa", refutando a excessiva formalização e rigidez.³¹⁶

Em síntese, o autor reputa que o princípio da eficiência a) exige a participação dos interessados como "elemento fundamental em procedimentos administrativos complexos"; b) se for compreendido como "uma exigência de celeridade e simplicidade, a sua realização, dentro de limites que não ponham em causa exigências mínimas de garantia - o seu '*núcleo essencial*' -, pode contribuir para realização de direitos fundamentais"; c) o reconhecimento de procedimentos informais é "elemento desejável do ponto de vista da eficiência"; e d) a "ponderação custos-benefícios de uma determinada solução normativa", tendo em vista a

³¹⁵ Ob. Cit., p. 135.

³¹⁶ Ob. cit., pp. 135/136.

informalização como "alternativa ou complemento das decisões administrativas".³¹⁷

99.2. Ainda frente ao Direito Administrativo português, é importante destacar que o Código de Procedimento Administrativo prevê expressamente, em seu art. 10º, o "princípio da desburocratização e da eficiência".³¹⁸

Segundo os comentários de Diogo Freitas do AMARAL *et alli*, o princípio impõe organização administrativa "por forma a possibilitar uma utilização racional dos meios ao seu dispor, simplificando tanto as suas operações como o relacionamento com os cidadãos", obrigando "a uma renovação permanente das estruturas e dos métodos de funcionamento da Administração Pública, a fim de o respeitar".³¹⁹

5) A doutrina brasileira e o princípio constitucional da eficiência

100. Transposta a rápida exposição de direito comparado, cumpre examinar o entendimento da doutrina brasileira em face da inovação constitucional concretizada na EC n.º 19.³²⁰⁻³²¹

³¹⁷ Ob. cit., pp. 143/144.

³¹⁸ Eis o teor do dispositivo legal: "A Administração Pública deve ser estruturada de modo a aproximar os serviços das populações e de forma não burocratizada, a fim de assegurar a celeridade, a economia e a eficiência das suas decisões."

³¹⁹ Diogo Freitas do AMARAL, João CAUPERS, João Martins CLARO, João RAPOSO, Pedro Siza VIEIRA e Vasco Pereira da SILVA, *Código do Procedimento Administrativo Anotado*, Almedina, 1995, p. 42.

³²⁰ Não analisaremos a posição doutrinária relativa à eficiência administrativa, anterior à promulgação da EC n.º 19/98. Há manifestações, que explícita e implicitamente, tratam do tema. Por brevidade, remetemos o leitor às obras de Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO (*Administração Pública no Estado Contemporâneo - Eficiência e Controle*, Revista de Informação Legislativa 117/23-56, 1993); Almiro do COUTO E SILVA (*Responsabilidade do*

100.1. O Professor Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO não confere maior importância à inserção do princípio da eficiência na Carta Magna. "Trata-se, evidentemente, de algo mais do que desejável. Contudo, é juridicamente tão fluido 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."³²²

100.2. Mauricio Antonio Ribeiro LOPES vai além e assevera que "eficiência, ao contrário do que são capazes de supor os próceres do Poder Executivo federal, jamais será princípio da Administração Pública, mas sempre terá sido - salvo se deixou de ser em recente gestão política - finalidade da mesma Administração Pública."³²³

O autor entende tratar-se "de princípio retórico imaginado e ousado legislativamente pelo constituinte reformador, sem qualquer critério e sem nenhuma relevância

Estado e Problemas Jurídicos Resultantes do Planejamento, RDP 63/28-36, 1982); Hely Lopes MEIRELLES (*Direito Administrativo ... cit.*, pp. 90/91); Juarez FREITAS (*O Controle ... cit.*, pp. 85/87) e Fábio Konder COMPARATO (*A Organização Constitucional da Função Planejadora*, in: *Desenvolvimento Econômico e Intervenção do Estado na Ordem Constitucional*, pp. 77/93, Sergio Fabris, 1995). Estes autores enfrentam o assunto mediante abordagem de inúmeros aspectos da eficiência estatal, tais como planejamento e controle de resultados, desempenho, economicidade e "otimização".

³²¹ Além dos doutrinadores a seguir mencionados, veja-se os trabalhos de Carlos Pinto Coelho MOTTA (*Textos Vetoriais sobre a Reforma Administrativa*, RTDP 20/184-206, 1997), Uadi Lammêgo BULOS (*Reforma Administrativa*, RDA 214/69-98, 1998) e Jessé Torres PEREIRA JUNIOR (*Da Reforma Administrativa Constitucional*, Renovar, 1999).

³²² *Curso de Direito Administrativo*, Malheiros, 1999, p. 75.

³²³ *Comentários à Reforma Administrativa*, Revista dos Tribunais, 1998, p. 108.

jurídica no apêndice ao elenco dos princípios constitucionais já consagrados sobre Administração Pública.”³²⁴

100.3. Segundo Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, o princípio da eficiência impõe “ao agente público um modo de atuar que produza resultados favoráveis à consecução dos fins que cabem ao Estado alcançar.”³²⁵

Contudo, a autora frisa a necessidade de diferenciarmos a eficiência pregada pela Ciência da Administração, referente às empresas privadas, e os parâmetros normativos da Administração Pública num Estado Democrático de Direito.

“Vale dizer que a eficiência é princípio que se soma aos demais princípios impostos à Administração, não podendo sobrepor-se a nenhum deles, especialmente ao da legalidade, sob pena de sérios riscos à segurança jurídica e ao próprio Estado de Direito.”³²⁶

100.4. Também a análise de José Afonso da SILVA parte do pressuposto de que eficiência “não é um conceito jurídico, mas econômico”, chegando à conclusão de que sua introdução como princípio constitucional “orienta a atividade administrativa no sentido de conseguir os melhores resultados como os meios escassos de que se dispõe e a menor custo.

³²⁴ Ob. cit., p. 109.

³²⁵ *Direito Administrativo*, cit., p. 73.

³²⁶ Ob. cit., p. 74.

Rege-se, pois, pela regra da consecução do maior benefício com o menor custo possível.”³²⁷

Indo avante, o doutrinador destaca a dificuldade na transposição das noções econômicas para a atividade administrativa estatal, definindo que a obtenção da eficiência administrativa dar-se-á “pelo melhor emprego dos recursos e meios (humanos, materiais e institucionais) para melhor satisfazer às necessidades coletivas num regime de igualdade dos usuários. Logo, o *princípio da eficiência administrativa* consiste na organização racional dos meios e recursos humanos, materiais e institucionais para a prestação de serviços públicos de qualidade em condições econômicas de igualdade dos consumidores.”³²⁸

100.5. A professora Alice Gonzalez BORGES analisa o fato de que a EC n.º 19 pretendeu implantar a chamada “Administração Gerencial brasileira”, que “tem como filosofia essencial a busca de maior eficiência na atuação do Estado. Torna-se este mais flexível, passando da posição de principal protagonista à de promotor e regulador do processo de desenvolvimento, a ser alcançado com a participação do setor privado, com vistas à obtenção de melhores resultados.”³²⁹

³²⁷ *Curso de Direito Constitucional Positivo*, Malheiros, 1999, p. 651.

³²⁸ Ob. cit., pp. 651/652.

³²⁹ *A Implantação da Administração Pública Gerencial na Emenda Constitucional n.º 19/98*, Jurídica - Administração Municipal, ano IV, 1999, n.º 2, p. 4.

Partindo do "instigante desafio" de tentar transpor as críticas à Reforma Administrativa positivada na EC n.º 19, para compatibilizá-la com o ordenamento constitucional brasileiro,³³⁰ a juspublicista destaca a "oportunidade da inclusão do *princípio da eficiência* no **caput** do art. 37 da Constituição", pois tal princípio "marca a tônica da administração gerencial" e sua inserção "no pórtico do capítulo da carta dedicado à Administração Pública, será rica de consequências jurídicas".³³¹

6) Definição e limites do princípio constitucional da eficiência

101. Depois dos cinco exames aos quais procedemos (histórico, político-jurídico, premissas hermenêuticas, direito comparado e doutrina brasileira), pretendemos concluir nossa investigação daquilo que podemos denominar de nova forma de controle da Administração Pública.

Denominamos de "nova forma de controle" porque a inserção do termo eficiência como princípio do *caput* do art. 37 tem conteúdo e alcance não excludentes, mas de amplitude diversa das previsões pretéritas do termo "eficiência" no texto constitucional de 1988,³³² que não eram tão genéricas

³³⁰ Ob. cit., p. 7.

³³¹ Ob. cit., p. 8, reportando-se à doutrina de Carlos Pinto Coelho MOTTA.

³³² O art. 74 prevê que "Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno, com a finalidade de: [...] II - comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária,

como a atual e até poderiam ser interpretadas de forma puramente econômico-administrativa e vernaculista, submetidas aos limites dos textos que as envolvem. À toda evidência, é outro o desiderato normativo da EC n.º 19/98.³³³ Por isso a necessidade de enfrentar o tema sob nova ótica.

101.1. Em primeiro lugar, acreditamos que o princípio da eficiência deve ser concebido como estritamente vinculado aos demais princípios do *caput* do art. 37: legalidade, moralidade, impessoalidade e publicidade.

Será eficiente a Administração Pública que cumprir com excelência a lei e a moral, de forma impessoal e pública. A violação a qualquer um desses princípios implica inequívoca violação à eficiência. O princípio configura máxima instrumental, que deve ser utilizada de molde a atingir excelentemente as demais previsões constitucionais.

Ora, não há cumprimento ao princípio da eficiência que pressuponha ou autorize menosprezo aos demais cânones constitucionais. Por óbvio, a máxima não tem força derogatória - tal como se fosse possível ao administrador "ignorar" ou "atenuar" a legalidade, moralidade,

financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado" e o § 7º do art. 144 estabelece que "A lei disciplinará a organização e o funcionamento dos órgãos responsáveis pela segurança pública, de maneira a garantir a eficiência de suas atividades." (destaques nossos.)

³³³ Caso contrário: a) a inserção do princípio no *caput* do art. 37 implicaria pleonasma; b) o termo teria sentido restrito; c) não haveria qualquer razão para sua designação como princípio geral da Administração

impessoalidade e transparência porquanto estaria atendendo à eficiência administrativa.

Daí porque o princípio constitucional da eficiência pode ser compreendido como a necessidade de o ato administrativo atingir e produzir o efeito útil ou adequado, tal como previsto em lei, de forma transparente, moral e impessoal. É o cumprimento da finalidade normativa, adequada a gerar os efeitos esperados pelo ordenamento. Trata-se do contraste entre os resultados atribuíveis à ação administrativa em vista das previsões normativas; relação entre o concretamente realizado e a perspectiva ideal da atividade administrativa.

Mais do que isso: a eficiência exige postura ativa da Administração, no sentido de sempre procurar aprimorar o cumprimento dos demais princípios constitucionais. O atendimento à ordem maior da eficiência administrativa dirige-se ao objetivo de esmerar-se no atendimento aos demais mandamentos da Constituição.

101.2. Em segundo lugar, o princípio da eficiência dirige-se à maximização do *respeito às pessoas*. Esta é a finalidade básica da Administração Pública. Não basta a inconsciente busca dos fins legais. Estes sempre devem ostentar qualidades *sociais* positivas.

e, o que neste momento é mais importante, d) o princípio seria absolutamente irrelevante para o tema da presente dissertação.

Neste ponto, merece atenção a diferença entre *eficácia* e *eficiência*. *Eficácia administrativa* diz respeito à concreção de fins preestabelecidos em lei.³³⁴ Já a *eficiência administrativa* impõe que esse cumprimento da lei seja concretizado com um mínimo de ônus sociais, buscando o puro objetivo do atingimento do interesse público de forma ideal, sempre em benefício do cidadão. Trata-se do *melhor caminho*, do *caminho social ideal* ao atingimento da eficácia: a relação entre o concretamente realizado e a perspectiva ideal da atividade administrativa.

Então, o princípio da eficiência relaciona-se não apenas com a finalidade normativa, mas especialmente com o *modo de execução* de tal finalidade. Num Estado Democrático de Direito não vale a regra do *atingimento da eficácia a qualquer custo*, mas é essencial que tal objetivo seja alcançado em respeito ao cidadão.

101.3. Em terceiro lugar, o princípio da eficiência é diretriz de *controle interna corporis* da Administração

³³⁴ Trata-se de noção pacífica a respeito da eficácia do *ato administrativo*. Tal como explanado quando da abordagem da doutrina espanhola, a noção de eficácia da Administração Pública também pode englobar compreensão mais ampla do termo. Porém, frente ao ordenamento brasileiro, acreditamos necessária a distinção expressa entre a "noção clássica" do termo eficácia e o significado do vocábulo "eficiência". A respeito da noção jurídica da expressão "eficácia" e suas variantes, consulte-se Eros R. GRAU, *A Ordem Econômica ... cit.*, p. 589 e ss..

Pública, correspondendo a modo de *avaliação interna* dos servidores.³³⁵

Ou seja, meio de controle do desempenho funcional dos servidores públicos. Inclusive, deve ser uma das diretrizes, desde que definida em concreto e de forma minuciosa, do *procedimento de avaliação periódica de desempenho* previsto no inc. III do art. 41 da Constituição (também fruto da EC n.º 19/98).

101.4. Em quarto lugar, o princípio da eficiência dirige-se ao controle de metas administrativas preestabelecidas em normas legais e (ou) regulamentares e contratuais. Significa dever de desenvolver, verificar e fiscalizar a atividade administrativa exercitada pela Administração, examinando-a do modo mais preciso e vinculado com as disposições normativas pertinentes. Tanto mais exatas as obrigações daquele que exerce a atividade, mais viável será o controle da eficiência em seu desempenho.³³⁶

Este é o ponto em que o princípio da eficiência da Administração Pública mais se *assemelha* à visão econômico-administrativa privada. É a relação entre os objetivos predefinidos e aqueles alcançados. Pode analisar também a

³³⁵ Ampliar em Romeu F. BACELLAR FILHO, *Princípios Constitucionais* ... cit., pp. 193/197.

³³⁶ Por exemplo, o dever de os delegatários de serviços públicos de telefonia instalar, com perfeição de funcionamento, determinado número de terminais telefônicos em prazo certo; o dever de as concessionárias de vias públicas asfaltar determinada distância ou realizar a sinalização das

atividade desempenhada, seus custos e, eventualmente, a parcela de êxito alcançado. Tudo dependerá da situação fática, seu conteúdo e limites.

102. Nesta descuidada análise, são estes os quatro desdobramentos úteis que conseguimos imaginar ao princípio constitucional da eficiência.

Por decorrência, afastamos conceitos puramente lastreados nas Ciências da Administração e Economia, como definidores do princípio. No ordenamento constitucional brasileiro, a eficiência não pode ser vislumbrada como "dever irrestrito de reduzir custos e produzir superávites" ou "aumentar a lucratividade estatal", nem tampouco na condição de "diretriz primeira da administração do Estado". Não se trata de princípio que autorize a supervalorização, no plano jurídico, dos chamados "interesses públicos secundários".

Reiteramos a compreensão de que não havia qualquer motivo lógico-jurídico para a inserção do princípio da eficiência justamente no *caput* do art. 37. Contudo, sua existência impõe interpretação no sentido de princípio positivado em exclusivo benefício do cidadão, ampliativo de seus direitos, configurando mais um *dever* e *parâmetro* de controle da atividade administrativa pública.

Resta examinar o princípio da eficiência em face do processo administrativo.

7) O processo administrativo, a Lei n.º 9784/99 e o princípio da eficiência

103. Tal como dito e redito, o processo estrutura-se em sequência lógica e predefinida de atos, dirigida ao proferimento de decisão final. Exige participação de todas as partes envolvidas, de molde a assegurar legitimidade e transparência de seu conteúdo e objetivo.

Porém, qual seria a relação possível do princípio da eficiência com essa realidade? Não há dúvidas de que, focado sob o aspecto puramente processual, o princípio da eficiência tem desdobramentos ainda diversos daqueles acima arrolados.³³⁷

Por outro lado, aclare-se que se trata de princípio previsto pela Lei 9.784/99. Tanto expressamente no *caput* do artigo 2º, como de forma implícita em inúmeros outros dispositivos da lei do processo administrativo federal.

104. Sob este aspecto especial, entendemos que a eficiência processual garante o desenvolvimento de um processo célere, simples, com finalidade predefinida, econômico e efetivo. Se, por um lado, nenhuma dessas qualidades é inédita (tal como se houvesse sido instalada

pela EC n.º 19/98 ou Lei 9.874/99), por outro, todas relacionam-se entre si. Trata-se de enfeixar os característicos que, unidos, podem conferir noção processual plena ao princípio da eficiência.

105. A *celeridade* impõe que os atos processuais sejam praticados no mais curto espaço de tempo possível, de forma contínua e coordenada.

105.1. O processo administrativo não pode parar ou ser desenvolvido em ritmo lento - internamente à autoridade administrativa ou frente aos particulares. Estes devem cumprir os prazos preestabelecidos e praticar os atos necessários ao bom andamento do feito. Aquela não pode omitir-se ou aguardar reiterados pleitos das partes interessadas para a prática dos atos de sua competência.

Ao contrário do judicial, o processo administrativo caracteriza-se pelo andamento *ex officio*, pois a Administração busca o cumprimento das atribuições normativas a ela outorgadas. Seja o processo instaurado pelo particular ou pela Administração, cabe a esta "o empenho na *condução e desdobramento da sequência de atos* que o compõem até a produção do ato final, conclusivo."³³⁷ A única exceção seriam os processos instaurados em exclusivo benefício individual do

³³⁷ À evidência, não excludentes. Contudo, não se olvide que a análise a seguir desliga-se de concepções de direito material e abstrai da eficiência como conteúdo do "mérito" do provimento administrativo

³³⁸ Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, *Curso ... cit.*, p. 364.

interessado, casos em que a Administração "poderá encerrá-los prematuramente ante a inércia do postulante."³³⁹

105.2. Nesse sentido, a Lei 9784/99 fixa o dever de "impulsão de ofício", em todas as fases do processo (arts. 2º, par. ún., inc. XII, 5º, 29, 36 e 37) e estabelece prazos, breves e certos, para a prática dos atos processuais por parte da Administração e particulares (arts. 23, par. ún., 24, 42, 44, 49, 56 e 59).

Além disso, é legalmente vedada a produção de provas "ilícitas, impertinentes, desnecessárias ou protelatórias" (art. 38, § 2º) e o andamento do processo "quando exaurida sua finalidade ou o objeto da decisão se tornar impossível, inútil ou prejudicado por fato superveniente" (art. 52), limitando-se-o ao essencial.

106. Será *simples* o processo que não se revestir de formalidades extravagantes ou desnecessárias ao atingimento da finalidade por si visada.

106.1. A doutrina de Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO destaca o "princípio do informalismo", significando que "a Administração não poderá ater-se a rigorismos formais ao considerar as manifestações do administrado."³⁴⁰ Os atos dos particulares devem ser recebidos com a maior compreensão e

³³⁹ C. A. BANDEIRA DE MELLO, ob. e loc. cit..

³⁴⁰ *Curso ... cit.*, p. 364. Contudo, lembre-se a advertência do autor, de que o princípio do informalismo não se aplica a procedimentos concorrenciais, "na medida em que sua utilização afetaria a garantia da igualdade dos concorrentes." (ob. cit., p. 365).

flexibilidade possível, de molde a não sacrificar direitos com lastro em detalhes técnicos secundários.

Porém e mais do que isso, o processo há de ser descomplicado, compreensível à população, que não deve ser constrangida a recorrer a conhecimentos científicos - quer para responder a requerimentos da Administração, quer para deduzir seus pleitos frente a ela.³⁴¹

Isso porque o processo não pode ser hermético. Não é um segredo ou enigma, algo temível e (ou) incompreensível pelo povo, mas deve existir de forma clara e singela, a fim de possibilitar a plenitude do exercício dos direitos assegurados aos cidadãos.

106.2. Assim deve ser compreendida a Lei do processo administrativo federal que, ao mesmo tempo que determina a "observância das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados", estabelece a imperiosidade da "adoção de formas simples e suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados" (art. 2º, par. ún., incs. VIII e IX) e torna "facultativa" a presença de advogado, a não ser quando obrigatória (art. 3º, inc. IV).

³⁴¹ A não ser em casos como o acima citado ou naqueles em que seja essencial à justa defesa do interesse do particular, tais como processos administrativos litigiosos ou que possam implicar perda ou supressão parcial de direitos. Nesta hipótese, não será obrigatório o comparecimento ao processo acompanhado de pessoa com conhecimento técnico, mas deverá ser formalmente alertado ao cidadão dessa necessidade e possibilidade. Note-se

Ou seja, as formalidades processuais dirigem-se fundamentalmente à garantia de direitos, ao passo que o exercício deles deve ser encarado de modo generoso. O formalismo presta-se à segurança das pessoas privadas envolvidas no processo administrativo, não para impedir o processamento de seus pleitos.

Ainda em cumprimento à simplicidade do processo, a Administração há de elaborar "modelos ou formulários padronizados para assuntos que importem pretensões equivalentes" (art. 7º). O corolário desse característico está na previsão de que os atos do processo administrativo "não dependem de forma determinada, senão quando a lei expressamente a exigir" (art. 22) e "devem realizar-se do modo menos oneroso" para os interessados (art. 26, § 2º).

Por fim, mesmo quando o recurso seja interposto perante órgão incompetente, este deverá devolvê-lo ao interessado, indicando a autoridade titular da competência para dele conhecer e reinstalando o prazo recursal (art. 63, § 1º).

107. A exigência de *finalidade predefinida* impõe-se para que não existam processos administrativos "aleatórios", sem um escopo claro.

que a Lei 9784 remete à obrigatoriedade "por força de lei" (art. 3º, inc. IV).

Não é possível a instalação de uma relação jurídica processual com objetivos abstratos ou genéricos, visando à apuração de fatos que, eventualmente, resultem em provimento final indefinido (ainda mais em processos que porventura possam resultar em gravames e punições aos particulares ou servidores públicos). As partes no processo devem ter, com absoluta clareza, ciência do fim a que se destina a relação processual.

Assim, não é possível o pedido administrativo de "providências"; processo instaurado *ex officio* para a "apuração dos fatos"; intimação para o "exercício de defesa" em face de imputações imprecisas etc., sem que seja declinado o porquê da relação processual.

Como previsto na Lei 9784, o pedido inicial do interessado deve ser claro quanto à "formulação do pedido, com exposição dos fatos e seus fundamentos" (art. 6º, inc. IV). Da mesma forma e com as devidas ponderações, obedecendo ao princípio da simetria, os processos instalados *ex officio* devem obedecer tal preceito.

Ademais, a finalidade predefinida limita o provimento final. Não será possível ato decisório que extrapole ou subestime os limites prefixados.³⁴² A legislação federal exige a motivação plena dos atos administrativos

³⁴² Tal como no Direito Processual Civil, onde são vedados os provimentos *ultra* ou *infrapetita* (CPC, art. 460).

(arts. 2º e 50), vinculando o provimento final aos limites da questão concreta.

108. A *economia* processual diz respeito ao mais alto grau de concentração e prestígio aos atos já praticados. Para ARAÚJO CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO, o princípio da economia "preconiza o máximo resultado na atuação do direito com o mínimo emprego possível de atividades processuais."³⁴³ Procura-se encadear racionalmente o processo e evitar a repetição desnecessária de atos e fases processuais, evitando delongas e procrastinações, de molde a imprimir ritmo procedimental razoável, na busca da decisão final.

Sob esse aspecto, também no processo administrativo vigem os princípios da instrumentalidade das formas e da preclusão, a seguir analisados com extrema brevidade.³⁴⁴

108.1. A instrumentalidade preconiza que os atos processuais e as formas legalmente previstas para sua prática não têm valor absoluto. Ao contrário, as formas visam à ideal concretização de determinados escopos processuais que, caso atingidos de outra maneira legítima,³⁴⁵ produzem os efeitos jurídicos pertinentes. A instrumentalidade "quer que só sejam

³⁴³ *Teoria Geral ... cit.*, p. 73.

³⁴⁴ Entendemos de radical complexidade, que ultrapassa os limites da presente monografia, a relação entre instrumentalidade e preclusão versus revogação, anulação e convalidação. Estas peculiaridades do Direito Administrativo, especialmente em face do Capítulo XIV da Lei 9784, impõem compreensão "temperada" dos temas estritamente processuais, que merece ser objeto de estudo próprio (amplo e complexo).

³⁴⁵ Utilizo-me da locução "maneira legítima" para afastar os riscos inerentes à prática ilegal de atos processuais. Como bem lecionam ARAÚJO

anulados os atos imperfeitos se o objetivo não tiver sido atingido (o que interessa, afinal, é o objetivo do ato, não o ato em si mesmo)."³⁴⁶ Vigê o princípio "*pas de nullité sans grief*".

A instrumentalidade relaciona-se em especial com o dever de convalidação dos atos, previsto no art. 55 da Lei 9784/99.³⁴⁷

108.2. Já a preclusão veda a reiteração de atos já praticados (ou que deveriam tê-lo sido ao seu tempo), impondo limites a determinadas atividades processuais e gerando estabilidade e segurança no processo. Trata-se da perda de faculdade e (ou) direito processual *stricto sensu*. Na dicção de Manoel Caetano FERREIRA FILHO, tem por finalidade: a) tornar certa e ordenada a marcha do processo (livre de contradições e retornos); b) abreviar a duração do processo; c) garantir certeza e estabilidade às situações jurídicas processuais e d) assegurar o princípio da boa-fé processual e defender as partes contra eventual arbítrio dos julgadores.³⁴⁸

Possui a preclusão três aspectos básicos: temporal (quando do termo final do prazo estabelecido para a prática

CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO, o princípio da instrumentalidade não se aplica quando houver prejuízo à parte interessada (ob. cit., p. 342)

³⁴⁶ ARAÚJO CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO, ob. e loc. cit..

³⁴⁷ Ampliar acima, no Capítulo II.1.c), quando se expõe a doutrina de Weida ZANCANER a respeito da invalidação e convalidação dos atos administrativos, que se aplica com perfeição ao princípio da instrumentalidade dos atos processuais.

³⁴⁸ A *Preclusão no Direito Processual Civil*, Juruá, 1991, pp. 28/30 e 117.

do ato), lógica (quando foi praticado ato incompatível com o que se pretende praticar posteriormente) e consumativa (quando se praticou ato que exauriu determinada faculdade ou ônus processual). Incide em face dos particulares e da Administração (especialmente a lógica e a consumativa).³⁴⁹

Contudo, o art. 27 da Lei 9784 dispõe que "O desatendimento da intimação não importa o reconhecimento da verdade dos fatos, nem a renúncia a direito pelo administrado" - afastando efeitos preclusivos da inação do particular.

Por outro lado, no que tange à instrução processual, o interessado tem o ônus de especificar e, na justa medida de suas possibilidades, produzir "a prova dos fatos que tenha alegado" (Lei 9784, arts. 36 e 38). Caso não atenda tempestivamente às solicitações de "dados, atuações ou documentos", sua omissão "implicará arquivamento do processo" (art. 40). Ao final, a Lei prevê que o recurso intempestivo não pode ser conhecido (art. 63, inc. I).³⁵⁰

109. Os característicos acima expostos conduzem à idéia de *efetividade* processual, tão bem definida por BARBOSA

³⁴⁹ Destaque-se que o art. 33 da Lei Estadual Paulista n.º 10.177/98 prevê o prazo máximo de 120 dias para a decisão em quaisquer requerimentos e seu § 1º estabelece que "Ultrapassado o prazo sem decisão, o interessado poderá considerar rejeitado o requerimento na esfera administrativa, salvo previsão legal ou regulamentar em contrário." Além de estabelecer prazo de grande magnitude para quaisquer decisões (desde as mais simples), fixa que a omissão administrativa vem em detrimento do particular. O ponto positivo é o pleno "direito de acesso" ao Judiciário, ao cabo do termo final de 120 dias (previsão desnecessária, ao nosso ver).

MOREIRA como a "aptidão de um meio ou instrumento para realizar os fins ou produzir os efeitos a que se ordena".³⁵¹

Sob este aspecto, não pode haver dúvida quanto à integração dos conceitos de *eficiência* e *efetividade* no processo administrativo.

Na medida em que a efetividade diz respeito à realização dos fins processuais, envolve a necessidade de o ordenamento dispor dos instrumentos necessários à tutela de direitos e a possibilidade de sua utilização prática, sem qualquer discriminação quanto aos seus titulares. (pessoal, social ou econômica). Ademais, para ser efetivo, o processo há de possibilitar a mais ampla atividade probante (desde que não procrastinatória ou despicienda), a fim de que o órgão julgador verdadeiramente se aproxime da realidade. Por fim, o resultado do processo deve ser atingido com o mínimo dispêndio de energia, para assegurar o gozo e exercício plenos da utilidade à qual faz jus a parte vitoriosa.

Para BARBOSA MOREIRA, as duas primeiras questões acima descritas concernem ao âmbito de atuação do processo,

³⁵⁰ A respeito da preclusão no processo licitatório, vide JUSTEN FILHO, *Comentários* ..., cit., p. 61.

³⁵¹ *Notas Sobre o Problema da "Efetividade" do Processo*, in: *Temas de Direito Processual*, 3ª série, Saraiva, 1984, p. 27. Mais uma vez, o alerta: a doutrina a seguir analisada foi lavrada com especial atenção ao direito processual civil. Será exposta com pretensão às devidas adaptações ao processo administrativo.

em estrita relação com a máxima do acesso à justiça, sob os ângulos subjetivo e objetivo.³⁵²

Reputamos que a previsão constitucional do acesso à justiça tem vínculo direto com o processo administrativo, derivado da interpretação dos incs. XXXIV, 'a', e XXXV, do art. 5º, da Constituição Federal.³⁵³ Tal direito deve ser interpretado de modo amplíssimo, não significando apenas aquele de o administrado protocolar um pedido frente aos Poderes Públicos (poder de iniciativa), mas o de acompanhar ativamente o desenrolar do processo, podendo ter vista dos autos; exercer o contraditório; juntar documentos; recorrer etc.. Não se olvide que tais prerrogativas são extensamente previstas na Lei 9784/99.

Já as demais finalidades supradescritas dizem respeito ao "modo de atuação do processo", especialmente à atividade instrutória, complexidade e duração dos processos, bem como providências e técnicas que visem a tornar concreta a decisão.³⁵⁴

À evidência, tais preocupações estendem-se à eficiência do processo administrativo. A preocupação a respeito de quem instala a atividade instrutória, quais provas podem ser produzidas, quais devem ser levadas em conta

³⁵² Ob. cit., pp. 28 e 32/36.

³⁵³ Além das previsões expressas da Lei 9784, especialmente nos arts. 3º, 5º e 6º, par. ún..

³⁵⁴ BARBOSA MOREIRA, ob. cit., pp. 28 e 36/41.

na decisão e a perfeita coleta de elementos probatórios são essenciais a uma decisão justa. O que não implica prolongação exagerada do processo, pois também a celeridade é uma preocupação do julgador. Estas questões devem ser ponderadas em face dos demais princípios de Direito Administrativo, em especial a proporcionalidade, razoabilidade e finalidade.

Por fim, chama atenção a imperiosidade de o processo administrativo prestar-se a um fim útil. O agente público deve conduzir suas decisões a um resultado concreto, que atinja efeitos práticos no mundo real. Tanto aqueles provimentos qualificáveis de "declaratórios" (meramente reconhecem uma relação jurídica preexistente entre as partes processuais) e "constitutivos" (geram, alteram ou extinguem uma relação jurídica entre as partes), como os "condenatórios" (culminam com a definição de uma obrigação de fazer ou não fazer) devem ter consequências sensíveis às partes. Não se trata de atividade puramente teórica, que nenhum resultado traga que não a prolação de uma decisão final - esta sempre há de possuir efeitos práticos.

8) Princípio da eficiência - conclusão

109. Em conclusão, entendemos que o princípio da eficiência contempla outras subdivisões e consequências no âmbito do processo administrativo. Este é um instrumento posto à disposição dos particulares e Administração, na busca

do exercício dos direitos sociais celebrados pela Constituição Federal.

O princípio da eficiência há de ser compreendido como outorgante de maiores garantias aos administrados (endo e extraprocessuais), tal como rapidamente acima expostas.

IV. CAPÍTULO TERCEIRO: PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PROCESSUAIS
STRICTO SENSU E A LEI 9784/99

I. INTRODUÇÃO

Depois de analisar os princípios constitucionais que poderiam ser denominados de "direito material" e sua incidência frente ao processo administrativo, a presente monografia procurará examinar máximas de direito processual, em sentido estrito.³⁵⁵

São alguns dos princípios clássicos da Teoria Geral do Processo: devido processo legal, contraditório e ampla defesa. À evidência, o direito processual administrativo não se esgota em tais cânones, nem tampouco são apenas estes que lhe dão configuração específica dentro do Direito Administrativo. (Crítica que se aplica, igualmente, àqueles arrolados no Capítulo anterior.) Seria até desnecessário recordar-se a incidência do formalismo moderado, gratuidade, impessoalidade, juiz natural, oficialidade e revisibilidade.

Inclusive, consta expressamente da Lei 9784/99 o seguinte elenco de princípios: legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade,

³⁵⁵ A exceção está no devido processo legal substantivo, também enfrentado neste Capítulo.

ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência (art. 2º, *caput*). Chame-se a atenção para o fato de que o texto legal vale-se da locução "dentre outros", para não correr o risco de a enumeração ser reputada como exaustiva, por intérpretes menos atentos.

Por outro lado e conforme será descrito a seguir, há doutrinadores que reputam ser o princípio do devido processo legal síntese perfeita das demais máximas do processo administrativo.

Porém e como não poderia deixar de ser, o presente trabalho não tem a pretensão de esgotar a matéria relativa aos princípios jurídicos que envolvem o processo administrativo no Direito Administrativo brasileiro. Aos nossos olhos, trata-se de tarefa que beira o impossível. A tão rica realidade jurídica pátria, unida à concepção da intradisciplinariedade (exposta logo na Introdução desta monografia), exige uma escolha. Não uma preferência arbitrária, mas tentativa de eleger as máximas que melhor representem a matéria estudada e confirmem autonomia científica ao processo administrativo.

Desta forma e conforme acima afirmado, o presente capítulo restringir-se-á a três princípios, ainda que, acidentalmente, reporte-se a outros, de igual nobreza.

Não será demais reiterar a verdadeira simbiose que vige entre tais cânones e os princípios de direito material.

Ainda que possam ser eventualmente compreendidos como "de espécies diferentes", sua associação é indispensável para a perfeita compreensão do Direito Processual Administrativo.

Aliás, tal integração é nítida mesmo entre os princípios a seguir analisados. Em determinados pontos, há extrema dificuldade em se diferenciar o devido processo legal do contraditório e ampla defesa (e destes entre si). O que nos preocupa é a necessidade de potencializar o estudo de cada um deles, destacando sua autonomia como forma de incrementar o respeito à dignidade do cidadão num Estado Democrático de Direito.

Os princípios analisados neste Capítulo Terceiro têm maior incidência naqueles processos que poderiam ser qualificados de "litigiosos" ou "sancionadores" - ou naqueles denominados de "restritivos" por Celso Antonio BANDEIRA DE MELLO.³⁵⁶

Essa constatação terá relevantes efeitos no corpo do texto.

Por fim, chamamos a atenção para peculiaridade do processo administrativo, que assume especial relevância quando do exame de seus princípios processuais típicos.

Parcela significativa da compreensão das regras de Direito Processual funda-se em seu caráter dispositivo (ou não) e na qualidade dos direitos postos em jogo na relação

jurídico-processual (públicos ou privados). Ou seja, é certa a repercussão da viabilidade (ou não) de as partes poderem dispor de seus interesses (materiais ou processuais) e suas conseqüentes implicações da condução do feito pelo Estado. Lembre-se a lição de Ada Pellegrini GRINOVER, a respeito do princípio do contraditório:

"Partindo do processo civil, plenamente dispositivo, em que talvez se possa dizer que o contraditório, em seu segundo momento, se satisfaz com a mera possibilidade de reação; passando pelo processo civil indisponível, onde a falta de participação há de ser suprida de alguma maneira, e onde se lança mão de institutos como a intervenção necessária do MP e do curador do réu revel citado por editais, ou por hora certa; tramitando pelo processo trabalhista, onde a inferioridade econômica do trabalhador, numa estrutura capitalista, cria novos hábitos assistenciais no juiz, chega-se finalmente ao processo penal, com seu máximo publicista e seu mínimo de disponibilidade: aqui, não se podendo aceitar a aquiescência da limitação da liberdade, é igualmente impossível aplicar a pena, pela omissão da defesa."³⁵⁷

Sob esse ângulo e com as devidas ponderações, cremos que, em face da Administração, o processo

³⁵⁶ *Curso... cit.*, pp. 359/360.

³⁵⁷ *O Processo Constitucional em Marcha*, Max limonad, 1985, p. 19.

administrativo mais se assemelha ao Direito Processual Penal.³⁵⁸ O Estado-Administração detém dever-poder de concretizar o interesse público posto à sua guarda, não podendo dispor dos bens que lhe incumbe tutelar.

Já em razão dos particulares, o processo administrativo poderá identificar-se com o Direito Processual Civil, nas hipóteses de pretensão que os favoreça, vinculada a direitos disponíveis, desembaraçados e livres de encargos, públicos ou privados.³⁵⁹

Mas, no processo administrativo a definição da disponibilidade dos interesses em jogo sempre passará pela Administração Pública. Não no sentido de que ao agente administrativo seria possível rejeitar o pleito particular, ou lhe conferir atenção secundária, com lastro em entendimento de que seria "disponível" e não-vinculado com o interesse público. Essa posição é inviável num Estado Democrático de Direito. Nem tampouco será viável o arquivamento espontâneo de processos instalados pela própria Administração. Ao contrário. Sustentamos que tal aferição é vinculada a pedido expresso dos particulares envolvidos (ou,

³⁵⁸ Marçal JUSTEN FILHO escreveu a respeito da "similitude entre Direito Tributário e penal", examinando as decorrências processuais de tal entendimento (*Considerações sobre o 'Processo Administrativo Fiscal'*, Revista Dialética de Direito Tributário 33/118-132).

³⁵⁹ Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO adota entendimento semelhante quando, ao discorrer sobre o princípio da oficialidade, leciona que "É certo, todavia, que nos procedimentos de exclusivo interesse dos administrados a Administração não tem o dever de prosseguir-los por si própria e poderá encerrá-los prematuramente ante a inércia do postulante.

por exceção, descumprimento da norma do art. 40 da Lei 9784), devendo ser lançada com fundamentação expressa.

Assim e conforme será exposto a seguir, o processo administrativo exige exame pontual dos interesses nele envolvidos, o que o caracterizará para os efeitos ora narrados.

II. PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

1. Dentre os princípios de processo administrativo em exame, talvez o que apresente maior complexidade seja o do "devido processo legal". A cláusula tem raízes remotas na Inglaterra do Século XIII e ampla expansão nos países ocidentais. Daí a importância da análise do direito alienígena, especialmente no plano de sua evolução histórica, a fim de comprovar a dificuldade do tema e demonstrar o que se pode entender (por inclusão e exclusão), no direito brasileiro, por devido processo legal.

2. O princípio tem origem na cláusula *due process of law*, do direito inglês e norte-americano. No direito brasileiro, a Constituição Federal de 1988, pela primeira vez em nossa história, trouxe-o explicitamente no art. 5º, inc. LIV: "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal". Contudo, seu conteúdo e efeitos não

Eis porque não se pode considerá-lo aplicável a todo e qualquer procedimento." (*Curso... cit.*, p. 364).

são idênticos aos da legislação estrangeira. Os termos da nossa Constituição impõem compreensão diferente daquela celebrada nos países onde a cláusula surgiu, e também diversa da significação a ela conferida em outras nações.

Assim, analisaremos a origem e evolução dos conceitos inglês, norte-americano e de outros países que acolhem a cláusula (quer explícita, quer implicitamente) para, em seguida, consignarmos qual seria seu conteúdo e alcance, no direito positivo brasileiro.³⁶⁰

II.1. Introdução à importância e evolução histórica da cláusula *due process of law* na Inglaterra e Estados Unidos da América do Norte

3. Três motivos fundamentais podem ser apontados para explicar o valor que o *due process of law* assumiu na Inglaterra e Estados Unidos da América do Norte.

3.1. Em primeiro lugar, porque o ordenamento jurídico daqueles países (a *common law*) tem como fonte primária a jurisprudência (principal característica do sistema) e a concepção jurídica de "direito" na Inglaterra é historicamente derivada da idéia de "processo". Segundo René DAVID, "o direito inglês apresenta-se-nos como possuidor de caráter eminentemente contencioso e como dominado, em sua

³⁶⁰ O recurso ao direito comparado funda-se na especial intenção de bloquear interpretações que simplesmente encampem e (ou) transponham doutrina estrangeira, inclusive na tentativa de descobrir o peculiar significado da cláusula frente ao Direito brasileiro.

própria concepção, pelo processo".³⁶¹ E, mais adiante: "O direito inglês não continha verdadeiramente regras materiais, mas apenas uma série de técnicas processuais graças às quais resolviam-se os litígios."³⁶²

Nesse regime, em que o direito material era remetido e estava contido nas regras processuais, nada mais natural do que o surgimento da aguda preocupação com o "devido processo", como forma de proteção a direitos individuais.³⁶³

3.2. Depois e mesmo como consequência dessa concepção de ordenamento jurídico, a Inglaterra não possui uma Constituição,³⁶⁴ nem tampouco diplomas formais consagradores

³⁶¹ O *Direito Inglês*, Martins Fontes, 1997, p. VIII. Em outra obra, DAVID destaca essa principal característica do direito inglês: "Enquanto no continente os juristas concentravam sua atenção principalmente na determinação dos direitos e obrigações de cada uma (regra substantiva do direito), os juristas ingleses concentram sua atenção nas questões de processo." [...] "A *common law*, nas suas origens, foi constituída por um certo número de processos (*form of actions*) no termo dos quais poderia ser proferida uma sentença ..." [...] "Toda a atenção dos juristas concentrou-se, durante muito tempo, sobre os variados processos, muito formalistas, que correspondiam aos diferentes *writs*. Estes processos tinham uma única finalidade: formular as questões de fato que seriam submetidas ao júri." (*Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*, Martins Fontes, 1996, p. 290). DAVID noticia que essa peculiaridade vem sendo mitigada, mas ainda governa a forma de atuar do direito inglês (*Os Grandes Sistemas ... cit.*, pp. 292; 300/302 e 321/322). Também nos Estados Unidos da América a jurisprudência é a maior preocupação do cientista do Direito Administrativo. Por todos, Kenneth F. WARREN: "*Administrative law is unique, compared to other legal fields, in the sense that more than 90 percent of administrative law is derived from common law. Common law is that body of law wich accumulates over the years as the result of judicial decisions. It is judge-made law.*" (*Administrative Law in the Political System*, Prentice Hall, 1996, p. 14).

³⁶² O *Direito Inglês*, cit., p. 7.

³⁶³ Isso explicaria inclusive o fato de a expressão *due process of law* significar, em seus primórdios, "simplesmente que a privação da liberdade ou a expropriação devia ser segundo o direito, regular" (DAVID, *Os Grandes Sistemas ... cit.*, p. 399).

³⁶⁴ DAVID é incisivo: "A Inglaterra nunca teve uma Constituição formal, enunciando solenemente os princípios sobre os quais estava fundado

de "declarações de direitos", que possam ser compreendidos como a Declaração de Direitos do Homem e as Constituições brasileira e norte-americana. A Inglaterra é "um país em que foram organizadas normas processuais eficazes para defender e salvaguardar as liberdades fundamentais [...] Não há, na Inglaterra, Constituição que proclame os direitos e as liberdades dos indivíduos, existem apenas regras, ritos processuais que assegurem esses direitos e essas liberdades, e são essas regras, esses ritos, que formam a Constituição da Inglaterra. O direito inglês (*constitutional law*) [...] consiste, em grande parte, na descrição dos procedimentos que servem, desta sorte, para garantir as liberdades do cidadão inglês. *Remedies precede rights ...*"³⁶⁵

Portanto e na justa medida em que a forma processual antecede os direitos materiais, assume especial relevância a garantia de que o "processo" seja realizado segundo o modo "devido". Dessa circunstância derivará a objetiva proteção a determinados direitos subjetivos, limitada ao conteúdo dos provimentos jurisdicionais.

3.3. No continente americano, de início a cláusula do devido processo legal foi compulsoriamente transportada pelo

seu governo [...] Na falta de um critério formal, os ingleses só descobrem o conteúdo de sua Constituição pela comparação, considerando as matérias que, nos outros países, são regidas pela Constituição. Essa observação não é simples frase de efeito: na verdade, foi Montesquieu que ensinou aos ingleses que eles tinham uma Constituição." (*O Direito Inglês*, cit., p. 73).

³⁶⁵ DAVID, *O Direito Inglês*, cit., p. 76.

colonizador inglês: "convencidos da excelência de seu sistema jurídico, os Ingleses impuseram-no, mais ou menos, em todos os países que dominaram ou colonizaram ..."³⁶⁶ Segundo se firmou através de precedentes da jurisprudência, em todas as colônias da Inglaterra "a *common law* inglesa é, em princípio, aplicável; os súditos ingleses levam-na com eles, quando se estabelecem em territórios que não estão submetidos a nações civilizadas. As colônias inglesas da América incluem-se nesta situação."³⁶⁷

Posteriormente, como de resto todo o sistema da *common law*, o *due process* foi aplicado pelos norte-americanos para defender "as liberdades públicas [dos colonos] contra o absolutismo real [da Inglaterra]".³⁶⁸ As inúmeras constituições estaduais incorporaram-no, com leves variações formais.³⁶⁹ Mais ainda, a jurisprudência norte-americana enriqueceu o princípio, ao aplicá-lo em face de atos do Poder Legislativo e explorar seus aspectos substanciais, para além das garantias puramente de processo.

Nesse aspecto o devido processo legal assume especial relevância. Ao distinguir a garantia da compreensão

³⁶⁶ Jonh GILISSEN, *Introdução Histórica ao Direito*, Fundação Calouste Gulbenkian, 1988, p. 216.

³⁶⁷ Princípio firmado no Calvin's Case, julgado em 1608, conforme relatado por DAVID (*Os Grandes Sistemas ... cit.*, p. 359).

³⁶⁸ DAVID, *Os Grandes Sistemas ... cit.*, p. 360.

³⁶⁹ A primeira das colônias a incorporar a cláusula foi a de Virginia, em 1776. Ampliar a evolução da cláusula nos Estados Norte-Americanos em Rodney L. MOTT, *Due Process of Law*, Da Capo Press, 1973, pp. 14/29 e 87/124.

original inglesa, para ampliar sua proteção qualitativa (aspectos substancial e processual) e quantitativa (em face de todos os Poderes do Estado), a jurisprudência estadunidense conferiu-lhe o *status* de norma fundamental de todo o sistema. Hoje, nos Estados Unidos da América do Norte, o *due process of law* importa fundamento normativo de defesa dos mais relevantes direitos pessoais - ainda que não venham previstos em nenhum texto legal.³⁷⁰

1) Origem e evolução do devido processo legal na Inglaterra

4. A cláusula do devido processo não tem matriz positiva - inaugural, clara e específica -, muito menos surgiu como previsão expressa de texto normativo criativo. Tal como a definição de seu conteúdo, seu ponto de partida é difuso.

Em 1215, a disputa dos lordes ingleses com o rei João Sem-Terra deu origem ao documento escrito chamado "Magna Carta".³⁷¹ Fruto de negociações que duraram mais de seis meses

³⁷⁰ Edward KEYNES, *Liberty, Property, and Privacy*, The Pennsylvania State University Press, 1996, *passim*, como melhor será visto abaixo.

³⁷¹ Magna Carta das Liberdades ('Magna Carta Libertatum' ou 'Great Chart of Liberties'), editada primeiramente em 1215 e confirmada em inúmeras ocasiões posteriores. Confirma-se em A. W. BRADLEY e K. D. EWING, *Constitutional and Administrative Law*, Longman, 1995, p. 13 e Rodney L. MOTT, *Due Process ... cit.*, pp. 29/86. Orlando BITAR noticia que o idioma original da Magna Carta era o latim, "língua usual dos negócios públicos e no processo judicial" e seu autor putativo foi o arcebispo de Cantuária, "sabido que muitos dos barões e o próprio João não eram capazes de assinar o nome." (Orlando BITAR, *Fontes e Essência da Constituição Britânica*, in: *Obras Completas*, vol. II, Renovar, 1996, p. 63).

Em 1215, a Magna Carta foi um desastre: não foi executada a contento, provocou guerra ao invés da paz, discussões ao invés de estabilidade e vigiu por apenas três meses (J. C. HOLT, *Magna Carta*, Cambridge, 1992, p. 1). Reeditada em 1216, 1217 e 1225, atualmente a Magna Carta foi sucedida e substituída por inúmeros outros documentos escritos,

contínuos, a Magna Carta é documento político resultado de crise institucional, que retrata a fraqueza dos negociadores em face do caráter intratável do rei, além da intransigência dos barões e os duros fatos da administração da Inglaterra no século XIII.³⁷²

Tida como "o germe do regime constitucional",³⁷³ a importância da Magna Carta reside em ser, historicamente, o primeiro documento formal de estabelecimento da supremacia legal sobre a vontade régia; além de ser a base do regime parlamentar britânico e definir uma série de direitos relativos a determinados grupos (principalmente os barões), em face do soberano.³⁷⁴ Ao par de assegurar direitos ao baronato, a Magna Carta previa a correspondência desses direitos aos vassallos dos barões e várias garantias a outras classes sociais.³⁷⁵ Assim, contemplava que "a Igreja deveria

que incorporaram seus termos, a ampliaram e atualizaram (*Petition of Right*, de 1628; *Bill of Rights*, de 1688; *Claim of Rights*, de 1689; *The Act of Settlement*, de 1700, além de outras normas de hierarquia constitucional) e seu valor simbólico é maior do que seu vigor normativo - vede BRADLEY e EWING, ob. cit., pp. 14/16; BITAR, ob. cit., pp. 62/68 e KEYNES, *Liberty, Property ...* cit., pp. 10/16 (onde consta evolução e transcrição dos comentadores de então, ampliando o tema histórico do *due process of law*). Para análise político-histórica, HOLT, ob. cit., *passim*.

³⁷² HOLT, *Magna Carta*, cit., p. 6.

³⁷³ PONTES DE MIRANDA, *apud* O. A. BANDEIRA DE MELLO, *A Teoria das Constituições Rígidas*, Bushatsky, 1980, p. 51.

³⁷⁴ Segundo Antônio Roberto SAMPAIO DÓRIA, "a Magna Carta era concebida por seus redatores como um complexo limitador apenas da ação real e jamais do Parlamento. Menos ainda visava proteger os direitos individuais do cidadão ..." (*Direito Constitucional Tributário e Due Process Of Law*, Forense, 1986, p. 10).

³⁷⁵ Para Orlando BITAR, é parcialmente verdadeira a idéia de que a Magna Carta consubstanciava "simples tábua de privilégios de casta, representativos de uma classe, a dos barões feudais", pois o documento a) revelava o primeiro grande ato público da Nação, corporificando interesses de todo o país; b) era indisfarçavelmente democrática, pois o povo a

ser livre; Londres e outras cidades deveriam usufruir suas liberdades e costumes; comerciantes não poderiam ser submetidos a tributação injusta.”³⁷⁶

Na dicção de J. C. HOLT, estava implícito na intenção original da Carta que a proteção a tamanha gama de liberdades não poderia torna-se efetiva senão sendo tratada como uma lei fundamental.³⁷⁷

5. Talvez o principal direito protegido na Magna Carta seria aquele que assegurava “ao baronato revoltoso a inviolabilidade de seus direitos relativos à vida, liberdade e propriedade, cuja supressão só se daria através da ‘lei da terra’ (*per legem terrae* ou *law of the land*)”.³⁷⁸

apoiara, comungara de seu movimento preparatório e recebera apreciável quinhão de benesses - recebendo, proporcional e simetricamente, os direitos adquiridos pelo baronato; e c) a Magna Carta era antes um documento pelo qual se reestatuíam antigas franquias e direitos, legalizando a insurreição contra o soberano, do que propriamente uma conquista inovadora e própria da nobreza. (*Fontes ... cit.*, pp. 63/64). HOLT afasta concepções por si qualificadas de distorcidas (especialmente a de COKE, para quem o documento era uma afirmação da lei fundamental e da liberdade do indivíduo), para definir a Carta como “uma declaração de liberdades antes do que uma afirmação da liberdade; um privilégio que foi estabelecido principalmente em favor dos interesses da aristocracia, e que era aplicável em toda sua extensão aos ‘homens livres’ - classe que formava uma pequena proporção da população da Inglaterra do século treze.” (*Magna Carta*, cit., p. 5). Ainda segundo HOLT, a participação da Igreja deu-se porque esta pretendia ver-se livre da sujeição ao poder temporal do príncipe (ob. e loc. cit.)

³⁷⁶ “The Church was to be free; London and other cities were to enjoy liberties and customs; merchants were not to be subject to unjust taxation.” (BRADLEY e EWING, *Constitucional ... cit.*, p. 14).

³⁷⁷ HOLT, *Magna Carta*, cit., p. 14.

³⁷⁸ SAMPAIO DÓRIA, *Direito Constitucional ... cit.*, p. 11. HOLT destaca que o Capítulo 39 da Carta garantia aos homens livres o julgamento “por seus pares ou pela lei da terra” (“*lawful judgement of his peers or by the law of the land*”), querendo significar a idéia de que os atos de execução deveriam sempre ser anteceditos por um julgamento - pelos pares ou outro método que estivesse de acordo com a lei da terra (ob. cit., pp. 327/328 e 330). Eis o texto integral do Capítulo 39, da Carta de 1215: “*Nullus liber homo capiatur, vel imprisonetur, aut disseisiatur, aut utlagetur, aut exuletur, aut aliquo modo destruat, nec super eum ibimus,*

O termo "*by the law of the land*" ("*per legem terrae*") é precursor, em sentido e sonoridade, da expressão *due process of law*. Apesar de configurar relevante conquista histórica, a expressão "*by the law of the land*" apontava para gama de significados muito mais pobre do que veio a encontrar sua sucessora "*due process of law*". A garantia original tinha pertinência à aplicação da lei e obrigatoriedade de julgamento, significando que "as leis existentes, as leis da terra, deveriam ser igualmente aplicadas a todos."³⁷⁹

Na síntese de SAMPAIO DÓRIA, "a garantia se resumia [...] no direito a um processo ordenado".³⁸⁰ Esse seu conteúdo e conquista: proteção contra punições arbitrárias, através das garantias de processo e julgamento segundo um sistema legal preexistente. É a semente da regra da supremacia do direito (*rule of law*).³⁸¹

nec super eum mittemus, nisi per legale iudicium parium suorum vel per legem terre." e, na tradução inglesa: "No free man shall be taken or imprisoned or disseised or outlawed or exiled or in any way ruined, nor will we go or send against him, except by the lawful judgement of his peers or by the law of the land." (HOLT, ob. cit., pp. 460/461).

³⁷⁹ "The standing laws, the laws of the land, were to be applied equally to all." (Alfred C. AMAN, JR. e William T. MAYTON, *Administrative Law*, West Publishing, 1993, p. 154).

³⁸⁰ *Direito Constitucional ... cit.*, p. 13. Em sentido contrário, KEYNES para quem desde sempre a garantia contemplava os significados processual e substancial (*Liberty ... cit.*, p. 11/16 - citando ampla doutrina, inclusive COKE e BLACKSTONE - historicamente, os maiores comentadores da Magna Carta).

³⁸¹ Regra que tem a maior relevância no direito britânico contemporâneo. Para BRADLEY e EWING, a garantia da '*rule of law*' expressa as seguintes idéias: a) manutenção da lei e ordem (*law and order better than anarchy*); b) princípio da legalidade (*government according to law*) e c) valores político-sociais inerentes ao ordenamento jurídico (*the rule of law as a broad political doctrine*) (*Constitucional ... cit.*, pp. 97/107). Já H. W. R. WADE e C. F. FORSYTH encarecem os seguintes significados da cláusula '*rule of law*': a) garantia do princípio da legalidade; b) meio de

6. Em 1354, sob o reinado de Eduardo III, pela primeira vez a reedição da Magna Carta foi transcrita do latim para a língua inglesa. Por motivos absolutamente desconhecidos - daí a obscuridade na origem da expressão -, no lugar da locução *per legem terrae* (*by the law of the land*) foram lançadas as palavras *due process of law*.³⁸²

7. Assim e durante séculos, a cláusula *due process of law* manteve seu significado originário de garantia de julgamento genuíno, segundo a "lei da terra".³⁸³ Contudo e como é próprio do sistema da *common law*, "o conceito do adequado processo legal foi-se enriquecendo, ganhando novas dimensões e significados. Assim, da exigência primitiva de um processo formalizado, o princípio passou a compreender também

controle e restrição dos poderes discricionários do governo; c) garantia da igualdade perante a lei; d) proibição de o governo se beneficiar de privilégios desnecessários e/ou exceções à lei ordinária e e) princípio da tipicidade penal (*Administrative Law*, Claredon Press, 1996, pp. 24/27).

³⁸² AMAN, JR. e MAYTON, verbis: "... in its 1354 reissue under Edward III, Magna Carta was written in official English for the first time." (*Administrative ... cit.*, p. 154, nota n.º 3). Trazendo ampla bibliografia, esses autores destacam que, então, as palavras *due process of law* inequivocamente possuíam o mesmo sentido de *by the law of the land*. No mesmo sentido, SAMPAIO DÓRIA (*Direito Constitucional ... cit.*, p. 12), BITAR (*Fontes ... cit.*, p. 65) e KEYNES (*Liberty ... cit.*, p. 11). H. L. BLACK, aponta que "já em 1354, as palavras 'processo legal' foram usadas num estatuto inglês de interpretação da Magna Carta e, no fim do século XIV, as expressões 'processo legal' e 'lei da terra' eram permutáveis" (*Crença na Constituição, Forense*, 1970, p. 53). Já HOLT noticia que a expressão *due process of law* foi construída intencionalmente, para excluir procedimentos perante o governante [*Council*] ou comissões especiais e para limitar incursões na esfera de atuação das cortes de *common law* (*Magna Carta ... cit.*, p. 10).

³⁸³ Pelo menos até a *Petition of Rights*, de 1628 (SAMPALIO DÓRIA, *Direito Constitucional ... cit.*, pp. 13/14).

[...] o requisito da prévia citação para a demanda e da oportunidade de defesa."³⁸⁴

2) Origem do devido processo legal nos Estados Unidos da América do Norte

8. Conforme acima descrito, no século XVII a cláusula *due process* acompanhou os colonizadores ingleses e transpôs o Pacífico, para, posteriormente, incorporar-se nas inúmeras declarações de independência das então colônias inglesas. Nesses textos "que o princípio se desliga de sua matriz inglesa e passa a integrar o sistema jurídico americano, numa trajetória que o transmudaria no mais fecundo de quantos instrumentos se criaram para a defesa de direitos individuais."³⁸⁵

Com a independência das colônias norte-americanas, tornou-se imperiosa a criação de um sistema jurídico próprio, desvinculado do direito inglês. "Num grande número de Estados as leis estabeleceram que a *common law*, tal como se apresentava naquela data [da independência], era o direito em vigor no Estado."³⁸⁶ A partir de então, os ordenamentos separaram-se e tiveram existência e desenvolvimento autônomos.

³⁸⁴ SAMPAIO DÓRIA (ob. cit., p. 13). O mesmo autor destaca que, na Inglaterra, a "última e significativa derivação" ocorreu ao encampar-se na garantia do *due process of law* "a de que ninguém poderia ser preso sem a evidência de uma justa causa (*without any cause showed*)" (p. 14).

³⁸⁵ SAMPAIO DÓRIA, ob. cit., p. 15.

³⁸⁶ DAVID, *Grandes Sistemas ... cit.*, p. 362.

9. Especialmente no direito constitucional, as diferenças são significativas. Os Estados Unidos da América do Norte têm sua Constituição consubstanciada em documento formal, ao contrário da Inglaterra. Mais do que isso, a Constituição representa para os norte-americanos "o próprio ato de fundação do seu país e não apenas a sua carta política."³⁸⁷

Portanto, desde o início da história constitucional dos Estados Unidos, o princípio do devido processo legal já constava de "várias Constituições, e bem assim as Declarações de Direito (*Bill of Rights*) das primitivas colônias inglesas que antecederam a formação da federação norte-americana [...] sob a fórmula originária *law of the land*".³⁸⁸ Apesar de à época da independência norte-americana já existirem decisões que davam aplicação ao ângulo "substancial" do devido processo, o princípio foi incorporado às Constituições das antigas colônias tendo em vista seu aspecto puramente processual.³⁸⁹

9.1. A cláusula veio a atingir sua maior expressividade ao ser incorporada ao texto das V e XIV Emendas à

³⁸⁷ DAVID, *Grandes Sistemas ... cit.*, p. 394.

³⁸⁸ Carlos Roberto de Siqueira CASTRO, *O Devido Processo Legal e a Razoabilidade das Leis na Nova Constituição do Brasil*, Forense, 1989, p. 12/15.

³⁸⁹ Juan Francisco LINARES, *Razonabilidad de las Leyes*, Astrea, 1989, p. 17, com amplas referências bibliográficas.

Constituição Norte Americana.³⁹⁰ Desde então, acirram-se as disputas acerca do conteúdo dessa cláusula e não existe notícia de unanimidade quanto à sua exata definição. DAVID destaca que "o Supremo Tribunal dos Estados Unidos utilizou-a para exercer um controle sobre a legislação e a jurisprudência federais e estaduais: as restrições feitas à liberdade ou à propriedade dos cidadãos apenas seriam reconhecidas como legítimas por ele se fossem, segundo a sua apreciação, razoáveis."³⁹¹ Há quem a considere "intraduzível e indefinível"³⁹² e mesmo o Juiz da Corte Suprema Felix FRANKFURTER afirmou que a cláusula "não pode ser aprisionada dentro dos limites traiçoeiros de nenhuma fórmula".³⁹³

9.2. Atualmente, definindo a aplicação do aspecto substancial da cláusula a decisões que envolvam direitos pessoais complexos (aborto, eutanásia, casamento, reprodução, autonomia individual etc.), a Corte Suprema norte-americana

³⁹⁰ Na V Emenda (1791), a cláusula *due process* é dirigida ao Governo Federal, enquanto que na XIV Emenda (1868) estende-se-a aos Estados. Em ambos os casos, a redação é quase idêntica: " ... nor [shall any person] be deprived of life, liberty or property without due process of law" (V Emenda) e "... nor shall any State deprive any person of life, liberty or property without due process of law" (XIV Emenda). KEYNES destaca que a XIV Emenda impõe aos Estados limites semelhantes àqueles fixados ao governo nacional pela V Emenda, além de a cláusula da *equal protection* garantir tratamento legal igualitário a respeito dos direitos fundamentais individuais (*Liberty ... cit.*, p. 35).

³⁹¹ *Grandes Sistemas ...*, p. 399.

³⁹² Segundo John Clarke ADAMS, "*Esta expresión, pivote del derecho procesal norteamericano, es intraducible e indefinible*" (*El Derecho Administrativo Norteamericano*, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1964, p. 59)

³⁹³ "*cannot be imprisoned within the treacherous limits of any formula*" - *apud* ADAMS, *ob. cit.*, p. 59.

não define positiva e claramente o que vem a ser eventual conceito fechado do devido processo legal.

Varia o entendimento de que a cláusula do devido processo legal substancial é antes protetora condicional de direitos, ao invés de ser sempre absoluta, exigindo exame do interesse público definido em lei em face da liberdade e direitos privados individuais.³⁹⁴ Ademais, a Corte permanece reputando que o devido processo tem ambos os componentes substanciais e processuais, contrários à possibilidade de legislação arbitrária.³⁹⁵

O *standard* atual da cláusula "protege todos os direitos fundamentais (enumerados e não-enumerados) contra invasões estaduais. *Due process* é uma promessa constitucional 'de que há um reino de liberdade constitucional onde o governo não pode entrar'".³⁹⁶

10. Tornam-se claros dois característicos principais, a discriminar a garantia do *due process of law* nos Estados Unidos de sua congênere inglesa: presta-se a controlar atos do Poder Legislativo e autoriza sindicância substantiva (não apenas processual).

10.1. A limitação a atos do Parlamento tem origem na histórica aversão das colônias ao controle exercido pelos

³⁹⁴ KEYNES, *Liberty ... cit.*, p. 179 - citando decisões de 1973 e 1983.

³⁹⁵ KEYNES, *ob. cit.*, pp. 200 e 201 - citando decisões de 1961 e 1992.

ingleses. Ao contrário do direito inglês, que prestigiava a produção legislativa como matéria intocável, desde cedo o ordenamento norte-americano apresentou clara disposição ao controle da constitucionalidade das leis. J. C. HOLT descreve que, nos Estados Unidos da América, "a luta não era em defesa da lei e do Parlamento contra o rei, mas pelos direitos dos colonos contra ambos rei e Parlamento",³⁹⁷ por isso alguns dos princípios da Carta estadunidense estabeleceram-se como direitos individuais exercitáveis contra todas as formas de autoridade - seja ela legislativa, executiva ou jurisdicional.

Para Carlos Roberto S. CASTRO, "nos Estados Unidos da América, tanto no período colonial quanto após a independência, preponderava um nítido preconceito contra o Poder Legislativo, o que se explica em razão da legislação metropolitana repressora, oriunda da Casa de Westminster, em Londres"³⁹⁸. [...] "Esse fenômeno de preconceito parlamentar e da conseqüente necessidade de controle dos atos do Parlamento, que ensejaram nos Estados Unidos da América a *judicial review* da validade das leis em face da Constituição".³⁹⁹

³⁹⁶ KEYNES, ob. cit., p. 201, citando decisão da Corte Suprema norte-americana.

³⁹⁷ HOLT, *Magna Carta*, cit., p. 17. No mesmo sentido, KEYNES, ob. cit., p. 13.

³⁹⁸ *O Devido Processo* ... cit., p. 16.

³⁹⁹ Ob. cit., pp. 24/25. Esse controle foi estabelecido pela Suprema Corte norte-americana, no célebre caso *Marbury v. Madison*, de 1803, a

10.2. Por outro lado e conforme já destacado, o princípio do *due process* originariamente assegurava mera submissão do Poder Público à lei.

Visando a proteger vida e (ou) liberdade, o devido processo legal vedava atos retroativos; decisões que declaravam os particulares culpados sem defesa; confisco de bens sem manifestação do proprietário etc.⁴⁰⁰ - sempre controlando aquilo que emerge imediatamente do conteúdo semântico da expressão: a *justa observância do processo estabelecido em lei*.

A jurisprudência da Suprema Corte estadunidense teve o mérito de dilatar essas fronteiras, através do

respeito do qual as referências bibliográficas são inumeráveis. Por todos, confirmam-se DAVID, *Os Grandes Sistemas ... cit.*, p. 395/396; Carl Brent SWISHER, *Decisões Históricas da Corte Suprema*, Forense, 1964, pp. 9/14 e Lêda Boechat RODRIGUES, *A Corte Suprema e o Direito Constitucional Americano*, Forense, 1958, pp. 35/41.

⁴⁰⁰ Segundo a definição de Henry Campbell BLACK, "*Central meaning of procedural due process is that parties whose rights are to be affected are entitled to be heard and, in order that they may enjoy that right, they must be notified.*". Ou seja: regular intimação, oportunidade de ser ouvido e os direitos daí decorrentes (*Black's Law Dictionary*, West Publishing Co., 1979, p. 1083). Posteriormente, esse rol ampliou-se, tal como noticia Carlos Roberto S. CASTRO, enumerando algumas das garantias derivadas do *due process of law*, expressa e implicitamente previstas no estatuto constitucional norte-americano: a) proibição do *bill of attainder* (ato legislativo que considera alguém culpado pela prática de crime sem prévia defesa, processo e julgamento); b) proibição de leis *ex post facto*; c) direito a julgamento por júri; d) proibição de alguém ser julgado duas vezes pelo mesmo fato; e) vedação da auto-incriminação forçada; f) direito a um julgamento rápido e público, por júri imparcial e competente; g) direito a ser informado da natureza da acusação; h) direito de defesa e ao contraditório; i) direito a ter 'o seu dia na Corte'; j) direito a ser ouvido o quanto antes; k) direito a conhecer e pronunciar-se sobre os documentos de acusação; l) direito a ser notificado pela autoridade policial da prerrogativa de permanecer calado e m) direito de ser assistido por um advogado nomeado pela Justiça, caso não tenha condições de contratar um profissional (Ob. cit., pp. 34/37).

controle *substancial* (de conteúdo, de fundo).⁴⁰¹ A lei e o ato administrativo podem ser contrários ao devido processo legal não porque violaram vida, liberdade ou propriedade através de visão autônoma e estrita do fenômeno *processo*. Mais do que isso, atos estatais podem produzir agressões *de fundo* ao devido processo legal, quando seu conteúdo, sobre não garantir determinados interesses públicos, atinge direitos protegidos constitucionalmente.

Trata-se do *substancial due process of law* - atualmente indissociável do benefício meramente processual.⁴⁰²

11. Essa transformação desenvolveu-se em décadas de elaboração legislativa e jurisprudencial. As decisões do Poder Judiciário evoluíram depois de promulgada a XIV Emenda e ao final da Guerra da Secessão.⁴⁰³ E, entre 1866 e 1875, o Congresso norte-americano estabeleceu gama de direitos que tornavam concreta a XIV Emenda, confrontando-se com

⁴⁰¹ Serão utilizados os termos *substantivo* (a palavra que designa por si só a substância, real ou metafísica) e *substancial* (essencial; mais importante; fundamental; a substância ela mesma) - CALDAS AULETE, *Dicionário Contemporâneo da Língua Portuguesa*, vol. 5, Editora Delta, 1958, pp. 4783/4784.

⁴⁰² Segundo Kenneth WARREN, "*it is absurd try to pretend that procedural due process can be separeted from substantive due process.*" (*Administrative Law*, cit., p. 12). No mesmo sentido, KEYNES, *Liberty ...* cit., *passim*.

⁴⁰³ Tal guerra iniciou em 1861 e terminou em 1865. Nesse meio tempo, com o objetivo político de manter unidas as forças que apoiavam a União, foram promulgadas a XIII (libertou os escravos) e XIV Emendas (impôs deveres aos Estados e estendeu os direitos previstos na V Emenda a todas as pessoas, inclusive naturalizadas e negros libertos). Quando menos, a cláusula da *equal protection* da XIV Emenda proibiu aos poderes públicos a supressão de direitos fundamentais baseada na raça de um indivíduo. (v. KEYNES, ob. cit., pp. 55/56, 73/74 e 212).

tentativas de reescravização dos homens tornados livres e violência contra negros e brancos.⁴⁰⁴

Inicialmente restrito, para depois passar por ampla e exuberante aplicação, atualmente o devido processo legal substantivo não encontra interpretação rígida e fechada na Suprema Corte norte-americana. Segue breve resumo do desenvolvimento histórico da cláusula.

⁴⁰⁴ Ampliar em KEYNES, ob. cit., pp. 75/96.

3) *Evolução histórica do devido processo legal substantivo*

12. Para John E. NOWAK e Ronald D. ROTUNDA, "Aproximadamente desde o início da nação, os Juízes da Suprema Corte insinuaram que possuem um direito inerente para controlar a substância da legislação promulgada tanto pelo Congresso como pelas legislaturas estaduais", inicialmente associando seu conceito ao de "direitos naturais".⁴⁰⁵ KEYNES noticia uma decisão da Suprema Corte de 1856,⁴⁰⁶ e Lêda Boechat RODRIGUES um acórdão de 1857,⁴⁰⁷ dando ao princípio expresso significado de garantia substancial.

12.1. A partir de 1873, a Suprema Corte norte-americana passou a construir mais intensamente os princípios fundadores do devido processo legal substancial, em apoio ao crescimento econômico e liberdade então experimentados. Trata-se de período dito evolutivo da economia estadunidense,⁴⁰⁸ quando a Corte encampou a tese do *laissez-faire*, para "justificar a máxima liberdade econômica e a mínima interferência

⁴⁰⁵ *Constitutional Law*, West Publishing, 1995, p. 364.

⁴⁰⁶ KEYNES traz elenco de decisões geradoras do devido processo substantivo, vinculadas às regras de contrato social e direito natural, estabelecendo seu início histórico em 1795. Segundo esse autor, o caso que inaugura claramente o devido processo legal substancial resulta de associação entre os termos *law of the land* e *due process of law*, reconhecendo que a cláusula constitucional do devido processo restringe "all governmental power - legislative, executive, and judicial." (ob. cit., p. 23).

⁴⁰⁷ Trata-se do caso *Dred Scott*, onde a Suprema Corte entendeu que lei proibidora da escravidão era inconstitucional porque privava o particular de sua propriedade (o escravo) sem *due process* (A *Côrte Suprema* ... cit., p. 92).

⁴⁰⁸ Ampliar em NOWAK e ROTUNDA, *Constitutional* ... cit., pp. 372/374, e KEYNES, *Liberty* ... cit., pp. 97/128, onde analisa os aspectos político-econômico e jurisprudencial da América do Norte, no período de 1873 a 1921.

governamental no mercado".⁴⁰⁹ Reconhecia-se que os Estados poderiam limitar a liberdade econômica e o direito de propriedade tendo em vista objetivos públicos válidos; mas jamais na construção de normas que beneficiassem determinada classe ou grupo social, nem tampouco na criação de taxas ou poder de polícia.⁴¹⁰

Em 1877, instalou-se discussão a respeito da constitucionalidade de legislação estadual fixadora de tarifas do transporte e armazenagem de trigo e, em 1882, julgamento da Suprema Corte envolvendo questão semelhante converteu "a cláusula de *due process* numa restrição positiva, sustentando dever o Judiciário dar-lhe, obrigatoriamente, força executiva, sempre que os departamentos dos Estados procurassem, a seu ver, impor tarifas arbitrárias e irrazoáveis."⁴¹¹

Assim, a sindicância judicial transpôs limites históricos e pacificou a averiguação da *substância* do ato legislativo, negando-lhe validade com fundamento em motivo que pertence à opção adotada pelo legislador (*arbitrariedade* ou *falta de razoabilidade*).

⁴⁰⁹ KEYNES, ob. cit., citando decisões de 1873 e 1888-1910, p. 98.

⁴¹⁰ KEYNES, p. 99.

⁴¹¹ RODRIGUES, p. 96. Surgiu o standard da "regra da razão" (*rule of reason* ou *standard of reasonableness*), "critério indefinido que permite examinar, em cada caso, se a tarifa em questão é ou não razoável ou justificada." (Lêda B. RODRIGUES, ob. e loc. cit.). Nesse primeiro período e ainda segundo RODRIGUES, o devido processo será aplicado em casos de tarifas de transporte público; fixação de preços; desapropriações; direito

Essa visão da Suprema Corte teve seu ponto mais alto entre 1888 e 1921 - para sobreviver à análise jurisdicional, a legislação teria de demonstrar e comprovar um importante interesse público que autorizasse limitação à liberdade individual ou que interferisse nos mercados.⁴¹²

12.2. Ao consubstanciar controle imediato em questões de fundo, tais decisões acabariam por transferir ao Judiciário ampla parcela de verdadeiro poder político. A mudança é radical: passou-se do controle formal para o substancial, este inicialmente sem firmes limites. Assim, e "uma vez que, pela aplicação da 'regra da razão' (*rule of reason*), a decisão judicial envolvia, na realidade, o julgamento baseado em considerações de ordem social e econômica, a cláusula do processo legal regular entendida como proteção substantiva, atribuiu aos tribunais poder quase legislativo."⁴¹³

Nesse período, entendia-se que o devido processo impunha a lei "razoável", o que significava "sensata, digna de aplauso e compreensível aos intérpretes", daí a Corte Suprema passar a aplicar em toda a legislação o teste da razoabilidade, "em face de seus próprios critérios econômicos e sociais"⁴¹⁴ e "o controle judicial dessa legislação fez a

do trabalho e discriminação racial; liberdade de imprensa e de reunião (pp. 140/156).

⁴¹² KEYNES, ob. cit., pp. 112/113.

⁴¹³ Lêda B. RODRIGUES, *A Corte Suprema ... cit.*, p. 139.

⁴¹⁴ Autor e ob. cits., p. 140.

constitucionalidade dessas leis dependente das visões pessoais dos Juízes."⁴¹⁵

13. Essa tomada de posição da Suprema Corte norte-americana ampliou-se a ponto de sofrer severas críticas, especialmente a partir do período das dificuldades econômicas derivadas da "Grande Depressão" (1934/36).

Na medida em que a Suprema Corte colidia com planos econômicos governamentais (especialmente o *New Deal* proposto pelo presidente Franklin Roosevelt), aos poucos foi abandonada a proteção de "direitos econômicos" com base no devido processo legal substantivo.⁴¹⁶

13.1. Tal mudança de entendimento teve influência decisiva do juiz H. L. BLACK, que ingressou naquele Tribunal em 1937 e opôs-se radicalmente ao controle de leis com fundamento no juízo de que elas seriam "excessivas", "caprichosas", "contrárias a um senso fundamental de justiça civilizada", "injustas", "por chocarem a consciência" etc. - expressões que lastravam a aplicação do *substantive due process of law*. Disse H. L. BLACK: "Desde que [...] a pedra angular da minha crença na Constituição é a convicção básica

⁴¹⁵ NOWAK e ROTUNDA, *Constitucional ... cit.*, p. 375.

