

EDUARDO CALMON DE ALMEIDA CÉZAR

**DÉFICIT DE GARANTIAS CONSTITUCIONAIS EM PROCESSO  
ADMINISTRATIVO**

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

ORIENTADOR: PROFESSOR DOUTOR ALEXANDRE DE MORAES.

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO  
SÃO PAULO

2016

EDUARDO CALMON DE ALMEIDA CÉZAR

**DÉFICIT DE GARANTIAS CONSTITUCIONAIS EM PROCESSO  
ADMINISTRATIVO**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração de Direito do Estado, sob a orientação do Professor Doutor Alexandre de Moraes.

São Paulo

2016

## AGRADECIMENTOS

A Deus pela força diária para realizações dos meus sonhos e superação das dificuldades; a quem confio o sucesso deste trabalho.

Agradeço calorosamente ao meu orientador, o Professor Alexandre de Moraes, a quem acima de tudo, pude contar mais que o necessário com palavras de incentivo e confiança na consecução deste objetivo. Sem isso, o trabalho não existiria. Agradeço também pelo exemplo, pela seriedade e dedicação com que desempenhou sua função.

Aos Professores Fernando Dias Menezes de Almeida e Marcos Augusto Perez, agradeço pelos comentários feitos no exame de qualificação que ajudaram a dar forma, rumo e identidade ao trabalho.

A minha mãe Dulce Calmon Bittencourt Pinto de Almeida por sempre ter acreditado que chegaria aos meus objetivos, desde com doces palavras até abraços carinhosos. Ao meu pai José Antônio César Santos pela inspiração de seriedade, honestidade e firmeza nas escolhas da vida.

A minha querida esposa Janine Paula Guimarães Calmon César pela companhia e tranquilidade oferecida para que eu pudesse dedicar o tempo necessário à conclusão da pesquisa.

Aos meus filhos Anna Victória e Eduardo, fontes da minha inspiração e alegria, e a João Flávio amigo de todas as horas.

## RESUMO

CÉZAR, Eduardo Calmon de Almeida. Déficit de garantias constitucionais em processo administrativo. 2016. 186 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2016.

Palavra-chave: Déficit. Controle. Garantias constitucionais. Processo administrativo.

A escassez de especificidade do garantismo constitucional para tutelar o processo administrativo é latente em nosso ordenamento jurídico quando comparada as outorgadas ao processo judicial.

A construção da processualidade administrativa advém das Revoluções Sociais ocorridas na Europa, ainda em meados do Século XVIII, na busca constante da sociedade pelo reconhecimento de direitos coletivos e garantias individuais em proteção à diversas práticas abusivas da Administração Pública.

No Brasil, o processo administrativo ganhou roupagem constitucional com o advento da Emenda Constitucional nº 19, que ao inserir o art. 37, assegurou ao administrado a participação no deslinde do processo administrativo, reflexo da ideia do contraditório e da ampla defesa amplamente difundidas no processo judicial.

O estudo do direito comparado exerce papel fundamental na evolução do nosso processo administrativo, mormente existir nações, a exemplo da Alemanha, onde sistema administrativo adotado permite a existência de Tribunais Administrativos próprios.

O próprio regramento federal estatuído com o objetivo de regular o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, excepciona sua aplicação aos “processos administrativos específicos”, evidenciando ainda mais a falta de homogeneidade do processo administrativo brasileiro e a necessidade de revisão dos atos pelo Poder Judiciário.

É nesse sentir o desenvolvimento da dissertação para demonstrar a carência de aplicabilidade das garantias constitucionais às diversas espécies de procedimentos administrativos em que pese à simetria constitucional outorgada ao processo judicial ao processo administrativo.

## RÉSUMÉ

CÉZAR, Eduardo Calmon de Almeida. Deficit dans les garanties constitutionnelles de procédure administrative. 2016. 186 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2016.

Mots-clés: Contrôle. Garanties constitutionnelles. Procédure administrative. Deficit.

Le manque de spécificité du garantie constitutionnel pour sauvegarder le processus administratif est latent dans notre système juridique par rapport à la procédure judiciaire accordée.

La construction de la processualité administrative vient des révolutions sociales ont eu lieu en Europe, même au milieu du XVIIIe siècle, dans la recherche constante de la société par la reconnaissance des droits collectifs et la protection des droits individuels à diverses pratiques abusives de l'administration publique.

Au Brésil, le processus administratif a gagné habit constitutionnel avec l'avènement de l'amendement constitutionnel n° 19, pour entrer dans l'art. 37, a assuré la participation administré en démêlant le processus administratif, ce qui reflète l'idée contradictoire et ample défense généralisée dans le processus judiciaire.

L'étude de droit comparé joue un rôle fondamental dans l'évolution de notre processus administratif, en particulier les nations existent, l'exemple de l'Allemagne, qui a adopté le système administratif permet des tribunaux administratifs eux-mêmes.

Même les exigences de regramento fédérales établies dans le but de réguler le processus administratif au sein de l'administration publique fédérale, excepti son application aux "procédures administratives spécifiques», en soulignant encore plus le manque d'homogénéité du processus administratif brésilien et la nécessité d'une révision des actes de puissance judiciaire.

Il est en ce sens le développement de la thèse pour démontrer l'absence d'application des garanties constitutionnelles aux différents types de procédures administratives, en dépit de la symétrie constitutionnelle donnée aux procédures judiciaires à la suite des procédures administratives.

## ABSTRACT

CÉZAR, Eduardo Calmon de Almeida. Constitutional guarantee deficit in administrative process. 2016. 186 pages. Dissertation (MSc) – Law School, University of São Paulo, 2016

Key words: Deficit. Control. Constitutional guarantees. Administrative process.

The lack of specificity of constitutional guarantees in order to protect the administrative process is latent in our legal framework when compared to those granted to judicial process. The construction of administrative proceeding has its origin in the Social Revolutions, which took place in Europe in the early XVIII century, by society constant search for recognition of collective rights and individual guarantees menaced by abusive public administration practices.

In Brazil, administrative process gained new constitutional outfit with Constitutional Amendment n. 19, which included article 37, ensuring the administrated participation in the result of the administrative process, adding by reflex the concepts of right to contradictions and full defense largely spread in judicial process.

Comparative law studies have had a fundamental role in the development of our administrative process, especially because there are nations, such as Germany, where the administrative system allows for the existence of Administrative Courts.

The very federal laws created to regulate the administrative process at the Federal Public Administration level, do not allow the application of such rules to “specific administrative process”, which highlights the lack of homogeneity in the Brazilian administrative process and the need of revision of such acts by the Judiciary.

The present work aims at demonstrating the deficiency in the applicability of the constitutional guarantees to the many types of administrative processes, regardless of the constitutional symmetry granted to judicial process and administrative process.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>09</b>
<b>1. DO PROCESSO ADMINISTRATIVO.....</b>	<b>13</b>
1.1 Processo e seu regime jurídico.....	13
1.2 Procedimento administrativo.....	18
1.3 Jurisdição na Administração Pública.....	21
1.3.1 Jurisdição una.....	23
1.3.2 Sistema de Jurisdição Dupla ou Contencioso Administrativo.....	25
1.4 Sistema de jurisdição no direito comparado.....	28
<b>2. A CONTRIBUIÇÃO DO DIREITO ESTRANGEIRO NA FORMAÇÃO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO.....</b>	<b>30</b>
2.1 Estados Unidos.....	31
2.2 Alemanha.....	33
2.3 Portugal.....	35
2.4 Itália.....	38
2.5 França.....	40
2.6 Espanha.....	44
<b>3. PRIMEIRA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL DO PROCESSO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO.....</b>	<b>47</b>
3.1 Evolução do processo administrativo nas Constituições Federais.....	47
3.2 O estado de direito e suas implicações para a constitucionalização do processo administrativo.....	48
3.3 O desenvolvimento do estado brasileiro sob a ótica do processo administrativo.....	53
3.4 O papel coadjuvante do processo civil e penal na formação do processo constitucional administrativo brasileiro.....	55
3.5 Nascedouro atrofiado da visão do processo administrativo brasileiro.....	57
3.6 Um caminho para especialização da justiça administrativa no judiciário brasileiro.....	60
<b>4 GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO.....</b>	<b>64</b>
4.1 Da legalidade tradicional às suas derivações.....	65
4.2 Da participação no processo administrativo.....	66

4.3 Da razoável duração.....	68
4.4 Do devido processo legal.....	71
4.5 Da motivação.....	73
4.6 Da segurança jurídica.....	77
4.7 Da supremacia do interesse público sobre o privado.....	80
4.8 Da razoabilidade.....	83
4.9 Da proporcionalidade.....	84
4.10 Da moralidade.....	85
4.11 Da verdade material.....	88
4.12 Da oficialidade.....	89
4.13 Da pluralidade de instâncias.....	90
4.14 Do contraditório.....	90
4.15 Da ampla defesa.....	93
4.16 Da presunção de inocência.....	95
4.17 Da produção de provas.....	99
4.18 Do juízo natural.....	105
4.19 Da preclusão administrativa.....	107
<b>5. NOVAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO.....</b>	<b>110</b>
5.1 A MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL DOS PRINCÍPIOS.....	110
5.2 Do informalismo.....	112
5.3 Do consensualismo.....	113
<b>6. DÉFICIT DE GARANTIAS CONSTITUCIONAIS NAS ESPÉCIES DO PROCESSO ADMINISTRATIVO.....</b>	<b>115</b>
6.1 O que se entende por déficit das garantias constitucionais.....	116
6.2 Das espécies dos processos administrativos em perspectiva constitucional.....	117
6.2.1 Do processo administrativo disciplinar e suas espécies.....	119
6.2.1.1 Do processo disciplinar Militar.....	120
6.2.1.2 Do processo disciplinar da Administração Pública.....	131
6.2.1.3 Do processo disciplinar do Magistado no Conselho Nacional de Justiça.....	141
6.2.2 Do processo administrativo fiscal.....	148
6.2.3 Do processo administrativo do Tribunal de Contas.....	153
6.2.4 Do processo administrativo de restrição pública à propriedade privada.....	158



<b>7 DIREITO À EFETIVAÇÃO DAS PRERROGATIVAS CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO ADMINISTRATIVO.....</b>	<b>162</b>
7.1 O que se entende por efetivação de direitos.....	162
7.2 O dilema entre a efetividade e o garantismo.....	165
7.3 Dever de a administração atuar em prol do aprimoramento das garantias constitucionais.....	167
7.4 O papel do Supremo Tribunal Federal ao reconhecimento das garantias constitucionais.....	169
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>174</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>177</b>

## INTRODUÇÃO

O século XX foi identificado por fortes transformações nas relações sociais, políticas, econômicas, pelo contínuo desenvolvimento tecnológico e eletrônico. É a mudança da era industrial para a era da informática.

Nesse rumo, a interpretação da Constituição Federal, dada pelos juristas modernos, acabou por descortinar dos chamados novos direitos constitucionais advindo com a constituinte de 1988, uma nova percepção de realidade processual administrativa.

O avanço legislativo transformou direitos tradicionais em direitos com uma forte carga social, jurídica e econômica.

São as necessidades, os conflitos e os novos problemas de caráter social, jurídico e econômico, colocados pela sociedade moderna que permitem surgir novas formas de interpretação à luz do verdadeiro direito constitucional; desafio este que vem mortificando o processo administrativo.

Observa-se, por outro lado, que no Estado o tema da necessidade de nova interpretação dos direitos constitucionais administrativos, de cunho processual, é marcado como fator decisivo para dar efetividade a própria cidadania.

Vemos nas últimas décadas do século XX, a criação de leis e orientação para políticas públicas que envolvem a administração pública. No primeiro momento essas discussões aparecem na área dos direitos da Administração Pública sob o enfoque de viabilidade administrativa, além de política, e, ao final, o período de transição para a democracia participativa os temas de cidadania, justiça e da equidade social.

Para BOBBIO, o desenvolvimento e a mudança social são os fatores condicionantes para o nascimento, a ampliação e a universalização das novas interpretações constitucionais capazes de identificar novos direitos. Desenvolve uma espécie de variação histórica dos novos direitos.

É interessante perceber que para o autor, os direitos da pessoa, mesmo sendo fundamentais, são considerados direitos históricos, ou seja, nascidos em determinados momentos, caracterizados por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas.

Nascem quando devem ou podem nascer. Nascem quando o poder do homem sobre o homem, que acompanha inevitavelmente o progresso técnico, isto é, o progresso da capacidade do homem de dominar a natureza e os outros homens, ou cria novas ameaças à

liberdade do indivíduo, ou permite novos remédios para as suas indigências: ameaças que são enfrentadas através de demandas de limitações do poder; remédios que são providenciados através da exigência de que o mesmo poder intervenha de modo protetor. As primeiras correspondem os direitos de liberdade, ou um não-agir do Estado; aos segundos, os direitos sociais, ou uma ação positiva do Estado.

Neste rumo, Paulo de Tarso Brandão explica que pensar hoje sobre os novos direitos “é raciocinar com a ideia de ‘constante mutação’”, pois eles se expressam de acordo com as necessidades do momento em que se necessita com a finalidade de garantir sua defesa, sua tutela. Consta-se que é um conceito aberto e em permanente construção.

Disso decorre que há uma necessidade de instrumentalizar essas garantias a fim de identificar a efetividade dos direitos e sua concepção de ‘cidadania’ envolvida, para posteriormente perceber sua relação com as políticas públicas na construção de espaços públicos de participação.

Entende-se que os direitos de cidadania são típicos do Estado e do Direito no Século XX e por isso fazem parte da categoria de novos direitos. Nesse contexto, a garantia de um processo constitucional administrativo para o seu destinatário assegura o pleno exercício da cidadania como fruto de um processo democrático e de direito.

A rigor, a cidadania inclui o processo de invenção e criação de novos direitos e formas interpretativas a fim de assegurar aos administrados a efetividade do processo histórico de maturação da sociedade brasileira.

Com relação ao tema, nas últimas décadas, verifica-se uma forte ponderação na temática da corte constitucional superior acerca de mitigar a efetividade do processo constitucional administrativo fruto, a propósito, de forte e intensa reivindicação, ao contrário, da sociedade civil em diferentes formas: direitos civis, sociais, políticos, econômicos, humanos, culturais etc.

Portanto, da forma em que está concebida a sistemática em que a própria Administração pode, livremente, ignorar as regras constitucionais do processo administrativo de tal ponto a afrontar os fundamentos do sistema constitucional, revela, por outro lado, a inefetividade do sistema de garantias constitucionais.

Esta pesquisa sobre o déficit das garantias constitucionais em processo administrativo é motivada, de um lado, pela vontade de colaborar com a efetividade da aplicabilidade da simetria entre processo judicial e administrativo, na proporção em que

ambos, destarte, exercem jurisdição, ou seja, ambos resolvem questões materiais colocadas à sua prova e trazem a concretização da segurança e estabilidade das relações jurídicas.

Simetria esta historicamente trazida pela Constituição de 1946 e que permaneceu à prova em diversas revoluções constitucionais sendo, destarte, incorporada, definitivamente, no art. 5º, LV.

Por isso, o tema desperta interesse quando se analisa as constantes e repetitivas violações, pós constitucionalismo de 1988, ainda presente e marcante no desempenhar da Administração Pública.

Por outro lado, busca-se, historicamente, diante da influência romano-germânica e anglo saxão, pelo qual o direito administrativo brasileiro sofreu em especial, trazer as incorporações do direito estrangeiro para com o direito administrativo nacional mostrando, ponto por ponto, a influência que cada país exerceu sobre a construção do processo administrativo brasileiro.

Da análise das garantias constitucionais existentes na Constituição Cidadã de 1988 até a real aplicabilidade de cada uma delas nos tipos de processo mais corriqueiros da Administração pública.

No caminhar da análise das espécies de processo administrativo, percebe-se, que, não em um caso, mas em diversos tipos de procedimento, insistentemente haverá um comportamento da Administração Pública em violar uma das garantias constitucionais do processo administrativo, em que pese à determinação de simetria com o próprio processo judicial.

Até que ponto este cenário permite democratizar constitucionalmente o processo administrativo quando a própria responsável pela sua legalidade resolve, deliberadamente, descumprir os preceitos pelos quais deveria estar imbuída.

Veja-se que o problema não recai exclusivamente em reconhecer ou não a existência das garantias constitucionais em todos os tipos de processo administrativo, mas, diversamente, em dimensionar corretamente as repercussões da não efetividade da aplicação das garantias fundamentais.

Isso acaba por revelar a tendência de que a jurisdição administrativa se torne verdadeira esteira de passagem em que os interessados a utilizem tão-somente para cumprir etapas obrigatórias, para, então, levar a questão ao poder judiciário a fim de que, em caráter de definitividade, traga a decisão que, em muitos casos, não se revela mais apropriada devido, justamente, à falta de especialidade.

Diante disso é possível extrair experiência de Tribunais Administrativos estrangeiros, de acordo com a própria evolução do desenvolvimento do processo administrativo brasileiro, para trazer regras que objetivam dar maior segurança, em termos de aplicabilidade das garantias fundamentais, ao processo administrativo.

São estes pontos de coesão que indicam à necessidade de se repensar sob a forma com que a Administração Pública vem se comportando diante da não aplicabilidade das garantias constitucionais nos diversos tipos de processo administrativo.

Se por um lado a Administração Pública não vem desempenhando o seu papel de guardião da legalidade dos procedimentos à luz do próprio direito constitucional, de outro lado, o STF vem tentando mitigar as ilegalidades perpetradas por esta administração dando passos largos ao reconhecimento de direitos até então ignorados.

Discute-se, assim, à luz de diversos julgados recentes e históricos, o embate do garantismo e da efetividade para tão-apenas dar sentido ao ideal democrático das garantias constitucionais quando da aplicabilidade no processo administrativo em geral.

Sem mitigar as conclusões apresentadas, a contribuição desse trabalho está exatamente em se buscar a visibilidade do exercício da jurisdição administrativa em desalinhamento ao texto constitucional. Desalinhamento este que traz importantes e notáveis desequilíbrios à estabilidade jurídica tornando o processo administrativo dispendioso e inútil, do ponto de vista jurídico, diante do monopólio do controle judicial.

# 1. DO PROCESSO ADMINISTRATIVO

## 1.1 Processo e seu regime jurídico

A palavra “processo” não é exclusiva da ciência jurídica, retrata uma atividade dinâmica e voltada a um objetivo compreendido por uma sequencia de atos coordenados, em sucessão lógica preestabelecida, com vista a uma determinada finalidade prevista ou previsível

Nesse sentido, Ugo Rocco aduz:

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<sup>1</sup>.

Dessa forma, processo reporta a um juízo unitário de ações múltiplas. Juízo unitário porque se pretende analisar o acontecimento de forma global, ou seja, não se percebe a análise de cada ato isolado, mas o seu conjunto com vista ao resultado. Assim, não é visto individualmente como fonte autônoma, mas de forma coletiva e sequenciada. Ações múltiplas porque envolve vários elementos que podem ter existência e efeitos próprios e mais de uma relação possível entre eles.

Ainda, como salienta com muita propriedade Egon Bockmann Moreira:

O conceito jurídico de processo deriva também de sua construção histórico-semântica. Na medida das exigências do ordenamento, o jurista fará agregar significado próprio ao conceito leigo, conferindo-lhe sentido todo próprio<sup>2</sup>.

Portanto, o processo é descrito como instrumento, meio, autônomo do Direito concebido para estipular as regras capazes de solucionar, concretamente, os conflitos de interesses mediante a intervenção do Estado-Juiz.

Este é, a propósito, o conceito tradicional trazido no século XIX e que retrata a relação processual que tem origem em conflitos de interesses e direitos de primeira geração.

---

<sup>1</sup> ROCCO, Ugo. Tratado de Derecho Procesal Civil, vol. I, 1983, p. 113.

<sup>2</sup> MOREIRA, Egon Bockmann. Processo Administrativo, 4ª Edição, Ed. Malheiros, 2010.

Processualidade, por sua vez, remete imediatamente ao funcionamento do Poder Judiciário, entretanto, resta relacionada também, ao exercício das principais funções estatais nos Poderes Executivo e Legislativo com o advento da Constituição de 1988.

Isto porque antes do advento de nossa Carta Magna, pouco se falava em processo administrativo no Brasil, que trouxe em seu art. 5, LV, a garantia constitucional aos litigantes em processo judicial ou administrativo, a segurança ao contraditório e a ampla defesa.

Para se entender o processo evolutivo, é preciso entender que o nosso atual modelo de estado, Estado Social Democrático de Direito, tem como modelo o Estado de Direito adotado após as revoluções burguesas, em especial à Revolução Francesa, nascedouro do constitucionalismo e do princípio da legalidade administrativa.

A luta da burguesia decorreu na criação e um único ordenamento jurídico, a Constituição, a qual garantia a igualdade formal, sendo defeso o estabelecimento de prerrogativas a outras classes em detrimento às outras e limitava os poderes dos governantes<sup>3</sup>.

O final do século 18 restou marcado pelo surgimento das liberdades públicas, 1ª Geração de direitos fundamentais, ligados à liberdade e aos direitos civis. Tais liberdades exigiram do Estado à criação de um sistema que as garantissem e protegessem-nas, são direitos considerados de caráter negativo, porquanto exigem da máquina estatal abstenção.

O novo modelo de Estado acendeu a necessidade da evolução da ciência do direito administrativo, em especial com o Conselho de Estado Frances ocorrido no ano de 1872, marco da jurisdição administrativa, caracterizado como organismo técnico na emissão de pareceres das funções de estado e na redação de regulamentos administrativos<sup>4</sup>.

As transformações conferiram aos indivíduos garantias, entretanto o Estado não perdeu seu caráter autoritário, permanecendo a supremacia do interesse público e as prerrogativas da Administração.

---

<sup>3</sup> LA BRADBURY, Leonardo Cacau Santos. Estados liberal, social e democrático de direito:. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1252, 5 dez. 2006. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/9241>>. Acesso em: 11 maio 2016.

<sup>4</sup> GAZIER, François. O Conselho de Estado Francês:. EBAP – Cadernos de Administração Pública, 1955. Disponível em: [https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/11942/29\\_000043756.pdf?sequence=1&isAlloved=y](https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/11942/29_000043756.pdf?sequence=1&isAlloved=y). Acesso em: 11 maio 2016.

Conclui-se que o poder administrativo é caracterizado pelo poder da imposição no sentido da possibilidade em exigir dos particulares determinados ônus, bem como na atuação direta para a satisfação dos interesses do Estado.

No Brasil, a expressão processo administrativo ingressou em nosso ordenamento através da Constituição de 1934, que em seu art. 169 previa a destituição dos funcionários públicos em virtude de sentença judiciária ou mediante processo administrativo.

A Constituição de 1934, foi o primeiro ordenamento com direitos sociais e entabulando a relação entre processo administrativo e o Estado Social, fruto de uma evolução à luz das revoluções ocorridas na Europa.

O instituto do processo administrativo fora sendo incorporado pelas Cartas seguintes até a atual disposição em nossa Constituição atual.

O novo meio de exercício das atividades estatais pela Administração se relaciona com a modernização do direito processual moderno, ante a instrumentalidade do processo, bem como necessidade da construção do processo com finalidade de atingir a melhor decisão.

A nomenclatura instrumentalidade advém do reconhecimento do direito material do indivíduo e conferência posterior na obtenção do mesmo, ou seja, meio pelo qual se atinge a finalidade específica.

Tal garantia constitucional é consequência direta de nossa forma democrática de governo, relacionada às exigências de cidadania e ao caráter do Estado de Direito, conforme estatuído no art. 1º da Constituição Federal.

Assim, as funções jurídicas fundamentais do Estado, atividades do Direito Público se desenvolvem no corpo do processo, onde se situa a chamada processualidade administrativa da qual decorre o processo administrativo.

A processualidade espalha-se no exercício das atividades básicas do Estado de Direito, bem como nos pronunciamentos dos Poderes Constitucionais, cada uma com seu atributo específico, ligados à execução da função mira disciplinar.

Inobstante cada função estatal possuir características e poderes próprios, a processualidade inerente a cada um, guarda semelhança em seus elementos.

Vislumbra-se a sucessão encadeada de atos, a pluripessoalidade, a produção de resultado unitário e a disciplina do exercício do poder. O primeiro elemento, a sucessão encadeada de atos, deduz uma progressão de fases e etapas, atos que sucedem uns aos



outros até a obtenção do objetivo final, consubstanciada em manifestação concreta do Estado, sendo ele o legislador, administrador ou juiz.

O regramento no qual os atos devem ser praticados resta previsto em nosso ordenamento jurídico pátrio.

O segundo elemento, a pluripessoalidade, evidencia-se na participação e na prática dos atos em correspondência aos direitos e obrigações por inúmeros sujeitos e órgãos, privados e públicos. O resultado da cooperação múltipla é atribuído à entidade estatal, considerada como sua manifestação de vontade em relação à matéria posta.

A produção de resultado unitário é a garantia de pronunciamento único, a formação de um ato final, consequência de toda a construção no tramitar processual com espeque nas garantias constitucionais estabelecidas para que a decisão final seja a mais coerente e legítima.

Por fim, o último elemento fundamental da processualidade, é a disciplina do exercício do poder e, em particular o poder estatal, direcionado ao regramento de comportamentos, resultante da supremacia do interesse público em face dos interesses individuais.

O produto dos elementos fundamentais somado às garantias constitucionais confere ao processo administrativo tríplice face, porquanto é instrumento de exercício de poder, de controle e, por fim, de proteção dos direitos e garantias dos administrados.

Estabelecidos os principais elementos e diretrizes, denota-se que processo é a garantia da observância dos ditames legais, no sentido de vincular os órgãos e agentes governamentais ao procedimento estabelecido em lei, é o vínculo jurídico entre a Administração e o usuário, taxativamente seguido para o estabelecimento de uma decisão.

Daí advém o principal resultado do reconhecimento constitucional do processo no âmbito do direito administrativo, uma vez que garante o acesso aos indivíduos participantes da relação jurídica na fase antecedente à decisão final.

Toda essa concepção de processo advém da concepção de democracia, visto que é um elemento imprescindível para que a tomada de decisão seja resultante da ponderação dos direitos dos interessados envolvidos.

A Lei 9784/99, codifica o processo administrativo e regulamenta a disciplina constitucional do processo administrativo, estabelece “normas básicas acerca do processo administrativo no âmbito da Administração Federal direta e indireta, visando em especial,

à proteção dos direitos dos administrados e ao melhor cumprimento dos fins da Administração”.

As diretrizes estabelecidas na referida lei, promulgada para a proteção do administrado e seus deveres, em especial com o estabelecido em seu art. 2º e demais incisos, asseguram a previsibilidade e a segurança dos atos a serem praticados pela Administração.

Assim, temos que o processo é indispensável ao exercício da atividade de administrar, sendo o seu principal objetivo dar sustentação à edição do ato administrativo, possibilita a formação da documentação necessária para a realização do ato de forma válida.

Com isso, o ato unilateral antes exercido pela Administração Pública, caracterizado pela atuação verticalizada e autoritária, ganha nova roupagem e torna o percurso a ser traçado ao ato final mais complexo, uma vez que garantido ao administrado o envolvimento na coisa pública.

Pode-se concluir que processo é o caminho a ser trilhado pelo Estado para o alcance de decisões legítimas e democráticas e possui duas finalidades imediatas, a proteção do administrado que acompanha e participa da sucessão dos atos, bem como o melhor cumprimento dos fins da administração, uma vez que estabelece o seu agir.

A garantia constitucional ao contraditório e a ampla defesa restou estampada no art. 2º da Lei 9.874/99, assim como os princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Extraí-se, ainda, do referido artigo em seu parágrafo único, as garantias conferidas ao administrado, na observância das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados, 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.

Ao reflexo da garantia do contraditório, a lei assegura aos administrados em seu art. 3º, a ciência da tramitação dos processos administrativos naquele figure como interessado, vista e cópia dos autos, bem como a ciência das decisões nele proferidas e, por fim, formular alegações e apresentar documentos antes da decisão.

No Brasil não há uniformidade dos procedimentos a serem adotados nos processos administrativos. A lei federal embora constitua norma reguladora do processo

administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, apresenta inúmeras regras de conteúdo geral, que devem ser compreendidas como normas de natureza nacional. É aconselhável que as disposições de conteúdo genérico sejam adotadas na atividade administrativa não apenas na União, mas também pelos Estados e Municípios caso não haja legislação específica acerca da matéria nas demais esferas da Federação.

Além do seu caráter geral, apesar de ser considerado um marco no processo administrativo no Brasil, o art. 69 da LPA excepcionou a aplicabilidade do ordenamento aos processos administrativos que possuem regramento próprio, evidenciando que inexistem no país regras unificadas que facilitariam o acesso dos administrados.

## **1.2 Procedimento Administrativo**

Importante destacar, primeiramente, a divergência doutrinária existente na utilização dos termos “processo” e “procedimento”, difundidas igualmente para dirimir acerca da processualidade administrativa.

Primeiro porque inegável que a Administração Pública utiliza-se dos procedimentos para controle e solução de demandas dos administrados, que constituem ao final de processo administrativo.

Segundo que a Constituição Federal utiliza-se da expressão processo administrativo em diversos dispositivos do texto constitucional, art. 5º, LV e LXXII, b; art. 37, XXI; art. 41 §1º, II; art. 217, §2º; art. 247, parágrafo único.

E, por último, reza o art. 24, XI da Constituição, que compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre “procedimento em matéria processual”.

Dada as diferentes utilizações dos vocábulos na Carta Magna, se processo fosse considerado procedimento, o dispositivo acima não teria serventia, sendo, portanto conclusivo que processo e procedimento são institutos diferentes.

Entretanto, o processo se desenvolve progressiva e gradualmente através do conjunto de procedimentos praticados em seu transcorrer, sendo o procedimento administrativo o proceder, rito pelo qual os atos da Administração Pública são realizados.

Igualmente no processo, o contraditório é presente no procedimento, embora mitigado, porquanto reduz o conflito e exaure o embate. As partes podem participar do procedimento, contribuindo para a produção do ato final.

Presume-se participação no contraditório, mas não se confunde com ela. A garantia constitucional ao contraditório equivale ao equilíbrio entre a possibilidade de pronúncia e contradição da outra parte.

Nas lições de Candido Rangel Dinamarco, nem todo procedimento é processo, sendo o critério para distinção a presença do contraditório. Portanto, a presença do contraditório limita-se a participação do administrado no procedimento.

Como salientado acerca de processo, no país não há uniformidade dos procedimentos a serem adotados nos processos administrativos pela Administração, sendo livre a escolha no modo a perseguir seus objetivos sem confrontar aos direitos dos administrados.

Entretanto, em outras situações, quando a norma entabula o encadeamento de atos a serem seguidos, estes devem inafastadamente preceder o ato final, sob pena de ilegalidade do ato.

Em que pese a Lei 9.784/99, deixar de estabelecer procedimento taxativo a ser seguido nos processos administrativos em geral, dispõe acerca das normas a serem observadas nas três fases processuais marcantes, sendo a instauração, a instrução e a decisão, quando envolvem solução de demanda ou que findam em decisão pela Administração.

A instauração, prevista no art. 5º, pode se dar de ofício ou a pedido do interessado. E, o art. 6º, indica os requisitos a serem seguidos pelo administrado quando do requerimento, bem como impede a recusa imotivada dos documentos.

Os artigos 7º e 8º preveem quanto à elaboração de modelos ou formulários padronizados para assuntos que importem pretensões equivalentes e a possibilidade de formulação de um único requerimento quando os pedidos de uma pluralidade de interessados tiverem conteúdo e fundamentos idênticos.

Quanto à fase de instrução, nos termos do art. 29, a lei preconiza o princípio da oficialidade, o qual se caracteriza pelo dever da Administração em incitar o procedimento, sem prejuízo da atuação do administrado. A lei inadmite, ainda, as provas obtidas por meios ilícitos, bem como confere o ônus da prova a quem alega, ressalvado o disposto no art. 37 da lei.

Ainda na fase da instrução, a lei resguarda em seu art. 38 ao administrado a possibilidade de juntada de documentos e pareceres, requerer diligências e perícias, bem como aduzir alegações quanto ao objeto do processo. A ressalva contida no parágrafo

segundo do referido artigo é a possibilidade de recusa pela Administração, mediante decisão fundamentada, quanto às provas ilícitas, protelatórias, impertinentes e desnecessárias.

As fases acima descritas, instauração procedida da fase de instrução, resultam, na última etapa, a decisão a ser prolatada pela Administração, que tem o dever de decidir no prazo de 30 (trinta) dias, podendo haver prorrogação se expressamente motivada.

Denota-se que os atos devem estar juridicamente ordenados, dispostos em etapas, sendo que cada um deles possui certa individualidade devido à função específica que cumpre no curso do procedimento.

Verificada a irregularidade/ilegalidade de algum ato, ensejará sua invalidação, bem como dos atos posteriores a este; os atos anteriores ao ato a ser invalidado, nada sofrem com a invalidação.

Portanto, a observância do procedimento é fundamental para a legalidade e legitimidade da decisão final a ser tomada no processo administrativo, uma vez que cada ato do procedimento cumpre função específica.

Salienta-se que para a sua plena existência, deve ser observada, ainda, a publicidade do procedimento, ressalvadas as hipóteses de sigilo previstos na Constituição, o livre acesso aos autos, à observância aos princípios do contraditório e da ampla defesa na existência de litigantes, a motivação e o dever de decidir.

Nas palavras de Roberto Dromi, o processo administrativo disciplina, os exercícios das prerrogativas públicas, legitimando o exercício do poder da Administração, bem como o exercício dos direitos subjetivos importantes por parte dos administrados, como o contraditório, a ampla defesa e o devido processo legal<sup>5</sup>.

Inegável deixar de afirmar que não há processo sem procedimento, entretanto, a inversa não é verdadeira, porquanto existem procedimentos administrativos que não instituem processos, a exemplo dos concursos de ingresso no quadro de pessoal da Administração, licitações e desapropriações.

Apenas para elucidação, acerca do procedimento da licitação, a Lei 8.666 de 21 de junho de 1993, institui as normas para licitações e contratos da Administração Pública.

Da referida se extrai que deverão ser respeitados no procedimento, a publicação do edital (art. 21, § 3º), o exame da capacidade jurídica, da idoneidade técnica, da capacidade econômica e da regularidade fiscal dos proponentes (art. 31, §1º c/c art. 33,

---

<sup>5</sup> Derecho Administrativo, Ediciones Ciudad Argentina, 5ª ed., p. 759

III), exame das propostas e posterior classificação e, por fim, a homologação da licitação. Percorrido os procedimentos, a Administração poderá contratar.

Em decorrência do art. 24, XI da Constituição, a matéria acerca de procedimento administrativo, os entes federados podem livremente legislar.

A título de exemplo, o Estado de São Paulo quando da promulgação da Lei Paulista nº 10.177 de 30 de dezembro de 1998 que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Estadual.

Do mesmo artigo acima citado, ainda é possível extrair que não se confunde processo e procedimento administrativo, entretanto, não se trata de impedimento de relação entre eles. Inegável que a matéria procedimental resta inserida na matéria processual no contexto jurídico brasileiro.

### **1.3 Jurisdição na Administração Pública**

Jurisdição, em definição simples, é a designada como o poder conferido ao Estado para aplicar o direito ao caso concreto, com o objetivo de solucionar conflitos, resguardando a ordem jurídica e a autoridade da lei.

Dois são os sistemas em que se organiza o controle jurisdicional da Administração Pública: o sistema de jurisdição una e o sistema de jurisdição dupla.

Essencialmente, conforme assinala Romeu Felipe Bacellar Filho em sua obra<sup>6</sup>, o Brasil, como República, adota desde a Constituição de 1891 o sistema de jurisdição única ou judiciário, baseado no sistema inglês *una lex una jurisdictio*, sem a presença de uma jurisdição propriamente administrativa, pois todas as causas, mesmo aquelas que envolvem interesse da Administração Pública, são julgadas pelo Poder Judiciário.

Conclui-se que a Administração Pública não exerce função jurisdicional, uma vez que seus atos estão sujeitos à submissão pelo Judiciário em decorrência do princípio da inafastabilidade da jurisdição, consequência constitucional do art. 5, b, XXXV da Carta Magna<sup>7</sup>.

---

<sup>6</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. “Breves Reflexões sobre a Jurisdição Administrativa: uma Perspectiva de Direito Comparado”, in RDA 211, 1998.

<sup>7</sup> Art.5º (omissis) b) a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal;(…)XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

Inobstante a ausência de uma jurisdição administrativa propriamente dita, o sistema de jurisdição única, assegura a atuação da Administração Pública com base nos princípios constitucionais impostas pelo ordenamento no art. 37, quais sejam da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Extrai-se, ainda, que o Estado-Administração e os indivíduos administrados, submetem-se ao mesmo plano jurídico, enaltecendo o princípio da imparcialidade dos julgamentos, bem como ao contraditório que permite ao usuário a participação no procedimento.

A reforma administrativa, introduzida pela Emenda Constitucional nº 19/98, evidenciou o controle popular nos atos da Administração, ao introduzir no art. 37, o §3º, o qual estabelece as formas de participação do administrado no sistema da administração pública através das reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral, o acesso dos usuários a registros administrativos e as informações sobre atos do governo<sup>8</sup>.

Em contrapartida ao modelo brasileiro, destaca-se o sistema francês de jurisdição administrativa, no qual vigoram duas jurisdições, a saber: a judicial ordinária e a administrativa, sendo esta última especializada no julgamento do contencioso administrativo<sup>9</sup>.

O que, a rigor, distingue os sistemas de jurisdição única ou una e o sistema de jurisdição administrativo francês, não é apenas a competência especializada do segundo, mas também o seu aspecto jurisdicional, pois os Tribunais Administrativos desenvolvem atividade jurisdicional desconectados da hierarquia judicial ordinária<sup>10</sup>.

Na França, as causas de interesse da Administração Pública não são julgadas no Poder Judiciário, mas por um complexo autônomo de órgãos administrativos cujas decisões ajudaram a desenhar a feição que o Direito Administrativo tem no mundo moderno.

---

<sup>8</sup> Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)  
I - os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998).

II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração.

<sup>9</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. “*Breves Reflexões sobre a Jurisdição Administrativa: uma Perspectiva de Direito Comparado*”, in RDA 211, 1998.

<sup>10</sup> Igual anterior.

Visando uma melhor compreensão das similitudes e distinções destes sistemas (francês e brasileiro), convém breve estudo histórico e doutrinário deles.

### 1.3.1 Jurisdição una

No sistema da jurisdição una, todas as causas, mesmo aquelas que envolvem interesse da Administração Pública, são julgadas pelo Poder Judiciário.

Baseado no modelo inglês, por ter como fonte inspiradora o sistema adotado na Inglaterra, é a forma de controle existente atualmente no Brasil.

Atualmente, sua observância decorre do mandamento expresso do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, segundo o qual “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Tal norma, também designada como princípio da inafastabilidade da jurisdição, atribui ao Poder Judiciário o monopólio da função jurisdicional, não importando se a demanda envolve interesse da Administração Pública.

Neste contexto, reforça a adoção do sistema de jurisdição una no Brasil, a expressa determinação de separação de Poderes, princípio que é cláusula pétrea (art. 60, §4º, III, da CF/88) e que, combinado a exegese do art. 5º, XXXV, do Texto Maior, remete à conclusão de definitiva vedação da adoção do contencioso administrativo no Brasil, na medida em que este último representa diminuição da competência jurisdicional do Poder Judiciário, sendo insuscetível de emenda constitucional, em vista de possível abolição da Tripartição de Poderes.

Nas lições de Ada Pellegrini, mais importante do que conceber uma estrutura judiciária autônoma, é acolher princípios e regras que compatibilizem o interesse público com o interesse privado na formação de decisões sobre atuações administrativas, individuais ou gerais, inclusive atos políticos ou de governo, editados por quaisquer dos poderes do Estado ou por particulares no exercício dessas atuações<sup>11</sup>.

Di Pietro considera exercício de monopólio pelo Poder Judiciário na função jurisdicional, porquanto afasta a existência de órgãos característicos do contencioso administrativo responsáveis pelas lides nas quais a Administração Pública seja interessada<sup>12</sup>.

Convém ressaltar que apesar do controle da Administração pelo judiciário, a regulação limita-se a análise da legalidade do ato, ou seja, é vedado o pronunciamento a

---

<sup>11</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini *et all.* *Projeto de Código Modelo de Processos Administrativos – Judicial e Extrajudicial – para Ibero-América*. Buenos Aires: Instituto Ibero-Americano de Direito Processual, 2012.

<sup>12</sup> (PIETRO, 2009, p. 743)



respeito do mérito do mesmo acerca de sua conveniência, eficiência ou oportunidade, como bem lecionado por Hely Lopes Meirelles em sua obra:

O Judiciário não poderá dizer da conveniência, oportunidade e justiça da aplicação de uma penalidade administrativa, mas poderá e deverá sempre examinar seu cabimento e a regularidade formal de sua imposição<sup>13</sup>.

A respeito do controle aos atos discricionários, nos quais a Administração possui maior liberdade para a sua prática, ocorrerá com vistas a não prejudicar os motivos ou à via processual adequada, a exemplo do que ocorre quanto aos atos políticos, dos atos legislativos e os *interna corporis*<sup>14</sup>.

Para o exercício do controle popular, lei prevê diversas vias processuais, as principais possuem previsão constitucional, os Mandados de Segurança individual ou coletivo (Art. 5º, LXIX e LXX), Mandado de Injunção (Art. 5º LXXI), *Habeas Data* (Art. 5º, LXXII, *a* e *b*), Ação Direta de Inconstitucionalidade (Art. 102, I, *a*), Ação de Inconstitucionalidade por omissão (Art. 103, §2º), Ação Declaratória de constitucionalidade (Art. 102, I, *a*), Ação Popular (Art. 5º, LXXIII), Arguição de descumprimento de preceito fundamental (Art. 102, §1º).

Vê-se que apesar da ausência de jurisdição administrativa específica, o abuso do poder encontra balizamento na Constituição Federal, a qual além de prever vários meios de controle acima elencados indica, expressamente, os princípios nos quais deve pautar suas atividades.

Concomitantemente às garantias constitucionais, a Lei 9784/99 estabelece as normas do processo administrativo e reforça os princípios norteadores da atividade.

A finalidade precípua da lei é a uniformização da atuação dos agentes públicos, ou seja, em sendo observados os preceitos estabelecidos, não haveria necessidade dos administrados no ingresso judicial.

Entretanto, ante ao já citado princípio da inafastabilidade, o judiciário não poderá omitir-se em julgar as demandas discutidas perante as instancias administrativas.

Mesmo carente de especificidade, o sistema da Jurisdição Una adotado no Brasil, permite a possibilidade de revisão dos atos emanados pela Administração Pública pelo Judiciário e só partir daí, as decisões possuirão caráter de definitividade.

---

<sup>13</sup> (MEIRELLES, 2005, p. 704)

<sup>14</sup> Hely Lopes define *interna corporis* como as questões ou assuntos relacionados direta e indiretamente com a economia interna da corporação legislativa, com seus privilégios e com a formação ideológica da lei, que por sua própria natureza, são reservados à exclusiva apreciação e deliberação do Plenário da Câmara (MEIRELLES, 2005, p. 708). A apreciação se dará em eventual extrapolação quanto à disposição das normas sobre o funcionamento interno dos órgãos.

### 1.3.2 Sistema de Jurisdição Dupla ou Contencioso Administrativo.

O sistema do contencioso administrativo, ou modelo francês, é adotado especialmente na França, caracterizando-se, como sobredito, pela repartição da função jurisdicional entre o Poder Judiciário e tribunais administrativos. Por este sistema, o Judiciário decide as causas comuns, enquanto as demandas que envolvam interesse da Administração Pública são julgadas por um conjunto de órgãos administrativos encabeçados pelo Conselho de Estado.

Tal sistema foi criado na França e sua existência está vinculada a particularidades da história francesa.

Antes da Revolução em 1789, a França era uma monarquia absolutista com todos os poderes estatais centralizados na figura do rei. Neste contexto, os órgãos judiciais então existentes eram nomeados pelo monarca e, deste modo, dificilmente prolatavam decisões contra os interesses da monarquia.

Com o advento da Revolução Francesa e superação do Regime Monárquico, foi aprovada a Lei nº 16, de 24 de agosto de 1790, que proibia os magistrados de decidir causas de interesse da Administração Pública nos seguintes termos:

As funções estatais estão e sempre permanecerão separadas das funções administrativas. Os juízes não poderão, sob pena de prevaricação, obstaculizar de qualquer maneira as operações dos corpos administrativos nem citar os administradores em razão de suas funções<sup>15</sup>.

Nesta senda, importante elucidar que a França é o berço da Teoria da Tripartição de Poderes (de Montesquieu), sendo sua aplicação radicalizada naquele país a ponto de considerar-se uma interferência indevida na independência da Administração o julgamento de suas demandas pelo Poder Judiciário. Criou-se, então, um conjunto apartado de órgãos decisórios formando uma justiça especial administrativa somente para decidir causas de interesse da Administração.

Conforme estudo de Bacellar Filho:

As Leis de nº 7, de outubro e a Lei nº 6, de 11 de setembro de 1790 criaram o sistema de "administração-juiz", que consistiu em confiar o

---

<sup>15</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Breves Reflexões sobre a Jurisdição Administrativa: uma Perspectiva de Direito Comparado*, in RDA 211, 1998.

contencioso administrativo aos órgãos da própria Administração, no caso: o rei, ministros e administradores de departamentos. Em nome da separação dos poderes, uma parte da função de julgar foi conferida às autoridades administrativas. Mas idéia de um mesmo órgão como juiz e parte terminou por ser rejeitada.

A separação da Administração ativa da julgadora importou marco de uma nova era. A Lei de 24 de maio de 1872 consagrou esta evolução instituindo, definitivamente, para o Conselho de Estado a justiça delegada (a qual já havia funcionado, episodicamente, de 1848 a 1852). A partir de então, o Conselho de Estado, regulamentando o contencioso, resolve, por si só, os litígios, sem intervenção do Chefe de Estado. Ao mesmo tempo, sendo organizado um Tribunal de conflitos de competência que, porventura, surgissem entre a Jurisdição Administrativa e a Judiciária.

A separação da Administração ativa da julgadora importou marco de uma nova era. A Lei de 24 de maio de 1872 consagrou esta evolução instituindo, definitivamente, para o Conselho de Estado a justiça delegada (a qual já havia funcionado, episodicamente, de 1848 a 1852). A partir de então, o Conselho de Estado, regulamentando o contencioso, resolve, por si só, os litígios, sem intervenção do Chefe de Estado. Ao mesmo tempo, sendo organizado um Tribunal de conflitos de competência que, porventura, surgissem entre a Jurisdição Administrativa e a Judiciária.

A distinção definitiva entre Justiça administrativa e Administração ativa sobreveio em aresto de 13.12.1889 (Julgamento Cadot). Nesta ocasião, o Conselho de Estado suprimiu a jurisdição ordinária de primeiro grau do Ministro, deixando de funcionar como Corte de Apelação. É certo que a teoria do "Ministro-Julgador" minimizou a reforma do ano VIII à medida que manteve o Juiz administrativo de direito comum como representante da Administração ativa e fez dos Tribunais, recentemente criados, Cortes de Apelação.

Com a Lei de 24 de maio de 1872 e a interpretação conferida pelo Conselho de Estado no aresto citado anteriormente, o sistema francês adquire o contorno de jurisdição administrativa, que o caracteriza até hoje: ao lado do princípio da separação das autoridades administrativa e judiciária, adiciona-se a separação da Administração ativa e contenciosa<sup>16</sup>.

No sistema contencioso Francês, tem-se, acima do Conselho de Estado e dos órgãos do Judiciário, o Tribunal de Conflitos, com atribuições para julgar conflitos de

---

<sup>16</sup> Igual anterior.

competência entre as duas justiças (administrativa e judiciária), integrado por dois ministros de Estado (*Gardes des Sceaux et Ministre de la Justice*), por três conselheiros de Estado e por três membros da Corte de Cassação.

Em suma, conforme doutrina de José dos Santos Carvalho Filho:

O sistema do contencioso administrativo, também denominado de sistema de dualidade de jurisdição ou sistema francês, se caracteriza pelo fato de que, ao lado da Justiça do Poder Judiciário, o ordenamento contempla uma Justiça Administrativa. Esse sistema, adotado pela França e pela Itália entre outros países sobretudo europeus, apresenta juízes e tribunais pertencentes a Poderes diversos do Estado. Em ambas as Justiças, as decisões proferidas ganham o revestimento da res iudicata, de modo que a causa decidida numa delas não mais pode ser reapreciada pela outra. É desse aspecto que advém a denominação de sistema de dualidade de jurisdição: a jurisdição é dual na medida em que a função jurisdicional é exercida naturalmente por duas estruturas orgânicas independentes – a Justiça Judiciária e a Justiça Administrativa. A Justiça Administrativa tem jurisdição e competência sobre alguns litígios específicos. Nunca serão, todavia, litígios somente entre particulares; nos conflitos, uma das partes é necessariamente o Poder Público. Compete-lhe julgar causas que visem à invalidação e à interpretação de atos administrativos e aquelas em que o interessado requer a restauração da legalidade quando teve direito seu ofendido por conduta administrativa. Julga, ainda, os recursos administrativos de excesso ou desvio de poder. A organização da Justiça Administrativa é complexa e se compõe de várias Cortes e Tribunais administrativos. Na França, situa-se em seu ponto mais elevado o conhecido Conselho de Estado (*Conseil d'État*) e, no caso de conflito de atribuições entre as duas Justiças, a controvérsia é dirimida pelo Tribunal de Conflitos, criado fundamentalmente para esse fim. A vantagem desse sistema consiste na apreciação de conflitos de natureza essencialmente administrativa por uma Justiça composta de órgãos julgadores especializados, razão por que têm contribuído de forma significativa para o desenvolvimento do Direito Administrativo.

Vê-se que o sistema adotado pela França é complexo nas formas de atuação e organização, o qual serviu de inspiração aos países que adotam o referido sistema, a exemplo da Turquia e Grécia.

Há o sistema francês ou do contencioso administrativo, sendo o que analisa com exclusividade os atos administrativos, excluindo-os da apreciação judicial.

Nesse sistema, há uma jurisdição especial do contencioso administrativo, formada por tribunais de índole administrativa, o que determina a existência de uma dualidade de jurisdição, qual seja, a jurisdição administrativa, formada pelos tribunais de natureza administrativa, e a jurisdição comum, formada pelos órgãos do Poder Judiciário, com a competência de resolver os demais litígios.

#### **1.4 Sistemas de Jurisdição no direito comparado**

O direito comparado se presta como instrumento de conhecimento dos direitos estrangeiros, elemento de compreensão do direito nacional<sup>17</sup>.

A partir da distinção entre os sistemas de jurisdição una e contencioso administrativo, verificou-se que os precursores da distinção da jurisdição administrativa, foram às revoluções ocorridas na França no século XVIII.

A ideia na separação das jurisdições se fundava no possível tumulto a ser ocasionado na atividade administrativa quando do julgamento pelos órgãos judiciários, bem como o sentimento de desconfiança em relação a este poder no pronunciamento das decisões.

O processo administrativo e a relação jurídica administrativa dividem a preferência da doutrina. A relação jurídica favorita dos autores alemães tem a vantagem de reforçar a posição dos cidadãos como titulares de direitos subjetivos perante a Administração.

Já o processo administrativo, eleito pelos administrativistas italianos, aponta para a existência de um elemento comum em toda a atividade administrativa, além de acentuar o caráter dinâmico desta.

Verifica-se na França Países Baixos, Itália, Grécia, Bélgica e Colômbia, a jurisdição administrativa composta por funções contenciosas e consultivas, com os Conselhos de Estado exercendo papel simultâneo de corte suprema e de órgão consultivo.

Diferentemente do que ocorre na Alemanha, Áustria e Portugal, onde a jurisdição administrativa exerce função exclusivamente contenciosa.

A jurisdição una, adotada no Brasil, se mostra presente também na Argentina, Chile e Peru.

---

<sup>17</sup> RIVEIRRO, Jean. Curso de Direito Administrativo Comparado. P. 36.

Uma espécie de contencioso administrativo chegou a fazer parte do ordenamento brasileiro quando da Constituição de 1824, através de seu art. 142<sup>18</sup> que previa:

Incumbe às seções ou ao conselho de estado de dar seu parecer ou consulta sobre todos os negócios em que o imperador houver por bem ouvi-lo e especialmente sobre (...) assumptos de natureza quase contenciosa, como questões de presas, de indenizações, conflitos entre as autoridades administrativas, e entre estas e as judiciais, e abusos das autoridades eclesiásticas (...) negócios de justiça administrativa contenciosa<sup>19</sup>.

