

RÉGINA MÁGNA BARRETO DAMACÊNO

**O DEVIDO PROCESSO LEGAL E SUA REALIZAÇÃO
NO PROCESSO ADMINISTRATIVO**

MESTRADO EM DIREITO

UNIFIEO – Centro Universitário FIEO

Osasco

2007

RÉGINA MÁGNA BARRETO DAMACÊNO

**O DEVIDO PROCESSO LEGAL E SUA REALIZAÇÃO
NO PROCESSO ADMINISTRATIVO**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da UNIFIEO – Centro Universitário FIEO, para obtenção do título de Mestre em Direito, tendo como área de concentração “Positivização e Concretização Jurídica dos Direitos Humanos”, inserido na linha de pesquisa “Efetivação Jurisdicional dos Direitos Fundamentais”, sob a orientação do Professor Doutor Antônio Cláudio da Costa Machado.

Osasco

2007

RÉGINA MÁGNA BARRETO DAMACÊNO

**O DEVIDO PROCESSO LEGAL E SUA REALIZAÇÃO
NO PROCESSO ADMINISTRATIVO**

Osasco, ____/____/____

Nota: _____

BANCA EXAMINADORA:

AGRADECIMENTOS

Ao Corpo Docente do Curso de Mestrado da UNIFIEO, representado pela coordenadora Doutora Anna Candida da Cunha Ferraz, pela alta qualidade de ensino.

Ao querido Professor Doutor Antônio Cláudio da Costa Machado, pelos ricos ensinamentos transmitidos no decorrer do curso de pós-graduação *stricto sensu* em Direito, do Centro Universitário UNIFIEO.

RESUMO

DAMACÊNO, Régina Mágnã Barreto. **O devido processo legal e sua realização no processo administrativo** [Dissertação de Mestrado]. Osasco: UNIFIEO, 2007. 127p.

O presente trabalho visa analisar a aplicação do princípio constitucional do devido processo legal, na perspectiva do processo administrativo, como forma de garantir a integridade dos demais direitos fundamentais previstos na nossa Constituição. No primeiro capítulo, a abordagem recairá sobre as concepções do Estado Democrático de Direito - a origem, o conceito, a evolução do Estado de Direito, a relação do Estado com a Soberania e a Democracia, os Poderes do Estado brasileiro -, e a concepção dos Direitos Fundamentais - as Gerações de Direitos Fundamentais, classificação das categorias de direitos existentes na Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, da Organização das Nações Unidas e, finalmente, a previsão na nossa Constituição, dentro do capítulo dos Direitos e Garantias Fundamentais, do Devido Processo Legal. Na seqüência, além do breve histórico acerca do devido processo legal, desde o seu nascedouro até a sua inclusão na Constituição americana, será analisado o princípio do devido processo legal na legislação brasileira, como direito fundamental, previsto no artigo 5º, inciso LIV da Constituição Federal e sua aplicação no Processo Administrativo, igualmente alçado à categoria de direito fundamental através do inciso LV, do citado artigo 5º, que assegura aos litigantes em geral, a observância do contraditório e da ampla defesa e os recursos a ela inerentes, fortalecendo este importante instrumento da atuação administrativa-estatal. No terceiro e último capítulo, são destacados os princípios constitucionais que concretizam o processo legal: o contraditório e a ampla defesa e seus principais desdobramentos, ressaltando, ao final, a importância da adoção de uma lei geral disciplinadora do Processo Administrativo.

Palavras-chave: Estado Democrático de Direito, Direitos Fundamentais, Devido Processo Legal.

ABSTRACT

DAMACÊNO, Régina Mágnã Barreto. **The due legal process and your accomplishment in the administrative process.** [Dissertation of Master's degree]. Osasco: UNIFIEO, 2007. 127p.

This work aims to study the application of constitutional principle of due process of law on the perspective of the administrative process as a way to ensure the integrity of the other fundamental rights contained in our Constitution. In the first chapter, the approach will fall on the concepts of a democratic state - the origin, the concept, the evolution of the rule of law, the relationship between of the state on the sovereignty and democracy, the powers of the brazilian state, and the conception of Fundamental Rights, the Generations of Fundamental Rights, classification of the categories of rights in the Universal Declaration of Human Rights of 1948, the Organization of the United Nations and finally, the forecast in our Constitution, in the chapter on Fundamental Rights and Guarantees, the Due Process of law. In sequence, in addition to the brief history about the due process of law, since its beginning until its inclusion in American Constitution, will be examined the principle of due process of law in the brazilian legislation, as a fundamental right in, Item LIV of the article 5 of the Federal Constitution and its application in the Administrative Procedure also taken to the category of fundamental right by item LV of the same Article 5, which ensures the litigants in general, compliance with the contradictory and wide defense and the inherent appeals, strengthening this important instrument of administrative action-state. In the third and final chapter will be underlined the constitutional principles that implement the legal process: the contradictory and the wide defense and its main legal expressions.

Keywords: a democratic state, Fundamental Rights, Due Process of Law.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E DIREITOS FUNDAMENTAIS	12
1.1 DA NOÇÃO DE CONVIVÊNCIA HUMANA À IDÉIA DE ESTADO.....	12
1.1.1 Conceito de Estado e Nação.....	13
1.2 ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DO ESTADO.....	17
1.2.1 Território.....	19
1.2.2 Poder e Soberania.....	21
1.2.3 Povo e População.....	25
1.3 ESTADO ABSOLUTISTA.....	26
1.4 ESTADO DE DIREITO LIBERAL	28
1.5 ESTADO DE DIREITO SOCIAL.....	30
1.6 ESTADO DE DIREITO DEMOCRÁTICO.....	31
1.7 DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	33
1.7.1 Evolução histórica.....	34
1.7.2 Gerações de Direitos Fundamentais.....	36
1.7.2.1 Primeira Geração – Liberdade.....	37
1.7.2.2 Segunda Geração – Direitos de Igualdade.....	38
1.7.2.3 Terceira Geração – Direitos de Solidariedade.....	39
1.8 A CARTA DA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS.....	40
1.9 A RELAÇÃO ENTRE O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E AS GERAÇÕES DE DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	42
2 O DEVIDO PROCESSO LEGAL E O PROCESSO ADMINISTRATIVO	45
2.1 O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DO DEVIDO PROCESSO LEGAL COMO DIREITO FUNDAMENTAL.....	45
2.2 O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DO DEVIDO PROCESSO LEGAL...	49

2.3	EVOLUÇÃO HISTÓRICA.....	54
2.4	BREVE HISTÓRICO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA.....	59
2.5	DEVIDO PROCESSO LEGAL PROCESSUAL (<i>PROCEDURAL DUE PROCESS</i>)	60
2.6	O DEVIDO PROCESSO LEGAL SUBSTANCIAL (<i>SUBSTANTIVE DUE PROCESS</i>)	62
2.6.1	Princípio da Razoabilidade.....	65
2.6.2	Princípio da Proporcionalidade.....	68
2.7	O DEVIDO PROCESSO LEGAL NO CAMPO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO.....	71
2.8	NOÇÃO AMPLA DE PROCESSUALIDADE.....	72
2.8.1	Antecedentes Históricos.....	73
2.8.2	A Processualidade Ampla na Constituição de 1988.....	74
2.9	PROCESSO ADMINISTRATIVO: CONCEITO E CLASSIFICAÇÃO.....	75
2.9.1	O Processo Administrativo de Primeiro Grau (Sentido <i>Lato</i>).....	76
2.9.2	O Processo Administrativo de Segundo Grau (Sentido <i>Estrito</i>).....	78
2.10	LITIGIOSIDADE ADMINISTRATIVA E LITIGÂNCIA ADMINISTRATIVA	79
2.11	O PROCESSO ADMINISTRATIVO SANCIONATÓRIO.....	81
2.12	O PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR.....	82
2.13	O PROCESSO ADMINISTRATIVO REVISIVO OU POR PROVOCAÇÃO.....	84
2.14	PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO: CONCEITO E ESPÉCIES.....	85
2.14.1	Procedimento Administrativo como Rito de Processo.....	85
2.15	PROCEDIMENTO COMO CONJUNTO DE ATOS ADMINISTRATIVOS QUE FORMAM OUTRO ATO ADMINISTRATIVO ÚNICO.....	86
3	OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS CONCRETIZADORES DO DEVIDO PROCESSO LEGAL À LUZ DO PROCESSO	

	ADMINISTRATIVO.....	88
3.1	O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO ADMINISTRATIVO.....	88
3.1.1	Informação Geral ou Princípio do Acesso aos Elementos do Processo..	91
3.1.2	Ouvida dos Sujeitos ou Audiência das Partes.....	92
3.1.3	Motivação dos Atos e Possibilidade de Reagir.....	93
3.2	O PRINCÍPIO DO ADMINISTRADOR COMPETENTE OU IMPARCIAL (JUIZ NATURAL)	94
3.3	O PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA ADMINISTRATIVA.....	96
3.4	O DIREITO À DEFESA PRÉVIA.....	99
3.5	O DIREITO DE DEFESA TÉCNICA.....	100
3.6	O DIREITO À INSTRUÇÃO PROBATÓRIA (PRODUÇÃO DE PROVAS.....	102
3.6.1	A Impossibilidade de Produção de Provas Ilícitas.....	104
3.6.2	O Direito ao Silêncio.....	105
3.7	O DIREITO A REVISÃO (DUPLO GRAU).....	106
3.8	IMPOSSIBILIDADE DA REFORMATIO <i>IN PEJUS</i>	107
3.9	A GRATUIDADE.....	109
3.10	A MORALIDADE ADMINISTRATIVA.....	109
3.11	PRINCÍPIO DA OFICIALIDADE.....	110
3.12	PRINCÍPIO DA VERDADE MATERIAL.....	111
3.13	PRINCÍPIO DO FORMALISMO MODERADO.....	112
3.14	A COISA JULGADA ADMINISTRATIVA.....	113
3.15	A NECESSIDADE DA ELABORAÇÃO DE UMA LEI GERAL QUE DISCIPLINE O PROCESSO ADMINISTRATIVO.....	115
	CONCLUSÃO.....	121
	BIBLIOGRAFIA.....	123

INTRODUÇÃO

A cláusula do devido processo legal é uma das mais antigas garantias que os cidadãos têm frente à atuação dos poderes do Estado. De um lado, ela limita a atuação do poder público, ao estabelecer regras na condução de seus processos, de outro, impõe o respeito aos direitos fundamentais.

A sua origem se deu na Magna Carta de 1215, quando o baronato inglês impôs algumas regras em defesa de seus interesses, frente às ações impetuosas de “João Sem Terra”.

Apesar do documento ter um aspecto geral no sentido de poder ser aproveitado por todos os cidadãos, na prática só servia aos senhores feudais. Entretanto, com a sua incorporação pelo direito norte americano, o instituto ganhou outro dinamismo.

Como garantia de direito fundamental que é, o devido processo legal acompanhou o processo de evolução do conceito de Estado. Este nasceu com a Idade Moderna, compreendida como o período que sucedeu a Idade Média, cuja data marco seria a queda de Constantinopla (1453), acabou por incorporar os conceitos de Estado de Direito, Estado Social e Estado Democrático.