⁴¹⁶ A partir de 1937, foi descartada a proteção ao mercado econômico, praticamente como resultado do confronto jurídico-político entre Suprema Corte e presidente Franklin Roosevelt. Roosevelt pediu autorização ao Congresso norte-americano para nomear um membro da Suprema Corte para cada membro com idade superior a setenta anos. Como seis membros tinham mais de setenta anos, Roosevelt conseguiu número suficiente de juízes a fim de aprovar o projeto *New Deal*. Alguns antigos membros mudaram de posição e a Corte reconheceu a constitucionalidade de medidas que haviam sido prévia e

de que ela se destinou a evitar que se pusesse poder demasiado nas mãos de um ou mais agentes públicos, não posso subscrever interpretação tão frágil do 'processo legal', que permita aos juízes [...] considerar inconstitucionais leis de que não gostam. [...] essas expressões nenhuma limitação ou restrição impõem aos juízes, mas que os deixam completamente livres para decidir questões constitucionais, baseados nos seus próprios juízos de política."⁴¹⁷ Opunha-se à possibilidade de o Poder Judiciário "colocar-se na condição de um superlegislativo que analisasse a sabedoria da legislação".⁴¹⁸

Em acórdão de 1963, H. L. BLACK defendeu a tese de que é o Poder Legislativo, não o Judiciário, que decide a respeito da sabedoria e utilidade da legislação.⁴¹⁹

13.2. Essa doutrina jurisdicional, obsequiosa com a legislatura e Administração, sustentou a proposta de desenvolvimento econômico do governo norte-americano. Assim e a partir de 1937, a cláusula do devido processo legal assumiu a seguinte feição: "1) Deixou de ser uma limitação à legislação social, à decretação de impostos e tarifas e à ação regulamentadora do governo em geral; 2) passou a ser aplicada como proteção nos casos que envolvam a liberdade de

expressamente declaradas inconstitucionais. Ampliar em KEYNES, ob. cit., pp. 131/135.

⁴¹⁷ A Crença ... cit., pp. 43/44.

⁴¹⁸ Apud KEYNES, ob. cit., p. 1.

⁴¹⁹ Apud KEYNES, ob. cit., p. 149.

expressão, reunião e religiosa, inclusive os direitos do trabalho, através de novos conceitos da liberdade de palavra; 3) restringe-se a aplicação da cláusula processual de *due process* como limite à ação administrativa, salvo nos casos de deportação de estrangeiros; 4) aceita-se sua invocação para proteger, de modo geral, as pessoas acusadas de crime.”⁴²⁰ LINARES destaca ser “certo que desde 1937 nenhuma lei do Congresso sobre matéria de regulamentação econômica tenha sido desautorizada porque contrária ao devido processo substantivo.”⁴²¹

13.3. Ao mesmo tempo que renunciava ao entendimento anterior, a Suprema Corte americana tornou-se crescentemente receptiva à proteção de direitos pessoais, desde que fundamentais e não-econômicos, com fundamento no *substantive due process*.

A Corte desenvolveu a tese de que liberdade e privacidade são aspectos complementares da autonomia individual, que a *common law* desde sempre protegeu contra avanços governamentais injustificados (desvinculados de um

⁴²⁰ Robert J. HARRIS, *apud* Lêda B. RODRIGUES, *A Corte Suprema ...* cit., p. 229.

⁴²¹ “Lo cierto es que desde 1937 ninguna ley del Congreso sobre materia de regulación económica ha sido desautorizada por contraria al debido proceso sustantivo.” (pp. 33/34). No mesmo sentido CASTRO noticia “verdadeiro abandono da garantia do devido processo legal como intromissão judicial na economia” e, a partir dos anos 30, a “revitalização [do devido processo] como instrumento de controle das invasões estatais nas faculdades ditas personalistas e de caráter não econômico” (p. 69). KEYNES noticia que, desde 1937 até 1990, a Suprema Corte denegou vínculo entre a liberdade econômica e o direito de propriedade, enquanto concedia ampla

objetivo público legítimo). O controle deslocou-se de sua pontual dimensão econômica para abranger proteção jurisdicional a “pensamentos, emoções e sensações pessoais, que exigem reconhecimento normativo”.⁴²²

Trata-se da compreensão de que a liberdade individual inclui direitos fundamentais enumerados e não-enumerados constitucionalmente - requisitos para o desenvolvimento e plenitude pessoais, sujeitos somente a regulação e proibição que promovam objetivamente o interesse público. Tais decisões da Suprema Corte reforçaram o conceito de que direitos não-enumerados estão enraizados na cláusula do devido processo (substancial e processual).⁴²³

Assim, a jurisprudência dirigiu-se a definir os direitos fundamentais em três dimensões básicas: (i) liberdade de pensamento, crença, consciência e palavra (I Emenda); (ii) liberdade ou segurança da pessoa em seu próprio lar (IV Emenda) e (iii) liberdade e privacidade pessoais que não tenham previsão normativa expressa (v.g., casamento, escolha de cônjuge, relações familiares, procriação, educação do próprio filho, relações sexuais, uso de contraceptivos, aborto e procura de tratamento médico pessoal).⁴²⁴

proteção jurisdicional à liberdade de reprodução, contracepção e aborto (p. 181).

⁴²² KEYNES, ob. cit., p. 155/156.

⁴²³ KEYNES, idem, p. 178.

⁴²⁴ KEYNES, p. 157/209, com análise de inúmeros acórdãos sobre tais assuntos.

Para NOWAK e ROTUNDA, hoje o *substantive due process of law* aproxima-se do princípio da isonomia. Uma vez definido que a discussão envolve um direito fundamental, a Suprema Corte tem duas opções: caso a lei regule e restrinja o exercício de um direito fundamental por todas as pessoas, deve ser examinada em face ao devido processo; caso somente envolva o exercício de um direito fundamental por parte de um grupo específico de pessoas, deverá decidir com base na cláusula da *equal protection*.⁴²⁵

13.4. De qualquer forma, a Suprema Corte norte-americana abandonou quase por completo a concepção absolutamente aberta da cláusula, exigindo que o interesse defendido com base no *due process of law* possa ser reportado diretamente aos conceitos estritos de "vida", "liberdade" ou "propriedade", ainda que a questão concreta envolva direito não expressamente previsto em lei. Em 1992, decidiu-se ser o devido processo legal "limitação ao Poder Legislativo", "contrária à legislatura arbitrária", e que há "um reino da liberdade pessoal onde o governo não pode ingressar".⁴²⁶

14. Especialmente no que respeita ao Direito Administrativo, é necessária a configuração de ação administrativa jurisdicionante,⁴²⁷ que afete excepcional e

⁴²⁵ *Constitucional ... cit.*, p. 383.

⁴²⁶ KEYNES, pp. 200/201.

⁴²⁷ O termo, do vernáculo (CALDAS AULETE, *Dicionário ... cit.*, vol. 3, p. 2868), é utilizado como tradução da expressão inglesa *adjudicatory mode*. A expressão *adjudicatory process* é utilizada para designar

individualmente a esfera de liberdade e (ou) propriedade do particular.⁴²⁸

Caiu a concepção de que o devido processo legal é absolutamente "flutuante", a incidir sempre que a Administração atingisse o particular de forma significativa. A Suprema Corte firmou entendimento de que o direito ao devido processo deriva não do peso (importância), mas da natureza do interesse posto em jogo, que deve ser somente a "vida, liberdade ou propriedade" de um indivíduo particular.⁴²⁹

Mesmo em relação à vida, liberdade e propriedade, inexistente direito absoluto e incontrastável do particular, pois se entende que a Administração pode demonstrar a presença de relevante interesse público que autorize restrição a tais direitos fundamentais.⁴³⁰

Ademais, em face dos avanços científicos, que outorgam ao governo a capacidade tecnológica de literalmente invadir a vida particular dos cidadãos, o *due process* permanece uma proteção vital da dignidade e autonomia dos

procedimentos e decisões administrativas, semelhantes aos judiciais e o verbo *adjudicate* significa proferir decisão (jurisdicional), de acordo com a lei. No dicionário de H. C. BLACK, a expressão *adjudicatory hearing* significa "procedimento perante um órgão administrativo, no qual os direitos e deveres dos particulares são julgados depois de notificação formal e oportunidade de defesa" (ob. cit., pp. 39/40). Segundo AMAN JR. e MAYTON, "A Administração rotineiramente decide se a conduta de um particular é conforme às regras que ela implementa e impõe sanções quando o particular age de forma errada. Essa aplicação da lei constitui ação jurisdicionante..." (*Administrative ... cit.*, p. 119).

⁴²⁸ AMAN JR. e MAYTON, ob. cit., pp. 147/148.

⁴²⁹ AMAN JR. e MAYTON, ob. cit., p. 162.

administrados, valores irrenunciáveis numa democracia constitucional.⁴³¹

4) Concepção atual do devido processo legal nos Estados Unidos da América

15. Esclarecida a evolução histórica da cláusula e o tipo de atividade à qual ela se aplica, resta descrever o que hoje se entende por *due process of law*. Estabelecida a gama de interesses socorridos, cabe investigar quais os limites que essa proteção impõe à atuação do Estado. Através dessa definição, dá-se sentido mínimo aos amplos contornos da cláusula e restringe-se a possibilidade de decisões "arbitrárias" ou "caprichosas", repreendidas pelo juiz H. L. BLACK.

16. Conforme narrado, o termo *due process of law* tem origem histórica na expressão *law of the land* - conjunto de normas vinculantes ao Poder Real. Transposta essa compreensão para o direito atual, a cláusula perderia significado, pois o princípio não pode ser compreendido como "ordenamento processual" ou "direito positivo".

Talvez na Inglaterra, onde tradicionalmente não há controle de leis pelo Judiciário, a construção se justificasse. Mas, não nos Estados Unidos da América do Norte (nem tampouco no Brasil). O sistema de controle de

⁴³⁰ KEYNES, ob. cit., pp. 5/6.

⁴³¹ KEYNES, p. XII.

constitucionalidade autoriza a sindicância da qualidade do "processo" estabelecido em lei. Ou seja, não será a forma de lei que determinará que certo processo e (ou) provimento seja "devido"; será o respeito a garantias constitucionais (explícitas e implícitas), celebradas na Constituição e jurisprudência.

A preocupação não é nova. Já ao final do século passado, Thomas COOLEY enunciava que "a questão apresenta-se naturalmente por si, se qualquer assumpto póde ser convertido em lei da terra, ou transformar-se em devido processo legal, sempre que ao poder legislativo parecer conveniente sancionar de accordo com a devida forma? Para resolver semelhante questão basta simplesmente considerar por um momento e examinar qual o fim que visava clausula que ora examinamos. Tal fim, conforme transparece claramente, outro não era senão o da protecção individual por meio de uma limitação posta ao poder; e qualquer interpretação que deixasse ao poder legislativo essa autoridade sem freio algum 'tornaria - como bem disse um eminente jurista - absolutamente inutil essa restrição, transformando a Constituição, n'essa parte, em um verdadeiro absurdo."⁴³²

⁴³² Thomas COOLEY, *Princípios Gerais de Direito Constitucional dos Estados Unidos da América do Norte*, Revista dos Tribunais, 1982, pp. 254/255. (A citação é *ipsis letteris* da tradução de Alcides CRUZ, do ano de 1909. A obra original data de 1880.) KEYNES noticia que COOLEY era um "advogado das limitações constitucionais", que sublinhava com intensidade "o componente substantivo do devido processo" (ob. cit., pp. 28/29). Segundo NOWAK e ROTUNDA, a obra de COOLEY "sustentou fortemente os

Por isso, COOLEY conclui que "a vida, a liberdade e a propriedade se acham sob a immediata protecção de principios bem conhecidos e bem definidos, que não pódem ser prescindidos, nem em geral nem em particular, já da parte dos tribunaes, já dos agentes do poder executivo, já dos proprios legisladores".⁴³³

17. Analisando a doutrina da Suprema Corte no que diz respeito ao direito administrativo, AMAN JR. e MAYTON destacam que a definição do devido processo envolve identificação das finalidades às quais um bom processo deve prestar-se: equidade, precisão e segurança.⁴³⁴

A equidade refere-se à atuação da Administração de acordo com padrões de comportamento notoriamente conhecidos, aplicados com imparcialidade através de procedimentos públicos. A ciência dos padrões de comportamento permite ao particular conhecer quais são as expectativas do Poder Público em face de si e limita a atuação dos agentes, que têm suas alternativas circunscritas a princípios preestabelecidos (e não à sua própria vontade). A Suprema Corte norte-americana já decidiu que "um governo democrático deve praticar a equidade, e a equidade é raramente obtida através

conceitos do devido processo legal substantivo. Muitos juízes baseavam-se no livro de Cooley como uma análise autorizada das constituições federal e estaduais." (*Constitucional ... cit.*, p. 372).

⁴³³ COOLEY, ob. cit., p. 256.

⁴³⁴ *Administrative ... cit.*, pp. 172/175.

da apuração unilateral e secreta de fatos determinantes de direitos".⁴³⁵

Ao seu tempo, equidade reporta-se à precisão, indicando se o processo encaminha-se para a finalidade correta. Um processo terá atingido suas finalidades substanciais tanto quanto tenha sido conduzido da forma mais acurada possível. Esse cuidado no desenvolvimento do processo protege tanto interesses públicos como privados.

Outro fim a que se dirige o devido processo legal é a segurança nas relações com o Estado. O particular tem direito à salvaguarda da segurança de seus direitos em face da Administração. O devido processo deve garantir a segurança como direito autônomo, que pode ser protegido de *per si*, e minimizar o risco de atuações administrativas viciadas sob esse ângulo específico.⁴³⁶

Por fim, também é objetivo do devido processo legal assegurar ao administrado o sentimento individual de dignidade. Muitos dos conflitos entre particulares e Administração emergem do direito a ser tratado condignamente. AMAN JR. e MAYTON destacam que a insistência dos tribunais na aplicação de determinadas regras constitucionais pode ser

⁴³⁵ "a democratic government must therefore practice fairness, and fairness can rarely be obtained by secret one-sided determination of facts decisive of rights." - Apud AMAN JR. e MAYTON, ob. cit., p. 173.

⁴³⁶ AMAN JR. e MAYTON (ob. cit., p. 174) anotam que, ao menos para a definição do "devido" processo ("*what process is due*"), a Suprema Corte vem compreendendo que a finalidade da segurança pode ser compreendida como

lida como a necessidade de reconhecimento moral do particular pela Administração. Tem aplicação o princípio de que o indivíduo não pode ser tratado como um número.⁴³⁷ Só será devido o processo que assegure à pessoa tratamento humanitário, como reconhecimento de sua autonomia e valor.

5) Conclusão

18. Uma relação jurídica justa e eqüitativa, desenvolvida com precisão que outorgue segurança ao administrado, ao mesmo tempo que respeite sua dimensão moral - esses são traços que caracterizam o "devido processo legal".

Sem dúvida são expressões abertas, com significado indefinível de plano. Devem ser compreendidas levando em conta que o sistema da *common law* é eminentemente jurisprudencial. Inexiste limitação derivada de conjunto fechado de normas positivas primárias, a serem aplicadas mediante operação lógica de silogismo - caminho diverso do brasileiro.⁴³⁸

Depois e ainda que respeitados certos limites, os termos imprecisos fornecem indubitáveis núcleos positivo e

componente da eqüidade e precisão. Havendo esses dois característicos no exame do "devido" processo, existirá segurança para o administrado.

⁴³⁷ Ob. cit., p. 174 e 197.

⁴³⁸ Veja-se a Lei de Introdução ao Código Civil (Dec.-lei 4.657, de 4.9.1942), art. 4º, e a doutrina de Maria Helena DINIZ, em *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada*, Saraiva, 1994, pp. 89/134.

negativo, mínimos à sua compreensão⁴³⁹ - v.g., sabe-se, de pronto, o que é *mínima e absolutamente injusto* ou *mínima e absolutamente justo* em determinado caso concreto. O problema reside no núcleo dos conceitos, largamente sindicável em face das peculiaridades do ordenamento norte-americano.

De qualquer forma, duas são as dimensões expostas: os direitos protegidos pela cláusula e o conteúdo do termo devido processo legal (quando, porquê e como certas situação que envolvem os direitos protegidos podem ser sindicadas).

19. Cabe agora tratar o tema de acordo com a doutrina de outros países, antes de ser examinado o entendimento brasileiro. A intenção é destacar a importância, amplitude e variação da análise do devido processo legal em países da civilização ocidental.

II.2. Cláusula do devido processo legal, especialmente em Portugal, Itália, Espanha, França e Argentina

20. Nascida na Inglaterra, a idéia sintetizada pelo devido processo legal desenvolve-se nos mais diversos países. Ainda que não existam previsões expressas em todos os

⁴³⁹ Aqui não se trata de questão jurídica, mas lingüística. Por todos, confira-se a lição de C. A. BANDEIRA DE MELLO: "Deveras, a palavra é um signo, e um signo supõe um significado. Se não houvesse significado algum recognoscível, não haveria palavra, haveria um ruído. Logo, tem-se que aceitar, por irrefragável imposição lógica, que, mesmo que vagos, fluidos ou imprecisos, os conceitos utilizados no pressuposto da norma (na situação fática por ela descrita, isto é, no 'motivo legal') ou na finalidade, têm algum conteúdo mínimo indiscutível. De qualquer deles se pode dizer que compreendem uma zona de certeza positiva, dentro da qual ninguém duvidaria do cabimento da aplicação da palavra que os designa e uma zona de certeza negativa em que seria certo que por ela não estaria

ordenamentos, dá-se como que uma configuração espontânea da máxima, em seus diversos aspectos.

A seguir, analisaremos a presença, implícita e explícita, do princípio em determinados países europeus e latino-americanos. Na medida em que a presente monografia não é dirigida ao estudo do direito comparado, será feito rápido exame descritivo de parcela da doutrina dos países estrangeiros.

1) O devido processo legal em Portugal

21. A moderna doutrina portuguesa destaca a necessidade de se compatibilizar e potencializar as exigências de um Estado Democrático de Direito através da cláusula do "procedimento justo", apesar de a Constituição⁴⁴⁰ e o Código

abrigada. As dúvidas só cabem no intervalo entre ambas." (*Discrecionariiedade e Controle Jurisdicional*, Malheiros, 1992, p. 29).

⁴⁴⁰ Os artigos 266º, 267º e 268º da Constituição portuguesa (de 25.4.75, com suas inúmeras "alterações" e "revisões") estabelecem rol de obrigações da Administração Pública e direitos dos administrados em face da conduta administrativa que lhes diga respeito. Designadamente: prossecução do interesse público (art. 266º, nº 1); subordinação à Constituição e à lei (art. 266º, nº 2); princípios da igualdade, proporcionalidade, justiça e imparcialidade (art. 266º, nº 2); não-burocratização e participação popular (art. 267º, nº1); racionalização (art. 267º, nº 4); participação na formação das decisões administrativas (art. 267º, nº 4); direito à informação sobre andamento de processos e decisões (art. 268º, nº 1); direito ao acesso a arquivos e registros administrativos (art. 268º, nº 2); direito à notificação e fundamentação de atos administrativos (art. 268º, nº 3); direito a recursos (art. 268º, nº 4); acesso à justiça administrativa (art. 268º, nº 5) e prazo máximo de resposta (art. 268º, nº 6, c/c nº 1 e 2). Não há dúvidas de que tais garantias configuram adoção do devido processo legal como máxima implícita da Constituição da República Portuguesa. Ampliar nos comentários de J. J. Gomes CANOTILHO e Vital MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Coimbra, 1993, pp. 920/943.

do Procedimento Administrativo⁴⁴¹ portugueses não preverem expressamente tal princípio.

22. Sem mencionar a cláusula do *due process of law*, J. J. Gomes CANOTILHO descreve as garantias processuais e procedimentais como derivação do princípio do Estado de Direito. Trata da "exigência de um *procedimento justo e adequado de acesso ao direito e de realização do direito*".⁴⁴² Não há dúvida de que tais expressões remetem à idéia tradicional do "devido processo legal".

A seguir, CANOTILHO traz rol de princípios constitucionais, que subdivide em "garantias de processo judicial" (juiz legal; audiência; igualdade processual; conformação do processo segundo os direitos fundamentais e fundamentação dos atos processuais); "garantias de processo penal" (audiência do argüido; proibição de tribunais de exceção; proibição de dupla incriminação; notificação das decisões penais e contraditório), e "garantias do procedimento administrativo" (participação dos particulares nos procedimentos em que estão interessados; imparcialidade da administração; audiência jurídica; informação; fundamentação

⁴⁴¹ Lei 32, de 20.7.1991 (autoriza o Governo a legislar sobre procedimento administrativo) e Dec.-Lei 422, de 15.11.1991. O Capítulo II do Dec.-Lei 422/91 traz o seguinte elenco de "princípios gerais da ação administrativa": legalidade; prossecução do interesse público; proteção dos direitos e interesses do cidadão; igualdade; proporcionalidade; justiça; imparcialidade; colaboração da Administração com os particulares; participação; decisão; desburocratização; eficiência; gratuidade e acesso à justiça. Consulte-se Diogo Freitas do AMARAL *et alli*, *Código do Procedimento Administrativo Anotado*, Almedina, 1995, pp. 31/44.

dos atos administrativos onerosos; conformação do procedimento segundo os direitos fundamentais e arquivo aberto).⁴⁴³ Tal como se infere, o elenco corresponde, com as devidas ponderações, ao catálogo de garantias historicamente compreendidas na cláusula do *due process*.

Mais adiante, ao tratar das “estruturas de procedimento e de processo no âmbito constitucional”, CANOTILHO pontifica que “a previsão de procedimentos constitucionais *a priori* tendentes a evitar a tomada de decisões inconstitucionais, ilegais ou injustas, cumpre uma exigência fundamental do princípio do Estado de direito: a ideia de garantia através de um ‘procedimento devido’ ou ‘ajustado’ ...”⁴⁴⁴

23. João Carlos S. G. LOUREIRO, com fundamento em amplas citações, destaca que existem dúvidas quanto à recepção da “idéia de procedimento justo” no Direito Procedimental Administrativo, “timidamente afirmado” em Portugal. Porém, sustenta como essencial “a exigência de um procedimento justo, a determinação de um núcleo que se traduz na participação e o alcance distinto da formulação consoante o tipo de procedimento em causa”.⁴⁴⁵

⁴⁴² *Direito Constitucional*, Almedina, 1991, p. 389.

⁴⁴³ Ob. cit., pp. 389/390.

⁴⁴⁴ Ob. cit., p. 1035.

⁴⁴⁵ *O Procedimento Administrativo entre a Eficiência e a Garantia dos Particulares*, Coimbra, 1995, p. 244/245

Depois de desenvolver o conceito de participação, LOUREIRO destaca, em carácter exemplificativo, que o princípio do procedimento justo é integrado por: a) uma dimensão de participação (audição); b) uma dimensão de informação, ligada a uma dimensão de publicidade e transparência; c) uma dimensão de fundamentação (motivação); d) uma dimensão de eficiência (celeridade e racionalização) e e) uma dimensão de imparcialidade.⁴⁴⁶

Em conclusão, afirma que, em Portugal, "o processo judicial continua a ser o *locus* por excelência para a tutela dos direitos. Consoante o procedimento administrativo e os interesses em jogo, a sua maior ou menor relevância em termos de direitos fundamentais e em termos políticos, assim variarão as exigências do procedimento justo."⁴⁴⁷

2) O devido processo legal na Itália

24. Na Itália, o princípio do *giusto procedimento* deriva de elaboração doutrinária e jurisprudencial.

O autor português João Carlos S. G. LOUREIRO noticia que "A afirmação do princípio do '*giusto procedimento*' aparece em 1962 numa decisão da Corte *Costituzionale* onde se sustenta o seu carácter de princípio geral do ordenamento jurídico."⁴⁴⁸ A hipótese versava sobre

⁴⁴⁶ Ob. cit., pp. 248/257.

⁴⁴⁷ Ob. cit., p. 257. Ressalve-se que a obra de LOUREIRO foi escrita antes da edição do Código do Procedimento Administrativo português.

⁴⁴⁸ Ob. cit., p. 246.

aplicação de provimento administrativo autônomo limitador do exercício da propriedade privada.⁴⁴⁹

Posteriormente e ainda segundo LOUREIRO, a Corte Constitucional veio a revisar esse entendimento, "porquanto [na Itália o devido processo legal] não tem dignidade constitucional".⁴⁵⁰ AGRÒ, LAVAGNA, SCOCA e VITUCCI trazem decisão da Corte Constitucional, datada de 1978, na qual se destaca que o devido processo legal tratar-se-ia de princípio geral do ordenamento, que não se identifica com determinada norma ou princípio constitucional.⁴⁵¹

25. Porém, segundo a moderna doutrina de Elio FAZZALARI, o *due process of law* "consiste na garantia que, em nossa linguagem, chamaremos de contraditório".⁴⁵²

26. Já Luigi Paolo COMOGLIO, ao tratar do devido processo legal como instituto de direito processual constitucional, destaca que a garantia a) contempla tanto a

⁴⁴⁹ A Constituição italiana determina que a propriedade privada "é reconhecida e garantida pela lei" (art. 42). Ampliar em Antonio S. AGRÒ et alli (*La Costituzione Italiana annotata con la giurisprudenza della Corte costituzionale*, UTET, 1979, pp. 1130/1137, onde consta transcrição parcial da decisão de 1962) e Guido CORSO (*El Procedimiento Administrativo en el Derecho Comparado*, Civitas, 1993, pp. 484/485, com comentários ao entendimento da jurisprudência da Corte constitucional italiana).

⁴⁵⁰ Ob. e loc. cit..

⁴⁵¹ AGRÒ et alli, *La Costituzione ... cit.*, pp. 1603/1604.

⁴⁵² "... il principio costituzionale del 'due process of law', le cui caratteristiche essenziali, secondo l'elaborazione fattane dalla giurisprudenza, consistono nelle garanzie che, nel nostro linguaggio, chiameremo del contraddittorio." (*Istituzioni di Diritto Processuale*, CEDAM, 1994, p. 14). A compreensão dessa assertiva não pode perder de vista a relevância que FAZZALARI atribui ao contraditório, inclusive para a definição do que é processo (pp. 82/90). No mesmo sentido de FAZZALARI e ampliando a visão contemporânea da doutrina italiana: LOUREIRO, *O Procedimento Administrativo ... cit.*, pp. 246/247.

situação processual de quem se defende, quanto aquela de quem age em juízo; b) é aplicável sempre que o cidadão possa sofrer privação de vida, liberdade ou propriedade, independentemente da característica ou natureza do órgão em razão de quem dar-se-ia tal "privação"; c) na medida em que o devido processo legal exprime um critério de "*correttezza procedurale*" em sentido amplo, é requisito constitucional de qualquer procedimento (também o tributário e administrativo, ou aquele puramente arbitral).⁴⁵³

No confronto com a Administração Pública, COMOGLIO destaca os seguintes reflexos do princípio: a) antes da emissão de ato administrativo que incida sobre os direitos de propriedade do cidadão, o interessado deve ser posto em condição de expor preventivamente sua defesa, porque a exigência de "*prior notice and hearing*" é pressuposto da executoriedade do ato nos casos em que este "constitua", "modifique" ou "extinga" certa situação jurídica patrimonial; b) quando em sede administrativa seja previsto procedimento autônomo no qual o cidadão tenha oportunidade adequada de fazer valer suas razões antes do ato, ao qual imputa ilegitimidade ou injustiça, e a Administração não alterar seu entendimento, a cláusula do devido processo legal não

⁴⁵³ *La Garanzia Costituzionale Dell'Azione ed il Processo Civile*, CEDAM, 1970, p. 123. Quando discorre expressamente sobre a cláusula do *due process*, COMOGLIO analisa sua dimensão precipuamente nos Estados Unidos da América do Norte e Inglaterra. Mais adiante, descreve a existência e

comporta a exigência de recurso sucessivo, dirigido ao órgão jurisdicional; c) o recurso (forma de integração do contraditório entre órgão administrativo e cidadão, diferente da notificação do ato, vista como possibilidade de fazer valer em juízo o direito individual) é necessário todas as vezes que a privação da liberdade se aperfeiçoa sem que o cidadão prejudicado tenha podido exprimir, de forma preventiva e eficaz, sua defesa.⁴⁵⁴

E, mais adiante, acentuando o *substancial due process*: "A garantia de um 'processo correto na forma da lei' às vezes assume o significado mais amplo de excluir qualquer obstáculo injustificado, de natureza *substancial* ou *processual*, à possibilidade de tutelar adequadamente os direitos individuais."⁴⁵⁵

3) O devido processo legal na Espanha

27. A Constituição espanhola estabelece o direito ao processo com inúmeras garantias, o que é identificado pela doutrina como expressão da cláusula do devido processo legal.⁴⁵⁶

aplicação da cláusula na Itália, como garantia constitucional (pp. 131 e ss., pp. 154 e ss.).

⁴⁵⁴ COMOGLIO, ob. cit., pp. 123/124.

⁴⁵⁵ Ob. cit., p. 127.

⁴⁵⁶ VICENTE GIMENO SENDRA, *Los Principios del Proceso*, p. 56, in: *Derecho Procesal Administrativo*, Tirant lo Blanch, 1993. Diz o art. 24 da Constituição espanhola: "1. Todas las personas tienen derecho a obtener tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión. 2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia al letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso

28. Jesús GONZÁLEZ PÉREZ analisou amplamente o princípio frente à legislação e jurisprudência espanholas.⁴⁵⁷ Criticando o emprego da expressão em sentido estrito, conceitua devido processo legal como "aquele processo que reuna as garantias iniludíveis para que a tutela jurisdiccional seja efetiva, começando pela garantia do juiz natural".⁴⁵⁸

Assim, para GONZÁLEZ PÉREZ são princípios contidos na cláusula: juiz imparcial predeterminado por lei; assistência técnica efetiva de advogado, inclusive a gratuita (para os que carecem de meios econômicos); defesa processual; notificação dos acusados, demandados ou titulares de interesse passível de ser atingido pelo processo; comunicação de todos os atos e decisões processuais; garantia de instrução do processo; presunção de inocência; publicidade processual; motivação do ato terminativo do processo; congruência entre decisão e questões endoprocessuais; interdição à *reformatio in pejus* (nas causas penais); possibilidade de ajuizamento de recursos (desde que previstos

público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia."

⁴⁵⁷ *El Derecho a la Tutela Jurisdiccional*, Civitas, 1989, pp. 123/226. Essa obra trata de Direito Processual Civil, mas indica expressamente que as teses aplicam-se ao Direito Processual Administrativo.

⁴⁵⁸ *El Derecho ... cit.*, p. 123.

em lei) e impossibilidade de dilações processuais indevidas.⁴⁵⁹

Em obra que trata especificamente do Direito Processual aplicado pela Administração, GONZÁLEZ PÉREZ sustenta ser o processo administrativo "regulado em primeiro lugar por normas contidas na Constituição"⁴⁶⁰ e que "as garantias processuais consagradas nas constituições e os demais princípios que constituem o fundamento do Ordenamento processual administrativo, hão de orientar o labor interpretativo e hão de aplicar-se diretamente em caso de insuficiência de lei." Por isso, "os direitos fundamentais de acesso à justiça, ao juiz natural e ao devido processo, devem intervir como autênticos princípios jurídicos ao interpretar as normas reguladoras do processo administrativo."⁴⁶¹

Também ao analisar as normas de procedimento administrativo local, GONZÁLEZ PÉREZ, ao lado de Pedro GONZÁLEZ SALINAS, destaca princípios notoriamente correlatos ao devido processo legal, tais como a economia processual; igualdade; eficácia; celeridade; coordenação e o princípio antiformalista.⁴⁶²

⁴⁵⁹ *El Derecho ... cit.*, pp. 124/226.

⁴⁶⁰ *Manual de Derecho Procesal Administrativo*, Civitas, 1992, p. 68.

⁴⁶¹ *Manual ... cit.*, p. 70.

⁴⁶² *Procedimiento Administrativo Local*, t. I, Abella, 1988, pp. 76/77 e 605/609. Além dessas garantias, os autores trazem o princípio *favor acti* (presunção *iuris tantum* de legalidade e acerto dos atos administrativos), que não tem vínculo imediato com o devido processo legal (p. 608).

29. Fernando GARRIDO FALLA e José M.^a FERNÁNDEZ PASTRANA relacionam o devido processo legal estritamente às potestades punitivas da Administração Pública, vinculando-o à "exigência de procedimento", que significa "interdição à imposição de sanções de plano, é dizer, decisões sancionadoras sem expediente prévio". Ademais, destacam que a lei espanhola estabelece distinção "entre instrutores dos expedientes e autoridades com competência para resolvê-los", pois a garantia do juiz imparcial "proíbe, por exigência do princípio acusatório, a possibilidade de acumulação num mesmo órgão judicial das funções instrutórias e decisórias".⁴⁶³

30. Com lastro em lição de SAÍNZ MORENO sobre a racionalidade da atividade administrativa, Elisenda MALARET I GARCIA afirma que "a obrigação de proceder racionalmente se traduzirá na observância do 'procedimento devido', o que estabelecerá em cada hipótese concreta, em função das características da decisão contemplada e das circunstâncias, a concretização de um conjunto mais ou menos variado de operações destinadas a garantir a tomada de consideração de interesses presentes na hipótese fática."⁴⁶⁴

⁴⁶³ *Regimen Jurídico y Procedimiento de las Administraciones Públicas*, Civitas, 1995, p. 325/326.

⁴⁶⁴ *Los Principios del Procedimiento Administrativo y el Responsable del Procedimiento*, in: *Administración Pública y Procedimiento Administrativo*, Bosch, 1994, p. 307.

4) O devido processo legal na França

31. Em França, não se consigna de modo expresso a cláusula do devido processo, mas ela é inequivocamente aplicada.⁴⁶⁵ O exame de trabalhos de juspublicistas franceses demonstra que, apesar de implicitamente, o princípio é prestigiado.

32. Para André de LAUBADÈRE, os princípios gerais de direito são "a fonte não escrita mais importante da legalidade", definindo-os como "um certo número de princípios que não figuram nos textos mas que a jurisprudência reconhece como de respeito obrigatório pela administração e sua violação constitui uma ilegalidade."⁴⁶⁶

Dentre os princípios genericamente aplicáveis ao Direito Administrativo, o autor destaca alguns que certamente configuram o devido processo legal. Dentre eles, o "princípio da igualdade perante a lei" e "princípio da defesa".⁴⁶⁷ Ao tratar do procedimento administrativo não-contencioso, chama a atenção para "regras que visam a assegurar garantias aos administrados", tais como direito à defesa; publicidade dos atos administrativos; exame das circunstâncias particulares

⁴⁶⁵ Tal como ressalta LINARES, *Razonabilidad ... cit.*, p. 11. Para Cármen Lúcia Antunes ROCHA, a Revolução Francesa, especialmente através do inc. VII da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, "fez divulgar em todo mundo o direito ao devido processo como um dos direitos fundamentais do homem" (*Princípios Constitucionais dos Servidores Públicos*, Saraiva, 1999, p. 468).

⁴⁶⁶ *Traité Élémentaire de Droit Administratif*, vol. I, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1967, p. 209.

⁴⁶⁷ Ob. cit., p. 210

do caso concreto; contraditório; imparcialidade e efetividade.⁴⁶⁸

Também nas hipóteses de procedimento contencioso, LAUBADÈRE defende a aplicação de princípios gerais não-escritos, "adaptados às necessidades próprias do contencioso administrativo", vez que "os caracteres dominantes do procedimento administrativo são muito diferentes daqueles do procedimento judiciário". Em França, o procedimento administrativo é basicamente *inquisitorial* (dirigido pelo juiz competente) e *escrito*, ao contrário do jurisdicional (*acusatório e oral*).⁴⁶⁹

Ou seja: apesar de não levar expressamente em consideração o *due process of law*, LAUBADÈRE discorre sobre temas típicos da doutrina que se dedica ao tema. Apesar de diferenças terminológicas, os mesmos princípios contidos na cláusula são defendidos por esse autor.

33. Jean RIVERO é mais explícito ao tratar do tema. Ao desenvolver a teoria jurídica das liberdades públicas, analisa os princípios do Estado de Direito, democracia política, legalidade e atividade jurisdicional.⁴⁷⁰

Depois de firmar que a atividade dos juízes deve ser encarada como parcela do exercício efetivo da liberdade,

⁴⁶⁸ Ob. cit., p. 253.

⁴⁶⁹ Ob. cit., pp. 454/455.

⁴⁷⁰ *Les Libertés Publiques*, t. 1, Thémis - Presses Universitaires de France, 1995, pp. 115/139.

RIVERO destaca que "Por mais importante que seja, dentro da confiança que a tradição liberal agrega à intervenção do juiz, a garantia estatutária de sua independência, ela não constitui apenas seu único elemento. Outros fatores explicam essa confiança: a ação do juiz, dentro da concepção liberal, se exerce de acordo com um *procedimento predeterminado*, que implica a publicidade dos debates, a possibilidade, para as partes, de apresentar a totalidade de seus argumentos, o respeito ao direito de defesa, e, para diminuir os riscos de erro, as vias recursais organizadas. Esta importância do processo para a segurança jurídica dos cidadãos deve ser sublinhada, porque o aspecto técnico das regras procedimentais e sua complexidade fazem com que se perca de vista, à opinião pública, e mesmo aos práticos, sua profunda razão de ser."⁴⁷¹

Portanto, além de agregar essência substancial à função jurisdicional (garantia das liberdades), RIVERO indica que essa concepção deriva também da existência de prévio e específico procedimento. Mais ainda, é marcante a assertiva de que a visão garantista do processo faz sombra à meramente técnico-processual. O procedimento predeterminado deve ser encarado como segurança a inúmeros aspectos da liberdade dos cidadãos, aspecto ainda mais importante do que a atividade puramente processual dos juízes. É o corolário do princípio

⁴⁷¹ Ob. cit., p. 133.

do devido processo legal, nitidamente defendido pelo célebre autor francês.

34. Por fim, também Georges VEDEL e Pierre DELVOLVÉ tratam de temas que exteriorizam o devido processo legal.

Dentre o catálogo dos princípios gerais do Direito Administrativo enfrentados por VEDEL e DELVOLVÉ, destaque há para as garantias da defesa; contraditório; imparcialidade e controle em última instância dos atos e decisões jurisdicionais de caráter administrativo.⁴⁷²

Ao tratar especificamente do contencioso administrativo, VEDEL e DEVOLVÉ arrolam princípios gerais da jurisdição administrativa, dentre eles: a) a possibilidade de "recursos de cassação e excesso de poder"; b) duplo grau de jurisdição; c) efeito devolutivo da apelação; d) possibilidade de recursos, ainda que sem previsão legal expressa; e) respeito ao direito de defesa e contraditório; f) proibição a decisões *ultra petita*; g) princípio da motivação; h) imparcialidade do juiz e i) publicidade.⁴⁷³

Não seria excessivo afirmar que tais princípios caracterizam o conteúdo (ainda que parcial) do *due process of law*.