Sobre o tema, esclarece Gualazzi que no máximo tivemos no Brasil Império um arremedo de justiça administrativa, alheia ao Poder Judiciário, mas totalmente dependente da Administração ativa, na qual se inseria e a que se subordinava por texto legal expresso e claro<sup>20</sup>.

A discussão existente sobre os sistemas de jurisdição é ponto de debate atual, dada à globalização e reflete a necessidade do aprimoramento das normas administrativas.

O estudo do direito comparado ressalta a importância do desenvolvimento de uma jurisdição tipicamente administrativa, ante o latente aumento da complexidade das normas desta matéria.

A exemplo da criação dos Juizados Especiais, criados ante a necessidade de maior celeridade e efetividade da justiça, inegável deixar de afirmar que a especialização do ramo da jurisdição administrativa, traria igualmente os benefícios no âmbito administrativo.

---

<sup>18</sup> BRASIL. Constituição (1824). Constituição Política do Imperio do Brazil. Rio de Janeiro.

<sup>19</sup> GOMES DA CRUZ, Jose Raimundo. *O controle jurisdicional do processo disciplinar*. São Paulo: Malheiros, 1996. P.242.

<sup>20</sup> GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho. *Justiça Administrativa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

## **2. A CONTRIBUIÇÃO DO DIREITO ESTRANGEIRO NA FORMAÇÃO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO**

A principal importância do estudo do direito comparado, como alhures exposto, é a latente necessidade de harmonização jurídica, porquanto objetivo comunitário a corporação de direitos.

Quanto ao direito administrativo, matéria relativamente nova, com nascedouro no final do século XVIII e início do século XIX a partir das ideias difundidas na teoria de separação de poderes de Montesquieu, houve a necessidade global de inspiração e importação das novas acepções, basilar a constituição de cada país.

É através do direito comparado que se dá o aforamento de barreiras pela doutrina, ao incorporar normas e aprimorar os métodos, na busca pela valoração dos valores jurídicos estabelecidos.

Nas lições de Carlos Maximiliano:

(...) Todo ramo de conhecimento se inicia pelo exame e fixação de fenômenos isolados, verificações parciais; na tendência unificadora dos princípios esparsos, na comunidade de representação e de representação de raciocínio entre seus pensantes está o sinal da objetividade da concepção jurídica; e é na passagem do subjetivo para o objetivo que a ideia, o plano se convertem num sistema é mediante a generalização que um ramo dos estudos especiais se eleva à categoria de verdadeira ciência<sup>21</sup>.

Assim, denota-se que o direito comparado é a certeza de que o direito administrativo estará em constante evolução.

Quanto à evolução do processo administrativo no Brasil, Ricardo Perlingeiro resume sinteticamente as experiências:

O que precedeu à República aproximava-se da jurisdição administrativa com funções consultivas e contenciosas, apesar de o Conselho de Estado do Império ter sido espelhado na primeira versão do Conselho de Estado francês, com uma “justiça retida” nas mãos do Imperador, sem funções verdadeiramente jurisdicionais ou delegadas.

---

<sup>21</sup> Hermenêutica e Aplicação do Direito, 16ª edição, 1996, Forense, Rio de Janeiro, p. 131.

Foi apenas com a Constituição de 1891 que o direito brasileiro conheceu a jurisdição administrativa, mas, a essa altura, com as características dos sistemas do common law, no âmbito de tribunais que transitavam tanto pelo direito público quanto pelo direito privado<sup>22</sup>.

Na mesma obra, o autor relaciona a previsão constitucional do mandado de segurança com o ordenamento alemão a ser estudo a seguir.

O princípio do devido processo legal (*due process of law*), previsto no art. 5º, LV da Constituição Federal, é incorporação do direito inglês, com origem na Inglaterra em 1215. O referido princípio garante aos indivíduos em processo administrativo ou judicial, o contraditório e a ampla defesa.

Trata-se de uma regra constitucional importada do direito estrangeiro, sendo um princípio relevante dos Estados Democráticos de Direito.

Através dos estudos a seguir, verifica-se que a jurisdição una do processo administrativo brasileiro, esmo contrapondo-se a existência do contencioso administrativo, reflete, ainda que timidamente, a aplicação de preceitos oriundos do direito estrangeiro que garantam a instrumentalidade do processo administrativo, bem como a participação do administrado na tomada de decisões.

## 2.1 Estados Unidos

O sistema único de jurisdição, igualmente ao Brasil, também é adotado pelos Estados Unidos, apesar dos sistemas de direito substancialmente distintos.

Trata-se a lei norte-americana de um ordenamento sucinto, composta por doze artigos que dispõem acerca dos princípios básicos norteadores.

A matéria de direito administrativo não chega a ser tratada expressamente na Constituição norte-americana, diferentemente do que ocorre na nossa Carta Magna, a qual possui capítulo específico acerca da “Organização Político-Administrativa”.

Entretanto, o déficit americano acerca da organização administrativa, restou compensado através da forte criação legislativa dos organismos, pautado pelo equilíbrio entre as prerrogativas públicas e a tutela dos direitos individuais<sup>23</sup>.

---

22 PERLINGEIRRO, Ricardo. A justiça administrativa brasileira comparada, 2012.

23 M. Esteves de Oliveira/ Pedro Gonçalves/Pacheco de AMORIM, Código do procedimento Administrativo, cit., p. 637.



O modelo adotado pela nação americana originou-se com o Federal Administrative Procedure Act ocorrido em 1946, que estabeleceu acerca do vocábulo *agency*, de onde deriva a concepção de agência no Brasil.

Em tradução ao §551,1 do Federal Administrative Procedure Act, têm-se que as agências no molde americano, são todas as autoridades públicas, excluídos os Poderes do Estado, diversamente do que ocorre no Brasil, porquanto o Chefe do Poder Executivo integra seu ápice e dirige seu funcionamento.

As agências são dotadas de funções tipicamente legislativa e judicial. Legislativa, pois possuem a discricionariedade de editar normas com força obrigatória, entretanto tais normas encontram-se abaixo das leis na escala hierárquica, podendo ser invalidadas por decisão judicial<sup>24</sup>.

A função judicial advém da resolução de conflitos pelas agências, quando travados entre os usuários/administrados e os prestadores de serviço, sendo as decisões sujeitas à apreciação judicial.

Os princípios da legalidade, imparcialidade, moralidade, publicidade, eficiência e razoabilidade, foram incorporados à nossa legislação a luz da legislação norte-americana. No entanto, diante dos regimes jurídicos diferentes, tais princípios não possuem sentido idêntico.

A exemplo do princípio da proporcionalidade, no Brasil é levado em consideração principalmente quando da revisão judicial das decisões administrativas, mitigado pelo princípio da legalidade *stricto sensu* no controle judicial da discricionariedade administrativa. O que não ocorre em grande proporção nos Estados Unidos, diante do respeito pela decisão administrativa.

A Lei de Procedimentos Administrativos norte-americana prevê a notificação pública quanto à proposta de regulamentação, anterior ao processo de criação da regra pelas agências.

Verifica-se que os administrados interessados possuem a oportunidade de participação na formulação das normas, garantida a possibilidade de apresentação de documentos e manifestações orais quanto ao tema.

A ideia resta refletida no art. 37, § 3º da Constituição Federal, no qual permeia a participação do usuário nas decisões da administração pública direta e indiretamente.

---

<sup>24</sup> <http://www.direitodoestado.com/revista/redae-8-novembro-2006-maria%20sylvia.pdf> (acessado em 13 de maio de 2016).

Em referência os processos administrativos, a lei estadunidense estabelece procedimentos formais, nos quais deve haver notificação prévia quanto à matéria e as questões controvertidas envolvidas, apresentação de evidências e argumentos, garantia do contraditório e outros meios de produção de prova, direito à representação por advogado, decisão fulcrada apenas nas evidências dos autos, registro completo dos testemunhos e relatórios colhidos no processo e, por fim, motivação da decisão da agência por escrito. As audiências se assemelham ao julgamento da justiça ordinária

A lei ainda prevê grupos de servidores denominados “*Administrative Law Judges*” os quais exercem funções típicas a um juiz de direito no Brasil para ao final, prolatarem pareceres de recomendações às agências quanto à decisão a ser tomada.

No direito brasileiro, o modelo norte-americano construído pelo Judiciário enfrenta algumas dificuldades. A delegação legislativa não encontra fundamento na Constituição, a não ser nas hipóteses expressamente previstas. A participação ou não é prevista para o processo de elaboração de normas pelas agências ou é prevista sem caráter de obrigatoriedade, o que retira grande parte da legitimidade democrática da atuação das agências. E o princípio do devido processo legal em sua feição substantiva é de aplicação recente e muito restrita no direito brasileiro, sem falar nas restrições impostas pelo Supremo Tribunal Federal ao cabimento das ações diretas de inconstitucionalidade contra atos normativos da Administração Pública.

De qualquer forma, as agências vêm sendo instituídas em grande quantidade e vêm exercendo função reguladora, o que abrange competência normativa (limitada pelo princípio da legalidade), polícia administrativa, resolução de conflitos, embora sem força de coisa julgada.

Essa função normativa das agências reguladoras não constitui propriamente novidade no direito brasileiro, uma vez que existentes no direito pátrio as autarquias de regime especial, como existem órgãos e entidades autárquicas típicas a função.

## **2.2 Alemanha**

A Alemanha adota o modelo do contencioso administrativo alemão. O modelo atual, implementado no ano de 2004, afastou o modelo do contencioso administrativo português.

A Lei Fundamental Alemã, aprovada em 8 de Maio de 1949 (Deutsches Grundgesetz), prevê em seu art. 19, item 4, a garantia de proteção a todos os indivíduos contra qualquer ação ou omissão das autoridades públicas<sup>25</sup>.

A proteção legal dos Tribunais Administrativos, bem como as diretrizes do procedimento administrativo, encontram-se regulados no Procedimento Administrativo Federal (Bundesverwaltungsgerichtsordnung - BVwVfG) e no Decreto dos Tribunais Administrativos (Verwaltungsverfahrensgesetz – VwGO).

Tais previsões são aplicadas a todas administrações, sem exceção. A proteção legal conferida aos administrados alemães é uniforme em toda a República Federal da Alemanha.

Na prática, a atuação administrativa se dá através dos atos (“Verwaltungsakt”). Ato administrativo no direito Alemão, definido no art. 35 do Procedimento Administrativo Alemão, é qualquer ordem, medida ou ordem adotada pela Administração, no sentido de regular o caso individual ao direito material, para produção de efeitos legais.

Caso a autoridade pratique o ato, o mesmo tem efeitos vinculantes à parte afetada, sendo que a decisão proferida torna-se imediatamente eficaz quando da notificação recebida pela parte.

O ato é válido até que outro ou decisão ulterior o anule ou o revogue; mesmo sendo ilegal, permanece sua legalidade até ser questionado perante a autoridade competente.

A regra do procedimento administrativo alemão prevê acerca do poder de duração do ato (Bestandskraft), no qual passado um mês da data que a Administração notifica o particular do ato, sem contra arguição da outra parte, o ato praticado se torna definitivo.

---

<sup>25</sup> Artigo 19 [Restrição dos direitos fundamentais – Via judicial] (1) Na medida em que, segundo esta Lei Fundamental, um direito fundamental possa ser restringido por lei ou em virtude de lei, essa lei tem de ser genérica e não limitada a um caso particular. Além disso, a lei terá de citar o direito fundamental em questão, indicando o artigo correspondente.

(2) Em nenhum caso, um direito fundamental poderá ser violado em sua essência.

(3) Os direitos fundamentais também são válidos para as pessoas jurídicas sediadas no país, conquanto, pela sua essência, sejam aplicáveis às mesmas.

(4) Toda pessoa, cujos direitos forem violados pelo poder público, poderá recorrer à via judicial. Se não se justificar outra jurisdição, a via judicial será a dos tribunais ordinários. Mantém-se inalterado o artigo 10 §2, segunda frase.

Tradução disponível em <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf> (acesso em 12/05/2016)

Existe no direito administrativo alemão duas possibilidades de resposta ao ato praticado, sendo a reclamação dirigida à autoridade que o praticou, ou a propositura de ação perante o Tribunal Administrativo.

Aqui evidentes as garantias ao contraditório e a ampla defesa, asseguram ao administrado alemão possibilidades da reversão do ato praticado.

O primeiro procedimento, a reclamação, permite a Administração à correção de eventual erro no ato. Não obtendo êxito, poderá só então o indivíduo intentar a ação perante o Tribunal.

Os Tribunais Administrativos são independentes e separados das funções administrativas, dos tribunais civis e criminais e seção executiva do Governo possui competência limitada aos litígios administrativos.

Existem, ainda, dois outros tipos de tribunais administrativos, os Tribunais de Segurança Social e os Tribunais Fiscais.

Conveniente ressaltar que quando o ato é submetido ao Tribunal Administrativo, o mesmo não possui competência para proferir novo ato ou substituí-lo; ele poderá ser anulado de forma que a autoridade administrativa emanará novo ato com base nas orientações dos Tribunais.

Compete aos Tribunais a análise da legalidade e da proporcionalidade do ato, a fim de investigar eventual abuso de poder pela autoridade que emanou o ato.

A jurisdição administrativa na Alemanha possui três níveis, ao equivalente em nosso ordenamento ao duplo grau de jurisdição, sendo eles os Tribunais Administrativos Locais (1ª instância), Tribunais Superiores (segunda instância, nível dos estados federados) e Tribunal Administrativo Federal (terceira instância, nível Federal).

Os Tribunais Superiores possuem competência para dirimir quanto às queixas quando envolvem servidores do Governo local e quanto aos atos das autoridades administrativas estaduais.

Já o Tribunal Administrativo Federal, analisa os recursos provenientes dos Tribunais Superiores e dos Tribunais Locais, em especificadas circunstâncias.

Verifica-se que a processualidade administrativa alemã garante a ampla proteção da tutela jurisdicional dos cidadãos, assegurados os princípios da igualdade das partes no processo, do contraditório e da ampla defesa.

### **2.3 Portugal**

O modelo francês influenciou, assim como no Brasil, o sistema de jurisdição administrativa Portuguesa quando, em 1832, editou a singular legislação de Mouzinho da Silveira, que vedada aos tribunais comuns de julgarem a administração, além de instituir, por outro lado, os Conselhos de Prefeitura e o Conselho de Estado, este exclusivamente como órgão político.

Por sua vez, o decreto nº 23 de 16 de Maio de 1832<sup>26</sup> foi à primeira lei em Portugal que separou as funções administrativas das funções judiciais rompendo os laços históricos criados com as ordenações do Reino e demais legislações anteriores às quais reuniam todas nos juízes, funcionários do estado, delegados do rei e seus agentes.

Com base neste decreto, e, ademais, no decreto nº 24, consolidou a separação entre funções jurisdicionais e administrativas, outorgando aos tribunais especiais às funções jurisdicionais. Buscou-se, assim, o legislador assegurar a separação absoluta da justiça e da administração<sup>27</sup>, oportunidade em que as questões contenciosas da administração pública competiam aos tribunais administrativos, exceto durante o período da monarquia liberal<sup>28</sup>.

Já em 1870, o Conselho de Estado foi substituído pelo Supremo Tribunal Administrativo com competência para emitir parecer. Foram criados os Conselhos de Distritos com a intervenção do Governador Civil. Esta expressão resultou na adoção, em sua essência, do modelo francês em que o administrador também julgava.

A forte influência do sistema francês, com bases no princípio da separação de poderes induziu Portugal à criação de tribunais administrativos privativos, consagrando na vigência da Constituição de 1911, em seu art. 6º, a soberania dos órgãos do Poder Legislativo, do Poder Executivo e do Poder Judicial independentes e harmônicos entre si. Esta influência foi de tamanha relevância para que o texto normativo de autoria de Mouzinho da Silveira fosse considerado pela doutrina<sup>29</sup> como uma réplica da lei francesa

---

<sup>26</sup> Legislação conhecida como “Mouzinho da Silveira”.

<sup>27</sup> JUNIOR, José Lourenço. Contencioso Administrativo Português, p. 55.

<sup>28</sup> A monarquia liberal em Portugal ocorreu em dois períodos o 1º em 1835-1842 e o 2º em 1892-1895. Neste período as questões contenciosas da administração pública competiam aos tribunais de 1º instância.

<sup>29</sup> Sobre a obra de Mouzinho da Silveira, Marcello Caetano escreve: “A lição que se tira de tudo isto é que Mouzinho da Silveira foi muito mais e menos original do que se pensava. Mais original na medida em que não se limitou a transpor apressadamente para os seus decretos preceitos ou conceitos bebidos em França durante a emigração, sem cuidar da sua adaptação em Portugal. Ele afinal veio dar corpo aos trabalhos de dez anos e limitou-se a concretizar ideias que andavam no ar respirado pelos liberais portugueses do seu tempo. Menos original, portanto, visto que não foi sua, apenas, a convicção da necessidade das reformas de 16 de Maio, nem a obstinação de decretá-las. Essas reformas, se bem que tivessem desagradado a uma parte do partido liberal, estavam no seu programa desde 1822 e sobre elas se haviam debruçado alguns dos homens de maior valor das primeiras câmaras constitucionais”, in, Os antecedentes da Reforma Administrativa de 1832 (Mouzinho da Silveira), op. cit., pp. 20-21.

de 1802. Até mesmo a justificação introdutória da lei seria um resultado de uma tradução do texto francês.

Em 1930, a justiça administrativa inicia a sua estruturação com a criação de Auditorias, na primeira instância, de um Tribunal superior denominado de Supremo Conselho da Administração Pública. Houve, ainda, a criação de um Tribunal de conflitos, bem típico ao dos franceses.

Dessa forma, elide o sistema de administrador-juiz e, em seu lugar, é instituído o sistema da justiça delegada<sup>30</sup>.

Com mudança de paradigmas em 1933, o Supremo Conselho da Administração Pública foi substituído pelo Supremo Tribunal Administrativo, possuidor de jurisdição própria, criado para ser uma ordem jurisdicional administrativa. Em que pese à denominação, integrava a Administração Pública, posto que o Supremo Tribunal Administrativo funcionava junto à Presidência do Conselho de Ministros, situação que permanecer até 1974.

A partir de então, com a edição do Decreto-Lei n.º 250/74, de 12 de Junho, os Tribunais administrativos são integrados ao Ministério da Justiça. Destaca-se, entretanto, que a Constituição de 1976, apesar da forte implantação e aceitação dos Tribunais administrativos, se tornaram facultativos a ponto de oportunizar para o futuro próximo a jurisdição unitária, como, de direito, ocorreu no sistema Brasileiro.

A propósito, do tema, Gomes Canotilho e Vital Moreira<sup>31</sup>, assim se manifestaram:

... constitucionalmente considerados uma categoria facultativa, o estatuto dos Tribunais administrativos e fiscais está totalmente ausente da Constituição, ressalvados os princípios gerais válidos para todos os Tribunais.

---

<sup>30</sup> De acordo com Sérvulo Correia no século XIX inicia-se o debate sobre a escolha do modelo de organização da jurisdição administrativa, verificando-se uma grande hesitação sobre o modelo que deveria ser adotado. Para uns, o modelo a adotar deveria ser o dualista segundo o qual o contencioso administrativo deveria estar separado da jurisdição comum, enquanto outros optavam pelo modelo monista que propugnava uma jurisdição unitária na qual as questões contenciosas seriam julgadas pelos Tribunais comuns. Do debate resulta uma outra tese que defende um modelo misto que aceita a criação de Secções especializadas nos Tribunais comuns para julgar as questões do contencioso administrativo. Sérvulo Correia, ob.ª cit.ª, p.ª 446 e segs.

<sup>31</sup> Constituição da República Portuguesa Anotada, 2.ª edição, Ed. Coimbra Editora, Coimbra, 1985.

Em 1984, com a publicação do Decreto-Lei n.º 129/84, os Tribunais Administrativos de Círculo vieram substituir as Auditorias Administrativas, mantendo-se, embora reestruturado, o Supremo Tribunal Administrativo.

Esta reforma instituiu o modelo de organização administrativa idêntico aos dos Tribunais comuns, acentuando a natureza jurisdicional dos Tribunais, que nos termos da Constituição Portuguesa, era considerados órgãos de soberania que administravam a justiça em nome do povo.

Entretanto, em 1989, com a revisão Constitucional, os Tribunais administrativos foram acolhidos integralmente pela ordem maior a qual lhe destinou um artigo normativo consagrando o estatuto dos Tribunais Administrativos e, ao mesmo tempo, ampliando o conceito de justiça administrativa.

Nessa esteira de nova concepção constitucional da justiça administrativa e das próprias garantias dos particulares, que a nova reforma da organização judiciária administrativa portuguesa é levada ao fim em 2000/2001 com a publicação da Lei n.º 13/2002, de 19 de Fevereiro e da Lei n.º 15/2002, de 22 de Fevereiro.

Conforme o desenvolvimento do sistema português, com peculiaridades próprias, a ideia do contencioso administrativo é reconduzida à ideia de justiça administrativa, com uma específica organização judiciária e regras de processo as quais respeitam, acima de tudo, as garantias constitucionais.

## **2.4 Itália**

Na Itália, as experiências liberais conduziram à aderência ao modelo francês do administrador-juiz acrescentando, todavia, a inovação da criação de um contencioso privado para a Administração consubstanciado na divisão entre direitos subjetivos e interesses legítimos.

Esta distinção, espelhada na Lei n.º 2248, de 20 de Março de 1865, eliminou os antigos tribunais de Contencioso Administrativo, outorgando aos juízes a competência para análise de todos os litígios para com a Administração Pública no que diz respeito ao exercício do poder administrativo desde que envolvesse direitos subjetivos.

Por sua vez, os litígios com a Administração que não envolvessem direitos de concessão, de autorização ou de licença seriam reconduzidos a situações de mero interesse sendo por isso tuteláveis perante a Administração Pública por meio dos mecanismos de tutela contenciosa.

Desta forma, instaurou-se uma dualidade de competências que consistia na simultânea participação dos tribunais e da administração para decidir dos litígios administrativos.

Em 1889, com a edição da Lei nº 5992 de 31 de Março, nasce-se o juiz administrativo. A propósito, a função do juiz administrativo não era só a de interpretar o direito positivo, como fazia o juiz comum, mas também preencher, por suas decisões, as lacunas da lei.

Posteriormente, em 1907, com a Lei nº 62, de 7 de Março, o Conselho de Estado adquire a natureza de um verdadeiro tribunal provocando um reconhecimento precoce da jurisdição autônoma para os litígios administrativos, a qual foi consolidada pela Lei nº 2840 de 1923.

Com a Constituição de 1947, houve a reafirmação da natureza jurisdicional da Justiça Administrativa, embora mantivesse a sua já conhecida subjetividade, marco típico da evolução italiana, na distinção entre direitos subjetivos e interesses legítimos.

Diante disso, a jurisprudência dos tribunais administrativos e Tribunal Constitucional e a doutrina italiana contribuíram para alterar o sentido interpretativo da Constituição não mais aceitando as teses clássicas e objetivas da repartição de jurisdições, mas, por outro lado, acentuando a dimensão subjetiva, no que diz respeito à proteção da esfera jurídica dos interesses privados prejudicados por atos ou comportamentos da Administração Pública contrários ao direito.

Anota-se, portanto, a ascensão da materialização das garantias constitucionais por força do entendimento e interpretação subjetiva que permite maior eficácia na proteção dos direitos e interesses dos particulares.

Toda essa ascensão repercute ao nível dos tribunais, com o progressivo alargamento do âmbito de controle e do legislador, que, por meio da Lei nº 59 de 1997, consequente decreto legislativo de execução nº 80 de 1998 e reforma de 2000, consubstancia o paradigma da repartição de jurisdições.

Diante de toda essa ruptura de modelo jurisprudencial e legislativo pelo qual a Itália passou, surge uma nova roupagem da Constituição da Justiça Administrativa que, em decorrência do poder constituinte material, rompe a redação formal e tradicional, ensejando à necessidade de uma conformação dos aspectos formais com os materiais.

A rigor, a reforma de 2000 da justiça administrativa surge também como forma de reconhecimento da europeização do sistema, mormente em três dimensões: 1ª



alargamento do âmbito de jurisdição administrativa, superando a distinção clássica entre direitos subjetivos e interesses legítimos, em razão da convergência europeia com o objetivo de munir o sistema italiano de uma lógica de caráter europeu distinguindo os litígios em razão da matéria e não em razão das situações subjetivas; 2ª criação de um regime específico de responsabilidade civil extracontratual da Administração em consonância com os demais sistemas e práticas europeias; e 3ª aperfeiçoamento da tutela cautelar, que surge como resposta aos inúmeros pedidos comunitários que declaravam a insuficiência do sistema vigente, autorizando o juiz não só a suspender o ato, mas também, a adotar medidas cautelares.

Portanto, é inegável o fato de que o contencioso administrativo italiano desde seu nascituro já combateu as amarras do modelo francês que lhe pareciam intrínsecas. O surgimento de uma repartição de competências em função das posições subjetivas foi apenas o início de um sistema que acolheu o modelo do administrador-juiz e que apenas na segunda metade do séc. XX conseguiu superar o entendimento objetivista e formal dado à sua Lei Fundamental.

Com a ação conjunta da jurisprudência e da doutrina houve o alargamento do âmbito da tutela dos direitos dos particulares administrados moldando a sistemática processual administrativa aos preceitos já consagrados sob o ponto da perspectiva constitucional e europeia as quais resultaram por contribuir para a democratização das garantias do contencioso administrativo italiano refletindo, tais alterações, nos demais sistemas constitucionais da América Latina.

## **2.5 França**

O contencioso administrativo francês, como fundamento da maioria das jurisdições europeias, teve uma importância primordial no desenvolvimento e evolução do sistema processual administrativo brasileiro.

Nasceu durante o período da Revolução Francesa e, diante do cenário favorável às liberdades individuais, fez sentir a necessidade de expansão das garantias ao longo da sua evolução.

Centralizado na ideia de que as tarefas de administrar e julgar eram concebidas à própria Administração e que os tribunais não podiam de forma alguma interferir na justiça administrativa invocando a separação de poderes, este argumento foi utilizado de

forma inicialmente equivocada tão-somente para não distinguir a função administrativa da função judicial.

O cerne da argumentação derivou nada mais de uma reação dos revolucionários contra a atuação dos parlamentos do Antigo Regime que colaboraram na luta contra a concentração do poder régio e o receio de que os tribunais pudessem colocar um entrave à atuação livre e desenfreada da Administração.

Nesse sentido, as razões da desconfiança em relação ao poder judicial eram assim de natureza política, uma vez que a sua atuação poderia dificultar ou até mesmo impedir a missão dos revolucionários.

É importante, ressaltar, entretanto, que da Revolução Francesa não surgiu um sistema processual completamente novo, havendo uma continuidade de técnicas e instrumentos jurídicos de controle da Administração antes e depois da Revolução. Com isso, pode-se afirmar, com segurança, que o Contencioso Administrativo francês traduziu-se numa fusão de elementos entre a antiga monarquia, conservada pelo Antigo Regime, com novos princípios e ideias liberais nascidos na Revolução.

Dessa forma, é possível dividir o contencioso administrativo francês em três fases distintas: um primeiro período entre 1789 e 1799 em que o julgamento dos litígios era remetido para os próprios órgãos da Administração, gerando a tal confusão entre a função administrativa e a função judicial; um segundo período entre 1799 e 1872 em que se remete a *justice retenue*. Dá-se a criação do Conselho de Estado responsável pela resolução dos litígios administrativos, surgindo assim um “minotauro” jurídico, corpo meio administrativo, meio judiciário; e, finalmente, um terceiro período após 1872 denominado *justice déléguée* em que as decisões do Conselho de Estado se tornam definitivas por delegação de poderes do poder executivo.

Posteriormente a este cenário histórico, a Justiça Administrativa vai progressivamente se tornando absolutamente relevante e se posicionando com independência em relação à Administração adquirindo assim a natureza de uma jurisprudência autônoma.

Esta transformação tem lugar na transição do Estado Liberal para o Estado Social, finais do século XIX e princípios do século XX, sendo consolidado com o Estado Providencia depois das Grandes Guerras do século XX.

Na França são dois os eventos que vão marcar este período do Contencioso Administrativo. O primeiro corresponde ao famoso caso Blanco de 1873 onde a sentença

reconhece o direito de indenização em caso de responsabilidade administrativa, mas que simultaneamente o nega, condicionando esse direito em função das necessidades de serviço<sup>32</sup>.

Assim, neste primeiro evento há propriamente dito a criação de um princípio novo para a nova etapa do Contencioso Administrativo, criado mais com o objetivo de assegurar a primazia da Administração do que preocupado com a proteção dos particulares.

Já, no segundo momento a marca é o reconhecimento e o prestígio alcançado pelo Conselho de Estado que passa a ser um verdadeiro tribunal. Embora haja o reconhecimento da jurisdicionalização administrativa, este resultou de um processo moroso e duradouro construído e desenvolvido a partir do fim do século XIX e ao longo do século XX devido às sucessivas atuações dos tribunais e por ação da jurisprudência.

Tal reconhecimento correspondeu à reafirmação da natureza plenamente jurisdicionalizada em que o juiz goza de plenos poderes em face da Administração e também à consagração da sua dimensão subjetiva, destinada à proteção integral e efetiva dos direitos dos particulares.

Na França a jurisdicionalização plena do contencioso administrativo só vai encerrar com o amparo da jurisprudência constitucional. É com base nas decisões colegiadas do Conselho Constitucional, que se reconhece que o contencioso administrativo deve ser apreciado por verdadeiros tribunais e, além do mais, se vê que a defesa dos

---

<sup>32</sup> Nas palavras de Maria Sylvia Zanella di Pietro, “Foi pela elaboração pretoriana desse órgão de jurisdição administrativa que se desenvolveram inúmeros princípios informativos do direito administrativo, incorporados ao regime jurídico de inúmeros outros países. Pode-se dizer que a autonomia do direito administrativo, ou seja, a sua posição como ciência dotada de objeto, método, institutos, princípios e regime jurídico próprios, começou a conquistar-se a partir do famoso caso Blanco, ocorrido em 1873, e que envolveu uma menina (Agnès Blanco) que, ao atravessar uma rua da cidade francesa de Bordeaux, foi colhida por uma vagonete da Companhia Nacional de Manufatura de Fumo, que transportava matéria-prima de um para outro edifício (cf. José Cretella Júnior, Tratado de direito administrativo, 1970, v. 8:22-23). Naquela oportunidade, o Conselheiro Davi, do Tribunal de Conflitos, proferiu o seu voto, colocando de lado o Código Napoleão e afirmando, pela primeira vez, o equacionamento e a solução da responsabilidade civil do Estado em termos publicísticos. Relembre-se que, nessa ocasião, ocorreu choque de competência entre o Conselho de Estado e a Corte de Cassação. O conflito era de atribuição negativo; suscitado perante o Tribunal de Conflitos - a quem cabia dirimir os conflitos dessa natureza entre a jurisdição comum e a administrativa - o Conselheiro Davi, entusiasmado com o caso, não só concluiu que o Conselho de Estado era competente para decidir a controvérsia, como também devia fazê-lo em termos publicísticos, já que o Estado era parte na relação jurídica. Acentua-se aqui a saída do instituto da responsabilidade do campo do direito civil, como então era tratado, para mergulhar no campo do direito administrativo, onde a relação entre preposto e preponente é diversa dessa mesma relação no campo do direito civil. Embora a decisão apenas confirmasse, quanto à competência da jurisdição administrativa, jurisprudência anterior do Conselho de Estado, adotada nos casos Rotschild (1855) e Dekeister (1862), ela inovava em dois pontos: quando definia a competência da jurisdição administrativa pelo critério do serviço público (responsabilidade por danos decorrentes do serviço público) e quando resolvia a questão com base em princípios autônomos, distintos daqueles adotados pelo Código Civil para as relações entre particulares. “A partir de então, inegável foi a contribuição do Conselho de Estado francês para a elaboração de princípios informativos do direito administrativo” (Direito Administrativo, Ed. Atlas, 29ª edição, p. 19).

particulares é a sua primordial atribuição. Com isso, o contencioso administrativo ganha autonomia definitiva.

Nesta esteira, algumas das reformas administrativas também contribuíram bruscamente para este desenvolvimento do contencioso administrativo. A rigor, a Lei de 16 de Julho de 1980 criou condições para a efetividade das sentenças dos tribunais administrativos, assim como para a utilidade do exercício de direitos processuais pelos particulares.

Daí a semente lançada da constitucionalização do processo administrativo.

Foram estas linhas que influenciaram o surgimento do contencioso administrativo brasileiro.

Veja, por exemplo, no período do império, o Conselho de Estado brasileiro podia ser dividido em dois períodos: o primeiro de 1824 até 1834 e que teve apenas uma discreta participação na vida jurídica do país e o segundo de 1841<sup>33</sup> até 1889 que teve grande influência na formação da cultura jurídica nacional.

O texto da Constituição Imperial de 1824 trouxe a proposta de um Conselho de Estado que superava todos os demais poderes do Estado. O Conselho de Estado brasileiro, sob esta ótica, surgiu como o executor do Poder Moderador.

Assim foi o que o artigo 10 da Constituição Imperial estabelecia: “Os Poderes Políticos reconhecidos pela Constituição do Império do Brasil são quatro: o Poder Legislativo, o Poder Moderador, o Poder Executivo e o Poder Judicial”.

Percebe-se, portanto, que o Conselho de Estado contribuía com o Imperador no exercício de seu Poder moderador, nos termos do disposto no artigo 142 da Carta Imperial e, ademais, os Conselheiros teriam as suas atuações limitadas pela própria responsabilidade no seu agir doloso, conforme dispunha o artigo 143: “São responsáveis os Conselheiros de Estado pelos conselhos, que derem, opostos às Leis, e ao interesse do Estado, manifestamente dolosos.

Destaca-se, portanto, que o Conselho de Estado na França surge por uma desconfiança do legislador revolucionário no Poder Judiciário que representava o antigo regime. Ao contrário, todavia, no Brasil, o Conselho de Estado nasce com a finalidade de assegurar a própria permanência do poder moderador.

---

<sup>33</sup> Projeto de criação do Conselho de Estado de 25 de agosto de 1841, com as emendas do Senado e o substitutivo apresentado por Bernardo Pereira de Vasconcelos <[www.senado.gov.br](http://www.senado.gov.br)>.

Esta alteração de fundamentos originais comprometeu, inclusive, a própria autonomia do sistema jurisdicional administrativo brasileiro e impediu a sua manutenção pós-Império não obstante algumas tentativas.

A propósito, no período pós-império, com a segunda Constituição Federal, promulgada em 1934, e com a inserção do mandado de segurança para a defesa dos direitos individuais, líquidos e certos, reconheceu, por outro lado, um importante instrumento de contenção de abusos praticados pelas autoridades administrativas.

Entretanto, a limitação da gama de privilégios de que gozava a Fazenda Pública, desde a época do império, se fez de forma lenta.

A rigor, por meio da Emenda Constitucional nº 01, de 17 de outubro de 1969, foi prevista a criação, por meio de lei ordinária, do Contencioso Administrativo, o qual não chegou a ser efetivamente criado, uma vez que não se via como conciliar a criação desse órgão com o disposto no art. 111 da Constituição Federal, que estatuiu a inafastabilidade do Poder Judiciário.

Objetivando facilitar a criação desse órgão administrativo, a Emenda Constitucional nº 7, de 13 de abril de 1977, alterou o art. 111 da Constituição Federal, condicionando o ingresso em juízo ao exaurimento das vias administrativas, desde que não se exigisse garantia de instância, nem se ultrapassasse o prazo de 180 dias para a decisão administrativa.

Neste instante o cenário nacional apontava forte inclinação para a adoção do sistema dual de jurisdição à semelhança do sistema Francês fato este que sofreu profundo revés com a Constituição Federal de 1988 com a consagração da jurisdição una prevista no art. 5º, LV, que assim dispôs: “Aos litigantes em processo administrativo, e aos acusados em geral, são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Mesmo possuindo toda esta herança imperial, não houve cessação de sua importância como molar propulsora para o desenvolvimento do sistema processual administrativo, haja vista a forte influência do modelo francês para a criação de uma jurisdição administrativa brasileira dada o trabalho prestado pelo Conselho de Estado brasileiro ainda que comprometido com o Império e com a própria noção de Poder Moderador.

## **2.6 Espanha**

A origem e evolução do contencioso administrativo Espanhol em muito se assemelha ao português, porque ambos se inserem em um modelo comum de países europeus os quais tiveram como matriz fundamental o sistema francês.

Como matriz, a França contribuiu com um conjunto de princípios que, em síntese, se circunscreviam à observância do princípio da separação de poderes e do princípio do Estado de Direito, em uma Administração Pública centralizada e executiva, com tribunais administrativos. Tribunais estes que, por não se inserirem nos tribunais comuns, determinavam uma jurisdição dual, que orientava a sua organização e funcionamento pelas normas do direito público, como é o caso do direito administrativo.

Esta Administração prevalecia-se do privilégio de autoexecutoriedade impondo para si e coercitivamente à eficácia externa dos seus atos perante os administrados. Dispensava-se, assim, a força exógena das decisões dos tribunais, os quais exerciam o controle jurisdicional centrado na estrita incidência da legalidade do ato administrativo e dos seus vícios.

O controle, portanto, centrava na estrita legalidade esvaindo-se de qualquer análise de mérito. Dessa forma, os tribunais mantinham o ato legal ou o anulavam por vício exógeno ou endógeno.

Não diferente da evolução portuguesa, a Constituição de Baiona, de 1808, após repetitivas revoluções liberais, despertou o interesse estatal para regulamentar diversos conteúdos administrativos que encerraram, em 1845, na inauguração de um sistema de justiça reservada o qual atribuía à função jurisdicional a órgãos de contencioso que eram os Conselhos Provinciais e o Conselho de Estado.

Estes órgãos, na primeira etapa, procediam à emissão de pareceres que careciam de homologação pelo poder executivo. Esta é a etapa em que o contencioso administrativo estava incorporado, quer na sua orgânica, quer no seu funcionamento, na estrutura da administração pública e condensava-se, desse modo, um sistema de justiça reservada.

Com a publicação da denominada *Ley Santamaria de Paredes*, em 1888, a etapa dos pareceres evoluiu e passou a ter a natureza de decisões, que dispensavam a referida homologação, configurando-se, assim, a existência de um sistema de justiça delegada.

Posteriormente, foi criado um departamento de Contencioso Administrativo no seio do Supremo Tribunal de Justiça, motivando, destarte, a Espanha a seguir, de uma forma inovadora, entre os pares continentais, o sentido diverso do modelo francês.

A consagração dos tribunais administrativos como tribunais especiais distintos, mas dentro de uma jurisdição comum, ficando, destarte, abandonada a dualidade de jurisdição tipicamente francesa, fez-se sentir um caminhar em sentido ao reconhecimento de identidade do sistema espanhol e do sistema anglo-saxão.

Esta natureza dos tribunais administrativos, como tribunais especiais no seio do poder judicial, com a conseqüente especialização dos seus magistrados, foi introduzida pela Lei de 27 de Dezembro de 1956 e, posteriormente, pela Lei de 26 de Dezembro de 1978, posteriormente aprimorada pela Lei 29/1998, de 13 de Julho, que se denominou por *Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998*.

Com a aprovação, em 1978, da Constituição democrática houve a concretização do Estado de Direito, com o respeito da dignidade humana, a consagração dos direitos inerentes às liberdades e garantias dos cidadãos e da tutela jurisdicional e da proteção desses direitos e dos seus interesses legítimos.

Surgiu, portanto, a partir deste marco histórico, à necessidade do controle jurisdicional da atuação administrativa subordinada a Lei e ao Direito, além da observância dos princípios da proporcionalidade, da igualdade, da imparcialidade. Isto representou um avanço além do princípio da legalidade dotado de um conteúdo substantivo e não meramente formal, como se havia verificado no passado.

Este movimento de constitucionalização do contencioso administrativo, iniciado na Alemanha, em 1949, conduziu à criação de uma jurisdição única, embrionada em 1904.

De igual sorte, ocorreu simultaneamente nos países europeus em que houve a aproximação entre vários sistemas de Contencioso Administrativo.

A Espanha foi pioneira nesse processo gradual que objetivava a instauração de um modelo comum e de garantia da proteção efetiva dos direitos dos particulares.

### **3. PRIMEIRA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL DO PROCESSO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO**

#### **3.1 Evolução do processo administrativo nas Constituições Federais**

Historicamente a política brasileira, em quatro séculos, revelou uma transição do absolutismo à democracia republicana passando por períodos de monarquia, autoritarismo e subdesenvolvimento generalizado.

Na época de 1930, conhecida como a “República Velha”, o povo foi governado por uma oligarquia de cafeicultores, centralizada, arcaica, marginalizante amparadas pelo sistema do coronelismo e da fraude eleitoral.

Já na era Vargas, em 1930/1945, foi implantada, em 1937, forte ditadura, com o fechamento do Congresso Nacional, extinção dos partidos políticos, absoluta intervenção estatal e centralização do poder.

Os Estados eram governados por interventores nomeados livremente pelo Presidente da República e o Governo Federal legislava sobre todas as matérias por meio de decreto.

Inerente à fase do autoritarismo, a Administração Pública personificou o autoritarismo, se tornou patrimonialista e contrária aos ideais republicanos e democráticos. Estas características acabaram influenciando todo o desenvolver do direito administrativo brasileiro marcado pelo “esquecimento” das garantias constitucionais outorgadas ao processo judicial.

Em 1946, a Constituição Federal, embora fosse promulgada, em pouco alterou o quadro anterior da administração pública, seus princípios e sua estrutura, restringindo-se a ampliar as regras destinadas aos funcionários públicos. Neste período, a Administração ainda possuía marcas de burocracia, ineficiência e autoritarismo.

No período do regime militar, 1964/1981, em que pese à tentativa de agilizar a Administração Pública no sentido de torná-la mais eficiente e prática, o Decreto nº 200/1967 acabou-se por criar inúmeras estatais e órgãos públicos autônomos os quais inviabilizaram o projeto de modernização.

Posteriormente, com a sucessão de atos institucionais, entres eles, o destacado AI-5, de 1968, que fechou o Congresso Nacional, suspendeu as garantias dos juízes e



autorizou o Executivo a legislar sobre todas as matérias, ratificou o arbítrio em toda a administração pública brasileira.

Nesta concepção, era impossível o desenvolvimento de um processo administrativo democrático, não havia espaços para diálogos, muito menos para defesa de interesses particulares em face da Administração Pública, pelo contrário, existia sim não só hierarquia no campo do direito material, como hierarquia no campo do direito processual, de modo que impossível era a vez da democratização do processo administrativo.

Foi com a Constituição Federal de 1988, que inseriu em seu texto a estrutura básica, a principiologia, os limites do exercício do poder, as novas responsabilidades funcionais, o dever de eficiência, o compromisso com a cidadania e a dignidade do ser humano, a contribuição para o desenvolvimento de uma teoria democrática do processo constitucional administrativo.

### **3.2 O estado de direito e suas implicações para a constitucionalização do processo administrativo**

As Constituições brasileiras anteriores à Constituição democrática de 1988 pouco se expressam acerca de garantias do processo. Ao contrário, havia certa parcimônia para reconhecer, no âmbito constitucional, garantias processuais outorgadas na esfera do processo penal e civil ao processo administrativo. Entretanto, com a promulgação da Carta Política de 1988, a sistemática garantista mudou bruscamente a ponto de outorgar, ao processo administrativo, as mesmas garantias reconhecidas ao processo judicial.

Nesse sentido, a elevação de garantias processuais administrativas ao patamar constitucional em 1988 tem profunda significação à luz das circunstâncias históricas, pois o país emergia de longo período de governos arbitrários, durante os quais não se pode dizer que fossem elas fielmente observadas. Era compreensível o cuidado de impregnar a nova Constituição de valores inerentes ao Estado de Direito que então se restaurava.

Em contraposição ao Estado de polícia<sup>34</sup> em que o Estado se valia de todas as medidas necessárias e tidas como lícitas para garantir à ordem jurídica, adveio o Estado de

---

<sup>34</sup> Estado de Polícia, para Pierangelo Schiera, é um conceito que adquiriu seu significado técnico na historiografia. Remonta mais precisamente “àqueles historiadores constitucionais alemães da metade do século XIX que, movidos por um compromisso político liberal-burguês, correspondente ao ideal constitucional do ‘estado de direito’, entenderam contrapor a esse, como fase antitética ou ao menos anterior ao desenvolvimento histórico das formas estatais, precisamente o ‘estado de polícia’. (SCHIERA, Pierangelo. “Estado de Polícia”. In BOBBIO, Noberto et al. Dicionário de Política. 13 ed. Brasília: UnB, p. 409, vol. I).

direito, construção do período pós-revolucionário, justamente para reconhecer e assegurar, tanto na esfera constitucional, como na esfera administrativa, os direitos dos cidadãos.

O Estado de direito é, nessa percepção, originário da obra iluminista de Rousseau que enxergava o Estado como decorrência do Contrato Social e em todo caso sujeito à ordem jurídica criada pelas leis, isto diverso da visão de Hobbes que via o Estado como o próprio criador do direito, não submetido a este, mas sim sendo sempre soberano<sup>35</sup>.

O surgimento do Estado de direito tem por objetivo não somente conter as ações do Estado, mas, além disso, assegurar aos particulares um campo de liberdades que passam a ser dotados de garantias constitucionais contra o poder do próprio Estado.

Como destacou Diego de Figueiredo:

seria necessário não só delimitar os campos de atividades dos indivíduos, de um lado, e do Estado, de outro, como contê-lo, para evitar que ele tendencialmente, exorbitasse esses limites, pois o poder do Estado, desproporcionalmente superior ao dos indivíduos, estaria sempre proclive a excedê-los<sup>36</sup>.

Portanto, o que mais merece destaque da definição do Estado de direito é o dever de o Estado ser submetido aos suas próprias leis de modo a respeitar, na integralidade, os direitos dos particulares envolvidos. O Estado, dessa forma, passa a não mais poder atuar de forma ilimitada, a seu bel prazer, mas, tão-só, amparado por regras jurídicas previamente estabelecidas.

A propósito este foi o sentido da Constituinte de 1988 ao estabelecer em seu art. 1º que a formação do Estado Brasileiro consubstancia a democracia de direito no seu núcleo e que, em decorrência disto, o conceito identificado no período pós-revolucionário não é mais estável, ou seja, agora é dinâmico no sentido de alcançar o elemento democracia.

A rigor, a noção de Estado de direito não pode ser mais concebida apenas como um Estado submetido cegamente às suas próprias leis, mas, em complemento, vinculado à realização de deveres jurídicos positivados que lhe são impostos pela ordem jurídica e compatíveis com a noção da democracia.

Por esta razão deverá se levar em consideração o respeito ao amplo espectro de direitos materiais e processuais conferidos pela Constituição Federal aos particulares

---

<sup>35</sup> Miguel Reale, Teoria do Direito e do Estado, p. 221.

<sup>36</sup> Diego de Figueiredo Moreira Neto, Curso de direito administrativo, p.17-18.

envolvidos na relação jurídico-processual administrativa a ponto de atuar, positivamente, em consonância à realização dos direitos fundamentais dos indivíduos.

Como destacou Robert Alexy, o direito á processualização constitui direito fundamental com caráter positivo<sup>37</sup>, isto é, com caráter de imposição de obrigação ao Estado de concretizar determinada ação a fim de realizar ou garantir um direito fundamental, na proporção em que se faz necessária uma ação, um fazer algo, do Estado.

A relação em processo e democracia é muito mais profunda do que científica. O processo, conforme leciona Marinoni não pode ser visto tão-somente como uma relação jurídica de natureza estritamente adjetiva, mas, ao contrário, com a finalidade de grande relevância para democracia na medida em que objetiva concretizar o conteúdo de direito material. Aliás, como menciona em sua obra “... O processo deve legitimar – pela participação –, deve ser legítimo – adequado à tutela dos direitos e aos direitos fundamentais – e ainda produzir uma decisão legítima<sup>38</sup>”.

Esta imensidão do processo, seja ele judicial ou administrativo, revela a importância do enfoque do regime democrático na medida em que obriga a Administração Pública a formalizar o *iter* preparatório das decisões com a participação dos administrados naquilo em que lhe pode ser afetado.

Nesse contexto, é reconhecível que o cidadão/administrado tem o direito democrático de participar ativamente da formação das decisões administrativas do Estado, em especial, aquelas que incidirão sobre seus interesses diretos ou indiretos. E, ainda mais, a Administração tem o dever de facilitar o acesso do cidadão ao processo administrativo, bem como proferir decisões revestidas de legitimidade processual e material.

Como destacou Egon Bockmann Moreira:

É importante também destacar que a compreensão da função democrática do processo administrativo presta-se igualmente à chamada “legitimação pelo procedimento”. À parte as célebres considerações de Luhmann acerca do tema, temos que a efetiva participação das pessoas privadas na elaboração dos provimentos administrativos que as afetarão se presta a justificar (ou mesmo a atribuir) a racionalidade e a justiça da decisão<sup>39</sup>.

Na proporção em que a Administração concede á oportunidade para o cidadão participar ativamente na formação das suas decisões, estas nascem quase que consensuais, fruto da racionalidade e inteligência, no ponto suficiente para atender estritamente às

---

<sup>37</sup> Robert Alexy, Teoria dos direitos fundamentais. Trad. Virgílio Afonso da Silva, p. 477 e ss.

<sup>38</sup> Teoria Geral do Processo, p. 401.

<sup>39</sup> Processo Administrativo, p. 85.

demandas. Isto representa uma força normativa dada às decisões a ponto não favorecer a ocorrência do fenômeno da desautorização legal, fenômeno este decorrente da famosa expressão “a lei não pegou”.

Sob este ângulo, a unicidade de opiniões contribui para o seu cumprimento espontâneo, razão pela qual passa a ser instrumento efetivo de legitimação da democracia por meio das decisões tomadas no seio do processo administrativo.

Sem isso, é imperioso reconhecer o aumento do déficit democrático no processo administrativo, porquanto estimula o distanciamento das decisões relevantes tomadas em importantes setores da economia sem que haja a participação de seus membros não eleitos nem, tampouco, subordinados direta ou indiretamente à Administração Pública.

A ruptura desse sistema antidemocrático para a formação das decisões administrativas é um dos grandes obstáculos a ser superado pela Administração Pública, pois ainda se encontra arraigada pelo forte marco do autoritarismo e institucionalizada há anos pela esfera não democrática.

No entanto, aos poucos, desde a década de 90, aproximadamente em 1996, com a implantação do plano nacional de desestatização e o surgimento das agências reguladoras, as decisões administrativas de tais entidades têm revelado um caráter mais técnico e de processualização com a participação do setor atingido pelos provimentos. A rigor, tem-se valido da *accountability* na formação das decisões levando-se em consideração a transparência, participação, informação, justificação e prestação de contas aos interessados, inclusive com a possível responsabilização de autoridades públicas.

A construção participativa, com realização de audiência pública para debates de temas de interesse de determinados segmentos, é um dos caminhos à democratização do processo administrativo na formação de decisões de impacto social e econômico. A propósito, afasta-se da influência estritamente política e se adotam parâmetros eminentemente técnicos os quais conferem segurança e estabilidade às decisões técnicas e imparciais.

Ocorre, entretanto, que o cuidado deve permear, por outro lado, à escolha dos formadores de decisões, pois, não é incomum, a pretexto de adoção de uma decisão estritamente técnica sustentar a discricionariedade e, assim, tentar elidir a participação de tais interessados, posto que a manifestação dos segmentos sociais afetados não possui qualquer amarra vinculante.

Portanto, o processo administrativo, tanto para a formação de decisões, como para a escolha dos seus dirigentes, deve ser alçado a uma dignidade superior a ponto de tornar uma realidade normativa democrática.

Em decorrência disto, um dos traços marcantes dessa democratização do processo administrativo é a atribuição de um *status* constitucional ao princípio da participação do administrado na formação das decisões administrativas.

A mudança de centralização do ordenamento jurídico brasileiro passando a Constituição Federal para o seu fundamento maior representa grande mudança de paradigmas do processo administrativo hodiernamente.