Nos dias atuais, uma das formas mais diretas do cidadão ter acesso à vida democrática do nosso País é pela garantia do devido processo legal. O Brasil é um Estado que também incorpora os conceitos de Estado de Direito, Estado Social e Estado Democrático, por isso mesmo, nossa Constituição consagra a referida cláusula com aplicação em todos os tipos de processo, judicial, administrativo e legislativo, e aos acusados em geral.

Entretanto, verifica-se que no processo administrativo a sua aplicabilidade sofre sérias restrições pela falta de leis mais específicas, o que não acontece em outros ramos do direito, como no direito processual civil, penal e trabalhista.

A doutrina, já há muito, vê como solução o desenvolvimento de um direito processual administrativo, através de uma lei geral de processo administrativo, definidora de regras básicas, propiciando uma relação clara e transparente entre a Administração, a população (administrados) e os servidores públicos, à medida que os modos e estilos variados de atuação, impede a adequada tutela dos direitos dos cidadãos, além de viabilizar condutas arbitrárias, contrariando as bases do Estado Democrático.

A escolha deste tema para ser desenvolvido, deve-se a sua importância no nosso ordenamento jurídico por se constituir em pilar para a efetivação da democracia no Brasil, ao ter consagrado o devido processo legal como direito e garantia fundamental pela Constituição de 1988.

1 O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E DIREITOS FUNDAMENTAIS

1.1 DA NOÇÃO DE CONVIVÊNCIA HUMANA À IDÉIA DE ESTADO

Um dos requisitos básicos para a sobrevivência da espécie humana, assim como a de outros animais, é a vida associada dos indivíduos. Esta associação pressupõe dois aspectos distintos: a forma de integração e a posição dos indivíduos no grupo, de um lado, e, de outro, a natureza e a organização do grupo social.

Embora os antigos não tivessem sequer a noção de Estado, mesmo assim a vida social nas comunidades mais remotas era comandada por um núcleo de poder, ainda que difuso, e que se constituía em fonte de normas comportamentais.

Desta forma, se em determinada comunidade primitiva houvesse a escassez da caça para prover a sobrevivência do grupo, os caçadores se atribuíam o “poder” de comandar os destinos da tribo e editar novas normas de conduta aos seus membros, deslocando-os para áreas mais abundantes.

Após a conquista de métodos de cultivo da terra, que transformaram os grupos nômades que sobreviviam da caça em tribos mais ou menos permanentes, o grupo social era comandado pelo mais velho, ou a grupos dos mais idosos, porquanto mais experientes e mais sábios. A sociedade política apresentava-se mutável, instável e despersonalizada.

De qualquer modo, mesmo nas remotas civilizações, quando sequer se cogitava sobre o exercício do poder (elemento difuso), resta evidente que o homem sempre viveu de forma associada, pressuposto de sua própria sobrevivência. Ensina Aristóteles, em sua obra “A Política”, que o homem é a *politikon zoon*, ou seja, animal gregário, não se concebendo senão vivendo em contato permanente com outros homens em vida gregária. Justificando tal assertiva, pondera Aristóteles que o

homem isolado, “ou é um bruto ou um deus”, sendo certo que cada indivíduo necessita de outros para sua própria sobrevivência e, desde sua aparição na face da terra, sempre viveu em grupos e não isoladamente. A natureza compele todos os homens a se associarem.¹

A seguir serão abordados, com mais profundidade, o conceito de Estado, a sua evolução – Estado Absolutista, Estado de Direito Liberal, Estado Social e Estado Democrático de Direito; o conceito de Direitos Fundamentais e suas gerações – Direitos de Liberdade, Direitos Sociais e os Direitos de Solidariedade; e, finalmente, a relação entre o Estado Democrático de Direito e as Gerações de Direitos Fundamentais.

1.1.1 Conceito de Estado e Nação

Definir o significado da palavra Estado é difícil em razão da diversidade de objetos que ela pode designar. Para Hans Kelsen, “a variedade de significados decorre da utilização sem critério do termo por autores diversos para designarem coisas diferentes”.²

Historicamente, a palavra Estado (do latim *status* = estar firme), surgiu como *polis* na Grécia, *civitas* em Roma e *estado* durante a Idade Média. A *polis* dos gregos ou a *civitas* e a *republica* dos romanos, de certa forma traduziam a idéia de Estado, sobretudo segundo seu aspecto de personificação de vínculo comunitário, de aderência imediata à ordem política e de cidadania.

Modernamente, o emprego da palavra Estado se deu pela primeira vez em O Príncipe, de Maquiavel, escrito em 1513, com a célebre frase: “Todos os Estados, todos os domínios que têm tido ou têm império sobre os homens são Estados, e são repúblicas ou principados” passando a designar, a partir daí, o nome de uma cidade independente, como, por exemplo, *stato di Firenze*.³

Posteriormente foi usado em escritos franceses, ingleses e alemães (séculos XVI e XVII), e espanhóis (para denominar grandes propriedades rurais particulares -

¹ ARISTÓTELES. **A Política**, Tradução de Nestor Silveira Chaves, 5ª ed., São Paulo: Atena, p.15.

² KELSEN, Hans, **Teoria Geral do Direito e do Estado**, São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 261.

³ MACHIAVELLI, Niccolo di Bernardo dei. **O Príncipe**, 5ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 3

século XVIII). Entretanto, deve ser levada em consideração que o nome Estado deve designar uma sociedade política com características específicas, embora muitos autores reconheçam que na essência, “não se diferencia o Estado de todas as sociedades políticas que, com autoridade superior, fixaram as regras de convivência de seus membros”.⁴

Na doutrina brasileira vários são os conceitos de Estado. Reis Friede conceitua como sendo “a associação de um grupo de pessoas fixados sobre determinado território dotado de poder soberano. É um agrupamento em território definido, politicamente organizado, que, em geral, guarda a idéia de Nação.”⁵

Para José Geraldo Brito Filomeno, entende-se por Estado:

a sociedade política necessária, dotada de um governo soberano, a exercer seu poder sobre uma população, dentro de um território bem definido, onde cria, executa e aplica seu ordenamento jurídico, visando o bem comum.⁶

De plano, adverte Sahid Maluf, que “não há nem pode haver uma definição de Estado que seja genericamente aceita. As definições são pontos de vista de cada doutrina, de cada autor. Em cada definição se espelha uma doutrina.”⁷

A acepção do termo Estado, conforme acrescenta Reis Friede, pode ser demasiadamente ampla, considerando-se as correntes formadas em vários campos de estudo. Na Sociologia, Estado é um fenômeno social onde existe uma integração de forças/estratos sociais; na Filosofia, Estado é um fenômeno cultural/político; na Jurídica, Estado é uma entidade geradora de Direito Positivo e na Política, Estado é considerado uma Nação politicamente organizada – sendo *organização* sua palavra chave, pressupondo a existência de governantes e governados.⁸

⁴ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**, 24ª ed., São Paulo: Saraiva, 2003, p. 52.

⁵ Nação: “deriva do verbo latino *nascere*, que diz respeito ao grupo de pessoas de mesma origem racial, mesma unidade étnica, herança histórica e destino comuns de um mesmo grupo social, muito embora contemporaneamente seu sentido específico, seja mais elástico para abranger qualquer vínculo (ou vários deles) em comum, tais como: raça, religião, credo língua, etc. (...) É conveniente lembrar que Nação pode ser constituída de vários Estados (ex. a grande Nação mulçumana). Por outro lado, pode estar contida em apenas um Estado (ex.: a Nação basca na Espanha). De qualquer forma, a Nação é o principal gérmen que dá origem ao Estado, foi o caso da Itália antes da unificação.” FRIEDE, Reis. **Questões de Teoria Geral do Estado**. 1ª ed., São Paulo: Forense, 1994, p. 5.

⁶ FILOMENO, José Geraldo Brito. **Manual de Teoria Geral do Estado**, Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 66.

⁷ MALUF, Sahid. **Teoria Geral do Estado**, 21ª ed., São Paulo: Saraiva, 1991, p. 19.

⁸ FRIEDE, Reis. **Questões de Teoria Geral do Estado e de Direito Constitucional**, Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 6.

Entretanto, ainda segundo Hans Kelsen, quando o termo for focado juridicamente, o Estado será entendido como “uma comunidade regulada por uma ordem jurídica nacional (em contraposição a uma internacional)”.⁹

Relativamente ao tema deste trabalho, num sentido amplo ele pode designar a sociedade, ou uma forma especial de sociedade. Num sentido mais restrito, pode indicar um órgão da sociedade, o governo, os sujeitos do governo, a nação, o território, etc.

O estudo do tema acima suscita, de imediato, duas questões, a saber: a época do aparecimento do Estado; os motivos que determinaram o seu aparecimento, e as concepções adotadas pelas diversas correntes teóricas, que resultam em conclusões diferentes.

Os Estados podem ter surgido de uma “formação originária ou uma formação derivada, conforme sustentam as teorias abaixo relacionadas”.¹⁰

1) formação originária:

a) cada família primitiva se ampliou e deu origem ao Estado; b) a superioridade de força de um grupo social permitiu-lhe submeter um grupo mais fraco, nascendo o Estado dessa conjunção de dominantes e dominados; c) origens em causas econômicas e patrimoniais, sobre as quais há quem diga que essa origem tinha sido indicada por Platão, nos “Diálogos, Livro II, de a República”, ao se expressar:

Um Estado nasce das necessidades dos homens; ninguém basta a si mesmo, mas todos nós precisamos de muitas coisas. (...) ...como temos muitas necessidades e faz-se mister numerosas pessoas para supri-las, cada um vai recorrendo à ajuda deste para tal fim e daquele para tal outro; e quando esses associados e auxiliares se reúnem todos numa só habitação, o conjunto dos habitantes recebe o nome de cidade ou Estado.¹¹

Ou, por Frederich Engels, numa de suas principais obras “A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado.” No capítulo em que trata da *gens* grega, depois de se referir à deterioração da convivência harmônica, tendo como causas a acumulação e a diferenciação das riquezas, e outros males conseqüentes, chega à seguinte conclusão:

⁹ KELSEN, *op. cit.*, p. 262.

¹⁰ DALLARI, *op. cit.*, p. 54.

¹¹ DALLARI, *op. cit.*, p. 55.

Faltava apenas uma coisa: uma instituição que não só assegurasse as novas riquezas individuais contra as tradições comunistas da constituição gentílica; que não só consagrasse a propriedade privada, até tão pouco estimada, e fizesse dessa consagração santificadora o objetivo mais elevado da comunidade humana, mas também imprimisse o selo geral do reconhecimento da sociedade às novas formas de aquisição da propriedade, que se desenvolviam uma sobre as outras – a acumulação, portanto, cada vez mais acelerada das riquezas: uma instituição que, em uma palavra, não só perpetuasse a nascente divisão da sociedade em classes, mas também o direito de a classe possuidora explorar a não-possuidora e o domínio da primeira sobre a segunda. É essa instituição nasceu. Inventou-se o Estado.¹²

d) a origem do Estado no desenvolvimento interno da sociedade, sem qualquer influência de fatores externos, inclusive de interesses de indivíduos ou de grupos, que acaba por alcançar um alto grau de complexidade.