⁴⁷² *Droit Administratif*, t. 1, Thémis - Presses Universitaires de France, 1992, pp. 468/473.

⁴⁷³ *Droit Administratif*, t. 2, Thémis - Presses Universitaires de France, 1992, pp. 148/149.

5) O devido processo legal na Argentina

35. A mais alentada obra argentina sobre o devido processo legal foi realizada por LINARES, ressaltando o vínculo entre a cláusula e o princípio da razoabilidade. Apesar de não haver previsão literal na Constituição daquele país, sua tese é a de que "no direito constitucional argentino existe instituída a garantia que no dos Estados Unidos se denomina de devido processo legal (substantivo), como garantia inominada e genérica da liberdade jurídica individual."⁴⁷⁴

LINARES destaca que "com a fórmula devido processo legal (*lato sensu*) nos referimos a esse conjunto não apenas de procedimentos legislativos, judiciais e administrativos que devem juridicamente cumprir-se para que uma lei, sentença ou resolução administrativa que se refira à liberdade individual seja formalmente válida (aspecto adjetivo do devido processo), mas também para que se consagre uma devida justiça enquanto não lesione indevidamente certa dose de liberdade jurídica pressuposta como intangível para o indivíduo no Estado de que se trata (aspecto substantivo do devido processo)" [...] "não basta que uma lei seja ditada com as fórmulas processuais constitucionais e dentro da competência ou arbítrio do órgão legislativo, para que seja válida, senão que é necessário que respeite certos juízos de

valor aos quais se liga intimamente a justiça enquanto ordem, segurança, paz etc., do que resulta um campo mínimo de liberdade do indivíduo, oponível ao próprio Estado.”⁴⁷⁵

Depois de analisar doutrina e jurisprudência inglesa e norte-americana, LINARES desenvolve raciocínio que insere o princípio no texto constitucional argentino, partindo do pressuposto de que “a aplicação das normas a casos concretos não é mera subsunção lógica, mas ‘criação dentro da subsunção’”.⁴⁷⁶

Em síntese, seu entendimento é de que “a lei, a sentença e o ato administrativo, para serem válidos dentro do processo normal (não-revolucionário) de aplicação criadora do direito, requerem, à parte de sua vigência ou existência, dois fundamentos: o normativo formal e o axiológico-jurídico da justiça. Com o que se conclui que podem haver normas legais e justas, normas legais e injustas, normas ilegais e justas e normas ilegais e injustas”.⁴⁷⁷

A própria Constituição argentina, ao estabelecer direitos e garantias que não podem ser alterados por leis,⁴⁷⁸ fixa mandamento que, segundo LINARES, significa respeito aos “juízos estimativos de justiça, solidariedade, ordem, etc.,

⁴⁷⁴ *Razonabilidad de las Leyes*, cit., p. 6.

⁴⁷⁵ Ob. cit., pp. 11/12.

⁴⁷⁶ Ob. cit., p. 77.

⁴⁷⁷ Ob. cit., p. 84.

⁴⁷⁸ LINARES transcreve o art. 28 da Constituição argentina, *verbis*: “Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores

vigentes como integrantes da cultura e cosmovisão argentinas no momento dessa regulamentação, segundo os quais determinado mínimo de liberdade deve deixar-se intacto ao indivíduo.”⁴⁷⁹ Essas premissas, que envolvem visão axiológica e finalística, conduzem à conclusão de que “a garantia do devido processo legal substantivo traduz-se numa exigência de razoabilidade dos atos estatais.”⁴⁸⁰ Por esse motivo, o sistema constitucional da Argentina alberga a “garantia do devido processo substantivo, ou de razoabilidade ou *standard* do devido processo”⁴⁸¹ - termos que exprimem o mesmo conteúdo normativo.

Em conclusão, LINARES qualifica o devido processo legal como uma das “garantias de liberdade” - que não se confundem com a própria “liberdade”. É verdadeiro preceito jurídico de caráter hermenêutico, “tendente a que na interpretação jurídica que fazem o legislador, o juiz e o administrador, consagre-se a justiça através de um máximo de liberdade do indivíduo e um mínimo de restrição jurídica da liberdade, como axiologicamente válidos.”⁴⁸²

36. Augusto M. MORELLO desenvolve o tema do devido processo legal em torno do “modelo constitucional do processo

artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamentem su ejercicio.” (p. 97).

⁴⁷⁹ Ob. cit., p. 97.

⁴⁸⁰ p. 107. Destaque-se que, mais adiante, o autor qualifica o devido processo legal como “garantia axiológica” (p. 164).

⁴⁸¹ Ob. cit., pp. 159/166.

⁴⁸² Ob. cit., p. 223.

justo". A cláusula incide em todas as jurisdições (civil, penal, administrativa, laboral, militar, etc.), em decorrência de seu fundamento no corpo do Texto Maior.⁴⁸³

Embasado na construção do processo justo constitucional, MORELLO defende que inexistem exceções à vigência do princípio - mesmo para autoridades administrativas que detêm competência para julgar casos concretos, pois a faculdade assim atribuída submete-as à necessidade elementar de respeitar as garantias e direitos consagrados constitucionalmente.

Assim, nenhuma pessoa poderia ser objeto de qualquer sanção, sem a imparcialidade do órgão julgador; sem prévia notificação; sem oportunidade efetiva de ser ouvida e sem a possibilidade de produzir provas úteis e pertinentes.⁴⁸⁴

37. Marcelo M. PIERSON, lastrado em LINARES, confirma que o devido processo legal é garantia inominada da Constituição argentina, que contempla ambos os ângulos processual e substancial dessa proteção aos administrados.⁴⁸⁵

6) O devido processo legal no México

38. Ao examinar o processo administrativo mexicano, Gabino FRAGA sustenta que naquele país "o problema das formalidades do procedimento que tendem a garantir o direito

⁴⁸³ *El Proceso Justo*, Platense S.R.L. - Abeledo-Perrot S.A., 1994, p. 56.

⁴⁸⁴ Ob. e loc. cit..

⁴⁸⁵ *Manual de Procedimiento Administrativo*, Abeledo-Perrot, pp. 35/36.

dos particulares deve ser estudado não apenas dentro dos limites do direito administrativo, mas também desde o ponto de vista constitucional".⁴⁸⁶ O fundamento dessa assertiva é norma da Constituição mexicana transcrita pelo autor, *verbis*:

*"Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los Tribunales previamente establecidos en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho."*⁴⁸⁷

À evidência, o dispositivo constitucional analisado por FRAGA é expressão do devido processo legal.

7) O devido processo legal no Uruguai

39. O jurista uruguaio Eduardo J. COUTURE, que radicava seu estudo na Constituição e desenvolveu o pensamento das garantias constitucionais do processo, enfrentou expressamente o tema do *due process*, definindo-o como "Garantia constitucional consistente em assegurar aos indivíduos a necessidade de serem escutados no processo em que se julga a sua conduta, com razoáveis oportunidades para a exposição e prova de seus direitos."⁴⁸⁸

8) O devido processo legal na Alemanha

⁴⁸⁶ *Derecho Administrativo*, Purrua, 1971, pp. 276/277.

⁴⁸⁷ *Ob. cit.*, p. 277.

⁴⁸⁸ *Vocabulario Jurídico*, Depalma, 1976, p.199.

40. O princípio do devido processo legal é aplicado e estudado na Alemanha com a ressalva doutrinária de que se encontra em estado de conhecimento ou concreção ainda incerto.⁴⁸⁹

Em verdade, trata-se de mera reiteração de antigo posicionamento dos Tribunais germânicos, os quais, segundo Carl SCHMITT, doutrinador que reconhece a essencial relevância constitucional do *due process of law*, na Alemanha "não existe, de modo algum, controle judicial de uma lei quanto à sua concordância com os princípios gerais de Direito, como a boa fé, o direito justo, a razão (*reasonableness*, *expediency*) e outras idéias da quais se serve o Tribunal Supremo dos Estados Unidos."⁴⁹⁰

Já Karl LOEWENSTEIN acentua que o devido processo legal é "o fundamento, sobre o qual todos os direitos de liberdade repousam".⁴⁹¹

41. Por fim, pode-se destacar que atualmente o próprio Tribunal Comunitário Europeu confere ao princípio a devida importância jurídica.⁴⁹²

⁴⁸⁹ E. SCHMIDT-ABMANN, *Principio del Estado de Derecho y Principio Democrático*, in: *El Procedimiento Administrativo en el Derecho Comparado*, cit., p. 328. Segundo Albrecht WEBER, *El Procedimiento Administrativo en el Derecho Comunitario*, in: *El Procedimiento ... cit.*, p. 86, a doutrina alemã trata o devido processo literalmente por "imperativo de se praticar um jogo limpo" (*Gebot der Fairneß*).

⁴⁹⁰ *La Defensa de La Constitucion*, Technos, 1983, especialmente pp. 44/52. Destaque-se que o estudo de SCHMITT é de 1929.

⁴⁹¹ Apud Adhemar Ferreira MACIEL, *Due Process of Law*, in: *Perspectivas do Direito Público*, Del Rey, 1995, p. 410.

⁴⁹² A. WEBER, *El Procedimiento Administrativo ... cit.*, p. 86.

II.3. O Direito Administrativo brasileiro e a cláusula do devido processo legal na visão da doutrina

42. O estudo da doutrina pátria pretenderá envolver os vários desdobramentos hermenêuticos do princípio, antes e depois da Constituição de 1988. Desde sua noção em face do princípio da isonomia, até aquela vinculada ao princípio do Estado Democrático de Direito - passando pelos princípios da inafastabilidade; duplo grau de jurisdição; razoabilidade etc..

Assim, demonstrar-se-á que, apesar de acolhê-lo expressamente, a doutrina brasileira é dissonante a respeito do devido processo legal. Os estudiosos não alcançam unidade quanto à sua definição, conteúdo e limites. O que, uma vez mais, demonstra a essencial amplitude do *due process of law* e a impossibilidade de seu enclaustramento em uma definição (acadêmica ou de direito positivo); no que está a razão de ser da cláusula e motivo de sua sobrevivência através dos séculos. Tentar dizer, pontual e exatamente, o que significa o devido processo é tarefa de pouca ou nenhuma utilidade, pois implicaria a limitação prática da grandeza da garantia.

Em verdade, pode-se colacionar indícios e parâmetros, que aproximam o intérprete do sentido e alcance do princípio. Tanto maior o número dessas indicações, mais precisa a aplicação do devido processo legal ao caso concreto. Porém, não se afaste a premissa de que o modo de

ser da garantia é difuso e ela somente se define com exatidão frente a uma situação fática concreta.

Destaque-se que a Lei 9784/99 não prevê expressamente o princípio do devido processo legal, o que é de extrema adequação e nem sequer seria necessário. A uma, porque o princípio está expresso na Constituição. A duas, porque a Lei 9784, ela mesma em sua integralidade, mas não de forma exauriente, traduz em normas infraconstitucionais, o conteúdo dessa garantia do Texto Maior.

43. Segue breve resenha a propósito das principais manifestações da doutrina brasileira a respeito do devido processo legal, antes e depois da Constituição de 1988, com o objetivo de demonstrar a essencial e intransponível controvérsia que o tema desperta.

1) O pensamento de San Tiago Dantas

44. F. C. de SAN TIAGO DANTAS estudou o devido processo legal sob a ótica do princípio da isonomia. Sua preocupação era a de estabelecer fundamento normativo, frente ao ordenamento brasileiro de 1946, que legitimasse oposição ao "problema da lei arbitrária, que reúne formalmente todos os elementos da lei, mas fere a consciência jurídica pelo tratamento absurdo ou caprichoso que impõe a certos casos".⁴⁹³ A tese visava à construção de "critério técnico-jurídico" que

⁴⁹³ *Igualdade perante a lei e due process of law*, in *Problemas de Direito Positivo*, Edição Revista Forense, 1953, p. 37.

possibilitasse controle sobre leis que criassem privilégios arbitrários, violando sua essencial generalidade e (ou) impessoalidade.

Analisando a evolução histórica do *due process*, SAN TIAGO DANTAS chama a atenção para a circunstância de que o princípio alcançou seu ponto máximo como *standard* de restrição ao arbítrio do Legislativo, "daí não ser possível aprisioná-lo num conceito teórico, sob pena de se lhe comprometer a elasticidade".⁴⁹⁴

Citando definição de DANIEL WEBSTER,⁴⁹⁵ SAN TIAGO DANTAS faz derivar dois elementos "para os nossos hábitos de raciocínio jurídico": "a referência à proteção de *general rules*, que a ninguém pode ser retirada" e "a tese de que nem todo ato legislativo pode ser considerado *law of the land*". Do primeiro ponto, deriva que "é essencial à juridicidade de uma lei, que ela não subtraia qualquer indivíduo às normas gerais de governo da sociedade". Já o segundo "significa que não basta a expedição de um ato legislativo formalmente perfeito para preencher o requisito do *due process of law*". A conclusão, formulada já em face do ordenamento brasileiro, é a de que "as chamadas leis meramente formais, isto é, as que não contêm norma jurídica, podem estar sob a censura da

⁴⁹⁴ Ob. cit., p. 43.

⁴⁹⁵ "The meaning is that every citizen shall hold his life, liberty, property, and immunities under the protection of the general rules wich govern society. Everything wich may pass under the form of enactment is not, therefore, to be considered law of the land.", p. 44.

cláusula *due process of law* sempre que a regra concreta, nelas contida, não concordar com a norma geral em vigor para os casos da mesma espécie. Normas concretas, ainda que formalmente sejam leis, são atos de arbítrio, que não se consideram *law of the land*.”⁴⁹⁶

O autor encarece que mesmo a lei que apresente caráter geral deve subordinar-se aos requisitos da “*extensibilidade a todas as situações idênticas*” (“prova o caráter genérico da lei”) e “*racionalidade da classificação*” (de molde que “a diferenciação ou classificação feita na lei seja natural e razoável, e não arbitrária ou caprichosa”).⁴⁹⁷

SAN TIAGO DANTAS equipara o mecanismo de controle de constitucionalidade das leis através do devido processo legal do direito norte-americano à conjunção, no direito brasileiro, do princípio da igualdade à técnica do controle judicial das leis. A pedra fundamental, em ambos os ordenamentos, é o princípio da isonomia.⁴⁹⁸

Tendo em vista essas premissas, o autor aponta, no direito brasileiro, o princípio da igualdade como instrumento “mais perfeito do que o *due process of law* americano” para

⁴⁹⁶ Ob. cit., p. 44/45.

⁴⁹⁷ Ob. cit., p. 46.

⁴⁹⁸ Ob. cit., p. 53, verbis: “Assim como não é possível compreender a construção americana [do exame jurisdicional das leis elaboradas pelo Parlamento] sem partir do fato de haver sido tardiamente inscrito em texto constitucional o princípio da *igualdade*, assim é indispensável, no direito brasileiro, considerar que êsse princípio, mutuado das constituições européias, é a base da declaração de direitos enunciada no art. 141 da Constituição”.

controle das leis arbitrárias. Em primeiro lugar, a isonomia "proíbe ao Legislativo a prática de atos que disponha para uma pessoa, bem ou mal determinada", violando o axioma da generalidade das leis.⁴⁹⁹ Porém, não é apenas esse requisito que fixa o limite constitucional ao arbítrio do Legislativo. O princípio da igualdade civil, concebida como "*igualdade proporcional*", não significa "uniformidade de tratamento jurídico, mas o tratamento proporcionado e compensado de seres vários e desiguais". A lei somente será justa quando, além de genérica, a diferenciação nela contemplada corresponder "*a um reajustamento proporcional de situações desiguais*" [...] "Sempre que a diferenciação não corresponde a um reajustamento dêsses, patenteia-se o caráter de lei arbitrária, contrária ao Direito, e um tribunal americano se recusaria a ver nela *the law of the land*."⁵⁰⁰

Veda-se ao Poder Legislativo tanto a elaboração de leis "*in concreto*, contra uma disposição geral de lei", quanto "o ato legislativo que procede a classificações arbitrárias, contrárias ao direito do país" [...] "Dêsse modo a lei arbitrária, que a Côrte Suprema não considera *due*

⁴⁹⁹ Ob. cit., pp. 58/61. "A lei é geral, sempre que o seu preceito se aplica a qualquer indivíduo que venha a se encontrar na situação típica nela considerada." [...] "Pouco importa que essa situação ocorra de raro em raro, a ponto de focalizar a lei sôbre uma espécie praticamente única" (p. 61).

⁵⁰⁰ Ob. cit., pp. 61/63.

process of law, também não é aplicável pelo Supremo Tribunal, por infringir o princípio da igualdade perante a lei."⁵⁰¹

2) O pensamento de José Frederico Marques

45. Já em 1959, José FREDERICO MARQUES tratou do devido processo legal em nível constitucional, afirmando que "quem fala em processo, fala não em qualquer processo, não em simples ordenação de atos através de um procedimento qualquer, e, sim, em devido processo legal [...] Direito de ação, direito ao processo, devido processo legal com procedimento adequado ao exame contraditório do litígio - eis os princípios que desde logo promanam da regra contida no art. 141, § 4º, da Constituição".⁵⁰²

Posteriormente, dedicando-se ao processo civil brasileiro, FREDERICO MARQUES salientou que esse ramo do direito "está prêso e ligado aos imperativos jurídicos-constitucionais, de ordem genérica, de um sistema estatal moldado nos postulados da *Democracia*, ou melhor dizendo: da *legalidade democrática*. Os cânones fundamentais de seu sistema procedimental não podem fugir, por isso, de obrigatório enquadramento no espírito democrático da Lei

⁵⁰¹ p. 64.

⁵⁰² *Constituição e Direito Processual*, in Revista da Faculdade de Campinas, 1959, n.º 17 - *apud* Ada Pellegrini GRINOVER, *As Garantias Constitucionais do Direito de Ação*, Revista dos Tribunais, 1973. O autor refere-se ao texto do art. 141, § 4º da Constituição de 1946: "A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual."

Maior.”⁵⁰³ Daí porque, depois de examinar os princípios da igualdade e do direito ao processo, conclui que o direito de defesa “é indeclinável consequência do *devido processo legal*. Processo em que se anule o direito de defesa, colocando-se o réu em posição de inferioridade injustificável, não é o *due process of law*, e sim, procedimento iníquo potencialmente capaz de violar e ferir direitos subjetivos.”⁵⁰⁴

Em artigo específico a respeito do devido processo legal em face do Direito Tributário, FREDERICO MARQUES desenvolve a tese de que o fato de ser atribuído ao Poder Judiciário a defesa dos direitos individuais não pode autorizar raciocínio que exclua tal garantia por parte dos demais poderes constituídos: “seria incivil, injusto e em antagonismo com a Constituição que a atividade administrativa ficasse com inteira liberdade de atuar, quando, em sua função externa, entra em contato com os administrados, à espera de intervenção ‘a posteriori’ da magistratura, para cortar-lhe os excessos e arbitrariedades.”⁵⁰⁵

A conclusão é a de que “Se o poder administrativo, no exercício de suas atividades, vai criar limitações

⁵⁰³ *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. II, Forense, 1966, p. 94.

⁵⁰⁴ *Instituições ... cit.*, pp. 95/96.

⁵⁰⁵ *A Garantia do ‘Due Process of Law’ no Direito Tributário*, Revista de Direito Público 5/28.

patrimoniais imediatas, ao administrado, inadmissível seria que atuasse fora das fronteiras do 'due process of law'." ⁵⁰⁶

3) O pensamento de Ada Pellegrini Grinover

46. Muito antes da Constituição de 1988, Ada Pellegrini GRINOVER desenvolveu amplamente o tema do devido processo legal, com sério enfoque de natureza constitucional. A análise do *due process of law* seria esclarecedora "das garantias essenciais do indivíduo, postas para assegurar-lhe a justiça que a Constituição lhe promete". ⁵⁰⁷

Depois de demonstrar que "todo o direito processual" é "fundamentalmente determinado pela Constituição, em muitos de seus aspectos e institutos característicos", ⁵⁰⁸ afirma que o processo serve "como instrumento de certas fórmulas constitucionais, operando a transformação do *mero derecho declarado* em *derecho garantido*". ⁵⁰⁹

Porém, para GRINOVER a "tutela constitucional do processo ou a constitucionalização do direito cívico de ação não bastam para configurar o 'devido processo legal'". Isso porque o "objeto da garantia constitucional deve ser a possibilidade concreta e efetiva de obter a tutela, e não a simples reafirmação do direito à sentença". ⁵¹⁰ Ou seja, o

⁵⁰⁶ Ob. e loc. cit.

⁵⁰⁷ *As Garantias* ..., p. 2.

⁵⁰⁸ *As Garantias* ..., p. 12.

⁵⁰⁹ *As Garantias* ..., p. 15, citando BURGOA.

⁵¹⁰ *As Garantias* ..., p. 99.

direito à sentença é derivado simplesmente das normas processuais civis infraconstitucionais; já a previsão constitucional de ação e defesa representaria a garantia "dos meios necessários para a consecução do provimento jurisdicional sobre a 'razão' do pedido" e "a efetividade da realização judicial do direito ou interesse, a possibilidade concreta de obter a tutela."⁵¹¹ Na concretização dessas garantias constitucionais residiria a cláusula do devido processo legal.

Mais recentemente, sua obra conjunta com Antônio Carlos de Araújo CINTRA e Cândido Rangel DINAMARCO consigna que o devido processo legal é fórmula abrangente do "conjunto de garantias constitucionais que, de um lado, asseguram às partes o exercício de suas faculdades e poderes processuais e, do outro, são indispensáveis ao correto exercício da jurisdição."⁵¹² Tais garantias possuem, portanto, dois ângulos: um, subjetivo e pessoal das partes envolvidas, e outro, objetivo e endoprocessual - salvaguarda do próprio processo.

Segundo CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO, o devido processo legal moderno compreende o direito ao "procedimento adequado: não só deve o procedimento ser conduzido sob o pálio do contraditório, como também há de ser aderente à

⁵¹¹ *As Garantias ...*, p. 100.

⁵¹² *Teoria Geral do Processo*, Malheiros, 1994, p. 82.

realidade social e consuetâneo com a relação de direito material controvertida.”⁵¹³ São arrolados os princípios de direito processual (civil, penal e administrativo), acolhidos pela garantia: a) dúplice garantia do juiz natural (vedação a tribunais de exceção e necessidade de título competencial para o julgamento); b) contraditório e ampla defesa (em todos os processos, inclusive administrativos, desde que haja litigantes ou acusado); c) igualdade processual; d) publicidade e motivação; e) impossibilidade de provas obtidas através de meios ilícitos; f) inviolabilidade do domicílio; g) sigilo das comunicações e dados; h) presunção de não-culpabilidade; i) proibição de identificação criminal datiloscópica de pessoas já identificadas civilmente; j) indenização por erro judiciário e por prisão que exceda o prazo legal; k) necessidade de a prisão ser decretada por autoridade judiciária competente; l) direito à identificação dos responsáveis pela prisão ou pelo interrogatório; m) liberdade provisória; n) vedação à incomunicabilidade do preso.⁵¹⁴

4) O pensamento de José Celso de Mello Filho

47. Em trabalho publicado em 1979, José CELSO DE MELLO FILHO firmava que a “exigência do devido processo legal, nos casos em que a vida, a liberdade e a propriedade estejam

⁵¹³ *Teoria Geral ...*, p. 82.

⁵¹⁴ *Teoria Geral ...*, pp. 82/84.

afetadas ou possam vir a ser atingidas, destina-se a garantir o indivíduo contra a ação arbitrária do Estado e a colocá-lo sob a imediata proteção da lei".⁵¹⁵ CELSO DE MELLO esclarece que "a cláusula do 'due process of law' também se aplica no campo do processo civil, caracterizando-se pela observância dos seguintes princípios: a) igualdade das partes; b) garantia do 'jus actionis'; c) respeito ao direito de defesa; d) contraditório."⁵¹⁶

Perante a Constituição de 1967 (com a EC de 1969), CELSO DE MELLO fazia derivar dos §§ 15 e 16 do art. 153 a garantia do devido processo legal. Tais parágrafos previam expressamente os princípios da ampla defesa, juiz natural, contraditório e irretroatividade da lei penal mais severa.⁵¹⁷

CELSO DE MELLO destaca os seguintes direitos, garantidos pela cláusula do *due process*: "a) direito à citação e ao conhecimento do teor da peça acusatória; b) direito a um rápido e público julgamento; c) direito ao arrolamento de testemunhas e à notificação destas para comparecimento perante os Tribunais; d) direito ao procedimento contraditório; e) direito de não ser processado,

⁵¹⁵ A *Tutela Judicial da Liberdade*, RT 526/298. Essa parte do estudo de CELSO DE MELLO estava voltada precipuamente para o Direito Penal, o que não impede sua menção no presente trabalho. Aliás, a locução "ação arbitrária do Estado" denota a visão ampla que aquele autor tem da garantia.

⁵¹⁶ A *Tutela* ... cit., p. 299.

⁵¹⁷ *Verbis*: "§ 15. A lei assegurará aos acusados ampla defesa, com os recursos a ela inerentes. Não haverá foro privilegiado nem tribunais de exceção." e "§ 16. A instrução criminal será contraditória, observada a

julgado ou condenado por alegada infração às leis editadas *ex post facto*; f) direito à plena igualdade com a acusação; g) direito de não ser acusado nem condenado com base em provas ilegalmente obtidas ou ilegitimamente produzidas; h) direito à assistência judiciária, inclusive gratuita; i) privilégio contra a autoincriminação; j) direito de não ser subtraído ao seu juiz natural.”⁵¹⁸

5) O pensamento de J. J. Calmon de Passos

48. Em estudo a propósito das Leis 6.825/80 e 6.830/80, J. J. CALMON DE PASSOS correlacionou o princípio do devido processo legal e o duplo grau de jurisdição.⁵¹⁹

Com fundamento em estudos de GRINOVER e COMOGLIO, CALMON DE PASSOS destaca a relevância do estudo da evolução histórica do *due process* a fim de “indivíduoar o fundamento objetivo da cláusula”, assinalando que “o histórico e contingente do conceito não significa, necessariamente, sua indeterminação absoluta, nem o necessário circunstancial e contingente de seu conteúdo. Nenhum conceito é de conteúdo insuscetível de um mínimo de delimitação, sob pena de, em

lei anterior, no relativo ao crime e à pena, salvo quando agravar a situação do réu.”

⁵¹⁸ *Constituição Federal Anotada*, Saraiva, 1984, p. 341.

⁵¹⁹ *O Devido Processo Legal e o Duplo Grau de Jurisdição*, Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo 17/123-141. A legislação mencionada estabeleceu o limite mínimo de 50 ORTNs para a admissão de recurso de apelação contra sentenças prolatadas em causas onde fossem interessadas a União, autarquias e empresas públicas federais (art. 34 da Lei 6.825/80) e contra aquelas proferidas em execuções fiscais (art. 4º da Lei 6.830/80). A Lei 6.825/80 foi revogada pela Lei 8.197/91, que não contempla previsão semelhante. Já o art. 34 da Lei 6.830/80 foi declarado

verdade, se estar nominando com o mesmo vocábulo realidades diferentes. Válida e imprescindível, portanto, a reflexão dirigida no sentido de detectar o que é mínimo e indispensável para a configuração do devido processo legal.”⁵²⁰

Para CALMON DE PASSOS, as seguintes garantias formam o imprescindível para a configuração do devido processo legal: a) processo jurisdicional, desenvolvido perante juiz dotado de imparcialidade e independência; b) acesso ao julgador como direito público subjetivo; c) contraditório; d) ciência e participação processual dos interessados, com possibilidade de produzir provas; e) meios de controle das garantias arroladas nas letras a) a d).

“Em síntese, o devido processo impõe assegurar-se a todos o acesso ao seu juiz natural, com o direito de ser ouvido em processo contraditório, institucionalizando-se os meios de controle da exatidão de seu resultado.”⁵²¹

Tendo em vista esse conteúdo mínimo por si proposto, conclui que “o que é contingente e histórico diz respeito às fórmulas, procedimentos, expedientes técnicos e valorações de conteúdo postos pelo legislador e integrados pelos juizes, não à estrutura que vem de ser identificada,

constitucional pela 2ª T. do STF (AgRg 114.709-1/CE, Min. ALDIR PASSARINHO, v.u., DJ 22.8.87, p. 15.578).

⁵²⁰ Ob. cit., p. 126.

⁵²¹ Ob. cit., pp. 127/128.

porquanto, faltando ela, em qualquer de seus aspectos, o que falta é o devido processo legal."⁵²²

CALMON DE PASSOS ressalta que a possibilidade de o ordenamento deferir recurso contra decisão que cause gravame subjetivo envolveria questão de política legislativa, o que tornaria controverso o problema de o princípio do duplo grau de jurisdição integrar a essência do devido processo legal.⁵²³ Contudo, é certo que eventuais limitações ao duplo grau devem observar as demais prescrições do sistema jurídico-processual, em especial o princípio da isonomia e as regras que definem a competência dos tribunais.

6) O pensamento de Carlos Ari Sundfeld

49. Em obra que introduz ao Direito Público, Carlos Ari SUNDFELD analisa amplamente o princípio do devido processo, sob o enfoque de cada um dos poderes estatais.⁵²⁴

Em sentido lato, para SUNDFELD o processo "é o modo normal de agir do Estado" [...] "indispensável à produção ou execução dos atos estatais."⁵²⁵ Daí o devido processo configurar garantia "ao mesmo tempo *passiva*, isto é, dirigida à pessoa enquanto *sofre* o poder estatal, e *ativa*, destinada a propiciar o acionamento da máquina estatal pelos membros da sociedade e a obtenção de decisões."⁵²⁶

⁵²² Ob. cit., p. 128.

⁵²³ Ob. cit., pp. 130, 136/137 e 139/140.

⁵²⁴ *Fundamentos de Direito Público*, Malheiros, 1982.

⁵²⁵ Ob. cit., p. 166.

⁵²⁶ Ob. cit., p. 167.

Frente ao Poder Legislativo, o devido processo exterioriza-se na regulação constitucional detalhada, acerca do exercício daquele Poder - tanto no que diz respeito à atribuição de competências, como no que tange ao *iter*, prazos e *quoruns* para a emanção das leis. Em face do Poder Judiciário, o princípio exterioriza-se nas garantias do juiz natural; contraditório e ampla defesa; motivação e publicidade dos julgamentos; vedação à privação de bens e liberdade sem o devido processo etc..⁵²⁷

Especificamente na esfera administrativa, o devido processo legal se realiza "através da garantia do contraditório e da ampla defesa aos litigantes e acusados em geral. Em decorrência dela, a aplicação de sanções administrativas deve ser precedida de procedimento onde se assegure a oportunidade para manifestação do interessado e para produção das provas por ele requeridas, bem como o direito ao recurso, etc."⁵²⁸

Ao final e com lastro no art. 5º, XXXIV, a), da Constituição, SUNDFELD destaca a incidência do direito de petição na esfera administrativa.⁵²⁹

7) O pensamento de Carlos Roberto de Siqueira Castro

⁵²⁷ Idem. Curiosamente, nesse ponto SUNDFELD afirma que o inc. LIV do art. 5º "fala em 'devido processo legal' no sentido de processo realizado perante o Judiciário, com as garantias que lhe são inerentes."

⁵²⁸ Ob. cit., p. 168.

⁵²⁹ Ob. cit., p. 169.

50. Carlos Roberto de Siqueira CASTRO relaciona o devido processo legal à razoabilidade e racionalidade das leis, indicando que a cláusula configura "postulado genérico de legalidade a exigir que os atos do Poder Público se compatibilizem com a noção de um *direito justo*, isto é, consetâneo com o conjunto de valores incorporados à ordem jurídica democrática segundo a evolução do sentimento constitucional quanto à organização do convívio social."⁵³⁰ Por *razoável* e *racional* entenda-se que a norma não seja "arbitrária, implausível e caprichosa", mas configure "meio idôneo, hábil e necessário ao atingimento de finalidades constitucionalmente válidas".⁵³¹

Esse autor sustenta a impossibilidade de definição apriorística da cláusula, que depende primordialmente "da dedução dos princípios e delineamentos que se possa idoneamente extrair das diversas situações em que os órgãos incumbidos do controle de legalidade dos atos do Poder Público, em particular aqueles da magistratura, se pronunciarem *pró* ou *contra* o ato de autoridade restritivo das liberdades fundamentais".⁵³² Assim e por "não ser o requisito da 'razoabilidade' das leis um princípio aritmético ou suscetível de precisão teórica ou jurisprudencial, é forçoso que a cláusula melhor vocacionada à sua implementação (a do

⁵³⁰ *O Devido Processo Legal ... cit.*, p. 152.

⁵³¹ *Ob. cit.*, p. 157.

devido processo legal) padeça, por igual, de inexatidão e de variações de conteúdo ao sabor da evolução nem sempre retilínea do sentimento jurídico vigorante em cada tempo e lugar.”⁵³³

Especialmente no que diz respeito aos “procedimentos administrativos”, CASTRO assevera que a garantia do devido processo legal revela-se a) na exigência de fundamentação legítima e racional dos atos da Administração; b) na salvaguarda dos direitos fundamentais dos governados frente aos governantes, quando da revogação e anulação dos atos administrativos; c) na garantia da ampla defesa nos processos administrativos; d) na publicidade das decisões do Poder Público (que inclui o direito de obter vistas dos processos); e) no direito de representação e petição aos Poderes Públicos; f) na vedação às chamadas “sanções políticas” ou “administrativas” (formas indiretas de cobrança e cerceamento da liberdade econômica e profissional).⁵³⁴

Mais do que garantia formal derivada do direito inglês, CASTRO vê no devido processo legal “verdadeiro requisito da organização democrática contemporânea”, que visa a “democratizar a atuação do Estado”.⁵³⁵

⁵³² Ob. cit., p. 154.

⁵³³ Ob. cit., pp. 176/177.

⁵³⁴ Ob. cit., pp. 322/351.

⁵³⁵ Ob. cit., p. 373.

8) O pensamento de Rogério Lauria Tucci e José Rogério Cruz e Tucci

51. Rogério Lauria TUCCI e José Rogério CRUZ E TUCCI fazem derivar do princípio do devido processo legal os seguintes imperativos: a) elaboração regular e correta da lei, bem como sua razoabilidade, senso de justiça e enquadramento nas preceituações constitucionais (*substantive due process of law*); b) necessidade de aplicação da lei através do processo (instrumento hábil à sua interpretação e realização), e c) assecuração de paridade de armas entre as partes no processo, visando à igualdade substancial.⁵³⁶

Especificamente no campo do processo judicial, TUCCI acentua que o *due process* apresenta-se como "*garantia conferida pela Magna Carta, objetivando a consecução dos direitos denominados fundamentais através da efetivação do direito ao processo, materializado num procedimento regularmente desenvolvido, com a imprescindível concretização de todos os seus respectivos corolários, e num prazo razoável.*"⁵³⁷

Esse autor chama a atenção para o fato de que o Brasil é um dos países signatários da "Convenção Americana sobre Direitos Humanos" ("Pacto de São José da Costa Rica"),

⁵³⁶ Constituição de 1988 e Processo, Saraiva, 1989, pp. 15/16.

⁵³⁷ Devido Processo Penal e alguns de seus mais importantes corolários, in Devido Processo Legal e Tutela Jurisdicional, Revista dos Tribunais, 1993, p. 19.

cujo texto prevê direitos imediatamente subsumíveis ao conceito do devido processo legal.⁵³⁸

CRUZ E TUCCI relaciona o devido processo legal às máximas da segurança e celeridade na prestação da justiça, o que revela "a existência de dois postulados que, em princípio, são opostos: o da segurança jurídica, exigindo um lapso temporal razoável para a tramitação do processo, e o da efetividade do mesmo, reclamando que o momento da decisão final não se procrastine mais do que o necessário",⁵³⁹ para concluir que somente o equilíbrio entre segurança e justiça resultará no atendimento ao *due process* e numa eficiente administração da justiça.

⁵³⁸ *Devido Processo Penal ...*, cit., p. 20. O art. 7º da Convenção disciplina o "direito à liberdade individual" e, em seu n.º 2, preceitua que "Ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas constituições políticas dos Estados-Partes ou pelas leis de acordo com elas promulgadas". Já o art. 8º, sob o título 'garantias judiciais', reza em seu n.º 1: "Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de ordem civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.". O mesmo art. 8º, em seu n.º 2, alíneas a) a h), celebra os seguintes direitos e garantias aos acusados em geral, todos compreendidos na cláusula do devido processo legal: presunção de inocência; tratamento processual igualitário; assistência por tradutor ou intérprete; comunicação prévia e pormenorizada da acusação; concessão de tempo e meios adequados para preparação da defesa; direito de defender-se pessoalmente ou assistido por defensor de sua escolha; direito de comunicação privada com o defensor; direito de ser assistido por defensor nomeado pelo Estado; direito de inquirir e indicar testemunhas e (ou) peritos; vedação à autoincriminação; direito de recorrer a tribunal ou juiz de segundo grau. O Congresso Nacional aprovou o Pacto de São José pelo Decreto Legislativo nº 27, de 26.5.1992, e o Presidente da República o promulgou através do Decreto nº 678, de 6.11.1992.

⁵³⁹ *Garantia da Prestação Jurisdicional sem dilações indevidas como corolário do Devido Processo Legal*, in: *Devido Processo Legal e Tutela Jurisdicional*, cit., p. 101.

Para CRUZ E TUCCI, o direito ao processo sem dilações indevidas é corolário do devido processo legal e pode ser encarado como "direito subjetivo, de caráter autônomo, de todos os membros da coletividade à prestação *jurisdicional dentro de um prazo razoável ...*",⁵⁴⁰ nos termos da qualificação de *dilações indevidas* proposta por José Antonio Tomé GARCIA: "atrasos ou delongas que se produzem no processo por inobservância dos prazos estabelecidos, por injustificados prolongamentos das etapas mortas que separam a realização de um ato processual de outro, sem subordinação a um lapso temporal previamente fixado e, sempre, sem que aludidas dilações dependam da vontade das partes ou de seus mandatários."⁵⁴¹

9) O pensamento de Lúcia Valle Figueiredo

52. O tema do devido processo legal tem sido preocupação ampla e constante de Lúcia Valle FIGUEIREDO.⁵⁴² Segue apertada síntese da expressão mais recente de seu pensamento.

A autora acentua a necessidade de compatibilização entre lei e Constituição, como requisito da cláusula. "Somente será *due process of law* aquela lei [...] que não

⁵⁴⁰ *Garantia ...*, cit., p. 103.