Com efeito, a supremacia da Carta Política favorece a integração da atividade administrativa até então desempenhada pelos princípios e regras constitucionais nela prevista de tal modo que é necessária uma revisão das estruturas do processo administrativo sob a ótica constitucional.

A rigor, o tratamento constitucional das garantias processuais foi iniciado com as Constituições italiana e alemã, tendo sido substancialmente ampliado nas Constituições espanhola e portuguesa<sup>40</sup>. O tratamento brasileiro, entretanto, se consolidou com a Constituição de 1988, oportunidade em que o constituinte discorrendo sobre o tema Administração Pública alargou um aspecto funcional ao invés de garantista.

Não obstante, trouxe alguns avanços com a enumeração de princípios basilares de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e, com a emenda constitucional 19/1998, o princípio da eficiência.

Sob estes pilares, a releitura das garantias do processo administrativo foi obrigatória para que se entendesse o porquê da constitucionalização do direito administrativo convolvando a legalidade em juridicidade administrativa.

Desse ponto, a lei deixa de ser o fundamento único e último da atuação da Administração Pública para se tornar um dos princípios do sistema de juridicidade instituído pela Constituição Federal.

Desenvolve o tema Juarez Freitas que descreve:

Este parece ser a melhor postura, em vez de absolutizações incompatíveis com o pluralismo nuclearmente caracterizador dos Estados verdadeiramente democráticos, nos quais os princípios absolutos são usurpados da soberania da Constituição, de que fala Gustavo Zagrebelski,

---

<sup>40</sup> Gustavo Binenbojm, Uma teoria do direito administrativo, p. 70.

deve ser vista antes de tudo, como soberania de princípios à procura da síntese no interprete constitucional<sup>41</sup>.

Dessa forma, a atividade administrativa, seja ela de cunho material ou de cunho processual, deve encontrar limite diretamente e não mais exclusivamente na lei formal, mas, diversamente, em regras ou princípios constitucionais dos quais decorrerão, sem necessidade de mediação do legislador, ações ou omissões da Administração.

É por isso que a lei, em alguns casos, a lei será o fundamento básico de existência e validade de determinados comportamentos processuais, entretanto, em outros casos, os próprios princípios constitucionais os serão, operando em juízos de ponderação com a legalidade de modo a validar comportamentos processuais para além ou até mesmo contra a disposição legal.

Sai-se assim de uma visão exclusivamente legalista para se adentrar na visão constitucionalista do processo administrativo de modo a permitir a Administração Pública atuar em campos normativos não sujeitos à reserva legal.

O que em algumas situações pode revelar ilegalidade ao olhar “cru” da legislação processual, com base nos princípios da moralidade, da proteção da confiança legítima e da vedação ao enriquecimento ilícito ou sem causa, mediante juízo de ponderação constitucional, no sentido de relativização do princípio da legalidade, é possível validar atos originalmente ilegais ou até mesmo os seus efeitos pretéritos.

Diante dessa nova roupagem do processo administrativo, a mitigação da discricionariedade administrativa se impõe, posto que o antigo mérito dos atos administrativos cederá lugar aos limites da razoabilidade e da proporcionalidade delineando, assim, um novo agir e pensar acerca da atividade administrativa.

### **3.3 O desenvolvimento do estado brasileiro sob a ótica do processo administrativo**

Durante a etapa evolucionária, o Estado tem adquirido características bem distintas e, em certo ponto, até antagônicas.

É certo que a transposição do Estado liberal para o Estado social, a título de exemplo, representou a substituição de uma postura de abstenção para uma postura de intervenção, a propósito, tipificada como a transformação do Estado de polícia para o Estado de serviço.

---

<sup>41</sup> Juarez Freitas, O controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais, 2004, p. 45.

Com esta nova roupagem, o Estado contemporâneo realizou inúmeras atribuições inovadoras, como, a rigor, foi definido por Dalmo de Abreu Dallari:

Um fato característico de nossa época é a presença do Estado em todos os setores da vida social. Ainda que se admita a prática de atos à margem do Estado, sem a sua interferência necessária, ele tem sempre a possibilidade de intervir, sendo bastante restrita a esfera de autonomia da vontade individual<sup>42</sup>.

Essa presença marcante do Estado em todas as áreas e atividades da vida social estabeleceu uma grande e numerosa rede de relações jurídicas com os particulares e até com os demais entes públicos, muitas delas, as quais resultaram conflitos, seja no exercício do poder administrativo, lhe inerente, seja na aquisição de bens e serviços de consumo ou de capital, na prestação de serviços públicos e na realização do poder de tributar.

É por esta razão que se deu ao Estado o rótulo da onipresença, posto que se fez presente em todas as searas públicas e privadas.

Nesta mesma linha, a solução destes conflitos de direitos surgidos em decorrência da presença marcante do Estado em todas as relações jurídicas se fez necessária mediante um processo administrativo justo, equânime e de equiparação de forças capazes de igualar, ao menos, na relação processual as armas postas à disposição.

A rigor, ouve necessidade, ainda, de pressupor a resolução, a ouvida de todos os interessados, a oportunidade de produzir provas bilateralmente e a importância de uma decisão justa à luz do Estado Democrático de Direito.

Foi com base neste conjunto de fatores que surgiu à ideia de um processo administrativo constitucional, como, de fato, tratou o art. 5º, inc. LV, da Constituição Federal oportunidade em que assegurou aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, o contraditório e a ampla defesa, com os meios e os recursos a ela inerentes.

Nesse sentido, Sergio Ferraz comentou:

A temática do processo administrativo, aliás, ganhou notável projeção, a partir da redação dada pela Constituição, em 1988, ao inciso LV do art. 5º da nossa Lei Magna. Como se sabe, no aludido preceito ao processo administrativo foram estendidas as garantias antes reservadas apenas ao processo judicial<sup>43</sup>.

---

<sup>42</sup> DALLARI, Dalmon de Abreu. O futuro do Estado. São Paulo: Moderna, 1980. p. 63-64.

<sup>43</sup> COSTA, Nelson Nery. 2003. p. 15.

Dessa forma, hoje há expressa base para a construção de uma verdadeira teoria do processo administrativo constitucional no direito brasileiro.

### **3.4 O papel coadjuvante do processo civil e penal na formação do processo constitucional administrativo brasileiro**

Diferentemente do processo civil ou penal, o processo administrativo se revela, muito mais, de âmbito regional ou local, haja vista as estruturantes constitucionais de competência para sua regulamentação no universo nacional.

A insuficiência das normas processuais administrativas de aplicabilidade uniforme, em que pese à limitação da competência legislativa de cada ente federativo, ainda traz limites insuperáveis à codificação do direito administrativo disciplinar, seguindo-se, apenas, à metade do caminho já percorrido pelo processo civil e penal.

A evolução da ciência processual administrativa, para ganhar status constitucional, passou por diversos períodos e consequências.

A propósito, em 1862, Visconde de Uruguai já externava a preocupação na necessidade de uma organização administrativa contenciosa que outorgasse garantias, ou seja, reconhecesse um complexo de formalidades as quais seriam imprescindíveis para submeter casos postos ao império ao julgamento reunindo todos os elementos importantes para o esclarecimento da verdade<sup>44</sup>.

Depois de 1889, o processo administrativo no Brasil ficou sem história, posto que no regime da Constituição de 1824 administrar não era só fazer executar as leis e os decretos, mas também resolver as dificuldades da execução e julgar as reclamações que a execução provocara, porque o poder de administrar, considerado no sentido mais amplo, importa logicamente, o poder de julgar administrativamente, isto é, jurisdição ou como se chamava na época justiça administrativa<sup>45</sup>.

A lição de Pereira do Rego perdeu-se no tempo desmerecendo depois o processo e a instrução processual, inclusive o respeito pelo complexo daquelas formalidades essenciais que, reunindo todos os esclarecimentos e provas necessárias para o

---

44 REGO, Vicente Pereira do. Elementos de direito administrativo brasileiro para uso das faculdades de direito do Império. 1860. p. 90. Acessado em 17 de fevereiro de 2016. <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/bd000094.pdf>>.

45 REGO, Vicente Pereira do. Elementos de direito administrativo brasileiro para uso das faculdades de direito do Império. 1860. p. 97. Acessado em 17 de fevereiro de 2016. <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/bd000094.pdf>>.



descobrimto da verdade se tornam imprescindíveis a qualquer sistema jurídico consolidado.

Com o advento da necessidade de se conferir maior proteção ao administrativo, com o surgimento da República, emerge da doutrina de Manoel de Oliveira Franco Sobrinho<sup>46</sup> um caminho para se reconhecer a imprescindibilidade do regular processamento das demandas litigiosas da Administração Pública para com o administrado a fim de assegurar o exercício de algumas garantias constitucionais já outorgadas ao processo civil e penal.

Paralelamente ao desenvolvimento constitucional da teoria geral do processo, o processo administrativo ganha corpo, dia a dia, após o enfrentamento de questões tributárias, disciplinares, militares, de contas, ambientais as quais exigia, da Administração Pública, preocupação com a manutenção dos seus julgados. A rigor, na época do império, as questões que lhe eram submetidas cabia recurso administrativo apenas ao Conselho de Estado que funcionava como uma corte administrativa definitiva de segundo grau.

A partir do reconhecimento da unicidade da jurisdição foi outorgado ao Poder Judiciário a característica típica de seus julgados, isto é, a definitividade, de modo que as questões submetidas à esfera exclusivamente administrativa poderiam, ainda, serem revistas sob o prisma da legalidade por aquele poder.

Muito embora a processualidade plena no Direito Administrativo foi iniciada pela Constituição Republicada de 1988, no art. 5º, inc. LV, é certo que a Constituição anterior de 1967 adotava o entendimento de que havia possibilidade absoluta de se impor sanções administrativas sem dilações sobre a justiça destas decisões e garantias dos administrados.

O código de processo penal e de processo civil, publicados segundo a Constituição de 1967, tinham traços marcantes do autoritarismo da época grafados com mínimas garantias constitucionais aos acusados, o que, por sua vez, influenciaram significativamente o processo administrativo tanto foi que o instituto da verdade sabida era aplicado rotineiramente no processo administrativo disciplinar com total desapego à simetria processual civil e penal.

Com a Constituição Federal de 1988 a ampla defesa dos acusados em geral foi incisivamente consagrada, diversamente da forma como estava prevista na Constituição Federal de 1967 que, de forma mais branda, era disposta no art. 150, §15º. Essa novel

---

<sup>46</sup> SOBRINHO, Manoel de Oliveira Franco. A prova no processo administrativo, cit., p. 83.

disposição, alavancou a simetria processual entre a seara administrativa e a seara penal, já que ambas as leis materiais têm conteúdos análogos e a mesma natureza sancionatória.

Desse modo a simetria processual advinda com a Constituição Federal de 1988 a qual não trouxe distinções às espécies e as instâncias de julgamento autorizou a composição simétrica entre o processo penal e o processo administrativo, sem que este último, por insuficiência legislativa, não pudesse dar plenitude às garantias constitucionais que se consubstanciaram no devido processo legal.

O que se busca não é igualar o processo penal e civil com o processo administrativo, mas assegurar as mesmas garantias constitucionais aos administrados porquanto ao ganhar status constitucional o processo, com um todo, passou a ser regido por novas bases repletas de cientificidade, de sorte que sua disciplina deixa de ser simplista, reducionista, para apresentar-se no mesmo nível dos demais ramos do direito.

Essa nova concepção constitucionalizada do processo administrativo, não obstante a insuficiência de normas a respeito, deve se valer da simetria constitucional processual como princípio maior e técnica de suplementação das carências as quais costumavam inviabilizar o exercício do administrado.

Portanto a grande contribuição da ciência processo, como nascedouro da teoria geral do processo, foi transcender ao direito administrativo todos os avanços da processualidade consagrada incorporada ao sistema constitucional de garantias às partes fortalecendo mais um braço de jurisdição do Estado a fim de que ganhe corpo às decisões administrativas e se tornem, a curto prazo, cada vez menos duplicadas na esfera judicial devido à observância do próprio Estado às regras constitucionais materializando, por fim, o Estado Democrático de Direito.

### **3.5 Nascedouro atrofiado da visão do processo administrativo brasileiro**

Tanto o processo judicial como o processo administrativo retira o seu fundamento de existência e validade da Constituição Federal.

Ambos possuem a mesma finalidade em sentido amplo, isto é, são direcionados para viabilizarem a prática de um ato do Estado.

Sob esta ótica, há muita identidade na formação e no seu desenvolvimento, porém um grande distanciamento quanto ao respeito de suas garantias constitucionais e esquemas lógicos de tramitação.

Entre as aproximações se destaca à necessidade da existência de um julgador absolutamente imparcial, ou seja, um terceiro apto para julgar a causa sem que permeasse influência estatal. Embora a técnica do processo administrativo seja conferir o poder de julgar a um servidor pertencente ao quadro da Administração Pública e, portanto, aparentemente interessado em julgar a favor de sua instituição, não é assim que se procede.

Com efeito, a atividade do agente julgador não se pode limitar ao suposto interesse da administração, mas à própria finalidade do ato com relação aos motivos e as provas obtidas no processo administrativo.

Em que pese ao processo administrativo ser ausente à figura de um terceiro estranho à relação entre as partes, a falta desta substitutividade não compromete a garantia da imparcialidade, posto que há possibilidade de um amplo controle judicial da própria atividade administrativa.

Além disso, o respeito à ampla defesa e ao contraditório, razoabilidade dos prazos de decidir, competência, juiz natural, provas lícitas e ilícitas e suas derivações, comunicações de atos, motivação, publicidade dos atos processuais, direito à participação efetiva na formação de decisões e instrumentalidade das formas são alguns dos pontos que convergem na identidade das garantias constitucionais. Alias, não há razões para, atualmente, distinguir em termos de garantias constitucionais as outorgadas ao processo judicial das outorgadas ao processo administrativo.

A propósito, veja-se com relação ao contraditório, o qual tem duplo sentido: um para partes e o outro para o julgador. Para partes, significa as mesmas oportunidades de se pronunciar sobre as pretensões e razões; o poder de contra argumentar as razões que lhe são expostas pela parte adversa. É a dialética do sistema processual que também é inerente ao processo administrativo. Ampla defesa é o poder de aduzir todas as espécies de defesa possíveis, sejam elas de ordem pessoa, filosófica, técnica, espiritual.

Ainda, o juiz natural em que veda a constituição de órgão julgador para julgar fato verificado posteriormente à sua ocorrência. É conhecer antes do início do processo, à luz de critérios genéricos, que órgão administrativo será competente para julgar e quais normas atinentes à competência sejam uniformemente aplicadas a todos os casos que apresentarem as mesmas características. A rigor, da igualdade perante a lei deriva a igualdade perante a justiça<sup>47</sup>.

---

<sup>47</sup> Eduardo Ferrer Mac-Gregor e Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, Estudos de Direito Processual Constitucional, Ed. Malheiros, p. 50.

A publicidade, por sua vez, obriga que os atos processuais administrativos sejam públicos, ou seja, acessíveis ao controle social do cidadão, podendo, por outro lado, serem restringidos excepcionalmente em casos de imperativo de segurança da sociedade ou segurança do Estado.

Qualquer diferença que haja compromete à legitimidade das decisões administrativas porquanto, como ressaltado, a finalidade de ambas se concentra na realização do interesse público, seja ele no interesse coletivo, seja ele no interesse de promover a segurança jurídica.

Não obstante, com a constitucionalização do processo administrativo, muito já se deixou para trás a visão do período da *extraordinária cognitio* do direito romano em que a apelação tinha uma conotação muito mais hierárquico-autoritária de controle da administração por parte de organismos superiores que chegavam até o imperador, um verdadeiro meio de fiscalização dos magistrados, na medida em que, sendo a atividade judiciária realizada pelos mesmos funcionários que exerciam a atividade administrativa, não existia, evidentemente, uma independência dos juízes *a quo* em relação àqueles *ad quem*<sup>48</sup>.

Dessa forma, não se discute mais no processo administrativo a supremacia absoluta do interesse público, tanto é surge figuras extraídas do processo judicial como a efetiva participação dos administrados na formação das decisões administrativa e a importante figura da conciliação.

Isso mostra realmente a tendência de unificação de uma teoria geral do processo abrangendo o processo administrativo já que alçado à garantia constitucional para efetivação dos direitos tanto da Administração Pública quanto dos administrados.

Entre as diferenças que, ainda, sobressai aos olhares técnicos é a iniciativa. A propósito, *iudex ne procedat ex officio* não é respeitada na instauração do processo administrativo em que pese à divergência de interesses entre o particular e a própria Administração.

Compreende-se, por outro lado, que a função judicial fundamenta-se nesse brocardo por duas razões bem simples: a primeira para garantir a imparcialidade do julgador e a segunda é evitar a litigiosidade entre as partes. A propósito, em que pese à exceção do inventário *ex officio* tal praticada, além de incompatível constitucionalmente, está em absoluto desuso.

---

<sup>48</sup> Oreste Nestor de Souza Laspro, Duplo Grau de Jurisdição no Direito Processual Civil, RT, 1995, p. 43.

Outra diferença que sobressai é a coisa julgada em que no processo civil possui um maior espectro de modo a abranger tanto situações endoprocessuais como situações panprocessuais.

A limitação da coisa julgada administrativa resulta na existência da unicidade jurisdicional brasileira de modo que nenhuma lesão ou ameaça ao direito poderá ficar excluído da apreciação pelo Poder Judiciário. É, destarte, compreensível a opção do constituinte pela adoção da unicidade, posto que recém-saída de uma época marcada pelo totalitarismo do regime militar brasileiro em que suprimiu uma série de garantias constitucionais vulnerando à própria sociedade.

O amadurecimento da democracia brasileira e a confiabilidade às instituições administrativas, já destituídas do rogo do autoritarismo, com o decorrer do tempo, permitirá à evolução do processo administrativo a ponto de se tornar uma referência de constitucionalidade, de respeito às garantias e identidade com o processo judicial a ponto de contribuir significativamente para adoção de uma teoria geral do processo única.

### **3.6 Um caminho para especialização da justiça administrativa no judiciário brasileiro**

O sistema brasileiro de justiça não acolheu o contencioso administrativo quando do advento da última constituição republicana de 1988. Entretanto, adotou o sistema de jurisdição unitária do direito anglo-saxão. Por outro lado, contou com a importação das origens históricas do direito administrativo francês, romano-germânico, para definir institutos e proceder da Administração Pública de modo que incorporou, também, alguns elementos do sistema de contencioso.

Essa miscigenação de sistemas adotada pela legislação brasileira repercutiu no direito administrativo quanto à resolução dos litígios administrativos.

A rigor, o interessante é que, diversamente como defendido pela doutrina embasada em Dicey<sup>49</sup>, o direito administrativo brasileiro não se apoiou exclusivamente no sistema de base romanística. A propósito, é inegável que o direito dos países do sistema romanístico influenciou fortemente o direito administrativo brasileiro, todavia, houve também incisiva influência dos modelos de direito dos países da *common law*.

---

<sup>49</sup> DICEY, Albert Venn, op. Cit., p. 339-340.

Dessa forma, é seguro identificar que o direito administrativo brasileiro sofreu, nessa fase, influência do direito americano, como se pode destacar o sistema de unidade de jurisdição, à medida que outorgou a competência constitucional para decidir os litígios, ainda que versassem sobre o direito administrativo, com caráter de definitividade, ao Poder Judiciário; à jurisprudência como fonte do direito e à submissão da Administração Pública, quanto ao critério de legalidade, ao controle jurisdicional do judiciário. Submissão esta que abstraiu a análise meritória do conteúdo do ato administrativo pelo judiciário, sob pena de se reconhecer, expressamente, a violação da separação das funções do Estado.

Quanto ao conteúdo do direito administrativo material, às teorias e aos princípios foram influenciados pelo direito francês criado pela jurisdição administrativa estrangeira que, lentamente, pela decisão de casos concretos, foi mitigando o direito privado antes aplicado à Administração e criando regime jurídico próprio que acabou por dar autonomia ao direito administrativo<sup>50</sup>.

Dessa autonomia do direito administrativo, nasceu à necessidade de se distanciar do sistema da common law, pois este repelia a ideia de existência de um regime jurídico especial para a Administração Pública, como também a existência de tribunais administrativos para decidir os litígios em que ela fosse parte interessada.

Inexistindo Tribunais Administrativos coube ao Poder Judiciário, em forma de monopólio de jurisdição, a função decidir os casos submetidos com o caráter de definitividade.

Ocorre, entretanto, que, embora o direito positivo tenha previsto a unidade de jurisdição e o princípio da legalidade, várias das questões afetas aos tribunais foram sendo julgadas com base nas teorias e princípios não consagrados no próprio direito positivo construídos por força de influência romanística própria dos países onde existe o contencioso administrativo.

Dessa forma, muitas das autoridades administrativas responsáveis pela interpretação do direito administrativo passaram a construir elementos doutrinários capazes de influenciar os julgadores do Judiciário.

---

50 PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. O Direito Administrativo Brasileiro Sob Influência dos Sistemas de Base Romanística e da Common Law. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.º. 8, nov/dez - 2006/ jan de 2007. Disponível na Internet: Acesso em: 01 de julho de 2015.

Aliás, para o direito francês, falar em princípio da legalidade significa falar na força obrigatória das decisões do Conselho de Estado, órgão de cúpula da jurisdição administrativa, o que, entretanto, não ocorre no Brasil.

O tema ganhou novamente fôlego com o advento do novo código de processo civil<sup>51</sup>, posto que para a nova sistemática processual o princípio da legalidade passou a abarcar o princípio do stare decisis, que dá força obrigatória aos precedentes judiciais.

Diante disso, as decisões judiciais agora produzem tendências normativas cogentes capazes de obrigar a esfera administrativa, motivo pelo qual há uma razão a mais para se exigir da organização judiciária a especialização do judiciário para as questões eminentemente administrativas afetas à sua jurisdição.

Veja, por exemplo, a discussão levantada por Rafael Soares Souza:

Indiscutivelmente, a maior parte dos litígios administrativos são apreciados pelas Justiças comuns Federal e Estadual, cuja participação do setor público é de 77% e 31%, respectivamente<sup>274</sup>. Na Justiça Federal julgam-se processos nos quais há interesse de algum ente federal, seja na posição de autor, réu, assistente ou oponente, exceto as causas falimentares e de acidente de trabalho - competência em razão da pessoa [art. 109, I da Constituição]. A competência da Justiça Estadual, por sua vez, absorve todo o restante. Internamente, há varas privativas dos feitos da Fazenda e Juizados Especiais da Fazenda Pública, e nos tribunais de justiça, turmas ou câmaras dedicadas ao direito público. No Superior Tribunal de Justiça, é a 1ª Seção, composta pelas 1ª e 2ª turmas, a responsável pelos litígios de direito público; no Supremo Tribunal Federal não há especialização alguma<sup>52</sup>.

Nesse sentido, continua o autor a reconhecer a unidade de jurisdição elencando diversos encargos tipicamente administrativos exercidos pelo Poder Judiciário a reclamar a necessidade de uma especialização dos órgãos jurisdicionais para julgar estas matérias que lhe são afetas:

- os conflitos de atribuição entre Ministério Público Federal e Estadual, em matéria extrajudicial, são decididos por órgão jurisdicional e não

---

51 Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015

52 SOUZA, Rafael Soares. *Justiça administrativa: o modelo brasileiro*. 2014. 150 f. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2014, p. 84-86.

administrativo. Cabe ao Supremo Tribunal Federal julgá-los [art. 102, I, "f" da Constituição - conflito federativo]; - os serviços notariais e de registro, embora dotados de natureza técnico-administrativos, quem fiscaliza e seleciona via concurso os delegados, é o Poder Judiciário [art. 236 da Constituição e art. 1º da Lei 8.935/94]; - o serviço eleitoral, englobando alistamento, registro de candidaturas, votação e apuração, atividades materialmente administrativas, são executados pela Justiça Eleitoral [Lei nº. 4737/65 - Código Eleitoral]; - o pagamento de precatórios e requisições de pequeno valor, cujos valores são consignados ao Judiciário, são atividades administrativas e, por isso, não sujeitas ao recurso extraordinário [Súmulas 311 do Superior Tribunal de Justiça e 733 do Supremo Tribunal Federal]; - o art. 103-A, § 3º da Constituição estatui reclamação direta ao Supremo Tribunal Federal na hipótese de decisão judicial ou administrativa contrariar enunciado de súmula vinculante, negar-lhe vigência ou aplicá-la indevidamente. O art. 64-B da Lei 9.784/99 determina que, acolhida a reclamação pelo Supremo Tribunal Federal, dar-se-á ciência à autoridade administrativa para que profira nova decisão, sob pena de responsabilização. Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, a natureza jurídica dessa reclamação é a de recurso hierárquico, colocando o Supremo Tribunal Federal como instância final das vias administrativas.

Dessa forma, conclui-se que havendo no sistema brasileiro tanto uma justiça administrativa no seu sentido formal a qual reclama uma organização administrativa composta por órgãos administrativos afetos as funções executivas e legislativas, há, outrossim, a justiça administrativa material em que litígios fundados em direito administrativos são repetidamente julgados tanto pelo órgão administrativo como pelo órgão judicial necessitando, em relação a estes, a especialização de sua competência a fim de que suas decisões com força, de precedentes judiciais obrigatórios, possa ser resultante da maior celeridade e da melhor aplicação do direito trazido pela doutrina especializada.

É a especialização, portanto, da competência jurisdicional em relação ao tema proposto e de seu conteúdo material que se torna imperiosa para que se possa refletir o anseio da Constituição em permitir, ao processo administrativo, que também seja assegurada as garantias constitucionais outorgadas pelo constituinte originário de 1988 ao processo judicial em geral concretizando-se, assim, a simetria de garantias desejada.



#### 4. GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO

Os princípios constitucionais brasileiros são vetores centrais do sistema, constituindo o alicerce do ordenamento jurídico que unem os valores constitucionais os quais se irradiam por todo o sistema de normas jurídicas.

O processo administrativo é, antes de tudo, uma decorrência dos princípios constitucionais da legalidade e do devido processo legal, ou seja, aos litigantes em processo judicial ou administrativamente deve assegurar o contraditório e a ampla defesa, tendo todos os meios e recursos necessários para a elucidação do litígio.

Os princípios são normas jurídicas que servem como parâmetro hermenêutico e como elemento para que os espaços vazios que existirem sejam preenchidos pela lei.

Silvio Rodrigues ensina que:

quando a lei é omissa sobre algum problema, ou sobre a solução de alguma relação jurídica, diz-se que há uma *lacuna na lei*. Esta é inevitável em qualquer ordenamento jurídico, porque o legislador, por mais sagaz que seja, não pode prever todos os casos capazes de aparecer nas relações entre os indivíduos. E, mesmo que antevisse todas as relações jurídicas presentes, não teria o dom de prever casos que o progresso trará<sup>53</sup>.

A Lei n. 9784, de 29/01/99 – Lei do Processo Administrativo Federal – no seu art. 2º, refere-se expressamente aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.<sup>54</sup>

Dentre todos estes princípios, o da Legalidade e o da Supremacia do Interesse Público são os essenciais, pois é deles que surgem todos os outros.

Outras leis específicas tratam expressamente os princípios específicos de determinados processos, como ocorre com a Lei nº 8666, de 21/06/1993 que trata sobre licitação e contratos e a Lei n. 8987, de 13/02/1995, sobre concessão e permissão de serviço público.

---

<sup>53</sup> RODRIGUES, Silvio. Direito Civil. Parte geral. V. 1. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 21

<sup>54</sup> BRASIL. Lei n.9784, de 29/01/199 – Lei do Processo Administrativo Federal - art. 2º

Segundo David Araújo e Vidal Nunes Jr:

os princípios determinam a regra que o intérprete deve adotar, portanto reafirmam que há uma hierarquia interna valorativa dentro das normas constitucionais, sendo os princípios superiores pelo seu caráter de regra estrutural<sup>55</sup>.

#### **4.1 Da legalidade tradicional às suas derivações**

O princípio da legalidade é um dos mais importantes do Direito Administrativo, pois, nasce juntamente com o Direito administrativo.

A Constituição Federal de 1988, no seu art. 37, caput,<sup>56</sup> consagra os princípios basilares da administração pública, destacando o princípio da legalidade administrativa, trazendo a ideia de que a administração pública deve estar de acordo com a lei e respeitar a lei.

Para o doutrinador Hely Lopes, o princípio da legalidade ocorre quando:

o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso<sup>57</sup>.

O Princípio da Legalidade é visto sob dois enfoques o primeiro para a administração pública que é o da reserva de lei e o segundo para o particular que é a ideia de supremacia da lei, entretanto, para o Direito Administrativo brasileiro o que vigora é a ideia da reserva legal.

De acordo com a doutrina tradicional, o princípio da legalidade para a administração pública, restringe a atuação naquilo que é previsto e autorizado por lei.

Eis a lição doutrinária:

Atualmente, tem prevalecido, na doutrina clássica e na praxe jurídica brasileira, a ideia da vinculação positiva da administração à lei. Vale dizer: a atuação do administração depende de prévia habilitação legal para ser legítima. Na célebre lição de Hely Lopes Meirelles, apoiado em

---

<sup>55</sup> ARAUJO, Luiz Alberto David e NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 67

<sup>56</sup> BRASIL. Constituição 1988. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, Senado, 2015.

<sup>57</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 34ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2014, p. 89

Guido Zanobini: Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo o que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza<sup>58</sup>.

O princípio da legalidade já era consagrado na doutrina há pelo menos uma década, com a visão de que atuação administrativa deve estar em sintonia com as normas constitucionais, para além do respeito à mera legalidade.

Atualmente houve uma visão da essência do princípio da legalidade para abarcar não só a obediência à lei e ao texto positivado da Constituição, mas o respeito ao direito como um todo, reunindo normas e princípios jurídicos, explícitos e implícitos.

A doutrina destaca que:

Ademais, com a crise na concepção liberal do princípio da legalidade o advento do Pós-positivismo, a atuação administrativa deve ser pautada não apenas pelo cumprimento da lei, mas também pelo respeito aos princípios constitucionais, com o objetivo de efetivar os direitos fundamentais<sup>59</sup>.

Assim, a legalidade está reunida no princípio da juridicidade, apontando como exemplo deste o disposto no artigo 2º, parágrafo único, inciso I, da Lei 9.784/9960.

Com efeito, o princípio da legalidade sofreu uma nova interpretação, estabelecendo regras ao intérprete do direito com capacidade de discernir que a vinculação da Administração Pública não se limita apenas àquilo que a lei dispõe, mas aos limites impostos ao ordenamento jurídico como um todo, de onde deve extrair sua legitimidade.

Esse entendimento para o operador do direito gera consequências muito importantes, uma vez que o controle judicial dos atos administrativos é submetido à apreciação do Poder Judiciário ganhando novos horizontes.

## **4.2 Da participação no processo administrativo**

Trata-se de princípio de grande destaque, demonstrando as formas pela quais a participação popular pode contribuir para o exercício direto da democracia, meio este eficaz para a concretização dos direitos fundamentais.

---

<sup>58</sup> OLIVEIRA, Rafael Carvalho. Curso de Direito Administrativo. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2014, p. 26

<sup>59</sup> OLIVEIRA, Rafael Carvalho. Ob. cit. p. 27

<sup>60</sup> BRASIL. Lei n. 9784, de 9/01/1999 – Lei do Processo Administrativo Federal - Art. 2º, § único, inciso I

A participação dos administrados no processo administrativo possibilita a interlocução entre a sociedade e o poder público, correspondem a mecanismos de legitimidade das medidas estatais, bem como, a tomada de decisões que atendam as prioridades sociais, ou seja, ao atendimento dos interesses públicos imediatos.

Mister a importância de o cidadão tomar conhecimento das decisões administrativas, e como e como consequência, consciência de sua responsabilidade em atuar de forma efetiva na transformação social.

O Brasil sendo um Estado Democrático de Direito deve o processo submeter-se a normas democráticas, na medida em que garante ao cidadão a participação, exercendo influência no resultado final, participação esta que legitimará a atuação do Estado e possibilitará o controle da atividade estatal, característica presente na democracia.

Na Lei nº 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito federal, disciplina no capítulo X dois instrumentos de interlocução comunitária relativo à instrução do processo administrativo, traduzido no artigo 31 que prevê a consulta pública e no art. 32 ser refere às audiências públicas e no artigo 33 que trata da participação popular direta ou por meio de associações.<sup>61</sup>

O art. 31 da Lei de Processo Administrativo elenca os requisitos necessários para a possível abertura de uma consulta pública, a qual somente ocorrerá se a matéria envolver assunto de interesse geral, não existir prejuízo para a parte interessada, sendo que o órgão público responsável deverá proferir despacho motivado justificando a sua realização.

A propósito, a discricionariedade do órgão público em abrir consulta pública deve prevalecer em face da contrariedade do particular, parte no processo, porquanto se deve prevalecer o princípio do interesse público sobre o privado, desde que, não traga prejuízo ao particular.

Já nas audiências públicas, envolvem debate oral entre os administrados e a Administração, conforme determina o art. 32 da citada lei.<sup>62</sup>

Assim, não há obrigatoriedade na convocação de audiência pública, ficando a cargo do órgão público a decisão, desde que presentes os requisitos enunciados no artigo supramencionado.

Há que se ressaltar, que nem a audiência pública, nem a consulta pública vincula a decisão a ser tomada pela Administração, a qual terá que motivá-la, bem como,

---

<sup>61</sup> BRASIL. Lei n. 9784/1999 – Lei do Processo Administrativo Federal - artigos 31, 32 e 33.

<sup>62</sup> BRASIL. Lei n. 9784/1999 – Lei do Processo Administrativo Federal – art. 32.

deverá apresentar os resultados da consulta ou audiência pública com a indicação do procedimento adotado, conforme dispõe o artigo 34: “os resultados da consulta e audiência pública e de outros meios de participação de administrados deverão ser apresentados com a indicação do procedimento adotado<sup>63</sup>”.

O artigo 31, §2º da Lei nº 9.784/99 determina que o comparecimento à consulta pública não confere a condição de interessado do processo, mas o direito de obter da Administração resposta fundamentada, que poderá ser comum a todas as alegações substancialmente iguais<sup>64</sup>.

Os instrumentos de participação popular presentes na lei federal de processo administrativo são hábeis a garantir a legitimidade do agir administrativo, tendentes a diminuir condutas que visem interesses meramente particulares e escusos no âmbito da Administração Pública.

Já o art. 33, permite que as entidades administrativas, em matéria relevante, estabeleçam outros meios de participação de administrados diretamente ou por meio de organizações e associações legalmente reconhecidas, demonstrando que os instrumentos disciplinados na lei não são taxativos, podendo a Administração utilizar-se de mecanismos diversos de participação popular, dentre eles: o conselho de gestão de políticas pública<sup>65</sup>.

Tanto a consulta, a audiência pública e os conselhos de gestão de políticas públicas são exemplos de modelo de processo administrativo democrático, os quais concretizam a legitimidade das decisões administrativas. Estas decisões são questionadas, discutidas em um ambiente social dialético, com contribuição direta da sociedade.

#### **4.3 Da razoável duração**

É um direito fundamental, que visa assegurar a celeridade na tramitação do processo, no sentido de facilitar o acesso à justiça ao cidadão, com vistas à efetividade da prestação jurisdicional.

Introduzido pela Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004, no art. 5º, inciso LXXVIII, que "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação"<sup>66</sup>.

---

63 BRASIL. Lei n. 9784/1999 – Lei do Processo Administrativo Federal – art. 34.

64 BRASIL. Lei. n. 9784/1999 – Lei do Processo Administrativo Federal – art. 31, §2º.

65 BRASIL. Lei n. 9784/1999 - Lei do Processo Administrativo Federal – art. 33.

66 BRASIL. Constituição 1988 – Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, Senado, 2015

O legislador deve criar mecanismos para que a tramitação dos processos seja mais rápida, a fim de dar maior eficácia à norma constitucional, conduzindo o processo com a celeridade possível.

Humberto Theodoro Júnior ensina:

A primeira grande conquista do Estado Democrático é justamente a de oferecer a todos uma justiça confiável, independente, imparcial e dotada de meios que a faça respeitada e acatada pela sociedade<sup>67</sup>.

A Constituição de 1988 ampliou ao processo administrativo todos os princípios processuais constitucionais, a exemplo do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, colocando em discussão os direitos do administrado em face dos atos do Poder Público.

O direito à razoável duração do processo tem aplicação imediata, conforme dispõe o art. 5º, parágrafo 1º, da Constituição Federal, segundo o qual "as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata"<sup>68</sup>.

Os princípios da celeridade e da duração razoável do processo devem ser aplicados concomitantemente aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, de modo que o trâmite do processo não se estenda além do razoável, e tampouco se agilize a ponto de comprometer a ampla defesa e o contraditório, o que provavelmente poderá trazer prejuízos a uma das partes.

José dos Santos Carvalho Filho em seus Comentários à Lei nº 9.784, de 1999, estabelece que a celeridade é o sentido dado à eficiência quando aplicado no processo administrativo, senão confira-se:

No processo administrativo, o princípio da eficiência há de consistir na adoção de mecanismos mais céleres e mais convincentes para que a Administração possa alcançar efetivamente o fim perseguido através de todo o procedimento adotado. Exemplificamos com o aspecto relativo à produção de provas (arts. 29 a 47). É necessário dar cunho de celeridade e eficiência nessa fase, com a utilização de computadores, com a obtenção de documentos pelas modernas vias da informática e, por que não dizer, por gravações de depoimentos para minorar o gasto do tempo que ocorre

---

<sup>67</sup> THEODORO JR, Humberto. Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil, Ano VI, n. 36, p. 20, jul/ago. 2005

<sup>68</sup> BRASIL. Constituição 1988 – Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, Senado, 2015.

nessas ocasiões. A eficiência é, pois, antônimo de morosidade, lentidão, desídia. A sociedade de há muito deseja rapidez na solução das questões e dos litígios, e para tanto cumpre administrar o processo administrativo com eficiência<sup>69</sup>.

O Egrégio Superior Tribunal de Justiça, anterior à Emenda Constitucional nº 45, dispunha sobre o fato da mora ou omissão administrativa importar em violação aos princípios da eficiência e da razoabilidade, abaixo exposta:

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. ANISTIA POLÍTICA. ATO OMISSIVO DO MINISTRO DE ESTADO ANTE A AUSÊNCIA DE EDIÇÃO DA PORTARIA PREVISTA NO § 2º DO ART. 3º DA LEI 10.559/2002. PRAZO DE SESSENTA DIAS. PRECEDENTE DO STJ. CONCESSÃO DA ORDEM

(.....)

Entretanto, em face do princípio da eficiência (art. 37, caput, da Constituição Federal), não se pode permitir que a Administração Pública postergue, indefinidamente, a conclusão de procedimento administrativo, sendo necessário resgatar a devida celeridade, característica de processos urgentes, ajuizados com a finalidade de reparar injustiça outrora perpetrada. Na hipótese, já decorrido tempo suficiente para o cumprimento das providências pertinentes – quase dois anos do parecer da Comissão de Anistia -, tem-se como razoável a fixação do prazo de 60 (sessenta) dias para que o Ministro de Estado da Justiça profira decisão final do processo administrativo, como entender de direito. Precedente desta Corte. 4. Ordem parcialmente concedida<sup>70</sup>. (MS 9420/DF, Rel. Ministra LAURITA VAZ, TERCEIRA SEÇÃO, Julgado em 25.08.2004, DJ 06.09.2004, p. 163).

Assim, deve haver um equilíbrio que assegure os direitos fundamentais do cidadão no processo, sem que haja dilações processuais no decorrer do processo.

---

<sup>69</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. Processo Administrativo Federal (Comentários à Lei nº 9784 de 29/01/1999) Rio de Janeiro: Editora Lumem Juris, 2005, p. 60-61.

<sup>70</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça - MS 9420/DF, Rel. Ministra LAURITA VAZ, Terceira Seção, julgado em 25/08/2004, DJ 06/09/2004, p. 163.

Com efeito, a celeridade está diretamente vinculada ao conceito de "razoabilidade", abrangente de eficiência, a fim de que a tutela jurisdicional ou administrativa seja efetiva.

A propósito, nem todas as fases do processo administrativo o legislador terá condições de fixar um prazo definido, pois, a sua duração dependerá da complexidade e relevância da causa.

Nesse diapasão, o art. 31, da Lei nº 9.784, de 1999, admite a possibilidade de abertura de consulta pública, quando a matéria do processo envolver assunto de interesse geral. Assim, não resta dúvidas de que os processos necessitam de tal conduta administrativa que terão sua evolução mais lenta, em relação aos que tenham uma instrução singela<sup>71</sup>.

Diante destas considerações é imprescindível a criação de leis combatentes à morosidade dos processos, uma vez que é necessário encontrar o ponto de equilíbrio entre a rapidez da prática dos atos processuais e a preservação dos demais direitos fundamentais assegurados ao cidadão.

#### **4.4 Do devido processo legal**

O due process of law tem caráter processual e outro substancial, não sendo possível sua dissociação na compreensão do instituto em tela.

O princípio do devido processo legal adveio da Carta Magna de 1215, o qual foi introduzido na Constituição norte-americana pela Emenda V e, em 1868, tornou-se obrigatório para os Estados-Membros por força da Emenda XIV.

Segundo Nelson Nery Junior o princípio do devido legal é “o gênero do qual todos os demais princípio constitucionais do processo são espécies”.<sup>72</sup>

A concepção do devido processo legal era formal, nos ensinamentos de Lair da Silva Loureiro Junior “uma vez que tinha como objeto, a regularidade e ordenação dos atos, assegurando, a observância de legalidade da Administração Pública abrangendo inclusive a garantia do processo legislativo, bem como da constitucionalidade, razoabilidade e justiça das leis”.<sup>73</sup>

---

<sup>71</sup> BRASIL. Lei n. 9784/1999 – Lei do Processo Administrativo Federal – art. 31.

<sup>72</sup> NERY JR, Nelson. Princípio do Processo Civil na Constituição Federal. 5ª. Ed, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 30.

<sup>73</sup> LOUREIRO JR, Lair da Silva. Elementos da Evolução do Processo Administrativo, BDA – Boletim de Direito Administrativo, Outubro/2011, p. 1180.



Conforme leciona Celso Antonio Bandeira de Mello:

a Carta Magna exige um processo formal regular para que sejam atingidas a liberdade e a propriedade de quem quer 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<sup>74</sup>.

No Brasil, o referido princípio foi instituído desde a Carta de Lei Imperial de 25 de março de 1824. Entretanto, a Constituição Federal de 1988 estendeu a garantia do princípio do devido processo legal aos processos administrativos como sendo uma limitação formal e material imposta ao Poder Público.

A observância do devido processo legal que lhe dá legitimidade à decisão administrativa, pois implica o dever da administração pública atuar tanto no material quanto formalmente nos termos determinado pela lei, garantindo assim que o administrado participa da elaboração da decisão e que essa relação se desenrole de acordo com os princípios que conferem segurança ao seu patrimônio.

Dessa forma, com o fim de abalizar ou afastar direitos do particular no que se refere à liberdade ou a seus bens.

O início do processo se dá de maneira justa, respeitando o rol de garantias constitucionais e legais.

Nesse diapasão, é a partir do devido processo legal que se justifica e constitui a necessidade de processo administrativo.

O devido processo administrativo tem que ser formal e público, desenvolvido em favor da sociedade segundo critérios de função administrativa.

Muito embora haja a derivação do *due process of law* britânico e norte-americano, o princípio do devido processo legal tem formato próprio e diversas de seus originários.

O ordenamento jurídico norte-americano que tem, da mesma forma que o inglês, se baseia no *common law*, criou opinião diferente ao inserir o caráter substancial ao devido processo legal enquanto que a origem inglesa se preocupava com o caráter processual da cláusula.

Já o ordenamento jurídico brasileiro verifica a ausência de uma forma definitiva de devido processo legal, com aplicabilidade dos principais objetivos da atuação

---

<sup>74</sup> MELLO, Celso Antonio Bandeira de . Curso de Direito Administrativo, 15ª ed., São Paulo, Malheiros, 2002, p. 105.

da Administração Pública, nos moldes do comportamento visivelmente conhecidos, agindo com imparcialidade por meio dos procedimentos.

O devido processo legal assinala se o procedimento instaurado está sendo conduzindo para o alcance de sua finalidade.

Insta salientar que o contraditório e a ampla defesa são desdobramentos do princípio do devido processo legal, ou seja, possuem previsão constitucional expressa no inciso LV do art. 5º da Constituição Federal de 1988.<sup>75</sup>

Dessa forma, uma relação jurídica justa e equitativa, que se desenvolve de maneira precisa confere segurança ao administrado, respeitando sua dimensão moral característica primordial da aplicação do devido processo legal.

#### **4.5 Da motivação**

O Princípio da Motivação significa dizer que a administração pública tem a obrigação de justificar de fato e de direito o motivo de seus atos. Este princípio apesar de não estar expressamente previsto na Constituição Federal, ser um princípio infraconstitucional previsto na Lei 9.784/99, já está amplamente reconhecido na doutrina e na jurisprudência.

A autoridade administrativa deve apresentar decisão fundamentada observando o princípio da legalidade, ou seja, é uma exigência do Estado de Direito.

Entretanto, não havendo explicitação dos motivos torna-se extremamente difícil sopesar ou aferir a correção daquilo que foi decidido, por isso, é essencial que se apontem os fatos, as inferências feitas e os fundamentos da decisão.

O motivo difere de motivação, uma vez o motivo antecede a prática ato, correspondendo aos fatos, às circunstâncias que levam a administração a praticar o ato.

Motivo é o fato de direito que determina o fundamento do ato administrativo, já motivação é um ato ou efeito de motivar, e dar uma justificativa ou exposição das razões originária daquele ato administrativo.

Ensina Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

que motivo e o pressuposto de fato e de direito que serve de fundamento ao ato administrativo e que a motivação é a exposição dos motivos, ou

---

<sup>75</sup> BRASIL. Constituição 1988 – Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília. DF, Senado, 2015

seja, é a demonstração, por escrito, de que os pressupostos de fato realmente existiram<sup>76</sup>.

E ainda exemplifica dizendo que:

(...) no ato de punição do funcionário, o motivo é a infração que ele praticou, no tombamento, é o valor cultural do bem, na licença para construir, é o conjunto de requisitos comprovados pelo proprietário; na exoneração do funcionário estável é o pedido por ele formulado<sup>77</sup>.

Existe uma grande discussão acerca da obrigatoriedade da aplicabilidade do princípio da motivação nos atos administrativos. Alguns entendem que deve ser demonstrado que estão de acordo com a lei. Já outra corrente diz que só é obrigatória a motivação nos atos discricionários, aqueles em que poderia haver um subjetivismo no ato em que se faz necessário a motivação, pois só assim poderia controlar a legitimidade do ato praticado pela administração pública.

Celso Antônio Bandeira de Mello preleciona que:

em algumas hipóteses de atos vinculados, isto é, naqueles que há aplicação quase automática da lei, por não existir campo para interferência de juízos subjetivos do administrador, a simples menção do fato e da regra de Direito aplicada pode ser suficiente, por estar implícita a motivação. Todavia, em que existe discricionariedade administrativa ou em que a prática do ato vinculado depende de aturada apreciação e sopesamento dos fatos e das regras jurídicas em causa, é imprescindível motivação detalhada<sup>78</sup>.

Já Diógenes Gasparini ensina que:

a motivação é necessária para todo e qualquer ato administrativo, pois a falta de motivação ou indicação de motivos falsos ou incoerentes torna o ato nulo devido a Lei n.º 9.784/99, em seu art. 50, prevê a necessidade de motivação dos atos administrativos sem fazer distinção entre atos vinculados e os discricionários, embora mencione nos vários incisos desse dispositivo quando a motivação é exigida<sup>79</sup>.

---

<sup>76</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 22ª ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 210

<sup>77</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Ob. Cit. p. 210

<sup>78</sup> MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 102

<sup>79</sup> GASPARINI, Diogenes. Direito Administrativo. 10ª ed. Rev. e Atual, São Paulo: Saraiva, 2005, p. 23

Os atos administrativos devem ser sempre motivados a fim de assegurar que as decisões administrativas velem pelos direitos e garantias individuais, para salvaguardar os direitos dos cidadãos.

A Constituição de 1988 tem como regra geral, que os atos administrativos sejam motivados, baseando-se no princípio da moralidade, ganhando a atuação ética do administrador exposta pela indicação dos motivos e para garantir o próprio acesso ao judiciário.

Diz ainda Celso Antônio Bandeira de Mello, “que o Princípio da Motivação impõe a administração Pública o dever de expor as razões de direito e de fato pelas quais tomou a providência adotada.”<sup>80</sup>

O entendimento dos Tribunais quanto da importância da motivação dos atos administrativos vem sendo demonstrado nas decisões, já que a motivação é necessária para todo e qualquer ato administrativo.

O Poder Judiciário tem se posicionado em suas decisões que o Princípio da motivação é fundamental para o controle da legalidade dos atos administrativos.

EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. APREENSÃO DE VEÍCULO ESTACIONADO EM LOCAL PROIBIDO. TERMO DE APREENSÃO SEM DISPOSITIVOS LEGAIS. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA MOTIVAÇÃO QUE REGE TODOS OS ATOS ADMINISTRATIVOS E DO DIREITO DA AMPLA DEFESA. NULIDADE DE ATO. REEXAME NÃO PROVIDO. DECISÃO UNÂNIME. 1 - Termo de Apreensão sem constar os dispositivos que demonstram a infração cometida. Exigência necessária em virtude do direito que se tem em saber a motivação que gerou a imposição da penalidade. 2 - Violação flagrante do princípio da motivação que rege todos os atos administrativos. 3 - Reexame Necessário não provido. 4 - Decisão Unânime. (TJ/PE - REEX 379915220068170001 PE 0037991-52.2006.8.17.0001; Relator(a): José Ivo de Paula Guimarães; Julgamento: 12/04/2012; Órgão Julgador: 8ª Câmara Cível; Publicação: 76 <sup>81</sup>.

---

<sup>80</sup> MELLO, Celso Bandeira de. Curso de Direito Administrativo, 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 70.

<sup>81</sup> BRASIL – TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE PERNAMBUCO - REEX 379915220068170001- PE – 0037991-52.2006.8.17.0001; RELATOR: José Ivo de Paula Guimarães; julgamento: 12/04/2012; Órgão Julgador: 8ª Câmara Cível, p. 76

EMENTA: CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. PERDA DE OBJETO NÃO CONFIGURADA. DIREITO DE ACESSO AOS CRITÉRIOS DE CORREÇÃO DA PROVA DE REDAÇÃO, DE VISTA DA ALUDIDA PROVA E DE PRAZO PARA INTERPOSIÇÃO DE RECURSO. OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DA PUBLICIDADE E DA MOTIVAÇÃO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. I - Não se vislumbra, na espécie, o exaurimento do objeto da presente impetração, decorrente do cumprimento da decisão liminarmente proferida nestes autos, na medida em que tal decisão não tem o condão de caracterizar, por si só, a prejudicialidade do mandamus, em face da natureza precária daquele decisum, a reclamar o pronunciamento judicial quanto ao mérito da demanda, até mesmo para se confirmar, ou não, a legitimidade do juízo de valor liminarmente emitido pelo julgador. II - O acesso aos critérios de correção da prova de redação, bem assim de vista da aludida prova e de prazo para interposição de recurso é direito assegurado ao candidato, encontrando respaldo nos princípios norteadores dos atos administrativos, em especial, o da publicidade e da motivação, que visam assegurar, por fim, o pleno exercício do direito de acesso às informações, bem como do contraditório e da ampla defesa, com observância do devido processo legal, como garantias constitucionalmente consagradas (CF, art. 5º, incisos XXXIII, LIV e LV). (TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO. AMS 2004.34.00.021156-9/DF. Relator: Desembargador Federal Souza Prudente, julgado em 30/6/2008, DJF1 4.ago.2008, p. 452 <sup>82</sup>.

O processo administrativo se presta à observância do princípio da motivação, na medida em que será no seu âmbito que se colherão os elementos que fundamentarão a decisão.

Existem dois planos de aplicação do princípio da motivação no processo: um que exige que os atos sejam fundamentados e motivados e outro que determina que a decisão final do processo seja tomada de forma motivada e levando em consideração as provas nos autos.

---

<sup>82</sup> BRASIL. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO. AMS 2004.34.00.021156-9/DF. Relator: Desembargador Federal Souza Prudentes, julgado em 30/06/2008, DJF1 04/08/2008, p. 452

A motivação deve se revelar pelo equilíbrio dos fatos, pelas consequências deles decorrentes e, por fim, pela justificação aos pressupostos e normas jurídicas aplicáveis aos fatos e às consequências deles inferidas.