2) Formação derivada:

a) fracionamento: a1) quando uma parte do território de um Estado se desmembra e passa a constituir um novo Estado, como por exemplo, os Estados constituídos a partir de territórios coloniais na África e na América Latina; a2) a separação de uma parte do território de um Estado para constituição de um novo Estado, em razão de acordo ou de ação bem sucedida de movimento armado separatista.

Cumprido destacar que Nação e Estado refletem duas realidades distintas e inconfundíveis. Nação é uma realidade sociológica que segundo Mancini, se constitui de fatores que entram na formação nacional: a) naturais (territórios, unidade étnica e idioma comum); b) históricos (tradições, costumes, religião e leis); c) psicológicos (aspirações comuns, consciência nacional, etc). Estado é uma realidade jurídica.¹³

O termo “nação” surgiu no século XVIII, ganhou grande prestígio durante a Revolução Francesa. Era utilizado para externar tudo quanto se referisse ao povo como, por exemplo, governo da nação, soberania nacional, nacionalidade, etc. Ainda hoje é comumente usado com o sentido de povo, e esta imprecisão provoca confusão até mesmo nas legislações.

Dalmo de Abreu Dallari conceitua Nação como: “uma comunidade de base histórico-cultural, pertencendo a ela, em regra, os que nascem num certo ambiente

¹² DALLARI, **Elementos de Teoria Geral do Estado**, p. 56.

¹³ MALUF, **Teoria Geral do Estado**, p. 15.

cultural feito de tradições e costumes, geralmente expresso numa língua comum, tendo um conceito idêntico de vida e dinamizado pelas mesmas aspirações de futuro e os mesmos ideais coletivos”.¹⁴

Para Sahid Maluf: “Nação é uma entidade de direito natural e histórico. Conceitua-se como um conjunto homogêneo de pessoas ligadas entre si por vínculos permanentes de sangue, idioma, religião, cultura e ideais”.¹⁵

Assim, modernamente, é possível se fixar um conceito preciso de Nação, desvinculado de qualquer liame jurídico com o Estado, podendo, inclusive a mesma existir sem que exista o Estado, ficando mais evidente a distinção entre ambos, quando se tem em mente que várias nações podem existir em um só Estado, podendo, também uma só Nação dividir-se em vários Estados.

Neste sentido, temos como exemplos a Áustria e a Hungria que sempre foram nações completamente distintas, não obstante durante muito tempo formaram um só Estado sob a denominação de Áustria-Hungria; a Escócia a Irlanda e a Inglaterra, que tradicionalmente são nações diversas e se reúnem num só Estado que é a Grã-Bretanha, entre outros casos similares no mundo.

1.2 ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DO ESTADO

A doutrina dominante estrutura o Estado em três elementos específicos, decompondo sua complexa estrutura da seguinte forma: território (elemento físico), população e povo (elemento humano) e soberania (elemento subjetivo).

Neste sentido destacamos os ensinamentos de Dalmo de Abreu Dallari:

Quanto às notas características do Estado Moderno, que muitos autores preferem denominar elementos essenciais por serem todos indispensáveis para a existência do Estado, existe uma grande diversidade de opiniões, tanto a respeito da identificação quanto a do número. Assim é que Santi Romano, entendendo que apenas a soberania e a territorialidade é que são peculiares do Estado, indica esses dois elementos. A maioria dos autores indica três elementos, embora diverjam quanto a eles. De maneira geral, costuma-se mencionar a existência de dois elementos materiais, o território e o povo, havendo grande variedade de opiniões sobre o terceiro elemento, que muitos denominam formal. O mais comum é a identificação desse último elemento com o poder ou alguma de suas expressões, como autoridade, governo ou soberania. Para Del Vecchio, além do povo e do

¹⁴ DALLARI, *op. cit.*, p. 96.

¹⁵ MALUF, **Teoria Geral do Estado**, p. 16.

território o que existe é o vínculo jurídico que seria, na realidade, um sistema de vínculos, pelo qual uma multidão de pessoas encontra a própria unidade na forma do direito. Já Donato Donati sustenta que o terceiro elemento é a pessoa estatal, dotada de capacidade para o exercício de duas soberanias: uma pessoal, exercida sobre o povo, outra territorial, sobre o território.¹⁶

Cabe assinalar que, em sentido contrário, Sahid Maluf elenca em lugar da soberania, a acepção de governo, como elemento caracterizador fundamental da noção de Estado, sob argumento “que a soberania se compreende no exato conceito de Estado. Estado não soberano ou semi-soberano não é Estado.”¹⁷

Outros autores, como José Geraldo Brito Filomeno, dissecam da definição de Estado, os seguintes componentes: população e território (elementos materiais), governo soberano e ordenamento jurídico - elementos formais e bem comum (elemento final).¹⁸

Alexandre Groppali introduz ao lado dos elementos constitutivos do Estado, um quarto indicador: a finalidade, resguardando, o Estado como uma autêntica entidade de fins precisos e determinados.¹⁹

Acerca do quarto elemento sugerido por Alexandre Groppali, observa Dalmo de Abreu Dallari, parecer óbvio que as pessoas só se integrem numa ordem e vivam sob um poder com uma finalidade a ser atingida e que, sendo o Estado dotado de poder e ordem próprios, evidenciado que deverá ter uma finalidade que justifique sua existência.²⁰

Imperativo considerar que o governo somente é estabelecido a partir da manifestação do Poder Constituinte originário, na qualidade de expressão derradeira da soberania nacional, o que indica, a autêntica ordem hierárquica que existe, quanto à formação primitiva do Estado, entre os elementos caracterizadores da soberania (elemento constitutivo que antecede ao Estado) e do governo (elemento posterior ao Estado), pelo que se pode concluir, em última análise, que o governo é um desdobramento natural da prévia existência de uma soberania, como elemento formador último do Estado.

¹⁶ DALLARI, **Elementos de Teoria Geral do Estado**, p. 70.

¹⁷ MALUF, **Teoria Geral do Estado**, p. 29.

¹⁸ FILOMENO, *op. cit.*, p. 66.

¹⁹ GROPPOLI, Alexandre. **Doutrina do Estado**, 2ª ed., (traduzida da 8ª edição italiana), São Paulo: Saraiva: 1996, p. 109.

²⁰ DALLARI, *op. cit.*, p. 71-72.

1.2.1 Território

A noção de território, como componente indispensável ao Estado, veio com o Estado Moderno.

Para Hans Kelsen, território é “a unidade territorial do Estado, é uma unidade jurídica, não geográfica ou natural. O território do Estado, na verdade, nada mais é que a esfera territorial de validade da ordem jurídica chamada Estado.”²¹

Para Reis Friele: “Território é o espaço geográfico ou a base física, onde o grupo humano elege habitação certa e fixa.”²²

Ainda, José Geraldo Brito Filomeno, acrescenta:

ser o território parte imprescindível para a existência do próprio Estado. Senão por razões de lógica evidente, pela simples circunstância de que sempre haverá a nação, com seus vínculos sociológicos e jurídicos, mas não o Estado com seus vínculos marcadamente políticos (além de jurídicos).²³

São várias as teorias. Sintetizando as diversas teorias formuladas sobre o assunto (território), dando um tratamento original, Paulo Bonavides propõe o agrupamento destas, indicando a existência de quatro concepções fundamentais, a saber:

- a) Território-patrimônio, caracterizado no Estado medieval e com reflexos na teoria moderna. Segundo esta teoria, não há diferença entre *imperium* e *dominium*, advindo o poder do Estado sobre o território, como o direito de qualquer proprietário sobre o imóvel;
- b) Território-objeto, concebe o território como um direito real de caráter público, embora em certas peculiaridades a relação entre Estado e território seja tão somente de domínio;
- c) Território-espaço, segundo esta teoria o território é a extensão espacial da soberania do Estado. A base de concepção é a idéia de que o Estado tem um direito de caráter pessoal, implícito na idéia de *imperium*;

²¹ KELSEN, **Teoria Geral do Direito e do Estado**, p. 300.

²² FRIEDE, **Questões de Teoria Geral do Estado e de Direito Constitucional**, p. 6.

²³ FILOMENO, *op. cit.*, p. 73.

- d) Território-competência, teoria defendida, também por Hans Kelsen, que considera o território o âmbito de validade da ordem jurídica do Estado.²⁴

Dalmo de Abreu Dallari cita como aspectos fundamentais sobre o território, não havendo sobre eles controvérsia na doutrina:

- a) Não existe Estado sem território, embora a perda temporária dele, não desnatura o Estado. O mesmo se dá com as perdas parciais de território, não havendo qualquer regra quanto ao mínimo de extensão territorial;
- b) O território delimita a ação soberana do Estado. Entretanto, algumas normas jurídicas, visando diretamente à situação pessoal dos indivíduos, atuam além dos limites territoriais, mas, para serem concretizadas, dependem da permissão de outra soberania.
- c) Além de ser o âmbito de ação soberana do Estado, o território é objeto de direito deste, considerado no seu conjunto. Dependendo do interesse do povo, pode uma parte do território ser alienada, ou em circunstâncias especiais, o território pode ser utilizado sem qualquer limitação, inclusive, em prejuízo dos direitos particulares sobre porções determinadas.²⁵

A partir da aprovação da Carta das Nações Unidas de 1945, passou-se a reconhecer quanto ao território o princípio da impenetrabilidade, ou seja, não há possibilidade de que imperem duas soberanias sobre um mesmo território. Também oficialmente foram extintos os territórios coloniais que, ou foram incorporados ao território do Estado, ou passaram a constituir um Estado independente.

Outra questão que foi mais importante no passado era o reconhecimento das linhas de fronteiras – naturais, estabelecidas por acidentes geográficos, e as artificiais, fixadas por meio de tratados -, que hoje, com os avançados recursos da tecnologia são facilmente detectadas. O que tem ocorrido muito são disputas de fronteiras, “resultantes de pretensões de alguns Estados sobre certas porções de território”.²⁶

O território, contudo, não é apenas o solo superficial e contínuo, vai além, e constitui-se do subsolo, dos rios e lagos internos, das bacias, golfos e portos, das águas territoriais e do espaço aéreo.

²⁴ BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 99-105.

²⁵ DALLARI, *op. cit.*, p. 89.

²⁶ DALLARI, *op. cit.*, p. 90.

O que ainda é objeto de discussão entre os vários Estados é o limite de ocupação dos espaços: marítimo, aéreo, já que com relação ao subsolo não chega a haver problema. Os interesses inicialmente protegidos eram relacionados à segurança. Hoje, dizem mais respeito à economia. Essas questões são amplamente debatidas no Direito Internacional Público e, de certa forma, reguladas por tratados internacionais.