⁵⁴¹ *Garantia ...*, cit., p. 104/107.

⁵⁴² Veja-se *Devido Processo Legal e Fundamentação das Decisões*, RDT 63/211-216, *Processo Administrativo e Judicial: o Devido Processo Legal*, RDT 58/109-113, *Princípios Constitucionais do Processo*, RTDP 1/118-126, *O Devido Processo Legal e a Responsabilidade do Estado por Dano Decorrente*

agredir [...] a Constituição, com os valores fundamentais consagrados na Lei das leis." Em seguida, conclui que o conteúdo da cláusula frente ao ordenamento jurídico brasileiro "é o mesmo do Direito Americano, isto é, o devido processo legal abrigando a *igualdade substancial e formal*."⁵⁴³

Para a autora, "Pode-se respeitar a lei e estar-se-á aplicando o devido processo legal, se o juiz aplicar a lei tal como esta veio à luz. Todavia, não será devido processo legal se a lei materialmente infringir direitos e garantias individuais."⁵⁴⁴

A investigação a respeito do cumprimento do preceito dar-se-á "somente no caso concreto - em face da lei concreta ou da aplicação concreta que um juiz ou administrador faça, em procedimentos, ou processos administrativos ou judiciais, é que veremos se foi cumprido o *due process of law*, que dependerá das circunstâncias, como dizia o grande Holmes".⁵⁴⁵

Vinculando o devido processo legal substantivo ao princípio da igualdade material (qualificado como "vetor fundamental no texto constitucional"), Lúcia Valle FIGUEIREDO destaca que "somente se concebe igualdade na lei se as

do Planejamento RTDP 11/5-20 e Estado de Direito e Devido Processo Legal, RTDP 15/35-44.

⁵⁴³ Estado de Direito ... cit., p. 37.

⁵⁴⁴ O Devido Processo Legal, RDT 58/109.

⁵⁴⁵ Estado de Direito ... cit., p. 37.

classificações forem lógicas, razoáveis, obedientes a discrimines próprios.”⁵⁴⁶

Para a autora, o “respeito ao devido processo legal deverá informar todos os procedimentos jurisdicionais e também os administrativos.”⁵⁴⁷

Enfrentando o tema da fundamentação das decisões estatais, Lúcia Valle FIGUEIREDO conclui que “No Estado Democrático de Direito, a *motivação* íntegra, de maneira inarredável, ainda que possa não estar explícita, o devido processo legal em seu sentido material. É sua pedra fundamental.”⁵⁴⁸

Especificamente no que tange ao Direito Administrativo, a autora reduz a aplicação da cláusula “devido processo legal” aos “processos que têm contrariedade”; “processos em que existam ‘acusados’”; “processos sancionatórios” e “processos ablativos de direitos”, com fundamento na idéia de que “não pode a Administração suprimir direitos, desconstituir situações sem que ouça o administrado *preliminarmente*.”⁵⁴⁹

Daí sua conclusão de que o devido processo legal é ancilar do conceito de *litigância*, tal qual consignado no

⁵⁴⁶ *Estado de Direito ... cit., p. 38.*

⁵⁴⁷ *Estado de Direito ... cit., p. 39.*

⁵⁴⁸ *Estado de Direito ... cit., p. 41.*

⁵⁴⁹ *Estado de Direito ... cit., p. 42.*

texto constitucional, querendo significar "*contraposição de interesses, contrariedade de interesses*".⁵⁵⁰

10) O pensamento de Carlos Mário da Silva Velloso

53. Carlos Mário da Silva VELLOSO inicia seu estudo dos princípios constitucionais do processo com a assertiva de que "as regras maiores de processo estão na Lei Fundamental e constituem os princípios constitucionais processuais que formam a base do Direito Processual", concluindo que "aquilo que constitui, na verdade, processo está na Constituição."⁵⁵¹

Para o autor, dentre os mais relevantes princípios de Direito Processual Constitucional, está o do devido processo legal, que "constitui síntese dos princípios: **a)** do juiz natural; **b)** do contraditório, que se embasa no direito de defesa, com as suas variadas implicações - cientificação do processo, oportunidade para contestar, possibilidade de produção de provas, acompanhamento dos atos, duplo grau de jurisdição, com utilização dos recursos instituídos por lei - ; e **c)** do procedimento regular."⁵⁵²

O princípio do juiz natural envolve o título competencial detido pelo juiz ou Tribunal, "previamente instituído pela ordem jurídica, gozando os juízes de

⁵⁵⁰ *Estado de Direito ... cit.*, p. 43.

⁵⁵¹ *Princípios Constitucionais de Processo*, in: *Temas de Direito Público*, Del Rey, 1994, p. 199.

⁵⁵² *Ob. cit.*, p. 204.

garantias que os tornem independentes, imparciais e confiáveis.”⁵⁵³

O princípio do contraditório, segundo VELLOSO, “se confunde com o direito de defesa” e “constitui o cerne do *due proces of law*”, devendo o juiz “dispensar tratamento igual às partes, ouvi-las, examinar a respeito da pertinência das provas requeridas, deferindo-as ou indeferindo-as, em decisão motivada.”⁵⁵⁴

Já o procedimento regular exige “observância dos atos que constituem o processo”, como garantia das partes.⁵⁵⁵

Ao final, VELLOSO destaca que “Sempre sustentamos, apoiados no magistério de José Frederico Marques, Geraldo Ataliba e Hely Lopes Meireles, que a garantia do *due process of law*, na ordem jurídica brasileira, aplica-se ao procedimento administrativo, tanto no punitivo quanto no administrativo não punitivo. Vale dizer, sempre que a Administração tiver que impor uma sanção, uma multa, fazer um lançamento tributário ou decidir a respeito de determinado interesse do administrado, deverá fazê-lo num procedimento regular, em que ao administrado se enseje o direito de defesa.”⁵⁵⁶

11) O pensamento de Nelson Nery Junior

⁵⁵³ Ob. cit., p. 205.

⁵⁵⁴ Ob. cit., p. 207.

⁵⁵⁵ Ob. cit., p. 208.

⁵⁵⁶ Idem.

54. Nelson NERY JUNIOR inicia sua obra a respeito das normas de Direito Processual radicadas na Constituição (Direito Constitucional Processual) com a afirmativa de que "bastaria a norma constitucional haver adotado o princípio do *due process of law* para que daí decorressem todas as consequências processuais que garantiriam aos litigantes o direito a um processo e a uma sentença justa. É, por assim dizer, o gênero do qual todos os demais princípios constitucionais do processo são espécies."⁵⁵⁷

Para o autor, em sentido genérico "o princípio do *due process of law* caracteriza-se pelo trinômio vida-liberdade-propriedade, vale dizer, tem-se o direito de tutela àqueles bens da vida em seu sentido mais amplo e genérico."⁵⁵⁸

A necessidade da concepção substancial do devido processo, é acentuada por NERY JUNIOR. Assim, "no direito administrativo, por exemplo, o princípio da legalidade nada mais é do que manifestação da cláusula *substantive due process*."⁵⁵⁹

No que diz respeito ao lado processual da cláusula, o autor destaca os inúmeros desdobramentos encontrados pela doutrina nacional, os quais, em resumo, significam que o "*procedural due process of law* nada mais é do que a

⁵⁵⁷ *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*, Revista dos Tribunais, 1997, p. 27.

⁵⁵⁸ Ob. cit., p. 30.

⁵⁵⁹ Ob. cit., p. 34

possibilidade efetiva de a parte ter acesso à justiça, deduzindo pretensão e defendendo-se do modo mais amplo possível, isto é, de ter *his day in Court*, na denominação da Suprema Corte dos Estado Unidos.”⁵⁶⁰

12) O pensamento de Celso Antônio Bandeira de Mello

55. Em termos sumários, pode-se afirmar que o professor Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO constrói o Direito Administrativo brasileiro a partir de princípios normativos, implícitos e explícitos na Constituição federal. Dentre tais máximas, está o princípio do devido processo legal.⁵⁶¹

Para C. A. BANDEIRA DE MELLO, a Constituição exige expressamente “um *processo formal regular* para que sejam atingidas a liberdade e a propriedade de quem quer que seja e a necessidade de que a Administração Pública, *antes de tomar as decisões gravosas a um dado sujeito*, ofereça-lhe a possibilidade de contraditório e ampla defesa, no que se inclui o direito a recorrer das decisões tomadas.”⁵⁶²

O autor encarece “que ‘privar’ da liberdade ou da propriedade não é apenas simplesmente elidi-las, mas também o é suspender ou sacrificar quaisquer atributos legítimos

⁵⁶⁰ Quanto ao elenco de garantias processuais oriundas da cláusula, NERY JUNIOR reporta-se às lições de José Celso de MELLO FILHO e Ada Pellegrini GRINOVER, acima citada. Ob. cit., p. 38.

⁵⁶¹ O autor dispôs tal princípio ao lado da ampla defesa, passando a integrar o rol de cânones constitucionais definidores do Direito Administrativo brasileiro, a partir da 11ª edição de seu *Curso de Direito Administrativo* (Malheiros, 1999, pp. 71/72).

⁵⁶² *Curso ... cit.*, p. 71.

inerentes a uma ou a outra; vale dizer: a privação não precisa ser completa para caracterizar-se como tal.”⁵⁶³

De qualquer forma, C. A. BANDEIRA DE MELLO destaca que tal interpretação do devido processo legal não poderia ser ampla ao extremo, ao ponto de coibir a prática de atos urgentes e provisórios, em favor de exigências concretas do interesse público, que eventualmente restringissem a ampla defesa e o contraditório. Segundo o autor, nessa hipótese a Administração haveria de recorrer ao Poder Judiciário. “Admitir-se-á, contudo, ação imediata da *própria Administração* sem as referidas cautelas apenas e tão-somente quando o tempo a ser consumido na busca da via judicial inviabilizaria a proteção do bem jurídico a ser defendido.”⁵⁶⁴

13) O Pensamento de Cármem Lúcia Antunes Rocha

56. Cármem Lúcia Antunes ROCHA defende a configuração do devido processo legal “como um direito fundamental ao lado de todos os outros que são considerados de primeira geração.”⁵⁶⁵

A autora desenvolve sua compreensão acerca do tema através de conceito democrático do Direito Administrativo, que transpôs a mera limitação do *ato administrativo* (unilateral, impessoal, editado como exercício de Poder) para o *processo administrativo* (“relação formalizada para cumprir

⁵⁶³ Ob. cit., p. 72.

⁵⁶⁴ Idem.

um fim exterior e superior ao seu autor"). "A concepção de que o exercício da competência administrativa faz-se mediante processo, com fins e forma próprios, transferiu o pólo principal da doutrina jus-administrativista."⁵⁶⁶

"Logo, o processo administrativo passou a ser um instrumento da Administração Pública democrática, buscada num Estado no qual esse regime político seja adotado. Assim considerado, o processo administrativo passou a ser considerado matéria constitucional, pois a sua garantia é fundamental como o é o processo judicial."⁵⁶⁷

A autora defende que tal máxima constitucional "compreende um conjunto de elementos jurídicos garantidores dos direitos fundamentais em sua persecução, quando ameaçados, lesados ou simplesmente questionados, tais como o direito à ampla defesa, ao contraditório, ao juízo objetivo, motivado e prévia e naturalmente identificado, dentre outros. Esse princípio é um instrumento de legitimação da ação do Estado na solução das indagações sobre os direitos que lhe são postos e um meio formal e previamente conhecido e reconhecido de viabilizar o questionamento feito pelo administrado."⁵⁶⁸

⁵⁶⁵ *Princípios Constitucionais ... cit.*, p. 469.

⁵⁶⁶ Ob. cit., p. 470.

⁵⁶⁷ Ob. cit., p. 471.

⁵⁶⁸ Ob. cit., pp. 474/475.

Valiosa também é a identificação das normas constitucionais que albergavam implicitamente o princípio do *due process*, em nossas Constituições anteriores – desde a Carta Imperial de 1824 até a Constituição de 1967 (com a EC de 1969).⁵⁶⁹

Especificamente no que respeita ao processo administrativo, Cármen Lúcia Antunes ROCHA enumera as seguintes derivações do devido processo legal: a) dever de a Administração “atuar material e formalmente, segundo o que o direito determine”, respeitando a necessária participação do administrado; b) direito do administrado “de que essa relação se desenrole segundo os princípios que conferem segurança a seu patrimônio”; c) respeito aos demais princípios de Direito Administrativo (razoabilidade, proporcionalidade etc.).⁵⁷⁰

Ao final, a autora destaca a imperiosidade de que, no atual estágio do Direito Administrativo brasileiro, o princípio seja respeitado não só internamente pela Administração Pública, “mas também naqueles que se façam por entidades civis dotadas de competência delegada ou regulada pelo Poder Público”⁵⁷¹

14) Conclusão

57. Conforme descrito, de há muito o devido processo legal é explorado por ampla gama de doutrinadores nacionais,

⁵⁶⁹ Ob. cit., pp. 475/477.

⁵⁷⁰ Ob. cit., pp. 477/478.

sob as mais diversas óticas. Desde sua compreensão como exteriorização do princípio da isonomia, até sua caracterização como instrumento de um Estado Democrático de Direito, passando por aspectos processuais *stricto sensu*.

Em verdade, o que se pode apreender é a importância e grandeza do devido processo legal, que já pode ser compreendido segundo sua raiz brasileira. Assim, tentaremos justamente esboçar um conceito de tal máxima constitucional.

II.4. Processo administrativo, a Lei 9784/99 e o devido processo legal

58. Entendemos que o significado do devido processo legal para o direito brasileiro reside na compreensão de sua magnitude.

Em primeiro lugar, a garantia está instalada na Constituição Federal, o que não autoriza interpretação restritiva.

Por outro lado, para a aplicação da cláusula não basta nem se exige previsão textual. Se a letra da lei exaurisse o *due process of law*, toda produção normativa que recebesse o apelido de "lei" configuraria "devido processo legal" e seria impossível o controle de norma formalmente perfeita (ao menos sob o aspecto ora tratado) - o que não se dá. Entendemos possível negar-se validade a "lei" com

⁵⁷¹ Ob. cit., p. 480.

exatidão formal que viole o devido processo, com lastro exclusivo no art. 5º, inc. LIV.⁵⁷²

Essas razões já adiantam e fundamentam a percepção de que o direito brasileiro encampa ambos os aspectos processual e substancial da cláusula.

Desta forma, nas ocasiões em que, direta ou indiretamente, restringe-se a liberdade ou propriedade, o princípio do devido processo legal assegura submissão a prévios e conhecidos ritos processuais e observância de limitações substanciais. Cabe o contraste entre o interesse público definido pelos Poderes Administrativo ou Legislativo e os direitos fundamentais, tal como protegidos constitucionalmente.

1) Autonomia do devido processo legal: premissas hermenêuticas

56. Tampouco o devido processo está contido ou confunde-se integralmente com outras expressões constitucionais (v.g., "isonomia", "acesso à justiça", "ampla

⁵⁷² Assim e v.g., lei que observe os ditames relativos ao processo legislativo (iniciativa, trâmite interno, turnos, quorum, sanção etc.), mas estabeleça rito inquisitorial para a apuração de ilícitos administrativos ou a necessidade do depósito de quantia controversa, tal como apurada unilateralmente pela Administração, para o recebimento de recursos, será passível de controle com fundamento único na violação ao devido processo legal. Igualmente é ofensiva ao devido processo legal a adoção de medida provisória sem a estrita observância dos requisitos do caput do art. 62 da CF/88: "relevância e urgência". Como tais qualidades se impõem no exato momento da edição da medida e esvaziam-se no tempo, caso o Poder Legislativo deixe decorrer trinta dias (par. ún. do art. 62), terá implicitamente rejeitado a "relevância e urgência" e a reiteração da medida provisória violará também o *due process of law*. Não há, nos termos

defesa", "contraditório", "moralidade", "eficiência" - CF/88, art. 5º, caput e incs. I, XXV e LV, art. 37). São garantias autônomas e não-excludentes.

Chega-se a esse resultado através da aplicação de dois princípios básicos de hermenêutica: a imperiosidade de se conferir máxima eficácia às normas de estatura constitucional que estabelecem garantias sociais e individuais⁵⁷³ e a idéia de que o legislador não lança palavras supérfluas nos textos legais.⁵⁷⁴

Caso se entenda que o "devido processo legal" vem inserido em outras garantias constitucionais, estar-se-á

da Constituição, urgência legislativa superior a trinta dias - prazo expressamente fixado.

⁵⁷³ Nos exatos termos do § 1º do art. 5º da CF/88. Por todos, C. A. BANDEIRA DE MELLO, *Eficácia das Normas Constitucionais sobre Justiça Social*, RDP 57-58/233-256 e CANOTILHO, que denomina essa construção de princípio da eficiência ou da interpretação efetiva: "a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê. É um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais, e embora a sua origem esteja ligada à tese da efectividade das normas programáticas (THOMA), é hoje sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais (no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais)." (*Direito Constitucional*, cit., p. 233). A respeito das "garantias dos administrados" previstas na Constituição da República Portuguesa (art. 268º), CANOTILHO e MOREIRA assinalam que são de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias fundamentais, "partilhando, portanto, do mesmo regime, designadamente a aplicabilidade directa e a limitação da possibilidade de restrição apenas nos casos expressamente previstos na Constituição e mediante lei geral e abstracta" [...] "este conjunto de 'direitos e garantias dos administrados ... constitui uma espécie de capítulo suplementar do catálogo constitucional de direitos, liberdades e garantias, ao lado dos de carácter pessoal, dos de participação política e dos dos trabalhadores ..." (*Constituição da República ... cit.*, p. 934). Ampliar no Capítulo Segundo, Tópico II.7., referente ao princípio da eficiência.

⁵⁷⁴ Veja-se em Carlos MAXIMILIANO: "As expressões do Direito interpretam-se de modo que não resultem frases sem significação real, vocábulos supérfluos, ociosos, inúteis." (*Hermenêutica e Aplicação do Direito*, Forense, 1984, p. 250). A seguir, esse autor adverte para o fato de que essa regra deve ser temperada, não devendo o intérprete apegar-se "à letra morta" em desfavor do espírito da lei (p. 251).

sujeitando uma à outra e aniquilando o conteúdo em favor do continente. Com essa submissão, restaria apenas uma ou outra(s) garantia(s) e a inovação do legislador constituinte de 1988 teria sido inútil, puramente retórica. É preciso que o intérprete leia o texto constitucional de molde a extrair dele tudo o que for possível, dentro da compreensão de um Estado Democrático de Direito. Quando menos, é imperativo que se entenda a Constituição de forma a não suprimir o que nela vem expressamente consignado.

Isso não significa que o regime constitucional estabeleça garantias incompatíveis. Tomando-se em conta os mesmos exemplos acima: isonomia, acesso à justiça, ampla defesa, contraditório, moralidade, eficiência e devido processo legal coabitam um mesmo sistema jurídico e devem ser aplicados simultaneamente, segundo as exigências do caso concreto, um princípio enriquecendo o outro. Na descrição do devido processo legal muitas vezes emergirão idéias semelhantes às descritas para os demais princípios constitucionais do processo administrativo.

Essa compreensão vem amparada na idéia de que o ordenamento - especialmente o constitucional - deve ser encarado globalmente. *"A Constituição não destrói a si*

própria. Em outros termos, o poder que ela confere com a mão direita, não retira, em seguida, com a esquerda."⁵⁷⁵

57. Ao final e tal como reiteradamente afirmado no corpo deste trabalho, não seria válido simplesmente transpor conceitos alienígenas para a hermenêutica do texto constitucional brasileiro. As especialidades dos diversos ordenamentos determinam interpretações igualmente peculiares. Notadamente no caso da garantia ora em exame, que não gera unanimidade (doutrinária ou jurisprudencial) nem mesmo no país que a tornou célebre.

2) Esboço de uma definição positiva do devido processo legal

58. Cientes do que não pode ser excluído do significado do devido processo legal, procuremos defini-lo positivamente, especialmente frente ao processo administrativo. A chave para sua compreensão no ordenamento jurídico brasileiro está positivada no todo da Constituição, unido à análise gramatical da expressão.⁵⁷⁶

⁵⁷⁵ Charles HUGHES, apud Carlos MAXIMILIANO, *Comentários à Constituição Brasileira*, Freitas Bastos, 1954, p. 134. Também José de Oliveira ASCENÇÃO pontifica: "... a interpretação é necessariamente uma tarefa de conjunto: pano de fundo da interpretação é sempre o ordenamento em globo. O sentido de cada fonte está sempre em necessária conexão com o de todas as outras, pelo que será adulterado se o pretendermos tomar isoladamente." (*O Direito. Introdução e Teoria Geral*, Verbo, 1987, p. 322.)

⁵⁷⁶ Para ASCENÇÃO, "A letra não é só ponto de partida, é também elemento irremovível de toda interpretação." [...] "Se se prescinde totalmente do texto já não há interpretação da lei, pois já não estaremos a pesquisar o sentido que se alberga em dada exteriorização." [...] "Devemos partir do princípio de que o texto exprime o que é natural que as palavras expressem, pelo que se pode afirmar que o entendimento literal será normalmente aquele que virá a ser aceite." (Ob. cit., pp. 326/327). Mais adiante, esse autor faz ver os perigos da interpretação puramente literal ("escola da exegese"), que despreze outros elementos reveladores

Jamais se olvide a importância de a cláusula vir expressa em texto constitucional, que deve ser interpretado segundo o sentido comum das palavras. "Supõe-se que não foi a Constituição escrita em linguagem arrevezada e difícil, inçada de termos técnicos, e, sim, em estilo simples, claro, chão, como uma obra do povo, adotada pelo povo e pelo mesmo povo lida e observada."⁵⁷⁷

59. A expressão "devido processo legal" estabelece três requisitos a qualquer tipo de investida, direta ou indireta, contra a "liberdade ou bens" dos particulares. Não poderá haver aviltamento, ataque ou supressão desses dois direitos sem *processo*, que deverá ser *adequadamente desenvolvido*, tal como *predefinido em lei*.

do sentido e alcance da norma (pp. 327/328 e 335/336). No mesmo sentido, MAXIMILIANO: "A forma é sempre defeituosa como expressão do pensamento; e é este que se deve buscar. Em vez de se ater à letra, aprofunde-se a investigação, procure-se revelar todo o conteúdo; o sentido e o alcance do dispositivo." (*Comentários ...*, cit., p. 135).

⁵⁷⁷ MAXIMILIANO, *Comentários ...*, cit., p. 133. No mesmo sentido, ampliar acima, no Capítulo Segundo, Tópico II.7. (princípio da eficiência).

3) **Devido processo legal: aspectos "processual" e "substancial"**

60. Dos requisitos previstos no texto constitucional, dois são especialmente de substância e outro estabelece sobremaneira a necessidade de prévio processo.⁵⁷⁸ Três controles encartados numa só garantia, que somente pode ser compreendida como realidade única e integral. O devido processo legal estabelece direito único, porém facetado.

Reafirmando o já consignado: o aspecto processual do *due process of law* é indissociável de sua superfície substancial. Não se pode compreender a cláusula, depois de toda evolução histórica por ela transposta, como realidade passível de cisão. Ao contrário: a interpretação parcial só tem utilidade histórica e (ou) de didática. A dicotomia perdeu sentido e, caso não existisse todo o passado medieval da cláusula, a discussão substancial-processual nem sequer seria posta.

61. Em suma e irremediavelmente, a garantia do art. 5º, inc. LIV, da Constituição federal, engloba incindíveis aspectos "processuais" e "substanciais". Isso porque: a) a compreensão genérica do *due process of law* assim o impõe; b) a evolução histórica da cláusula não permite a exclusão de

⁵⁷⁸ Basta imaginar que a cláusula poderia ser redigida nas seguintes formas: "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem processo"; "... sem processo legal" e "... sem o devido processo legal". Em cada uma das três hipóteses, há garantia com eficácia plena. Porém, somente a

uma das espécies de proteção com fundamento exclusivo na dicção genérica da garantia; c) não foi feita a diferenciação no corpo do texto constitucional, o que vedaria ao intérprete estabelecê-la *sponte propria*, e d) o princípio da máxima eficácia proíbe a interpretação restritiva de normas constitucionais que estabelecem direitos e garantias.

Assim, a apresentação que será feita a seguir obedecerá a meros objetivos analíticos, visando a potencializar a compreensão da garantia constitucional.

4) O devido "processo" legal

62. Só terá fundamento de validade a execução de ato atentatório à liberdade ou patrimônio que esteja inserido num processo. Veda-se que ato pontual e imediatamente auto-executório suprima liberdade ou bens do particular, que tem direito a processo prévio, revestido das demais garantias previstas na Constituição⁵⁷⁹ e em leis específicas.⁵⁸⁰

expressão completa, tal como estampada na Constituição, fornece a compreensão absoluta do instituto.

⁵⁷⁹ V.g., tratamento digno - art. 1º, inc. II; liberdade de trabalho e livre iniciativa - art. 1º, inc. IV c/c art. 5º, XIII, 6º a 11 e 170; tratamento não-discriminatório - art. 3º, inc. IV c/c 5º, caput e inc. I; vedação à tortura, ao tratamento desumano e ao tratamento degradante - art. 5º, inc. III; direito a informações, sigilo e direito de petição - art. 5º, incs. XXXIII e XXXIV; vedação a tribunais de exceção - art. 5º, inc. XXXVII; autoridade competente - art. 5º, inc. LIII; ampla defesa, contraditório e recursos - art. 5º, inc. LV; vedação às provas obtidas através de meios ilícitos - art. 5º, inc. LVI; assistência jurídica - art. 5º, inc. LXXXIV; legalidade, moralidade, impessoalidade e publicidade - art. 37; fundamentação das decisões - art. 93, incs. IX e X; presença de advogado - art. 133.

⁵⁸⁰ P. ex.: Lei 9784/99 (Processo Administrativo); Lei 8.112/90 (Regime Jurídico dos Servidores Públicos da União, autarquias e fundações públicas federais); Lei 8.666/93 (Licitações e Contratos Administrativos); Lei 8987/95 (Concessão e Permissão de Serviços Públicos); Lei 8.429/92

Jamais se defenderia a retirada da presunção de legitimidade, imperatividade, exigibilidade e auto-executoriedade dos atos administrativos (ou eventual "condição suspensiva" à sua concretização). Permanecem tais atributos, como condição de sobrevivência da Administração no cumprimento do interesse público posto à sua guarda. Sustenta-se que os particulares sempre deterão título jurídico para impugnar administrativamente os atos que atentem contra sua liberdade ou bens. Não se exige que a Administração instale processo todas as vezes que pretenda agir - mas que a ele se submeta, desde que cumpridamente requerido pelo particular.

Porém, casos há em que o processo é da essência da prática do provimento administrativo, tornando-se requisito obrigatório para sua regularidade. Ainda assim, mesmo nos atos notoriamente instantâneos (v.g., multa de trânsito aplicada por guarda - ou máquina, ato urgente vinculado à segurança pública e apreensão de mercadorias pelo agente aduaneiro) ou nas questões em que seja imperiosa a prática de ato administrativo urgente (tal como qualificado pelo interesse público que se vise a proteger) existirá processo em potência - basta que o administrado o instale.

Pode-se vislumbrar duas situações, dependentes da natureza jurídica do provimento administrativo: uma, onde o processo será "circunstancial" (a juízo do administrado) e outra, em que o processo será "essencial" (obrigatório para a Administração).

63. De qualquer forma, o processo deverá ser sempre possível de ser colocado em prática. Ainda que mínimo o *iter* processual, num e noutro caso o particular poderá exigí-lo, desde que demonstre seu interesse jurídico. Não há legítima submissão à liberdade ou bens sem possibilidade de processo prévio, revestido das garantias que a Constituição outorga.⁵⁸¹

5) O "devido" processo legal

64. O adjetivo *devido* reporta-se à *adequação* da conduta administrativa. Atuação *adequada*, tal como exigida pela Constituição, é aquela que atende às expectativas mínimas de um Estado Democrático de Direito, devendo corresponder e satisfazer o que se espera de uma Administração aberta e participativa, em que se garante ao particular voz ativa, em

⁵⁸¹ A exceção, conforme já assinalado, são os atos urgentes, assim qualificados pelo interesse público curado pelo Administrador. Na hipótese de haver contraste entre o direito do particular e a necessidade pública da prática do ato que implique supressão da liberdade ou bens, aquele será sacrificado em favor deste. Exemplos mais claros são os casos de guerra, estado de sítio ou de calamidade pública. Destaque-se que mesmo na hipótese de expropriação de terras utilizadas para o cultivo de plantas psicotrópicas, onde a Constituição utiliza a expressão imperativa "serão imediatamente expropriadas" (art. 243, grifo nosso), o legislador ordinário estabeleceu rito compatível com o devido processo legal, submetendo a expropriação à instalação de processo judicial que celebra o contraditório e ampla defesa (Lei 8.257, de 26.11.1991).

condição de igualdade com o ente público e sem qualquer espécie de submissão e (ou) supressão de expectativas.

A adequação confere ao administrado segurança e certeza de que seus direitos serão respeitados. O núcleo do objetivo visado pelo Estado está no prestígio ao cidadão, não à máquina administrativa.

O controle substancial da adequação pode ser aferido diretamente nas previsões legais, bem como na conduta do agente público. Ou seja, o devido processo legal autoriza controle legislativo e na prática da Administração. Sob esse aspecto, assumem especial relevância para aferição do conteúdo apropriado da lei ou ato administrativo os princípios da finalidade, razoabilidade e proporcionalidade.

65. Especificamente no que diz respeito ao devido processo administrativo, este deve ser formal e público, encaminhado em favor do povo (quer sob a ótica do particular envolvido, quer sob a da coletividade) e desenvolvido segundo os parâmetros de *função administrativa*.

Assim, não será devido o processo: (i) sigiloso ou fechado, a não ser quando indispensável para a segurança nacional ou para a proteção do direito à intimidade; (ii) absolutamente informal (não autuado ou encaminhado segundo procedimento e seqüência desconhecidos); (iii) burocratizado (excessivamente formal, revestido de formalidades inúteis); (iv) não-participativo (em que o particular não é ouvido e

não consegue influenciar ou interagir com a Administração, ainda que não seja no exercício da ampla defesa e contraditório); (v) desobediente a prazos mínimos para a prática dos atos; (vi) violador ou aviltante de garantias constitucionais e legais específicas; (vii) que não represente um “caminhar para a frente” (princípio da preclusão); (viii) que despreze os limites objetivos e subjetivos fixados na peça inicial, seja ela produzida pela Administração ou pelo particular (à semelhança do “princípio do libelo” ou “estabilidade da demanda”); (ix) que não busque atingir objetivo público certo, predeterminado e lícito; (x) ineficiente (tanto o que não busca resultado útil, quanto o que se vale de instrumentos inúteis na busca de resultado útil); (xi) ineficaz (não culmina numa decisão com efeitos concretos ou práticos); (xii) que não preveja ou possibilite revisão dos atos decisórios de primeiro grau; (xiii) que não permita a atuação ativa da defesa técnica, a ser exercitada por advogado; (xiv) que não tenha início com notificação, clara e precisa, em que se consigne prazo certo para apresentação de defesa; (xv) que não permita a produção de provas; (xvi) que não se fundamente única e exclusivamente em provas lícitas, e (xvii) oneroso (excessivamente custoso aos cofres públicos ou aos particulares).

Como pode-se inferir e conforme já descrito nos capítulos anteriores, tais desdobramentos têm vínculo

estreito com os demais princípios atinentes ao processo administrativo. Nem poderia ser de outra forma.

66. Enfim, não será *devido* o processo que desatenda qualquer aspecto da relação de dever-poder que orienta toda atividade de Administração Pública, com base na exata compreensão de um Estado Democrático de Direito. O aplicador da lei não pode perder de vista a origem de sua competência nem tampouco os fins a que ela se dirige.

6) O devido processo "legal"

67. O terceiro aspecto no qual se desdobram as exigências primárias do princípio trazido a lume é a qualificação de *legal* conferida ao *devido processo*.

Conforme descrito, o adjetivo legal não tem a função de submeter os demais termos da expressão (não é definidor da garantia). A mera previsão em lei não será apta a desencadear legítima supressão de liberdade e (ou) bens do administrado.

Desdobramento do princípio da legalidade (CF/88, art. 5º, inc. II), o termo estabelece a necessidade de prévia definição legal de toda e qualquer previsão que vise a atacar, aviltar ou suprimir, direta ou indiretamente, liberdade ou bens dos particulares.

Não será regular o "processo" com tal conteúdo, previsto exclusivamente em ato da Administração (regulamento, decreto, portaria etc.). Perante a ordem constitucional,

somente será legítimo provimento administrativo que dê fiel execução à lei (CF/88, art. 84, IV), não aquele que pretenda estabelecer direitos e deveres *ab ovo* (sejam substanciais ou processuais).

68. Nesse ponto, vale a lembrança ao art. 2º, par. ún. inc. I, da Lei 9784. Tal dispositivo, que vincula a atividade processual administrativa à "atuação conforme a lei e o Direito", dá conteúdo específico ao princípio do devido processo legal.⁵⁸²

Ainda assim, cabem três esclarecimentos.

Por um lado, não seria necessária a preexistência, legal e positiva, de determinado processo para que os administrados possam pleitear a defesa de seus direitos frente à Administração. Norma definidora de garantia fundamental, o inc. LIV do art. 5º tem eficácia plena e incondicionada. Caso seja agredido em sua "liberdade" e (ou) "bens", o particular não necessitaria aguardar edição de lei que venha a estabelecer específico "processo administrativo" para a defesa daquele direito ofendido. Basta externar requerimento fundamentado, que a Administração tem o dever de mandar processá-lo adequadamente (conhecendo e instruindo o pedido, antes de proferir decisão).

⁵⁸² Confira-se no Capítulo Segundo, Tópico II.1. (princípio da legalidade), em que se analisa o conteúdo da expressão "atuação conforme a lei e o Direito".

Por outro lado e no mesmo caminho, as previsões legais positivadas não são exaurientes. Não será pela ausência de dispositivo legal concreto, específico ao exercício ou defesa de algum direito que se negará conhecimento ao pleito do administrado. Ao contrário. A Constituição impõe à Administração o conhecimento pleno de todo e qualquer pedido dos particulares.

Por fim, o Poder Público não tem a prerrogativa de suprimir (direta ou indiretamente) a liberdade e (ou) bens dos administrados, sem obedecer ou se submeter ao devido processo. Na hipótese de não existir norma legal expressa e a Administração tomar iniciativa que possa culminar com a privação dos direitos protegidos pelo *due process*, deverão ser aplicadas, extensiva ou analogicamente,⁵⁸³⁻⁵⁸⁴ leis processuais em vigor.⁵⁸⁵

⁵⁸³ Segundo Maria Helena DINIZ, citando amplas referências bibliográficas, a analogia é método de integração de lacunas jurídicas que "consiste em aplicar, a um caso não contemplado de modo direto ou específico por uma norma jurídica, uma norma prevista para uma hipótese distinta, mas semelhante ao caso não contemplado." (*Lei de Introdução ... cit.*, p. 107) [...] "A analogia é tão-somente um processo revelador de normas implícitas.", cujo fundamento "encontra-se na igualdade jurídica ..." (p. 109). Já a interpretação extensiva não soluciona lacunas, mas é a revelação de norma prevista para o caso concreto, onde o jurista "ultrapassa o núcleo do sentido normativo, alcançando até o sentido literal possível da norma. A interpretação extensiva desenvolve-se em torno de um preceito normativo, para nele compreender casos que não estão expressos em sua letra, mas que nela se encontram, virtualmente, incluídos, conferindo, assim à norma o mais amplo raio de ação possível, todavia sempre dentro de seu sentido literal." (Maria Helena DINIZ, *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*, Saraiva, 1988, p. 392). São momentos lógicos diversos: naquele, não há norma específica regulando o caso concreto e o intérprete transpõe a lacuna através da aplicação de outra norma, prevista para caso semelhante; neste, o caso está contido em determinada norma e a missão do jurista é, mediante instrumentos de hermenêutica, revelar essa circunstância.

7) A proteção à "liberdade" e à "propriedade"

69. Traçado o esboço do sentido da cláusula (o que ela é), resta saber quais os direitos por ela protegidos (seu alcance).

As versões inglesas e norte-americana da cláusula protegem "a vida, liberdade e propriedade" e, como se viu, no Direito Administrativo o desenvolvimento da jurisprudência estadunidense limitou a aplicação da garantia à ação jurisdicionante do Estado. Mais do que isso, a Suprema Corte dos Estados Unidos entende que o *substantive due process* somente se acomoda na proteção de direitos imediatamente remetidos aos conceitos restritos de "vida", "liberdade" e "propriedade".⁵⁸⁶

Contudo, esse entendimento e as limitações dele decorrentes não podem ser estendidas ao nosso direito positivo. A compreensão histórica e universal do instituto é

⁵⁸⁴ Destaque-se que o art. 3º do CPP prevê que "A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito." Na hermenêutica de José FREDERICO MARQUES, plenamente aplicável ao presente estudo: "É claro que dentre esses princípios, devem ocupar o primeiro lugar os de Direito Processual, que, por ser unitário, está formado por normas e regras contidas em ambos os seus ramos; e como o processo civil é a parte tecnicamente mais aperfeiçoada pelo Direito Processual, dele é que são extraídos, em sua maioria, esses princípios gerais." (*Elementos de Direito Processual Penal*, vol. I, Forense, 1965, p. 43).

⁵⁸⁵ P. ex., assim dar-se-á com a aplicação do Código de Processo Civil (p. ex., em casos de discussão a respeito de direitos disponíveis do particular - propriedade, contratos etc.) e Código de Processo Penal (quando o procedimento envolver a aplicação de penalidades contratuais ou funcionais).

⁵⁸⁶ Conforme já visto, o *procedural due process* não envolve esse tipo de problema, pois alberga garantias processuais/procedimentais. Não há maiores discussões a respeito da certeza do direito de a pessoa ser notificada e ouvida, ter a faculdade de apresentar defesa etc..

importante na justa medida em que ilumina a *ratio* do legislador e possibilita a reflexão sobre o ordenamento nacional. Mas, jamais poderia implicar interpretação restritiva de garantia constitucional.

69.1. O substantivo "liberdade" deve ser entendido em sentido amplíssimo, de molde a assegurar todos os direitos a ela vinculados - parcial ou totalmente, direta ou indiretamente, explícita ou implicitamente - no texto constitucional.

O inc. LIV do art. 5º veda tanto a ação direta, que concretize supressão física imediata de parcela da liberdade do administrado, quanto condutas administrativas que tortuosamente agridam esse direito (ou seus desdobramentos fáticos).