A Lei nº 9.784/99, no seu artigo 50, estabelece o dever de motivar para oito espécies de processo: I) os que neguem ou afetem direitos ou interesses dos administrados; II) que imponham ou agravem deveres destes; III) que decidam processos de concurso ou seleção; IV) que dispensem ou declarem inexigência de licitação; V) que decidam recurso administrativo; vi) que decorram de reexame de ofício; VII) que deixem de aplicar jurisprudência já firmada ou divirjam de pareceres e fundamentos anteriores; VIII) nos casos de revogação, suspensão e convalidação de ato administrativo.<sup>83</sup>

O princípio da motivação é princípio geral de direito administrativo aplicável como diretrizes da ação da Administração.

Ainda na lei federal, o artigo 50, § 1º, define que a motivação deve ser clara, explícita e congruente. Já no § 3º, artigo 50, trouxe a inovação de exigir que a motivação seja a mesma para as decisões de órgãos colegiados e aquelas proferidas oralmente<sup>84</sup>.

O Princípio da Motivação, esta consagrado em várias doutrinas como nos entendimentos do Poder Judiciário, uma vez que sua importância está ligada ao controle da legalidade dos atos administrativos, devendo ser de forma clara e harmônica, a fim de buscar a eficiência nas decisões em conjunto com a moralidade administrativa.

#### **4.6 Da segurança jurídica**

O princípio da segurança jurídica tem dois sentidos de natureza objetiva e subjetiva.

O de natureza objetiva consolida o ordenamento jurídico, a partir do respeito ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada; já o segundo, de natureza subjetiva se compara com a proteção da confiança do cidadão frente às expectativas geradas pela Administração Pública.

É também conhecido por alguns doutrinadores como Princípio da Estabilidade das Relações Jurídicas, servindo de fundamento às regras impondo respeito aos direitos adquiridos, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada, assim como aos prazos de prescrição e decadência, além das regras legais sobre preclusão.

---

<sup>83</sup> BRASIL. Lei n. 9784/1999 – Lei do Processo Administrativo Federal – art. 51.

<sup>84</sup> BRASIL. Lei n. 9784/1999 – Lei do processo Administrativo Federal – art. 50, §§ 1º e 3º

Segundo a Prof.<sup>a</sup> Maria Sylvia Zanella Di Prieto, a Lei n. 9784/99, em seu art. 2º, caput, inseriu o princípio da segurança jurídica:

o objetivo da inclusão desse dispositivo foi o de vedar a aplicação retroativa de nova interpretação de lei no âmbito da administração pública.<sup>85</sup>

Neste sentido:

O princípio se justifica pelo fato de ser comum, na esfera administrativa, haver mudança de interpretação de determinadas normas legais, com a conseqüente mudança de orientação, em caráter normativo, afetando situações já reconhecidas e consolidadas na vigência de orientação anterior. Essa possibilidade de mudança de orientação é inevitável, porém gera insegurança jurídica, pois os interessados nunca sabem quando a sua situação será passível de contestação pela própria Administração Pública.

<sup>86</sup>

A segurança jurídica é associada ao princípio da boa-fé, conforme entendimento defendido por Henrique Savonitti Miranda:

Se a Administração adotou determinada interpretação como a correta e a aplicou a casos concretos, não pode depois vir a anular atos anteriores, sob o pretexto de que os mesmos foram praticados com base em errônea interpretação. Se o administrado teve reconhecido determinado direito com base em interpretação adotada em caráter uniforme para toda a Administração, é evidente que a sua boa-fé deve ser respeitada. Se a lei deve respeitar o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, por respeito ao princípio da segurança jurídica, não é admissível que o administrado tenha seus direitos flutuando ao sabor de interpretações jurídicas variáveis no tempo<sup>87</sup>.

Conforme o ensinamento de Almiro do Couto e Silva o princípio da segurança jurídica é visualizado sob o ponto de vista objetivo e subjetivo.

---

<sup>85</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Direito Administrativo*, São Paulo: Atlas, 2012, 22ª ed., p. 84

<sup>86</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Ob. cit.* p. 84

<sup>87</sup> MIRANDA, Henrique Savonitti, *Curso de Direito Administrativo*, Brasília, Senado Federal, 2005, 34ª ed. Rev. p. 391

No direito alemão e, por influencia deste, também no direito comunitário europeu, ‘segurança jurídica’ é expressão que geralmente designa a parte objetiva do conceito, ou então simplesmente, o princípio da segurança jurídica, enquanto a parte subjetiva é identificada como ‘proteção à confiança’ (no direito germânico) ou ‘proteção à confiança legítima’ (no direito comunitário europeu).<sup>88</sup>

Na lição de Rafael Carvalho Rezende Oliveira o princípio da confiança legítima não se confunde com a essência subjetiva do princípio da segurança jurídica:

Enquanto a segurança jurídica possui caráter amplo, sendo aplicável às relações públicas e privadas, a confiança legítima tutela, tão somente, a esfera jurídica particular, protegendo-o da atuação arbitrária do Estado<sup>89</sup>.

Na realidade, o princípio da proteção à confiança leva em conta a boa fé do cidadão, que acredita que os atos praticados pela administração sejam lícitos, e, nessa qualidade, serão mantidos e respeitados pela própria administração e por terceiros.

Não há dúvida que a proteção à confiança está condicionada a anulação e a revogação de determinados atos administrativos, limitando a autotutela administrativa.

O princípio da boa-fé no sentido objetivo está relacionado com a lealdade e correção da atuação dos particulares; enquanto que no sentido subjetivo trata da crença do particular atuante de acordo com as normas jurídicas do país.

Este princípio é o mais utilizado no direito brasileiro, antes de sua previsão expressamente encartada na Lei 9784/99 no art. 2º, paragrafo único, inciso IV e no art. 4º, inc. II.

Nesse diapasão, o princípio da confiança é legitimado a partir da boa-fé do administrado, na medida em que sem esta não há expectativas verdadeiras em relação à Administração.

Assim, o princípio da segurança jurídica, em virtude de ser abrangente, engloba os da proteção da confiança legítima e da boa-fé.

Tem força normativa própria diante da importância dentro do ordenamento pátrio, não só porque traz garantias à noção do Estado Democrático de Direito, mas, também, dada a sua relação com a própria ideia de Justiça.

---

<sup>88</sup> SILVA, Almiro do Couto e. Revista Brasileira de Direito Público – RBDP, v. 2, nº 6, p. 7-59, jul/set.2004.

<sup>89</sup> OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2014,p. 44



E o que se infere dessa relevância do princípio da segurança jurídica, como garantia constitucional do exercício de direitos e liberdades fundamentais, é, em suma, uma mudança de paradigma acerca da compreensão da autotutela administrativa, pois, do dever de anular os atos ilegais, passou-se ao dever de convalidar aqueles que podem ser aproveitados.

A manutenção da estabilidade das relações jurídicas passa a ser uma obrigação da Administração Pública, e não mera faculdade, pois se deve primar pela proteção à confiança e pela estabilidade do sistema jurídico-constitucional.

O princípio da segurança jurídica consolida primados firmados em outros princípios, e denota-se pela garantia posta no sentido de trazer a previsibilidade na aplicação das normas e de gerar efeitos jurídicos, entre estes, direito adquirido em situações imutáveis preestabelecidas; ato jurídico perfeito completado na forma da lei vigente ao tempo de sua prática; a coisa julgada, assim entendida a eficácia que marca a decisão judicial, da qual não é mais cabível recurso.

Diante destas premissas e definições de natureza legal e também de respaldo constitucional, permite-se asseverar que o princípio da segurança jurídica proporciona condições de sua aplicação nas situações consolidadas e naquelas em que está direcionado a preservar os efeitos das normas de conduta impostas pelo respectivo regramento.

Dentre os princípios garantidores do Estado Democrático de Direito, o princípio da segurança jurídica ocupa lugar destacado resultante da dignidade da pessoa humana.

O Princípio da Boa-Fé deve agir de forma correta não só durante as tratativas, mas também durante a formação e o cumprimento do contrato, até a completa extinção da obrigação.

A Boa-fé objetiva constitui num modelo jurídico, revestido de varias formas, tais como: a honestidade, a retidão, a lealdade e a clareza das informações a respeito do negócio jurídico.

O certo é que a boa-fé está no conjunto de normas jurídicas, onde a administração pública deve se pautar na lealdade processual, não optando meios ilícitos.

#### **4.7 Da supremacia do interesse público sobre o privado**

O Princípio da Supremacia do Interesse Público norteia outros princípios, pois é conhecido também pelos doutrinadores como princípio da finalidade Pública. Este princípio está presente tanto no momento da elaboração da lei como no momento da sua execução em concreto.

É um dos princípios basilares da Administração Pública, onde o interesse de uma coletividade se sobrepõe ao interesse do particular.

Nesse diapasão, o princípio da supremacia do interesse público visa impor nos termos da lei, obrigações a terceiros, já que a administração pública representa os interesses da coletividade.

Este princípio está expressamente previsto no art. 2º, caput, da Lei n. 9784/99, e especificamente no parágrafo único, com a exigência de “atendimento a fins de interesses geral, vedada a renúncia total ou parcial de poderes ou competências, salvo autorização em lei<sup>90</sup>”.

Na concepção de José dos Santos Carvalho Filho:

os bens e interesses públicos não pertencem à Administração nem a seus agentes. Cabe-lhes apenas geri-los, conservá-los e por eles velar em prol da coletividade, esta sim a verdadeira titular dos direitos e interesses públicos. A Administração não tem a livre disposição dos bens e interesses públicos, porque atua em nome de terceiros. Por essa razão é que os bens públicos só podem ser alienados na forma em que a lei dispuser. Da mesma forma, os contratos administrativos reclamam, como regra, que se realize licitação para encontrar quem possa executar obras e serviços de modo mais vantajoso para a Administração. O princípio parte, afinal, da premissa de que todos os cuidados exigidos para os bens e interesses públicos trazem benefícios para a própria coletividade<sup>91</sup>.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, ao tratar de interesse público, dispõe o seguinte:

as normas de direito público, embora protejam reflexamente o interesse individual, tem o objetivo primordial de atender ao interesse público, ao bem-estar coletivo. Além disso, pode-se dizer que o direito público

---

<sup>90</sup> BRASIL. Lei n. 9784/1999 – Lei do Processo Administrativo Federal – Art. 2º, caput.

<sup>91</sup> FILHO, José dos Santos Carvalho. *Manual de Direito Administrativo*. 15º edição. Editora Lúmen Júris. Rio de Janeiro, 2006. Pag.25-26.

somente começou a se desenvolver quando, depois de superados o primado do Direito Civil (que durou muitos séculos) e o individualismo que tomou conta dos vários setores da ciência, inclusive a do Direito, substituiu-se a ideia do homem com fim único do direito (própria do individualismo) pelo princípio que hoje serve de fundamento para todo o direito público e que vincula a Administração em todas as suas decisões: o de que os interesses públicos tem supremacia sobre os individuais<sup>92</sup>.

É certo que, quando houver demanda entre o interesse coletivo e o interesse individual, o administrador deve procurar atender as pretensões da coletividade, caso contrário, há desvio de finalidade, tornando, dessa maneira, o ato nulo.

Entretanto, fazer o interesse público predominar em todas as situações, coloca em risco os direitos fundamentais do homem. Assim, a Administração deve se acautelar a todo tempo, uma vez que a Carta Magna outorgou prerrogativas com a finalidade de cumprir o interesse público, garantindo aos cidadãos a observância de seus direitos fundamentais contra o abuso de poder.

O princípio em questão serve de base do regime jurídico administrativo, o qual deve ser respeitado, não só pela coletividade – titular desse interesse – mas, também por aqueles que administram tal interesse.

A supremacia do interesse público deve ser adotada de maneira apaziguadora, de forma que o interesse público não será observado, já que o interesse individual tem maior força e não poderá ser abolido.

Exemplificando, no tocante as cláusulas pétreas, o interesse público não pode ser chamado com o fim de a finalidade de revogar as cláusulas pétreas, já que elas não estão sujeitas, em nenhuma hipótese, a abolição do texto constitucional. Nota-se que, nesse caso, a supremacia do interesse público não tem aplicação absoluta.

Contudo, apesar das cláusulas pétreas não poderem ser abolidas da Constituição, são passíveis de modificações, desde que beneficie a coletividade e nunca para piorar.

Em outras palavras, o interesse público poderia ser aplicado em caso de alteração de alguma cláusula pétrea, mas desde que tal alteração beneficie ainda mais a coletividade. Em contrapartida, este interesse público não poderia ser aplicado caso a alteração diminuísse alguma garantia individual.

---

<sup>92</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Ob. cit. p. 65.

Dessa forma, o administrador deve ter cautela quando da aplicabilidade do princípio da supremacia do interesse público, o qual deve ser ponderado, levando em consideração que o interesse da coletividade prevalece, em regra, sobre o interesse do particular.

Imperioso concluir que certamente teremos um Estado Democrático de Direito, onde os interesses públicos e privados devem ser observados e, devidamente respeitados, pois nenhum deles deve prevalecer sobre o outro, mas viverem harmonicamente entre si, a propósito, esta é a regra. Mas, lembrando que havendo conflito, prevalecerão os interesses públicos primários diante da relação vertical do Estado para com o cidadão.

#### **4.8 Da razoabilidade**

A razoabilidade consiste em agir com bom senso, prudência, moderação, tomar atitudes adequadas e coerentes, levando-se em conta a relação de proporcionalidade entre os meios empregados e a finalidade a ser alcançada, bem como as circunstâncias que envolvem a prática do ato.

Conforme ensina José Roberto Pimenta Oliveira:

Neste prisma, constata-se que a administração pública, ao exercer suas funções, deve primar pela razoabilidade de seus atos a fim de legitimar as suas condutas, fazendo com que o princípio seja utilizado como vetor para justificar a emanção e o grau de intervenção administrativa imposto pela esfera administrativa ao destinatário<sup>93</sup>.

Dessa forma, o princípio da razoabilidade impõe limites à discricionariedade administrativa, ampliando o âmbito de apreciação do ato administrativo pelo Poder Judiciário, estabelecendo que os atos da administração pública no exercício de atos discricionários sejam atuados de forma racional, sensata e coerente.

Maria Silvia conclui ser o princípio da razoabilidade “um dos principais limites à discricionariedade da administração pública<sup>94</sup>”.

---

<sup>93</sup> OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. Os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade no Direito Administrativo Brasileiro, 1ª Ed., São Paulo. Malheiros Editores, 2006, p. 473.

<sup>94</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Ob. cit. p. 79

É importante salientar que o princípio da razoabilidade no direito administrativo mostra-se ainda mais esclarecedor quando se põe em relação à face sancionadora que este pratica frente aos administrados, por meio de dispositivos abertos e abstratos, utilizando da discricionariedade para tanto.

Esta competência discricionária é utilizada no desempenho da função pública, com o fim de atender as conveniências da administração e as necessidades coletivas, servindo de poder instrumental consistente na liberdade de ação dentro das regras estabelecidas pelo legislador.

Assim, a atuação da administração pública segue os parâmetros da razoabilidade, legalidade e da proporcionalidade, os quais que criticam o ato administrativo que não resguarda uma proporção adequada entre os meios que emprega e o fim que a lei almeja alcançar.

#### **4.9 Da proporcionalidade**

O princípio da proporcionalidade é aplicado no direito administrativo, com a concepção de que os atos da Administração só serão válidos se forem executados em “extensão e intensidade proporcionais”, quer dizer, àquilo que seja necessário para o atingimento do interesse público.

Nesse sentido, deve a Administração adotar providências adequadas aos fins pretendidos, necessárias e menos gravosas para os objetivos almejados.

Assim, a proporcionalidade se resume na relação de causalidade entre um meio e um fim, de tal maneira que se possa resultar ao examinar os três exames fundamentais, quais sejam: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.

Nesse diapasão, assegura-se que não se deve ser restringidos os direitos do particular além do necessário mantendo o ato na legalidade, na medida em que ninguém está obrigado a tolerar restrições em sua liberdade ou propriedade além do necessário para a satisfação do interesse público.

Dessa forma, o princípio da proporcionalidade veda a desproporção entre os meios utilizados para obtenção de determinados fins, é preciso que se tenha proporcionalidade para a execução dos atos administrativos.

Este princípio norteia a administração pública, porquanto esta só poderá ter sua competência validamente exercida se tiver extensão e intensidade proporcionais para o cumprimento da finalidade do interesse público a que estiverem atreladas.

No Brasil, o princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade é utilizado tanto na seara do Direito Administrativo quanto no Direito Constitucional, a fim de confirmar a constitucionalidade dos atos infraconstitucionais.

Assim, no Direito Administrativo, cabe ao administrador o dever de agir de maneira razoável e proporcional, limitando e proibindo excessos, sendo que os atos administrativos são passíveis de controle de legalidade e de constitucionalidade pelo Poder Judiciário.

O princípio da razoabilidade está ligado à proibição do excesso, tendo como seus elementos essenciais à adequação, a necessidade e a própria proporcionalidade, sendo este espécie do gênero, quer dizer, enquanto o princípio da razoabilidade utiliza a razão; observando se os atos a serem praticados são necessários e quais os meios mais adequados a serem feitos, a proporcionalidade se utiliza de mecanismos proporcionais com o fim de atingir o objetivo sem muita onerosidade para a sociedade.

Assim, o princípio da proporcionalidade exerce função de controle de constitucionalidade quanto de limitação da discricionariedade administrativa, vedando o excesso, proibindo a atuação insuficiente.

Por óbvio que o princípio da proporcionalidade, por causa de sua relação com o princípio da razoabilidade, não impede apenas as exigências exageradas, mas também exigências inúteis, que infelizmente são feitas pela administração pública.

#### **4.10 Da moralidade**

Este princípio impõe a Administração Pública e seus agentes a obrigação de atuarem em consonância com a moral, os bons costumes e os princípios éticos da sociedade, não fazendo configurar-se a ilicitude e invalidade do ato.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, as orientações firmadas pela Administração em determinadas searas não podem ser modificadas em casos concretos, com o intuito de sancionar, agravar a situação do particular ou denegar-lhe pretensão, sem prévia publicação<sup>95</sup>.

Este princípio, porém não tem sua existência pacificada entre os doutrinadores, já que alguns deles acreditam ser o conceito de moralidade administrativa vago e impreciso, e que este princípio acaba sendo absorvido pelo princípio da legalidade.

---

<sup>95</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo, 23ª ed., São Paulo: Malheiros, 2007, p. 115-116.

Cabe ressaltar, que a moralidade comum se diferencia da moralidade administrativa, uma vez que esta última trata de toda legitimidade dos atos da administração pública, juntamente com a legalidade e finalidade.

Hely Lopes Meirelles disciplina:

A moralidade administrativa constitui, hoje em dia, pressuposto de validade de todo ato da Administração Pública (CF, art. 37, caput)<sup>96</sup>.

O Princípio da Moralidade obriga ao administrador público, que não dispense preceitos éticos que devem estar inerentes em sua conduta, quer dizer, pesquisando e diferenciando o que é honesto e desonesto.

Tal atitude deve ir além da relação de administradores e administrados, adentrando na esfera dos agentes públicos e de sua administração, buscando a obediência das normas jurídicas como também da lei ética da própria instituição.

Já o particular deve se atentar quando o princípio da moralidade se relaciona com a administração pública, em se tratando de matérias de licitação entre outros.

Vale ressaltar que o bom administrador está ligado ao princípio da moralidade administrativa, o qual deverá conhecer os princípios éticos regentes da função administrativa e não apenas das leis.

Muito embora o princípio da moralidade seja um e o princípio da legalidade seja outro, os quais se encontram citados no art. 37 da Constituição de 1988, ambos estão vinculados um ao outro, uma vez que quando se age com imoralidade, estará agindo contra a legalidade, violando a própria lei.

Como diz, Maria Sylvia Di Pietro:

Certamente com o objetivo de sujeitar ao exame judicial a moralidade administrativa é que o desvio de poder passou a ser visto como hipóteses de ilegalidade, sujeita, portanto ao controle judicial. Ainda que, no desvio de poder, o vício esteja na consciência ou intenção de quem pratica o ato, a matéria passou a inserir-se no próprio conceito de legalidade administrativa<sup>97</sup>.

Haverá ofensa ao princípio da moralidade administrativa, toda vez em que se verificar no comportamento da administração ou seu administrado, mesmo em

---

<sup>96</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, 37ª ed., atual., Malheiros Editores, 2011, p. 90.

<sup>97</sup> Di PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, 24ª Ed., São Paulo: Atlas, 2011, pag.78.

concordância com a lei à ofensa a: moral, bons costumes, regras de boa administração, princípios de justiça e equidade, e à honestidade, quer dizer, a ofensa ao princípio da moralidade estará caracterizada com base à ofensa de todos os requisitos citados acima.

E continua Di Pietro:

... sempre que em matéria administrativa se verificar que o comportamento da Administração ou do administrado que com ela se relaciona juridicamente, embora em consonância com a lei, ofende a moral, os bons costumes, as regras de boa administração, os princípios de justiça e de equidade, a ideia comum de honestidade, estará havendo ofensa ao princípio da moralidade administrativa<sup>98</sup>.

A nossa Constituição traz várias formas de combater a imoralidade e de seu controle na administração pública: a) quando consistir em ato de improbidade: Quando causam prejuízos ao erário público, a norma reguladora é a Lei nº 8.429 de 2/6/92 que estabelecerá sanções aos agentes públicos e terceiros como suspensão dos direitos políticos, a perda de função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, sem prejuízo de ação penal cabível; b) como a ação popular: regulamentada pela Lei nº 4.717 de 29/6/65 onde qualquer cidadão pode anular os atos do Poder Público que contenha imoralidade administrativa, onde a ação será cabível pelo simples fato de ofender tal princípio independentemente de haver ou não efetiva lesão; c) a ação civil pública: é uma das funções institucionais do Ministério Público, é um dos instrumentos de proteção à moralidade administrativa e está regulamentado pela Lei nº 7.347 de 24/7/85 e prevista na Constituição Federal em seu art. 129, III.

José dos Santos Carvalho Filho assim ensina:

Quando a Constituição se refere a atos lesivos à moralidade administrativa, deve entender-se que a ação é cabível pelo simples fato de ofender esse princípio, independentemente de haver ou não efetiva lesão patrimonial<sup>99</sup>.

Assim, os princípios dentro da administração pública servem como norteadores de como deve agir o Administrador em relação aos administrados e aos particulares submetendo a alguma relação jurídica com a administração pública.

---

<sup>98</sup> Di PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo, 24ª Ed., São Paulo: Atlas, 2011, pag.79

<sup>99</sup> FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo, 22ª Ed., Rev., ampl., e atual.. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. Pag. 22



Assim, o princípio da moralidade impõe ao administrador público, que o mesmo, não dispense preceitos éticos que devem estar presentes em sua conduta, ou seja, averiguando e distinguindo o que é honesto e desonesto. Tal conduta, de moralidade administrativa, deve ir além da relação de administradores e administrados, entrando no âmbito interno dos agentes públicos e de sua administração, onde estes não obedeceram apenas a normas jurídicas, mas também a lei ética da própria instituição. Ressaltando que o particular deverá observar tal princípio quando este se relaciona com a administração pública, em se tratando de matérias de licitação entre outros.

#### **4.11 Da verdade material**

O administrador deve se valer da verdade efetiva, real, independente de se ater às provas e elementos do processo. Essa é a formulação doutrinária para o princípio da verdade material.

Celso Antônio Bandeira de Mello:

Consiste em que a Administração, ao invés de ficar restrita ao que as partes demonstrarem no procedimento, deve buscar aquilo que é realmente a verdade, com prescindência do que os interessados hajam alegado e provado. Citando Hector Jorge Escola, esta busca da verdade material está escorada no dever administrativo de realizar o interesse público<sup>100</sup>.

Sergio Ferraz e Adilson Abreu Dallari:

Em oposição ao princípio da verdade formal, inerente aos processos judiciais, no processo administrativo se impõe o princípio da verdade material. O significado deste princípio pode ser compreendido por comparação: no processo judicial normalmente se tem entendido que aquilo que não consta nos autos não pode ser considerado pelo juiz, cuja decisão fica adstrita às provas produzidas nos autos; no processo administrativo o julgador deve sempre buscar a verdade, ainda que, para isso, tenha que se valer de outros elementos além daqueles trazidos aos autos pelos interessados<sup>101</sup>.

Hely Lopes Meirelles:

---

<sup>100</sup> MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Ob. cit. p.463

<sup>101</sup> FERRAZ, Sergio e DALLARI, Adilson Abreu. Processo Administrativo, São Paulo: Malheiros, 2ª ed., p. 109

O princípio da verdade material, também denominado de liberdade na prova, autoriza a Administração a valer-se de qualquer prova que a autoridade processante ou julgadora tenha conhecimento, desde que a faça trasladar para o processo. É a busca da verdade material em contraste com a verdade formal. Enquanto nos processos judiciais o Juiz deve-se cingir às provas indicadas no devido tempo pelas partes, no processo administrativo a autoridade processante ou julgadora pode, até final julgamento, conhecer de novas provas, ainda que produzidas em outro processo ou decorrentes de fatos supervenientes que comprovem as alegações em tela. Este princípio é que autoriza a *reformatio in pejus*, ou a nova prova conduz o julgador de segunda instância a uma verdade material desfavorável ao próprio recorrente<sup>102</sup>.

A verdade material é aplicável para todos os tipos de processos no âmbito da Administração Pública, sem exceção, entretanto, deve se compatibilizar com os demais princípios processuais existentes e às determinações legais específicas.

#### **4.12 Da oficialidade**

No campo administrativo, este princípio vem assegurar a possibilidade de instauração de processo por iniciativa da Administração, independentemente de provocação do administrado, possibilitando o impulsionamento do processo, prevalecendo todas as medidas necessárias à sua adequada instrução.

Na Lei 9.784/99 está previsto no artigo 2º, inciso XII, como um dos critérios a serem adotados nos processos administrativos, a “impulsão, de ofício, do processo administrativo, sem prejuízo da atuação dos interessados<sup>103</sup>”.

Como bem indica Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

No âmbito administrativo, esse princípio assegura a possibilidade de instauração do processo por iniciativa da Administração, independentemente de provocação do administrado e ainda a

---

<sup>102</sup> Meirelles, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 37ª ed, 2011, pag.581.

<sup>103</sup> BRASIL. Lei n. Lei 9.784/99 – Lei do processo Administrativo Federal – art. 2º, inciso XII

possibilidade de impulsionar o processo, adotando todas as medidas necessárias a sua adequada instrução<sup>104</sup>.

Dessa forma, o fundamento principal deste princípio está no próprio interesse público, uma vez que o processo é meio pelo qual se atinge o interesse público.

#### **4.13 Da pluralidade de instâncias**

O princípio da pluralidade de instâncias garante que todas as decisões estejam sujeitas à revisão ou modificação por instâncias administrativas hierarquicamente superiores.

O fundamento principal é o princípio da verdade material, visando buscar a verdade real dos fatos, admitindo a produção de novas provas, novas arguições e alegações, e reexame de matéria de fato.

O art. 57 da Lei n. 9784/99 limita três instâncias, salvo distinta previsão lei específica, dessa forma, não poderá ser reduzido a menos em duas instâncias, sob pena de afronta ao art. 5º, inciso LV, assistindo sempre ao particular o direito de petição.

É de salientar que o direito de invocar uma segunda instância, dá o direito à parte de produzir novas provas e argumento, não correndo assim a preclusão inserida no processo civil.

Insta salientar que no princípio da pluralidade de instâncias existem diferenças entre o processo civil e o administrativo tais como: a) alegar em instância superior o que não foi arguido de início; b) reexaminar a matéria de fato e c) produzir nova provas.

O que se objetiva com a possibilidade de reexame é a preservação da legalidade administrativa.

Assim, só não há possibilidade de pluralidade de instâncias quando a decisão partir da autoridade máxima, hipótese em que caberá apenas pedido de reconsideração, se não atendido, restará ao interessado procurar a via judicial.

#### **4.14 Do contraditório**

O direito ao contraditório é base da regularidade do processo e da justiça das decisões administrativas. É o direito da parte adversa contra argumentar os fatos que lhe

---

<sup>104</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Ob. Cit. P.625.

são imputados pelo Estado. É por meio do contraditório que se assegura outros direitos processuais como a imparcialidade, legitimidade e correção da prestação jurisdicional administrativa.

Como salienta Antônio Magalhães Gomes Filho “exigência prévia para o exercício do complexo de atividades processuais próprio das partes é a ciência efetiva a respeito de tudo o que se passa no processo<sup>105</sup>”.

O direito ao contraditório está intimamente relacionado à produção probatória a ponto de existir entre eles uma conexa relação de condição e eficácia. A propósito, nesta relação, haverá vício tanto na prova produzida sem a presença do órgão julgador, como sem a presença das partes envolvidas. E, nesse ponto, conclui-se que não haverá eficácia probatória quando os elementos informativos são colhidos sem a possível e real participação dos interessados.

Essa participação compreende tanto as manifestações verbais, produzidas no seio da instrução probatória, como as manifestações prévias e posteriores à prática de atos processuais administrativos.

O fato de o processo administrativo possuir a característica peculiar de a Administração promover a instalação e condução ex officio da instrução, isso não impede o pleito dos interessados ou sua intimação acerca do andamento processual. A rigor, o interesse dos administrados não é, de menor valia, simplesmente pelo fato de que podem “propor” provas. Na verdade, “propor” provas equivale ao direito de produzir as provas que entender necessárias ao esclarecimento do fato do seu interesse.

Qualquer limitação à produção probatória pela Administração implica severas nulidades porquanto priva o processado de contribuir ao esclarecimento da verdade enfraquecendo, por outro lado, a verdade material.

Na hipótese de o administrado negar-se a participar da relação processual, isso, por sua vez, não obsta o dever de a Administração prosseguir, imparcialmente, até a decisão final, oportunizando, a qualquer momento, o direito do interessado de ingressar nos autos e produzir os elementos de provas que entender necessários.

Nesse sentido, é claro o ensinamento de Arnaldo Esteves Lima quando à validade da decisão administrativa:

seu pressuposto será o realismo dos fatos. Para tal desiderato, as atividades instrutórias devem ser feitas de ofício, ou seja, oficialmente pelo órgão ou

---

<sup>105</sup> GOMES FILHO, Antônio Magalhães Direito à Prova no Processo Penal, São Paulo, Ed. RT, 1997, p. 169-170.

autoridade que conduz o PA, o qual tem o dever de impulsioná-lo em tal rumo, assegurando-se, ainda, aos interessados o direito de propor atuações probatórias<sup>106</sup>.

Dessa forma, se o interessado, por insuficiência de meios, não disponha de promover o andamento ao processo ou à tutela efetiva de seus direitos, é dever do Estado suprir estas deficiências a fim de prestigiar o princípio do contraditório e tornar a relação processual-administrativa isonômica.

Isso significa, em termos práticos, garantir ao administrado os meios necessários (econômicos, jurídicos, culturais, sociais e filosóficos) indispensáveis à demonstração do seu direito. E, na contramão do direito ao contraditório, consagrado no art. 5, LV, da Constituição Federal, foi publicada a famigerada súmula 5107, vinculante, do Supremo Tribunal Federal.

Logo as partes envolvidas no processo administrativo têm assegurado o direito de, na fase instrutória e antes da tomada de decisões, juntar documentos e pareceres, requerer diligências e perícias, bem como aduzir alegações referentes à matéria objeto do processo.

Outro questionamento que surge é a respeito das providências acautelatórias no processo administrativo. É certo que quando a Lei Maior disciplinou a obrigatoriedade do contraditório em processos judiciais e administrativos não os fez apenas em relação ao contraditório imediato. Disciplinou também, diante do elemento urgência e risco iminente, a produção de provas à luz do contraditório diferido ou mediato.

Este permite à parte, que não participou imediatamente na elaboração da prova, seja porque era até então desconhecida, seja porque o risco iminente do desaparecimento não podia aguardar manifestação prévia, o direito, na forma diferida, postergada, de se manifestar eficazmente após a sua produção.

Destaca-se, dessa forma, que o juízo de autorização do contraditório postergado deve se fundar em fato absolutamente incontroverso quanto ao risco iminente e intransponível no tempo. Somente nestes casos nos quais haja iminência de danos irreparáveis à verdade material a medida acautelatória poderá ser deferida, sem que, a parte adversa possa participar ativamente de sua elaboração.

---

<sup>106</sup> O Processo Administrativo, p. 49. No mesmo sentido, Wellington Pacheco Barros, Curso de Processo Administrativo, p. 128.

<sup>107</sup> “A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição”.

Por outro lado, a validade do questionamento deste meio de prova surge tanto como válvula para se voltar contra a legalidade, quanto de sua legitimidade, ou seja, do juízo discricionário da realização.

Destaca-se, assim, que a proteção ao contraditório diferido é bem superior ao contraditório imediato, posto que o momento da produção da prova obscura elementos os quais poderão implicar mudança de sentido do resultado final. E, por isso, a doutrina capitaneada por Egon Bockmann Moreira é incisiva quanto à possibilidade de questionar, inclusive, a sua legitimidade (oportunidade e conveniência) de sua adoção:

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<sup>108</sup>.

#### **4.15 Da ampla defesa**

Não é sem motivos constitucionais que o art. 5, LV, prevê como direito aos litigantes em processo judicial ou administrativo e aos acusados em geral, o direito à ampla defesa com os meios e os recursos a ela inerentes.

Do texto decorrem cinco vieses constitucionais do direito a ampla defesa. A rigor, ampla defesa tem quatro sentidos jurídicos os quais se analisados individualmente não são capazes de completar o conteúdo do direito sacro.

Inaugurado no Brasil constitucionalmente em 1891 (art. 72, §16), manteve-se nas Constituições de 1937 (art. 122, n. 11), 1946 (art. 141, §25) e se consagrou na Constituição Federal de 1988 (art. 5, LV). Porém o grande destaque na seara do processo administrativo ocorreu com Themistocles Brandão Cavalcanti no anteprojeto de Código de Processo Administrativo<sup>109</sup> que elaborou, onde previu ao indiciado em processo disciplinar, garantias de ampla defesa, em moldes semelhantes aos vigentes hodiernamente.

No direito estrangeiro, a ampla defesa teve uma trajetória também fundada no exercício do poder disciplinar. Na França, antes da aplicação de sanções aos servidores, exigia-se a comunicação do dossier, oportunidade em que facultava ao interessado apresentar meios de provas capazes de contestar àquela alegação.

---

<sup>108</sup> Processo Administrativo, Egon Bockmann Moreira. Ed. Malheiros, 2010, p. 331.

<sup>109</sup> Publicado na Revista de Serviço Público, n. 3, 1938, p. 54-68.

No direito inglês, remonta a 1723 em que o direito de defesa foi visto como princípio da natural justice. Neste momento foi decidido que Dr. Bentley, Chanceler da Universidade de Cambridge, não podia ser privado dos seus títulos acadêmicos, sem ter sido previamente informado das acusações contra si e sem ter sido oportunizada a defesa prévia. Foi o Bentley's Case<sup>110</sup>.

No direito brasileiro, como salientado, a consagração veio com a Carta Política de 1988, art. 5º, LV, destacando-se quatro sentidos.

O primeiro sentido decorre da própria defesa (autodefesa), naturalmente, entendida como o direito da parte imputada apresentar as suas razões pessoais, jurídicas, filosóficas, culturais, espirituais e outras que entender necessárias para refutar os fatos que lhe são atribuídos. A inteireza de sua defesa compreende utilizar toda a argumentação possível e capaz, ainda que impertinente, para tentar formar a convicção do órgão julgador de acordo com suas percepções.

O segundo sentido decorre da necessidade de, diante de dados técnico-jurídicos, oportunizar a chamada defesa técnica, ou seja, aquela promovida por pessoa legalmente constituída de conhecimento jurídico capaz de refutar, um a um, os fatos empíricos e capitulados no direito sancionador, com tecnicidade. Privar o administrado de se defender juridicamente significa subjugar-lo à condição de indefeso, porquanto o priva da produção de provas capazes de, por si só, modificar diametralmente o sentido daquela futura decisão.

É certo, porém, que ônus probatório compete à própria administração acusadora, entretanto, ele se inverte quando apresentado o fato constitutivo do direito à sanção, furta o administrado de ampliar os seus meios de prova e questionar, inclusive, possíveis invalidades as quais se houvesse conhecimento técnico, imperioso era o seu reconhecimento.

Contrariamente a esse sentido, foi à edição da súmula nº 5 vinculante do Supremo Tribunal Federal editada em maio de 2008, oportunidade em que dispensou a presença de advogado em processo administrativo disciplinar.

Os apoiadores dessa visão do STF, embora reconheça a falta de tecnicidade à luz da Constituição Federal, justificaram a dispensa com base na gravidade da exigência para os processos disciplinares na medida em que implicaria a obrigatoriedade de

---

<sup>110</sup> Cf. Brewer-carias, Principios del Procedimiento administrativo, 1990, p. 171.

defensoria dativa proporcionada pelo poder público a todos os sujeitos sem advogado próprio, o que resultaria em custo excessivo e intransponível para o Estado.

Por sua vez, o terceiro sentido decorre do direito do administrado comparecer perante o seu órgão julgador para expor as suas razões. É o direito à presença ou à audiência diante daquele que irá julgar os fatos. Sob o pretexto da inexistência de cartas de delegação de atos jurisdicionais (precatória ou rogatória) o direito do administrado não pode ser subtraído. Deve-se viabilizar, por qualquer meio que possibilite a intercomunicação, o direito à assistência pessoal, ainda que por videoconferência.

O quarto viés decorre antagonicamente do direito à audiência, ou seja, o direito de não comparecer perante o seu órgão julgador. É paradoxal na medida em que se há o direito de comparecer, agora, há também o direito de não comparecer aos olhares do seu julgador. Ora, se o administrado pode comparecer e permanecer calado há, no mesmo sentido, o direito de não desejar comparecer.

Em algumas vezes, diante do contexto probatório coligo, é mais interessante ao administrado não comparecer do que apresentar a sua versão, já que, inicialmente, compete à própria administração acusadora o ônus demonstrar o fato que chegou ao seu conhecimento formalmente.

O quinto e último sentido decorre do direito ao silêncio, isto é, o direito de permanecer calado sem declarar contra si próprio e de não se declarar culpado.

Nesse rumo, Romeu Felipe Bacellar Filho expõe “a administração não pode interpretar o silêncio do acusado no processo administrativo disciplinar, como presunção de culpabilidade”<sup>111</sup>. Tais considerações se estendem a todos os processos administrativos sancionadores.

Destarte, essa vertente, na realidade, é plenamente oponível ao Estado, a qualquer de seus poderes e aos respectivos agentes, porquanto o direito do acusado de permanecer em silêncio, sem auto incriminar, decorre do próprio direito natural inserido na cláusula do devido processo legal substantivo. É uma das prerrogativas que não pode ser desconsiderada por qualquer dos Poderes da República.

#### **4.16 Da presunção de inocência**

---

<sup>111</sup> Princípios constitucionais do processo administrativo disciplinar, 1998, p. 281.



Esta garantia do processo administrativo não faia parte da essência do direito administrativo no século XIX, tendo progressivamente recebido, por parte de doutrinadores, certa atenção ao longo do século XX.

Embora tenha sido lenta a aceitação da presunção na esfera do direito administrativo, hoje é inequívoco o reconhecimento do déficit democrático em relação à sua aplicabilidade, posto que os efeitos da decisão condenatória, por exemplo, em caso de demissão de servidor público ou aplicação de penalidade administrativa, no direito sancionador, produz eficácia jurídica a ponto de externar os seus efeitos imediatamente.

Neste contexto de desenvolvimento progressivo, a evolução do processo administrativo brasileiro, constitucionalizado, deu maior efetividade à aplicação principiológica no sentido de orientar o administrador à sua necessária observação.

Com base nisso, o direito à presunção de inocência acabou por ser incorporado ao direito processual administrativo, porém sem a incidência de tamanha garantia que outrora a Constituição Federal lhe outorgava.

A propósito, este direito, que, outrora, é um princípio, já se consolidou, de forma, definitiva na esfera penal, porquanto o art. 5, LVII, da Lei Maior não deixa dúvidas quanto à sua importância para assegurar a democracia do Estado. Nesse sentido, assim dispõe: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Além do mais, a matéria é tratada no texto da Convenção Americana de Direitos Humanos, aprovado em 22 de novembro de 1969 e ratificado pelo Brasil em 25 de setembro de 1992.

Em seu art. 8.º, 2, a Convenção estabelece que “toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa”.

Esse princípio, muito mais além do que direito, possui interferências de natureza material e processual no poder sancionador do Estado, conforme definiu Ricardo Alves Bento:

a presunção de inocência deve ser identificada como regra de tratamento ao suspeito, seja em sede de inquérito policial ou instrução criminal; regra probatória, que o ônus da prova compete ao titular da respectiva ação penal, partindo da premissa de que o cidadão é inocente, e caso reste dúvidas quanto aos indícios mínimos, deverá haver uma interpretação em favor do acusado; terceiro sobre a excepcionalidade das prisões preventivas, que significam uma contradição do processo penal, que deve

ser pautada pela liberdade, somente admitindo as prisões provisórias, quando realmente justificadas e fundamentadas em textos claros, não havendo repetição de texto legal, restando como sugestão à existência do contraditório, como ocorre em países da Europa; por último, a necessidade de que os julgamentos sejam justos, céleres e eficientes para que não se transfira ao cidadão um sentimento de culpa, mesmo antes da sentença penal, em que se apurará a ocorrência de uma infração penal<sup>112</sup>.

Há assim, como decorre para o processo penal, uma verdadeira tensão entre a presunção de inocência e o juízo de culpabilidade pelo qual o administrado possa ter incorrido.

É certo, por outro lado, que a despeito de inexistir ordem constitucional expressa acerca de sua aplicabilidade no processo administrativo, é incontestável à sua aceitação, como princípio implícito, pois indispensável ao pleno exercício do direito de defesa e do devido processo legal.

A rigor, o texto constitucional o traz implicitamente, ou seja, de forma reconhecida, nos incisos LIV, LV e LXXVIII do art. 5º, momento em que atesta a produção dos efeitos materiais e processuais no âmbito do processo administrativo constitucionalizado.

Do ponto de vista substancial ou material, enquanto não existir o devido processo legal, não há possibilidade de a Administração adotar um comportamento condenatório ou antecipar eventual condenação de um acusado a quem deverá ser outorgado todos os meios necessários para o exercício da ampla defesa e do contraditório.

Admitir, por outro lado, a antecipação dos efeitos da sanção do Estado é alterar o status do acusado, outorgando-lhe a pecha de culpado antes de reconhecer à culpabilidade em definitivo. Isso ocorre, de fato, hodiernamente no processo administrativo posto que a sanção aplicada já, por si só, é capaz de produzir seus efeitos ainda que esteja pendente de recurso administrativo.

Via de regra, o recurso administrativo não suspende os efeitos das penalidades aplicadas podendo, com base na auto executoriedade dos atos administrativos, ser imediatamente efetivado sem que, com isso, respeito ao direito de inocência.

Não se aguarda o esgotamento dos trâmites processuais previsto em lei e o adequando atendimento às garantias e aos direitos conferidos aos acusados em geral.

---

<sup>112</sup> Presunção de inocência no processo penal, p. 188.

Esse comportamento da Administração Pública, do ponto de vista processual, traz para a seara do processo administrativo um déficit democrático para com o processo civil e processo penal os quais têm efeitos suspensivos, como regra, à interposição de recursos à instância superior.

A privação do efeito suspensivo torna a Administração infinitamente superior, na própria relação de direito processual, ao administrado suprimindo direitos tidos por inalienáveis e comprometendo o devido processo legal.

É importante destacar, entretanto, que a sugestão para o amadurecimento democrático do processo administrativo não tem o escopo de elidir a efetividade da Administração Pública, mas, diversamente, fortalece-la por conferir maior legitimidade aos atos praticados. Eventual medida imediatista necessária far-se-á por meio dos instrumentos acautelatórios, como a suspensão prévia, nos casos em que haja o comprovado risco iminente ao interesse público<sup>113</sup>.

Adotar na integralidade a presunção de inocência é reconhecer, por outro lado, que o princípio da presunção de legitimidade foi nitidamente mitigado na relação processual e assim deve ser mesmo porque em uma relação processual, marcada pelo crivo do contraditório e oportunizada a ampla defesa, não há razões jurídicas para sustentar que um ato praticado por umas das partes tenha maior valor probatório do que o da outra. Reconhecer isto é mitigar a presunção de inocência porquanto transcende o descompasso da relação material, que, diga-se, é necessário existir para que a Administração Pública possa atingir o interesse coletivo, para a relação processual, que, diga-se, é totalmente desnecessária e incompatível para com as garantias constitucionais no processo que se pretende sejam defendidas.

Esse foi o lastro jurídico para a mudança de entendimento no tocante à aplicabilidade de multas de trânsito.

Nesse sentido o Superior Tribunal de Justiça editou a súmula 312 versando que no processo administrativo para imposição de multa de trânsito são necessárias as notificações da autuação e da aplicação da pena decorrente da infração, de modo que seja possível ao acusado exercer seu direito de defesa antes da condenação. O ato

---

<sup>113</sup> O art. 45 da Lei 9.784/99 é bastante claro ao limitar a adoção de providências acauteladoras, sem a prévia manifestação do interessado, às hipóteses de risco iminente e desde que haja motivação, ou seja, conquanto o acusado seja devidamente informado a respeito dos fatos que lhe são imputados, de forma a oferecer defesa adequada a qualquer tempo antes da medida que decidir pela condenação ou absolvição.

administrativo, neste caso, de notificação goza de presunção relativa de veracidade, mas não pode limitar o direito de o acusado produzir material probante em sentido contrário.

Esse é o sentido do princípio da presunção de veracidade em consonância com a presunção de inocência. Acerca do tema, Demian Guedes assevera:

À luz da presunção de inocência, não se deve admitir a imposição de sanção sem prova do ilícito, com fundamento exclusivo em uma presunção genérica de veracidade das afirmações apresentadas pela Administração Pública<sup>114</sup>.

#### **4.17 Da produção de provas**

O direito à prova está contido no direito à ampla defesa e, por muito na doutrina de Cunha Gonçalves, já estava inserido como um dos direitos da personalidade<sup>115</sup>.

Decorre do princípio da ampla instrução probatória em que confere ao participante o direito de oferecer e produzir provas, mas, também o de fiscalizar a produção das provas da Administração, de estar presente, se necessário, a fim de verificar se efetivamente se efetuaram com correção ou adequação técnica especificada para o caso concreto.

Assegura, ao participante, direta e imediatamente, o direito de propor e produzir provas, indicando o motivo de sua real importância e pertinência para o caso. Todos os fatos relevantes sejam eles principais ou acessórios bem como o próprio direito de defesa, devem ser objeto da instrução processual.

Entretanto, é importante destacar que existem certos limites a esta produção probatória, especialmente no que tange à efetividade da prova.

A propósito, somente fatos relevantes, pertinentes, controvertidos e determinados pode ser objeto da prova na instrução processual, pois é indispensável para formar a convicção do órgão julgador que se traga informações coerentes e conexas com o fato discutido. Além disso, a prova deve também ser idônea, possível e necessária à solução da controvérsia.

Em contraposição a essas qualidades do direito à prova, a Administração, a fim de evitar um rumo ao processo sem fim, deve, por outro lado, indeferir as provas

---

<sup>114</sup> Processo Administrativo e democracia uma reavaliação da presunção de veracidade, p. 127.

<sup>115</sup> *Apud* E.D. Moniz de Aragão, Exegese ... cit., vol. IV, t. I, p.50.

consideradas impossíveis, imprestáveis ou impertinentes ao objeto processual, porquanto é dever administrativo zelar pelo esclarecimento da verdade material.

Nesse sentido, o participante deve ser intimado absolutamente de todos os atos praticados pela Administração processante, de modo prévio ou posterior, conforme o caso, lhe possibilitando a real chance de combater os argumentos apresentados por meio de instrumentos probatórios. A rigor não é e nunca poderá ser aceito provas tidas como sigilosas, parciais ou excludentes, pois, do contrário, haveria injusta limitação ao direito da parte.

Note-se, entretanto, que a validade da prova não depende da efetiva participação da parte adversa, mas, a ciência inequívoca lhe conferida acerca da possibilidade de participar se assim desejar. Portanto, a inércia deliberada do participante jamais terá a força suficiente para invalidar a prova produzida com conhecimento prévio ou macular a seriedade legal do próprio processo.

Em sentido diverso, o Supremo Tribunal Federal rejeitou a aplicabilidade da súmula vinculante 14 aos procedimentos administrativos:

“O agravante não trouxe novos elementos aptos a infirmar ou elidir a decisão agravada. Como já demonstrado, a Súmula Vinculante n. 14 é aplicada apenas a procedimentos administrativos de natureza penal, sendo incorreta sua observância naqueles de natureza cível.” (Rcl 8458 AgR, Relator Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgamento em 26.6.2013, *DJe* de 19.9.2013).

No mesmo sentido:

O Verbete 14 da Súmula Vinculante do STF (É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa) não alcança sindicância que objetiva elucidação de fatos sob o ângulo do cometimento de infração administrativa. Com base nessa orientação, a 1ª Turma negou provimento a agravo regimental em que se reiterava alegação de ofensa ao referido enunciado, ante a negativa de acesso a sindicância.” (Rcl 10771 AgR, Relator Ministro Marco Aurélio, Primeira Turma, julgamento em 4.2.2014, *DJe* de 18.2.2014).

Veja-se, dessa forma, que o próprio Supremo Tribunal Federal retirou o direito do investigado de tomar conhecimento de elementos de prova necessários ao exercício do direito de defesa.

Esse entendimento, além de incompatível com a Constituição Federal, demonstra a forma como o Supremo Tribunal Federal aumenta o déficit democrático do processo administrativo evitando esforços de constitucionalizar o tema já pacífico para procedimentos administrativos policiais.

A rigor, em que pese à sindicância investigativa, quando já há identificação do suspeito, não possui contraditório, as medidas invasivas deferidas administrativamente devem se submetidas a esse direito, e a sua subtração acarretará nulidade.

Obviamente não é possível falar-se em contraditório absoluto quando se trata de medidas invasivas entre elas o afastamento provisório do servidor. Ao investigado não é dado conhecer previamente, sequer de forma concomitante, os fundamentos da medida que lhe restringe a liberdade de permanência no serviço público.

Neste caso, intimar previamente o investigado da decisão que irá lhe afastar provisoriamente do serviço, tornariam inócuos os demais objetivos como a busca e apreensão de provas no interior de sua repartição. Contudo, isso não significa a ineficácia do princípio do contraditório e do direito a provas.

Com efeito, cessada a medida, e reunidas às provas colhidas por esse meio, o investigado deve ter acesso ao que foi produzido, nos termos da Súmula Vinculante nº 14.

Aliás, esse é o rumo que o Superior Tribunal de Justiça vem tomando em relação ao tema:

Significa oportunizar todas as possibilidades de produção de provas servíveis ao indiciado/réu ou qualquer pessoa que responsa a processo administrativo ou judicial. Não serve, contudo, para postergar o rito ao alvitre da parte interessada<sup>116</sup>.

Desdobrando-se o direito à prova, ressalta-se a importância de discorrer sobre três temáticas: prova emprestada, verdade sabida e prova ilícita.

Com relação à prova emprestada, esta significa transferir de um para outro processo, mediante certidão ou qualquer outro meio de reprodução, prova já colhida, para não ser necessário produzi-la novamente.

---

<sup>116</sup> MS 7.188-DF, rel. Min. Gílson Dipp, DJ 7.10.2002, p. 168.

Em observância ao princípio da economia processual, faculta-se o aproveitamento de prova já realizada, porém para que tenha valor jurídico à prova emprestada possui alguns requisitos de validade os quais necessariamente devem ser observados.

Com efeito, os requisitos são: 1º a reprodução integral da prova anteriormente produzida, desde o ato que a autorizou até sua conclusão final, por meio de documentos legítimos; 2º que tenha sido realizada validamente sob o crivo do contraditório, ampla defesa, devido processo legal; 3º ter sido produzida em processo em que figurem as mesmas partes, ou, que tenha figurado como parte aquele contra quem se valerá a prova; 4º observância das normas que permitem a juntada de documentos no processual atual e; 5º a semelhança do fato que será objeto da prova.