1.2.2 Poder e Soberania

a) Poder

A expressão soberania possui, entre outros, um sentido básico de poder, ao mesmo tempo em que encerra a qualidade inerente ao próprio poder. Considerando o poder como “elemento essencial constitutivo do Estado”, iniciaremos o presente estudo pela definição de Poder.²⁷

Do grego *Kratos* (força, potência, arché, autoridade) nascem os nomes das antigas formas de governo (aristocracia, democracia, oclocracia, monarquia, oligarquia) e todas as palavras que gradativamente foram sendo forjadas para indicar formas de poder (fisiocracia, burocracia, partidocracia, poliarquia, exarquia, etc).²⁸

A interpretação mais aceita no discurso político contemporâneo sobre o significado da palavra poder, é a que remete ao conceito relacional de poder e estabelece que “por poder se deve entender uma relação entre dois sujeitos, dos quais o primeiro obtém do segundo um comportamento que, em caso contrário, não ocorreria”.²⁹

O poder político é aquele por meio do qual, seu detentor, para satisfazer efeitos desejados, pode recorrer até à força, porque dela detém o monopólio. Relativamente ao meio a ser utilizado, pode ele ser: o econômico, o ideológico e o coativo. Ou seja, riqueza, saber e força, assim esclarecidos por Norberto Bobbio:

Poder econômico é aquele que se vale da posse de certos bens, necessários ou percebidos como tais, numa situação de escassez, para induzir os que não os possuem a adotar uma certa conduta, principalmente na execução de um trabalho útil. Na posse dos meios de produção reside uma enorme fonte de poder por parte daquele que os possuem contra os que não os possuem

²⁷ BONAVIDES, *op. cit.*, p. 106.

²⁸ BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo, Sociedade. Para uma teoria geral da política**, 13ª ed., São Paulo: Editora Paz e Terra, 2007, p. 76.

²⁹ BOBBIO, *op. cit.*, p. 78.

exatamente no sentido específico da capacidade de determinar o comportamento alheio.

(...) Poder ideológico é aquele que se vale da posse de certas formas de saber, doutrinas, conhecimentos, à vezes apenas de informações, ou de códigos de conduta, para exercer uma influência sobre o comportamento alheio e induzir os membros do grupo a realizar ou não realizar uma ação. Deste tipo de condicionamento deriva a importância social daqueles que sabem, sejam eles os sacerdotes nas sociedades tradicionais, ou os literatos, os cientistas, os técnicos, os assim chamados intelectuais, nas sociedades secularizadas, porque através dos conhecimentos por eles difundidos ou dos valores por eles afirmados e inculcados realiza-se o processo de socialização do qual todo grupo social necessita para poder estar junto.

(...) Poder coativo é aquele de que todo grupo social necessita para defender-se dos ataques externos ou para impedir a própria desagregação interna. Nas relações entre os membros de um mesmo grupo social, não obstante o estado de subordinação que a expropriação dos meios de produção cria nos expropriados, não obstante a adesão passiva aos valores transmitidos por parte dos destinatários das mensagens emitidas pela classe dominante, apenas o emprego da força física serve para impedir a insubordinação e para domar toda forma de desobediência.³⁰

No mundo ocidental prevalece na doutrina a afirmação de que os poderes estão alicerçados na trilogia de funções do Estado: a função legislativa, a administrativa (ou executiva) e a jurisdicional.

Esta trilogia é uma construção política consagrada juridicamente, a partir do propósito ideológico de Montesquieu de impedir a concentração de poderes para preservar a liberdade dos homens contra os abusos e tiranias dos governantes.³¹

Tais funções estão distribuídas em três blocos orgânicos, denominados “Poderes” que observam, senão com absoluta exclusividade, ao menos com manifesta predominância, as funções correspondentes a seus próprios nomes: Legislativo, Executivo e Judiciário.³²

³⁰ BOBBIO, *op. cit.*, p. 79 e seguintes.

³¹ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O Espírito das Leis**. 2ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 166-168. “A democracia e a aristocracia não são Estados livres por natureza. A liberdade política só se encontra nos governos moderados. Mas ela nem sempre existe nos Estados Moderados; só existe quando não se abusa do poder; mas trata-se de uma experiência eterna a de que todo homem que tem poder tende a abusar dele; ele vai até onde encontra limites. Quem o diria! A própria virtude tem necessidade de limites. Para que não se possa abusar do poder é preciso que, pela disposição das coisas, o poder detenha o poder. (...) Quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não há liberdade, porque se pode temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado façam leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Tampouco existe liberdade se o poder de julgar não está separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se ele estivesse unido ao poder executivo, o juiz poderá ter a força de um opressor. Tudo estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo, exercesse os três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as querelas entre os particulares”.

³² BANDEIRA DE MELLO, *op. cit.*, p. 30-31.

Dentro desta construção ideológica é fundamental dividir o exercício destas aludidas funções entre diferentes órgãos, não de maneira rígida absoluta, com exclusividade de cada órgão no desempenho da função que lhe confere o nome.

Estabelecem-se os chamados “freios e contrapesos”, mecanismo por força do qual atribuindo-se a uns, funções que em tese corresponderiam a outros, pretende-se promover em equilíbrio melhor articulado entre os chamados poderes, isto é, entre os órgãos do poder.³³

b) Soberania

O conceito de soberania é uma das bases da idéia de Estado Moderno, tendo sido de grande importância para a definição deste, sendo ainda uma característica fundamental do Estado. Para se compreender o conceito de soberania, faz-se necessário o entendimento do fenômeno estatal, “visto que não há Estado perfeito sem soberania”³⁴

“Soberania”, do latim *super omnia* ou *de superanus* ou *supremitas* (caráter dos domínios que não dependem senão de Deus), significa vulgarmente, o poder incontrastável do Estado, acima do qual nenhum outro poder se encontra.

Remotamente, da Antiguidade até o fim do Império Romano, não se encontra qualquer noção que se assemelhe à soberania. Em “A Política”, no Livro I, Aristóteles aponta algumas peculiaridades da Cidade, em especial aquelas que a diferenciam da sociedade familiar, apontando daí a idéia de superioridade da cidade-Estado, por ser dotado de autarquia, o que indica, não a supremacia de poder, mas apenas que ela era auto-suficiente, capaz de suprir as próprias necessidades. Em Roma também não se vislumbra qualquer idéia semelhante à soberania.³⁵

Les Six Livres de la Republique, de Jean Bodin, cujo aparecimento aponta para o ano de 1576, foi a primeira obra teórica a desenvolver o conceito de soberania, tendo Jean Bodin tomado como padrão, a situação da França. No capítulo VIII, do Livro I, da República, o autor diz: “É necessário formular a definição de soberania, porque não há qualquer jurisconsulto, nem filósofo político, que a

³³ BANDEIRA DE MELLO, *op. cit.*, p. 32.

³⁴ MALUF, **Teoria Geral do Estado**, p. 29.

³⁵ DALLARI, *op. cit.*, p 75.

tenha definido e, no entanto, é o ponto principal e o mais necessário de ser entendido no trabalho da República.” Esclarece então que: a “soberania é o poder absoluto e perpétuo de uma República, palavra que se usa tanto em relação aos particulares quanto em relação aos que manipulam todos os negócios de estado de uma República.” A expressão *República* de então, equivale ao moderno significado de Estado, conforme observa Dalmo de Abreu Dallari.³⁶

Em 1762, em sua obra “O Contrato Social”, Rousseau dá grande ênfase ao conceito de soberania, já transferindo sua titularidade da pessoa do governante para o povo. No Capítulo VI, do livro I, diz que o contrato social gera o corpo político, chamado *Estado*, quando passivo, *Soberano* quando ativo e *Poder* quando comparado com os semelhantes. O Livro II, Capítulo I é dedicado à demonstração de que a soberania é inalienável (por ser o exercício da vontade geral) e no Capítulo II a sua caracterização como indivisível (porque a vontade só é geral se houver a participação do todo), sendo estas as características da soberania. No Capítulo IV, ao traçar o poder do soberano, Rousseau diz que “o pacto social dá ao corpo político um poder absoluto em todos os seus; e é este mesmo poder que, encaminhado pela vontade geral, tem o nome de soberania.”³⁷

A doutrina brasileira, assim conceitua soberania:

Para José Geraldo Brito Filomeno é:

a forma suprema de poder de que se reveste a sociedade política (...) é o poder incontestável e incontrastável que o Estado tem de, dentro de seu território e sobre uma população, criar, executar e aplicar o seu ordenamento jurídico visando ao bem comum.³⁸

Sahid Maluf conceitua como sendo “uma autoridade superior, que não pode ser limitada por nenhum outro poder.”³⁹

Ensina Reis Friede:

Soberania é o pressuposto fundamental do Estado: é o poder do império, de dominação, que gera um corolário de direitos e obrigações. É o poder máximo do Estado, efetuando-se na organização política, social e jurídica de um Estado. (...) O conceito de soberania está intrinsecamente relacionado ao conceito de Estado perfeito. A soberania existe interna e externamente. Internamente é o poder absoluto em um território, o que se levou a criar, no Direito Internacional, o conceito de não-intervenção entre

³⁶ DALLARI, *op. cit.*, p. 77. Estudo baseado numa edição francesa de 1583, com introdução em latim e os seis livros em francês.

³⁷ ROUSSEAU, J. J. **Contrato Social**. Edição da “Organização Simões”: Rio de Janeiro, 1951, p. 46

³⁸ FILOMENO, **Manual de Teoria Geral do Estado**, p. 80-84.

³⁹ MALUF, **Teoria Geral do Estado**, p. 29.

os Estados soberanos. É o direito de criar seu próprio governo, instituição e a própria Constituição.⁴⁰

Sintetizando todas as teorias formuladas acerca do termo “soberania”, Dalmo da Abreu Dallari verifica que a sua noção está sempre ligada a uma concepção de poder, “pois mesmo quando concebida como o centro unificador de uma ordem, está implícita a idéia de poder de unificação”.⁴¹

1.2.3 Povo e População

O termo “povo”, se origina do etrusco *pupluna*, mais tarde do latim *populu* (conjunto dos cidadãos em oposição à plebe), “significa o vínculo de nacionalidade de certos indivíduos com um Estado. É ao mesmo tempo um conceito jurídico e um conceito político”.⁴²

Para José Geraldo Brito Filomeno, “Povo é a parcela da população de determinado Estado que com ele mantém vínculos de natureza política, além dos de natureza jurídica.”⁴³

Conceito jurídico, porque o vínculo com o Estado se estabelece em razão do local de nascimento - *jus soli* – (CF art. 12, I, a), ou da ascendência paterna – *jus sanguinis* – (CF art. 12, I, b e c), ou porque se estabelece pela manifestação de vontade do próprio interessado (CF art. 12, II, a e b). “A primeira é a nacionalidade originária e a segunda é a nacionalidade secundária, obtida mediante naturalização”.⁴⁴

Conceito político, porque não basta o indivíduo ser nacional para adquirir a condição de cidadão. É necessário que se encontre no pleno gozo dos direitos políticos. Nos termos do art. 1º, parágrafo único, da Constituição Federal, o conceito de povo se confunde com o de cidadania, pois congrega tão somente os nacionais dotados de direitos políticos, direitos estes que incluem, por evidente, as prerrogativas de votar e ser votado.

⁴⁰ FRIEDE, *op. cit.*, p. 16.

⁴¹ DALLARI, *op. cit.*, 79.