Mesmo em face de outras garantias que assegurem os mais diversos aspectos substanciais da liberdade,⁵⁸⁷ o devido processo legal torna seguro, quando menos, um momento específico do exercício desses direitos: o processual.⁵⁸⁸

⁵⁸⁷ Tanto materiais (liberdade no exercício da profissão, liberdade de crença, sigilo da correspondência, propriedade etc.), quanto processuais (acesso à jurisdição, direito de petição, vedação a tribunais de exceção; *habeas corpus*; mandado de segurança etc.).

⁵⁸⁸ Em relação a garantias processuais específicas, o princípio do devido processo legal funciona, quando menos, como norma de segundo grau. Decisão que violar a específica face processual do direito de petição ou do *habeas corpus* (não recebendo ou negando seguimento ao pedido por razões objetivas de processo), estará objetando também o devido processo legal (processual). A questão tem significativos desdobramentos práticos, inclusive na interposição de mandado de segurança e (ou) recurso extraordinário (com fundamento na contrariedade a mais de um dispositivo da Constituição).

A fronteira da proteção à liberdade consagrada pelo devido processo legal é a integralidade da Constituição.⁵⁸⁹ O conceito de "liberdade" do inc. LIV do art. 5º é fornecido com fundamento na compreensão ordinária do termo, ampliada pelo próprio Texto Maior. Para além da possibilidade genérica de fazer ou deixar de fazer algo de acordo com a conveniência subjetiva da pessoa, a Constituição qualifica e assegura direitos específicos, derivados da liberdade "pessoal" em sentido estrito - tais como a liberdade de trabalho, crença, empresa, iniciativa, manifestação, intelectual, reunião e associação, política, concorrência, honra e moral etc.. Todas essas garantias são protegidas, substantiva e processualmente, pelo devido processo legal.

Nesse sentido a doutrina de Miguel REALE, quando analisa o *due process* em face da liberdade de iniciativa: "Esse preceito constitucional [art. 5º, inc. LIV] deve ser entendido no seu mais amplo sentido, seja na preservação, entre outras, da *liberdade de iniciativa*, quer do direito de

⁵⁸⁹ O que não importa defesa absoluta e irrestrita de qualquer espécie de "liberdade", independentemente de peias. A configuração de um Estado Democrático de Direito veda essa interpretação. Ao lado de direitos "absolutos" (v.g., vedação à tortura e à pena de morte), o regime das "liberdades" é ordem que encontra limites internos (em relação ao próprio favorecido) e externos (em relação a terceiros que se relacionem com ele); quer na Constituição, quer na legislação ordinária. Por exemplo, a liberdade de pensamento é limitada pela garantia à dimensão moral do ser humano (art. 5º, incs. IV e V; Lei 5.250/67 - Lei de Imprensa); o direito à informação é restringido pelo princípio da segurança do Estado e da sociedade (CF/88, art. 5º, inc. XXXIII); o acesso à jurisdição (CF/88, art. 5º, inc. XXXV) tem suas fronteiras no instituto da coisa julgada (CF, art. 5º, inc. XXXVI e LICC, art. 6º, § 3º); o direito de propriedade

auferir da aplicação de seus bens a *justa retribuição*, visto como são proibidos tão-somente os lucros arbitrários e que visem a dominação dos mercados (art. 173, § 4º)."⁵⁹⁰

Somente será permitida qualquer incursão de ente público sobre a liberdade privada através de "devido processo" que observe todas as demais garantias constitucionais (e suas concretizações legais).

Por fim, a definição do termo "liberdade" não está albergada na competência do Poder Administrativo. Sustenta-se que o agente público administrativo não poderá exercitar determinado ato e (ou) não conhecer recurso dos particulares com fundamento em entendimento pessoal de que a questão não envolve o "direito à liberdade". Trata-se de termo complexo, que exige o conhecimento amplo da causa controversa por parte da Administração e, se for o caso, sua rejeição absolutamente motivada.

69.2. A palavra "bens" contida na expressão constitucional do devido processo também deve ser entendida em toda sua grandeza. A cláusula protege bens materiais e imateriais,⁵⁹¹ presentes e futuros.

(CF/88, art. 5º, inc., XXII) é ancilar à "função social da propriedade" (CF/88, art. 5º, inc. XXIII).

⁵⁹⁰ A *Ordem Econômica na Constituição de 1988*, Forense, 1990, p. 19.

⁵⁹¹ Caso a Constituição utilizasse o termo "patrimônio", poder-se-ia sustentar a exclusão dos chamados "direitos personalíssimos" - como a vida, a liberdade, a honra, a moral etc. - que a Teoria Geral do Direito Civil exclui do conceito de patrimônio (essencialmente econômico). Confirma-se em Orlando GOMES, *Introdução ao Direito Civil*, Forense, 1986, p. 179.

Bens materiais são tangíveis, cuja substância é imediatamente apreendida pelos sentidos. Em oposição, imateriais são bens espirituais ou ideais - que, apesar de não assumirem forma concreta, têm valor econômico e (ou) moral. Protegidos estão todos os bens, com ou sem valor patrimonial imediato.

Presentes são os bens que existem no justo momento em que são considerados. Já em relação aos bens futuros cabe uma distinção: existem bens futuros e certos (em face dos quais há juízo de convicção positiva acerca de sua futura existência, como, v.g., no caso de rendimentos exatos de aplicação financeira prefixada) e bens futuros e incertos (em que há mera probabilidade de existência por vir - p. ex., expectativa de vantagens, pecuniárias ou não, decorrentes do regime jurídico do servidor público). Somente em relação aos bens futuros e certos se põe a garantia do "devido processo legal". Pura expectativa de direito não autoriza o controle com lastro no *due process of law*.⁵⁹²

A atuação administrativa não pode frustrar a relação jurídica que se põe entre proprietário e seus bens, seja qual for a natureza destes, sem observância do devido processo legal.

⁵⁹² Trata-se de questão que envolve o conceito de *direito adquirido*, "o que já se incorporou definitivamente ao patrimônio e à personalidade de seu titular, de modo que nem lei nem fato posterior possa alterar tal situação jurídica, pois há direito concreto, ou seja, *direito subjetivo*, e

69.3. Destaque-se que o constituinte de 1988 não inseriu a proteção à "vida" na cláusula do devido processo legal.

Isso pelo motivo lógico de que a Constituição não permite qualquer investida contra a vida, a não ser na hipótese excepcional do "caso de guerra declarada" (art. 5º, inc. XLVII c/c 84, XIX). A proibição à pena de morte é cláusula pétrea (CF/88, art., 60, § 4º, inc. IV), o que impede sua alteração em qualquer momento futuro.⁵⁹³ Não haveria sentido em se cogitar da supressão da vida, desde que precedida do devido processo legal. O inc. LIV do art. 5º não poderia se destinar a trair o espírito da Constituição.

À toda evidência e caso admitida a possibilidade da pena de morte nas hipóteses de "crimes de guerra" praticados durante a "guerra declarada", haverá de ser observada a configuração de um devido processo legal, com aplicação da ampla defesa e contraditório.

69.4. Quanto à definição das pessoas que têm vínculo com o devido processo legal, não existem dúvidas: todas as pessoas, direta ou indiretamente vinculadas à Administração Pública têm o absoluto dever de cumprir a Constituição Federal.

não direito potencial ou abstrato." (Maria Helena DINIZ, *Lei de Introdução* ..., cit., p. 182).

⁵⁹³ A respeito da proibição absoluta da pena de morte no Brasil, inclusive para as hipóteses de "guerra declarada", veja-se a monografia de Eduardo TALAMINI, *Dignidade Humana, Soberania Popular e Pena de Morte*, RTDP 11/178-195.

8) Devido processo legal: limites de atuação

70. Cumpre também examinar os limites de aplicação do devido processo legal. Reputamos que a compreensão desse aspecto da garantia é fornecida pelo princípio da máxima eficácia dos direitos e garantias individuais. O texto da Constituição não restringiu as hipóteses de incidência da cláusula, que deverá ser aplicada frente a qualquer espécie de atuação administrativa (jurisdicionante ou não).

A medida da aplicação do *due process* é obtida pela conjugação de dois adjetivos, estreitamente vinculados entre si: *possível* e *útil*. Sempre que possível e útil, o devido processo legal deve ser posto em prática para regular a conduta da Administração Pública.

70.1. O termo "possível" indica as fronteiras práticas que a Administração encontra no exercício de seu dever-poder.

Há hipóteses concretas em que é absolutamente inviável a instalação do "devido processo legal"; quer devido à alta probabilidade de perecimento imediato do interesse posto à guarda do ente público, quer pela natureza jurídica do ato a ser praticado. Ainda que supressores da "liberdade" e (ou) "propriedade" dos particulares, são circunstâncias e atos excepcionais, que ou impõem a pronta e motivada tomada de decisão e ação ou só podem ser praticados de forma pontual (exaurindo-se naquele momento).

Para além dessas exceções, o ordenamento constitucional reclama o devido processo legal.

70.2. Já o requisito da "utilidade" determina que o "devido processo" seja próprio para satisfazer ao interesse público qualificador do caso concreto.

A aplicação do *due process of law* vincula-se a potencial resultado proveitoso, para o particular e (ou) Administração Pública. Caso se vislumbre, indene de dúvidas e de forma motivada, que certo "processo administrativo" não terá nenhuma utilidade prática, o ente público está autorizado a praticar o ato sem prévio "processo legal".

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

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

Como já consignado, o particular poderá, *a priori* ou *a posteriori*, requerer administrativamente o início do "processo", cuja instalação é cogente e deverá obedecer aos parâmetros constitucionais. Nessa hipótese, têm incidência as

regras gerais sobre responsabilidade, tanto para o administrado que pleiteia eventual desnecessária e inútil instalação do "devido processo" (responsabilidade subjetiva) como para a Administração Pública que não dá margem ao imprescindível "devido processo" (responsabilidade objetiva).

III. PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO, A LEI 9784/99 E O PROCESSO ADMINISTRATIVO

71. Previsto no inc. LV do art. 5º da Constituição, o princípio do contraditório significa a participação do administrado na integralidade do processo administrativo, no exercício do direito de influenciar ativamente a decisão a ser proferida.⁵⁹⁴

Trata-se da garantia de ser cientificado não só da existência do processo, mas de tudo que nele ocorra, podendo o particular manifestar-se a respeito de todos os atos e fatos processuais, gerando, em consequência, o dever de o órgão julgador apreciar motivadamente tais intervenções. É direito titularizado por todos aqueles que participam da relação processual. Ou seja, o princípio não diz respeito

⁵⁹⁴ Segundo Romeu Felipe BACELLAR FILHO (*Princípios Constitucionais do Processo ... cit.*, pp. 199 e ss.), Cármen Lúcia Antunes ROCHA (*Princípios Constitucionais dos Servidores ... cit.*, p. 481) e Jacinto Nelson de Miranda COUTINHO (*Introdução aos Princípios Gerais do Processo Penal Brasileiro*, RIAP 28/130), o princípio do contraditório tem relação íntima com o princípio do devido processo legal, este contendo/absorvendo aquele.

unicamente à parte que ocupa o pólo passivo da relação, mas a todos aqueles que a integram.

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

1) Princípio do contraditório e Estado Democrático de Direito

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

No processo administrativo, trata-se de uma das exteriorizações do direito de participação dos particulares frente à Administração Pública, pois, tal como leciona BACELLAR FILHO, "a declaração do direito ao caso administrativo não é tarefa exclusiva da Administração, mas de todos os protagonistas do processo."⁵⁹⁵

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

⁵⁹⁵ Ob. cit., p. 204.

dá o exercício da cidadania, garantido pelo princípio do contraditório.

73. Em estudo a respeito do princípio, Cândido Rangel DINAMARCO acentua o vínculo entre a concepção democrática da liberdade de informação e a obrigação de informar, que "no processo se apresenta mais visível porque a informação é indispensável. Existem nulidades por falta dela e a possibilidade de reagir também deve ser oferecida."⁵⁹⁶

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

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

⁵⁹⁶ *Princípio do Contraditório*, in: *Fundamentos do Processo Civil Moderno*, RT, 1987, p. 93.

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

2) Princípio do contraditório e igualdade processual

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

O princípio não significa "igualdade de prazos" ou "igualdade de tratamento formal", mas igualdade no sopesar das alegações das partes, implicando dever de seu exame equânime. Essa é a lição de Ada Pellegrini GRINOVER, para quem "plenitude e efetividade do contraditório indicam a necessidade de se utilizarem todos os meios necessários para evitar que a disparidade de posições no processo possa incidir sobre seu êxito, condicionando-o a uma distribuição desigual de forças. A quem age e a quem se defende em juízo devem ser asseguradas as mesmas possibilidades de obter a tutela de suas razões."⁵⁹⁷

⁵⁹⁷ O Conteúdo da Garantia do Contraditório, in: *Novas Tendências do Direito Processual, Forense Universitária*, 1990, p. 18.

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

Contudo e conforme ressaltado quando do exame do princípio da igualdade,⁵⁹⁸ a presença da Administração num dos pólos do processo administrativo apenas acentua a necessidade de respeito ao particular que ocupa o outro pólo. A formação do convencimento do órgão decisório não é tarefa unilateral e desproporcionada, tal como se fosse possível à Administração prestigiar exclusivamente o seu entendimento.⁵⁹⁹ Todos os participantes da relação processual (incluindo-se aí Administração e particulares) têm o direito de ver reconhecida sua influência na decisão final - seja positiva (acolhendo-se-a), seja negativamente (rejeitando-se-a), mas sempre fundamentadamente.

3) Evolução do princípio do contraditório

77. Tal como firmado no Capítulo Primeiro da presente monografia, o processo nasceu impregnado de noções privatistas. Era atividade adjetiva, a serviço do direito material supostamente detido pelo autor da demanda. Essa compreensão também acompanhou o nascimento e desenvolvimento

⁵⁹⁸ Acima, Capítulo Segundo, Tópico II.2.

⁵⁹⁹ Daí a lição de BACELLAR FILHO, para quem "é necessário que a Administração, quando na posição de contraditor, coloque-se no mesmo plano do sujeito em confronto, em posição substancialmente correspondente e equivalente a do outro." (*Princípios Constitucionais do Processo ... cit.*, pp. 211/212).

do princípio do contraditório, inicialmente concebido como simples direito de o réu poder opor-se ao pedido do autor.⁶⁰⁰

Com a evolução do Direito Processual, ampliou-se o alcance e conteúdo do princípio, que deixou de "ser meramente formal, no intuito de atender aos *standards* necessários para o estabelecimento de um processo justo, para além de simples requisito técnico de caráter não essencial."⁶⁰¹

Assim e na lição de Carlos Alberto ÁLVARO DE OLIVEIRA, o contraditório atualmente deve ser concebido como instrumento de prestígio ao "valor essencial do diálogo judicial na formação do juízo, fruto da colaboração e cooperação das partes com o órgão judicial e deste com as partes, segundo as regras formais do processo."⁶⁰²

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

78. É patente que o diálogo processual não se trava só entre as partes interessadas, a fim de ser percebido passivamente por quem proferirá a decisão. A relação processual deve ser concebida como um triálogo, exigindo a

⁶⁰⁰ A respeito da evolução histórica do princípio, vide Carlos Alberto ÁLVARO DE OLIVEIRA, *A Garantia do Contraditório*, in: *Genesis - Revista de Direito Processual Civil* 10/667-669.

⁶⁰¹ C. A. ÁLVARO DE OLIVEIRA, *A Garantia ... cit.*, p. 669.

⁶⁰² Ob. cit., p. 669.

participação imparcial do órgão julgador. Influência essa recíproca e igualitária, entre as partes e o Estado.

Assim é a lição de BARBOSA MOREIRA, para quem o significado do princípio do contraditório pode ser encarado em dupla perspectiva: o prestígio à dignidade do processo (e das pessoas nele envolvidas), implicando segurança e estabilidade da relação processual, bem como a constante busca da contemplação de mais de um ângulo da realidade de direito material examinada, visando-se à correta aplicação das normas materiais ao caso concreto.⁶⁰³

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

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

⁶⁰³ A *Garantia do Contraditório na Atividade de Instrução*, in: *Temas de Direito Processual*, terceira série, Saraiva, 1984, pp. 65/66.

Caso a decisão envolva matéria jurídica nunca discutida no processo, dentro do brocardo *iura novit curia*,⁶⁰⁴ o julgador tem o dever de intimar as partes envolvidas na relação processual, para que participem e se manifestem a respeito da aplicação das normas até então inéditas à relação processual. Uma vez que ao julgador é permitido adotar qualificação jurídica diversa daquela discutida nos autos, pois sua decisão não está limitada ao elenco de normas trazido pelas partes, é "inadmissível sejam os litigantes surpreendidos por decisão que se apóie, em ponto fundamental, numa visão jurídica de que não se tenham apercebido."⁶⁰⁵

Assim e na conclusão de Carlos A. Álvaro de OLIVEIRA:

"Aliás, a problemática não diz respeito apenas ao interesse das partes, mas conecta-se intimamente com o próprio interesse público, na medida em que qualquer

⁶⁰⁴ Significando que o julgador não tem apenas o dever de aplicar a lei, mas de procurar no ordenamento a solução mais adequada, ainda que não envolva estritamente o direito alegado pelas partes. Dever, aliás, próprio da Administração Pública.

⁶⁰⁵ Carlos Alberto Álvaro de OLIVEIRA, *A Garantia ... cit.*, p. 671. No mesmo sentido, BACELLAR FILHO, *ob. cit.*, p. 245 e José Rogério CRUZ E TUCCI, *A Causa Petendi no Processo Civil*, RT, 1993, pp. 133/134. PONTES DE MIRANDA já havia adotado entendimento semelhante, ao comentar o CPC: "Tendo-se aberto a brecha no *iura novit curia*, a propósito de direito estadual, ou municipal, estrangeiro ou consuetudinário (art. 337), entra a contraditoriedade a respeito da regra jurídica abstrata, que foi invocada, podendo cada parte, e não só a que alegou, produzir prova. O ônus de provar cabe a quem a invocou. Porém, as leis são revogáveis, derogáveis, suscetíveis de ser repostas em vigor, de ter a sua vigência regulada por princípios especiais, de ser entendidas segundo regras especiais de interpretação; de modo que o simples fato de se apresentar o texto, publicado ou por certidão, ou em livro (a que o juiz dê crédito), não exaure a dívida sobre a sua incidência e aplicabilidade, se a outra parte

surpresa, qualquer acontecimento inesperado, só faz diminuir a fé do cidadão na administração da Justiça. O diálogo judicial torna-se, no fundo, dentro dessa perspectiva, autêntica garantia da democratização do processo, a impedir que o poder do órgão judicial e a aplicação da regra do *iura novit curia* redundem em instrumento de opressão e autoritarismo, servindo às vezes a um mal explicado tecnicismo, com obstrução à efetiva e correta aplicação do direito e à justiça do caso.”⁶⁰⁶

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

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

Nesse passo, também configura dever administrativo aquele da ciência prévia às partes interessadas, antes da

a mantém, com afirmações contrárias, no todo ou em parte.” (*Comentários ao Código de Processo Civil*, t. IV, Forense, 1996, p. 283).

⁶⁰⁶ A *Garantia* ... cit., p. 672. O autor cita o Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, cujo art. 184 impõe “prévia

tomada de decisão, de eventual interpretação normativa nunca vista nos autos. Caso contrário, frustrar-se-á a participação democrática dos particulares no processo administrativo e terá sido inócua a aplicação formal do princípio do contraditório.

81. Por fim, nem se diga que o contraditório seria intimamente vinculado à litigiosidade. Ou seja, que o princípio somente teria incidência em casos de conflito de interesses entre as partes da relação processual.

Tal concepção afastar-se-ia do conceito hodierno do princípio. Compreendido como garantia à participação ativa e democrática do cidadão na formação da decisão estatal, o contraditório é essencial a todo e qualquer processo, independentemente da existência ou não de litígio entre as partes envolvidas (ou entre estas e a Administração).⁶⁰⁷

discussão com as partes das preliminares suscitadas durante o julgamento" (ob. cit., p. 680).

⁶⁰⁷ Não se olvide a decisiva lição de Elio FAZZALARI em face do princípio, que chega a negar "a inserção da relação jurídica processual no conceito de processo. Fala do 'módulo processual', representado pelo procedimento realizado em contraditório e propõe que, no lugar daquela, se passe a considerar como elemento do processo essa abertura à participação, que é constitucionalmente garantida." (ARAÚJO CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO, *Teoria Geral ... cit.*, p. 283). É importante destacar a advertência de Jacinto N. M. COUTINHO a respeito do princípio do contraditório e processo, para quem "Em que pese a infinita discussão a respeito da sua natureza jurídica e a adoção, pela CF/88, da posição de Elio Fazzalari (art. 5º, LV), ou seja, de que há processo quando houver procedimento com contraditório, continua firme na dogmática, por enquanto, a noção bülowiana de que é ele uma *relação jurídica processual*." (*Introdução ... cit.*, p. 128).

4) Princípio do contraditório e concepção atual do processo administrativo

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

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

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

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

Aliás, no Direito Administrativo, o princípio do contraditório assemelha-se antes ao Direito Processual Penal do que ao Direito Processual Civil. A Administração tem o

dever de gerar a contraditoriedade real, vez que maneja interesses públicos (indisponíveis). A raiz constitucional do princípio reforça esse entendimento, que impõe ao administrador o dever da busca constante de um contraditório efetivo, na tutela do interesse público posto à sua guarda e tutela do interesse privado do administrado.

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

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

Não se olvide que a Lei 9784 possibilita a "uniformização" das decisões em casos da mesma natureza, (art. 50, inc. VII e § 2º), o que também pode implicar desconhecimento prévio dos administrados quanto ao entendimento da Administração. Assim e tendo em vista a profusão de leis, regimentos, portarias, pareceres, decisões

etc., muitas vezes o acesso a tais diplomas é difícil (senão impossível) aos particulares.

Desta forma, a Administração não poderia "ocultar" um dispositivo legal específico (ou um provimento pretérito), surpreendendo o particular com decisão fundada em norma jurídica ou interpretação inédita à discussão processual.

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

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

5) Princípio do contraditório, instrução do processo e a Lei 9784/99

84. Inicialmente, acolhemos a noção de DINAMARCO a respeito da instrução processual, para quem "instruir não é só provar", mas, "em linguagem processual, significa preparar." Isso porque "não é só provando que eu participo do processo. Não é só provando que eu instruo o juiz, que eu preparo a sua mente para chegar à solução que eu quero;

também em todas as demais atividades. Nas alegações que se fazem no processo, também existe atividade instrutória."⁶⁰⁸

No mesmo sentido de DINAMARCO, para GRINOVER "a instrução, em sentido lato, compreende as alegações que as partes produzem no processo e abrange todos os atos capazes de levar à efetiva tutela do direito material, pela prova e fora da prova."⁶⁰⁹

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

85. Ainda que no Direito Processual Civil possa-se afirmar que a iniciativa da instrução cabe primordialmente às partes,⁶¹⁰ o mesmo não se pode dizer quanto ao processo administrativo, especialmente em face das disposições da Lei 9784/99.

⁶⁰⁸ *Princípio ... cit.*, p. 95.

⁶⁰⁹ *O Conteúdo ... cit.*, p. 17.

⁶¹⁰ BARBOSA MOREIRA acolhe tal entendimento, "Sem prejuízo do reconhecimento do papel 'ativo' que o juiz modernamente se vê chamado a desempenhar nesse campo ..." (*A Garantia ... cit.*, p. 67).

85.1. Neste campo do Direito Processual, "As atividades de instrução destinadas a averiguar e comprovar os dados necessários à tomada de decisão realizam-se *de ofício ou mediante impulsão do órgão responsável pelo processo*, sem prejuízo do direito dos interessados de *propor* atuações probatórias." (Lei 9784, art. 29 - destaque nosso).

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

Note-se que a Lei vale-se do verbo "propor",⁶¹¹ quando se refere à pretensão probatória dos particulares. Isso jamais poderia significar que a atividade instrutória buscada pelos interessados seja de menor valia. Ou que resultaria de "opção" do órgão julgador. Nada disso. Trata-se apenas de reforço retórico da idéia de responsabilidade da Administração quanto à atividade instrutória processual. No processo administrativo, o interessado tem direito à produção de todas as provas, menos aquelas "obtidas por meios ilícitos" (Lei 9784, art. 30) e as "ilícitas, impertinentes, desnecessárias ou protelatórias" (art. 38, § 2º).⁶¹²

⁶¹¹ Segundo MORAIS SILVA, o verbo significa "Apresentar, oferecer a exame, submeter à apreciação" (*Novo Dicionário Compacto da Língua Portuguesa*, vol. II, Editorial Confluência, 1961, p. 1920).

⁶¹² A matéria será aprofundada no Tópico seguinte, que analisa o princípio da ampla defesa.

Mesmo quando seja atribuída ao interessado "a prova dos fatos que tenha alegado", esta deverá ser concretizada "sem prejuízo do dever atribuído ao órgão competente para instrução" (Lei 9784, art. 36 - destaque nosso). O fato de o particular ter pleiteado a produção de prova específica e caso a sua produção lhe seja atribuída, isso não derroga o dever administrativo de realizar atividade probante (desde que essencial à discussão travada nos autos). Não será o requerimento da parte limite à atividade instrutória oficial (nem vice-versa).

Apenas na hipótese de não apresentação de "dados, atuações ou documentos", formalmente solicitados e necessários "à apreciação do pedido formulado", o processo será arquivado (art. 40 da Lei 9784) sem que a atividade instrutória desenvolva-se plenamente. Este artigo envolve a impossibilidade fática absoluta de proferimento da decisão final sem a cooperação do interessado. Na medida em que o interesse em jogo é privado *stricto sensu* e o titular desse interesse não permite à Administração a tomada de decisão, nada mais correto do que o arquivamento do processo sem julgamento de mérito. Esse arquivamento por razões formais não impedirá a propositura de novo pleito (ou o desarquivamento do pretérito), desta feita instruído com os "dados, atuações ou documentos" essenciais à decisão administrativa.

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

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

86. Caso a parte envolvida não disponha de meios para conferir regular andamento ao processo ou à tutela de seus direitos, o Estado tem o dever de suprir tais deficiências (econômicas, culturais, jurídicas etc.), a fim de prestigiar o princípio do contraditório e tornar equânime a relação processual. Nesse sentido, a Lei 9784/99 dispõe que "Os atos de instrução que exijam a atuação dos interessados devem realizar-se do modo menos oneroso para estes." (art. 29, § 3º).

Porém, não se olvide a aplicação dos arts. 5º, inc. XXXIV, e 134 da CF, bem como da Lei Complementar 80, de 12.1.94 ("organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados"), Lei 1.060, de 5.2.50 ("estabelece normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados") e, analogicamente, do art. 32 e §§ do CPP (assistência judiciária para promover a ação penal) e art. 19 do CPC (isenção de custas).

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

87. As partes envolvidas no processo administrativo têm assegurado o direito de "na fase instrutória e antes da tomada de decisão, juntar documentos e pareceres, requerer diligências e perícias, bem como aduzir alegações referentes à matéria objeto do processo" (art. 38, *caput*). Regra semelhante encontra-se no inc. II do art. 3º da Lei 9784.

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

88. Mais ainda, as provas devem ser produzidas frente ao órgão competente - definido em lei como responsável pelo processo - e com a colaboração das partes. Viola o princípio do contraditório a prova realizada frente a terceiro, sem o conhecimento dos interessados. Frise-se que a Lei 9784, ao referir-se à atividade instrutória, sempre se refere a "órgão

competente" ou "órgão responsável" (arts. 29, *caput* e § 1º; 31; 37; 39, par. ún., e 43).⁶¹³

A única peculiaridade do processo administrativo reside na possibilidade de o órgão que participa da instrução não ser aquele que proferirá a decisão (art. 47). Medida de todo saudável, vez que, muitas vezes, a Administração é parte no processo. Ao transferir a competência decisória para outro órgão, a Lei 9784 prestigia a imparcialidade e moralidade do processo administrativo.

89. A única previsão da Lei 9784 que chama a atenção do intérprete, no que diz respeito ao princípio do contraditório, está no art. 2º, par. ún., inc. X, que assegura a "garantia dos direitos à comunicação, à apresentação de alegações finais, à produção de provas e à interposição de recursos, nos processos de que possam resultar sanções e nas situações de litígio" (destaque nosso).

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

⁶¹³ O art. 5º, inc. LIII, do Texto Maior, estabelece que "ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente" e seu inc. XXXVII proíbe "juízo ou tribunal de exceção", expressões constitucionais do princípio do juiz natural - autoridade com competência legal expressa para processar e julgar, definida anteriormente ao fato objeto do processo. A respeito do princípio do juiz natural em face do processo administrativo, veja-se BACELLAR FILHO, *Princípios Constitucionais ... cit.*, pp. 287/342.

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

Segundo nossa compreensão, o inc. X, *in fine*, aplica-se àqueles processos meramente burocráticos, que não envolvam pretensões que, nem mesmo por eventualidade, possam resultar em conflitos de interesses (entre particulares ou entre estes e a Administração). Assim dar-se-á, *v.g.*, nos pedidos de certidões; pedidos de aplicação de entendimento pacífico na Administração, referente a "assuntos da mesma natureza" (Lei 9784/99, art. 50, § 2º) e registro de documentos. A previsão vincular-se-ia ao princípio da eficiência processual (celeridade, simplicidade etc.), a fim de evitar desdobramentos e exigências inúteis ao fim que se destina o processo.

Caso o processo seja instalado por quem detém o interesse qualificado no art. 9º e incisos da Lei 9784, que possa gerar, mesmo hipoteticamente, conflito de interesses (resultando em litígio) ou sanções, a restrição do inc. X do par. ún. do art. 2º é de impossível aplicação. Caso esse

litígio se revele no curso do processo - qualquer que seja ele, são nulos todos os atos anteriores que aplicarem tal limitação. Também essa é a consequência de provimento que porventura resulte em prejuízo ao interesse das pessoas envolvidas. Na hipótese de a decisão negar os "direitos à comunicação, à apresentação de alegações finais, à produção de provas e à interposição de recursos" e, ainda assim, com base nisso, negar o pleito dos particulares, será nula.

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

Especialmente no que diz respeito à aplicação de sanções, acreditamos ser essencial à validade do processo a definição clara, contemporânea à instalação do processo administrativo, do fim visado pela Administração (ou particular que o requer). Não será válido o processo que se instale aleatoriamente e culmine numa aplicação de sanção administrativa.⁶¹⁴ Caso o processo encaminhe-se para essa finalidade, deve ser reinstalado (aproveitando-se os atos formais), dando-se à pessoa que eventualmente sofrerá a sanção oportunidade para ampla defesa, exercício do contraditório etc..

"Em outras palavras, a autoridade não pode instaurar 'processo disciplinar', 'sindicância', 'procedimento de avaliação periódica de desempenho', processo para apuração de descumprimento às exigências de estágio probatório ('avaliação especial de desempenho') ou processo para exoneração de servidor estável por excesso de quadros sem externar os motivos de sua decisão."⁶¹⁵

89.3. Por fim, a restrição do direito ao recurso somente pode ser compreendida como concretização do princípio do interesse recursal. Os recursos são um desdobramento das garantias processuais detidas pelos particulares (ampla defesa, devido processo legal etc.) e não podem ser menosprezados pelo hermenauta.⁶¹⁶ Trata-se do que Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, com lastro no art. 5º, inc. XXIV, a), da Constituição, definiu como "princípio da revisibilidade", que "presume uma atuação administrativa que o cidadão repete desconforme com a ordem jurídica. Assim, peticionará a revisão dela, tanto mais porque a Administração se estrutura hierarquicamente, no que vai implícito um princípio de revisibilidade."⁶¹⁷

⁶¹⁴ A esse respeito, ampliar no Capítulo III, Tópico II.7, n.º 7).

⁶¹⁵ BACELLAR FILHO, ob. cit., p. 224.

⁶¹⁶ Não se olvide que "Um dos princípios assentados pela Revolução Francesa, como elemento de defesa contra o absolutismo dominante, foi o da obrigatoriedade de se instituir o duplo grau de jurisdição." (E. D. MONIZ DE ARAGÃO, *Embargos de Nulidade e Infringentes do Julgado*, Saraiva, 1965, p. 81).

⁶¹⁷ *Curso ... cit.*, p. 367.

Porém, somente pode recorrer quem teve sua pretensão indeferida pela autoridade competente. Aquele que sofreu sucumbência (perdeu, foi derrotado no processo) tem o ônus⁶¹⁸ de recorrer do provimento denegatório de seu pedido (ou defesa).

Na hipótese de a decisão do processo administrativo não causar gravame e (ou) não impuser sanção à pessoa privada, não será possível a interposição de recurso.

6) Princípio do contraditório, providências acauteladoras e a Lei 9784/99

90. O art. 45 da Lei 9784 prevê a possibilidade de, na instrução do processo, a adoção de "providências acauteladoras sem a prévia manifestação do interessado." Porém, submete tais providências a dois requisitos: a configuração de risco iminente e prévia motivação.

Nesta hipótese, não há supressão do contraditório, mas inversão temporal na incidência do princípio. O interessado não é intimado anteriormente à concretização da providência acauteladora justamente a fim de viabilizar a

⁶¹⁸ Ainda segundo MONIZ DE ARAGÃO, ônus "não se trata de dever, nem de obrigação; tampouco confere qualquer direito à contraparte; é como que um estímulo a vincular o onerado a si próprio; se agir em conformidade com ele poderá alcançar o que pretende, caso contrário poderá sofrer um prejuízo." Exemplo de ônus perfeito é o de "recorrer da sentença desfavorável: se a parte não o fizer, consumir-se-á, pelo trânsito em julgado, o prejuízo decorrente do julgamento; ao contrário, se recorrer poderá alcançar a reforma da sentença." (*Exegese do CPC*, vol. IV-1, Aide, s/d, pp. 85/86). Bem verdade que a ausência de recurso administrativo tem efeitos internos à Administração e não impede o interessado de acionar o Poder Judiciário, em vista do princípio do livre acesso e universalidade da jurisdição (CF, art. 5º, XXXV).

realização desta - seja porque a intimação é inviável devido ao curto espaço de tempo disponível para a prática do ato, seja porque a prévia intimação frustraria sua concretização.

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

Destaque-se a imperiosidade da concretização fática absolutamente incontroversa do risco iminente. Deverá ser evento sério, imediato e intransponível no tempo. Caso assim não seja, a providência adotada pela Administração será nula de pleno direito, não podendo gerar qualquer efeito jurídico.

Por outro lado, a motivação deverá ser simultânea à "providência". Não será possível sua adoção imotivada para, em vista de seu resultado, ser formalizada a fundamentação do ato.

IV. PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA, A LEI 9784/99 E O PROCESSO ADMINISTRATIVO

91. O princípio da ampla defesa vem expressamente previsto no Direito Constitucional brasileiro, a partir da primeira Carta Maior.⁶¹⁹ Assim, é garantia que se poderia

⁶¹⁹ Confira-se as Constituições pretéritas e respectivos artigos, que previam a máxima: 1824, art. 179, § 8º, incs. XI e XVII; 1891, art. 72, § 16; 1934, art. 113, §§ 24 a 27; 1937, art. 122, inc. XI; 1946, art. 141, § 25 e EC n.º 1/1969, art. 153, § 15.

qualificar de clássica em nosso Direito Público, pois o acompanha desde sua instalação.

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

Assim e implícita ou explicitamente, ampla maioria da doutrina reputava que o termo "acusados" implicava limitação do princípio aos processos criminais.⁶²⁰ Em sentido contrário, especialmente PONTES DE MIRANDA sustentava interpretação ampliativa da ampla defesa, defendendo sua aplicação a processos "em que há acusado; portanto, a defesa

⁶²⁰ Veja-se Carlos MAXIMILIANO (*Commentarios á Constituição Brasileira*, Jacintho Ribeiro dos Santos Editor, 1923, pp. 679/681 e *Comentários à Constituição Brasileira*, Freitas Bastos, 1954, pp. 121/125), Eduardo ESPINDOLA (*Constituição dos Estados Unidos do Brasil*, Freitas Bastos, 1952, pp. 568/569) e Manoel Gonçalves FERREIRA FILHO (*Comentários à Constituição Brasileira*, Saraiva, 1986, pp. 599/600). Já CELSO DE MELLO tinha interpretação ampliativa e criticava decisões jurisdicionais limitativas (*Constituição Federal Anotada*, Saraiva, 1984, pp. 341/342). Ampliar em Romeu Felipe BACELLAR FILHO (*Princípios Constitucionais...* cit., pp. 265/270) e Ada Pellegrini GRINOVER (*O Processo Constitucional em Marcha*, Max Limonad, 1985, pp. 21/22).

em processo *penal*, ou em processo *penal-fiscal* ou *administrativo*, ou *policial*.”⁶²¹

Porém e ainda assim, era essencial a existência de acusação, da imputação de ato ilícito (criminal, fiscal ou administrativo), para que o particular pudesse exercitar a ampla defesa.

92. A partir da promulgação do Texto Maior de 1988, tais controvérsias caíram por terra. Existe a certeza da larga abrangência da garantia, nos termos do inc. LV do art. 5º.

Portanto, o princípio constitucional é ilimitado, sempre que o processo albergar conflito de interesses (efetivo ou potencial) ou imputação de ilicitudes. Pouco importa tratar-se de processo penal, trabalhista, cível ou administrativo; a regra é a aplicação máxima da ampla defesa.

93. A Constituição de 1988 também reforça o entendimento de que a natureza jurídica da ampla defesa representa o anverso do direito de acesso à Justiça.⁶²² Trata-se da mesma garantia, vista sob ângulo diverso. Assim, configura direito subjetivo público, no sentido de que é outorgado em abstrato a todos os cidadãos e seu exercício funda-se imediatamente no texto constitucional.

⁶²¹ *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n.º 1 de 1969*, t. V, Forense, 1987, p. 235.

⁶²² Nesse sentido, BACELLAR FILHO, *Princípios Constitucionais...* cit., pp. 270/271.

"A defesa, em rigorosa técnica e em terminologia científica, é o exercício da *pretensão à tutela jurídica*, por parte do acusado. O Estado - no texto constitucional - a prometeu, tem o Estado, através da Justiça e de qualquer outro órgão estatal, de cumprir a sua promessa."⁶²³

Desta forma, pedido inicial e defesa envolvem o direito de o particular ter suas pretensões apreciadas pelo Estado, mediante processo idôneo e imparcial. Interessado ativo e interessado passivo têm pretensões imediatas idênticas (a apreciação de seu pedido pelo órgão julgador) e pretensões mediatas equivalentes (a tutela de seu direito material). Por óbvio, os pedidos são diversos, cada qual dirigindo-se a uma finalidade específica, antagônica. Mas, em essência, possuem a mesma natureza jurídico-constitucional.