Uma vez atendidos tais requisitos, o uso da prova emprestada se faz imprescindível à economia processual e celeridade a fim de contribuir para uma razoável duração do processo administrativo.

Corroborando o uso de prova emprestada, o Conselho Nacional de Justiça já se posicionou no sentido de aceitar a prova emprestada produzida em juízos cíveis e criminais para fim de instrução no processo administrativo.

Nesse sentido:

PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. DECISÕES JUDICIAIS PROFERIDAS EM TROCA DE VANTAGEM FINANCEIRA. QUEBRA DA ORDEM CRONOLÓGICA DE PRECATÓRIOS. PROCEDIMENTO INCORRETO E INCOMPATÍVEL COM O EXERCÍCIO DA JUDICATURA. 1. As condutas praticadas pelo requerido são objeto de ação penal que tramita perante o Superior Tribunal de Justiça e cujas provas foram compartilhadas com este procedimento. Licitude. Precedente do Supremo Tribunal Federal (Inquérito 2.424/RJ, Pleno. Rel. Min. Cezar Peluso, DJ de 24.08.2007). 2. As provas produzidas comprovam a prática de atos infracionais incompatíveis com o exercício da judicatura pelo requerido. 3. Processo Administrativo Disciplinar julgado parcialmente procedente para aplicar a pena de aposentadoria compulsória, com proventos proporcionais, nos termos do art. 42, V, da Lei Complementar n. 35/1979. (CNJ - PAD - Processo Administrativo Disciplinar - 0003715-60.2012.2.00.0000 - Rel. JOSÉ GUILHERME VASI WERNER - 172ª Sessão - j. 27/06/2013).

Não é diverso o entendimento do superior tribunal de justiça acerca do tema, oportunidade em que mandado de segurança nº 15.825 - DF (2010/0190770-1) acompanhou a possibilidade do compartilhamento de provas.

A rigor entendeu o STJ que nada impede, no Direito brasileiro, o compartilhamento, na instância disciplinar, de provas civis, administrativas ou penais obtidas em outros processos, inclusive diálogos colhidos mediante, por exemplo, interceptação autorizada, assegurando-se, em qualquer caso, o contraditório e a ampla defesa, não obstante o grau de reserva de jurisdição para o deferimento desta prova em espécie.

Neste tópico, embora a determinação judicial de interceptação telefônica somente seja admitida no âmbito de inquérito ou instrução criminal, tal não impede que, a partir da sua realização, haja pertinente utilização como prova emprestada em processo administrativos disciplinares envolvendo os mesmos fatos, assegurado o direito à ampla defesa e ao contraditório. Inexiste, a propósito, violação aos dispositivos legais, tampouco há óbice à sua utilização constitucional, por não se confundir a possibilidade de deferimento da medida com a utilização do resultado de sua execução, conforme a jurisprudência do STJ e do STF admite.

No mesmo sentido cito como precedentes de ambas as Cortes o AgRg na APn 536/BA, Relatora Ministra Eliana Calmon, Corte Especial, julgado em 02/02/2009, DJe 14/05/2009, em que o Superior Tribunal de Justiça reconheceu a possibilidade de compartilhar a prova, colhida em processo criminal em tramitação, com o Ministério Público Federal e outros órgãos administrativos, para fim disciplinar, e a Pet 3683 QO, Relator Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, julgado em 13/08/2008, DJe-035 Divulgado em 19/02/2009 Publicada em 20/02/2009 que entendeu que os dados obtidos em interceptação de comunicações telefônicas, judicialmente autorizadas para produção de prova em investigação criminal ou em instrução processual penal, bem como documentos colhidos na mesma investigação, podem ser usados em procedimento administrativo disciplinar, contra a mesma ou as mesmas pessoas em relação às quais foram colhidos, ou contra outros servidores cujos supostos ilícitos teriam despontado à colheita dessas provas.

No tocante à verdade sabida que significa prévio e informal conhecimento dos fatos pelo órgão julgador em decorrência do qual a Administração pratica espontaneamente, sem provocação oficial, ato sancionador de officio, não há dúvidas de



sua ilegalidade haja vista violar, por completo, o sistema constitucionalizado do processo administrativo.

Com relação à prova ilícita, a possibilidade de se valorar e admitir como fundamento decisório em desconformidade formal e material com o sistema jurídico traz tamanha inquietude na doutrina. Simples seria rejeitá-la de plano, não admitindo em nenhuma hipótese; entretanto dispensar em prejuízo ao interesse público, também, por outro lado, não seria o melhor caminho.

Na visão de Moniz de Aragão, deve haver aceitabilidade da prova obtida, ainda que em descompasso com a formalidade e a materialidade do direito, quando for o único meio capaz de proteger, eficientemente, valores mais urgentes e fundamentais. Induz o autor a aplicabilidade do princípio da proporcionalidade com a ponderação entre os bens jurídicos tutelados a ponto de prevalecer, como medida de garantia, o bem de maior importância na situação concreta.

É de bom alvitre ressaltar a lição de Nelson Nery Júnior:

A jurisprudência de nossos tribunais tem enveredado corretamente para a tese intermediária, encontrando a medida ideal para a aplicação do princípio da proporcionalidade<sup>117</sup>.

#### **4.18 Do juízo natural**

Os princípios constitucionais devem ser aplicados ao processo administrativo em alusão à aplicabilidade dos mesmos no processo judicial, porquanto este último mais evidente e conhecido.

O já estudado princípio do contraditório, basilar a ideia de processualização do direito administrativo, garante ao administrado a participação na tomada de decisão pela Administração. O referido não resta dissociado aos princípios da motivação dos atos administrativos e ao da imparcialidade do órgão julgador.

O princípio da imparcialidade garante a não afetação do ato final por qualquer uma das partes, garante atuação neutra do Estado, fruto da participação da figura da Administração com seus administrados através do contraditório.

Conclui-se que a imparcialidade é requisito para a efetivação dos princípios do contraditório e da ampla defesa, intrinsecamente ligada ao princípio do juiz natural, bem

---

<sup>117</sup> Princípios do Processo Civil na Constituição Federal, pp. 150-151.

como prima por um processo justo, que não representa apenas um instrumento técnico, mas também ético.

Nas palavras dos doutrinadores Cintra, Grinover e Dinamarco, a imparcialidade do juiz é garantia de justiça entre as partes. Por isso têm elas o direito de exigir um juiz imparcial: e o Estado, [...] tem o correspondente dever de agir com imparcialidade na solução das causas que lhe são submetidas<sup>118</sup>.

Tal princípio resta previsto nos incisos XXXVII e LIII do art. 5º da Constituição Federal, o qual garante ao cidadão que ninguém será processado, nem sentenciado senão pela autoridade competente e que não haverá juízo nem tribunal de exceção.

Ressalte-se que a autoridade deve ser antecipadamente prevista, devendo o julgador pautar-se em ditames antecedentes aos fatos, a fim de não prejudicar a imparcialidade ou o juízo de exceção.

A norma do juiz natural, oriunda da Teoria Geral do Processo, relaciona-se com a impessoalidade administrativa, na qual deve o administrado atuar em nome do órgão ao qual vinculado a fim de atender o interesse coletivo para o melhor cumprimento da função administrativa.

A lei de processo administrativo prevê implicitamente o princípio do juiz natural em seu art. 11, que dispõe 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.

A atuação dos agentes públicos deriva diretamente da lei, caracterizando-se pela irrenunciabilidade e a restritividade, ou seja, restam impedidos de declinar da competência quando lhes impostas legalmente e, tampouco excedê-la.

Thiago Marrara em seu estudo acerca do juiz natural no processo administrativo ressalta a legalidade da formação dos órgãos julgadores posteriormente ao ato, vejamos:

A preexistência da autoridade ou órgão julgador não constitui, porém, uma regra absoluta. O princípio do juiz natural no processo administrativo não produz efeitos tão amplos. A existência de comissões de sindicância e comissões de processantes ad hoc, bem como a formação de bancas de concurso, por exemplo, são exemplos de formação de

---

<sup>118</sup> CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria geral do processo. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 52.

órgãos decisórios posteriores ao pedido ou aos atos cometidos por um particular ou um servidor. Ainda que sejam posteriores, essas comissões de decisão não são ilegais<sup>119</sup>.

Ante a diversidade de processo administrativo, é de se ressaltar que o princípio do juiz natural resta melhor evidenciado quando tratar-se de processo administrativo disciplinar, porquanto a aplicabilidade do princípio no âmbito do direito administrativo assegura a imparcialidade a independência do juízo na tramitação do feito.

A premissa abrange a todos envolvidos na lide, sendo inafastável que da sua não observância, eivará nulidade em todos os atos do processo, pois afronta as garantias individuais do administrado/acusado.

O Ministro Celso de Mello do Excelso Superior Tribunal Federa, no julgamento do Agravo Regimental 177313-9, referiu-se ao princípio do juiz natural como limitador dos poderes do Estado, o qual fica impossibilitado de instituir juízes ad hoc ou criar tribunais de exceção e, concomitantemente, assegura ao acusado o direito ao processo perante a autoridade competente abstratamente designada na forma da lei anterior, vedados em consequência os juízos ex post facto.

A alteração da competência que abrangem o impedimento e a suspeição está prevista na LPA em seus artigos 18, 19 e 20. A norma visa excluir qualquer possibilidade de julgamento viciado pela parcialidade.

Os agentes públicos devem observar e respeitar a garantia contida no princípio do juiz natural em todas as fases do processo administrativo, a fim de materializar os valores nos quais são pautados o Estado Democrático de Direito, na busca pela realização justa e equânime processual.

#### **4.19 Da preclusão administrativa**

Em sede de processo administrativo, indubitável que maior a flexibilidade das formas em comparação ao processo jurisdicional, por inexistir regramento único acerca do assunto, conforme restará exemplificado nos capítulos seguintes.

A exemplo, o Superior Tribunal Federal através da súmula vinculante nº 5, dispõe que a falta de defesa técnica de advogado em processo administrativo disciplinar

---

<sup>119</sup> MARRARA, Thiago. Competência, delegação e avocação na Leio de Processo Administrativo. Revista Brasileira de Direito Pública – RBDP, Belo Horizonte, ano 8, n. 29, abr./junho. 2010.

não atinge a esfera da inconstitucionalidade, porquanto assegurada a manifestação do administrado.

A multiplicidade de vontades a serem emanadas pela Administração justifica proporcionalmente a existência de diferentes regramentos acerca dos procedimentos que deverão ser seguidos nos processos administrativos. O ponto comum, é a garantia de imparcialidade no ato final.

A processualização do direito administrativo traz consigo princípios inerentes ao processo judicial. Como amplamente debatido, a prática de atos sucessivos e coordenados, com a finalidade de constituir o ato administrativo, materializa a vontade final da Administração.

Para a prática encadeada dos atos, mesmo que de forma atenuada a contrassenso do que ocorre no processo jurisdicional, a legislação esparsa estabelece etapas para o deslinde, com o lapso temporal adequado para a sua prática.

Os conceitos de processo e tempo são inesperáveis, a temporalização da expectativa na obtenção de uma decisão final é o sentido da positividade do direito<sup>120</sup>.

O processo, nada mais é que o resultado da formação de atos predeterminados para o fito de entregar ou declarar o direito material, externando a vontade administrativa. A importância da divisão do processo em fases advém da necessidade de impulsionar a relação jurídica, obstando o regresso a etapas ultrapassadas.

Esse período de tempo previsto na legislação para a prática de atos denomina-se prazo.

Na visão de Liebman<sup>121</sup>, o prazo é previsto em lei, distinguindo-se em dilatatório (aquele praticado após o seu decurso) e aceleratório (deve ser praticado antes do transcurso), este último subdivide-se em ordinatórios e peremptórios.

Tratando-se de processo administrativo, os prazos são ditados pela autoridade administrativa, conforme dispõe o art. 31, parágrafo primeiro e o art. 40 da Lei 9784/99, que podem ser classificados como dilatatórios.

Outro exemplo de prazo dilatatório entabula o art. 42 da mesma Lei, acerca do prazo de emissão do parecer quando obrigatório à oitiva de órgão consultivo que deverá ocorrer em 15 (quinze) dias, salvo norma especial ou comprovada à necessidade de maior prazo.

---

<sup>120</sup> PIRES, Maria Coeli Simões. Direito Adquirido e Ordem Pública, pp 70-71.

<sup>121</sup> LIEBMAN, Enrico Tulio. Manual de direito processual civil, trad. Candido Rangel Dinamarco, v. I, 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1985, p.233.

A respeito da preclusão, além da forma estabelecida em lei, existe um tempo no qual cada ato individual deve ser praticado. A perda da capacidade de manifestação no processo pelo interessado administrado, ou, a perda da faculdade processual de praticar o ato, denomina-se preclusão.

Em consideração ao formalismo flexível no âmbito de processo administrativo, a preclusão possui finalidade definida para obstar a prática reiterada de atos. Possui três acepções distintas, preclusão consumativa, lógica e temporal.

A primeira, quando o ato adequado é praticado dentro do lapso temporal previsto, enquanto que a lógica ocorre quando da prática de ato antagônico ao que deveria ser praticado, precluindo a possibilidade de nova prática. E, por último, a preclusão temporal dar-se-á quando da existência de prazo para a prática do ato e este não é praticado.

A preclusão opera-se distintamente para o administrado e Administração. Enquanto que para o administrado, o prazo no processo administrativo é preclusivo, para a Administração pública, os prazos são considerados impróprios, uma vez que não se opera a preclusão e existe previsão legal de prorrogação em vários dispositivos.

Por outro lado, os princípios norteadores da atividade pública, possibilitam a responsabilização pessoal caso a inobservância dos prazos processuais administrativos, ou a condução processual em prazo desarrazoado.

O art. 54 da LPA é exemplo do resultado da não observação de prazo pela Administração Pública, porquanto prevê a possibilidade de anulação dos atos administrativos no prazo de 05 (cinco) anos.

Importante mencionar que a preclusão administrativa em relação ao administrado deve ser considerada relativa, uma vez que uma das finalidades do processo administrativo é a obtenção da verdade material.

Equivale a afirmar que mesmo o administrado não ter se incumbido da produção tempestiva de provas, a Administração para a prolação da decisão final, deve levar em consideração todos os fatos constatados e provar suficientemente os fatos que servem de pressuposto ao ato.

Preclusão administrativa é um tema escasso em nossa doutrina administrativa, reflexo da (quase) inexistência de previsão legislativa. A LPA refere-se ao tema em seu art. 63, §2º, quando excepciona a revisão de ofício do ato ilegal na hipótese de não conhecimento do recurso, quando operada a preclusão administrativa.

## 5. NOVAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO

### 5.1 A MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL DOS PRINCÍPIOS

Mutação constitucional é um ato de tornar informal a Constituição alterando somente a forma de interpretar a norma constitucional e não no seu conteúdo, o qual permanece o mesmo.

A natureza jurídica da mutação constitucional é uma espécie de Reforma Constitucional sem que haja mudança literal expressa do seu texto.

É a forma de alterar o texto constitucional sem modificar expressamente seus dispositivos. Este fenômeno ocorre pela interpretação, pelos usos e costumes, pela busca da verdade real.

Existem alguns questionamentos entre o fenômeno da mutação constitucional em uma constituição rígida como à Constituição da República de 1988.

Conforme ensinamento do ilustre Alexandre de Moraes assim se define:

Rígidas são as constituições escritas que poderão ser alteradas por um processo legislativo mais solene e dificultoso do que o existente para a edição das demais espécies normativas (por exemplo: CF/88 – art. 60)<sup>122</sup>.

Dessa forma, a rigidez constitucional tem como objetivo a garantia da supremacia das normas constitucionais, proporcionando maior estabilidade e segurança.

O Supremo Tribunal Federal já se manifestou acerca do assunto, por ocasião do julgamento do AG. REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 450504/MG, o Relator Min. Carlos Britto deixou claro que o STF já vinha reconhecendo o fenômeno da mutação constitucional.

EMENTA: CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA JUDICANTE EM RAZÃO DA MATÉRIA. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E PATRIMONIAIS DECORRENTES DE ACIDENTE DO TRABALHO, PROPOSTA PELO EMPREGADO EM FACE DE SEU (EX-EMPREGADOR. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. ART. 114 DA MAGNA CARTA. REDAÇÃO ANTERIOR E POSTERIOR À EMENDA CONSTITUCIONAL Nº

---

<sup>122</sup> MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional, 10ª ed, São Paulo: Atlas, 2001, p. 37

45/04. EVOLUÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. PROCESSOS EM CURSO NA JUSTIÇA COMUM DOS ESTADOS. IMPERATIVO DE POLÍTICA JUDICIÁRIA<sup>123</sup>.

Com efeito, a mutação constitucional pode se mostrar eficaz para reforçar a Constituição, resguardando a sua principiologia, para assegurar a sua longevidade.

---

<sup>123</sup> Numa primeira interpretação do inciso I do art. 109 da Carta de Outubro, o Supremo Tribunal Federal entendeu que as ações de indenização por danos morais e patrimoniais decorrentes de acidente do trabalho, ainda que movidas pelo empregado contra seu (ex-)empregador, eram da competência da Justiça comum dos Estados-Membros. 2. Revisando a matéria, porém, o Plenário concluiu que a Lei Republicana de 1988 conferiu tal competência à Justiça do Trabalho. Seja porque o art. 114, já em sua redação originária, assim deixava transparecer, seja porque aquela primeira interpretação do mencionado inciso I do art. 109 estava, em boa verdade, influenciada pela jurisprudência que se firmou na Corte sob a égide das Constituições anteriores. 3. Nada obstante, como imperativo de política judiciária -- haja vista o significativo número de ações que já tramitaram e ainda tramitam nas instâncias ordinárias, bem como o relevante interesse social em causa -Plenário decidiu, por maioria, que o marco temporal da competência da Justiça trabalhista é o advento da EC 45/04. Emenda que explicitou a competência da Justiça Laboral na matéria em apreço. 4. A nova orientação alcança os processos em trâmite pela Justiça comum estadual, desde que pendentes de julgamento de mérito. É dizer: as ações que tramitam perante a Justiça comum dos Estados, com sentença de mérito anterior à promulgação da EC 45/04, lá continuam até o trânsito em julgado e correspondente execução. Quanto àquelas cujo mérito ainda não foi apreciado, hão de ser remetidas à Justiça do Trabalho, no estado em que se encontram, com total aproveitamento dos atos praticados até então. A medida se impõe, em razão das características que distinguem a Justiça comum estadual e a Justiça do Trabalho, cujos sistemas recursais, órgãos e instâncias não guardam exata correlação. 5. O Supremo Tribunal Federal, guardião-mor da Constituição Republicana, pode e deve, em prol da segurança jurídica, atribuir eficácia prospectiva às suas decisões, com a delimitação precisa dos respectivos efeitos, toda vez que proceder a revisões de jurisprudência definidora de competência ex ratione materiae. O escopo é preservar os jurisdicionados de alterações jurisprudenciais que ocorram sem mudança formal do Magno Texto. 6. Aplicação do precedente consubstanciado no julgamento do Inquérito 687, Sessão Plenária de 25.08.99, ocasião em que foi cancelada a Súmula 394 do STF, por incompatível com a Constituição de 1988, ressalvadas as decisões proferidas na vigência do verbete. 7. Conflito de competência que se resolve, no caso, com o retorno dos autos ao Tribunal Superior do Trabalho. **Decisão.** O Tribunal, por unanimidade, conheceu do conflito e, por maioria, definiu a competência da justiça trabalhista, a partir da Emenda Constitucional nº 45/2004, para julgamento das ações de indenização por danos morais e patrimoniais decorrentes de acidente do trabalho, vencido, no caso, o Senhor Ministro Marco Aurélio, na medida em que não estabelecia a edição da emenda constitucional como marco temporal para competência da justiça trabalhista. Impende salientar, por oportuno, o entendimento da existência do fenômeno da mutação constitucional que direcionou, em 20 de setembro de 2007, o julgamento do EMB.DIV.NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO - RE-EDv166791/DF, tendo como relator o Min. Gilmar Mendes, com a seguinte Ementa: 1. Embargos de Divergência em Recurso Extraordinário. 2. Anistia. Art. 8o do ADCT/1988. 3. Promoção de Militar e alcance do benefício constitucional. 4. RE conhecido e provido. 5. A jurisprudência do STF, que se firmara no sentido de excluir do âmbito de incidência do benefício constitucional da anistia tanto as promoções fundadas no critério de merecimento quanto aquelas que pressupunham aprovação em concurso e admissão e posterior aproveitamento em curso exigido por lei ou por atos regulamentares foi modificada a partir do julgamento do RE 165.438-DF, Rel. Min. Carlos Velloso, Pleno, DJ de 05.05.2006. 6. De acordo com o novo entendimento do Tribunal no que se refere à interpretação do art. 8º do ADCT, há de exigir-se, para a concessão de promoções, na aposentadoria ou na reserva, apenas a observância dos prazos de permanência em atividade inscritos nas leis e regulamentos vigentes, inclusive, em consequência, do requisito de idade-limite para ingresso em graduações ou postos, que constem de leis e regulamentos vigentes na ocasião em que o servidor, civil ou militar, seria promovido. 7. Embargos de divergência conhecidos e acolhidos para reconhecer o direito do embargante de ser promovido, também por merecimento, em decorrência da aplicação do art. 8o do ADCT/88, em conformidade com a nova orientação firmada no RE no 165.438/DF. BRASIL. Supremo Tribunal Federal - AG. REG.NO REEX N. 450504/MG – Relator: Min. Carlos Britto – Primeira Turma – julg. 21/11/2006.

É cediço que a estrutura constitucional é permanentemente ameaçada pelas constantes Emendas constitucionais. Nesse sentido, a mutação constitucional pode ser utilizada com eficácia para preservação do conteúdo valorativo da Constituição.

Assim, a interpretação constitui atividade de mediação com a finalidade de tornar concreta a norma jurídica abstrata, já que a Constituição é um sistema de normas aberto a várias soluções interpretativas.

Nesse diapasão, é claro que os princípios constitucionais administrativos não permanecem com exatidão do seu conteúdo ante o decurso do tempo, ou seja, a interpretação de tais princípios também evolui ao longo do tempo. Por este motivo, é razoável oferecer como alternativa de reforma à Constituição a utilização da interpretação como instrumento de mediação entre o texto e a realidade constitucional.

A propósito, em tempos antigos, cita-se a década de 90 e 2000, isto é, antes do século XXI, não se discutia sequer a possibilidade de se outorgar ao processo administrativo as mesmas garantias constitucionais outorgadas ao processo judicial, em que pese à Constituição Federal de 1988 determinar, de forma inequívoca, à sua aplicabilidade, a rigor contida no art. 5, XXXV.

Com a maturação dos Tribunais Superiores ao reanalisar o conteúdo principiológico motriz do processo administrativo resolveu estender tais garantias de modo a assegurar ao administrado as mesmas oportunidades processuais e defesa.

Isto revela que a prática da mutação constitucional se tornou comum repetitiva na interpretação, à luz dos novos acontecimentos sociais, ao processo administrativo. Outrossim, não se pode despegar que a mutação constitucional também pode se revelar perigosa, podendo afastar da Constituição o que há de mais significativo em um texto constitucional, a função de regulamentar a sociedade e as consequências de certos comportamentos.

## **5.2 Do informalismo**

Este princípio admitido no direito processual administrativo sustenta que devem ser observadas as formalidades legais, sem, contudo, infringir a legalidade, a fim de obter a certeza e a segurança jurídica.



A lei federal do processo administrativo adota formas simples não exigindo formalidades solenes previstas para o processo judicial com o intuito de propiciar certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados.

Ocorre, entretanto, que semelhantemente ao processo judicial civil, em que pese possuir o processo administrativo uma simetria mais adequada ao processo penal, admite-se, com base neste princípio, a informalidade das formas de modo a propiciar o atingimento ao seu resultado.

Isto significa dizer que se priorizam as decisões meritórias do pedido administrativo buscando-se informalizar o processo administrativo, sem, contudo, desprezar a legalidade.

Deve-se, ao todo tempo, se presente ilegalidades, tentar saná-las, ou seja, a convalidação torna-se uma regra com a nova sistemática processual adotada pelo legislador infraconstitucional para como novo código de processo civil brasileiro, posição esta estendida para a esfera administrativa diante do neoconstitucionalismo aplicado.

### **5.3 Do consensualismo**

Seguindo a premissa de que o poder público está concentrado nas mãos da Administração Pública, por força da própria Constituição e que, somente por meio dela, é possível dispor de maneira contrária, esta circunstância não inibe a sociedade de se organizar, seja de forma individual ou de forma coletiva, para, justamente, ponderar eventuais negócios jurídicos que recaem sobre os interesses privados.

Esta possibilidade de ação dos administrados decorre em razão do ranço autoritário marcada na Administração Pública em épocas passadas que sempre a impôs, de forma superior, na regulamentação e na forma de atuação perante seus administrados.

Superada esta fase autoritária e o advento de diversos arranjos democráticos, os quais forçosamente contribuíram para uma mudança de mentalidade do Estado, a própria Administração motivou a mitigação da superioridade material permitindo a utilização do princípio do consensualismo como fator de pacificação nos processos.

A propósito, o princípio do consensualismo representa a concretização da ideia do §3º do art. 37 da Constituição Federal na proporção em que outorgou ao administrado, ora usuário, a participação na administração direta e indireta, decorrente da EC 19/98.

Essa participação constituiu uma etapa importante para a evolução da defesa das garantias constitucionais nos processos administrativos de formação de decisões, porquanto atribuiu ao administrado o direito de se alegar, a qualquer momento, violação a direito de natureza exclusivamente processual.

A rigor, ainda que haja um conflito de pretensões individuais e coletivas, privadas e públicas, respectivamente, isso não autoriza a Administração ignorar as regras processuais consagradas na Constituição Federal para, sob o pretexto de jamais negociar o interesse público primário, ultrapassar esses limites de garantias de modo a prejudicar, ao final, o próprio direito que se propôs a defender.

Nesse sentido, vários institutos foram incorporados ao processo administrativo como forma alternativa à solução dos conflitos, como se vê na arbitragem, mediação e conciliação a fim de pacificar o conflito e retomar a normalidade das relações sujeitas à disciplina processual administrativa<sup>124</sup>.

É inegável, outrossim, que este tema é de maior relevância, tanto na esfera social como na econômica, portanto o esquecimento aos princípios constitucionais inerentes ao processo acabam por justificar a busca de proteção judicial o que, por outro lado, somente incrementa a instabilidade jurídica do país<sup>125</sup>.

No ambiente de litigiosidade crescente no poder judiciário, haja vista o desrespeito às garantias processuais no processo administrativo, o comportamento da Administração Pública passou a seguir, a risca e literalmente, o princípio da legalidade e indisponibilidade, como uma forma de impedir o reconhecimento do pedido ou uso de soluções consensuais para a resolução dos seus litígios.

Este comportamento gerou uma beligerância extrema capaz de comprometer os próprios órgãos judiciais encarregados de dar, em caráter definitivo, a solução à demanda.

O que no início se tratou de ignorar as garantias constitucionais do processo administrativo resultou em um aumento indiscriminado de demandas judiciais propostas por administrados insatisfeitos com a justiça administrativa a qual, a propósito, não estava levando pacificação social, mas, diversamente, indignação aos seus cidadãos.

---

<sup>124</sup> NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. Novas tendências da democracia: consenso e direito público na virada do século - o caso brasileiro. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.º. 13, março/abril/maio, 2008. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em: 13 de julho de 2016.

<sup>125</sup> Art.5º: XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Brasil. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível na Internet: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso: 13 de julho de 2016.

Diante desse cenário, exige-se, portanto, com base no princípio do consensualismo processual uma isonomia absoluta entre as partes litigantes assegurando ao administrado os mesmos direitos outorgados à Administração Pública, além, claro, da tendência moderna de se incorporar institutos como a conciliação, arbitragem e mediação, no processo administrativo justamente por se perfilhar ao novo processo civil integralmente constitucionalizado.

Agir de maneira diversa, tolhendo o direito do administrado de se valer desses meios alternativos de solução de conflitos, além incrementar a judicialização de processos administrativos, não coaduna com a nova interpretação constitucional do processo administrativo que, antes autoritário, direciona-se para um regime democrático e consensual.

Dessa forma, no patamar atual em que o processo administrativo alcançou verdadeiras conquistas para assegurar a efetivação dos direitos e garantias individuais, tal postura se mostra mais condizente com a mutação socioeconômica do país, razão pela qual não se pode obstaculizar a interação com o próprio administrado.

## **6. DÉFICIT DE GARANTIAS CONSTITUCIONAIS NAS ESPÉCIES DO PROCESSO ADMINISTRATIVO**

### **6.1 O que se entende por déficit das garantias constitucionais**

Déficit se traduz na falta, na deficiência, na ineficiência de se aplicar algo que se pretendeu propor. Somente se reconhece déficit de algo quando se busca, em sua norma matriz, a sua implementação, por completo, e, diante de algum fato externo ou até mesmo interno, como inefetividade, não se consegue alcançar o seu resultado.

Quando se propõe a discutir o déficit de garantias em processo administrativo se busca reconhecer que, embora as garantias estejam abstratamente descritas no texto normativo constitucional, há algo, até mesmo maturação do intérprete, em aplicá-las outorgando ao seu destinatário menos do que se podia constitucionalmente.

É de se observar que intimamente ligada à discricionariedade, está o elemento interpretativo da garantia processual constitucional criada pela Carta Magna de 1988.

O juízo interpretativo, portanto, discricionário, acaba por revelar a conveniência e a oportunidade da decisão adotada no processo administrativo constitucional para aplicar ou negar a aplicação de certa regra interpretativa a fim de permitir ao administrador alcançar o seu ínterim.

Esse movimento acaba por comprometer a própria democracia, porquanto não basta a Constituição ser fruto da vontade popular, mas atingir o seu verdadeiro escopo quando de sua aplicação.

A rigor, nas lições de Manuel Castells<sup>126</sup> democracia substancial é aquela muito mais além das formalidades do processo legislativo, mas comprometida na eficiência do ato que irá atingir outras questões, inclusive, social. É o administrado que irá sofrer os efeitos colaterais das decisões processuais da Administração Pública quando tomadas em nítida discrepância com o ideal constitucional moderno das garantias.

É nesse sentido que Diogo de Figueiredo Moreira Neto dispõe:

Assim, não mais bastando o consenso na escolha de pessoas pelo voto formal, trata-se de buscar um consenso mais amplo sobre a escolha de

---

<sup>126</sup> CASTELLS, Manuel. A Era da Informação: economia, sociedade e cultura, vol. 3, São Paulo: Editora Paz e terra, 1999, p.130.

políticas públicas através de outras formas institucionais que possam disciplinar com fidelidade e segurança o processo de formação da vontade participativa, ou seja, a crescente importância da processualidade adequada como instrumento democrático<sup>127</sup>.

Portanto, desse quadro, surge à ideia de que a concretização da não materialização das garantias constitucionais ao processo administrativo, não obstante estejam efetivamente interligadas e asseguradas ao processo, em geral, seja ele administrativo ou não, somente irá aumentar o fosso das desigualdades das partes, ora Administração, ora administrado, ao ponto de enfraquecer a própria democracia constituída pela vontade popular em ter assegurado tais princípios ao processo administrativo.

O não reconhecimento da aplicabilidade imediata dos princípios constitucionais que regem o processo judicial ao processo administrativo implica, portanto, desrespeito aos ideais democráticos haja vista que o conteúdo constitucional foi fruto da vontade popular.

Dentre os contrários a este equilíbrio processual judicial e administrativo na dinâmica das relações da administração com os particulares, está o argumento de que faltaria efetividade as decisões administrativas porquanto, além da falta de capacitação dos intérpretes, a deficiência do Estado brasileiro não se permitiria assegurar alguns princípios aplicáveis à esfera processual judicial à esfera processual administrativa.

Em que pese tal argumentação, a deficiência do Estado brasileiro não pode ser condão suficiente para impedir o respeito à Constituição Federal, muito menos a falta de capacidade técnica dos administradores na condução do processo administrativo pode ser impeditivo à implementação do Estado Democrático de Direito.

Pensar o contrário é autorizar o sobrestamento das garantias em prol de um alegado bem maior, que autorizaria, de forma arbitrária, a ultrapassagem dos próprios limites constitucionais ao processo.

## **6.2 Das espécies dos processos administrativos em perspectiva constitucional**

O processo administrativo, como já exposto anteriormente, é a forma pela qual a Administração Pública registra seus atos, controla os agentes públicos, decide as

---

<sup>127</sup> NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. Novas tendências da democracia: consenso e direito público na virada do século - o caso brasileiro. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.º. 13, março/abril/maio, 2008. Disponível na Internet: Acesso em: 13 de Abril de 2015.

controvérsias com os administrados e servidores públicos e empreende a atividade administrativa persecutória do interesse público.

Ocorre, entretanto, que a doutrina diverge de como os processos administrativos poderão ser classificados para fim de estudo doutrinário.

Dentre os autores brasileiros, José Cretella Júnior estabeleceu uma classificação própria por meio de critérios para distingui-los segundo diversos elementos como o raio de ação, o objeto, a juridicidade, o despacho, o desfecho, a forma e o âmbito de atuação<sup>128</sup>.

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro, a classificação tradicional recai no elemento juridicidade onde se podem questionar duas espécies de processo administrativo, qual seja o gracioso e o contencioso<sup>129</sup>. No primeiro, os órgãos da Administração Pública ficam a cargo de atuarem de modo a exercer, atipicamente, a função de julgar os processos que lhe são submetidos e a proferir suas decisões finais, sem esvair a possibilidade de se buscar o esgotamento por meio da jurisdição definitiva judicial.

O segundo, por outro lado, desenvolve-se junto a um órgão independente e imparcial com competência para proferir decisões com eficácia de coisa julgada atribuindo-lhe, na esfera administrativa, a característica da definitividade.

Este, a propósito, é típico dos países que adotaram o contencioso administrativo como a França e parcialmente a Itália, sendo, destarte, rechaçado pela Constituinte Brasileira de 1988.

Para Lúcia Valle Figueiredo quando se questiona a classificação do processo administrativo, na verdade, segundo a autora, se busca aferir as fases do procedimento administrativo como as fases deflagratória, instrutória, decisória e às vezes integrativa<sup>130</sup>.

Na mesma esteira, Odete Medauar propôs uma tipologia própria para identificar as diversas classificações encontradas na doutrina nacional.<sup>131</sup>

A autora os dividiu em processos que podem ter controvérsias ou conflitos de interesses e em processos sancionadores ou punitivos.

---

<sup>128</sup> Nas palavras de José Cretella Júnior “o processo administrativo, no Brasil, pode ser classificado de vários modos. Quanto ao raio de ação, é externo ou interno. Quanto ao objeto, ele é disciplinar ou criminal. Quanto à juridicidade, é contencioso ou gracioso. Quanto ao despacho, é condenatório ou absolutório. Quanto à forma, é sumário ou integral. Levando-se em conta o âmbito em que se desenvolve, é que o processo administrativo se classifica em externo e interno” (J. Cretella Júnior, Manual de Direito Administrativo, cit., p. 371).

<sup>129</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, Direito Administrativo, cit., p. 345.

<sup>130</sup> DE FIGUEIREDO, Lúcia Valle, Curso de Direito Administrativo, cit., p. 285.

<sup>131</sup> MEDAUAR, Odete, Processualidade no Direito Administrativo, cit. p. 132.

Entre os processos que envolvem conflitos de interesse subdividiu em processos administrativos de gestão os quais envolvem as matérias de licitação, concursos públicos, concursos de acesso ou promoção, de outorga que abrange licenciamento de atividades, registros de marcas e patentes ou isenções, e de verificação ou determinação nos quais estão inseridos a prestação de contas, o lançamento tributário e a consulta fiscal e, por fim, os de revisão em que se situam os recursos e as reclamações.

Já os processos sancionadores ou punitivos foram subdivididos em internos, ou seja, os resultantes de processos administrativos disciplinares e os externos decorrentes de sanções aplicadas em razão do exercício do poder de polícia da administração fiscal.

Por fim, não poderia faltar à visão do doutrinador tradicional do Direito Administrativo Brasileiro, Hely Lopes Meirelles, que desenhou a classificação do processo administrativo em quatro espécies de expediente, outorga, de controle ou punitivo.

Em que pese à existência de uma gama extensa classificatória do processo administrativo, a importância do tema para a análise da efetividade das garantias constitucionais se limita a algumas de suas espécies, quanto à matéria envolvida, porquanto é possível constatar o descumprimento do legislador infraconstitucional às regras republicadas e democráticas trazidas com o advento da Constituição Federal de 1988.

É nessa pedra de toque que será analisada, sob um prisma individual de cada um dos processos administrativos, à observância das garantias constitucionais necessárias para resguardar o interesse do administrado no exercício do seu direito de defesa.

### **6.2.1 Do processo administrativo disciplinar e suas espécies**

O processo administrativo disciplinar é uma modalidade de processo administrativo sancionatório em que se busca apurar a responsabilidade funcional do agente público decorrente de uma falta disciplinar e aplicar a penalidade razoável e proporcional ao delito administrativo praticado.

O processo disciplinar tem fundamento no poder geral de supremacia que o Estado detém frente aos agentes públicos que cometem irregularidades no exercício ou em razão da função. Decorrem logicamente do poder hierárquico o qual permite a Administração Pública coordenar e controlar as atividades dos seus agentes de modo a permitir entre eles a existência de uma relação de subordinação.

Nesse sentido, do processo administrativo disciplinar decorrem garantias às quais objetivam assegurar ao processado o direito de se defender na sua integralidade. Ocorre, entretanto, que nem sempre foi assim.

Historicamente, na época do império, 1822 a 1889, vigora na constituição brasileira, o contencioso administrativo que suprimia absolutamente as garantias hoje existentes para o processado.

Em 1891, com a promulgação da Constituição, foi suprimido o contencioso administrativo, modificando sistematicamente as relações entre o Estado e seus agentes públicos.

Durante as constituições que se seguiram, o processo administrativo disciplinar ganhou relevância no sentido de deixar de ser mero instrumento punitivo para os seus destinatários aproximando-se do processo judicial, em termos de garantias, para assegurar aos processados um meio complexo e democrático de apuração de responsabilidades funcionais.

Portanto, hodiernamente, o processo disciplinar deixou de ser analisado isoladamente, ou seja, como um fim em si mesmo para ter um novo prisma constitucional como forma de efetivação das garantias constitucionais do Estado Democrático de Direito.

### **6.2.1.1 Do Processo Disciplinar Militar**

Segundo Antônio Pereira Duarte:

O direito administrativo militar pode ser entendido como sub-ramo do Direito Administrativo Comum, que, através de um conjunto de princípios jurídicos entrelaçados, disciplina e regula a atuação dos órgãos militares, dos agentes/servidores militares, objetivando atingir a função constitucional reservada às Forças Militarizadas<sup>132</sup>.

A função especializada exercida pela polícia reclama a existência de regulamentos que norteiem a conduta dos seus subordinados disciplinando as ações de seus integrantes.

Nesse sentido, as instituições responsáveis pela manutenção da paz, preservação da integridade física e patrimonial do cidadão e do Estado, composta de policiais, civis ou militares (militares propriamente ditos e corpo de bombeiros militares),

---

<sup>132</sup> Direito Administrativo Militar. Rio de Janeiro: Forense, 1995, pp. 3,4.



instituíram, no decorrer dos anos constitucionalistas, normas regulamentares próprias para reger o procedimento apuratório de atos infracionais cometidos no exercício ou não da função pública.

A prática de um ato ilícito administrativo o qual reproduz uma falta funcional não permanece incólume haja vista o dever de apurar e punir as infrações cometidas no exercício próprio do poder disciplinar do Estado.

A propósito, o cometimento de um ilícito funcional que não guarde identidade com infração penal deve ser tratado tão-apenas no âmbito da Administração Pública com incursão das sanções previstas nos regulamentos disciplinares. Tratá-lo de forma idêntica a infração penal, lavrando-se, inclusive, um auto de prisão em flagrante, configura inevitavelmente ato de abuso de autoridade, passível sim de responsabilização criminal.

Dessa forma, o ato infracional deve ser apurado de acordo com os instrumentos disponibilizados pelas regras disciplinares como, a exemplo, à sindicância. Ocorre, entretanto, que atualmente, de forma despropositada, quando já certa a tipicidade do delito militar criminal, se instaura indevidamente a sindicância em flagrante inversão das disposições legais.

A rigor, a sindicância, como instrumento apuratório capaz de revelar a autoria e a materialidade da infração administrativa, somente pode ser utilizada para averiguar ato criminal infracional quando exista fundada dúvida da natureza do crime, ou seja, quando da conduta do infrator não se puder, a prima facie, repelir a existência de crime militar e se concentrar exclusivamente na infração administrativa praticada.

Após o esclarecimento da conduta, a sindicância deve ceder lugar ao inquérito policial militar em cumprimento a letra “f”, do artigo 10, do Código de Processo Penal Militar.

Agir o agente público na condução do procedimento administrativo de forma inversa configura violação ao devido processo legal na medida em que subtrai do administrado o direito à uniformidade de regras, além de importar o esgotamento do direito de defesa, oportunidade esta que somente seria exigida na fase judicial.

Anota-se, ainda, que em decorrência do princípio da independência das instâncias, a sindicância se mostra obrigatória para elucidar a infração administrativa, mas, assim não deve ser para apurar a infração criminal militar quando já definida esta, porquanto existe, em seu lugar, o inquérito policial militar.

Por outro lado, não se pretende com respeito ao devido processo legal, impedir a transposição de elementos colhidos em sede da sindicância para o inquérito policial militar com base no princípio da cooperação das provas, mas, ao contrário, se busca impedir que a sindicância faça às vezes do inquérito policial militar quando já há certeza da autoria e da materialidade da infração penal.

Proceder de forma inversa significa ignorar a garantia constitucional do devido processo legal na sua vertente formal que significa assegurar ao administrado paridade total de condições com o Estado-persecutor e plenitude de defesa, visando salvaguardar suas liberdades públicas e impedir o arbítrio do Estado.

Nesse sentido o Professor Alexandre de Moraes descreve:

O devido processo legal garante no âmbito do processo sancionatório — seja penal, administrativo ou eleitoral — a vinculação estatal a “padrões normativos, que, consagrados pela Constituição e pelas leis, traduzem limitações significativas ao poder do Estado”. Esses padrões são consagradores de verdadeiro “círculo de proteção em torno da pessoa do réu – que jamais se presume culpado –, até que sobrevenha irrecorrível sentença que, condicionada por parâmetros ético-jurídicos, impõe ao órgão acusador o ônus integral da prova, ao mesmo tempo em que faculta ao acusado que jamais necessita demonstrar a sua inocência o direito de defender-se e de questionar, criticamente, sob a égide do contraditório, todos os elementos probatórios produzidos”, como “fórmula de salvaguarda da liberdade individual” (HC 73.338/RJ)<sup>133</sup>.

Dessa lição se extrai que é de rigor à observância da regra insculpida no artigo 5º, § 1º, da Constituição Federal, em que determina que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, pois não contemplara o legislador constituinte nenhuma condição ou restrição à sua eficácia imediata.

Sendo assim, não há nenhum bloqueio constitucional quanto à irradiação de efeitos dos direitos fundamentais às relações jurídicas não verticais, posto que se têm que as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm campo de incidência em qualquer relação jurídica, seja ela pública, mista ou privada, donde os direitos fundamentais assegurados pela Carta Constitucional vinculam não apenas os poderes públicos, alcançando também as relações privadas.

---

<sup>133</sup> <http://www.conjur.com.br/2014-abr-11/justica-comentada-devido-processo-legal-vedacao-provas-ilicidas>. Acessado em 04 de janeiro de 2016.

Nesse rumo, a dinâmica administrativa para apurar as infrações exclusivamente funcionais cometidas pelos seus agentes milicianos costuma se escalonar em procedimentos administrativos diretos dos quais se incluem sindicância regular e sindicância sumária e procedimentos administrativos indiretos dentre os quais se destacam a comunicação disciplinar, a queixa disciplinar e o relatório reservado.

Independentemente da natureza da medida seja ela investigatória ou preparatória deve ser assegurado não apenas o direito à participação do administrado, o que, na metodologia antiga, denominava-se o direito de acompanhamento às etapas investigatórias, mas, diversamente e mais amplo, o direito a efetiva participação com o poder de produzir elementos de prova capazes de influir na condução do procedimento.

Esse direito representa um marco da Constituinte de 1988 em que outorgou aos litigantes em processo administrativo ou judicial e aos acusados em geral o direito à ampla defesa e o contraditório com os recursos a ela inerentes.

Quando se referiu aos acusados em geral representou muito além da visão tradicionalíssima do direito punitivo brasileiro para reconhecer a estes o direito de participar efetivamente em todo e qualquer instrumento em que figure como acusado. Participar no sentido de poder apresentar a sua versão dos fatos ainda que não lhe sejam solicitados, de produzir provas, arrolar e contraditar testemunhas, ter uma duração razoável do procedimento, aguardar decisões motivadas na proporcionalidade e razoabilidade, respeito à segurança jurídica e à publicidade dos atos administrativos.

Nesse rumo, destaca-se a ilegalidade do procedimento disciplinar para o cumprimento da prisão decorrente de transgressão militar.

A ilegalidade começa desde a tipificação da transgressão militar não especificada disposta no nº 2 do §1º do artigo 12 do Regulamento Disciplinar da Polícia Militar do Estado de São Paulo.

A inexistência de parâmetros para preencher o seu conteúdo torna a tipificação dificultosa porquanto atribui à autoridade um subjetivismo exacerbado. Outrossim, sob a análise processual, à aplicabilidade se mostra incompatível atualmente com a Constituição haja vista que ao processo disciplinar militar também lhe foi assegurada a ampla defesa e contraditório.

Segundo a interpretação constitucional do art. 5º, inc. LV, não basta e não é suficiente assegurar o contraditório e a ampla defesa, mas deve outorgar ao acusado o direito de saber exatamente a descrição a conduta a qual lhe é imputada. A defesa fica

absolutamente limitada e, portanto, fugaz, quando se despreza os elementos mínimos caracterizados do ato pelo qual se importa a julgar.

Portanto a disciplina das transgressões militares não especificadas em que se admite a aplicação de penalidade, ainda que sob o suposto crivo das garantias constitucionais, se reverte de verdadeira patologia processual, pois como define Eliezer Pereira Martins “... defender-se de acusações com sede em ações ou omissões não especificadas é como duelar com um fantasma, com uma alegoria covarde destituída de corpo e alma, que vive de atalaia e não se apresenta por temer a espada da Justiça”<sup>134</sup>.

Embora, por outro lado, pareça confundir-se com as normas penais em branco para justificar a legalidade do procedimento punitivo, em nada se identificam, posto que as normas penais em branco são complementadas por outra norma da mesma ou de diferente categoria, ao passo que as transgressões disciplinares não especificadas são preenchidas de conteúdo inespecífico por vontade exclusiva do administrador em desrespeito ao princípio da legalidade e da anterioridade da norma punitiva.

Veja, a propósito, que não haveria nenhum impedimento positivado capaz de evitar a definição como tal de condutas que vedam a manifestação do pensamento e da opinião, reprovação pela não confissão, proibição de busca da tutela judicial sem o esgotamento da esfera administrativa, crítica a ato de superior hierárquico em sede de defesa e outros mais as quais aniquilariam as próprias garantias processuais.

Outro ponto questionado diz respeito à garantia da liberdade individual em contraposição a regra do art. 5º, LXI, da Constituição que assim dispõe: “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”. Ainda, o art. 142, § 2º, da Constituição Federal também dispõe que: “Não caberá habeas corpus em relação a punições disciplinares militares”.

Em que pese à vedação do uso do writ expressamente disposta na Constituição Republicana para as punições disciplinares, a interpretação do texto deve se alinhar a exegese constitucional das garantias fundamentais para controlar não o mérito das punições, mas as suas ilegalidades, com base no princípio da inafastabilidade do controle judicial.

---

<sup>134</sup> MARTINS, Eliezer Pereira. Direito administrativo disciplinar militar e sua processualidade: doutrina, prática, legislação. Editora de Direito, p. 75.

Para tanto, o Supremo Tribunal Federal, em diversas oportunidades, se manifestou no sentido de que é possível avaliar a existência de vícios do ato disciplinar como um todo no que tange, por exemplo, à competência do agente, aos elementos de forma, à previsão legal para a aplicação da medida punitiva, a finalidade, o motivo e até mesmo à proporcionalidade da pena instituída<sup>135</sup>.

A rigor, convém destacar o posicionamento do STF:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. INFRAÇÃO DISCIPLINAR. PUNIÇÃO IMPOSTA A MEMBRO DAS FORÇAS ARMADAS. CONSTRIÇÃO DA LIBERDADE. HABEAS CORPUS CONTRA O ATO. JULGAMENTO PELA JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO. IMPOSSIBILIDADE. INCOMPETÊNCIA. MATÉRIA AFETA À JURISDIÇÃO DA JUSTIÇA FEDERAL COMUM. INTERPRETAÇÃO DOS ARTS. 109, VII, e 124, § 2º. I - A Justiça Militar da União compete, apenas, processar e julgar os crimes militares definidos em lei, não se incluindo em sua jurisdição as ações contra punições relativas a infrações (art. 124, § 2º, da CF). II - A legalidade da imposição de punição constrictiva da liberdade, em procedimento administrativo castrense, pode ser discutida por meio de habeas corpus. Precedentes. III - Não estando o ato sujeito a jurisdição militar, sobressai a competência da Justiça Federal para o julgamento de ação que busca desconstituí-lo (art. 109, VII, CF). IV - Reprimenda, todavia, já cumprida na integralidade. V - HC prejudicado. (STF - RHC: 88543 SP, Relator: RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 03/04/2007, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-004 DIVULG 26-04-2007 PUBLIC 27-04-2007 DJ 27-04-2007)<sup>136</sup>.

Dessa forma o princípio pelo qual nas transgressões disciplinares não cabe habeas corpus não impede que se examine aos pressupostos ligados à legalidade como hierarquia, o poder disciplinar, o ato vinculado à função e a pena susceptível de ser aplicada disciplinarmente, posto que continua e válida a garantia constitucional do processo de impedir à exclusão da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito.

---

<sup>135</sup> COSTA, José Armando da, *Direito Disciplinar – Temas Substantivos e Processuais* – Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 45.

<sup>136</sup> <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/757612/recurso-em-habeas-corpus-rhc-88543-sp> - acessado em 03 de março de 2016.

Chancelar este procedimento em flagrante ilegalidade é negar vigência as próprias garantias constitucionais do devido processo legal as quais são asseguradas a todos os acusados, indiscriminadamente.

Outro ponto de reflexão recai sobre a violação ou não da garantia constitucional dos milicianos, praças ou oficiais, de que o ato demissionário promovido pelo Comando Geral da Polícia Militar ocorreria em total afronta ao que dispõe o art. 125, §4º, da Constituição Federal.

A rigor, os processos administrativos disciplinares demissionários são promovidos em decorrência de fatos graves cometidos pelo militar violadores da honra ou da efetiva incompatibilidade do militar para com a instituição, não definidos no regulamento disciplinar, porquanto se definidos caberiam medidas outras diversas da demissionária. A propósito, se a conduta que se atribui ao militar tem descrição em abstrato no regulamento disciplinar é justamente porque assim quis o legislador que a ela se aplicasse as disposições contidas, diversa da demissão.

Com relação aos processos administrativos disciplinares militares demissionários no âmbito estadual ainda haveria um complicador na proporção em que competiria exclusivamente ao Poder Judiciário, por meio do tribunal competente e não à autoridade administrativa, a aplicação da pena de perda da patente dos oficiais ou da graduação das praças.

Nesse sentido, a Constituição Federal no parágrafo 4º do artigo 125 assim versa: “Compete à Justiça Militar estadual processar e julgar os militares dos Estados, nos crimes militares definidos em lei e as ações judiciais contra atos disciplinares militares, ressalvada a competência do júri quando a vítima for civil, cabendo ao tribunal competente decidir sobre a perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças”.

Na doutrina a questão se mostra divergente. Eliezer Pereira Martins<sup>137</sup> defende o entendimento de que as praças das polícias militares gozariam da “vitaliciedade” na medida em que a perda da graduação das praças somente poderia ocorrer por meio de uma decisão do tribunal competente, mediante procedimento específico. Para tanto o doutrinador cita o RE nº 121.533-0 do eminente Rel. Sepúlveda Pertence<sup>138</sup> que assim decidiu:

---

<sup>137</sup> MARTINS, Eliezer Pereira. Direito administrativo militar disciplinar e sua processualidade. Editora de Direito, pp. 135/137.