⁴² ACQUAVIVA, Marcus Cláudio, **Dicionário Jurídico Brasileiro Acquaviva**, Jurídica Brasileira, 2000, p. 1014.

⁴³ FILOMENO, *op. cit.*, p. 67.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 1014

O conceito básico de povo, numa concepção jurídica, “é a parte da população capaz de participar, através de eleições, do processo democrático dentro de um sistema variável, que depende de cada país e de cada época.”⁴⁵

O *Oxford English Dictionary* (Oxford, Clarendon Press, 1961), conceitua o termo “população”, da seguinte forma:

é a condição de um país quanto ao número de habitantes, o grau de ocupação do lugar, conseqüentemente o numero total de pessoas que habitam um país, uma cidade ou outra área; o conjunto de habitantes.⁴⁶

Marcus Cláudio Acquaviva define como sendo “a totalidade das pessoas que se acham, num dado momento, em determinado Estado.”⁴⁷

A doutrina não discrepa: “a população do Estado consiste no conjunto de todos os habitantes do seu território, quer com ele mantenham ou não vínculos políticos, além dos necessários vínculos jurídicos.”⁴⁸

Assim, o termo “população” “É, portanto, o elemento humano considerado quantitativa e monograficamente.” Tal conceito inclui toda e qualquer pessoa, independentemente da nacionalidade, idade, situação política etc. É um conceito eminentemente numérico, demográfico, não interessando de imediato à ciência política.⁴⁹

Por fim, cabe considerar que a expressão “povo” se traduz pela soma dos nacionais no país e no exterior, enquanto a acepção “população” inclui os estrangeiros residentes no país.

1.3 ESTADO ABSOLUTISTA

O Estado Medieval que surgiu com as invasões bárbaras, fortaleceu-se em torno da Igreja Romana.⁵⁰

⁴⁵ FRIEDE, *op. cit.*, p. 6.

⁴⁶ OXFORD, Clarendon Press, 1961 *apud* REIS, *op. cit.*, p. 6.

⁴⁷ ACQUAVIVA, *op. cit.*, p. 1015.

⁴⁸ FILOMENO, *op. cit.*, p. 67.

⁴⁹ FRIEDE, *op. cit.*, p. 6.

⁵⁰ Toda a história política da Idade Média dá-se em torno das relações entre o Estado e a Igreja, que através do Papa Gregório I, assumiu em 590, o governo civil de Roma, e que a Igreja conservaria até 1870, quando ocorreu a unificação dos Estados italianos, com a incorporação de Roma em 1929, instituindo-se dentro da Santa Sé o Estado do Vaticano. MALUF, **Teoria Geral do Estado** (*op. cit.*), p. 111-112.

Com o fim da Idade Média, que marcou a supremacia do Papado sobre os monarcas, constituindo-se em uma das principais características do Estado medieval, institui-se a monarquia, que corresponde a uma época de transição para os tempos modernos.

Com a queda do feudalismo, aos poucos vão surgindo as monarquias absolutistas na Espanha, França, Prússia, Áustria, Rússia, etc, considerando que o fortalecimento do poder central consistia no meio mais eficaz para restabelecer a unidade territorial dos reinos.

A Monarquia absoluta assentava-se sobre o fundamento teórico do direito divino dos reis, com evidentes resquícios das concepções monárquicas assírias e hebraicas. A autoridade do soberano era considerada como de natureza divina e proveniente diretamente de Deus. O poder de *imperium* era exercido exclusivamente pelo Rei, cuja pessoa era sagrada e desligada de qualquer liame de sujeição pessoal.⁵¹

Tal era o domínio do Rei que, Luiz XIV, que foi o modelo dos monarcas absolutos, dizia-se a personificação do Estado, sendo sua a célebre frase: *L'État cést moi*. Já Luiz XV, seu sucessor, declarou: “nós não temos a nossa coroa senão de Deus e o direito de fazer as leis nos pertence sem co-participação ou dependência.”

Dentro da idéia básica de Estado acima mencionada, até meados do século XVIII, a sua forma de atuação “envolvia toda a vida social, que estava sob seu controle, realizando profunda e opressiva intromissão na vida dos indivíduos”.⁵²

Conforme ensina Sahid Maluf, o denominado Estado absolutista:

desconhecendo qualquer limitação do poder, chegando a reduzir a idéia de soberania a um conceito simplista de senhoria real, próprio do mundo feudal (o Rei, individualmente, é o proprietário do Estado). Assim como a propriedade é direito exclusivo do dono sobre a coisa, o poder de *imperium* é direito absoluto do Rei sobre o Estado.⁵³

O Absolutismo monárquico do século XVI teve como grandes doutrinadores, partidários do poder absoluto dos reis, Jean Bodin, autor de *la Republique* e Giovanni Botero, autor de várias obras, dentre as quais *Raison d'État*, *Relations universales* e *Des causes de la grandeur et de la magnificance des cites*, obras que e exerceram grande influência na primeira metade do século XVII.

⁵¹ MALUF, **Teoria Geral do Estado**, p. 119-120.

⁵² MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**, 7ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 28.

⁵³ MALUF, **Teoria Geral do Estado**, *op. cit.*, p. 120.

A reação anti-absolutista tem como um de seus formadores o inglês John Locke, que defende a limitação da autoridade real pela soberania do povo, a eliminação do arbítrio.

Através de sua obra, *Segundo tratado do governo civil*, baseada nos princípios liberais da teoria contratualista, Locke prega a distinção entre os poderes Legislativo e Executivo, bem como a insurreição dos súditos, o que significava dizer que, havendo conflito entre o governante e o povo, deveria prevalecer a vontade soberana do povo, única fonte de poder. Segundo Locke, o Estado resulta de um contrato entre o Rei e o Povo, contrato que se rompe quando uma das partes viola suas cláusulas, considerando que os direitos naturais do homem são anteriores e superiores ao Estado. Assim, a monarquia absolutista é incompatível com os justos fundamentos da sociedade civil.

Foi através desta doutrina liberalista, sustentada por filósofos e juristas dos séculos XVII e XVIII, incluindo Montesquieu e Rousseau, que culminaria com a Revolução Francesa, descortinando uma nova era na história da civilização.

1.4 ESTADO DE DIREITO LIBERAL

Como reação ao absolutismo, a concepção predominante no século XIX, na fórmula do Estado liberal ou Estado abstencionista, pretendia o distanciamento do Estado em relação à vida social, econômica e religiosa dos indivíduos. Era, segundo Odete Medauar, “a garantia de independência da sociedade às injunções de associações políticas, culturais, profissionais, tão temidas, e a do próprio Estado”.⁵⁴

Enquanto o Estado absolutista se impunha através da força do soberano, o Estado liberal se impôs pela força da lei, mais precisamente, pela Constituição. É o Estado de Direito, cujo surgimento coincide com a passagem da monarquia absolutista para a monarquia constitucional, cujas características, como aponta José Afonso da Silva, são:

- (a) submissão ao império da lei, que era a nota primária de seu conceito, sendo a lei considerada como ato emanado formalmente pelo poder legislativo, composto de representantes do povo, mas do povo-cidadão; (b) divisão de poderes, que separe de forma independente e harmônica os

⁵⁴ MEDAUAR, *op. cit.*, p. 28.

poderes legislativo, executivo e judiciário, como técnica que assegure a produção das leis ao primeiro e a independência e imparcialidade do último em face dos demais e das pressões dos poderosos particulares; (c) enunciado e garantia dos direitos individuais.⁵⁵

Com o Estado de Direito, inaugura-se nova fase em que não se aceita mais a idéia de existirem leis a que o próprio príncipe não se submeta. Um os princípios básicos do Estado de direito é precisamente o da legalidade, em consonância com o qual o próprio Estado se submete às leis por ele mesmo postas.

O berço do liberalismo foi a Inglaterra e originou-se no segundo *Bill of Rights*, em 1689, imposto pelo Parlamento à Coroa, o qual estabelecia em um dos treze artigos, os princípios da liberdade individual, notadamente de ordem religiosa, autorizava o porte de armas pelos cidadãos e professavam a religião protestante. “Foi precisamente esse sistema de liberdade defendida pelas armas que recebeu, na época, a denominação de liberalismo.”⁵⁶

O *Bill of Rights*, firmou os seguintes princípios: o Rei não poderá cobrar impostos sem o consentimento do Parlamento, ainda que sob forma de empréstimos ou contribuições voluntárias; ninguém será perseguido por se recusar a pagar impostos não autorizados pelo Parlamento; ninguém poderá ser subtraído aos seus juízos naturais; o Rei não instituirá jurisdições excepcionais ou extraordinárias, civil ou militar; o Rei não poderá fazer alojar em casas particulares soldados de terra ou mar, entre outros.⁵⁷

Mais tarde, nos Estados Unidos da América, tais princípios passariam a figurar na Declaração de Virgínia, em 1776, na Constituição Federal de 1787 e em todas as Constituições estaduais das antigas colônias inglesas que vieram compor a federação norte-americana.

Também na França o liberalismo avançou sob a liderança de Montesquieu, Voltaire, D’Argenson e outros, que formariam a corrente dos enciclopedistas, culminando com a revolução de 1789 e mais tarde coma a Declaração dos Direitos Fundamentais do Homem e do Cidadão, elaborada pela Constituinte Francesa, que sintetiza o Estado.

⁵⁵ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 28ª ed., São Paulo: Malheiros. 2007, p. 112-113.

⁵⁶ MALUF, Sahid. **Teoria Geral do Estado**, p. 123.

⁵⁷ MALUF, Sahid, *idem*, p. 124.

1.5 ESTADO DE DIREITO SOCIAL

A liberdade, entretanto, não foi capaz de promover uma vida digna aos homens. O seu uso abusivo, intensificado com a revolução industrial, gerou injustiças sociais. Daí o surgimento de movimentos populares em busca de melhores condições de saúde, trabalho, educação, lazer e econômicas, que quase romperam com o Estado de Direito. No entanto, como anota Pablo Lucas Verdú:

O Estado de Direito, que já não poderia justificar-se como liberal, necessitou, para enfrentar a maré social, despojar-se de sua neutralidade, integrar, em seu seio, a sociedade, sem renunciar ao primado do direito. O Estado de Direito, na atualidade, deixou de ser formal, neutro e individualista, para transforma-se em estado material de direito, enquanto adota uma dogmática e pretende realizar a justiça social.⁵⁸

É de se observar que o Estado liberal acaba por se submeter não a qualquer lei, mas a lei que vise o bem estar social. Desta forma, deixa de ser um Estado abstencionista, orientado pelo princípio da liberdade para ser um Estado interventor, pautado no princípio da igualdade material ou, ainda, deixa de ser um Estado mais livre e menos justo para ser menos livre e mais justo.

Mas para se buscar o efetivo bem estar social, não basta o Estado ser um Estado Social de Direito. Há a necessidade do componente “democrático” que dê autenticidade na escolha do que seja o bem estar social, algo que alguns Estados sociais não tiveram, como, por exemplo, a Itália Fascista e a Alemanha Nazista. Ambas eram consideradas Estado Social de Direito, porém a legitimidade do poder era duvidosa, porque se regia por sistemas absolutistas comandados, respectivamente, pelos ditadores Mussolini e Hitler.