Indo avante, sob o enfoque ora em análise, a ampla defesa é, igualmente, garantia da legitimidade da atuação estatal. Não se exaure nos direitos subjetivos das partes envolvidas na relação jurídico-processual, mas assegura o processo ele mesmo, considerado como atividade dirigida a determinado fim público (decidir a questão controversa, definir a penalidade a ser aplicada, reconhecer a existência de direito da pessoa privada etc.). Daí porque Ada Pellegrini

⁶²³ PONTES DE MIRANDA, *Comentários...*, cit., p. 234. (Lembre-se que o texto foi escrito ao tempo da Carta de 1969, cujo art. 153, § 15, previa o

GRINOVER qualifica a garantia como "não apenas das partes, mas sobretudo da jurisdição: porque, se, de um lado, é interesse dos litigantes a efetiva e plena possibilidade de sustentarem suas razões, de produzirem suas provas, de influírem concretamente sobre a formação do convencimento do juiz, do outro lado essa efetiva e plena possibilidade constitui a própria garantia da regularidade do processo, da imparcialidade do juiz, da justiça de suas decisões."⁶²⁴

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 ao *iter* previsto em lei e da excelente prática do ato administrativo final. O que resulta na constatação de que talvez seja justamente a Administração a maior beneficiária pela perfeição na obediência ao princípio.

1) Princípio da ampla defesa e princípio do Estado Democrático de Direito

94. Importante também é destacar que o princípio da ampla defesa somente encontra sua real significação num Estado Democrático de Direito. Melhor, trata-se de uma das manifestações dinâmicas desse cânone constitucional.

substantivo "acusados".)

⁶²⁴ O Processo... cit., p. 7. (O texto refere-se ao processo judicial e o termo plural "garantias" diz respeito ao direito de ação e defesa, inseridos na cláusula do devido processo legal.)

Ora, ao assegurar o respeito à cidadania e dignidade da pessoa humana (art. 1º, incs. II e III), bem como a participação popular segundo um plexo de normas preestabelecidas (art. 1º, *caput*), a Constituição torna positiva a garantia de os administrados integrarem os processos decisórios estatais, especialmente aqueles que possam ter desdobramentos imediatos em face de si.

Assim deve ser compreendida a ampla defesa: garantia de poder defender-se, garantia de um processo legítimo e garantia do respeito a um Estado Democrático de Direito. O princípio representa o todo dessa escala ascendente de direitos do particular em face da Administração Pública. Não apenas a prerrogativa de manifestação em processos que incidam sobre sua liberdade e (ou) bens, mas garantia de participar ativamente na tomada de decisões estatais.

Aliás, Edgard Silveira BUENO FILHO frisa a lição de Geraldo ATALIBA, no sentido de que "o direito de defesa, que se insere dentre os direitos individuais e coletivos, só pode ostentar o seu significado e se tornar efetivo num Estado de Direito."⁶²⁵

⁶²⁵ *O Direito à Defesa na Constituição*, Saraiva, 1994, p. 4.

2) Princípio da ampla defesa, processo administrativo, defesa "direta" e defesa "indireta"

95. No processo administrativo, o exercício da ampla defesa contempla as chamadas defesas "direta" (ou de mérito) e "indireta" (ou processual).

96. A defesa direta diz respeito ao conteúdo da discussão, tal como definida frente à Administração Pública. Corresponde à controvérsia posta em face dos fatos descritos no pedido ou ato de instalação, sua qualificação jurídica e, em decorrência, o pedido final. Assim, a defesa direta volta-se contra a veracidade dos fatos e a aplicabilidade das normas jurídicas ao caso concreto.⁶²⁶

Pouco importa se o ato de instalação processual derivou de pleito do particular ou de provimento administrativo *ex officio*. O interessado passivo tem garantida a prerrogativa processual de opor-se, em sentido lato, à descrição da relação jurídica que deu origem ao processo.

Esse aspecto da ampla defesa reforça a exigência de motivação do ato administrativo ou do pleito do interessado

⁶²⁶ Na lição de Luiz Rodrigues WAMBIER, Flávio R. Correia de ALMEIDA e Eduardo TALAMINI, na defesa de mérito "o réu procura resistir ao pedido mediato do autor, ou seja, visa atacar o mérito da causa, e não o processo. É a defesa por excelência, pois o réu objetiva demonstrar que ao autor não assiste razão naquilo que postula." (*Curso Avançado de Processo Civil*, vol. 1, RT, 1999, pp. 373/374). Segundo esses autores, também a defesa de mérito é dividida em direta ("o autor nega a existência dos fatos que o autor alega na inicial") e indireta ("o réu admite os fatos

que dêem origem ao processo. Trata-se de previsão do art. 6º, inc. IV, da Lei 9784, dirigido ao "requerimento inicial do interessado" (art. 6º, caput), mas que se aplica com perfeição à Administração Pública. Caso não existam ou não sejam claras as razões pelas quais é instalado o processo, impossível será o exercício da garantia. Em decorrência, nulo o processo.

97. Já a defesa indireta não visa a questionar o conteúdo do direito material que deu origem à relação processual nem tampouco a qualificação jurídica a ele imputada pelo interessado ativo (ou pela autoridade administrativa), mas volta-se contra o processo ele mesmo.

Tem por objetivo maior impedir "que seja proferida decisão de mérito ou protelar o momento em que venha a ser exarada",⁶²⁷ independentemente da razão ou desrazão quanto à questão substancial. Tem lastro no descumprimento a normas referentes à instalação e (ou) desenvolvimento da relação jurídico-processual, o que resulta na obrigatoriedade de sua extinção ou no impedimento de lhe ser dado andamento.

..., mas a estes contrapõe outros, que sejam impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor") (ob. cit., p. 374).

⁶²⁷ WAMBIER, ALMEIDA e TALAMINI, *Curso...* cit., p. 375. Tais autores dividem a defesa indireta (por si denominada de processual) em própria (ou peremptória) ou imprópria (ou dilatória). Arrolam exemplos da primeira: inépcia da petição inicial, ilegitimidade, litispendência, coisa julgada ou perempção. E da defesa processual imprópria: inexistência ou nulidade de citação, exceções (incompetência, suspeição e impedimento), conexão ou continência, incapacidade da parte, defeito de representação ou falta de autorização e a falta de caução.

A defesa indireta deve ser, obrigatoriamente, examinada antes da defesa direta e produção de provas. Não é possível que a autoridade simplesmente a transponha tacitamente, sem a apreciar (seja em absoluto, seja ao tempo certo). Mais do que isso, a desobediência a tais exigências implica nulidade dos atos decisórios praticados no processo.⁶²⁸ Ou seja, a Administração deve decidir se a relação processual, tal como posta, pode ter seguimento e se a questão de mérito é apta a ser instruída e receber decisão.

A Lei 9784 não é explícita a respeito das defesas indiretas. Porém, é perfeita sua aplicação ao processo administrativo. A uma, por razões lógicas. O processo é uma realidade autônoma, com dignidade jurídica toda própria. Caso haja questões jurídico-processuais que digam respeito à existência e desenvolvimento regular do próprio processo, é evidente que necessitam ser apreciadas. A duas, por interpretação extensiva de dispositivos da própria Lei 9784. Há previsões que configuram questões prévias, apesar de não existir referência expressa a respeito. A três, por aplicação analógica do CPC.

Assim, no texto abaixo analisaremos as razões que justificam a defesa indireta no processo administrativo.

⁶²⁸ A não ser aqueles de possível convalidação, dever-poder da Administração já examinado no Capítulo Segundo, Tópico II.3, n.º 2.

98. Em brevíssimo exame, podemos arrolar as seguintes defesas indiretas: a possibilidade jurídica do pedido; a legitimidade das partes; o interesse de agir;⁶²⁹ a intimação inicial; a existência, competência e imparcialidade do órgão julgador; a capacidade (de agir, de ser parte e postulatória); a existência e aptidão do pedido inicial ou ato de instalação; a "litispendência" e a "coisa julgada".⁶³⁰⁻

631

98.1. Frente ao Direito Processual Civil, a impossibilidade jurídica do pedido obsta a instalação e condução de pleitos proibidos em lei. Na dicção de Donaldo

⁶²⁹ Estas três defesas são conhecidas no Direito Processual Civil como "condições da ação", requisitos necessários à própria instalação do processo. Destaque-se que parte da doutrina adota entendimento científico excludente do "interesse de agir" (por todos, Donaldo ARMELIN, *Legitimidade para Agir no Direito Processual Civil Brasileiro*, RT, 1979, p. 40).

⁶³⁰ Esta segunda série de possíveis defesas processuais é denominada pela doutrina de "pressupostos processuais", requisitos para que o processo seja gerado e desenvolvido de forma válida. Entendemos que a "perempção" não se aplica ao Direito Processual Administrativo, vez tratar-se de modo de extinção excluído pelo dever de a Administração conduzir *ex officio* o processo, em combinação com o art. 40 da Lei 9784 - a sanção pelo descumprimento a intimações que determinam a juntada de documentos em favor do próprio interessado é o "arquivamento" do processo, não sua extinção. Não será demais enunciar que, no Direito Processual Civil, perempção é a extinção do processo, sem julgamento de mérito, devido ao fato de o autor não promover as diligências que lhe cabiam e abandonar a causa por prazo superior a 30 dias (CCP, arts. 28; 267, III e 268). No Direito Processual Penal, perempção é forma extintiva da punibilidade em ações penais privadas, quando o querelante não dá andamento ao processo durante 30 dias seguidos; quando, falecendo ou tornando-se incapaz o querelante, as pessoas com titularidade para dar prosseguimento ao processo não comparecem em juízo; quando, injustificadamente, o querelante deixa de praticar atos processuais essenciais ao processo (comparecer a atos processuais ou deixar de pedir a condenação nas alegações finais) e quando o querelante-pessoa jurídica for extinto sem deixar sucessor (CPP, art. 60).

⁶³¹ A enumeração acima deriva de interpretação analógica e integrativa entre disposições do CPC (arts. 267, 295 e 301) e Lei 9784 (arts. 2º, par. ún., X; 3º, II; 6º; 9º; 11 a 17 e 18). A enumeração não se pretende exaustiva.

ARMELIN, ocorre "quando o pedido é vedado pelo sistema jurídico e quando a *causa de pedir* envolve ilicitude, e, como tal, é proscrita pelo ordenamento jurídico."⁶³²

Assim, diz respeito à não-viabilidade de ser dado provimento ao pleito, porque ilícito seu fundamento ou o objetivo visado. O termo impossibilidade não há de ser lido como "inexistência de previsão legal", mas "existência de proibição legal".

Ocorre que no processo administrativo o princípio deve ser encarado com especial atenção. Tal como frisam WAMBIER, ALMEIDA e TALAMINI, reportando-se à lição de Teresa Arruda Alvim WAMBIER, "Em sede de direito público, todavia, a questão assume contornos diferenciados, pois é princípio básico desse ramo do direito (exs.: direito administrativo e direito tributário) que só se tem por permitido aquilo que a lei expressamente autorizar, sendo vedado aquilo a respeito de que a lei deixe de fazer qualquer referência."⁶³³

Por certo, a possibilidade jurídica exclui as proibições positivas contidas no ordenamento (material e processual). Caso se dê vedação expressa ao pleito, não há alternativa. Porém, a questão é complexa no que diz respeito à ausência de previsão legal.

⁶³² *Legitimidade...* cit., p. 51. No mesmo sentido, E.D. MONIZ DE ARAGÃO, *Comentários ao CPC*, vol. II, Forense, 1989, p. 560.

⁶³³ *Curso...* cit., pp. 132/133.

Em primeiro lugar e genericamente, tal como inúmeras vezes acima mencionado, reputamos viável a aplicação analógica de preceitos legais, especialmente aqueles de caráter processual.

Porém e apesar de acolhermos a necessidade de os pleitos dos particulares serem encarados de forma generosa, reputamos que a Administração não estará apta a dar provimento a pleito que não contenha previsão legal pretérita - seja implícita, seja explícita no ordenamento jurídico.

Todavia, em face do ato de instalação do processo por parte da Administração, a impossibilidade deve ser encarada de forma mais radical. Como se sabe, a Administração deve estreita obediência ao princípio da legalidade. Seu dever-poder consiste em, com lastro em título competencial certo, dar concreção às normas jurídicas preestabelecidas pelo direito vigente. Assim, não nos parece possível conferir à impossibilidade jurídica do ato de instalação *ex officio* aquela mesma dimensão acima descrita. Não é cabível a instalação administrativa espontânea, sem a existência de norma autorizante.⁶³⁴

Em conclusão: no processo administrativo, a impossibilidade jurídica do pedido tem desdobramentos outros daqueles célebres no Direito Processual Civil. Porém, não

⁶³⁴ De qualquer forma, a hipótese de impossibilidade devido à ausência de norma nos parece distante, especialmente depois da Lei 9784.

pode ser compreendida como restrição absoluta, excluindo previsões implícitas da ordem jurídica (especialmente através da analogia e dos princípios gerais de direito). Dependerá de avaliação fundamentada da questão concreta.⁶³⁵

98.2. A legitimidade de parte decorre da titularidade do interesse posto em discussão e suas consequências processuais. Na lição de ARMELIN, "é uma qualidade jurídica, que se agrega à parte, habilitando-a a ver resolvida no mérito a lide *sub judice*".⁶³⁶

O art. 9º da Lei 9784 define os interesses pessoais, coletivos e associativos pertinentes ao processo administrativo. O pleito haverá de ser formulado por quem os detenha em nome próprio (a não ser quando expressamente autorizado, por lei ou por terceiro).

98.3. Igualmente, cabe examinar o interesse de agir, que "se compõe de dois aspectos, ligados entre si, que se podem traduzir no binômio *necessidade-utilidade*, embora haja setores da doutrina que prefiram traduzir esse binômio por *necessidade-adequação*."⁶³⁷

Detêm interesse de agir as pessoas privadas que podem obter resultado favorável, que somente pode ser alcançado através do processo (ou, quando menos, é o meio

⁶³⁵ Tudo isso com as ponderações derivadas do inc. II do par. ún. do art. 2º da Lei 9784, que celebra o critério de "atuação conforme a lei e o Direito".

⁶³⁶ *Legitimidade...* cit., p. 80.

⁶³⁷ WAMBIER, ALMEIDA e TALAMINI, *Curso...* cit., p. 130.

mais prático ao seu desiderato). O mesmo se põe em face da Administração, vedando-se-lhe a instalação de processos desnecessários e (ou) inúteis ao atingimento do interesse público.

Assim, o processo administrativo deve ser imprescindível à transposição das peculiaridades do caso concreto e útil ao atingimento da finalidade visada. Não é possível processo aleatório ou imprestável a objetivos práticos.

Especialmente no que diz respeito à Administração, o binômio *necessidade-utilidade* é qualificado, pois prende-se ao interesse público que lhe cumpre buscar. Exige-se que a "vantagem jurídica", além de ser lícita, funde-se em necessidade e utilidade públicas.

98.4. A nulidade ou inexistência do ato de ciência inicial do processo administrativo impede o seu prosseguimento. O interessado passivo (aquele que irá sofrer os efeitos da decisão administrativa final, direta ou indiretamente) tem assegurado o direito de perfeito e formal conhecimento da existência do processo e suas possíveis conseqüências fático-jurídicas.

Não é possível que o processo administrativo desenvolva-se sem que se tenha concretizado com perfeição o ato inaugural. Tal exigência põe-se nos processos da Administração em face dos particulares ("duais"), assim como

naqueles em que há litígio entre particulares frente à Administração ("trilaterais").

Aliás, não será demais afirmar que, sem a perfeita ciência inicial, não há relação jurídico-processual, mas arremedo de processo.

98.5. Ter sido o pleito formulado a um órgão administrativo é inerente à relação processual-administrativa, diz respeito à sua própria existência. Já a competência do órgão julgador é pressuposto de validade do processo, em obediência ao art. 11 e ss. da Lei 9784/99.

Na lição de Caio TÁCITO, "A primeira condição de legalidade é a competência do agente. Não há, em direito administrativo, competência geral ou universal: a lei preceitua, em relação a cada função pública, a forma e o momento do exercício das atribuições do cargo. Não é competente quem quer, mas quem pode, segundo a norma de direito. A competência é, sempre, um elemento vinculado, objetivamente fixado pelo legislador."⁶³⁸

O art. 11 da Lei 9784 é claro ao preceituar que "A competência é irrenunciável e se exerce pelos órgãos administrativos a que foi atribuída como própria, salvo os casos de delegação e avocação legalmente admitidos."

Assim, é certo que dúvidas quanto à competência devem ser exaustivamente transpostas antes da prática de

qualquer ato decisório. Caso contrário, poderá haver danos ao processo e às partes que dele participam (Administração e particulares).

Já as hipóteses de impedimento e suspeição vinculam-se ao princípio constitucional da moralidade e à necessária imparcialidade da Administração (do órgão julgador, em especial). O impedimento diz respeito a fatos objetivos (interesse direto/indireto na matéria, participação pessoal ou de parentes próximos no processo ou a existência de litígio com o interessado, cônjuge ou companheiro - Lei 9784, art. 18, incs. I a III) e sua comunicação ao órgão competente é dever do agente administrativo, cujo descumprimento constitui falta grave (art. 19 e par. ún.). Já a suspeição deriva de fatores subjetivos íntimos (amizade íntima ou inimizade notória - art. 20) e sua comunicação não configura dever positivo da autoridade pública (apesar de ser extremamente recomendável, em atendimento ao princípio da moralidade).

98.6. No processo administrativo, a capacidade de agir, processual e postulatória emergem dos arts. 3º, IV, e 10 da Lei 9784.

São capazes de ser parte "os maiores de dezoito anos, ressalvada previsão especial em ato normativo próprio." (art. 10). Têm aplicação analógica os arts. 7º a 13 do CPC.

⁶³⁸ *Direito Administrativo*, Saraiva, 1975, p. 26.

A capacidade postulatória é detida pelos particulares, independentemente de serem assistidos por profissional com habilitação específica - a não ser "quando obrigatória a representação, por força de lei." (Lei 9784, art. 3º, inc. IV). O tema será melhor explorado abaixo, ao analisarmos a autodefesa e a defesa técnica.

98.7. A inépcia do pedido deriva de, em sendo analisada a descrição fática, ser impossível se atingir a conclusão jurídica contida na inicial.

Daí o art. 6º da Lei 9784 exigir prévia definição da autoridade a que se dirige, a identificação do interessado e seu domicílio e "a formulação do pedido, com exposição dos fatos e de seus fundamentos" (inc. IV). Assim, o requerimento deve existir de forma clara, não estar baseado em explanação confusa dos fatos, ter nexos lógicos com tais fatos, ser juridicamente possível e, na hipótese de vários pedidos, serem estes compatíveis entre si.⁶³⁹

Por óbvio e com as devidas ponderações, tal exigência aplica-se aos atos administrativos *ex officio* que dão início ao processo. Tais provimentos inaugurais devem conter, com clareza, a motivação fática e jurídica e o fim a que se destinará o processo.

⁶³⁹ O rol é baseado no art. 295 do CPC.

98.8. Ao final, destaque-se que também "litispendência" e "coisa julgada" configuram requisitos ao julgamento do mérito do processo.⁶⁴⁰

O primeiro termo significa a existência pretérita de processo com identidade de partes, causa de pedir e pedido, que se encontra ainda em curso. O "novo processo" nada inaugura, mas configura reprodução do anterior. É uma mesma relação processual, pois "se são duas não podem ser idênticas, se são idênticas, não podem ser duas, trata-se de uma só."⁶⁴¹

O conceito de "coisa julgada" é previsto em foro constitucional (art. 5º, inc. XXXVI) e estabelece impeditivo absoluto a eventual alteração na situação jurídica das partes, em decorrência de decisão jurisdicional "transitada em julgado". No que diz respeito à incidência das decisões do Poder Judiciário frente à Administração, estas são absolutamente intangíveis. Já a "coisa julgada administrativa" é conceito refutado, devido à possibilidade de revogação e anulação dos atos administrativos.⁶⁴²

⁶⁴⁰ Os termos estão entre aspas porque são conceitos próprios da Teoria Geral do Processo e somente se estendem ao processo administrativo com a devida compreensão das idéias neles contidas.

⁶⁴¹ E.D. MONIZ DE ARAGÃO, *Comentários...* cit., p. 254.

⁶⁴² A respeito da revogação, limites ao poder de revogar e atos irrevogáveis, C. A. BANDEIRA DE MELLO, *Curso...*, pp. 327/328. Sobre a "coisa julgada administrativa" e sua relação com o conceito de "preclusão administrativa", Hely Lopes MEIRELLES, *Direito Administrativo Brasileiro*, Malheiros, 1995, pp. 584/585.

Ademais, a Lei 9784 estabelece que "processos administrativos de que resultem sanções" podem "ser revistos a qualquer tempo, a pedido ou de ofício, quando surgirem fatos novos ou circunstâncias relevantes suscetíveis de justificar a inadequação da sanção aplicada", excluindo a possibilidade da *reformatio in peius* (art. 65, *caput* e par. ún.).⁶⁴³

Por fim, o art. 54 da Lei 9784 estabelece prazo de decadência de cinco anos para a anulação de "atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários ... salvo comprovada má-fé."

99. Esta rápida análise da chamada defesa indireta pretende tornar claro que o processo administrativo exige regularidade formal, a fim de atingir o desiderato substancial deduzido pelos particulares e, mesmo, pela própria Administração.

3) Princípio da ampla defesa, processo administrativo e o direito a provas

100. De há muito, a doutrina de CUNHA GONÇALVES firmou que "o direito à prova tem sido classificado como um dos direitos da personalidade e certamente está incluído no originário direito de defesa."⁶⁴⁴⁻⁶⁴⁵

⁶⁴³ Confira-se o entendimento de BACELLAR FILHO, versando sobre ampla defesa e *reformatio in peius* (*Princípios...* cit., p. 283/286).

⁶⁴⁴ Apud E.D. MONIZ DE ARAGÃO, *Exegese do CPC*, vol. IV-1, Aide, p. 50.

O particular tem assegurada a realização e participação em todas as provas pertinentes ao processo. Na lição de Celso Antonio BANDEIRA DE MELLO, vige o princípio "*da ampla instrução probatória*, o qual significa, como muitas vezes observam os autores, não apenas o direito de oferecer e produzir provas, mas também o de, muitas vezes, fiscalizar a produção das provas da Administração, isto é, o de estar presente, se necessário, a fim de verificar se efetivamente se efetuaram com correção ou adequação técnica devidas."⁶⁴⁵

100.1. Por um lado, assegura-se-lhe a prerrogativa processual de propor e produzir provas, demonstrando o porquê de sua real necessidade para o caso concreto. Todos os fatos relevantes (principais e acessórios), em que se fundava o ato administrativo ou pedido inicial, bem como a defesa, podem ser objeto da instrução processual.

Porém, destaque-se a advertência de MONIZ DE ARAGÃO, para quem "nem todo fato pode ser objeto de prova; somente os relevantes, determinados e controversos em relação ao litígio." Relevantes são aqueles "cuja demonstração é indispensável para formar a convicção do julgador"; determinados "são fatos certos e por isso passíveis de

⁶⁴⁵ O direito à prova já foi analisado no Tópico anterior, item n.º (5).

⁶⁴⁶ Curso... cit., p. 362.

demonstração em juízo", e controversos "são os fatos a cujo respeito as partes estão em desacordo."⁶⁴⁷

Assim e desde que demonstrado ser a prova possível, idônea e necessária à solução da controvérsia, sua concretização é imperiosa.

Sob essa ótica, a Lei 9784 exige que as atividades de instrução sejam "destinadas a averiguar e comprovar os dados necessários à tomada de decisão" (art. 29) e exclui a realização de provas "ilícitas, impertinentes, desnecessárias ou protelatórias" (art. 38, § 2º).

100.2. Por outro lado, o particular tem direito a participar da atividade probatória. Seu pedido tem de receber tratamento isonômico aos demais constantes dos autos (sejam pleitos dos administrados ou decisões da Administração). Deve ser intimado anteriormente à sua produção, com direito de nela interagir e a respeito dela se manifestar. Não há prova sigilosa, parcial ou excludente.

A prova deve ser realizada nos limites dos autos e sempre com a cooperação dos particulares envolvidos. O administrado tem garantida a manifestação e influência na condução da atividade instrutória.

A Lei 9784 assegura o direito "de propor atuações probatórias" (art. 29), cabendo ao interessado "a prova dos fatos que tenha alegado" (art. 36), que pode "na fase

⁶⁴⁷ *Exegese ... cit.*, p. 60.

instrutória e antes da tomada de decisão, juntar documentos e pareceres, requerer diligências e perícias, bem como aduzir alegações referentes à matéria objeto do processo" (art. 38). Na atividade de produção das provas, a Administração tem o dever de colaborar com o interessado (arts. 36, 37, 39 e 43) e o de intimá-lo, "com antecedência mínima de três dias úteis, mencionando-se data, hora e local de realização" (art. 41).

100.3. Por fim, a prova opõe-se à superavaliação das presunções legais. Segundo BACELLAR FILHO, "um processo não pode ser justo quando a presunção retira da parte a chance de sustentar todos os fatos relevantes para a decisão. As presunções devem guardar razoável relação entre o fato provado e o presumido, não podendo operar de maneira a impedir a parte de debater os fatos que se presume."⁶⁴⁸

101. Fixadas essas premissas, cumpre avaliar três importantes aspectos da atividade probatória, frente ao processo administrativo. São eles a prova emprestada, a verdade sabida e a prova ilícita.

a) Processo administrativo e a "prova emprestada"

102. A locução prova emprestada significa "transferir de um para outro processo, mediante certidão ou qualquer outro

⁶⁴⁸ *Princípios Constitucionais...* cit., p. 281.

meio de reprodução, prova já colhida, para não ser necessário produzi-la novamente.”⁶⁴⁹

Em atendimento ao princípio da economia processual, faculta-se o aproveitamento de prova já realizada (pericial, testemunhal, depoimentos etc.). Porém, para que tenha valor jurídico, a prova emprestada possui alguns requisitos de validade. Exige-se: a) sua transcrição integral, desde o ato que a autorizou até sua conclusão final, através de documentos legítimos; b) que tenha sido validamente realizada (contraditório, ampla defesa, devido processo legal etc.); c) que, no processo anterior, tenha-se concretizado a participação das mesmas partes do atual (especialmente aquele contra quem será utilizada a prova); d) observância das normas que permitem a juntada de documentos no processo atual, e e) a semelhança do fato que será objeto da prova.⁶⁵⁰

b) Processo administrativo e a “verdade sabida”

103. A “verdade sabida” significa conhecimento, prévio e informal, de determinado fato, em decorrência do qual a autoridade administrativa praticaria espontaneamente ato administrativo punitivo. Ato este que, de usual, exige prévio processo administrativo.

⁶⁴⁹ MONIZ DE ARAGÃO, *Exegese...* cit., p. 62. Na definição de TALAMINI, “consiste no transporte de produção probatória de um processo para outro. É o aproveitamento de atividade probatória anteriormente desenvolvida, mediante traslado dos elementos que a documentaram.” (*Prova Emprestada no Processo Civil e Penal*, Revista de Informação Legislativa 140/146)

Hely Lopes MEIRELLES define a verdade sabida como "conhecimento pessoal da infração pela própria autoridade competente para punir o infrator."⁶⁵¹ Para Cármen Lúcia Antunes ROCHA é "a ciência tida diretamente pela autoridade de fato que leva a punir servidor público sem para tanto ouvi-lo, nem permitir sua defesa, já que a circunstância que conduz à apenação passou-se em sua presença ou com seu conhecimento imediato."⁶⁵²

Entendemos inaplicável a "verdade sabida" frente ao processo administrativo. Não pode ser utilizada para provimentos acidentais ao processo, nem tampouco para a decisão principal. Quando menos, é nitidamente violadora dos princípios do Estado Democrático de Direito (a autoridade exerce seu "poder" unilateralmente, sem qualquer ciência prévia ou participação do cidadão); legalidade (não há previsão legal que outorgue tais efeitos ao fato de a autoridade ter conhecimento subjetivo de determinada infração); devido processo legal (importa agressão a bens e liberdade da pessoa sem processo prévio); ampla defesa e contraditório (é imposta a punição sem o conhecimento prévio

⁶⁵⁰ Nesse sentido, com ampla bibliografia, TALAMINI, *Prova Emprestada...* cit., pp. 146/154.

⁶⁵¹ *Direito Administrativo...* cit., p. 598. MEIRELLES reputa viável a aplicação da verdade sabida, para casos excepcionais (punições "cuja imposição não exija processo administrativo disciplinar"), "embora sem rigor formal, deve-se assegurar a possibilidade defesa". (ob. cit., p. 599).

do apenado, direito à defesa e participação) e moralidade (pode derivar de interpretação abusiva da autoridade administrativa).

c) Processo administrativo e a "prova ilícita"

104. Os problemas que giram em torno da admissão da "prova ilícita" são tormentosos à doutrina.⁶⁵³ Afinal, trata-se da possibilidade de o julgador valorar e admitir como fundamento decisório uma prova produzida em desconformidade com o sistema jurídico vigente. Numa visão simplista, equivaleria a celebrar juridicamente a ilicitude. Daí a conclusão de MONIZ DE ARAGÃO, no sentido de que "É sedutora, sem dúvida, a tese de não ser admissível em hipótese alguma a prova ilicitamente obtida."⁶⁵⁴

Porém, há dois sérios desdobramentos dessa opção. Por um lado, o julgador pode ter contacto com a prova ilícita, tendo ciência da razão ou desrazão de uma das partes (às vezes tangenciando a certeza) - o que implicaria seu impedimento e notória suspeita quanto aos fatos e provas por parte do julgador sucessor. Por outro, pelo princípio da proporcionalidade, quando a prova ilícita tenha efeitos

⁶⁵² *Princípios Constitucionais...* cit., pp. 484/485. ROCHA reputa que a verdade sabida "não pode ter qualquer aceitação no sistema jurídico vigente" (ob. cit., p. 485).

⁶⁵³ V.g., MONIZ DE ARAGÃO, *Exegese...* cit., pp. 78/83; TALAMINI, *Prova Emprestada...* cit., pp. 154/158; Ovídio A. BAPTISTA DA SILVA, *Curso de Processo Civil*, RT, 1998, pp. 355/360 e Nelson NERY JUNIOR, *Princípios Constitucionais do Processo Civil na Constituição Federal*, RT, 1997, pp. 146/161. Além de seus valiosos escritos, os quatro doutrinadores trazem

desmedidamente inferiores à questão controversa e (ou) à razão da parte adversa. O julgador poderia "abrir mão" de uma prova real e tomar decisão que implicasse, p. ex., sério prejuízo ao interesse público.

Assim e adotando o entendimento de MONIZ DE ARAGÃO, é recomendável a admissão da "prova ilegalmente obtida se, ao ver do julgador, esse for o único meio possível e razoável de proteger valores mais urgentes e fundamentais - 'princípio da proporcionalidade' [...] O certo é que não faz sentido deixar o ser humano, ou a própria sociedade, inteiramente desprotegidos frente ao ato ilícito, em casos para os quais será impossível a prova por meios ortodoxos."⁶⁵⁵

Assim, a prova qualificada de ilícita merece enfrentamento mais ponderado. Isso especialmente frente à Administração Pública.

105. Não cogitamos de sustentar a possibilidade de a Administração estar apta à produção legítima de provas ilícitas. O princípio da legalidade veda peremptoriamente essa alternativa. Ou seja, a realização ilegal de provas é vedada ao agente público.⁶⁵⁶

amplas citações doutrinárias e jurisprudenciais, nacionais e estrangeiras, às quais pedimos *venia* para nos reportar.

⁶⁵⁴ Ob. cit., p. 80.

⁶⁵⁵ Idem, p. 82. No mesmo sentido, NERY JUNIOR, para quem "A jurisprudência de nossos tribunais tem enveredado corretamente para a tese intermediária, encontrando a medida ideal para a aplicação do princípio da proporcionalidade ..." (*Princípios...* cit., pp. 150/151).

⁶⁵⁶ Nesse sentido, Vincenzo VIGORITI, *apud* MONIZ DE ARAGÃO, ob. cit., p. 81.

Porém, reputamos possível a utilização de prova ilícita no processo administrativo, tal como explanaremos abaixo.

106. A Lei 9784 foi específica em relação à prova ilícita, em dois dispositivos, inseridos em seu Capítulo X, pertinente à instrução processual.

106.1. O art. 30 dispõe que "São inadmissíveis no processo administrativo as provas obtidas por meios ilícitos." E o § 2º do art. 38 estabelece que "Somente poderão ser recusadas, mediante decisão fundamentada, as provas propostas pelos interessados quando sejam ilícitas, impertinentes, desnecessárias ou protelatórias."

Numa breve análise, parece-nos que o art. 30 refere-se a provas produzidas extra-autos ("obtidas por meios ilícitos"), enquanto que o § 2º do art. 38 diz respeito ao pleito de provas realizado pelo particular interessado, a ser futuramente produzida intra-autos.

Quanto ao § 2º do art. 38, não há dúvidas quanto à sua plena incidência. Não será possível à Administração deferir a produção de prova ilícita requerida pelo interessado. Tampouco ao agente público é possível produzir espontaneamente tais provas. Ou seja, no corpo do processo administrativo não é admissível a atividade instrutória ilícita - compreendida tanto aquela cujos meios são ilícitos (gravação não-autorizada, tortura, coação etc.) quanto as que

visam a resultado probatório ilícito (prova pericial que resulte em prejuízo ilegítimo a terceiro, superfaturamento de verbas, obtenção de bem não titularizado pelo interessado etc.).

106.2. No que diz respeito ao art. 30, a análise comporta divisão entre particulares e Administração.

Reforce-se que agentes administrativos jamais poderiam obter, por meio ilícito, qualquer prova. Quando menos, violariam os princípios do Estado Democrático de Direito, legalidade e moralidade - o que implicaria responsabilização do servidor.

Já frente ao particular, valem as ponderações acima descritas. Uma vez existente a prova e sendo juntada aos autos de processo, caberá ao órgão julgador avaliar - de forma fundamentada - se, frente às peculiaridades do caso concreto, ela merece ser aproveitada. Caso seja fruto de ilícito gravíssimo, deve ser descartada e presta-se unicamente à responsabilização do autor. Caso não o seja e com base nos princípios da proporcionalidade, razoabilidade e finalidade, deverá o julgador decidir se a prova obtida por meio ilícito trará ao processo o excelente atendimento ao interesse público posto em jogo. (Isso especialmente quando tais provas versarem sobre comportamentos administrativos, regidos pelo princípio da moralidade e publicidade.) Caso contrário, a autoridade, ao nosso ver, deve ordenar a

extração da prova dos autos e dar-se por impedida, com fundamento no art. 18, inc. II, da Lei 9784 (que proíbe vínculo pessoal do julgador com a prova produzida nos autos).

4) Princípio da ampla defesa, processo administrativo e a defesa técnica

107. A defesa em processos administrativos sempre gerou preocupações doutrinárias quanto à sua eficácia. Dentre elas, está o atendimento à defesa técnica. Isso porque, no processo administrativo, é usual o exercício da autodefesa, hipótese em que o administrado exercita-a por si, sem qualquer intervenção que o auxilie.

Ora, a defesa técnica é justamente o exercício formal do direito de defesa através de um profissional habilitado a tanto. Abrange o direito de o particular ser representado por advogado e assistido por perito.

A Lei 9784 estabelece a facultatividade da defesa técnica por meio de advogado, "salvo quando obrigatória a representação por força de lei." (art. 3º, inc. IV) e o direito de ser assistido por perito é decorrência lógica do art. 38, que prevê a possibilidade do requerimento de "diligências e perícias". Porém, reputamo-la necessária sempre que a extrema complexidade da causa impeça o administrado de exercer sua ampla defesa.⁶⁵⁷

⁶⁵⁷ No mesmo sentido, BACELLAR FILHO, ob. e loc. citis.. Ampliar no Tópico anterior, n.º (5).

5) Princípio da ampla defesa, processo administrativo e o princípio da motivação

108. Na medida em que a ampla defesa não pode ser compreendida como singela garantia formal ou abstrata, mas como um dos aspectos da participação efetiva do interessado no aclaramento e formação da decisão da Administração, faz-se necessário o pleno conhecimento das razões dos atos administrativos, pois somente assim poderá manifestar-se a respeito deles.

Ou seja, a atividade processual não consubstancia uma seqüência de atos que exija esforços extraordinários do particular, a fim de encontrar o real significado dos provimentos administrativos. Somente com plena ciência do porquê das decisões poderá o interessado concordar ou opor-se a elas. Em verdade, decisões imotivadas são vazias de conteúdo e efeitos jurídicos. Por tais razões, Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO identifica o *princípio da motivação* como um daqueles essenciais e obrigatórios aos processos administrativos, definindo-o como "o da obrigatoriedade de que sejam explicitados tanto o fundamento normativo quanto o fundamento fático da decisão, enunciando-se, sempre que necessário, as razões técnicas, lógicas e jurídicas que servem de calço ao ato conclusivo, de molde a poder-se

avaliar sua procedência jurídica e racional perante o caso concreto."⁶⁵⁸

Aliás, o art. 50 da Lei 9784 traz elenco de hipóteses em que é exigida a motivação dos atos administrativos. Reputamos que, apesar de cogente, tal enumeração é exemplificativa.

⁶⁵⁸ *Curso...* cit., pp. 362/363. No mesmo sentido, BUENO FILHO, para quem duas são as principais utilidades da motivação: o "convencimento do próprio agente que assume a decisão; a outra, dos destinatários da mesma." (*O Direito...* cit., p. 65).

V. CONCLUSÕES

Já em 1962, depois de discorrer sobre as variações doutrinárias a respeito do instituto do processo, Enrico Tullio LIEBMAN encampou pensamento de jurista tedesco, lançado no século passado, de que por muito tempo a teoria do processo *"havia vivido de crédito, recebendo o conceito de ação do direito privado e o de jurisdição do direito constitucional"*,⁶⁵⁹ para concluir da necessidade de se elaborar uma concepção do tema que fosse própria da disciplina, sem descuidar da unidade e coerência do sistema.

Com a evolução da Ciência do Processo (Direito Processual Civil e Penal, bem a Teoria Geral do Processo), impõe-se novas reflexões acerca do tema - especialmente frente ao Direito Administrativo. Isso porque a doutrina pátria não é unânime nem mesmo quanto à denominação da realidade jurídica *"processo administrativo"*. Do presente

⁶⁵⁹ *"Torna così alla mente una nota frase del Degenkolb, il quale osservava che la teoria del processo aveva fino allora vissuto di credito, ricevendo il concetto dell'azione dal diritto civile e quello della giurisdizione dal diritto costituzionale [...] Molto è stato il cammino che si è fatto da quel giorno ormai lontano e la dottrina del processo è giustamente proposta il compito di elaborare una sua propria concezione della giurisdizione e dell'azione; ma, non riuscendo forse a liberarsi sempre dall'orientamento con cui erano studiate precedentemente, essa ha spesso continuato a considerare queste due nozioni da punti di vista diversi, lasciando che ciascuna facesse la sua strada per suo conto; e così diventava difficile raggiungere la meta verso cui si doveva tendere:*

trabalho emergem meras reflexões primárias, visando a contribuir à superação controvérsia.