<sup>138</sup> No mesmo sentido entendeu Álvaro Lazzarini que se manifestou a respeito do assunto, como relator, no acórdão proferido na apelação cível n.º 202.087-1/2, v. u, pela Colenda 1.ª Câmara Cível, do Egrégio

MILITAR: PRACAS DA POLICIA MILITAR ESTADUAL: PERDA DE GRADUAÇÃO: EXIGÊNCIA CONSTITUCIONAL DE PROCESSO ESPECIFICO (CF 88, ART. 125, PARÁGRAFO 4, PARTE FINAL) DE EFICACIA IMEDIATA: CADUCIDADE DO ART. 102 DO CÓDIGO PENAL MILITAR. O ARTIGO 125, PARÁGRAFO 4, 'IN FINE', DA CONSTITUIÇÃO, SUBORDINA A PERDA DE GRADUAÇÃO DOS PRACAS DAS POLICIAS MILITARES A DECISÃO DO TRIBUNAL COMPETENTE, MEDIANTE PROCEDIMENTO ESPECIFICO, NÃO SUBSISTINDO, EM CONSEQUENCIA, EM RELAÇÃO AOS REFERIDOS GRADUADOS O ARTIGO 102 DO CÓDIGO PENAL MILITAR, QUE A IMPUNHA COMO PENA ACESSORIA DA CONDENAÇÃO CRIMINAL A PRISÃO SUPERIOR A DOIS ANOS. A NOVA GARANTIA CONSTITUCIONAL DOS GRADUADOS DAS POLICIAS MILITARES E DE EFICACIA PLENA E IMEDIATA, APLICANDO-SE, NO QUE COUBER, A DISCIPLINA LEGAL VIGENTE SOBRE A PERDA DE PATENTE DOS OFICIAIS E O RESPECTIVO PROCESSO. (STF - RE: 121533 MG, Relator: SEPÚLVEDA PERTENCE, Data de Julgamento: 26/04/1990, TRIBUNAL PLENO, Data de Publicação: DJ 30-11-1990).

Em contraponto aos doutrinadores Eliezer e Álvaro Lazzarini, o próprio Supremo Tribunal Federal modificou o seu posicionamento a respeito da perda da graduação das praças e passou a reconhecer a competência do Comandante Geral da Polícia Militar para a demissão desta categoria de militares por meio de ato administrativo.

---

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo onde assim decidiu "a igualdade buscada pelo artigo 125, § 4.º, da C.F, teve origem na Emenda nº 2P01407-1, de 13 de janeiro de 1988, de autoria do Deputado Constituinte Paulo Ramos, Major da Reserva da Polícia Militar do Rio de Janeiro, que buscava com este projeto colocar um término a desigualdade existente entre membros de uma mesma Corporação". Anota-se ainda, que Álvaro Lazzarini com fundamento no Recurso Especial n.º 121.533-0 reconheceu por unanimidade a vitaliciedade das praças, preceituando que o Comandante Geral das Polícias Militares não mais possui atribuição para demitir as praças de suas Corporações, cabendo ao Tribunal competente decidir sobre esta questão, após um procedimento semelhante ao adotado para o Conselho de Justificação, onde deverá ser assegurado ao acusado a ampla defesa, e o contraditório. Por fim, em embargos declaratórios n.º 202.087-1/4-01, julgados em 14 de junho de 1994, a Colenda 1ª Câmara Cível, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, decidiu que, "POLICIAL MILITAR - Perda da Graduação de praça e demissão - Competência - Ato do Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo e não do Comandante Geral da Polícia Militar - Inteligência do art. 125, § 4.º, da CF". RT n.º 708/78-80.

Dessa forma, após um processo administrativo disciplinar militar regular, onde seja garantida a ampla defesa e o contraditório, o Comandante Geral mediante decisão fundamentada poderia demitir os oficiais e as praças das fileiras da Corporação Militar, Polícia Militar ou Corpos de Bombeiros Militares. Esse, inclusive, é o entendimento atual do Supremo Tribunal Federal em que o Min. Dias Toffoli, como relator, assim decidiu<sup>139</sup>,

---

<sup>139</sup> Vistos. A UNIÃO interpõe recurso extraordinário (folhas 231 a 252) contra acórdão proferido pela Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, assim do: “MILITAR. DEMISSÃO EX OFFICIO DE OFICIAL DAS FORÇAS ARMADAS. DEVIDO PROCESSO LEGAL. JUROS MORATÓRIOS. CORREÇÃO MONETÁRIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. 1. A demissão do autor das fileiras do exército foi feita sem observar o processo administrativo regular, maculando a garantia constitucional do devido processo legal, devendo, portanto, ser anulado, como corretamente determinou o magistrado de primeiro grau. 2. Utilização do IPCA-E como índice de correção do débito. 3. Honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da condenação, conforme padrão adotado pela Turma. 4. Considerando a data do ajuizamento da ação (22/11/2004), os juros de mora são devidos a contar da citação (artigo 219 do CPC), à taxa de 6% ao ano, conforme o artigo 1ºF da Lei nº 9.494/97, pela MP nº 2.180-35/2001, que foi reputada constitucional pelo STF. 5. Manutenção da sentença” (folha 196). Interpostos embargos de declaração (folhas 200 a 204), foram rejeitados (folhas 205 a 208). Insurge-se, no apelo extremo, fundado na alínea “a” do permissivo constitucional, contra alegada contrariedade aos artigos 2º, 5º, caput e incisos XXXV, LIV e LV, 37, 142, § 3º, incisos I, VI e X e 93, inciso IX, da Constituição Federal, em razão de ter sido reconhecida a nulidade do ato administrativo que redundou na exoneração do recorrido das fileiras do exército. O recurso foi contra-arrazoado (folhas 266 a 274) e admitido, na origem (folha 277), subiram os autos a esta Suprema Corte. O recurso especial paralelamente interposto já foi definitivamente rejeitado pelo Superior Tribunal de Justiça (conforme certidão de folha 324). Decido. Anote-se, inicialmente, que o recurso extraordinário foi interposto contra acórdão publicado após 3/5/07, quando já era plenamente exigível a demonstração da repercussão geral da matéria constitucional objeto do recurso, conforme decidido na Questão de Ordem no Agravo de Instrumento nº 664.567/RS, Tribunal Pleno, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 6/9/07. Todavia, apesar da petição recursal haver trazido a preliminar sobre o tema, não é de se proceder ao exame de sua existência, uma vez que, nos termos do artigo 323 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, com a redação introduzida pela Emenda Regimental nº 21/07, primeira parte, o procedimento acerca da existência da repercussão geral somente ocorrerá “quando não for o caso de inadmissibilidade do recurso por outra razão. E, no caso presente, não merece prosperar a irresignação. Não houve negativa de prestação jurisdicional, uma vez que a jurisdição foi prestada, no caso, mediante decisão suficientemente motivada, não obstante contrária à pretensão da recorrente, tendo o Tribunal de origem justificado suas razões de decidir. Ressalte-se que o referido artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal não exige que o órgão judicante manifeste-se sobre todos os argumentos de defesa apresentados pelo então agravante, mas que fundamente as razões que entendeu suficientes à formação de seu convencimento (RE nº 463.139/RJ-AgR, Segunda Turma, Relator o Ministro Joaquim Barbosa, DJ de 3/2/06; e RE nº 181.039/SP-AgR, Primeira Turma, Relatora a Ministra Ellen Gracie, DJ 18/5/01). Ademais, a jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que a afronta aos princípios constitucionais da legalidade, do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, da motivação dos atos decisórios, dos limites da coisa julgada e da prestação jurisdicional, se dependente de reexame prévio de normas infraconstitucionais, seria indireta ou reflexa. Nesse sentido, anote-se: AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE COBRANÇA. DESPESAS CONDOMINIAIS. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. 1. Impossibilidade da análise da legislação infraconstitucional e do reexame de provas na via do recurso extraordinário. 2. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de que as alegações de afronta aos princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, dos limites da coisa julgada e da prestação jurisdicional, se dependentes de reexame de normas infraconstitucionais, podem configurar apenas ofensa reflexa à Constituição da República” (AI nº 594.887/SP AgR, Primeira Turma, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, DJ de 30/11/07). “AGRAVO DE INSTRUMENTO - ALEGAÇÃO DE OFENSA AO POSTULADO DA MOTIVAÇÃO DOS ATOS DECISÓRIOS - INOCORRÊNCIA - AUSÊNCIA DE OFENSA DIRETA À CONSTITUIÇÃO - RECURSO IMPROVIDO. O Supremo Tribunal Federal deixou assentado que, em regra, as alegações de desrespeito aos postulados da legalidade, do devido processo legal, da motivação dos atos decisórios, do contraditório, dos limites da coisa julgada e da prestação jurisdicional podem configurar, quando muito, situações de ofensa meramente reflexa ao texto da Constituição, circunstância essa que impede a utilização do recurso



extraordinário. Precedentes” (AI nº 360.265/RJ-AgR, Segunda Turma, Relator o Ministro Celso de Mello, DJ de 20/9/02). Ademais, colhe-se da fundamentação do acórdão recorrido: “A União sustenta a legalidade do ato administrativo de demissão do autor, como base no artigo 14, parágrafo único, da Lei nº 6.923/81, que dispõe sobre o Serviço de Assistência Religiosa nas Forças Armadas, verbis: Art. 14 - O Capelão Militar que, por ato da autoridade eclesiástica competente, for privado, ainda que temporariamente, do uso da Ordem ou do exercício da atividade religiosa, será agregado ao respectivo Quadro, a contar da data em que o fato chegar ao conhecimento da autoridade militar competente, e ficará adido, para o exercício de outras atividades não religiosas, à organização militar que lhe for designada. Entretanto, como bem apontado pelo juízo a quo à referida norma deve ser analisada a luz dos preceitos constitucionais e infraconstitucionais que regem a matéria. O artigo 142, da Constituição Federal, assim dispõe: Art. 142. As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem. VI - o oficial só perderá o posto e a patente se for julgado indigno do oficialato ou com ele incompatível, por decisão de tribunal militar de caráter permanente, em tempo de paz, ou de tribunal especial, em tempo de guerra. Por sua vez, o Estatuto dos Militares, a Lei nº 6.880/80, no seu artigo 48, garante ao Oficial a que a se pretenda demitir a submissão ao Conselho de Justificação antes do julgamento pelo Superior Tribunal Militar: Art. 48. O oficial presumivelmente incapaz de permanecer como militar da ativa será, na forma da legislação específica, submetido a Conselho de Justificação. § 1º O oficial, ao ser submetido a Conselho de Justificação, poderá ser afastado do exercício de suas funções, a critério do respectivo Ministro, conforme estabelecido em legislação específica. § 2º Compete ao Superior Tribunal Militar, em tempo de paz, ou a Tribunal Especial, em tempo de guerra, julgar, em instância única, os processos oriundos dos Conselhos de Justificação, nos casos previstos em lei específica. § 3º A Conselho de Justificação poderá, também, ser submetido o oficial da reserva remunerada ou reformado, presumivelmente incapaz de permanecer na situação de inatividade em que se encontra. A Lei nº 5.836/72 regula o Conselho de Justificação das Forças Armadas e assim dispõe nos seus artigos 1º e 2º: Art. 1º O Conselho de Justificação é destinado a julgar, através de processo especial, da incapacidade do oficial das Forças Armadas -militar de carreira -para permanecer na ativa, criando-lhe, ao mesmo tempo, condições para se justificar. Art. 2º E submetido a Conselho de Justificação, a pedido ou ex officio. O oficial das forças armadas: I - acusado oficialmente ou por qualquer meio lícito de comunicação social de ter: b) tido conduta irregular; Com efeito, da análise da legislação acima citada, verifica-se que a demissão do autor foi feita sem observar o processo administrativo regular, maculando a garantia constitucional do devido processo legal, ferramenta imprescindível à manutenção dos direitos e garantias fundamentais, que abrange os princípios do contraditório e da ampla defesa (artigo 5º, incisos LIV c/c LV, da CRFB), devendo, portanto, ser anulado, como corretamente determinou o magistrado de primeiro grau” (folhas 191 a 193). Com efeito, de acordo com a jurisprudência pacífica desta Corte, a discussão em torno do respeito ao princípio da ampla defesa, no âmbito de processos administrativos, possui natureza eminentemente processual, o que enseja a análise prévia da legislação infraconstitucional aplicável à espécie, não configurando, portanto, ofensa direta à Constituição Federal. A propósito, confirmam-se os seguintes julgados: “Policiais militares excluídos da corporação pelo Conselho de Disciplina. Alegação de ofensa aos artigos 5º, LV e 125, § 4º da Constituição Federal. A competência conferida à Justiça Militar pelo art. 125, § 4º da CF refere-se à perda de graduação como pena acessória criminal e não à sanção disciplinar administrativa. Precedentes: AGRAG 210.220/DF, rel. Min. Octavio Gallotti e o AGRAG 286.636, rel. Min. Maurício Corrêa. Necessário o reexame de matéria fático-probatória para se concluir pela presença, ou não, da ampla defesa no processo administrativo que concluiu pela aplicação da referida reprimenda. Incidência da Súmula 279/STF. Agravo regimental desprovido” (RE nº 258.438/MG-AgR, Primeira Turma, Relatora a Ministra Ellen Gracie, DJ de 21/6/02). “AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADMINISTRATIVO. POLICIAL MILITAR. EXCLUSÃO. 1. REPERCUSSÃO GERAL DA QUESTÃO CONSTITUCIONAL: DESNECESSIDADE DE EXAME. ART. 323, PRIMEIRA PARTE, DO REGIMENTO INTERNO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 2. ALEGADA AFRONTA AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. IMPOSSIBILIDADE DO REEXAME DE FATOS E PROVAS: INCIDÊNCIA DA SÚMULA 279 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AGRAVO AO QUAL SE NEGA SEGUIMENTO. Relatório 1. Agravo de instrumento contra decisão que não admitiu recurso extraordinário, interposto com base no art. 102, inc. III, alínea a, da Constituição da República. 2. O recurso inadmitido tem como objeto o seguinte julgado do Tribunal de Justiça Militar de Minas Gerais: ‘Não deve ser reintegrado à Corporação, e conseqüentemente reformado, militar excluído da PMMG sob fundamento de que sofre de problemas mentais, quando a Administração Militar tiver fundamentado a exclusão em laudo da Junta Central de Saúde, que considerou o ex-militar imputável, com plenas condições de se autodeterminar e entender o caráter ilícito das transgressões, mormente quando, após minuciosa análise do conjunto probatório, consubstanciado nos

laudos, particular e do Estado - JCS, o Juiz de 1º Grau julgar improcedentes os pedidos iniciais. O Juízo não está adstrito à prova pericial, seja ela particular ou realizada pelo Estado (JCS), pois o julgamento ocorre em conformidade com o conjunto probatório dos autos. A perícia auxilia o Juiz na formação do convencimento técnico e não jurídico. Ato de exclusão praticado por autoridade competente, embasado em normas legais, obedecidos os preceitos constitucionais - ampla defesa e contraditório -, deve ser mantida, por via de consequência, a sentença recorrida' (fls. 61-62). 3. A decisão agravada teve como fundamento para a inadmissibilidade do recurso extraordinário a incidência da Súmula 279 do Supremo Tribunal Federal e as circunstâncias de que seria possível a exclusão administrativa de militares e de que não teria havido afronta ao art. 93, inc. IX, da Constituição da República. 4. O Agravante alega que teriam sido contrariados os arts. 5º, inc. XXXV e LV, 42, § 1º, 93, inc. IX, 125, § 4º, 142, § 3º, inc. VI, da Constituição da República. Argumenta que sua exclusão: 'se trata de uma ilegalidade cometida pelo Comandante, o que causou várias lesões ao direito daquele. Em primeiro lugar, porque não ficou caracterizado em momento algum que tenha cometido transgressão disciplinar. Em segundo lugar, porque não teve direito à defesa. A atitude do Comandante transgrediu os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório. Em terceiro lugar, faltou motivação do ato de exclusão. Em quarto lugar, porque as Constituições, Federal e Estadual, determinam que a lei estabelecerá a forma de perda de graduação, e, como foi visto, foi excluído com base numa Resolução do Comandante-Geral, além da incompetência do Comandante para proceder à exclusão, nos termos do artigo 42, § 1º, e artigo 142, § 3º, inciso VI c/c o artigo 125, § 4º, da CF' (fl. 91). Analisada a matéria posta à apreciação, DECIDO. 5. Em preliminar, é de se ressaltar que, apesar de ter sido o Agravante intimado depois de 3.5.2007 e constar do recurso extraordinário capítulo destacado para a defesa da repercussão geral da questão constitucional, não é o caso de se iniciar o procedimento para a aferição da sua existência, pois, nos termos do art. 323, primeira parte, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal - com a redação determinada pela Emenda Regimental n. 21/2007 -, esse procedimento somente terá lugar 'quando não for o caso de inadmissibilidade do recurso por outra razão. Essa é a situação do caso em exame, em que a análise da existência, ou não, da repercussão geral da questão constitucional torna-se dispensável, pois há outro fundamento suficiente para a inadmissibilidade do recurso. 6. Razão jurídica não assiste ao Agravante. 7. Não prospera a alegação de nulidade do acórdão por afronta ao art. 93, inc. IX, da Constituição da República. O Tribunal a quo apreciou as questões suscitadas, fundamentando-as de modo suficiente a demonstrar as razões objetivas do convencimento do julgador. A prestação jurisdicional foi concedida nos termos da legislação vigente, apesar de ter sido a conclusão contrária aos interesses do Agravante. 8. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de que 'O art. 125, § 4º, da Constituição não impede a perda da graduação de militar mediante procedimento administrativo' (Súmula 673 do Supremo Tribunal). No mesmo sentido: 'AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO. POLICIAL MILITAR. PERDA DA GRADUAÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. 1. A perda da graduação pode decorrer de processo administrativo disciplinar, desde que observados os princípios do contraditório e da ampla defesa. 2. Tribunal de origem decidiu que houve contraditório e ampla defesa: impossibilidade do reexame das provas. Incidência da Súmula 279 do Supremo Tribunal Federal' (RE 470.546-AgR, de minha relatoria, Primeira Turma, DJ 1º.7.2009). 'CONSTITUCIONAL. MILITAR. PRAÇA DA POLÍCIA MILITAR. EXPULSÃO. C.F., art. 125, § 4º. I. - A prática de ato incompatível com a função policial militar pode implicar a perda da graduação como sanção administrativa, assegurando-se à praça o direito de defesa e o contraditório. Neste caso, entretanto, não há invocar julgamento pela Justiça Militar estadual. A esta compete decidir sobre a perda da graduação das praças, como pena acessória do crime que a ela, Justiça Militar estadual, coube decidir, não subsistindo, em consequência, relativamente aos graduados, o art. 102 do Cód. Penal Militar, que a impunha como pena acessória da condenação criminal a prisão superior a dois anos. II. - R.E. não conhecido' (RE 199.800, Rel. Min. Carlos Velloso, Tribunal Pleno, DJ 4.5.2001). 9. O Tribunal a quo decidiu que, na espécie vertente, foram observados os princípios do contraditório e da ampla defesa no procedimento administrativo adotado para a exclusão do Agravante dos quadros da Polícia Militar. Para se concluir de forma diversa, seria necessário o reexame das provas contidas nos autos, o que não viabiliza o processamento válido do recurso extraordinário. Incide na espécie a Súmula 279 do Supremo Tribunal Federal. Nesse sentido: 'RECURSO EXTRAORDINÁRIO - EXPULSÃO DE MILITAR DAS FILEIRAS DAS FORÇAS ARMADAS - NATUREZA JURÍDICA DO ATO - NECESSIDADE DE REEXAME DE FATOS E PROVAS - IMPOSSIBILIDADE - SÚMULA 279/STF - RECURSO IMPROVIDO. - Não cabe recurso extraordinário, quando interposto com o objetivo de discutir questões de fato ou de examinar matéria de caráter probatório. Precedentes' (RE 382.482-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 19.11.2004). Não há, pois, o que prover quanto às alegações do Agravante. 10. Pelo exposto, nego seguimento a este agravo (art. 557, caput, do Código de Processo Civil e art. 21, § 1º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal). Publique-se" (AI nº 774.891/MG, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, DJe de 10/2/10). Ante o exposto, nego provimento ao recurso. Publique-se. Brasília, 11 de maio de 2010. Ministro DIAS TOFFOLI Relator. (STF - RE: 611246 RS,

seguindo, inclusive precedente do próprio STF o qual já reconhecera, em oportunidades anteriores, que policiais militares excluídos da corporação pelo Conselho de Disciplina não ofenderia os artigos 5º, LV e 125, § 4º da Constituição Federal, porquanto a competência conferida à Justiça Militar pelo art. 125, § 4º da CF referiria à perda de graduação como pena acessória criminal e não à sanção disciplinar administrativa. AGRAG 210.220/DF, rel. Min. Octavio Gallotti e o AGRAG 286.636, rel. Min. Maurício Corrêa.

No mesmo sentido a Min. Carmem Lúcia do Supremo Tribunal Federal decidiu: “... o militar que se envolve com pessoas reconhecidamente criminosas, negociando ilegalmente arma registrada no SINARM, com propósitos delituosos, comete ato contra a honra pessoal e o decoro da classe, previsto no art. 64, II, da Lei Estadual n.14.310/2002, impondo-se a aplicação da pena de demissão da PMMG. - As faltas disciplinares cometidas em situação que não decorra da deserção, mas que impliquem em demissão do militar faltoso, prescrevem em cinco anos, de conformidade com os princípios gerais do Direito. O Comandante-Geral da IME é competente para demitir a praça incurso no art. 64, II, da Lei estadual n. 14/310/2002, nos termos do art. 125, § 4º, da CR/88...”<sup>140</sup>

Aos argumentos de que justificaria apenas a perda do posto da patente e graduação por um tribunal competente, já que a formação dos policiais militares é onerosa para o Estado e, por isso, exigiria um sistema maior de proteção contra arbítrios, perseguições e falhas administrativas, não prosperam na medida em que a jurisprudência sabiamente modulou a disposição no art. 125, §4º e 142, §3º, inc. VI, da Constituição Federal para se admitir, nas infrações administrativas, a demissão dos seus integrantes por decisão administrativa, conferindo maior credibilidade à função administrativa, sem, por outro lado, esvaziar a inafastabilidade do Poder Judiciário.

### **6.2.1.2 Do Processo Disciplinar da Administração Pública**

O processo disciplinar da Administração Pública é um processo punitivo pelo qual a Administração apura as infrações funcionais e aplica as penalidades cabíveis aos servidores públicos.

---

Relator: Min. DIAS TOFFOLI, Data de Julgamento: 11/05/2010, Data de Publicação: DJe-093 DIVULG 24/05/2010 PUBLIC 25/05/2010).

<sup>140</sup> ARE 815598 MG – Min. Carmem Lúcia – julgamento 03/06/2015 – Publicação DJe-110 DIVULG 06/06/2014 PUBLIC 09/06/2014.

Este processo disciplinar tem fundamento na supremacia do Poder Público no sentido de, com base no poder disciplinar, punir os infratores adstritos ao seu campo de competência, com lastro no poder hierárquico compreendido na capacidade que o Estado tem para distribuir, partilhar a competência de seus agentes de forma escalonada a fim de permitir a existência entre eles de uma relação de subordinação.

Funda, também, no princípio da responsabilidade pelo qual, embora o ato seja atribuído à pessoa jurídica a qual está vinculado, a imputação dos efeitos administrativos, quando práticos em figura dolosa ou culposa, deve ser atribuído exclusivamente ao seu agente, ora praticante.

A competência para disciplinar as normas relativas ao procedimento apuratório, fiscalizatório e punitivo é concorrente cabendo, portanto, a todos os entes federativos adotarem procedimentos legais específicos por iniciativa do seu próprio ente político. Veja-se, por exemplo, que para os servidores civis da união há a lei 9.784/99, enquanto para os Estados cada um adotará, no exercício da sua função legislativa, procedimentos próprios como é o caso de São Paulo (lei n.º 10.177, de 30 de dezembro de 1998), Bahia (lei n.º 12.209 de 20 de abril de 2011), Mato grosso (lei n.º 7.692, de 1º de julho de 2002), Rio grande do sul (lei n.º 6.537, de 27/02/1973) e Rio de janeiro (lei n.º 5427, de 01 de abril de 2009) entre outros Estados que assim também procederam.

Isso aliás, na expressão de Vítor Monteiro representa a verdadeira autonomia dos Entes Federativos, ou seja:

... no campo do exercício das funções administrativas dos entes federados, ou ainda, na administração própria daquilo que lhe é próprio, a organização político-administrativa erigida pela Constituição Federal de 1988 atribui independência aos entes, para se autodeterminarem naquilo em que não forem limitados pelo ordenamento constitucional. Isto, porque, ao atribuir aos entes federados competências para realizarem diversas atividades<sup>141</sup>.

Dessa forma, extrai-se que a Constituição Federal outorgou-lhes autonomia administrativa para ordenar e executar as tarefas, de modo que, não havendo limitação expressa no texto constitucional, cada ente da federação tem independência e autodeterminação na regulação e no exercício das atividades que compõem o seu rol de competências, vedada qualquer ingerência ou subordinação.

---

<sup>141</sup> MONTEIRO, Vítor. Desafio à codificação do processo administrativo no ordenamento brasileiro: a forma federativa de Estado. Revista Digital de Direito Público, vol. 1, n. 1, 2012, p. 94 - 115. Disponível no URL: [www.direitorp.usp.br/periodicos](http://www.direitorp.usp.br/periodicos) - <acessado em 03 de março de 2016>.

Nesse rumo, Fernando Dias Menezes de Almeida acresce:

... e fato, por força da regra, essencial em uma federação, da autonomia dos entes federados (Constituição Federal, art. 18), cada ente detém privativamente a competência para se auto-administrar, o que importa tanto a prática de atos materiais de administração, como a produção de legislação de Direito administrativo aplicável no respectivo âmbito<sup>142</sup>.

Partindo, destarte, da respeitabilidade a autonomia dos entes federativos, quanto à competência para legislar sobre matéria de processo administrativo, é que se sustenta à petrificação da forma federativa de Estado sendo pedra de toque quando se pretende examinar a organização político-administrativa do Estado brasileiro.

Sendo assim, quando se interpreta uma norma constitucional que subtrai a autonomia dos entes políticos deve-se realiza-la restritivamente, já que o regime constitucional brasileiro segue o rumo de prestigiar a autonomia.

É por isso, a propósito, que é terminantemente vedado aplicar, sem previsão legislativa específica, a Lei de processo administrativo federal (9.784/99) aos processos administrativos estaduais, ainda que haja lacuna legislativa, posto que se trata de âmbito de competência distinta em respeito à autonomia federativa.

E esse, a rigor, é o primeiro ponto divergente verificado na esteira da processualidade dos Estados em que o gestor do processo o conduz à revelia de normas previstas na legislação estadual de forma a complementá-lo, com a utilização muitas vezes da aplicação subsidiária do processo administrativo federal em total desrespeito à legalidade e à garantia constitucional da autonomia dos entes federativos.

Assim se justifica a crítica ao Superior Tribunal de Justiça em que permite, inadvertidamente, a aplicação subsidiária da Lei Federal nº. 9.784/99.

A propósito, não há norma constitucional que exclua a autonomia dos entes políticos em matéria de estratificação do processo administrativo. Ao afirmar a aplicação subsidiária da Lei Federal nº. 9.784/99 aos demais entes federados, o Superior Tribunal de Justiça<sup>143</sup> nega o sistema federativo, pois, sem fundamento constitucional, aplica a Lei de Processo Administrativo Federal como se lei geral fosse estendendo a todos os níveis da federação.

---

<sup>142</sup> ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Competências legislativas e analogia – breve ensaio a partir de decisões judiciais sobre a aplicação do art. 54 da Lei n. 9.784/99, Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, volume 102, janeiro/dezembro – 2007, p. 357/370.

<sup>143</sup> STJ, AgRg no Ag nº. 683.234/RS, 5º Turma, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, Julgado em 08/11/2005, DJ 05/12/2005.

Isso representa nulidade processual insanável na medida em que reduz a “zero” o escopo do legislador constituinte que assim definiu a autonomia legislativa.

A rigor, assim define Irene Patrícia Nohara:

A interpretação da expressão normas básicas não pode ser literal, mas deve ser feita em conjunto com as regras de competências dadas pela Constituição que, no caso de processo administrativo, não fixa competência legislativa privativa da União, mas permite que cada ente crie seu regramento básico ou essencial, tendo em vista sua autonomia (...) A autonomia dos entes federados divide-se em: auto-organização, autogoverno, autolegislação e autoadministração, não havendo permissivo decorrente do sistema federativo que admita a edição de lei nacional sobre o tema, então, não há dúvidas no sentido de que a Lei nº. 9.784/99 aplica-se tão somente ao âmbito federal<sup>144</sup>.

Superada este questionamento preliminar da competência legislativa, cabe, agora, passar a análise das regras materiais ignoradas pelo administrador quando do exercício do poder disciplinar.

Com efeito, no tocante ao conteúdo da matéria constitucional, o item 3.2 já, por bem, houve por descrever o valioso e contributivo papel dos processos judiciais, em especial, o processo penal para fortalecer constitucionalmente o processo administrativo disciplinar. Essa contribuição, emanada da Constituição Federal de 1988, trouxe a simetria jurídica de conteúdo entre o processo judicial e administrativo de modo que às garantias constitucionais reconhecidas ao processo judicial deverão também integrar o processo administrativo, sob pena de subverter a ordem constitucional.

No que toca ao processo disciplinar, por sua estreiteza com o processo penal, deve-se aplicar ostensivamente os princípios do processo penal para a condução ou solução dos conflitos atinentes àquele processo.

Sob esta ótica, destacam-se os princípios da isonomia, devido processo legal, contraditório e ampla defesa, estado de inocência, inadmissibilidade de provas ilícitas, publicidade dos atos processuais, motivação e fundamentação das decisões e garantia de acesso ao Judiciário.

Passamos a analisar cada uma dentro do seu espectro de incidência do processo administrativo disciplinar.

---

<sup>144</sup> NOHARA, Irene Patrícia; MARRARA, Thiago. Processo Administrativo: Lei nº. 9.784/99 comentada. São Paulo: Atlas, 2009, p. 454..

A noção de igualdade encontra-se intrinsecamente vinculada ao Estado Democrático de Direito, fundamentado no respeito à dignidade humana e a garantia de efetivação desses direitos fundamentais. Embora o direito a liberdade, igualdade, propriedade e legalidade tenham sido reconhecidos vigorosamente pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, sendo posteriormente difundidos e normatizados em diversas Constituições dos países, esta positivação não foi adequada e suficiente para concretização desses direitos principalmente quando se tem um órgão processante e julgador idêntico numa mesma relação processual.<sup>145</sup>

Alcançar a igualdade processual absoluta é uma tarefa muito árdua em qualquer sistema jurídico, posto que sempre será o próprio Estado na condução dos processos e na função de julgar estes mesmos processos.

Impossível é separar o Estado em dois de modo a reconhecer a independência do órgão acusador e do julgador no processo administrativo disciplinar, mas, por outro lado, é possível assegurar a imparcialidade daquele agente o qual, segundo as leis, aplicará de forma adequada e correta, sem se deixar influenciar pela unicidade do próprio Estado.

Na dimensão formal, fundada apenas no puro normativismo, de que a lei abstrata e geral deve ser igual para todos sem qualquer distinção não se sustenta isoladamente, uma vez que isso colocaria no mesmo patamar os acusados administrativamente de diferentes graus de conhecimento, de possibilidade real de defesa e de condições socioeconômicas.

Na verdade, a isonomia formal, por si só, acaba por criar uma desigualdade na medida em que dar-se o mesmo tratamento, em virtude da lei, a administrados totalmente diferentes, o que, por fim, inviabilizaria o exercício do seu próprio direito de defesa. Inviabiliza na proporção em que àquele servidor menos afortunado no conhecimento técnico não teria possibilidade de arguir uma ilegalidade cometida pela Administração no decorrer do processo administrativo, ao passo que àquele mais abastado de conhecimento se defenderia sozinho sem maiores percalços.

É por isso que a igualdade formal sozinha acaba por legitimar uma verdadeira desigualdade jurídica, já que o acusado hipossuficiente não chegaria a iguais direitos, como o próprio exercício do direito de defesa, de produção de provas e demais elementos capazes de influir no seu julgamento.

---

<sup>145</sup> ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O princípio constitucional da igualdade. Minas Gerais: Editora Lê, 1990, p. 34.

O complemento essencial é o fator de moderação, ou seja, é a igualdade material em que consiste observar a realidade prática e verificar as diferenças existentes entre as partes desfavorecidas por algum aspecto social, econômico, político ou jurídico, para então elaborar normas de conteúdo substanciais que favoreçam o acusado hipossuficiente.

Nas lições de Fernanda Lucas da Silva “a igualdade material ou substantiva ou substancial é aquela que assegura o tratamento uniforme de todos os homens, resultando em igualdade real e efetiva de todos, perante todos os bens da vida”.<sup>146</sup>

Na mesma linha, já precedia Rui Barbosa na sua imortal obra Oração dos Moços, “A regra de igualdade não consiste senão em aquinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigalam, nessa desigualdade social, proporcional à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira igualdade”.<sup>147</sup>

Sob a ótica da amplitude da igualdade processual, não basta assegurar ao acusado no processo administrativo disciplinar o direito de defesa, mas, por outro lado, o direito a efetiva defesa tanto que se necessário for dar-lhe-á um assistente técnico jurídico para apresentar a sua defesa técnica diante da impossibilidade real de se defender sozinho.

É por isso que verificando a autoridade administrativa processante que o administrado, processado, não dispõe de meios intelectuais demonstrados nos autos administrativos capazes de refutar os fatos alegados para caracterização do ilícito administrativo deve lhe nomear defensor capaz e operante para que lhe seja assegurada a efetiva defesa.

Assim como no processo penal em que ao réu não se deve apenas assegurar a defesa, posto que a deficiência de sua defesa pode implicar justamente a falta dela, e, por isso, é o caso de destituir a defesa e nomear outra, assim assiste ao administrado acusado de uma infração disciplinar, pois diante do regramento igualitário outorgado pelo art. 5º, inc. LX, a todos os litigantes, seja em processo administrativo ou judicial e aos acusados em geral deve ser assegurada a ampla defesa e o contraditório com os recursos a ela inerentes.

Portanto ao verificar o órgão processante que o administrado acusado não dispõe de meios para proceder à sua defesa de forma eficiente, deve lhe nomear defensor capaz de assim proceder. Não se trata, por outro lado, de assegurar a plenitude de defesa,

---

<sup>146</sup> SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas da. Princípio constitucional da igualdade. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2001, p. 36.

<sup>147</sup> BARBOSA, Rui. Oração dos Moços. Rio de Janeiro: Casa Rui Barbosa, 1956, p. 35.



mas, paradoxalmente, o próprio direito de defesa que, uma vez exercido de forma deficiente, implicará inexistência de defesa.

Embora não seja absolutamente constitucional a súmula 5º, vinculante do STF, em que dispensa a presença de advogado nas fases do processo administrativo disciplinar, não se trata de exigir, por este posicionamento, a sua presença, continua-se a não exigir obrigatoriamente a presença de advogado, mas, verificada que a sua falta implicará efetivo prejuízo ao direito de defesa do acusado o qual não dispõe de meios intelectuais ou instrumentais para, ao menos, se defender, é de rigor lhe considerar indefeso e lhe oportunizar a nomeação de um defensor a fim de garantir o devido processo legal.

Com consectário para os hipossuficientes economicamente, o art. 134 e 135 da Constituição Federal, outorgou a possibilidade de nomeação de um defensor público capaz de fazer frente à sua defesa antes impossível pelas suas limitações materiais e intelectuais. A propósito, a assistência judiciária gratuita vem justamente assegurar um tratamento isonômico àqueles que possuem uma desigualdade econômica capaz de inviabilizar a materialização das garantias constitucionais.

A previsão normativa vem para solucionar essa desigualdade social e econômica na busca de instrumentos necessários para dirimir este descompasso na medida em que obriga o Estado a fornecer a assistência jurídica integral e gratuita aos comprovadamente insuficientes de recursos<sup>148</sup>.

Derradeiramente, é importante destacar o princípio do estado de inocência o qual contemplado no art. 5º, LVII, da Constituição Federal assim dispõe: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Em que pese à existência de diversas nomenclaturas para definir este princípio como da não consideração prévia de culpabilidade e do estado ou situação jurídica de inocência, opta-se por adotar a última porquanto a inocência não se presume, mas, diversamente, é uma situação real fatídica que somente é afastada diante da decisão condenatória transitada em julgado.

Não obstante o seu conteúdo materialmente constitucional e a simetria dos processos penal e administrativo, para este não tem real aplicabilidade prática, pois, pelo

---

<sup>148</sup> PEDROSO, Margarete Gonçalves. A observância dos princípios processuais penais no processo administrativo disciplinar, pag. 261, *in* SERRANO, Mônica de Almeida Magalhães, DA SLVA, Alessandra Obara (orgs.). Teoria geral do processo administrativo, 1ª ed., São Paulo: Editora Verbatim, 2013.

disposto no art. 41 §1º, II, da Carta Política, seria suficiente tão-só decisão em sede de processo administrativo assegurado a ampla defesa.

Todavia tal raciocínio não merece amparo à luz da interpretação constitucional das garantias processuais.

Com efeito, utilizando-se a função interpretativa dos princípios não há razão jurídica para se atribuir suspensividade à sentença criminal que declara a perda do cargo pelo servidor cometedor de ilícito penal somente após o trânsito em julgado enquanto se for condenado na esfera administrativa tal decisão produzirá imediatamente efeitos.

É inegável que a ritualística processual penal assegura maior amplitude probatória ao acusado o que, por sua vez, garante o exercício amplo do direito de defesa de modo que, pela linha de raciocínio coerente, se assim desejasse o constituinte, deveria produzir efeitos imediatos, o que, entretanto, não tivera ocorrido até o julgamento do HC 126.292. Adotar tais efeitos imediatos para a seara administrativa é outorgar ao caráter provisório da decisão administrativa efeitos de natureza permanente que nem o próprio processo penal tutelando a liberdade individual detém.

Dessa forma, o correto é a decisão administrativa que determina a perda do cargo do servidor estável somente produzir efeitos após a preclusão administrativa para o servidor público condenado, pois, quando verificar este evento, na seara administrativa, a decisão produzirá efeitos imodificáveis nesta órbita, claro, sem olvidar a possibilidade de questionamentos judiciais – princípio da inafastabilidade – quanto à legalidade do procedimento ou da sanção, à luz da razoabilidade e proporcionalidade.

Portanto, se por um lado se atribuiu mais garantias ao processo penal que já detém garantias constitucionais sólidas, por outro lado, se retirou garantias do processo administrativo que não detinha garantias constitucionais asseguradas. Em outras palavras deu mais a quem muito tinha e retirou mais de quem pouco detinha.

Em esteira inversa ao nosso raciocínio e para piorar o contexto constitucional de respeito às garantias processuais em processos absolutamente simétricos, o Supremo Tribunal Federal, em 17 de fevereiro de 2016, no julgamento do HC 126.292<sup>149</sup>, por

---

<sup>149</sup> Decisão: 1. Trata-se de habeas corpus, com pedido de liminar, impetrado contra decisão do Ministro Francisco Falcão, Presidente do Superior Tribunal de Justiça, que indeferiu o pedido de liminar no HC 313.021/SP. Consta dos autos, em síntese, que (a) o paciente foi condenado à pena de 5 anos e 4 meses de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do crime de roubo circunstanciado (art. 157, 2º, I e II do CP), com direito de recorrer em liberdade; (b) inconformada, somente a defesa apelou para o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que negou provimento ao recurso e determinou a expedição de mandado de prisão contra o paciente; (c) contra a ordem de prisão, a defesa impetrou habeas corpus no Superior Tribunal de Justiça, ocasião em que o Ministro Presidente indeferiu o pedido de liminar, em decisão assim

maioria de votos, entendeu pela possibilidade de início da execução da pena condenatória após a confirmação da sentença em segundo grau, pois não há ofensa ao princípio constitucional da presunção da inocência.

Para o relator do caso, ministro Teori Zavascki, a manutenção da sentença penal pela segunda instância encerra a análise de fatos e provas que assentaram a culpa do condenado, o que autoriza o início da execução da pena. A decisão indica mudança no entendimento da Corte, que desde 2009, no julgamento da HC 84078<sup>150</sup>, condicionava a

---

fundamentada: As Quinta e Sexta Turmas do Superior Tribunal de Justiça firmaram o entendimento majoritário de que é inadequado o manejo de habeas corpus contra decisório do Tribunal a quo atacável pela via de recurso especial (v.g.: HC 287.657/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, DJe 04/12/2014; HC 289.508/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 03/12/2014; HC 293.916/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 11/12/2014; HC 297.410/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 02/12/2014). Diante dessa nova orientação, não são mais cabíveis habeas corpus utilizados como substitutivos de recursos ordinários e de outros recursos no processo penal. Essa limitação, todavia, não impede que seja reconhecida, mesmo em sede de apreciação do pedido liminar, eventual flagrante ilegalidade passível de ser sanada pelo writ (HC 248757/SP, Sexta Turma, Rel.<sup>a</sup> Min.<sup>a</sup> Assusete Magalhães, DJe de 26/09/12). Na hipótese em apreço, no entanto, não se evidencia a aventada excepcionalidade. Ante o exposto, INDEFIRO o pedido liminar, sem prejuízo de uma análise mais detida quando do julgamento do mérito pelo Ministro Relator. Neste habeas corpus, a impetrante alega, em suma, que o Tribunal de Justiça local decretou a prisão preventiva do paciente sem qualquer motivação, o que constitui flagrante constrangimento ilegal, mormente porque o magistrado sentenciante permitiu que o réu recorresse em liberdade. Requer, liminarmente, “seja sobrestado o mandado de prisão expedido contra o Paciente até o julgamento final deste writ, quando espera ver reconhecido o direito de recorrer em liberdade até o trânsito em julgado da sentença condenatória ( )”. 2. À vista da Súmula 691 do STF, não cabe ao Supremo Tribunal Federal conhecer de habeas corpus impetrado contra decisão do relator pela qual, em habeas corpus requerido a tribunal superior, não se obteve a liminar, sob pena de indevida supressão de instância. Sabe-se, porém, que a jurisprudência desta Corte admite seu abrandamento em casos excepcionais (v.g., entre outros, HC 118.066 AgR, Relator (a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, DJe 25-09-2013; HC 95.913, Relator (a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, DJe 06-02-2009), quando manifesta a ilegalidade. 3. É o caso dos autos. A sentença condenatória concedeu ao paciente o direito de recorrer em liberdade, da seguinte forma: “Permito ao sentenciado Márcio Rodrigues Dantas que, querendo, recorra em liberdade desta decisão. Anoto, desde logo, que qualquer atitude sua em relação à vítima ou a qualquer das testemunhas importará na decretação de sua prisão preventiva”. O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por sua vez, ao negar provimento ao recurso exclusivo da defesa, determinou o seguinte: “Expeça-se mandado de prisão contra o acusado Márcio”. Vê-se, pois, que a Tribunal estadual não apresentou nenhum fundamento para impor a prisão preventiva do paciente, conforme estabelece o art. 312 do CPP, o que está em total desacordo com a jurisprudência firmada por esta Corte. O fundamento adotado, em verdade, diz respeito a elementos da execução da pena, e não com aspecto cautelar inerente à prisão preventiva. Conforme se decidiu no HC 84.078, Relator: Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, DJe de 26-02-2010, a prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar, ou seja, é imperiosa a indicação concreta e objetiva de que os pressupostos descritos no art. 312 do Código de Processo Penal incidem na espécie, o que não ocorreu no caso. 4. Ante o exposto, defiro o pedido de liminar, para suspender a prisão preventiva decretada contra o paciente nos autos da Apelação Criminal 0009715-92.2010.8.26.0268, do TJ-SP, com a ressalva de que fica o juízo competente autorizado a impor, considerando as circunstâncias de fato e as condições pessoais do paciente, medidas cautelares diversas da prisão previstas no art. 319 do Código de Processo Penal. Expeça-se alvará de soltura, se por al não estiver preso, ou contramandado de prisão, conforme o caso. Comunique-se, com urgência. Após, à Procuradoria-Geral da República. Intime-se. Publique-se. Brasília, 5 de fevereiro de 2015. Ministro Teori Zavascki Relator Documento assinado digitalmente. (STF - HC: 126292 SP, Relator: Min. TEORI ZAVASCKI, Data de Julgamento: 05/02/2015, Data de Publicação: DJe-027 DIVULG 09/02/2015 PUBLIC 10/02/2015).

<sup>150</sup> HABEAS CORPUS. INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA "EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA". ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.

execução da pena ao trânsito em julgado da condenação, mas ressalvava a possibilidade de prisão preventiva. Até 2009, o Supremo Tribunal Federal entendia que a presunção da inocência impedia a execução de pena, mesmo que confirmada em segunda instância, mas pendente do trânsito em julgado.

Para justificar seu entendimento, em que pese à ausência de unanimidade neste julgamento<sup>151</sup>, o relator Teori Zavascki, acompanhado dos demais ministros<sup>152</sup>,

---

ART. 1º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. O art. 637 do CPP estabelece que "[o] recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença". A Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu art. 5º, inciso LVII, que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória". 2. Daí que os preceitos veiculados pela Lei n. 7.210/84, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP. 3. A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar. 4. A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão. 5. Prisão temporária, restrição dos efeitos da interposição de recursos em matéria penal e punição exemplar, sem qualquer contemplação, nos "crimes hediondos" exprimem muito bem o sentimento que EVANDRO LINS sintetizou na seguinte assertiva: "Na realidade, quem está desejando punir demais, no fundo, no fundo, está querendo fazer o mal, se equipara um pouco ao próprio delinquente". 6. A antecipação da execução penal, ademais de incompatível com o texto da Constituição, apenas poderia ser justificada em nome da conveniência dos magistrados --- não do processo penal. A prestigiar-se o princípio constitucional, dizem, os tribunais [leia-se STJ e STF] serão inundados por recursos especiais e extraordinários e subsequentes agravos e embargos, além do que "ninguém mais será preso". Eis o que poderia ser apontado como incitação à "jurisprudência defensiva", que, no extremo, reduz a amplitude ou mesmo amputa garantias constitucionais. A comodidade, a melhor operacionalidade de funcionamento do STF não pode ser lograda a esse preço. 7. No RE 482.006, relator o Ministro Lewandowski, quando foi debatida a constitucionalidade de preceito de lei estadual mineira que impõe a redução de vencimentos de servidores públicos afastados de suas funções por responderem a processo penal em razão da suposta prática de crime funcional, o STF afirmou, por unanimidade, que o preceito implica flagrante violação do art. 2º da Lei n. 2.364/61, que deu nova redação à Lei n. 869/52 do disposto no inciso LVII do art. 5º da Constituição do Brasil. Isso porque --- disse o relator --- "a se admitir a redução da remuneração dos servidores em tais hipóteses, estar-se-ia validando verdadeira antecipação de pena, sem que esta tenha sido precedida do devido processo legal, e antes mesmo de qualquer condenação, nada importando que haja previsão de devolução das diferenças, em caso de absolvição". Daí porque a Corte decidiu, por unanimidade, sonoramente, no sentido do não recebimento do preceito da lei estadual pela Constituição de 1988, afirmando de modo unânime a impossibilidade de antecipação de qualquer efeito afeto à propriedade anteriormente ao seu trânsito em julgado. A Corte que vigorosamente prestigia o disposto no preceito constitucional em nome da garantia da propriedade não a deve negar quando se trate da garantia da liberdade, mesmo porque a propriedade tem mais a ver com as elites; a ameaça às liberdades alcança de modo efetivo as classes subalternas. 8. Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade (art. 1º, III, da Constituição do Brasil). É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual Ordem concedida. (STF - HC: 84078 MG, Relator: Min. EROS GRAU, Data de Julgamento: 05/02/2009, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-035 DIVULG 25-02-2010 PUBLIC 26-02-2010 EMENT VOL-02391-05).

<sup>151</sup> A ministra Rosa Weber e os ministros Marco Aurélio, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski ficaram vencidos no julgamento do HC 84078, votando pela manutenção da jurisprudência do Tribunal que exige o trânsito em julgado para cumprimento de pena.

<sup>152</sup> Ministros Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Luiz Fux, Dias Toffoli, Cármen Lúcia e Gilmar Mendes.

ressaltou em seu voto que, até que seja prolatada a sentença penal, confirmada em segundo grau, deve-se presumir a inocência do réu. Mas, após esse momento, exaure-se o princípio da não culpabilidade, até porque os recursos cabíveis da decisão de segundo grau, ao STJ ou STF, não se prestam a discutir fatos e provas, mas apenas matéria de direito.

Portanto, ressalvada a estreita via da revisão criminal, é no âmbito das instâncias ordinárias que se exaure a possibilidade de exame dos fatos e das provas, e, sob esse aspecto, a própria fixação da responsabilidade criminal.

No julgamento, consignou também que a Lei Complementar 135/2010, conhecida como Lei da Ficha Limpa, expressamente consagra como causa de inelegibilidade a existência de sentença condenatória proferida por órgão colegiado e assim definiu: “A presunção da inocência não impede que, mesmo antes do trânsito em julgado, o acórdão condenatório produza efeitos contra o acusado”.<sup>153</sup>

Hoje, com a inversão do entendimento da Corte Suprema, fortaleceu a tese, ora defendida, de que assim como para o processo penal haveria por necessário aguardar a decisão colegiada condenatória confirmatória da sentença, haveria, também, na esfera administrativa de aguardar a segunda decisão administrativa confirmatória, para que, então, pudesse ser imediatamente executada eventual decisão sancionatória. Tudo isto em respeito à garantia de presunção da inocência que só se enfraquece diante da segunda condenação pelo mesmo fato por autoridade hierarquicamente superior.

### **6.2.1.3 Do Processo Disciplinar do Magistrado no Conselho Nacional de Justiça**

A EC45/2004 acrescentou ao art. 92 da Constituição Federal o inciso I-A, incluindo na sua redação entre os órgãos do Poder Judiciário o Conselho Nacional de Justiça, logo após o STF.

O Conselho Nacional de Justiça é uma instituição pública, eminentemente administrativa, incumbida de aperfeiçoar o trabalho do sistema judiciário brasileiro, principalmente no que diz respeito ao controle e à transparência administrativa e processual.

---

<sup>153</sup> STF - HC: 126292 SP, Relator: Min. TEORI ZAVASCKI, Data de Julgamento: 05/02/2015, Data de Publicação: DJe-027 DIVULG 09/02/2015 PUBLIC 10/02/2015.

Sob esta segunda ótica, criado em 31 de dezembro de 2004 e instalado em 14 de junho de 2005, com sede em Brasília/DF e atuação em todo o território nacional, lhe compete, entre outras funções, receber e conhecer das reclamações contra membros ou órgãos do Poder Judiciário, inclusive contra seus serviços auxiliares, serventias e órgãos prestadores de serviços notariais e de registro que atuem por delegação do poder público ou oficializados, sem prejuízo da competência disciplinar e correccional dos tribunais, podendo avocar processos disciplinares em curso e determinar a remoção, a disponibilidade ou a aposentadoria com subsídios ou proventos proporcionais ao tempo de serviço público e aplicar outras sanções administrativas, assegurada a ampla defesa.<sup>154</sup>

Como se verifica, cometeu, portanto, o Conselho Nacional de Justiça à ampla atividade correccional, tanto que o inc. III do parágrafo 4º do art. 103-B da CF/1988 estabeleceu expressamente a competência do CNJ de receber e conhecer reclamações contra membros (magistrados) ou órgãos do Judiciário (Órgão Especial, Tribunal Pleno, Conselho Superior da Magistratura), bem como a supervisão dos serviços notariais e de registro.