No Brasil, conforme ensina Odete Medauar:

a Constituição de 1988 não menciona a expressão ‘Estado Social’, nem agrega o termo social aos qualificativos ‘democrático’ e ‘de direito’, no seu artigo 1º. Mas indubitável é a preocupação social, sobretudo pela presença de um capítulo dedicado aos direitos sociais. Existe um Estado social quando se verifica uma generalização dos instrumentos e das ações públicas de segurança e bem-estar social.⁵⁹

Trata-se do Capítulo II, em cujo art. 6º é estabelecido: “São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social,

⁵⁸ VERDU, Pablo Lucas. *La lucha per el Estado de Derecho*, p.94 *apud* SILVA, José Afonso da, *op.cit.*, p. 115.

⁵⁹ MEDAUAR, *op. cit.*, p. 28.

a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”. Evidenciado a preocupação com ‘social’.

1.6 ESTADO DE DIREITO DEMOCRÁTICO

Classicamente, se entende a Democracia como um governo do povo, para o povo e pelo povo, que é exercido diretamente ou por meio de representantes. Como se percebe, o conceito de Estado Democrático é correlato a um outro conceito, a saber; o de legitimidade, na medida em que esta – como sendo o respaldo da vontade popular, para o exercício do poder político –, é pressuposto daquele, ou seja, sem legitimidade não há democracia.

Esta é a posição, por exemplo, de J.J. Gomes Canotilho ao afirmar que o princípio do Estado Democrático está alicerçado em três outros princípios, que são “o princípio da soberania popular, o princípio da representação popular e o princípio da participação”.⁶⁰

O Estado Democrático é, portanto, um Estado em que há preponderância da vontade popular na sua organização política, social, econômica e ideológica, como bem observa José Afonso da Silva:

A configuração do Estado Democrático de Direito não significa unir formalmente os conceitos de Estado Democrático e Estado de Direito. Consiste na verdade na criação de um novo conceito, que leva em conta os conceitos dos elementos componentes, mas os supera na medida em que incorpora um componente revolucionário de transformação do *status quo*.⁶¹

Importante a observação de Willis Santiago Guerra Filho:

(...) especialmente quando se pretende interpretar como a que temos agora, adotou um padrão inaugurado contemporaneamente pela Constituição alemã de Bonn e já seguido antes de nós pelo legislador constitucional dos países da Península Ibérica, Espanha e Portugal. De acordo com esse padrão, as constituições ao se proporem instaurar um ‘Estado Democrático de Direito’ (art. 1º, *caput*), ocupa uma posição central a consagração de ‘Direitos e Garantias Fundamentais’, tal como é feito, exaustiva e amplamente, no Título II de nossa Constituição, bem como de forma esparsada em todo seu corpo, notadamente no Título VIII, ‘Da Ordem Social’.⁶²

⁶⁰ CANOTILHO, J.J. Gomes, **Direito Constitucional**, 6ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1995, p. 418 a 431.

⁶¹ SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, p.119.

⁶² GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**, 4ª ed., São Paulo: RCS Editora, 2005, p. 30.

A Constituição Federal de 1988, no mencionado art. 1º, estabelece como fundamento da República, dentre outros, a soberania e a dignidade da pessoa humana. No artigo 2º especifica que são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário⁶³. Baseia-se no princípio da legalidade (art. 5º, II), porém, não só na legalidade formal, mas também e principalmente material, na medida em que está voltado para a realização de uma sociedade livre, justa e solidária (art.3º, I); garantindo o desenvolvimento nacional (art. 3º, II); erradicando a pobreza, reduzindo as desigualdades sociais e regionais (art.3º, III) e promovendo o bem de todos, sem preconceitos de raça, cor, sexo, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, IV), constituindo-se, enfim, em democrático quando preceitua, no parágrafo único do art. 1º, que todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos da Constituição.⁶⁴

⁶³ - Poder Legislativo: Suas funções típicas são legislar e fiscalizar, possuindo ambas o mesmo grau de importância. As funções atípicas constituem-se em *administrar* e *julgar*. Exemplo das primeiras: disposições sobre a organização e operacionalização interna, provimento de cargos, promoções de seus servidores; exemplo das segundas: processo e julgamento do Presidente da República por crime de responsabilidade e Comissões Parlamentares de Inquérito. O órgão administrativo de direção do Congresso Nacional é sua Mesa, que será presidida pela Presidente do Senado Federal, e os demais cargos serão exercidos, alternadamente, pelos ocupantes de cargos equivalentes na Câmara dos Deputados e no Senado Federal.

- Poder Executivo: Compete ao Poder Executivo como função precípua a prática dos atos de chefia de estado, de governo e de administração. Como chefe de Estado, o presidente o representa nas relações internacionais, corporificando a unidade interna do Estado. Como chefe de Governo, a função presidencial corresponde à representação interna na gerência dos negócios internos, tanto os de natureza política – participação no processo legislativo –, como nos de natureza eminentemente administrativa.

Em virtude das altas funções que exercem, para garantia de independência e imparcialidade do bom cumprimento de suas tarefas, assim como os membros do Legislativo e do Judiciário, o Chefe do Poder Executivo possui várias prerrogativas e imunidades.

- Poder Judiciário: ao qual compete, além da administração da Justiça, ser o guardião da Constituição para garantir seu cumprimento. A necessidade das soluções jurídicas dos conflitos, serem proferidas por um Poder autônomo e independente, é inevitável para se conceber a conceituação do Estado Democrático de Direito. O direito a tutela e o direito ao processo e julgamento por um Tribunal independente e imparcial, constituem-se em direitos fundamentais dos cidadãos.

⁶⁴ Conforme Celso Antônio Bandeira de Mello "(...) em nosso tempo histórico, no mundo ocidental, prevalece esmagadoramente, na doutrina a afirmação de que há uma trilogia de funções no Estado: a legislativa, a administrativa (ou executiva) e a jurisdicional. Esta trilogia é uma construção política consagrada juridicamente, a partir do propósito ideológico de Montesquieu de impedir a concentração de poderes para preservar a Liberdade dos homens contra os abusos e tiranias dos governantes. Essas funções estão distribuídas em três blocos orgânicos, denominados "Poderes" que observariam, senão com absoluta exclusividade, ao menos com manifesta predominância, as funções correspondentes a seus próprios nomes: Legislativo, Executivo e Judiciário. Dentro desta construção ideológica é fundamental dividir-se o exercício destas aludidas funções entre diferentes órgãos, não de maneira rígida absoluta, com exclusividade de cada órgão no desempenho da função que lhe confere o nome. Estabelecem-se os chamados 'freios e contrapesos', mecanismo por força do qual atribuindo-se a uns, funções que em tese corresponderiam a outros, pretende-se promover em equilíbrio melhor articulado entre os chamados poderes, isto é, entre os órgãos do poder". **Curso de Direito Administrativo**. 22ª ed., São Paulo: Malheiros, 2006, p. 29.

Estado Democrático de Direito é aquele que busca a realização do bem estar social sob a égide de uma lei justa e que assegure a participação mais ampla possível do povo, no processo político decisório. Resumindo, significa a subordinação do Estado à lei e à Constituição votada livremente pelo povo.

1.7 DIREITOS FUNDAMENTAIS

O Estado de Direito, que trouxe em seu bojo o princípio da soberania nacional e da existência de uma Constituição escrita como instrumento de limitação dos poderes da autoridade pública somente se realiza se nela estiver expressos dois princípios essenciais: a divisão do poder em três órgãos, harmônicos e independentes entre si (Legislativo, Executivo e Judiciário) e a declaração dos direitos fundamentais da pessoa humana.

Assim, após mais de um milênio de guerras, lutas, conquistas, retrocessos e vitórias do pensamento político, filosófico e religioso, os direitos da pessoa humana lograram assentar-se via afirmação jurídica em norma sediadas no topo da pirâmide jurídica dos Estados: as constituições escritas, documento básico de reconhecimento dos direitos fundamentais.⁶⁵

Pontes de Miranda observa que,

As Declarações de Direitos, ou *Bill of Rights*, às vezes chamados Declarações de Direitos e Liberdades, são partes mais importantes das Constituições. (...) A história das Declarações de Direitos é a melhor história das regras de fundo; a história delas e de sua prática, a melhor história da liberdade. É uma espécie de proto-história da igualdade.⁶⁶

Os seres humanos, apesar das inúmeras diferenças biológicas e culturais que os distinguem entre si, merecem igual respeito, como únicos entes no mundo capazes de agir moralmente, exercer liberdade, amar, descobrir a verdade e criar a beleza. É o reconhecimento universal de que, em razão dessa radical igualdade, ninguém – nenhum indivíduo, gênero, etnia, classe social, grupo religioso ou não – pode afirmar-se superior aos demais.

⁶⁵ BITTAR, Eduardo C. B.; FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Direitos Humanos Fundamentais: posituação e concretização**, São Paulo: EDIFIEO, 2006, p. 115.

⁶⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Democracia, Liberdade, Igualdade (Os Três Caminhos)**, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1979, p. 21.

Em razão da complexidade e abrangência do tema, difícil se torna conceituá-lo com precisão. Entretanto, José Afonso da Silva, nos dá a seguinte noção, ao asseverar que a expressão:

...é reservada para designar, no nível do *direito positivo*, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. No qualificativo *fundamentais* acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; fundamentais *do homem* no sentido de que a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados. Do *homem*, não como o macho da espécie, mas no sentido de *pessoa humana*. *Direitos Fundamentais do homem significa direitos fundamentais da pessoa humana ou direitos fundamentais*.⁶⁷

Também o referido autor afasta a idéia de que os direitos fundamentais são somente aqueles encontrados no artigo 5º da Constituição Federal, classificando os direitos fundamentais em cinco grupos: 1) direitos individuais (artigo 5º), 2) direitos coletivos (artigo 5º), 3) direitos sociais (artigo 6º e 193 e seguintes), 4) direitos à nacionalidade (artigo 12) e 5) direitos políticos (artigos 14 a 17).⁶⁸

1.7.1 Evolução histórica

Segundo Fábio Konder Comparato, quando se instituiu o reino unificado de Israel sob Davi, nos séculos XI e X a.C, “estabeleceu-se pela primeira vez na história política da Humanidade, a figura do rei-sacerdote, o monarca que não se proclamou Deus nem se declarou legislador”, o que “muitos séculos depois passou a ser designado como Estado de Direito”, ou seja, uma organização política em que os governantes não criam o direito para justificar o seu poder, mas submetem-se aos princípios e normas editados por uma autoridade superior.⁶⁹

No século VI a.C, a experiência de limitação de poder de governo foi retomada com as primeiras instituições democráticas atenienses, por se “fundar nos

⁶⁷ SILVA, José Afonso da, *op. cit.*, p. 178.

⁶⁸ SILVA, José Afonso da, *op. cit.*, p. 184.