Pela ordem de exposição, chegamos às seguintes conclusões:

1. A compreensão do processo administrativo baseia-se na unidade sistemática do Direito e na natureza jurídica do processo como relação de Direito Público;
2. A atividade administrativa do Estado desenvolve-se em obediência ao conceito de função administrativa, que significa vínculo incindível, a unir o poder outorgado ao agente público e o dever que lhe é imposto, dirigidos ao atingimento de determinado escopo preestabelecido em lei;
3. Quando a atividade administrativa estatal envolver vínculo intersubjetivo com sujeitos privados, configurará relação administrativa;
4. A relação administrativa contém dois característicos especiais (hierarquização dos sujeitos participantes e finalidade preestabelecida em lei), podendo ser estática ou dinâmica;
5. A relação administrativa dinâmica desdobra-se no tempo, através da prática de seqüência lógica de

atos (autônomos e preestabelecidos em lei), visando a provimento administrativo final;

6. O termo processo é instituto autônomo no mundo do direito, pertencente ao Direito Público, que existe para regular determinada relação jurídica entre duas (ou mais) pessoas, desdobrada no tempo através da prática de seqüência lógica de atos autônomos preestabelecidos em lei, visando a decisão final;
7. O termo procedimento significa o rito interno ao processo, não a relação jurídica entre as partes que dele participam;
8. A relação administrativa dinâmica subsume-se ao conceito jurídico de processo. O vínculo entre as pessoas que dele participam é de Direito Público;
9. No direito positivo brasileiro, especialmente na Constituição Federal e na Lei 9784/99, há notável gama de normas que caracterizam e dão autonomia ao processo administrativo, como relação jurídica de Direito Público. Não se trata de questão vinculada ao *nomen juris*, mas à natureza jurídica do fenômeno;
10. O processo administrativo brasileiro configura expressão do princípio do Estado Democrático de Direito. Significa a garantia de os particulares participarem ativamente das decisões estatais que possam afetar seus interesses;

11. O processo administrativo é regido por normas essenciais ao Direito Administrativo, especialmente os princípios da legalidade, isonomia; moralidade; publicidade; responsabilidade; eficiência. Além disso, deve obedecer aos princípios do devido processo legal, contraditório e ampla defesa;
12. Com a edição da Lei 9784/99, o princípio da legalidade assumiu novo tônus frente ao processo administrativo brasileiro. O diploma disciplina a relação jurídico-processual frente à Administração Pública;
13. Os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, essenciais à plena compreensão do princípio da legalidade, são ínsitos ao processo administrativo, tanto no que diz respeito a questões endoprocessuais, quanto aos efeitos dos atos administrativos em face das partes envolvidas no processo;
14. O princípio da isonomia exige tratamento igualitário em relação aos particulares envolvidos na relação processual e entre a própria Administração e os particulares;
15. O princípio da moralidade é definido de forma aberta, o que implica sua potencialização e aplicação

recíproca à Administração e particulares envolvidos no processo administrativo;

16. O princípio da moralidade contempla os princípios da boa-fé e imparcialidade, exigências ativas em relação à conduta processual;
17. O princípio da publicidade incide irrestritamente desde a instalação do processo administrativo, compreendido como o dever de tornar público o processo e de intimação da parte interessada;
18. O princípio da responsabilidade objetiva pode ser compreendido como o dever ativo de a Administração reparar os prejuízos por si causados a terceiro, gerados por condutas comissivas ou omissivas;
19. O princípio da eficiência deve ser compreendido na qualidade de máxima constitucional positivada em favor do particular, como instrumento democrático de controle da Administração Pública. Não outorga poderes ou prerrogativas à Administração, nem tampouco pode ser vislumbrado como "derrogador" de outras normas;
20. No processo administrativo, o princípio da eficiência pode ser vislumbrado nos conceitos processuais de celeridade, simplicidade, finalidade, economia e efetividade;

21. Os princípios processuais em sentido estrito devem ser compreendidos em seu vínculo com os demais cânones constitucionais, de forma integrativa;
22. O princípio do devido processo legal é princípio universal do processo administrativo, contemplando seus ângulos processual e substantivo;
23. Todas as ocasiões em que, direta ou indiretamente, restringe-se a propriedade e (ou) liberdade do particular, o princípio do devido processo legal assegura submissão da Administração a prévios e conhecidos ritos processuais e observância de limitações substanciais;
24. O princípio do contraditório não significa apenas o direito de ser intimado dos atos e fatos do processo, mas a garantia de plena reação a tais atos e fatos, com a conseqüente e motivada influência do particular na futura decisão;
25. O princípio da ampla defesa exige direito à plena e perfeita ciência do processo, com a possibilidade de opor defesas direta e indireta, produzir provas e ser assistido por profissionais com competência técnica;
26. É essencial à ampla defesa a motivação das decisões, de molde a que o particular possa a elas conformar-se ou delas recorrer.

Em suma e apesar de a Constituição ampliar as garantias processuais dos particulares no processo administrativo e também pela recente promulgação da Lei 9784/99, permanece vivo o apelo de Sérgio FERRAZ, no sentido de que "Debastar essa floresta virgem é uma das tarefas primordiais do jurista brasileiro. [...] é imperioso que, ao lado do processo corretivo, repressivo, da autoridade administrativa, de índole judicial, se consagre, por fim, um processo administrativo que, sobre poder ser também de saneamento dos erros, canalize a participação e a contribuição numa senda de criação. Para esta obra estão, é claro, convocados todos os administrativistas brasileiros ..."⁶⁶⁰

Esse é o objetivo do presente trabalho. Contribuir, humildemente, na tentativa do descobrimento científico da realidade jurídica autônoma "processo administrativo". Nesse sentido orientam-se as conclusões acima arroladas.

⁶⁶⁰ *Processo Administrativo e Constituição*, RTDP 1/86.

VI. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ADAMS, Jonh Clarke. **El derecho administrativo norteamericano.**
Trad. Dionisio Petriella. Buenos Aires : Editorial
Universitaria de Buenos Aires, 1964.
- AGRÒ, Antonio S.; LAVAGNA, Carlo; SCOCA, Franco G.; VITUCCI,
Paolo. **La Costituzione Italiana annotata con la
giurisprudenza della Corte Costituzionale.** 2. ed. Torino :
UTET, 1979.
- ALCALA-ZAMORA, Niceto Castillo. **Proceso administrativo.** In:
_____. **Estudios procesales.** Madrid : Tecnos, 1974.
- ALVAREZ RICO, Manuel. **Principios constitucionales de
organización de las administraciones públicas.** 2. ed.
Madrid : Dykinson, 1997.
- AMAN JR., Alfred C.; MAYTON, William T.. **Administrative law.**
Minnesota : West, 1993.
- AMARAL, Diogo Freitas do; CAUPERS, João; CLARO, João Martins;
RAPOSO, João; VIEIRA, Pedro Siza; SILVA, Vaso Pereira da.
Código do procedimento administrativo anotado. 2. ed.
Coimbra : Almedina, 1995.
- ARMELIN, Donaldo. **Legitimidade para agir no direito
processual civil brasileiro.** São Paulo : Revista dos
Tribunais, 1979.

ARRUDA ALVIM, J.M.. **Manual de direito processual civil**. Vol.

1. 5. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1996.

_____. **Tratado de direito processual civil**. Vol. 1. 2. ed.

São Paulo : Revista dos Tribunais, 1990.

ARRUDA ALVIM, Teresa Celina de. **Limites à chamada**

'discricionariiedade' judicial. In: Revista de Direito

Público. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1990, nº96, p.

157-166.

ASCENÇÃO, José de Oliveira. **O Direito : introdução e teoria geral**. 4. ed. Lisboa : Verbo, 1987.

ATALIBA, Geraldo. **Hipótese de incidência tributária**. 5. ed.

São Paulo : Malheiros, 1992.

_____. Prefácio ao livro **As estruturas lógicas e o sistema**

do direito positivo, de Lourival VILANOVA. São Paulo :

Revista dos Tribunais, 1977.

_____. **República e Constituição**. 2. ed. (atualizada por

Rosalea Miranda FOLGOSI). São Paulo : Malheiros, 1998.

_____. **O decreto-lei na Constituição de 1967**. São Paulo :

Revista dos Tribunais, 1967.

_____. **Eficácia de ato administrativo : publicação**. In:

Revista de Direito Público. São Paulo : Revista dos

Tribunais, 1991, nº 99, p. 14-21.

AULETE, Caldas. **Dicionário contemporâneo da língua**

portuguesa. 5 volumes. 4. ed. Rio de Janeiro : Delta, 1958.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Princípios constitucionais do processo administrativo disciplinar.** São Paulo : Max Limonad, 1998.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade.** São Paulo : Revista dos Tribunais, 1978.

_____. **Ato administrativo e direito dos administrados.** São Paulo : Revista dos Tribunais, 1981.

_____. **Curso de direito administrativo.** 9. ed. São Paulo : Malheiros, 1997.

_____. **Discricionariedade e controle jurisdicional.** São Paulo : Malheiros, 1992.

_____. **Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social.** In: Revista de Direito Público. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1968, n.º 57-58, p. 233-256.

_____. **O princípio do enriquecimento sem causa em direito administrativo.** In: Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro : Renovar, 1997, n.º 210, p. 25-35.

_____. **Mandado de segurança contra denegação ou concessão de liminar.** In: Revista de Direito Público. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1989, n.º 92, p. 55-61.

_____. **Estado y democracia : la integración supranacional.** In: GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; CLAVERO AREVALO, Manuel (Dir.). **El derecho público de finales de siglo.** Madrid : Civitas, 1997.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. **Princípios gerais de direito administrativo**. Vol. I. 2. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1979.

_____. **A teoria das constituições rígidas**. 2. ed. São Paulo : José Bushatsky, 1980.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. La igualdad de las partes en el proceso civil. In: _____. **Temas de direito processual**. 4ª Série. São Paulo : Saraiva, 1989.

_____. Notas sobre o problema da 'efetividade' do processo. In: **Temas de direito processual**. 3ª Série. São Paulo : Saraiva, 1984.

_____. A garantia do contraditório na atividade de instrução. In: **Temas de direito processual**. 3ª Série. São Paulo : Saraiva, 1984.

_____. **Ações coletivas na Constituição Federal de 1988**. In: Revista de Processo. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1991, nº 61, p. 187-200.

BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. Brasília : Livraria e Editora Brasília Jurídica, 1996.

BASSI, Franco. **Lezioni di diritto amministrativo**. 4. ed. Milano : Giuffrè, 1995.

- BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. 7ª tiragem (edição histórica). Rio de Janeiro : Editora Rio, 1984.
- BEZNOS, Clóvis. **Ação popular e ação civil pública**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1989.
- BITAR, Orlando. Fontes e essência da Constituição Britânica. In: _____. **Obras completas**. Vol. II. Rio de Janeiro : Renovar, 1996.
- BLACK, Henry Campbell. **Black's law dictionary**. 5. ed. Minnesota : West, 1979.
- BLACK, Hugo Lafayette. **Crença na Constituição**. Trad. Luiz Carlos F. de Paula Xavier. Rio de Janeiro : Forense, 1970.
- BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia** : uma defesa das regras do jogo. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 3. ed. Rio de Janeiro : Paz e Terra, 1987.
- _____. Democracia. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco (Org.). **Dicionário de política**. Vol. 1. Trad. de Carmen C. Varrialle et alli. 3. ed. Brasília : Linha Gráfica Editora e Editora UNB, 1991.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- BORGES, Alice Gonzalez. **A implantação da administração pública gerencial na Emenda Constitucional n.º 19/98**. In: Revista Jurídica - Administração Municipal. Salvador : ?, 1999, nº 2, p. 4-13.

- BORGES, José Souto Maior. **O contraditório no processo judicial (uma visão dialética)**. São Paulo : Malheiros, 1996.
- BRADLEY, A. W.; EWING, K. D.. **Constitutional and administrative law**. 11. ed. Essex : Longman, 1993.
- BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. **Reforma do Estado para a cidadania**. Brasília : ENAP e Editora 34, 1998.
- BUENO FILHO, Edgard Silveira. **O direito à defesa na Constituição**. São Paulo : Saraiva, 1994.
- BULOS, Uadi Lammêgo. **Reforma Administrativa (primeiras impressões)**. In: Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro : Renovar, 1998, nº 214, p. 69-98.
- CALAMANDREI, Piero. **Instituciones de derecho procesal civil**. Trad. Santiago Sentís Meleno. Buenos Aires : Depalma, 1943.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional**. 5. ed. Coimbra : Almedina, 1991.
- _____; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa anotada**. 3. ed. Coimbra : Coimbra Editora, 1993.
- CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 4. ed. São Paulo : Saraiva, 1991.
- CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. **O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil**. Rio de Janeiro : Forense, 1989.

- CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Vol. I. Trad. J. Guimarães Menegale, notas de Enrico Tullio Liebman. São Paulo : Saraiva, 1965.
- COMOGLIO, Luigi Paolo. **La garanzia costituzionale dell'azione ed il processo civile**. Padova : CEDAM, 1970.
- COMPARATO, Fábio Konder. **O poder de controle na sociedade anônima**. 3. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1983.
- _____. Um quadro institucional para o desenvolvimento democrático. In: JAGUARIBE, Hélio (Coord.). **Brasil, sociedade democrática**. Rio de Janeiro : José Olympio, 1985.
- _____. A Nova cidadania. In: _____. **Direito público - estudos e pareceres**. São Paulo : Saraiva, 1996.
- _____. A organização constitucional da função planejadora. In: **Desenvolvimento econômico e intervenção do Estado na ordem constitucional** : estudos jurídicos em homenagem ao Professor Washington Peluso Albino de Souza. Porto Alegre : Sergio Fabris, 1995.
- COOLEY, Thomas. **Princípios gerais de direito constitucional dos Estados Unidos da América do Norte**. Trad. Alcides Cruz. 2. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1982.
- CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa fé no direito civil**. 2. ed. Coimbra : Almedina, 1997.
- CORSO, Guido. El procedimiento administrativo en Italia. In: _____. **El procedimiento administrativo en el derecho**

- comparado.** Trad. Antonio Alfonso Pérez Andrés e Eduardo Gamero Casado. Madrid : Civitas, 1993.
- COSTA, Nelson Nery. **Processo administrativo e suas espécies.** Rio de Janeiro : Forense, 1997.
- COTRIM NETO, A. B.. **Responsabilidade do Estado por atos de juiz (em face da Constituição de 1988).** In: Revista Trimestral de Direito Público. São Paulo : Malheiros, 1995, n° 9, p. 12-30.
- COUTO E SILVA, Almiro do. **Responsabilidade do Estado e problemas jurídicos resultantes do planejamento.** In: Revista de Direito Público. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1982, n° 63, p. 28-36.
- _____. **A responsabilidade extracontratual do Estado no direito brasileiro.** In: Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro : Renovar, 1995, n° 202, p. 19-41.
- COUTO E SILVA, Clóvis. **A obrigação como processo.** São Paulo : José Bushatsky, 1976.
- _____. O Princípio da boa-fé no direito brasileiro e português. In: _____. **O Direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva.** Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1998.
- COUTURE, Eduardo J.. **Vocabulário jurídico.** Buenos Aires : Depalma, 1976.
- CRUZ E TUCCI, José Rogério. **A causa petendi no processo civil.** São Paulo : Revista dos Tribunais, 1993.

CUNHA, Paulo Ferreira da. **O procedimento administrativo.**

Coimbra : Almedina, 1987.

DALLARI, Adilson. **Regime constitucional dos servidores públicos.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

DANTAS, F. C. de San Tiago. Igualdade perante a lei e due process of law. In: _____. **Problemas de direito positivo.** Rio de Janeiro : Revista Forense, 1953.

DAVID, René. **O direito inglês.** Trad. Eduardo Brandão. São Paulo : Martins Fontes, 1997.

_____. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo.** Trad. Hermínio A. Carvalho. 3. ed. São Paulo : Martins Fontes, 1996.

DELGADO, José Augusto. A supremacia dos princípios nas garantias processuais do cidadão. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **As garantias do cidadão na justiça.** São Paulo : Saraiva, 1993.

_____. *A Demora na Entrega da Prestação Jurisdicional - Responsabilidade do Estado - Indenização.* In: Revista Trimestral de Direito Público. São Paulo : Malheiros, 1996, nº 14, p. 248-266.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Do direito privado na Administração Pública.** São Paulo : Atlas, 1989.

_____. **Discrecionalidade administrativa na Constituição de 1988.** São Paulo : Atlas, 1991.

- _____. **Direito administrativo.** 10. ed. São Paulo : Atlas, 1998.
- DÍEZ SÁNCHEZ, Juan José. **El procedimiento administrativo comum y la doctrina constitucional.** Madrid : Civitas, 1992.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno.** 2. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1987.
- _____. **Execução civil.** Vol. I. 2. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1987.
- _____; GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. **Teoria geral do processo.** 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.
- _____. **A instrumentalidade do processo.** São Paulo : Revista dos Tribunais, 1987.
- DINIZ, Maria Helena. **Código Civil anotado.** São Paulo : Saraiva, 1995.
- _____. **Compêndio de introdução à ciência do Direito.** São Paulo : Saraiva, 1988.
- _____. **Dicionário jurídico.** Vol. 3. São Paulo : Saraiva, 1998.
- _____. **Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro interpretada.** São Paulo : Saraiva, 1994.
- DÓRIA, Antonio Roberto Sampaio. **Direito constitucional tributário e 'due process of law'.** 2. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1986.

ESPÍNOLA, Eduardo. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil (18 de setembro de 1946)**. Vol. 2. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 1952.

FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 4. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1967.

_____. **Responsabilidade do Estado** : indenização por retardada decisão administrativa. In: Revista de Direito Público. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1981, nº 57-58, p. 7-17.

FAZZALARI, Elio. **Instituzioni di diritto processuale**. 7. ed. Padova : CEDAM, 1994.

FERRAZ, Sérgio. Instrumentos de defesa dos administrados. In: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio (Coord.) **Curso de direito administrativo**. São Paulo : Revista do Tribunais, 1986.

_____. **Processo administrativo, democracia, justiça social**. In: WALD, Arnaldo (Coord.). **O Direito na década de 80** : estudos jurídicos em homenagem a Hely Lopes Meirelles. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1985.

_____. **Processo administrativo e Constituição**. In: Revista Trimestral de Direito Público. São Paulo : Malheiros, 1993, nº 1, p.84-87.

_____. FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do Direito**. São Paulo : Atlas, 1988.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição Brasileira**. 6. ed. São Paulo : Saraiva, 1986.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**. 1. ed. e 3. ed. São Paulo : Malheiros, 1994 e 1998.

_____. **Devido processo legal**. In: Revista de Direito Tributário. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1991, n.º 58, p. 109-113.

_____. **Devido processo legal e fundamentação das decisões**. In: Revista de Direito Tributário. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1993, n.º 63, p. 211-216.

_____. **Estado de direito e devido processo legal**. In: Revista Trimestral de Direito Público. São Paulo : Malheiros, 1996, n.º 15, p. 35-44.

_____. **O devido processo legal e a responsabilidade do Estado por dano decorrente do planejamento**. In: Revista Trimestral de Direito Público. São Paulo: Malheiros, 1995, n.º 11, p. 5-20.

_____. **Princípios constitucionais do processo**. In: Revista Trimestral de Direito Público. São Paulo : Malheiros, 19?, n.º 1, p. 118-126.

_____. **Procedimento administrativo**. In: Revista do Advogado da Associação dos Advogados de São Paulo (AASP). São Paulo, [s.n.], 1991, n.º 34, p. 62-68.

- _____. **Processo administrativo e judicial: o devido processo legal.** In: Revista de Direito Tributário. São Paulo : Revista dos Tribunais, 19?, nº 58, p. 109-113.
- FLEINER, Fritz. **Instituciones de derecho administrativo.** Trad. Sabino A. Gendin. Barcelona : Labor, 1933.
- FRAGA, Gabino. **Derecho administrativo.** 14. ed. México : Porrúa, 1971.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal : a nova parte geral.** 7. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1985.
- FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. **Introdução do direito processual administrativo.** São Paulo : Revista dos Tribunais, 1971.
- _____. **O princípio constitucional da moralidade administrativa.** 2. ed. Curitiba : Genesis, 1993.
- FRANCO, Alberto Silva *et alli*. **Código penal e sua interpretação jurisprudencial.** 5. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1995.
- FREIRE, Laudelino. **Grande e novíssimo dicionário da língua portuguesa.** 5 volumes. 2. ed. Rio de Janeiro : José Olympio, 1954.
- FREITAS, Juarez. **A Interpretação sistemática do Direito.** São Paulo : Malheiros, 1995.
- _____. **Do princípio da probidade administrativa e de sua máxima efetivação.** In: Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro : Renovar, 1996, nº 204, p. 65-84.

_____. **O controle dos atos administrativos.** São Paulo : Malheiros, 1997.

_____. Repensando a natureza da relação jurídico-administrativa e os limites principiológicos à anulação dos atos administrativos. In: _____. **Estudos de direito administrativo.** São Paulo : Malheiros, 1995.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Los ciudadanos y la Administración: nuevas tendencias en Derecho Espanhol. In: _____. **Hacia una nueva justicia administrativa.** Madrid : Civitas, 1989.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de derecho administrativo.** Vols. I e II. 8. ed. e 4. ed. Madrid : Civitas, 1997.

GARCIA, Elisenda Malaret I. Los principios del procedimiento administrativo y el responsable del procedimiento. In: _____. **Administración Pública y procedimiento administrativo.** Barcelona : Bosch, 1994.

GARRIDO FALLA, Fernando; FERNÁNDEZ PASTRANA, José Maria. **Regimen jurídico y procedimiento de las administraciones públicas.** 2. ed. Madrid : Civitas, 1995.

GILISSEN, John. **Introdução histórica ao Direito.** Trad. A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, 1988.

GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil.** 8. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1986.

GÓMEZ PUENTE, Marcos. **La inactividad de la Administración.**

Pamplona : Aranzadi, 1997.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. **Administración Pública y moral.** Madrid

: Civitas, 1995.

_____. **El Derecho a la Tutela Jurisdiccional.** 2. ed. Madrid

: Civitas, 1989.

_____. **El principio general de la buena fe en el derecho**

administrativo. 2. ed. Madrid : Civitas, 1989.

_____. **Manual de derecho procesal administrativo.** 2. ed.

Madrid : Civitas, 1992.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús; GONZÁLEZ SALINAS, Pedro. **Procedimiento**

administrativo local. Tomo I. Madrid : Publicaciones
Abella, 1988.

GORDILLO, Agustin. **El acto administrativo.** Buenos Aires :

Abeledo-Perrot, 1976.

_____. **Princípios gerais de direito público.** Trad. Marco

Aurélio Greco. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1977.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**

: interpretação e crítica. São Paulo : Revista dos
Tribunais, 1990.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal.** 3. ed. São

Paulo : Saraiva, 1995.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **As garantias constitucionais do**

direito de ação. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1973.

- _____. **Novas tendências do direito processual.** Rio de Janeiro : Forense Universitária, 1990.
- _____. **Os princípios constitucionais e o Código de Processo Civil.** São Paulo : José Bushatsky, 1975.
- _____. **O Processo constitucional em marcha.** São Paulo : Max Limonad, 1985.
- _____; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo.** 10. ed. São Paulo : Malheiros, 1994.
- _____; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. **Recursos no processo penal.** São Paulo : Revista dos Tribunais, 1996.
- HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional.** Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre : Sergio Fabris, 1997.
- HARRISON, Ross. **Democracy.** London : *Routledge*, 1995.
- HART, H. L. A.. **Direito, liberdade, moralidade.** Trad. Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris, 1987.
- HAYEK, Friedrich A.. **The Constitution of liberty.** Chicago : The University of Chicago Press, 1960.
- HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha.** Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris, 1998.
- HOLT, J. C.. **Magna Carta.** 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 1994.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Ampla defesa e conhecimento de arguições de inconstitucionalidade e ilegalidade no processo administrativo.** In: Revista Dialética de Direito Tributário. São Paulo : Dialética, 1997, nº 25, p. 68-79.

_____. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos.** 5. ed. São Paulo : Dialética, 1998.

_____. **Concessões de serviços públicos.** São Paulo : Dialética, 1997.

_____. **Considerações sobre o "Processo Administrativo Fiscal".** In: Revista Dialética de Direito Tributário. São Paulo : Dialética, 1998, nº 33, p. 108-132.

_____. **O princípio da moralidade pública e o direito tributário.** In: Revista Trimestral de Direito Público. São Paulo : Malheiros, 1995, nº 11, p. 44-58.

_____. **Sujeição passiva tributária.** Belém : CEJUP, 1986.

KELSEN, Hans. **A democracia.** Trad. Ivone Castilho Benedetti, Jefferson Luiz Camargo, Marcelo Brandão Cipolla e Vera Barkow. São Paulo : Martins Fontes, 1993.

KEYNES, Edward. **Liberty, property, and privacy : toward a jurisprudence of substantive due process.** Pennsylvania : The Pennsylvania State University Press, 1996.

LARENZ, Karl. **Derecho justo : fundamentos de ética jurídica.** Trad. Luis Díez-Picazo. Madrid : Civitas, 1985.

_____. **Metodologia da Ciência do Direito.** Trad. José Lamago. 2. ed. Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

- LASSALE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. Trad. Walter Stönnner. Rio de Janeiro : Liber Juris, 1985.
- LAUBADÈRE, André de. **Traité élémentaire de droit administratif**. Vol. I. 4. ed. Paris : Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1967.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. Giurisdizione, azione, processo. In: _____. **Problemi del processo civile**. [S.l.]: Morano, 1962.
- _____. **Manual de direito processual civil**. Vol. I. Trad. Cândido Rangel Dinamarco. 2. ed. São Paulo : Saraiva, 1985.
- LIMA, Ruy Cirne. **A relação jurídica no direito administrativo**. Porto Alegre: [s.n.], 1952.
- _____. **Princípios de direito administrativo**. 6. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1987.
- _____. **Sistema de direito administrativo brasileiro**. Vol. I (introdução). Porto Alegre : Santa Maria, 1953.
- LINARES, Juan Francisco. **Razonabilidad de las leyes**. 2. ed. Buenos Aires : Astrea, 1989.
- LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. **Comentários à reforma administrativa**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1998.
- LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Ética e Administração Pública**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1993.
- LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de direito civil**. Vol. III. 4. ed. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 1991.

- LOUREIRO, João Carlos Simões Gonçalves. **O procedimento administrativo entre a eficiência e a garantia dos particulares.** Coimbra : Coimbra Editora, 1995.
- LUISI, Luiz. **O tipo penal, a teoria finalista e a nova legislação penal.** Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris, 1987.
- MACIEL, Adhemar Ferreira. Due process of law. In: _____. **Perspectivas do Direito Público.** Belo Horizonte : Del Rey, 1995.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação popular.** São Paulo : Revista dos Tribunais, 1994.
- MANGANARO, Francesco. **Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche.** Napoli : Edizioni Scientifiche Italiane, 1995.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil.** São Paulo : Revista dos Tribunais, 1993.
- MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal.** Vol. I. Rio de Janeiro : Forense, 1965.
- _____. **Ensaio sobre a jurisdição voluntária.** 2. ed. São Paulo : Saraiva, 1959.
- _____. **Instituições de direito processual civil.** Vol. II. 3. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1966.
- MARTINES, Temistocle. **Diritto costituzionale.** 9. ed. (atualizada por Gaetano SILVESTRI). Milano : Giuffrè, 1997.

- MAXIMILIANO, Carlos. **Comentários à Constituição Brasileira**. Vols. I e III. 5. ed. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 1954.
- _____. **Commentarios á Constituição Brasileira**. 2. ed. Rio de Janeiro : Jacintho Ribeiro dos Santos, 1923.
- _____. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 9. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1984.
- MEDAUAR, Odete. **A processualidade no direito administrativo**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1993.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 20. ed. (atualizada por E. A. Azevedo, D. B. Aleixo e J. E. Burle Filho). São Paulo : Malheiros, 1995.
- MELLO FILHO, José Celso de. **A tutela judicial da liberdade**. In: Revista dos Tribunais. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1979, nº 526, p. 291-302.
- _____. **Constituição Federal anotada**. São Paulo : Saraiva, 1984.
- MERQUIOR, José Guilherme. **Rousseau e Weber - dois estudos sobre a teoria da legitimidade**. Trad. Margarida Salomão. Rio de Janeiro : Guanabara, 1980.
- MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Vol. II. Rio de Janeiro : Forense, 1989.
- _____. **Exegese do Código de Processo Civil**. Vol. IV, tomo I. Rio de Janeiro : Aide, [s.d].

_____. **Sentença e coisa julgada.** Rio de Janeiro : Aide, 1992.

MONTESQUIEU(Charles de SECONDAT). **O espírito das leis.** Trad. Cristina Murachco. 2. ed. São Paulo : Martins Fontes, 1996.

MORAES SILVA, António de. **Novo dicionário compacto da língua portuguesa.** 2 volumes. Lisboa : Confluência, 1961.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Administração Pública no Estado contemporâneo** : eficiência e controle. In: Revista de Informação Legislativa. Brasília : Senado Federal, 1993, nº 117, p. 23-56.

MORELLO, Augusto M.. **El proceso justo.** Buenos Aires : Platense - Abeledo-Perrot, 1994.

MOTT, Rodney L.. **Due process of law.** 2. ed. New York : Da Capo Press, 1973.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. **Textos vetoriais sobre a reforma administrativa (Emenda Constitucional n.º 19, de 4.6.98).** In: Revista Trimestral de Direito Público. São Paulo : Malheiros, 1997, nº 20, p. 184-206.

MUNIZ, Francisco José Ferreira. O princípio geral da boa-fé como regra de comportamento contratual. In: _____. **Textos de direito civil.** Curitiba : Juruá, 1998.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal.** 4. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1997.

- NINO, Santiago. **Ética y derechos humanos**. 2. ed. Buenos Aires : Astrea, 1989.
- NOWAK, John E. e ROTUNDA, Ronald D.. **Constitutional law**. 5. ed. Minnesota : West, 1995.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. **A garantia do contraditório**. In: Genesis - Revista de Direito Processual Civil. Curitiba : Genesis, 1998, n.º 10, p. 667-680.
- PALOMAR OLMEDA, Alberto. **La organización administrativa: tendencias y situación actual**. Granada : Comares, 1998.
- PAREJO ALFONSO, Luciano. La eficacia, principio de la actuación de la Administración. In: **Eficacia y Administración** : tres estudios. Madrid : Ministerio para Las Administraciones Públicas, 1995.
- PASQUINO, Gianfranco. Governabilidade. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. Vol. 1. Trad. Carmen C. Varrialle et alli. 3. ed. Brasília : Linha Gráfica Editora e Editora UnB, 1991.
- PASSOS, José Joaquim Calmon de. **O devido processo legal e o duplo grau de jurisdição**. In: Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. São Paulo, 1980, nº 17, p. 123-141.
- PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. **Da reforma administrativa constitucional**. Rio de Janeiro : Renovar, 1999.
- PEREIRA, Cláudia Fernanda de Oliveira. **Reforma administrativa**. 2. ed. Brasília : Editora Brasília Jurídica, 1998.

- PETRUCCI, Vera e SCHWARZ, Letícia (Org.). **Administração Pública Gerencial: a reforma de 1995**. Brasília : Editora Universidade de Brasília e ENAP, 1999.
- PIERSON, Marcelo. **Manual de procedimientos administrativos**. 3. ed. Buenos Aires : Abeledo-Perrot, 1990.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n.º 1, de 1969**. Tomo V. 3. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1987.
- _____. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Tomo IV. 3. ed. (atualizada por Sérgio BERMUDEZ). Rio de Janeiro : Forense, 1996.
- QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. Legalidade - Direito. In: **VERBO - Enciclopédia luso-brasileira de cultura**. Vol. 11. Sintra : Verbo, 1983, p. 1637-1640.
- RÃO, Vicente. **Ato jurídico**. São Paulo : Max Limonad, 1961.
- REALE, Miguel. A ordem econômica na Constituição de 1988. In: _____. **Aplicações da Constituição de 1988**. Rio de Janeiro : Forense, 1990.
- _____. **Filosofia do Direito**. 10. ed. São Paulo : Saraiva, 1983.
- _____. **Lições preliminares de Direito**. 9. ed. São Paulo : Saraiva, 1981.
- RIPERT, Georges. *O Regimen Democrático e o Direito Civil Moderno*. Tradução de J. CORTEZÃO. São Paulo: Editora Saraiva, 1937.

- RIVERO, Jean. **Les libertés publiques**. Tomo 1. 7. ed. Paris :
Thémis - Presses Universitaires de France, 1995.
- _____. **Direito administrativo**. Trad. Rogério Ehrhardt
Soares. Coimbra : Almedina, 1981.
- ROCCO, Hugo. **Tratado de derecho procesal civil**. Vol. I. 1.
ed., 1ª reimpressão. Buenos Aires : Temis / De Palma, 1976.
- ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais da
Administração Pública**. Belo Horizonte : Del Rey, 1994.
- _____. **Princípios constitucionais dos servidores públicos**.
São Paulo : Saraiva, 1999.
- RODRIGUES, Lêda Boechat. **A Côrte Suprema e o direito
constitucional americano**. Rio de Janeiro : Revista
Forense, 1958.
- ROMANO, Santi. **Fragmentos de un diccionario jurídico**. Trad.
de Santiago Sentís Melendo e Marino Ayerra Redín. Buenos
Aires : Ediciones Jurídicas Europa-América, 1964.
- ROSS, Alf. **Por que democracia?**. Trad. Roberto J. Vernengo.
Madri : Editora Centro de Estudios Constitucionales, 1989.
- SÁINZ MORENO, Fernando. Principios y ambito de aplicación de
la L.A.P. In: PENDAS GARCIA, Benigno (Coord.)
Administraciones públicas y ciudadanos. Barcelona : Praxis,
1993.
- SANDULLI, Aldo M.. **Manuale di diritto amministrativo**. Vol. 1.
15. ed. Nápoles : Eugenio Jovene, 1989.

- SCHMIDT-ABMANN, E.. El procedimiento administrativo entre el principio del Estado de Derecho e el principio democratico - sobre el objeto del procedimiento administrativo en la dogmática administrativa alemana. In: _____. **El procedimiento administrativo en el derecho comparado**. Trad. Javier Barnés. Madrid : Civitas, 1993.
- SCHMITT, Carl. **La defensa de la Constitución**. Trad. Manuel Sanchez Sarto. Madrid : Technos, 1983.
- SCHOUERI, Luís Eduardo; SOUZA, Gustavo Emílio Contrucci A. de. Verdade material no "processo" administrativo tributário. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). **Processo administrativo fiscal**. Vol. 3. São Paulo : Dialética, 1998.
- SENDRA, Vicente Gimeno. Los principios del proceso. In: _____. **Derecho procesal administrativo**. Valencia : Tirant Lo Blanch, 1993.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 16. ed. São Paulo : Malheiros, 1999.
- SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de processo civil**. Vol. 1. 4. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1998.
- SOUVIRÓN MORENILLA, José María. **La actividad de la Administración y el servicio público**. Granada : Comares, 1998.

- STUMM, Raquel Denize. **Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro**. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1995.
- SUNDFELD, Carlos Ari. **A importância do procedimento administrativo**. In: Revista Trimestral de Direito Público. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1987, n.º 84, p. 64-74.
- _____. **Ato administrativo inválido**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1990.
- _____. **Fundamentos de direito público**. São Paulo : Malheiros, 1992.
- _____. **Princípio da publicidade administrativa**. In: Revista de Direito Público. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1987, n.º 82, p. 53-64.
- SWISHER, Carl Brent. **Decisões históricas da Corte Suprema**. Rio de Janeiro : Forense, 1964.
- TÁCITO, Caio. **Direito administrativo**. São Paulo : Saraiva, 1975.
- _____. **Responsabilidade do Estado por dano moral**. In: Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro : Renovar, 1994, n.º 197, p. 22-29.
- TALAMINI, Eduardo. **Dignidade humana, soberania popular e pena de morte**. In: Revista Trimestral de Direito Público. São Paulo : Malheiros, 1995, n.º 11, p. 178-195.

- _____. **Prova emprestada no processo civil e penal.** In: Revista de Informação Legislativa. Brasília : Senado Federal, 1998, nº 140, p.145-162.
- TORNAGHI, Hélio. **A relação processual penal.** 2. ed. São Paulo : Saraiva, 1987.
- TRIBE, Laurence H.; DORF, Michael C.. **On reading the Constitution.** [S.l.]: Harvard University Press, 1991.
- TUCCI, Rogério Lauria; CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Constituição de 1988 e processo.** São Paulo : Saraiva, 1989.
- _____. **Devido processo legal e tutela jurisdicional.** São Paulo : Revista dos Tribunais, 1993.
- VEDEL, Georges; DEVOLVÉ, Pierre. **Droit administratif.** Vols. 1 e 2. 12. ed. Paris : Thémis - Presses Universitaires de France, 1992.
- VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Princípios constitucionais de processo. In: _____. **Temas de direito público.** Belo Horizonte : Del Rey, 1994.
- VIRGA, Pietro. **Il provvedimento amministrativo.** 4. ed. Milano : Giuffrè, 1972.
- WACH, Adolf. **Manual de derecho procesal civil.** Vol. I. Trad. Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires : Ediciones Jurídicas Europa-America, 1977.
- WADE, H. W. R.; FORSYTH, C. F.. **Administrative law.** 7. ed. Oxford : Clarendon Press, 1994.

- WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**. Vol. 1. 2. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1999.
- WARREN, Kenneth F.. **Administrative law in the political system**. New Jersey : Prentice-Hall, 1996.
- WEBER, Albrecht. El procedimiento administrativo en el derecho comunitario. In: _____. **El procedimiento administrativo en el derecho comparado**. Trad. Javier Barnés. Madrid : Civitas, 1993.
- WESSELS, Johannes. **Direito penal** : parte geral. Trad. Juarez Tavares. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris, 1976.
- WIEACKER, Franz. **El principio general de la buena fé**. 2. ed. Madrid : Civitas, 1982.
- XAVIER, Alberto. **Do procedimento administrativo**. São Paulo : José Bushatsky, 1976.
- ZANCANER, Weida. **Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1990.
- _____. **Da responsabilidade extracontratual da Administração Pública**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1981.
- _____. Razoabilidade e moralidade: princípios concretizadores do perfil constitucional do Estado Social e Democrático de Direito. In: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio (Org.). **Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba**. Vol. 2. São Paulo : Malheiros, 1997.