Ocorre, entretanto, que essa previsão foi genérica e carente de melhor explicitação, razão pela qual se tornou indispensável que se editasse um Regimento interno

---

<sup>154</sup> Art. 103-B. O Conselho Nacional de Justiça compõe-se de 15 (quinze) membros com mandato de 2 (dois) anos, admitida 1 (uma) recondução, sendo: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 61, de 2009) § 4º Compete ao Conselho o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004). I - zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004); II - zelar pela observância do art. 37 e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo da competência do Tribunal de Contas da União; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004); III - receber e conhecer das reclamações contra membros ou órgãos do Poder Judiciário, inclusive contra seus serviços auxiliares, serventias e órgãos prestadores de serviços notariais e de registro que atuem por delegação do poder público ou oficializados, sem prejuízo da competência disciplinar e correccional dos tribunais, podendo avocar processos disciplinares em curso e determinar a remoção, a disponibilidade ou a aposentadoria com subsídios ou proventos proporcionais ao tempo de serviço e aplicar outras sanções administrativas, assegurada ampla defesa; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004); IV - representar ao Ministério Público, no caso de crime contra a administração pública ou de abuso de autoridade; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004); V - rever, de ofício ou mediante provocação, os processos disciplinares de juízes e membros de tribunais julgados há menos de um ano; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004); VI - elaborar semestralmente relatório estatístico sobre processos e sentenças prolatadas, por unidade da Federação, nos diferentes órgãos do Poder Judiciário; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004); e VII - elaborar relatório anual, propondo as providências que julgar necessárias, sobre a situação do Poder Judiciário no País e as atividades do Conselho, o qual deve integrar mensagem do Presidente do Supremo Tribunal Federal a ser remetida ao Congresso Nacional, por ocasião da abertura da sessão legislativa. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

capaz de especificar e detalhar a competência conferida pela Carta maior e seus respectivos procedimentos.

Nessa esteira foi aprovado o primeiro Regimento interno do CNJ que vigeu durante o período de 16 de agosto de 2005 a 05 de março de 2009<sup>155</sup>. Posteriormente, na 79ª sessão ordinária do Plenário do CNJ, foi aprovado novo Regimento interno do CNJ revogando a resolução nº 02/2005 a qual sofreu modificações substanciais pela emenda regimental 01/2010, 02/2015 e 03/2016.

Com base no seu regimento interno, o CNJ editou a resolução nº 135/2011 a qual dispôs sobre a uniformização de normas relativas ao procedimento administrativo disciplinar aplicável aos magistrados, acerca do rito e das penalidades.

No anseio de disciplinar uniformemente o procedimento administrativo, o CNJ editou diversas normas procedimentais absolutamente inconstitucionais à luz das garantias processuais as quais, sabiamente, foram objeto de análise liminar na ADI 4683, em especial, aos artigos 15, §1º e 21, caput, da citada resolução.

Sob este aspecto, o CNJ assim previu no §1º do art. 15:

O afastamento do Magistrado previsto no caput poderá ser cautelarmente decretado pelo Tribunal antes da instauração do processo administrativo disciplinar, quando necessário ou conveniente a regular apuração da infração disciplinar.

No primeiro ponto, quiçá o mais importante, adentrou na matéria legislativa própria de competência do Supremo Tribunal Federal, órgão o qual detém competência exclusiva para enviar o projeto de lei criando ou alterando o estatuto da magistratura.

Dessa forma, competiria ao STF legislar sobre este assunto enviado o citado projeto de lei, cabendo ao CNJ regulamentar sem, contudo, modificar o seu conteúdo normativo. Houve, inegavelmente, vício de constitucionalidade principalmente porque usurpou a competência da Suprema Corte.

O segundo ponto, tão importante quanto, recai sobre o conteúdo próprio da disposição.

A rigor, a própria Lei Orgânica da Magistratura Nacional dispôs de maneira absolutamente diversa do regulamentado pela resolução 135/2011, já que os artigos 27, § 3º, e 29, somente admite o afastamento cautelar do magistrado pelo tribunal após a

---

<sup>155</sup> Resolução nº 02/2005, do CNJ.

instauração do processo administrativo disciplinar ou do recebimento da ação penal acusatória.

É desta forma, pois, a garantia da ampla defesa e do contraditório somente se exerce em sua inteireza depois da formação do devido processo legal por meio da citação do magistrado acusado.

Afastá-lo antes do juízo de culpa implica ignorar a Constituição Federal e restringir de forma absoluta às garantias da inamovibilidade e da vitaliciedade.

Nesse sentido o STF decidiu por acompanhar o relator Marco Aurélio<sup>156</sup>, por maioria, sendo destarte, a única Ministra discordante Rosa Weber<sup>157</sup>.

O segundo artigo questionado que revela a violação de paridade de armas, ou seja, quebra o esteio do princípio da igualdade das partes no processo administrativo é o artigo 10, o qual outorgava única e exclusivamente para o autor da representação o direito de interpor recursos contra decisões administrativas. Ao magistrado, pela redação do dispositivo, lhe é privado de recorrer contra a decisão que determinar, por exemplo, a instauração de uma sindicância ou até mesmo do próprio processo administrativo como etapa primária de apuração de suposta infração.

Veja-se que o artigo 10, da resolução 135/2011, acabou por outorgar um direito a mais a uma das partes da relação processual de modo que desequilibrou a paridade de armas e, portanto, colocou o servidor em uma posição de desvantagem exacerbada. Caber-lhe-ia, tão-só, questionar na via judicial qualquer abertura de procedimento manifestamente ilegal, posto que, na via administrativa, não haveria previsão legal para o manejo do recurso inibidor.

---

<sup>156</sup> i) § 1º DO ARTIGO 15. Eis o teor do dispositivo: Art. 15 [...] [...] § 1º O afastamento do Magistrado previsto no caput poderá ser cautelarmente decretado pelo Tribunal antes da instauração do processo administrativo disciplinar, quando necessário ou conveniente a regular apuração da infração disciplinar. Está em descompasso com a Constituição da República a introdução, mediante ato normativo do Conselho Nacional de Justiça, de nova hipótese cautelar de afastamento de magistrado do cargo. Eventual restrição às garantias da inamovibilidade e da vitaliciedade exige a edição de lei em sentido formal e material, sob pena de ofensa aos princípios da legalidade e do devido processo. Para efeito de documentação, menciono, ainda, os artigos 27, § 3º, e 29 da Estatuto da Magistratura, segundo os quais o afastamento cautelar do magistrado pode ser determinado pelo tribunal quando da instauração do processo administrativo disciplinar ou do recebimento da ação penal acusatória. Ante o quadro, consigno a procedência do pedido de suspensão do dispositivo. ADI 4638 MC-REF/DF – Min. Marco Aurélio, p. 39/40.

<sup>157</sup> Decisão: ... Quanto ao § 1º do artigo 15, por maioria, o Tribunal, referendou a cautelar concedida, contra o voto da Senhora Ministra Rosa Weber. Referendo na medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade 4.638 distrito federal, p. 487.



Desta vez, o CNJ extrapolou ao suprimir o acesso à segunda instância administrativa em face de ilegalidade praticada, subtraindo de sua visão, o próprio exercício da capacidade que o Estado detém de rever os seus próprios atos ilegais.

Nesse sentido, inclusive, foi o posicionamento STF ao julgar a liminar concedida na ADI 4638/DF, ao referendar o entendimento do relator que assim se manifestou:

Sob o ângulo da atuação do Conselho Nacional de Justiça nos processos disciplinares, o fato de a representação formalizada na corregedoria do tribunal ter sido arquivada não consubstancia óbice à atividade subsidiária, como se percebe, mediante interpretação sistemática e teleológica, do disposto no artigo 103-B da Carta Federal, mormente nos incisos III e V do § 4º dele constante, segundo os quais lhe incumbe receber e conhecer das reclamações contra membros ou órgãos do Poder Judiciário e rever, de ofício ou por provocação, os processos de juízes e membros de tribunais julgados há menos de um ano. No entanto, os mencionados artigos da Constituição da República não autorizam o Conselho a instituir, em caráter geral e abstrato, recurso no procedimento disciplinar em trâmite nos tribunais, sob pena de ofensa à reserva de lei complementar para reger o procedimento disciplinar voltado à apuração de faltas puníveis com remoção, disponibilidade e aposentadoria compulsória, ou de ofensa à autonomia dos Tribunais para estabelecer o procedimento destinado à apuração de faltas puníveis com advertência e censura. Em outras palavras: enquanto não editado novo Estatuto da Magistratura ou alterado o atual, o Conselho Nacional de Justiça pode, na forma do artigo 5º da Emenda Constitucional nº 45, de 2004, fixar as hipóteses em que reverá, de ofício ou mediante provocação, os processos disciplinares de juízes e membros dos tribunais julgados há menos de um ano, mas não lhe é dado criar recursos contra decisões administrativas disciplinares de tribunais tomadas em procedimento reservado à normatização do legislador complementar ou dos próprios tribunais, dependendo da sanção aplicável<sup>158</sup>.

---

<sup>158</sup> Referendo na medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade 4.638 Distrito Federal Relator: Min. Marco Aurélio Repte.(s) :Associação dos Magistrados Brasileiros adv.(a/s) :Alberto Pavie Ribeiro Intdo.(a/s) :Presidente do Conselho Nacional de Justiça Adv.(a/s) :Advogado-geral da União Am. Curiae. :Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil Adv.(a/s) :Oswaldo Pinheiro Ribeiro Jjúnior e outro(a/s), p. 38 e 39.

Outro ponto polêmico pelo qual foi importante o STF decidir recaiu sobre o parágrafo único do art. 21, da resolução 135/2001 do CNJ.

Com efeito, o parágrafo único assim dispunha:

Na hipótese em que haja divergência quanto à pena, sem que se tenha formado maioria absoluta por uma delas, será aplicada a mais leve, ou, no caso de mais de duas penas alternativas, aplicar-se-á a mais leve que tiver obtido o maior número de votos.

Na análise do último dispositivo questionado pela Associação dos Magistrados Brasileiros, o Plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu, por maioria de votos, que quando houver divergência do tribunal em relação à pena a ser aplicada ao magistrado, cada sugestão de pena deverá ser votada separadamente para que seja aplicada somente aquela que alcançar quórum de maioria absoluta na deliberação. Nesse ponto, o Plenário deu interpretação conforme ao dispositivo da Resolução 135 do CNJ para que não haja conflito com o que dispõe os incisos VIII e X do artigo 93 da Constituição Federal.

Garantiu-se, assim, o respeito ao devido processo legal quanto à aplicabilidade da pena ao magistrado infrator, levando-se em consideração à proporcionalidade e razoabilidade da medida proposta, além, de, é claro, o quórum qualificado para imposição da pena disciplinar.

Instaurada a relação disciplinar processual em face do magistrado ou servidor, este poderá ser afastado de suas funções, conforme determina o art. 75, parágrafo único, do Regimento interno do Conselho Nacional de Justiça e art. 27, § 3º, da LOMAN – LC 35, de 14.03.1979.

Embora o parágrafo único do art. 75 do RINCJ faça menção a servidor, em verdade se refere a serventuários extrajudiciais. Ocorre que, não obstante o RICNJ e a LOMAN tenham previsto expressamente o afastamento, esses instrumentos não fixam prazos.

A propósito, o próprio art. 75 do RICNJ prevê expressamente a aplicação subsidiária da Lei 8.112/90, de modo que nesta legislação o prazo de afastamento é fixado no art. 147 e corresponde a 60 dias prorrogáveis por igual período.

Por sua vez, o art. 15 da Res. CNJ 135, de 13.07.2001, que dispõe acerca do procedimento administrativo disciplinar contra magistrado perante os tribunais de origem, assume critério diverso:

O Tribunal, observada a maioria absoluta de seus membros ou do Órgão Especial, na oportunidade em que determinar a instauração do processo

administrativo disciplinar, decidirá fundamentadamente sobre o afastamento do cargo do Magistrado até a decisão final, ou, conforme lhe parecer conveniente ou oportuno, por prazo determinado, assegurado o subsídio integral.

Como se observa, a disposição descrita prevê o afastamento do magistrado durante todo o transcorrer do procedimento, até a decisão final do Órgão Especial ou Tribunal Pleno, ou por prazo determinado, conforme os critérios de conveniência e oportunidade, de modo que caberá ao Relator do processo propor ao plenário o prazo de afastamento ou que esse persista durante o transcorrer do procedimento até a decisão derradeira do CNJ.

Diante da decisão do STF no julgamento da ADI 4683 a qual referendou totalmente a liminar do art. 15 da Res. CNJ 135, omitindo-se a LOMAN e o RICNJ acerca do prazo de afastamento, é de rigor aplicar subsidiariamente ou, além, mesmo por extensão, o caput do citado artigo da resolução em comento.

Sob esta ótica, é inegável reconhecer que viola o princípio de lógica formal e o princípio da igualdade jurídica, sim, estabelecer o prazo de afastamento de 60 dias prorrogáveis por igual prazo ou até o fim do processo, com aplicação subsidiária da Lei 8.112/90 para o magistrado processado.

A rigor, Antônio Carlos Alencar Carvalho com maestria ensina:

O afastamento é justificado como medida cautelar, preservadora da instrução processual, com vista a prevenir que o servidor transgressor, permanecendo em serviço, se valha de sua função ou grau hierárquico como meio de se furtar ao poder de punir estatal, mediante o artifício de inutilizar provas, destruir documentos, deletar arquivos informatizados, coagir testemunhas, subordinados e colegas de repartição, dentre outras ações ilícitas, como efetivamente sucede com alguma frequência na casuística jurisprudencial<sup>159</sup>.

Por fim, impende informar que o prazo para a conclusão do processo disciplinar, de acordo com o § 9º do art. 14 da Res. CNJ 135/2011, é de cento e quarenta, prorrogável, quando imprescindível para o término da instrução e houver motivo justificado, mediante deliberação do Plenário ou Órgão Especial.

É óbvio que se trata de um prazo impróprio para o término do processo administrativo disciplinar porquanto, por motivos externos, e até mesmo, de dependência

---

<sup>159</sup>CARVALHO, Antônio Carlos Alencar. Manual de Processo Administrativo Disciplinar e Sindicância: à luz da jurisprudência dos Tribunais ... 3ª ed. ver. atual e ampl., Belo Horizonte:Fórum., 2012, p. 555.

de cooperação das demais instâncias, é possível dilatar, sem aquiescência das partes, a duração do processo. Entretanto, essa dilação processual não pode ser indefinida, deve observar o critério da duração razoável do processo alçado princípio constitucional por vigência da EC 45/2004.

E, neste ponto, entra o prazo impróprio estabelecido pelo citado artigo. Os cento e quarenta dias prorrogáveis por igual período deve ser utilizado como fator moderador para o afastamento do magistrado, não podendo ser ultrapassado este período de afastamento sem que houvesse a conclusão decisória do processo disciplinar.

Neste ponto é omissa a resolução, o regimento interno e as demais normativas editadas pelo CNJ e a função do intérprete é alinhar o dispositivo em comento com exegese constitucional das garantias fundamentais do processo.

Portanto ainda que o processo disciplinar retardasse mais de duzentos e oitenta dias para o término, o afastamento cautelar somente pode alcançar o limite deste prazo, já que, do contrário, importaria séria, ilegal e irrestrita restrição do exercício da função pela qual foi devidamente investida o agente público, sem olvidar a produção dos efeitos paralisante da garantia esculpida pela EC45/2004 no inc. LXXVIII do art. 5 ° da Constituição Federal.

Veja-se que, embora o Conselho Nacional de Justiça seja um órgão administrativo de natureza eminentemente disciplinar, ultrapassou e muito os limites do devido processo constitucional administrativo a ponto de criar regras em absoluta confrontação com garantias fundamentais outorgadas aos acusados ou pela própria omissão para disciplinar o assunto alinhado à Carta Política.

### **6.2.2 Do processo administrativo fiscal**

O processo administrativo fiscal é espécie de gênero do processo administrativo e desempenha a sua instrução com o objetivo de determinar, exigir ou dispensar o crédito fiscal, indicar a interpretação sobre a aplicação de normas tributárias em um caso concreto específico (o que se dá por meio da consulta), aplicar penalidades ao contribuinte ou tão-só conduzir atos complementares expedidos pelas autoridades tributárias (como acontece com a notificação ou o cadastramento do contribuinte).

Cláudio Carneiro sustenta que a sua finalidade real é, de fato, o controle da legalidade dos atos praticados pelas autoridades tributárias por meio da inafastabilidade do

controle judicial. Nesse sentido, assevera o autor que é, inclusive, a oportunidade em que o contribuinte terá para questionar eventuais ilegalidades ou até mesmo é o momento em que a própria Administração poderá de ofício, anular o ato administrativo eivado de vício por meio da aplicabilidade do princípio da autotutela.<sup>160</sup>

A Constituição Federal, em seu art. 24, inc. XI, delimitou a competência concorrente aos entes federados para legislarem sobre procedimentos em matéria processual de modo que no âmbito federal a norma reguladora do processo fiscal está disposta no Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972 que, com força de lei, foi alterado pelas leis 9.430/1996 e 11.941/2009, bem como no Decreto 7.573, de 29 de setembro de 2011 que, praticamente reproduziu o texto do Decreto 70.235/72 sem, contudo, revogar promovendo uma verdadeira compilação do processo administrativo fiscal federal.

No Estado de São Paulo, por exemplo, há a lei específica nº 13.457/2009 que disciplina o processo administrativo fiscal, oportunidade em que os demais entes federativos, ao mesmo passo, poderão com base na sua competência concorrente editar legislações a respeito para disciplinarem as suas próprias peculiaridades.

Neste item há inegavelmente um objetivo instrumental do processo administrativo que consiste no pronunciamento estatal da solução do litígio ainda que não tenha, como na jurisdição judicial, a definitividade.

Na lição de Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari, nenhuma complicação servirá para justificar a omissão do dever de decidir. Por maiores que sejam as dificuldades, temporais, materiais ou humanas, ainda sim, permanece a obrigação de julgar<sup>161</sup>, à luz dos princípios e garantias constitucionais que iluminam as determinações infraconstitucionais. Afinal, de nada resolveria uma decisão elaborada à margem do ordenamento jurídico.

Dentro da competência legislativa da União, para os tributos federais, o Decreto 70.235/72 estipulou nos seus arts. 27 a 31, o rito processualístico necessário para o julgamento dos litígios decorrentes das demandas dos contribuintes.

A propósito, em primeira instância, o julgamento é realizado por meio das delegacias da Receita Federal de Julgamento ou órgãos de deliberação interna de natureza colegiada da Secretaria da Receita Federal. A decisão deverá conter o relatório resumido

---

<sup>160</sup> CARNEIRO, Claudio. Processo Tributário Administrativo e Judicial. 3ª edição, Rio de Janeiro, Ed. Lumen Juris, 2012, p. 22.

<sup>161</sup> FERRAZ Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. Processo administrativo. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 150.

do processo, os seus fundamentos jurídicos por força até da teoria dos motivos determinantes, conclusão e ordem de intimação, devendo mencionar expressamente todos os autos de infração e notificação de lançamento objeto do processo, bem como as razões de defesa arguidas pelo impugnante contra todas as exigências.

Na fase probatória, vigora, assim como no processo judicial, o princípio da livre convicção motivada o qual autoriza a autoridade administrativa a determinar a realização das provas que entender necessárias (art. 29 do Decreto 70.235/72).

A rigor, entretanto, à aplicação deste princípio não é ampla, como ocorre no processo judicial, mas mitigada haja vista a impossibilidade de a autoridade administrativa argui, para afastar a incidência de normas materiais ou até mesmo processuais, a inconstitucionalidade.

Tal liberdade resta, portanto, cingida à análise das provas materializadas nos autos, já que em consonância ao disposto na Portaria 258/2001, o julgamento será observado o entendimento da SRF expresso em atos tributários e aduaneiros.

Nesse rumo, sintetizou Marcos Vinicius Neder e Maria Tereza Martinez López, ao asseverarem que a liberdade de convicção é restrita à legislação tributária e aos atos normativos do ministro da Fazenda<sup>162</sup>. Isto impediria, por exemplo, o controle de legalidade e constitucionalidade dos atos administrativos em consonância com a determinação do art. 26-A, da Portaria 103/02 do Ministério da Fazenda<sup>163</sup>.

---

<sup>162</sup> NEDER, Marcos Vinicius; MARTINEZ LÓPEZ, Maria Tereza. Processo administrativo fiscal federal comentado. São Paulo: Dialética, 2002, p. 359.

<sup>163</sup> A Portaria MF 103/02 acrescentou ao Regimento Interno da CSRF o art. 26-A: “No julgamento de recurso voluntário, de ofício ou especial, fica vedado à Câmara Superior de Recursos Fiscais afastar a aplicação, em virtude de inconstitucionalidade, de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo em vigor. O disposto neste artigo não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional lei ou ato normativo: I - que já tenha sido declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, em ação direta, após a publicação da decisão, ou pela via incidental, após a publicação da Resolução do Senado Federal que suspender a execução do ato; II - objeto de decisão proferida em caso concreto cuja extensão dos efeitos jurídicos tenha sido autorizada pelo Presidente da República; III - que embasem a exigência de crédito tributário: a) cuja constituição tenha sido dispensada por ato do Secretário da Receita Federal; ou b) objeto de determinação, pelo Procurador-Geral da Fazenda Nacional, de desistência de ação de execução fiscal”. A mesma alteração foi realizada no Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes. Com a edição da Lei 11.941/09 passou a vigorar a seguinte redação: “Art. 26-A. No âmbito do processo administrativo fiscal, fica vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade. § 1º (Revogado). § 2º (Revogado). § 3º (Revogado). § 4º (Revogado). § 5º (Revogado). § 6º O disposto no caput deste artigo não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo: I – que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão definitiva plenária do Supremo Tribunal Federal; II – que fundamente crédito tributário objeto de: a) dispensa legal de constituição ou de ato declaratório do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, na forma dos arts. 18 e 19 da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002; b) súmula da Advocacia-Geral da União, na forma do art. 43 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993; ou c) pareceres do Advogado-Geral da União aprovados pelo Presidente da República, na forma do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993”.

Em que pese ao respeitável entendimento contrário, à luz das garantias constitucionais, não se deve pautar a conduta da autoridade administrativa desta forma.

Com efeito, é necessário reforçar a importância do controle de legalidade e constitucionalidade dos atos administrativos, mesmo que este seja proibido pelo art. 26-A da Portaria MF 103/02.

No mesmo sentido, a propósito, a lei estadual 13.457/09 que regulamenta o contencioso administrativo no Estado de São Paulo, em seu artigo 28, veda afastar a aplicação da legislação tributária sob alegação de ilegalidade ou inconstitucionalidade, exceto se a inconstitucionalidade for declarada pelo Supremo Tribunal Federal e o Senado Federal tenha suspenso a execução do ato normativo, ou seja, julgada procedente a ação direta de inconstitucionalidade que verse sobre objeto da contenda.

Na hipótese, ainda que o contribuinte não tenha suscitado o vício de constitucionalidade ou de legalidade deve a autoridade administrativa julgadora realizar a análise, pois deve cuidar da correta aplicação da legislação tributária aos preceitos das garantias constitucionais, entre elas, a motivação.

A respeito, não é esse a exegese do artigo 102, §2º, da Constituição Federal. Nesse rumo, é imperioso trazer à colação decisão da Terceira Seção de Julgamento do Carf, que simboliza o momento atual do entendimento da corte administrativa tributária:

Assunto: Contribuição para o financiamento da seguridade social – COHNS

Período de apuração: 01.04.1997 a 31.10.2002

Normas gerais de direito tributário. Repetição de indébito. Decadência.

O direito de pleitear repetição de indébito tributário em relação a tributos sujeitos ao lançamento por homologação, em razão de pagamento indevido, extingue-se com o decurso do prazo de cinco anos, contados da data em que ocorreu o pagamento antecipado, o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – Carf, não é competente para pronunciar-se sobre a inconstitucionalidade de lei tributária, “súmula Carf 2 – O carf não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária”.

Pedido de restituição . Sociedades civis de profissão legalmente regulamentada.

As sociedades civis de prestação de serviços profissionais relativos ao exercício da profissão legalmente regulamentadas deixaram de ser isentas da Confins a partir de abril de 1997, em face da renegociação da isenção prevista no inc. II do art. 62 da Lei Complementar 270/91.

Recurso voluntário negado<sup>164</sup>.

Hugo de Brito Machado Segundo, por sua vez, receoso com a possibilidade de decisões divergentes em sede de exame de constitucionalidade no âmbito do processo administrativo tributário, entende, então, para o bom desenvolvimento do ordenamento jurídico, de se negar esta competência declaratória ao tribunal administrativo com o objetivo de ter preservada a uniformidade das decisões<sup>165</sup>.

Historicamente, a recusa do exame de constitucionalidade pela autoridade administrativa remonta ao entendimento de Ruy Barbosa, porquanto advogava o jurista que este exame importaria a inversão de competência do legislativo o qual já teria exercido este controle quando do processo legislativo, assim como a do judiciário a quem competiria, por mister constitucional, esse controle.

Paradoxalmente, Marcos Vinicius Neder e Maria Tereza Martínez López comungam que, a prevalecer a idéia de rígida, incomunicável e inconfundível separação de poderes entre legislativo, Executivo e Judiciário, restaria sem força o disposto no art. 66, §1º, da Constituição Federal, o qual prevê o poder do presidente da República de vetar norma que entender inconstitucional, sob pena de crime de responsabilidade<sup>166</sup>.

Recentemente, aliada a ideia de vedação ao controle de constitucionalidade pelos órgãos administrativos, a súmula vinculante 10 do STF<sup>167</sup> trouxe mais um novo argumento para denegar essa possibilidade de apreciação da constitucionalidade em julgamento administrativo.

Ocorre, entretanto, que aqui se defronta com a questão acerca da existência ou não, de jurisdição administrativa, pois a negativa de apreciação por parte da administração

---

<sup>164</sup> Acórdão 3301-00.409 – 3º Câmara – 1ª Turma Ordinária – Sessão de 03 de fevereiro de 2010. Relator Antônio Lisboa Cardoso.

<sup>165</sup> MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. Impossibilidade de declaração de inconstitucionalidade de lei pela autoridade administrativa de julgamento. Revista Dialética de Direito Tributário. São Paulo, v. 98, p. 91-99.

<sup>166</sup> NEDER, Marcos Vinicius; MARTÍNEZ LÓPEZ, Maria Tereza. Processo administrativo fiscal federal comentado. São Paulo: Dialética, 2002. p. 48.

<sup>167</sup> Súmula vinculante 10. Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante 10. Disponível em: [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acesso em 12.05.2016.



pública sobre matéria inconstitucional, supostamente, colide no privativo exercício da jurisdição do Poder Judiciário.

Com o objetivo de equalizar essa questão, Niceto Alcalá-Zamora y Castilho, com veemência argumenta que não só em juízo encontra-se a jurisdição, mas sim, em toda pessoa cuja declaração possa ser sustentada em fonte do direito<sup>168</sup>.

Na mesma linha, Vitorio Emanuele Orlando rejeita a ideia de ausência de jurisdição na decisão administrativa<sup>169</sup>.

Em que pese aos entendimentos favoráveis ao texto legal de recusa à possibilidade de exame de constitucionalidade em processo administrativo, há, inexoravelmente, duas premissas falsas. A primeira de que o controle de legalidade e de constitucionalidade da decisão administrativa é matéria reservada pela Constituição Federal ao Poder Judiciário. Há engano nesta conclusão haja vista o princípio da inafastabilidade do controle judicial não exclui o exercício do princípio da autotutela administrativa com a possibilidade de a Administração Pública rever, contenciosamente, seus atos para declará-los ilegais ou inconstitucionais porque deles não se originam direitos<sup>170</sup>.

Ademais excluir de sua apreciação é o mesmo de aceitar que a Constituição Federal não vigora, não produz efeitos, não serve de paradigma para a própria Administração Pública. Esse é o cotejo de Eduardo Domingo Botallo segundo o qual se dá oportunidade à arbitrariedade administrativa ou, melhor, a condução administrativa fora dos trilhos constitucionais<sup>171</sup>.

Dessa forma, a vedação expressa à possibilidade dos órgãos administrativos para conhecer de questões de inconstitucionalidade ou ilegalidades representa patente desrespeito à garantia constitucional da ampla defesa, insculpida no art. 5º, LV, da Constituição Federal, o que configura real inconstitucionalidade.

---

<sup>168</sup> ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILHO, Niceto. Estudios de teoría general e historia del proceso. Ciudad del Mexico: Universidad Nacional Autonoma del Mexico, 1974. Tomo I, p. 58.

<sup>169</sup> BRITO, Edvaldo. Ampla defesa e a competência dos órgãos julgadores administrativos para conhecer de argumentos de inconstitucionalidade ou de ilegalidade de atos em que se fundamentam autuações. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). Processo administrativo fiscal. São Paulo: Dialética, 1997. p. 53-54.

<sup>170</sup> Vale ressaltar contudo que, por força do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional (art. 5º, inc. XXXV, CF), a decisão administrativa desfavorável ao contribuinte não adquire, para ele, caráter definitivo. Enquanto as decisões administrativas desfavoráveis à administração pública não estão sujeitas à análise pelo Poder judiciário, devendo a autoridade preparadora exonerar de imediato o contribuinte dos gravames decorrentes do litígio, nos termos do art. 45 do Decreto 70.235/72.

<sup>171</sup> BOTALLO, Eduardo Domingo. Curso de direito administrativo tributário. São Paulo: Malheiros. 2006, p. 79-106.

Por fim, destaca-se, ainda, o argumento favorável a tal apreciação pelas autoridades administrativas à necessidade de observância a hierárquica do servidor para com seu superior, posto que se mostra fundamento para a apreciação de constitucionalidade em sede de processo administrativo. A rigor, Geraldo Ataliba já aclamava que desrespeitar as normas superiores é bem mais grave que desrespeitar as próprias leis<sup>172</sup>.

### **6.2.3 Do processo administrativo do Tribunal de Contas**

Inicialmente a ideia de formação de um Tribunal de Contas no Brasil surgiu nos meados de 1826 quando Felisberto Caldeira Brant, Visconde de Barbacena e José Inácio Borges apresentaram um projeto em que criava o Tribunal de Revisão de Contas<sup>173</sup>. Em que pese posições divergentes como a de Manuel Jacinto Nogueira da Gama, o qual acreditava que a criação de um Tribunal de Contas no Brasil apenas importaria o aumento dos gastos públicos com o funcionamento do órgão, melhor vez foi a do jurista Rui Barbosa, na época Ministro da Fazenda, que emplacou por meio do Decreto-lei 966-A a criação do Tribunal.

Entretanto, foi somente com a Constituição de 1891, no seu art. 89, que se deu força constitucional ao Tribunal de Contas estabelecendo que seria responsável para liquidar as contas da receita e despesas, além de verificar a sua legalidade, antes de serem prestadas ao Congresso Nacional.

Por sua vez, a Constituição de 1934, em contrapartida, outorgou ao Tribunal de Contas uma natureza híbrida de órgão do Legislativo e do Judiciário, ao dispor, em seu art. 99, que deveria ser mantido diretamente, ou por delegações organizadas de acordo com a Lei, o qual reuniriam as funções de execução orçamentária e julgamento das contas dos responsáveis por dinheiros e bens públicos.

A constituição de 1937 não trouxe nenhum avanço institucional ao Tribunal de Contas, o qual, somente pela Constituição de 1946 foi alçado como órgão auxiliar do Poder Legislativo, na seção relativa ao orçamento, ficando, destarte, responsável pelo julgamento das contas e legalidade dos contratos e das aposentadorias, reformas e pensões. Foi esta, a

---

<sup>172</sup> ATALIBA, Geraldo. Tripartição do poder e liberdade (atualidade da teoria constitucionalista). Revista da Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, julho-dezembro, 1971.

<sup>173</sup> COSTA, Nelson Nery. Processo administrativo e suas espécies. 4ª Edição. Editora Forense. p. 113.

propósito, a tendência seguida pela Constituição de 1967 que o colocou no capítulo referente ao Poder Legislativo, na seção referente à Fiscalização Financeira e Orçamentária, posição mantida pela atual Constituição de 1988.

A rigor, hodiernamente, para Eduardo Lobo Botelho Gualazzi pode-se definir o Tribunal de Contas, no Brasil como:

O órgão administrativo parajudicial, funcionalmente autônomo, cuja função consiste em exercer, de ofício, o controle externo, fático e jurídico, sobre a execução financeiro-orçamentária, em face dos três poderes do Estado, sem a definitividade jurisdicional<sup>174</sup>.

Nesse contexto constitucional o que o Tribunal de Contas revela é o seu caráter multiforme em que ora representa a natureza jurisdicional, a natureza de órgão auxiliar do Poder Legislativo e a natureza de instituição autônoma. O certo é, porém, que o discurso da autonomia tem limites como, a rigor, já decidiu o Supremo Tribunal Federal reconhecendo que as contas do Tribunal de Contas poderiam ser apreciadas pelo Poder Legislativo.<sup>175</sup>

Nesse sentido não se trata de julgar o responsável pelas contas, mas, diversamente, de fiscalizar verificando se as contas apresentadas estão de acordo com as normas legais e regulamentares da matéria debatida. A propósito, em que pese ao texto constitucional ter utilizado a expressão julgar as contas não se trata de exercício de atividade judicante no sentido de atribuir a tais julgamentos o caráter de definitividade; muito pelo contrário, trata-se de um processo administrativo de controle com as fases que lhe são peculiares, porém sem força jurisdicional.

Isso, portanto, representa um julgamento administrativo pelo qual devem ser garantidos ao órgão que tenha as suas contas apreciadas, assim como aos gestores públicos, os direitos ao devido processo legal, especialmente a ampla defesa e o contraditório, além dos preceitos de legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade. Não há de admitir que o julgamento administrativo seja feito sem a notificação do Chefe do Poder Executivo que tenha as suas contas apreciadas, pelo correio ou pela imprensa oficial, como ocorre em leis orgânicas dos Tribunais de Contas dos Estados e Municípios, pois, do contrário, haveria inegável cerceamento do direito à defesa, defesa esta de amplitude abarcada pelo art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal.

---

<sup>174</sup> GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho. Regime Jurídico dos Tribunais de Contas, p. 187.

<sup>175</sup> Não obstante o relevante papel do Tribunal de Contas, no controle financeiro e orçamentário como órgão eminentemente técnico, nada impede que o Poder Legislativo, exercitando o controle externo, aprecie as contas daquele que, no particular, situa-se como órgão auxiliar – (RTJ, 110/476, Rep. 037-RJ, julgada em 27.4.1977).

Nesta esteira, quando se debate sobre a legalidade das decisões administrativas adotadas pelo Tribunal de Contas no seio do processo administrativo de verificação das contas do gestor público, é possível encontrar dois tipos.

O primeiro diz respeito a questões de vícios formais, ou seja, aqueles que surgem no decorrer do processo administrativo. Quanto a estes, é pacífico o entendimento de que poderá a decisão ser revista pelo Poder Judiciário para exercício do controle estrito de legalidade.

A rigor, é repetitivo na jurisprudência à verificação de cerceamento ao direito à ampla defesa nos procedimentos dos Órgãos de Controle Externo.

A exemplo cita-se o Mandado de Segurança nº 25116<sup>176</sup>, no qual o plenário do STF anulou decisão do TCU que julgou ilegal a concessão de uma aposentadoria por entender que houve cerceamento aos direitos constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

No entendimento do Supremo Tribunal Federal a invalidação poderia ser realizada no prazo de cinco anos após o ato concessório, posto que o Tribunal de Contas da União só poderia decidir pela ilegalidade após oportunizar o direito ao contraditório.

O segundo, por sua vez, diz respeito aos vícios materiais contidos nas decisões dos Tribunais de Contas como o caso de ilegalidades ou inconstitucionalidades que contaminam o próprio mérito da decisão.

Nessa questão, sempre prevaleceu o entendimento de que ao Poder Judiciário somente era conferido se manifestar em caso de ilegalidade manifesta; ocorre, entretanto, que os ventos doutrinários vieram ampliar tal entendimento para abarcar situações de análise que antes era terminantemente vedada.

A rigor, fundado no princípio da inafastabilidade do controle judicial, a jurisprudência mais modernista vem admitindo a possibilidade de se adentrar no mérito da decisão das Cortes de Contas a fim de analisar os limites das escolhas administrativas mesmo em casos em que a ilegalidade não é manifesta.

A Primeira Turma do TRF da 5º Região proferiu acórdão no qual destaca a competência do Judiciário para analisar as aludidas decisões sem fazer a ressalva de que a ilegalidade deve ser necessariamente manifesta:

As decisões dos Tribunais de Contas podem ser objeto de controle judicial não apenas quanto à formalidade de que se revestem, mas

---

<sup>176</sup> <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=161008>. Acessado em 13.06.2016.

inclusive quanto a sua legalidade, considerando-se que tais decisões não fazem coisa julgada, que é qualidade exclusiva das decisões judiciais como decorrência da unicidade de jurisdição de nosso sistema constitucional. Não há como eximir as decisões dos Tribunais de Contas da sindicabilidade judicial, quando a Constituição Federal impõe a inafastabilidade do controle judicial de qualquer lesão ou ameaça de lesão a direito, como princípio.<sup>177</sup>

No mesmo sentido, o Supremo Tribunal Federal tem analisado processos em que o objeto é invalidar questões controvertidas que envolvem o mérito dos julgamentos dos Tribunais de Contas.

O tema tem sido recorrente no Egrégio Supremo Tribunal principalmente quando a controvérsia envolve a questão do procedimento licitatório simplificado para a Petrobrás, previsto no Decreto 2.745/1998. Este procedimento não é aceito pelo Tribunal de Contas da União, que tem exigido a realização de licitação nos moldes da Lei nº 8.666/1993.

Dessa forma, a fim de evitar a incidência do controle meritório do Tribunal de Contas, por ser desrazoável à medida que lhe foi imposta, os gestores têm ajuizado Mandados de Segurança com pedidos de liminar perante o Supremo Tribunal Federal para suspender a decisão do Tribunal de Contas da União a fim de assegurar a realização dos procedimentos licitatórios simplificados.

A Ministra Ellen Gracie concedeu liminar em Mandado de Segurança 28.745 para garantir a continuidade dos procedimentos até o julgamento do mérito, na ocasião em que destacou, a excelentíssima Ministra, que a Petrobrás, após a relativização do monopólio para a exploração do petróleo, passou a concorrer com empresas privadas às quais, frise-se, não estão submetidas às regras rígidas de licitação e contratação da Lei 8.666/93 e que a livre concorrência pressupõe a igualdade de condições entre os concorrentes<sup>178</sup>.

Dessa forma, percebe-se que o clássico entendimento do STF de que o mérito dos julgados oriundos das Cortes de Contas só poderia ser revisto pelo Judiciário em caso de manifesta ilegalidade vem sendo paulatinamente superado pela jurisprudência mais

---

<sup>177</sup> TRF5 - Apelação Cível: AC 380126 PE 2005.83.02.000431-8. Relator(a): Desembargador Federal Élio Wanderley de Siqueira Filho (Substituto). Órgão Julgador: Primeira Turma. Julgamento: 11/07/2007.

<sup>178</sup> <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=151918>. Acessado em 13/06/2016.

atual da corte. Entre os argumentos dos novos precedentes está o fato de que os órgãos de Controle Externo não produzem coisa julgada com caráter de definitividade, uma vez que os processos que tramitam nessa esfera são meramente administrativos.

Por fim, conclui-se que o Poder Judiciário, com base no princípio da inafastabilidade do controle judicial, pode rever decisões dos Tribunais de Contas analisando tanto aspectos formais, quanto materiais das referidas decisões.

Com relação às decisões de mérito, não é necessário que se trate de vício manifesto, ou seja, mesmo questões altamente controvertidas podem se sujeitar à apreciação dos órgãos judiciais, posto que, se se furtarem de sua apreciação, principalmente quando ultrapassem os limites da razoabilidade ou proporcionalidade da medida administrativa, correm sérios riscos de atribuir ao órgão de contas poder jurisdicional com caráter de definitividade em uma única instância, violando, inclusive, o artigo 8º, 2, h, da Convenção Americana de Direitos Humanos a qual o Brasil ratificou em 25 de setembro de 1992.

#### **6.2.4 Do processo administrativo de restrição pública à propriedade**

O processo administrativo de restrição pública à propriedade não envolve apenas as propriedades privadas, mas, ao contrário do que comumente ocorre, abrange também propriedades públicas as quais são passíveis de restrição de domínio quando outros interesses públicos primários se sobreponham àqueles.

As restrições ao direito de propriedade devem estar condicionadas aos preceitos constitucionais e ao preenchimento de certos requisitos os quais são impreterivelmente destacados pelo Decreto-lei nº 3365/41 que regulamenta o forma procedimental pela qual o processo de desapropriação deve se desenvolver.

Por ser forma originária de aquisição do direito de propriedade, não está relacionada a nenhum título jurídico antecedente e a nova aquisição libera o bem de qualquer ônus que por ventura possa estar gravado.

Nesse sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello assevera:

Dizer-se que a desapropriação é forma originária de aquisição de propriedade significa que ela é, por si só mesma, suficiente para instaurar a propriedade em favor do Poder Público, independentemente de qualquer vinculação com o título jurídico do anterior proprietário. É a só

vontade do Poder Público e o pagamento do preço que constituem a propriedade do Poder Público sobre o bem expropriado<sup>179</sup>.

É importante destacar, por outro lado, que o Decreto-lei nº 3365/41, no seu art. 2, §2º, autoriza expressamente a desapropriação de bens públicos, entretanto, estabelece que somente entes estatais “superiores” possam desapropriar bens públicos de entes estatais inferiores, ou seja, da União para o Estado e do Estado para os Municípios.

Em que pese à expressa disposição legal de 1941, convém antes de adentrar no cerne da não recepção do citado parágrafo, o momento histórico pelo qual foi perfilhado este entendimento.

Com efeito, o Decreto-lei 3365/1941 criado quando ainda vigia a Constituição Federal de 1937, chamada de Constituição Polaca, outorgada pelo então presidente Getúlio Vargas, em 10 de novembro de 1937, mesmo dia em que implanta a ditadura do Estado Novo, se caracterizou pela concentração dos poderes no Executivo.

A Carta de 1937, como dito de natureza outorgada, afrontou textualmente a autonomia municipal, já que pôs fim a eletividade dos prefeitos que passariam a ser nomeados pelo Governador do Estado, não prevendo qualquer colaboração de órgão de representação local.

Sobre a posição dos Municípios na época da Constituição Polaca, Hely Lopes Meirelles assim descreveu:

A Carta de 1937 manteve apenas nominalmente o poder local. Vulnerou a autonomia política: previu eleição de vereadores, mas, ao mesmo tempo, desprezou o Legislativo, ao assinalar a dissolução dos sistemas de representação; definiu a nomeação pelo Governador como critério para investidura dos prefeitos e abrigou um regime interventorial nos Estados e Municípios. Neutralizou a autonomia financeira e administrativa no âmbito da Federação, mediante rigorosa técnica de concentração de poderes no âmbito do executivo federal em prejuízo de Estados e Municípios, transformados estes em instâncias gerenciais da União<sup>180</sup>.

Diante desta posição de Hely, não houve dúvidas de que o Decreto-Lei em se balizou nas orientações vigentes à época, estabelecendo uma hierarquização entre os entes da Federação.

---

<sup>179</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 32º ed., São Paulo: Malheiros, 2015, p. 373.

<sup>180</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 10º ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 39.

A propósito, esta hierarquização atentada contra o princípio federativo em que cada ente estatal antes tinha um campo próprio de incidência de sua competência não se sobrepondo aos interesses dos demais entes políticos.

Sob a atual Constituição Cidadã, a leitura do art. 2, §2º, do Decreto-lei 33655/41 deve transcender à disciplinar normativa para se interpretar, em nítida mutação legal, a nova visão constitucional do processo administrativo de restrição à propriedade, principalmente porque toda a matéria nele contida deve ser interpretada segundo critérios principiológicos partindo da premissa de que a Constituição de 1988 estabeleceu que a União, os Estados e os Municípios, componentes da Federação possuem autonomia político-administrativa e competências diferenciadas.

Nesse sentido, a estrutura constitucional política brasileira refuta a noção de hierarquização entre os entes federativos.

O catedrático Dalmo de Abreu Dallari assim defendeu:

No Estado Federal as atribuições da União e das unidades federadas são fixadas na Constituição, por meio de uma distribuição de competências. Não existe hierarquia na organização federal, porque a cada esfera de poder corresponde uma competência determinada<sup>181</sup>.

São, portanto, entidades horizontalizadas, ou seja, em igualdades de condições políticas, administrativas, orçamentárias e financeiras havendo campos de incidências diferentes de atuação.

Desta feita, estando os entes no mesmo plano horizontal, não haveria que se pensar, efetivamente, a validade da norma esculpida no Art. 2, § 2º do Decreto-lei 3.365/41 na forma em que se esta concebida, ou seja, não se pode afirmar que o mencionado artigo encontra respaldo constitucional na ordem inaugurada com a Carta de 1988, por violar e desfigurar a Federação Brasileira.

Nesse sentido, o Professor Alexandre de Moraes explica que a recepção de normas:

consiste no acolhimento que uma nova constituição posta em vigor dá às leis e atos normativos editados sob a égide da Carta anterior, desde que compatíveis consigo. O fenômeno da recepção, além de receber

---

<sup>181</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de Teoria Geral do Estado. 14º. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1989, p. 218.



materialmente as leis e atos normativos compatíveis com a nova Carta, também garante a sua adequação à nova sistemática legal<sup>182</sup>.

Percebe-se, destarte, que a Constituição da República não acolheu a gradação estabelecida pela Lei Geral das Desapropriações.

Em que pese esta conclusão, esse não é o entendimento do Supremo Tribunal Federal. A propósito, a Excelsa Corte, ao apreciar casos de atos de desapropriação, decidiu pela ordem estabelecida pelo Decreto-lei.

Apesar de se tratar de julgamentos antigos, ou seja, anteriores à própria Constituição Federal de 1988, como os encontrados nas ações RE 172.816, MS 11.075, RE 111.079, o STF apreciando o caso de atos de desapropriação concorrentes, envolvendo o Estado de Minas Gerais e o Município de Divino do mesmo Estado, deu preferência ao decreto de desapropriação estadual, promovendo a aplicação analógica do §2º do art. 2º do Decreto-lei 3.365/41.

Assim decidiu a Egrégia Corte Suprema Brasileira no Recurso Extraordinário nº 111.079:

Desapropriação. Decretos estadual e municipal declaratórios de utilidade pública do mesmo imóvel de domínio privado, para fins de desapropriação. A) o domínio eminente, atributo originário da união, como ente soberano, e do qual deriva a faculdade de desapropriar; o poder do governo federal de 17 MORAES, Alexandre de. Curso de Direito Constitucional. 14º ed. São Paulo: Atlas, 2003. 13 legislar sobre desapropriações e tutelar os direitos individuais - entre os quais, o de propriedade - abonam a competência federal para dispor sobre a preferência do estado ou do seu município, em caso de atos expropriatórios concorrentes e reciprocamente excludentes; B) nessa hipótese, a preferência do ato estadual deriva de interpretação e aplicação analógica da norma do art. 2., p. 2., do decreto-lei 3365/41; re não conhecido, pela alínea 'c', art. 119, III, CF.(RE nº 111.079-1-MG, 2º T, d.j.10/04/87, da 168-258).

Aduz, portanto, que o Supremo Tribunal Federal já se manifestou no sentido de acolher a regra de preferência estabelecida no art. 2º, §2º, porém esta análise não foi realizada, ainda, pela nova concepção do estado federado, posto que o julgamento ocorreu em 1987, anterior, portanto, à promulgação da vigente Constituição Federal.

---

<sup>182</sup> MORAES, Alexandre de. Curso de Direito Constitucional. 31º ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 519.

Percebe-se, assim, que o acórdão citado invoca a tese do domínio da União, sob o ponto de vista de ente estatal hierarquicamente superior, para aplicar o art. 2º, §2º do Decreto-lei 3.365/41, justificando, no caso de atos concorrentes, a precedência de ato de desapropriação estadual.

No entanto, sob o ponto de vista constitucional do processo administrativo de desapropriação, o fundamento da medida restritiva do direito de propriedade é a preponderância do interesse público primário sobre o interesse público primário ou secundário de menor valor, no caso concreto, e não o poder, o domínio, atribuído a União ou ao Estado sobre os bens que se encontram sob o seu território, já que superada a existência de supremacia entre entes políticos federativos.

## **7 DEVER DE EFETIVAÇÃO DAS PRERROGATIVAS CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO ADMINISTRATIVO**

### **7.1 O que se entende por efetivação de direitos**

A Constituição Federal de 1988 trouxe, como forma inovadora, o paradigma para o processo administrativo dos princípios constitucionais aplicáveis ao processo judicial quando os equiparou em termos de garantias constitucionais. Sinalizou que estes regramentos garantidores de o devido processo legal não bastavam estar previstos ao processo administrativo, assim como ao processo judicial, mas deveriam ser efetivamente garantidos dando ênfase à proteção do direito material discutido.

De certa forma, é inegável o fato de que a legislação anterior à própria Constituição, aliada à herança autoritária de como a Administração Pública conduzia seus procedimentos, continua passando nas repartições públicas a passos firmes gerando insegurança e injustiça. Porém, a própria norma da Constituição aponta o caminho a ser seguido.

A propósito, no próprio corpo do texto constitucional existem disposições a respeito da necessidade de se assegurar a efetividade das garantias processuais. Cabe, portanto, ao intérprete administrador, fiscalizar e implementar as medidas constitucionais para a efetivação destes direitos. Mas até onde vai a abrangência da efetivação destes direitos?

Esta é uma indagação pela qual o constituinte outorgou à liberdade para o administrador buscar meios práticos e viáveis para se garantir que o processo administrativo evoluísse a ponto de se tornar uma referência em termos de devido processo constitucional.

A rigor, o processo sendo um instrumento da jurisdição e, no Brasil, havendo a independência dela, ou seja, em cada esfera haverá uma prestação jurisdicional, então se deve valer dos princípios e valores apresentados pela Constituição Federal, valores estes estigmatizados como meios de efetividade do próprio processo.

A efetividade, em si, significa a capacidade de se materializar os efeitos abstratamente descritos pela lei e capazes de proteger e assegurar o objetivo principal do

processo, ou seja, é a capacidade que o processo tem de assegurar o objetivo a que se propõem.

Para que a efetividade dos direitos se concretize é preciso que o processo disponha de meios adequados para a realização do seu fim. O que não pode, por outro lado, é atingir a sua finalidade desprezando certas condições indispensáveis às quais objetivam garantir a formalidade estreita e o respeito à dignidade da pessoa humana.

As garantias processuais constitucionais têm por escopo resguardar a dignidade da pessoa humana submetida a processos de julgamentos de conduta dentro de um parâmetro previamente definido e respeitado pela própria Administração Pública. É por isso que não há possibilidade alguma de extirpar garantia constitucional de processo administrativo para uns e para outros processos não. Cita-se o exemplo de processo administrativo para imposição de pena disciplinar ao preso em decorrência da prática de uma infração funcional no presídio.

Veja-se que neste caso o Superior Tribunal de Justiça decidiu que os incisos LIV e LV do art. 5º da CF respaldam a obrigatoriedade da presença de defensor regularmente constituído na OAB, em procedimento administrativo disciplinar, no âmbito da execução da pena, ou seja, divergiu da então súmula vinculante 5, do STF, no sentido de que a falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição<sup>183</sup>.

---

<sup>183</sup> No âmbito da execução penal, a atribuição de apurar a conduta faltosa do detento, assim como realizar a subsunção do fato à norma legal, ou seja, verificar se a conduta corresponde a uma falta leve, média ou grave, e aplicar eventual sanção disciplinar é do diretor do estabelecimento prisional, em razão de ser o detentor do poder disciplinar (Seção III do Capítulo IV da LEP). Não se olvida, entretanto, que, em razão do cometimento de falta de natureza grave, determinadas consequências e sanções disciplinares são de competência do juiz da execução penal, quais sejam, a regressão de regime (art. 118, I), a revogação de saída temporária (art. 125), a perda dos dias remidos (art. 127) e a conversão de pena restritiva de direitos em privativa de liberdade (art. 181, § 1º, *d*, e § 2º). A propósito, o art. 48 estabelece que a autoridade administrativa “representará” ao juiz da execução penal para adoção dessas sanções disciplinares de competência do juiz da execução penal. Dessa forma, constata-se que a LEP não deixa dúvida ao estabelecer que todo o “processo” de apuração da falta disciplinar (investigação e subsunção), assim como a aplicação da respectiva punição, é realizado dentro da unidade penitenciária, cuja responsabilidade é do seu diretor. Somente se for reconhecida a prática de falta disciplinar de natureza grave pelo diretor do estabelecimento prisional, é que será comunicado ao juiz da execução penal para que aplique determinadas sanções, que o legislador, excepcionando a regra, entendeu por bem conferir caráter jurisdicional. No tocante à formalização dessa sequência de atos concernentes à apuração da conduta faltosa do detento e aplicação da respectiva sanção, o art. 59 da LEP é expresso ao determinar que: “praticada a falta disciplinar, *deverá* ser instaurado o procedimento para a sua apuração, conforme regulamento, assegurado o direito de defesa”. E mais, mesmo sendo a referida lei do ano de 1984, portanto, anterior à CF de 1988, ficou devidamente assegurado o direito de defesa do preso, que abrange não só a autodefesa, mas também a defesa técnica, a ser realizada por profissional devidamente inscrito nos quadros da OAB. Não por outro motivo o legislador disciplinou expressamente nos arts. 15, 16 e 83, § 5º, da LEP, a obrigatoriedade de instalação da Defensoria Pública nos estabelecimentos penais, a fim de assegurar a defesa técnica daqueles que não possuem recursos financeiros para constituir advogado. Ademais, vale ressaltar que o direito de defesa garantido ao sentenciado tem

Inclusive o próprio STJ no sentido de firmar o posicionamento institucional sumulou a questão<sup>184</sup>.