⁶⁹ COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**, 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2003, p. 40.

princípios da preeminência de lei e da participação ativa do cidadão nas funções de governo.”⁷⁰

Em Roma, na primeira República, a limitação do poder político foi alcançada, não pela soberania popular ativa, mas em razão da instituição de um complexo sistema de controles recíprocos entre diferentes órgãos políticos. A combinação dos regimes monárquico, aristocrático e democrático, acarretaram um processo legislativo ordinário de iniciativa dos cônsules que “redigiam o projeto e os submetiam ao Senado, que o aprovava com ou sem emendas, para ser finalmente submetido à votação do povo, reunido nos comícios.”⁷¹

Com a queda do Império Romano do Ocidente em 453 d.C, e o surgimento da Idade Média, ocorre um retrocesso nesse processo. Essa fase histórica da civilização é caracterizada por instituições clássicas, valores cristãos e costumes germânicos. Esfacela-se o poder político e econômico na Europa, desencadeando-se numa disputa entre a Igreja Católica e a Monarquia, com a prevalência desta última.

Já nessa época vão surgir os primeiros movimentos da rebeldia contra a concentração de poderes nas mãos do Rei, na Península Ibérica (a Declaração das Cortes de Leão, 1.118) e na Inglaterra (a Magna Carta, em 1.215).

É o período da Alta Idade Média que assistirá o renascimento da cultura, das artes, do conhecimento científico e do comércio. Com o conseqüente progresso das cidades, principalmente do sul da França e do Norte da Itália, surge uma nova classe social, a Burguesia.

Freqüentemente em conflito com os Senhores Feudais e a Igreja, mas apoiada pela Realeza, “esta classe se enriquece pelo comércio, separa-se do povo, e acabará por conseguir no século XVIII, a queda do antigo regime, tornando-se classe dominante tanto na atividade política com na atividade econômica.”⁷²

⁷⁰ COMPARATO, *op. cit.*, p. 41.

⁷¹ COMPARATO, *op. cit.*, p. 43.

⁷² Enciclopédia Delta Larousse, p. 1143.

1.7.2 Gerações de Direitos Fundamentais

Quando falamos das gerações de direitos fundamentais ou direitos emergentes, referimo-nos àqueles direitos que vêm sendo acolhidos pelo direito para atender aos anseios do homem diante de novos interesses que necessitam de proteção legal, sejam eles; individuais, sociais, solidários ou fraternos e tecnológicos, capazes de provocar, por si, mudança social.

De acordo com Alexandre de Moraes, modernamente a doutrina nos apresenta a classificação de direitos fundamentais de primeira, segunda e terceira gerações, “baseando-se na ordem cronológica em que passaram a ser constitucionalmente reconhecidos”⁷³

Entretanto, tem ela divergido quanto à utilização do termo geração para designar os direitos que marcam um determinado momento histórico. Parte entende que o uso do termo “geração” não retrata corretamente o fenômeno, isto porque, vislumbra-se a sobreposição ou revogação de um direito (geração) por outro, propondo, por conseguinte, que melhor seria designá-los de “dimensões de direitos”, conforme escreve Paulo Bonavides:

(...) força é dirimir, a esta algura, um eventual equívoco de linguagem: o vocábulo ‘dimensão’ substitui, com vantagem lógica e qualitativa, o termo ‘geração’, caso este último venha a induzir apenas sucessão cronológica e, portanto, suposta caducidade dos direitos das gerações antecedentes, o que não é verdade.⁷⁴

Outros entendem que os termos dimensão ou geração se equivalem. Geração designa ou pretende designar na seara dos direitos humanos, a superveniência de determinados direitos até então desconhecidos, sem que, necessariamente, exclua as outras. Pelo menos este é o sentido razoável para a utilização do termo.

Se olharmos para o mundo dos fatos, verificaremos que as gerações precedentes, apesar de mais velhas, continuam a ter vigência no seio social, mesmo que limitado pelas sucessoras. Portanto, a realidade é capaz de responder que qualquer distorção que se faça do termo geração não é capaz de modificar a sua real designação.

⁷³ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**, 19ª ed., São Paulo: Atlas, 2006, p. 26.

⁷⁴ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, 9ª ed., São Paulo: Malheiros, 2000, p. 525.

Noberto Bobbio, analisando o surgimento das gerações de direito, afirma que é impossível identificar um fundamento absoluto para todas às dimensões ou gerações:

(...) da finalidade visada pela busca do fundamento absoluto, ou seja, a ilusão de que – de tanto acumular e elaborar razões e argumentos – terminaremos por encontrar a razão e o argumento irresistível, ao qual ninguém poderá recusar a própria adesão. (...) essa ilusão já não é possível hoje; toda busca do fundamento absoluto é, por sua vez, infundada.⁷⁵

Para ele, não existe um fundamento e sim vários fundamentos, assim: “não se trata de encontrar o fundamento absoluto – empreendimento sublime, porém desesperado –, mas de buscar, em cada caso concreto, os vários fundamentos possíveis”.⁷⁶

Em outras palavras, cada geração ou dimensão de direitos possui um fundamento próprio, porquanto os fatores históricos que levaram a criação de direitos variam no tempo e no espaço. São, pois, justamente os fundamentos, bem como o conteúdo, os sujeitos passivo e ativo e a vinculação do Estado em cada geração.

Pode-se ainda dizer, que as três gerações de direitos fundamentais acabam por completar o lema da Revolução Francesa, por se relacionarem, respectivamente, com os direitos de liberdade, de igualdade e de fraternidade.

1.7.2.1 Primeira Geração – Liberdade

São os direitos civis e políticos que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais. Conforme Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

A opressão absolutista foi a causa próxima do surgimento das Declarações. Destas, a primeira foi a do Estado de Virgínia, votada em 1776, que serviu de modelo para as demais na América do Norte, embora a mais conhecida e influente seja a dos Direitos do Homem e do Cidadão, editada em 1789, pela Revolução Francesa.⁷⁷

Ambos os documentos, ao proclamarem a igualdade de todos os seres humanos, em dignidade e direitos, permitiram a mudança radical nos fundamentos

⁷⁵ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**, Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 16.

⁷⁶ BOBBIO, *op. cit.*, p. 24.

⁷⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direito Constitucional**. 25ª ed., São Paulo: Saraiva, 1999, p. 281.

da legitimidade política, conforme a redação do art. II, da Declaração de Direitos de Virgínia: “Todo poder pertence ao povo e, por conseguinte, dele deriva. Os magistrados (isto é, os governantes) são seus fiduciários e servidores, responsáveis a todo tempo perante ele”.

A reinvenção do conceito de democracia na América do Norte e na França – diferente do conceito de democracia dos gregos antigos por ser representativa e não direta –, apesar de não ter sido exatamente a defesa do povo pobre contra a minoria rica, foi a fórmula política encontrada pela burguesia, apoiada pelo capital, para extinguir os privilégios e o poder irresponsável da nobreza e do clero.

A Constituição brasileira, no artigo 5º, incisos e parágrafos, prevê um extenso rol deles, que não é taxativo, mas exemplificativo.

1.7.2.2 Segunda Geração – Direitos de Igualdade

A aristocracia agrária é substituída no comando do Estado pela burguesia, que passa a se orientar conforme os princípios do liberalismo político e econômico, incumbindo-se, fundamentalmente, da ordem econômica e do sistema de livre concorrência.

O poder do capital também financia o desenvolvimento da tecnologia que é empregada nas fábricas, permitindo a produção de bens de consumo, equipamentos, máquinas, etc., que, por sua vez, modernizarão a sociedade.

A população eminentemente agrária, atraída pelo progresso, em grande parte migra para as cidades. Estas cidades não estão preparadas para abrigar esse novo e vultoso contingente de novos moradores. Acumulam-se os problemas com a falta de moradia, higiene, suprimentos, transportes, segurança, energia, educação, entre outros.

Além disso, os operários nas fábricas são submetidos a um regime de escravidão, não havendo limites para as horas de trabalho, dias de descanso, férias, assistência médica, social, limite de idade, segurança, etc. A situação acaba ficando pior do que a do século anterior. Vão surgir os direitos sociais.

Contra essa nova conjuntura, surge o socialismo.

1.7.2.3 Terceira Geração – Direitos de Solidariedade

São os que não correspondem especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado, mas apresentam com destinatário o gênero humano. São interesses difusos, segundo Paulo Bonavides, os “direitos da fraternidade, como o direito ao desenvolvimento, direito à paz, o direito ao meio ambiente, o direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e o direito de comunicação.”⁷⁸

A necessidade de reconhecimento desses direitos se acentuou nos últimos tempos. Esclarece Gianpaolo Poggio Smanio que a “sociedade de massa trouxe fenômenos sociais e jurídicos” que não poderiam ser adequadamente resolvidos dentro da legislação então vigente, fundamentada na proteção individual.⁷⁹

Milhares de consumidores de um mesmo produto, de um lado, reclamam proteção jurídica ampla; conglomerados econômicos, de outro lado, com seus interesses de produção e comércio, inclusive multinacionais, bem com a criação de *shopping centers* cada vez maiores e a possibilidade de compras pela *internet*, modificam as relações de consumo.

Os grandes aglomerados urbanos trouxeram a urgência da proteção ambiental, inclusive sobre a própria ocupação dos espaços para moradia, além do desenvolvimento industrial e econômico, com a necessidade de exploração dos recursos ambientais disponíveis.

A revolução industrial trouxe os sintomas da transformação radical da sociedade, com a produção em série e o consumo de massas, que implicam novas funções estatais e a mudança do eixo central das atividades do Estado, da legislação para a administração, da aplicação do direito para a elaboração e execução de programas de ação.

Sustenta a doutrina que, ao lado da concepção tradicional do direito subjetivo e do interesse legítimo, pode existir interesse que não seja individual ou coletivo, mas de um número indeterminado de pessoas, o que torna difuso esse interesse.

⁷⁸ BONAVIDES, *op. cit.*, p. 523.

⁷⁹ SMANIO, Gianpaolo Poggio. **Tutela Penal dos Interesses Difusos**. São Paulo: Atlas, 2000, p. 22.

Assim, cita Celso Antonio Pacheco Fiorillo que, ao “pensarmos no ar atmosférico poluído, não temos como precisar quais são os indivíduos afetados por ele”. Talvez seja possível apenas delimitar um provável espaço físico que estaria sendo abrangido pela poluição atmosférica, todavia, seria inviável determinar todos os indivíduos afetados e expostos a seus malefícios.⁸⁰

Gianpaolo Poggio Smanio, conceitua interesse difuso como sendo:

(...) aqueles interesses metaindividuais, essencialmente indivisíveis, em que há uma comunhão de que participam todos os interessados, que se prendem a dados de fato, mutáveis, acidentais, de forma que a satisfação de um deles importa na satisfação de todos e a lesão do interesse importa na lesão a todos os interessados, indistintamente.⁸¹

Resumindo, podemos dizer que os bens ou interesses difusos, apesar de serem coletivos, distinguem-se desses últimos quanto ao número indeterminado de pessoas que poderão ser titulares e da origem que decorre de uma situação de fato e não de uma relação jurídica.

Estão previstos em diversos artigos da Constituição Federal, na sua maioria dispostos no Título VII e no Título VIII.