Dessa forma, se o processo administrativo é gênero do qual se aplicam todas as garantias constitucionais asseguradas ao processo judicial, não há razões teleológicas, muito menos legais, para se diferenciar as suas espécies de modo a permitir a aplicação das

---

assento constitucional, mormente porque o reconhecimento da prática de falta disciplinar de natureza grave acarreta consequências danosas que repercutem, em última análise, em sua liberdade. Com efeito, os incisos LIV e LV do art. 5º da CF respaldam a obrigatoriedade da presença de defensor regularmente constituído na OAB, em procedimento administrativo disciplinar, no âmbito da execução da pena. No particular, registre-se que a Súmula Vinculante 5, a qual dispõe que “a falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição”, não se aplica à execução penal. Primeiro, porque todos os precedentes utilizados para elaboração do aludido verbete sumular são originários de questões não penais, onde estavam em discussão procedimentos administrativos de natureza previdenciária (RE 434.059); fiscal (AI 207.197); disciplinar-estatutário militar (RE 244.027); e tomada de contas especial (MS 24.961). Segundo, porque, conforme mencionado, na execução da pena está em jogo a liberdade do sentenciado, o qual se encontra em situação de extrema vulnerabilidade, revelando-se incompreensível que ele possa exercer uma ampla defesa sem o conhecimento técnico do ordenamento jurídico, não se podendo, portanto, equipará-lo ao indivíduo que responde a processo disciplinar na esfera cível-administrativa. Ademais, observa-se que o Regulamento Penitenciário Federal, aprovado pelo Dec. 6.049/2007 – que disciplina as regras da execução da pena em estabelecimento prisional federal, seguindo a diretriz traçada pela Lei 7.210/1984 (LEP) –, determina expressamente a obrigatoriedade de instauração de procedimento administrativo para apuração de falta disciplinar, bem como a imprescindibilidade da presença de advogado. Seria, portanto, um verdadeiro contrassenso admitir que o preso que cumpre pena em estabelecimento penal federal, regido pelo aludido Decreto, possua mais direitos e garantias em relação àquele que esteja cumprindo pena em presídio estadual. Ademais, quanto ao disposto no art. 118, I e § 2º, da LEP – que determina que o apenado deva ser ouvido previamente antes de ser regredido definitivamente de regime –, mesmo que se entenda que somente o juiz possa ouvi-lo, não se pode perder de vista que antes de ser aplicada qualquer sanção disciplinar pela prática de falta grave deve ser instaurado o devido procedimento administrativo pelo diretor do presídio. Somente após todo esse procedimento é que o diretor do estabelecimento prisional representará ao juiz da execução para que aplique as sanções disciplinares de sua competência, dentre elas, quando for o caso, a regressão de regime, ocasião em que o apenado deverá ser previamente ouvido, por meio de sua defesa técnica. Dessarte, verifica-se que a defesa do sentenciado no procedimento administrativo disciplinar revela-se muito mais abrangente em relação à sua oitiva prevista no art. 118, § 2º, da LEP, tendo em vista que esta tem por finalidade tão somente a questão acerca da regressão de regime, a ser determinada ou não pelo juiz da execução. Nota-se que os procedimentos não se confundem. Ora, se de um lado, o PAD visa apurar a ocorrência da própria falta grave, com observância do contraditório e da ampla defesa, bem como a aplicação de diversas sanções disciplinares pela autoridade administrativa; de outro, a oitiva do apenado tem como único objetivo a aplicação da sanção concernente à regressão de regime, exigindo-se, por óbvio, que já tenha sido reconhecida a falta grave pelo diretor do presídio. Conquanto a execução penal seja uma atividade complexa, pois desenvolve-se nos planos jurisdicional e administrativo, da leitura dos dispositivos da LEP, notadamente do seu art. 66, que dispõe sobre a competência do juiz da execução, conclui-se que não há nenhum dispositivo autorizando o magistrado instaurar diretamente procedimento judicial para apuração de falta grave. Assim, embora o juiz da Vara de Execuções Penais possa exercer, quando provocado, o controle de legalidade dos atos administrativos realizados pelo diretor do estabelecimento prisional, bem como possua competência para determinadas questões no âmbito da execução penal, não lhe é permitido adentrar em matéria de atribuição exclusiva da autoridade administrativa, no que concerne à instauração do procedimento para fins de apuração do cometimento de falta disciplinar pelo preso, sob pena de afronta ao princípio da legalidade. REsp 1.378.557-RS, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, julgado em 23/10/2013.

<sup>184</sup> Súmula 533 do STJ Para o reconhecimento da prática de falta disciplinar no âmbito da execução penal, é imprescindível a instauração de procedimento administrativo pelo diretor do estabelecimento prisional, assegurado o direito de defesa, a ser realizado por advogado constituído ou defensor público nomeado. <http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=@num=%27533%27>. Acessado em 17 de junho de 2016.

garantias no processo administrativo sancionar de infrações penitenciárias e, nos demais, digamos mais interessantes à Administração Pública, como o tributário fiscal, excluir à participação obrigatória do advogado.

## **7.2 O dilema entre efetividade e garantismo**

Em processos administrativos dos quais resultem grandes decisões administrativas, como se podem refletir as decisões do conselho administrativo de defesa econômica, sempre há um dilema em curso: efetividade X garantismo.

Com efeito, essa discussão ganha ainda mais espaço público quanto mais se defende a efetividade das decisões administrativas em prejuízo do garantismo. É certo, entretanto, que perde o sentido tamanha discussão quando se parte da premissa do processo justo sob o ponto de vista de outorgar as partes uma percepção equilibrada entre o resultado almejado e o método mais idôneo para alcançá-lo.

Por processo justo, entende-se que é preciso assegurar a defesa do acusado e, nessa hipótese, é colocar a disposição do próprio acusado as oportunidades de se defender; de resistir à pretensão acusatória de modo a legitimar a decisão final e evitar o risco de decisões injustas. Ainda, consiste em apurar a verdade e aplicar as medidas administrativas aos seus responsáveis oportunizando os meios para que este objetivo seja atingido; e, claro, a obtenção de um resultado justo em que se consegue equilibrar a posição das partes para que exerçam proporcionalmente os seus direitos em respeito às garantias constitucionais que as protegem.

Nessa abordagem de processo justo, efetividade do processo administrativo decorre dos efeitos positivos produzidos para fora do próprio processo, entendidas a transformação social, a manutenção da paz pública, o respeito às liberdades e direitos individuais e coletivos, além da redução dos ônus e encargos econômicos do Estado.

Tomando-se, portanto, o resultado justo como um fim do processo administrativo, este será equitativo porque exige que o administrado tenha possibilidades lógicas de proteger os seus direitos numa posição não subordinada ou inferior à Administração Pública. Ainda envolve também a possibilidade de o administrado apresentar o seu caso perante órgão imparcial, ainda que pertencente à estrutura da

Administração Pública interna, em condições que não o coloquem em substancial desvantagem em face da Administração<sup>185</sup>.

Por outro lado, o garantismo protege uma maior importância à categoria do processo e, conseqüentemente, da garantia constitucional do *due process* de sorte a valorizar a ampla defesa, o contraditório e a imparcialidade do julgador, como referência de legitimação da decisão jurisdicional a ser decretada. Para o garantismo a manutenção da segurança jurídica reside neste ponto a que todos fazem jus como postulado constitucional democrático<sup>186</sup>.

Estas garantias, assim, deverão ser outorgadas como meio de promoção e proteção dos direitos da pessoa no processo administrativo, tal qual como ocorre no processo judicial ante a similitude dos seus resultados. Estas garantias orientam o relacionamento e a convivência entre os interesses discutidos no processo e, ao mesmo instante, incentivam a promoção de um resultado efetivamente justo.

O cuidado na preservação das garantias que fazem parte de um processo constitui o modelo garantista, haja vista que a supressão de sua observância implica violação do próprio modelo justo do processo. A propósito foram construídas a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos e de todos os demais instrumentos internacionais de direitos humanos dos quais decorreram.

A rigor, este modelo de processo justo não implica derrogação das diferenças do sistema do romano-germânico ou anglo-saxão. A questão aqui é que se impõe um reconhecimento tácito de um ponto de encontro entre ambos os sistemas já que a figura humana do administrado continua sendo o centro de proteção dos direitos.

Desse cenário é possível extrair a convivência harmoniosa tanto da efetividade quanto do garantismo, pois não há efetividade sem que antes se assegure o garantismo constitucional. Esse modelo de processo justo que oportuniza a busca pelo resultado por meio de fórmulas idôneas, destarte, se perfilha não apenas no interesse da Administração, mas, no próprio interesse do processo como instrumento capaz de garantir a proteção dos direitos do administrado; direitos estes reconhecidos há tempos em diversos documentos internacionais incorporados pela Constituição Brasileira.

---

<sup>185</sup> Revista AASP (Princípios Constitucionais). Ano XXXII. Outubro/2012. Ed. nº 117. Fábio Ramazzini Bechara.

<sup>186</sup> Ramos, Glauco Gumerato. Ativismo e garantismo no processo civil: apresentação do debate. Acessado em 12 de julho de 2016. file:///C:/Users/11180/Downloads/ativismo\_e\_garantismo\_-\_glauco.pdf

### **7.3 Dever de a administração atuar em prol do aprimoramento das garantias constitucionais**

As garantias constitucionais foram estabelecidas pelo constituinte como forma de assegurar o exercício das liberdades públicas advindas com a concepção do Estado Democrático de Direito.

Entre os pilares do Estado Democrático de Direito está à manutenção das liberdades institucionais para agir conforme a lei e em respeito ao cidadão resguardando-o ao direito de se defender, legítima e possivelmente, contra o próprio Estado.

Fundado em uma sociedade livre, justa e solidária, onde o poder deve emanar do povo, sendo exercido em seu proveito, diretamente, ou por meio de representantes eleitos, o Estado deve ser um promotor de justiça, tendo a legalidade como princípio motor. Entretanto, a lei não deve ficar limitada a um campo puramente normativo e abstrato, mas, diversamente, deve imergir na realidade social do povo.

Deve-se, ainda, objetivar um processo de liberação da pessoa humana de todas as formas de opressão, ainda que seja estatal em um processo em que não haja igualdade material entre as partes.

Dessa forma, constituem base do Estado Democrático de Direito Brasileiro o princípio da constitucionalidade, o princípio democrático, o sistema de direitos fundamentais, o princípio da justiça social, o da igualdade, o da divisão de poderes, o da legalidade e, por fim, o princípio da segurança jurídica.

Se, por um lado, há o Estado como sujeito de direito para, inclusive, exercê-los em face dos seus próprios cidadãos, por outro lado, há este mesmo cidadão destinatário da prestação do serviço público ou da atividade econômica do Estado o qual necessita de instrumentos eficazes para resguardar seus direitos.

A rigor, a equalização destas forças se traduz na eficiência pretendida por todos, posto que não se finda pela simples adoção de procedimentos apenas formalmente corretos e justificados para se defender à aplicabilidade das garantias constitucionais aos processos administrativos em geral; defesa esta intransigente tal qual como ocorre no processo judicial – é muito mais do que isso.

A sociedade destinatária da ação do Estado espera muito mais, ou seja, espera que a própria Administração incorpore métodos mais apropriados de defesa das garantias constitucionais contra o seu próprio arbítrio. Não se trata de responsabilizar, por si só, o



administrador quando o resultado constitucional não for alcançado no procedimento administrativo, mas, diversamente, responsabilizá-lo se não diligenciou para que a Administração adotasse todos os procedimentos ao seu alcance para obter o melhor intento sob a luz constitucional das garantias.

O que se espera é que a Administração, como guardiã da legalidade administrativa, vigie, corrija e atue ativamente no controle do seu próprio procedimento administrativo para assegurar ao destinatário a observância das mesmas garantias asseguradas ao processo judicial, ainda que isso repercuta negativamente em termos de eficiência administrativa.

Deve se portar ativamente, como a primeira responsável, pela observância dos valores constitucionais processuais incorporados na Carta de 1988 a ponto de permitir a qualquer legítimo interessado questionar a aplicabilidade ou não dos métodos publicamente adotados.

É este o sentido em que se busca com a própria interpretação, que transforma o direito ao longo dos tempos, por meio da mutação, tornando a Administração Pública cada vez mais imparcial e democrática, com respeito às garantias às quais representam os anseios mais desejados da coletividade.

Isso, a propósito, se traduz na própria eficiência do Estado caracterizada pelo jurista Alexandre de Moraes como sendo:

aquele que impõe à Administração Pública direta e indireta a seus agentes a persuasão do bem comum, por meio do exercício de suas competências de forma imparcial, neutra, transparente, participativa, eficaz, sem burocracia e sempre em busca da qualidade, primando pela adoção dos critérios legais e morais necessários para a melhor utilização possível dos recursos públicos, de maneira a evitar-se desperdícios e garantir-se maior rentabilidade social. Note-se que não se trata da consagração da tecnocracia, muito pelo contrário, o princípio da eficiência dirige-se para a razão e fim maior do Estado, a prestação dos serviços essenciais à população, visando à adoção de todos os meios legais e morais possíveis para a satisfação do bem comum<sup>187</sup>.

Esta evolução do processo administrativo, que se compatibiliza com a nova realidade moderna do Estado Brasileiro, exige que a persecução da atividade processante

---

<sup>187</sup> MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. São Paulo: Atlas, 2015, p. 334.

seja exercida com fiel observância das normas constitucionais materiais inerentes à ciência processual; e o dever de zelar pela esmerada aplicabilidade dos institutos criados pelo constituinte originário decorre, inicialmente, de quem compete aplicá-lo, no caso, a própria administração processante.

#### **7.4 O papel do Supremo Tribunal Federal ao reconhecimento das garantias constitucionais**

O desenvolvimento histórico das garantias constitucionais demonstra que elas surgiram essencialmente no processo penal, instrumento no qual se fez presente a preocupação com os direitos dos acusados. Ocorre, entretanto, que desde a Carta Magna de 1215, especificamente, em seu art. 39, um logo caminho evolutivo despertou à necessidade do reconhecimento da aplicabilidade das garantias constitucionais no próprio processo civil e, posteriormente, no processo administrativo.

Esta última vertente de aplicabilidade decorreu do fenômeno da judicialização do processo administrativo em que o aperfeiçoamento do estado de Direito correspondeu à submissão da Administração pública ao princípio da legalidade consistente em submeter ao próprio Estado o conjunto de leis, regras e princípios vigentes no ordenamento jurídico.

Com esta evolução, o direito brasileiro não ficou marginalizado, ao contrário, garantiu expressamente tanto para o processo penal como para o processo civil a cláusula constitucional do devido processo legal. A rigor, o art. 141, §4º, da Constituição Federal de 1946 permitiu a fiel observância desta cláusula, situação normativa que foi seguida pelas Constituições de 1967 e 1969.<sup>188</sup> E, ainda mais, a recepção de princípios e regras do processo jurisdicional pelo processo administrativo conduziu ao reconhecimento do direito de defesa, pela interpretação do §15º, do art. 141, argumentando-se, por fim, pela isonomia entre qualquer processo em que houvesse um acusado.

Dessa forma, a tradicional diferença entre processo jurisdicional e processo administrativo no sentido de que no processo administrativo não vigora o princípio da demanda e da inércia da jurisdição, pois a Administração, como regra geral, sempre pode agir de ofício; e o direito de defesa também se descaracteriza como instituto fundamental,

---

<sup>188</sup> Pontes de Miranda, Francisco. Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1 de 1969, Tomo V, pp. 222/223.

tendo em vista que nem sempre está presente<sup>189</sup>, perdeu maior espaço com o fortalecimento do papel do STF na defesa das garantias constitucionais.

Nesse sentido o Supremo Tribunal Federal desempenhou importante papel de mantenedor do sistema de aplicabilidade de garantias constitucionais às diversas espécies de processo judicial e administrativo, sejam jurisdicionais ou não.

A evolução histórica do Supremo Tribunal Federal como defensor dos direitos e garantias fundamentais teve início com os primeiros anos da república com a promulgação da Constituição de 1891. Desenvolveu-se a necessidade de modificação do comportamento aristocrático para a consagração da igualdade e limitação dos poderes do Estado.

O STF teve como seu marco político p histórico caso do julgamento do habeas corpus nº 300, impetrado por Rui Barbosa, em 18 de abril de 1892, em favor do almirante Eduardo Wandenkolk, Senador da República pela Capital Federal, e outros, no qual o STF declinou de sua competência para a revisão judicial da possibilidade política de decretação de Estado de Sítio, pelo Presidente da República, Marechal Floriano Peixoto, durante recesso parlamentar<sup>190</sup>.

Segundo o jurista Alexandre de Moraes, durante a tramitação desse processo, o Presidente Floriano Peixoto teria dito: "Se os juízes do Tribunal concederem habeas corpus aos políticos, eu não sei quem amanhã lhes dará o habeas corpus de que, por sua vez, necessitarão".<sup>191</sup>

Entre outras medidas judiciais proposta pelo distinto jurista baiano, o STF foi, a cada passo, forçado a analisar questões as quais visavam em sua plenitude, defender as liberdades públicas das ilegalidades decorrentes do exercício das funções administrativas do Estado. Passou, portanto, a ser visto no cenário político nacional como um verdadeiro Poder de Estado e defensor dos direitos e garantias fundamentais.

No início, o Tribunal precisou enfrentar processos em que se questionava a liberdade de manifestação da palavra e do direito de reunião<sup>192</sup>.

---

<sup>189</sup> Medauar, Odete, Schiarato Rhein. Vitor. Atuais rumos do processo administrativo. Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 331.

<sup>190</sup> Moraes, de Alexandre. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM DEFESA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS, <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/viewFile/890/876> acessado em 12 de julho de 2016.

<sup>191</sup> CAVALCANTI, Themistocles Brandão. Princípios... Op. cit. p. 157.

<sup>192</sup> Os habeas-corpus (HC nºs 520, de 12-9-1894, 523, 524, 525 e 529, de 15-9-1894, e outros STF, Jurisprudência, 1894, p. 41-47).

Hodiernamente, o STF, encampado pelo conjunto de prerrogativas constitucionais que lhes foram outorgadas pela Constituição republicana de 1988 se tornou um verdadeiro Tribunal de Defesa das Liberdades Públicas, na construção e aplicação de inúmeras teorias que acabam por conceder maior efetividade aos direitos e garantias fundamentais.

Conforme assegura o doutrinador Alexandre de Moraes:

No exercício de suas competências constitucionais e de sua competência recursal, o Supremo Tribunal Federal, durante sua evolução histórica, proclamou a garantia do federalismo<sup>193</sup>, plena aplicabilidade dos fundamentos<sup>194</sup> e objetivos<sup>195</sup> da República e consagrou a proteção e efetividade de todos os brasileiros e estrangeiros que estiverem no território nacional<sup>196</sup>, concretizando os princípios basilares de um Estado de Direito: igualdade e legalidade<sup>197</sup>.

Em continuação à análise, o jurista assim destacou:

Na análise do artigo 5º da Constituição Federal, o Supremo Tribunal Federal repeliu a possibilidade de tortura como método de obtenção de provas<sup>198</sup>; consagrou a liberdade de locomoção<sup>199</sup>; a livre manifestação de pensamento<sup>200</sup>; o direito a indenização por danos morais<sup>201</sup> e o livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer<sup>202</sup>. Declarou, ainda, a inviolabilidade da intimidade, da

---

<sup>193</sup> STF – 2ª T – Rextr. nº 193.712-2/MG - Rel. Min. Maurício Corrêa, Diário da Justiça, Seção I, 16 maio 1996, p. 16.124-16.125.

<sup>194</sup> STF - Pleno - HC nº 71.373/RS - Rel. Min. Francisco Rezek, Diário da Justiça, Seção I, 22 nov. 1996, p. 45.686; STF - HC nº 76.060-4/SC - Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Diário da Justiça, Seção I, 9 out. 1997, p. 50.666.

<sup>195</sup> STF - Pleno - Adin nº 1.946/DF - medida cautelar - Rel. Min. Sydney Sanches, decisão: 29-4-99 - Informativo STF nº 147). Cf, ainda, Informativo STF nº 144.

<sup>196</sup> STF - HC nº 74.051-1 - Rel. Min. Marco Aurélio - Informativo STF nº 45; RTJ 164/193.

<sup>197</sup> Moraes, de Alexandre. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM DEFESA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS, <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/viewFile/890/876> acessado em 12 de julho de 2016.

<sup>198</sup> STF – Pleno – HC nº 69.912-0/RS – Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Informativo STF nº 36.

<sup>199</sup> STF – Pleno – HC nº 71.261/RJ – Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Diário da Justiça, Seção I, 24 jan. 1994, p. 16.651.

<sup>200</sup> STF – Pleno – Inq. nº 390/RO – Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Diário da Justiça, Seção I, 27 out. 1989, p. 16.390.

<sup>201</sup> RTJ 141/611.

<sup>202</sup> STF – 1ª T – Agravo regimental em agravo de instrumento nº 134.449/SP – Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Diário da Justiça, Seção I, 21 set. 1990, p. 9.784.

vida privada, da honra e da imagem das pessoas<sup>203</sup>; estendendo essa proteção constitucional ao sigilo bancário e fiscal<sup>204</sup>. Interpretou, a Corte Suprema, a nova garantia da inviolabilidade domiciliar, proclamando que "a essencialidade da ordem judicial para efeito de realização das medidas de busca e apreensão domiciliar nada mais representa, dentro do novo contexto normativo emergente da Carta Política de 1988, senão a plena concretização da garantia constitucional<sup>205</sup>; além de balizar as inviolabilidades de correspondência<sup>206</sup> e das comunicações telefônicas<sup>207</sup>.

O respeito ao direito adquirido<sup>208</sup>, ao ato jurídico perfeito<sup>209</sup> e a coisa julgada foi assegurado pelo Supremo Tribunal Federal, além do pleno acesso ao Poder Judiciário, para defesa dos direitos fundamentais<sup>210</sup>, com o necessário respeito pelo princípio do juiz Natural, independentemente da esfera judicial ou administrativa em que a questão seja submetida<sup>211</sup>.

Na parte jurisdicional judicial e administrativa, o STF se posicionou incisivamente no sentido de dar uma interpretação abrangente a ponto de assegurar maior aplicabilidade das garantias constitucionais.

Dessa forma, deu robustez ao princípio da presunção de inocência<sup>212</sup> e aos princípios da reserva legal, declarando que a lei não retroagirá, salvo para beneficiar o réu, inclusive em relação aos processos administrativos.

---

<sup>203</sup> STF – 2ª T – Rextr. nº 91.328/SP – Rel. Min. Djaci Falcão, Diário da Justiça, Seção I, 11 dez. 1981, p. 12.605.

<sup>204</sup> STF – Pleno – MS nº 21.729-4/DF – Rel. p/Acórdão Min. Francisco Rezek – Informativo STF nºs 8 e 27).

<sup>205</sup> STF – Pleno – Ação Penal nº 307-3/DF – Rel. Min. Celso de Mello – Ementário STF nº 1.804-11).

<sup>206</sup> STF – 1ª Turma, HC nº 70.814-5/SP, Rel. Min. Celso de Mello, Diário da Justiça, Seção I, 24 jun. 1994, p. 16.650 à RT 709/418.

<sup>207</sup> STF - Pleno - HC nº 69.912-0/RS - Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Diário da Justiça, Seção I, 26 nov. 1993, p. 25.531/2; STF - HC nº 74.586-5/SP - medida liminar - Rel. Min. Marco Aurélio, Diário da Justiça, Seção I, 5 nov. 1996, p. 42.605; STF - HC nº 74.639-0/RJ - medida liminar - Rel. Min. Marco Aurélio, Diário da Justiça, Seção I, 31 out. 1996, p. 42.035; STF - HC nº 73.101/SP - Rel. p/ Acórdão: Min. Maurício Corrêa.

<sup>208</sup> STF – 1ª T – AI nº 135.632-4 – Rel. Min. Celso de Mello, Diário da Justiça, Seção I, 24 maio 1995, p. 14.753.

<sup>209</sup> STF – 1ª T – Rextr. nº 198.993-9/RS – Rel. Min. Néri da Silveira, Diário da Justiça, Seção I, 22 ago. 1996, p. 29.102.

<sup>210</sup> RTJ 99/790.

<sup>211</sup> STF - 1ª T - HC nº 69.601/SP - Rel. Min. Celso de Mello, Diário da Justiça, Seção I, 18 dez. 1992, p. 24.377.

<sup>212</sup> STF – 1ª T – HC nº 69.026/DF – Rel. Min. Celso de Mello, Diário da Justiça, Seção I, 4 set. 1992, p. 14.091.

Por sua vez, os princípios da ampla defesa e do contraditório também foram incorporados nos julgamentos constitucionais do STF para que fossem reconhecidos como pedra de toque de validade aos processos administrativos<sup>213</sup>.

Ao longo dos anos e dos julgamentos realizados, o STF reconheceu a importância da aplicabilidade das garantias constitucionais aos processos em geral, pouco importando a natureza da questão debatida, mas uma vez caracterizada a relação de oposição entre as partes, presente estaria às liberdades públicas e as garantias do devido processo legal.

---

<sup>213</sup> AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. ADMINISTRATIVO. DEVOLUÇÃO ANUËNIOS. ERRO DA ADMINISTRAÇÃO. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA ÀS GARANTIAS DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. JULGAMENTO DE MÉRITO PELO PLENÁRIO. RE 594.296-RG. DEVOLUÇÃO DOS VALORES DESCONTADOS. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. SÚMULA Nº 284/STF. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. (ARE 846406 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 05/04/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-089 DIVULG 03-05-2016 PUBLIC 04-05-2016).

## CONCLUSÃO

Déficit se traduz na falta, na deficiência, na ineficiência de se aplicar um conteúdo se pretendeu propor. Somente se reconhece déficit de algo quando se busca, em sua norma matriz, a sua implementação, por completo, e, diante de algum fato externo ou até mesmo interno, não se consegue alcançar o seu resultado.

Quando se busca discutir o déficit de garantias em processo administrativo se pretende reconhecer que, embora as garantias estejam abstratamente descritas no texto constitucional, há falta de algo, até mesmo maturação do intérprete, indispensável para lhes trazer à efetividade.

É de se impor que a decisão do intérprete de aplicá-la ao processo administrativo, tal qual, como ocorre no processo judicial, decorre de necessária observância das raízes constitucionais do devido processo legal, sem qual não se pode constituir relação jurídica válida.

Em diversos procedimentos administrativos, grafados de jurisdição, se reconhece, de certa forma pela doutrina, a falta de constitucionalização do processo quando se subtrai do administrado a mesma garantia que lhe seria outorgada se a disputa ocorresse em um cenário em que o processo judicial estivesse presente.

Ocorre, entretanto, que esse movimento de subtração acaba por comprometer a própria democracia, porquanto o não reconhecimento da aplicabilidade imediata dos princípios constitucionais processuais implica desrespeito aos ideais democráticos, haja vista que o conteúdo constitucional foi fruto da vontade popular.

Dentre os contrários a este equilíbrio processual judicial e administrativo na dinâmica das relações da administração com os particulares, está o argumento de que faltaria efetividade as decisões administrativas porquanto, além da falta de capacitação dos intérpretes, a deficiência do Estado brasileiro não se permitiria assegurar alguns princípios aplicáveis à esfera processual judicial à esfera processual administrativa.

Segundo os contrários, muitas das garantias seriam incompatíveis com a efetividade do processo administrativo. Entretanto subtraem o elemento simétrico entre o processo judicial e administrativo principalmente com relação ao exercício da jurisdição e independência das instâncias.

Em que pese tal argumentação, a deficiência do Estado brasileiro não pode ser condão suficiente para impedir o respeito à Constituição Federal, muito menos a falta de

capacidade técnica dos administradores na condução do processo administrativo pode ser impeditivo à implementação do Estado Democrático de Direito.

Pensar o contrário é autorizar o sobrestamento das garantias em prol de um alegado bem maior, que autorizaria, de forma arbitrária, a ultrapassagem dos próprios limites constitucionais ao processo.

É nesse sentir que se manifesta o trabalho para que seja, por raízes históricas dos países de tradição romano-germânica, seja por forte influência dos países anglo-saxão, a importância de se reconhecer em seu corpo as garantias constitucionais também ao processo administrativo já que decorre da própria vontade do povo ao estabelecer em sua verdadeira vocação à necessidade de se estender os mesmos direitos assegurada ao processo judicial.



## REFERÊNCIAS

- AFONSO DA SILVA, José. Curso de Direito Constitucional Positivo, 18º ed., São Paulo: Malheiros, 2000.
- ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILHO, Niceto. Estudios de teoría general e historia del proceso. Ciudad del Mexico: Universidad Nacional Autonoma del Mexico, 1974. Tomo I.
- ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Trad. Virgílio Afonso da Silva. Ed. Malheiros. 2012.
- ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. Competências na Constituição de 1988, 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Competências legislativas e analogia – breve ensaio a partir de decisões judiciais sobre a aplicação do art. 54 da Lei n. 9.784/99, Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, volume 102, janeiro/dezembro – 2007, p. 357/370.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. Descentralização Administrativa. Sua Evolução Face às Reformas à Constituição de 1988, Revista de Direito Administrativo e Constitucional (A&C), número 11, ano 3, janeiro/fevereiro/março-2003, p. 117/146.
- ARAUJO CINTRA, Antônio Carlos, GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo, 17º ed., São Paulo: Malheiros, 2001.
- ARAUJO, Luiz Alberto David e NUNES JUNIOR, Vidal Serrano, Curso do Direito Constitucional, São Paulo, Saraiva, 2004, p. 67.
- ATALIBA, Geraldo. Tripartição do poder e liberdade (atualidade da teoria constitucionalista). Revista da Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, julho-dezembro, 1971.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Discricionariedade e controle jurisdicional, 2ºed., 7º tiragem, São Paulo: Malheiros, 2006.
- \_\_\_\_\_. Curso de Direito Administrativo. 32º ed., São Paulo: Malheiros, 2015.
- \_\_\_\_\_. “Legalidade e Discricionariedade: seus limites e controle”, in Revista de Direito Público, 86, 1988.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. Princípios Gerais de Direito Administrativo, 2º Ed., Rio de Janeiro: Forense, 1979.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. “*Breves Reflexões sobre a Jurisdição Administrativa: uma Perspectiva de Direito Comparado*”, in RDA 211, 1998.

BARBOSA, Rui. Oração dos Moços. Rio de Janeiro: Casa Rui Barbosa, 1956.

BARROS, Wellington Pacheco. Curso de Processo Administrativo. Ed. Livraria do Advogado. 2005.

BECHARA, Fábio Ramazzini, Revista AASP (Princípios Constitucionais). Ano XXXII. Outubro/2012. Ed. nº 117.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Direito e Processo: influência do direito material sobre o processo, 4º ed., São Paulo: Malheiros, 2004.

BENTO, Ricardo Alves. Presunção de inocência no processo penal. Ed. Quartier Latin. 2007.

BINENBOJM, Gustavo. Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. – Rio de Janeiro: renovar, 2006.

BOCKMAN MOREIRA, Egon. Processo Administrativo: princípios constitucionais e a Lei 8.784/99, 4º ed., São Paulo: Malheiros, 2010.

BORGES, José Arthur Diniz. Direito Administrativo sistematizado e sua independência com o direito constitucional. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002.

BORBA FRANCO, Fernão. Processo Administrativo, São Paulo: Ed. Atlas, 2008.

BOTALLO, Eduardo Domingo. Curso de direito administrativo tributário. São Paulo: Malheiros. 2006.

BUJAN, Antonio Fernandez de, Jurisdicción voluntaria em derecho romano, Madrid, Reus, 1986.

BRITO, Edvaldo. Ampla defesa e a competência dos órgãos julgadores administrativos para conhecer de argumentos de inconstitucionalidade ou de ilegalidade de atos em que se fundamentam autuações. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). Processo administrativo fiscal. São Paulo: Dialética, 1997.

CAETANO, Marcello. Manual de direito administrativo. ed. Coimbra: Almedina, 2006. t. 1.

CASSAGNE, Juan Carlos. Derecho administrativo. 6. ed. Buenos Aires: Abeledo-perrot, 1998. 2 v.

\_\_\_\_\_. Perspectivas de la justicia contencioso administrativa argentina en el siglo XXI. Disponível em: [www.cassagne.com.ar](http://www.cassagne.com.ar) Acessado em 30 de maio de 2016.

CARNEIRO, Claudio. Processo Tributário Administrativo e Judicial. 3ª edição, Rio de Janeiro, Ed. Lumen Juris, 2012.

CARVALHO, Antônio Carlos Alencar. Manual de Processo Administrativo Disciplinar e Sindicância: à luz da jurisprudência dos Tribunais, 3ª ed. ver. atual e ampl., Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Processo Administrativo Federal (Comentários à Lei nº 9.784, de 29/1/1999). Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005, p. 60-61.

CASTELLS, Manuel. A Era da Informação: economia, sociedade e cultura, vol. 3, São Paulo: Editora Paz e terra, 1999.

CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra. Da necessidade de aperfeiçoamento do controle judicial sobre a atuação dos Tribunais de Contas visando a assegurar a efetividade do sistema. Revista do Tribunal de Contas da União, Brasília, ano 38, n. 108, p. 07-18, jan./abr. 2007.

CAVALCANTI, Themistocles Brandão. Princípios gerais de direito público. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1966.

COSTA, José Armando da, Direito Disciplinar – Temas Substantivos e Processuais – Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 45.

COSTA, Nelson Nery. Processo Administrativo e suas espécies. Ed. Forense, 2001.

COTRIM NETO, Alberto Bittencourt. Código de Processo Administrativo – sua necessidade no Brasil, Revista de Direito Público, número 80, ano XIX, outubro/dezembro-1986, p. 34/44.

CRETELLA JÚNIOR, José. Direito administrativo inglês. Revista de Informação Legislativa. Brasília: Senado Federal, 1988, a. 25, n. 99. p. 69-90.

\_\_\_\_\_. O “contencioso administrativo” inexistente. Revista de Direito Público, São Paulo, nº. 75, p. 27, jul. 1985.

\_\_\_\_\_. O contencioso administrativo na Constituição de 1969. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 104, p. 30-48, 1971.

\_\_\_\_\_. Tratado de direito administrativo. Rio de Janeiro: Forense, 1974. v. 6.

DALLARI, Adilson Abreu; FIGUEIREDO, Marcelo. Atos Administrativos – Processo Administrativo e a Proteção dos Direitos dos Cidadãos, Boletim de Direito Administrativo (BDA), número 2, ano XXI, fevereiro/2005, p. 149-163.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de Teoria Geral do Estado. 14<sup>o</sup>. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1989.

\_\_\_\_\_. O futuro do Estado de São Paulo, Moderna, 1980.

DILCEY, Albert Venn, Introduction to the study of the Law and Constitution. 10<sup>th</sup> ed. London: Martin's Pres, 1962. Reimpressão.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo, Ed. Atlas, 29<sup>a</sup> edição.

\_\_\_\_\_. O Direito Administrativo Brasileiro Sob Influência dos Sistemas de Base Romanística e da Common Law. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n<sup>o</sup>. 8, nov/dez - 2006/ jan de 2007. Disponível na Internet: Acesso em: 01 de julho de 2015.

DUARTE, Antônio Pereira. Direito Administrativo Militar. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. Princípios constitucionais e atividade jurídico-administrativa: anotação em torno de questões contemporâneas. In: LEITE, George Salomão (org.). Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição. São Paulo: Ed. Malheiros, 2003.

ESTORNINHO, Maria João. Direito europeu dos contratos públicos: um olhar português. Coimbra: Almedina, 2006.

\_\_\_\_\_. A fuga para o direito privado. Coimbra: Almedina, 1999.

FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. Processo Administrativo, 2<sup>a</sup>ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Comentários à Constituição Brasileira de 1988, vol. I, 3<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

FILHO, José dos Santos Carvalho. *Manual de Direito Administrativo*. 15<sup>o</sup> edição. Editora Lúmen Júris. Rio de Janeiro, 2006.

FILHO, Romeu Felipe Bacellar. Princípios constitucionais do processo administrativo disciplinar. Ed. Max Limonad. 2003.

FREITAS, Juarez. O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais, 2004, ed. Malheiros. 2004.

GASPARINI, Diogenes. Direito Administrativo – 10. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2005.

GOMES DA CRUZ, Jose Raimundo. *O controle jurisdicional do processo disciplinar*. São Paulo: Malheiros, 1996.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães *Direito à Prova no Processo Penal*, São Paulo, Ed. RT, 1997, p. 169-170.

GORDILHO, Agustin. *Teoria General del Derecho Administrativo*, Madrid: Instituto de Estudios de Administração Local, 1984.

GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho. *Justiça Administrativa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

GUEDES, Demian. *Processo Administrativo e democracia uma reavaliação da presunção de veracidade*. Ed. Fórum. 2007.

GUIMARÃES, Bernardo Strobel. *Âmbito de validade da Lei de Processo Administrativo (Lei nº 9.784/99) – para além da Administração Federal: uma proposta de interpretação conforme a constituição de seu artigo 1º*, Revista de Direito Administrativo (RDA), volume 236, abril/junho-2004, p. 283/305. LIMA, Carolina Caiado. *Por uma lei geral de processo administrativo*, in MEDAUAR e SCHIRATO (org.), *Atuais rumos do Processo Administrativo*. São Paulo: RT, 2010, p. 53/77.

JUNIOR, José Lourenço. *Contencioso Administrativo Português*. Publicação: Lisboa: [s.n.], 1936.

JÚNIOR. Nelson Nery. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. Ed. Forense. Revista dos Tribunais. 8ª Edição. 2004.

JUSTEN FILHO, MARÇAL. *Ampla defesa e Conhecimento de Arguições de Inconstitucionalidade e Ilegalidade no Processo Administrativo*. Revista Dialética de Direito Tributário n.25.

LAZZARINI, Álvaro. *Temas de Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. 240p.

LAZZARINI, Álvaro. *Estudos de Direito Administrativo - coord. Yussef Cahali – 1ª. ed 2ª tir - São Paulo: Editora RT, 1996. 447p.*

LAPRO, Oreste Nestor de Souza. *Duplo grau de jurisdição no direito processual civil*, São Paulo: RT, 1995.

LEAL, Vítor Nunes. “Lei e Regulamento”, in Revista de Direito Administrativo, nº 1, Rio de Janeiro: FGV, pp.371-99, 1945.

LIEBMAN, Enrico Tulio. Manual de direito processual civil, trad. Candido Rangel Dinamarco, v. I, 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1985, p.233.

LIMA, Arnaldo Esteves. O processo administrativo. Ed. Forense Universitária. 2005.

LOUREIRO JR, Lair da Silva. Elementos da Evolução do Processo Administrativo, BDA – Boletim de Direito Administrativo – Outubro/2011.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. Impossibilidade de declaração de inconstitucionalidade de lei pela autoridade administrativa de julgamento. Revista Dialética de Direito Tributário. São Paulo, v. 98, p. 91-99.

MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer, Larrea, Arturo Zaldívar Lelo de. Estudos de direito processual constitucional: homenagem brasileira a Héctor Fix-Zamudio em seus 50 anos como pesquisador do direito. Ed. Malheiros. 2009.

MAGALHÃES, Antônio Gomes Filho. Direito à Prova no Processo Penal, São Paulo, Ed. RT, 1997.

MARRARA, Thiago. Competência, delegação e avocação na Lei de Processo Administrativo. Revista Brasileira de Direito Pública – RBDP, Belo Horizonte, ano 8, n. 29, abr./junho. 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. Teoria Geral do Processo. 7ª Ed., ed. RT. 2013.

MARTINS, Eliezer Pereira. Direito administrativo disciplinar militar e sua processualidade: doutrina, prática, legislação. Editora de Direito. 1996.

MANUEL CASTELLS. A Era da Informação: Economia, Sociedade e Cultura, trilogia, tradução em português pela Editora Paz e Terra, S. Paulo, 1999.

MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e aplicação do direito, Imprensa Rio de Janeiro, Forense, 2011.

MEDAUAR, Odete. A Processualidade no Direito Administrativo, 2ª ed. São Paulo: RT, 2008.

\_\_\_\_\_. Direito Administrativo Moderno. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

\_\_\_\_\_. Atuais rumos do processo administrativo. Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 34º ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

\_\_\_\_\_. Direito Administrativo Brasileiro, São Paulo, RT, 16ª edição, 1991, Pág. 581.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo, 23ª ed. São Paulo, Malheiros, 2007.

MELLO, Shirlei Silmara de Freitas. Princípios do Processo Administrativo: uma visão panorâmica. Cidadania e Justiça – Revista de Direito. Ituiutaba, 2004. p.120.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. 4. ed. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 1486.

MIRANDA, Henrique Savonitti, Curso de direito administrativo, Brasília: Senado federal, 2005, 3ª edição. Rev., pág. 391.

MONTEIRO, Vítor. Desafio à codificação do processo administrativo no ordenamento brasileiro: a forma federativa de Estado. Revista Digital de Direito Público, vol. 1, n. 1, 2012, p. 94 - 115. Disponível no URL: [www.direitorp.usp.br/periodicos](http://www.direitorp.usp.br/periodicos) - <acessado em 03 de março de 2016>.

MONTESQUIEU. O Espírito das Leis, 1ª Ed. Vol. 2. Ed. Nova Fronteira. 2012.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional Administrativo. 4ª Ed., Ed. Atlas, 2007.

\_\_\_\_\_. Curso de Direito Constitucional. 31º ed. São Paulo: Atlas, 2015.

\_\_\_\_\_. Direitos humanos fundamentais. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

\_\_\_\_\_. Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais. São Paulo: Atlas, 2000.

\_\_\_\_\_. Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional. 7ª. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2007.

\_\_\_\_\_. Administração Pública. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. 364p.

\_\_\_\_\_. Direitos Humanos e Fundamentais - Teoria Geral e Comentários aos artigos 1º e 5º da Constituição da República Federativa do Brasil. 1. ed. São Paulo: Editora Atlas, 1997. v. 1. 320p.

\_\_\_\_\_. O devido processo legal e a vedação às provas ilícitas <http://www.conjur.com.br/2014-abr-11/justica-comentada-devido-processo-legal-vedacao-provas-ilicitas>. Acesso em 11 de fevereiro de 2016.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Contencioso Administrativo, Forense, RJ 1977.

\_\_\_\_\_. Curso de Direito Administrativo. 16ª Ed. Ed. Forense. 2014.

\_\_\_\_\_. Novas tendências da democracia: consenso e direito público na virada do século: o caso brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Público*, Belo Horizonte, ano 1, n. 3, p. 35-53, out/dez 2003.

MUNHOZ DE MELLO, Rafael. *Princípios Constitucionais de Direito Administrativo Sancionador*, São Paulo: Malheiros, 2007.

\_\_\_\_\_. “Processo administrativo, devido processo legal e a Lei 9.784/1999”, in *Revista de Direito Administrativo*, 227/90.

NEDER, Marcos Vinicius; MARTINEZ LÓPEZ, Maria Tereza. *Processo administrativo fiscal federal comentado*. São Paulo: Dialética, 2002.

NEQUETE, Lenine. *O poder judiciário no Brasil: crônica dos tempos coloniais*. Porto Alegre: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, 1975. v. 1.

NERY JR, Nelson. *Princípio do processo civil na Constituição Federal*, 5ª edição, São Paulo, *Revista dos Tribunais*, 1999.

NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. *Novas tendências da democracia: consenso e direito público na virada do século - o caso brasileiro*. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 13, março/abril/maio, 2008.

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

OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO, Manoel de. *Introdução ao Direito Processual Administrativo*, São Paulo: RT, 1971.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade no Direito Administrativo Brasileiro*, 1ª Ed., São Paulo. Malheiros Editores, 2006.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *A Constitucionalização do Direito Administrativo*, Lúmen Júris, 2009.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito administrativo*. 2ª. Ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método. 2014.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. São Paulo: RT, 2000.

PALERMO, Fernanda Kellner de Oliveira. *Esboço histórico do contrato administrativo*. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, n. 54, 1 fev. 2002. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/2647>.

\_\_\_\_\_. *Regime jurídico público e privado nos contratos administrativos: pontos de aproximação e afastamento*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.



PARTINGTON, Martin. Introduction to the English legal system. 5th ed. New York: Oxford University, 2010.

PAULIAT, Hélène. Le modèle français d'administration de la justice: distinctions et convergences entre justice judiciaire et justice administrative. Revue française d'administration publique, Paris, n. 125, jan. 2008. Disponível em: Acesso em: 01 de julho de 2016.

PEDROSO, Margarete Gonçalves. A observância dos princípios processuais penais no processo administrativo disciplinar, pag. 261, in SERRANO, Mônica de Almeida Magalhães, DA SILVA, Alessandra Obara (orgs.). Teoria geral do processo administrativo, 1ª ed., São Paulo: Editora Verbatim, 2013.

PERREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. O direito de defesa na Constituição de 1988. Rio, Renovar, 1991.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. O Direito Administrativo Brasileiro Sob Influência dos Sistemas de Base Romanística e da Common Law. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 8, nov/dez - 2006/ jan de 2007.

\_\_\_\_\_. Direito Administrativo, Ed. Atlas, 29ª Ed.2016.

PIRES, Maria Coeli Simões. Direito Adquirido e Ordem Pública. Ed. Del Rey. 1ª Edição.

PONTES DE MIRANDA, Francisco. Comentários à constituição de 1967 com a Emenda nº 1 de 1969. Editora Forense, 1987. Tomo V.

PORTUGAL. Lei n. 13/2002. Estatuto dos Tribunais Administrativos. Disponível em: <<http://www.stadministrativo.pt>>. Acessado em 01 de julho de 2016.

RAMOS, Glauco Gumerato. Ativismo e garantismo no processo civil: apresentação do debate. Acessado em 12 de julho de 2016. file:///C:/Users/11180/Downloads/ativismo\_e\_garantismo\_-\_glauco.pdf

REALE, Miguel. Teoria do Direito e do Estado. 5ª Ed. Ed. Saraiva. 2000.

REGO, Vicente Pereira do. Elementos de direito administrativo brasileiro para uso das faculdades de direito do Império. 1860. p. 90. Acessado em 17 de fevereiro de 2016. <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/bd000094.pdf>>.

RIPERT, Georges, O Regimen Democrático e o Direito Civil Moderno. Ed. Livraria acadêmica, 1937.

RIVEIRRO, Jean. Curso de Direito Administrativo Comparado, 2ª ed., editora RT, 2004.

ROCCO, Ugo. Tratado de Derecho Procesal Civil, vol. I, 1983.

ROCHA, Abelardo Júlio da (et al). Regulamento Disciplinar da Polícia Militar do Estado de São Paulo: Direito Administrativo Militar. 3ª. ed. São Paulo: Suprema Cultural, 2005.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. “Princípios constitucionais do processo Administrativo no direito brasileiro”, in Revista de Direito Administrativo, n° 209, pp. 189-222, 1997.

\_\_\_\_\_. O princípio constitucional da igualdade. Minas Gerais: Editora Lê, 1990.

RODRIGUES, Silvio. Direito Civil. Parte Geral. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2003.

SANTANA, Jair Eduardo; MELO, Verônica Vaz de. Considerações acerca da natureza jurídica das decisões emanadas dos Tribunais de Contas. Biblioteca Digital Fórum Administrativo Direito Público FA, Belo Horizonte, ano 10, n. 111, maio 2010. Disponível em: Acessado em: 08 de outubro de 2015.

SANTOS JUSTO, A. Direito Privado Romano I, Parte Geral(Introdução. Relação Jurídica. Defesa dos Direitos), Stvdia Ivridica 50/Boletim da Faculdade de Direito, 2ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2003.

SERRANO, Mônica de Almeida Magalhães, DA SLVA, Alessandra Obara. Teoria geral do processo administrativo, 1ª ed., São Paulo: Editora Verbatim, 2013.

SCHIERA, Pierangelo. Estado de Polícia. In BOBBIO, Noberto et al. Dicionário de Política. 13 ed. Brasília: UnB, p. 409, vol. I.

SILVA, Almiro do Couto e. Revista Brasileira de Direito Público – RBDP, v. 2, n° 6, p. 7-59, jul/set.2004.

SILVA, Antonio Luiz da. A conformidade dos regulamentos disciplinares com a Constituição Federal. Disponível em [www.tjmmg.jus.br](http://www.tjmmg.jus.br); acesso em 17 de fevereiro de 2016.

SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas da. Princípio constitucional da igualdade. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2001.

SOARES, Aílton; MORETTI, Roberto de Jesus; SANCHES, Ricardo Juhás. O Regulamento Disciplinar da Polícia Militar do Estado de São Paulo Comentado. Lei Complementar n° 893, de 09 de março de 2001. 3ª. ed. São Paulo: Jurídico Atlas, 2006.

SOARES, Esther Bueno. União, Estados e Municípios, in BASTOS (coord.), Por uma nova federação. São Paulo: RT, 1995, pp. 77/95.

SOBRINHO, Manoel de Oliveira Franco. A prova no processo administrativo. Imprensa São Paulo, Saraiva, 1973.

SOUZA, Rafael Soares. Administrative justice: the Brazilian model. 2014. 150 f. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2014.

SUNDFELD, Carlos Ari e MUÑOZ, Guillermo Andrés. As leis de processo administrativo, 1º ed., 2º tiragem, São Paulo: Malheiros, 2006.

\_\_\_\_\_. Fundamentos de Direito Público, 4º ed., 8º tiragem, São Paulo: Malheiros, 2007.

\_\_\_\_\_. Direito Administrativo Ordenador, 1º ed., 3º tiragem, São Paulo: Malheiros, 2003.

\_\_\_\_\_. “A função administrativa no controle dos atos de concentração, in Revista de Direito Público da Economia, ano 1, nº 2, pp. 145-62, abr./jun. 2003.

\_\_\_\_\_. “A Importância do Procedimento Administrativo”, in Revista de Direito Público, nº 84, pp.64-74, 1987.

TANAKA, Sônia Yuriko. A codificação do processo administrativo, Boletim de Direito Administrativo (BDA), número 04, ano XIV, abril/1998, pp. 252/255.

TAVARES, André Ramos. “Análise do duplo grau de jurisdição como princípio constitucional”, in Revista de direito constitucional e internacional, vol. 30, ano 8, jan./mar. 2000.

\_\_\_\_\_. Elementos para uma teoria geral dos princípios na perspectiva constitucional. In: LEITE, George Salomão (org). Dos princípios constitucionais. São Paulo, Ed. Malheiros, 2003.

\_\_\_\_\_. A Democracia, Ed. Martins Fontes, 2ª ed., 2000.

THEODORO JR, Humberto. Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil, ano VI, n. 36, p. 20, jul./ago. 2005. TORRENT, Armando, La iurisdictio de los magistrados municipales, Salamanca s/ed., 1970.

TUCCI, José Rogério Cruz e. 1956 – Lições de história do processo civil romano. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1996.

<http://www.conjur.com.br/2014-abr-11/justica-comentada-devido-processo-legal-vedacao-provas-ilicitas>. Acesso em 11 de fevereiro de 2016.

VASCONCELLOS, José Mattos de. Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1936, v. 1. p. 478.

VILLABOIM, Manuel Pedro. É sustentável perante a Constituição Federal o Contencioso Administrativo? Revista da Faculdade de Direito de São Paulo, São Paulo, n. 1, p. 65-86, 1893.

ZOLO, Danilo. Teoria e crítica do Estado de Direito. In COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Org.). O Estado de Direito: história, teoria, crítica. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 03-94.