1.8 A CARTA DA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS

Inspirada por estas concepções surge, a partir do pós-guerra, em 1945, a Organização das Nações Unidas – ONU. Em 1948 é adotada a Declaração Universal dos Direitos Humanos, pela aprovação unânime de 48 Estados, com 8 abstenções (Bielorússia, Checoslováquia, Polônia, Arábia Saudita, Ucrânica, União Soviética, África do Sul e Iugoslávia).

A inexistência de qualquer questionamento ou reserva feita pelos Estados aos princípios da declaração ou de qualquer voto contrário às suas disposições, conferem à Declaração Universal o significado de um código e plataforma comum de ação. Segundo Flávia Piovesan, “a Declaração consolida a afirmação de uma ética

⁸⁰ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **O Direito de Antena em Face do Direito Ambiental no Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 6.

⁸¹ SMANIO, *op. cit.*, p. 25.

universal, ao consagrar um consenso sobre valores de cunho universal, a serem seguidos pelos Estados.”⁸²

A Declaração se distingue das tradicionais cartas de direitos humanos que constam de diversas normas fundamentais e constitucionais dos séculos XVIII e XIX e começo do século XX, na medida em que ela consagra não apenas os direitos civil e político, mas também direitos econômicos social e cultural, como o direito ao trabalho e à educação.

Para Celso D. Albuquerque Mello, a Declaração Universal “tem sido dividida pelos autores em quatro partes: a) normas gerais (artigos 1º e 2º, 28, 29 e 30); b) direitos e liberdades fundamentais (artigos 3º e 20); c) direitos públicos (art. 21); d) direitos econômicos e sociais (artigos 22 e 27).”⁸³

Dentre as várias classificações das categorias de direitos existentes na Declaração, Flávia Piovesan destaca a de Jack Donnelly:

1ª) direitos pessoais, incluindo os direitos à vida, à nacionalidade, ao reconhecimento perante à lei, à proteção contra tratamentos ou punições cruéis, degradantes ou desumanas e à proteção contra a discriminação racial, étnica, sexual ou religiosa (artigos 2º a 7º e 15º);

2ª) direitos judiciais, incluindo o acesso a remédios por violação dos direitos básicos, a presunção de inocência, a garantia de processo público justo e imparcial, a irretroatividade das leis penais, a proteção contra a prisão, detenção ou exílio arbitrários, e contra a interferência na família, no lar e na reputação (artigos 8º a 12);

3ª) liberdades civis, especialmente as liberdades de pensamento, consciência e religião, de opinião e expressão, de movimento e resistência, e de reunião e de associação pacífica (artigos 13º e de 18º a 20º);

4ª) direitos de subsistência, particularmente os direitos à alimentação e a um padrão de vida adequado à saúde e ao bem-estar próprio e da família (artigos 25º);

5ª) direitos econômicos, incluindo principalmente os direitos ao trabalho, ao repouso e ao lazer, e à segurança social (artigos 22º a 26º);

⁸² PIOVESAN, Flávia. **Revista Internacional de Direitos Humanos**, Ano 1, nº 1, 1º semestre, 2004, p. 25.

⁸³ ALBUQUERQUE MELLO, Celso D. **Curso de Direito Internacional Público**, 6ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1979, p. 531.

6ª) direitos sociais e culturais, especialmente os direitos à instrução e à participação na vida cultural da comunidade (artigos 26º e 28º) e;

7ª) direitos políticos, principalmente os direitos a tomar parte no governo e a eleições legítimas com sufrágio universal e igual (artigo 21º).⁸⁴

Apesar das divisões acima expostas, o fato é que todos os direitos humanos constituem um complexo único e indivisível, em que os diferentes direitos estão necessariamente inter-relacionados e interdependentes entre si. Vale dizer, sem a efetividade dos direitos econômicos, sociais e culturais, os direitos civis e políticos se reduzem a meras categorias, enquanto que, sem a realização dos direitos civil e políticos, ou seja, sem a efetividade da liberdade entendida em seu mais amplo sentido, os direitos econômicos e sociais carecem de verdadeira significação.

Como estabeleceu a Resolução nº 32/30 da Assembléia Geral das Nações Unidas: “todos os direitos humanos, qualquer que seja o tipo a que pertencem, se inter relacionam necessariamente entre si, e são indivisíveis e interdependentes”. Esta concepção foi reiterada na Declaração de Viena de 1993, quando afirma, em seu § 5º, que os direitos humanos são universais, indivisíveis, interdependentes e inter relacionados.

1.9 A RELAÇÃO ENTRE O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E AS GERAÇÕES DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Pelo que foi exposto acima, pode-se observar que a evolução do conceito de Estado Democrático de Direito, do surgimento até à atualidade, coincide com a evolução das Gerações de Direito, porque tiveram o mesmo contexto histórico e os mesmos fundamentos: o primeiro, descrito por uma vertente mais política do que jurídica e, o segundo, mais jurídica do que política. Dessa maneira, podemos considerá-los duas faces da mesma moeda.

O século XVIII foi marcado pela queda da Monarquia absolutista que deu lugar à Monarquia constitucional, constituindo assim, o primeiro passo para a

⁸⁴ PIOVESAN, *op. cit.*, p. 35.

construção do Estado Democrático de Direito. As transformações sociais que se verificaram a seguir marcaram a primeira Geração de Direitos.

O Estado liberal, entretanto, não foi capaz de assegurar as necessidades sociais criadas em decorrência dele, de que são exemplos mais marcantes o êxodo rural e o conseqüente aumento desordenado das cidades, no contexto da Revolução Industrial. Com as políticas adotadas, surge o então Estado Social de Direito. Com este, nascem também os direitos de segunda geração, relativos aos direitos sociais, econômicos e culturais.

Não se pode deixar de perceber que as concepções do Estado liberal, dentre elas, os direitos à liberdade e a propriedade, não foram excluídos pelos direitos de segunda geração, assim como estes, não renunciaram ao império da lei.

Entretanto, a implementação dos direitos de segunda geração foi bastante combatida pelos jusnaturalistas, pois entendiam que o direito tinha apenas um único fundamento; a natureza. Nesse sentido eram eles imutáveis, absolutos e universais, e não podiam ser modificados nem adicionados a outros. É a observação de Norberto Bobbio:

(...) Aliás, vale a pena recordar que, historicamente, a ilusão do fundamento absoluto de alguns direitos estabelecidos foi um obstáculo à introdução de novos direitos, total ou parcialmente incompatíveis com aqueles. Basta pensar nos empecilhos colocados ao progresso da legislação social pela teoria jusnaturalista do fundamento absoluto da propriedade: a oposição quase secular contra a introdução dos direitos sociais foi feita em nome do fundamento absoluto dos direitos de liberdade. O fundamento absoluto não é apenas uma ilusão; em alguns casos, é também um pretexto para defender posições conservadoras.⁸⁵

A última fase para o alcance do Estado Democrático de Direito foi à democratização do Estado Social de Direito. No Brasil e sua consagração se dá com a Constituição de 1988.

Enquanto o Estado de Direito está para os Direitos de Primeira Geração e o Estado Social de Direito está para os Direitos de Segunda Geração, o Estado Democrático de Direito está para todas as gerações de direitos que possam surgir doravante. O Estado Democrático deve assegurar o princípio do pluralismo político (artigo 1º, V, Constituição Federal), fazendo com que o ordenamento jurídico

⁸⁵ BOBBIO, *op. cit.*, p. 22

conheça e assegure todos os valores sociais, transformando-os em direitos. É que acontece com os Direitos de Terceira Geração.

Em decorrência da adoção do Estado Democrático de Direito, há um aumento dos bens suscetíveis da tutela jurídica, exigindo mais trabalho do aplicador do direito na análise de cada caso concreto, uma vez que será freqüente o choque entre as esferas de atuação de interesses antagônicos, como, por exemplo, interesses de consumidores *versus* interesses de fornecedores.

2 O DEVIDO PROCESSO LEGAL E O PROCESSO ADMINISTRATIVO

No presente capítulo será abordado o princípio constitucional do devido processo legal, como direito fundamental que é, uma vez alçado a esta condição através do artigo 5º, inciso LIV, inserido no Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais -, Capítulo I, no rol dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, da Constituição Federal de 1988.

Em prosseguimento, o devido processo legal será tratado em sua origem, na Inglaterra em 1215, na época de João sem Terra e, mais tarde, sua recepção pela legislação norte-americana, através das Emendas 5ª e 14ª.

Enfatizar-se-á o seu histórico no Brasil, primeiramente sob o enfoque processual e, posteriormente, por influência norte-americana, a sua aplicação em sentido substancial, abordando seus sub-princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, inclusive quanto à aplicação atual destes, pelos tribunais brasileiros.

Em continuidade ao estudo proposto neste capítulo, será abordada a aplicação do princípio do devido processo legal na esfera do processo administrativo.

2.1 O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DO DEVIDO PROCESSO LEGAL COMO DIREITO FUNDAMENTAL

O vocábulo “princípio” tem sua origem no latim *principium*, com o significado de começo, origem, ponto de partida.

Miguel Reale externa que são os princípios “enunciados lógicos admitidos como condição ou base de validade das demais asserções que compõem dado campo do saber.”⁸⁶

Assim, são os princípios responsáveis pela orientação da ciência, sua construção e evolução e podem ser considerados como:

⁸⁶ REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 20ª ed., São Paulo: Saraiva, 1993, p. 299.

Enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, que para a sua aplicação e integração, quer para a elaboração de novas normas. Contribuem, desse modo, tanto o campo da pesquisa pura do Direito quanto o de sua atualização prática.⁸⁷

E conclui:

Princípios são, pois, verdades ou juízos fundamentais, que servem de alicerce ou de garantia de certeza a um conjunto de juízos, ordenados em um sistema de conceitos relativos a dada porção da realidade. Às vezes também se denominam princípios certas proposições que, apesar de não serem evidentes ou resultantes de evidências, são assumidas como fundantes da validade de um sistema particular de conhecimentos, como seus pressupostos necessários.⁸⁸

Define José Augusto Delgado que, “Na ampliação de seu conceito compreende, também, causa primária de algo, elemento predominante de um corpo orgânico, ou preceito fundamental, regra essencial, base nuclear de qualquer entidade.”⁸⁹

Na Filosofia, o termo é entendido como

uma proposição que se põe no início de uma dedução e que não é deduzida de nenhuma outra dentro do sistema considerado, sendo admitida como inquestionável, a exemplo dos axiomas, dos postulados, dos teoremas, etc.⁹⁰

O termo foi introduzido na Ciência Filosófica por Anaximandro de Mileto, filósofo pré-socrático que viveu entre 609/610 a 546 a.C., recebendo de Aristóteles vários sentidos, sendo “causa” o mais antigo deles.⁹¹

Em sentido jurídico, princípios são proposições normativas básicas, gerais ou setoriais, positivadas ou não, que, revelando os valores fundamentais do sistema jurídico, orientam e condicionam a aplicação do direito. São normas superiores, pois orientam toda atividade legislativa e a interpretação destas para aplicação ao caso concreto.

⁸⁷ REALE, Miguel. Op. cit., p. 300.

⁸⁸ REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 12ª ed., São Paulo: Saraiva, 1987, p. 60

⁸⁹ DELGADO, José Augusto. **A Tutela do Processo na Constituição de 1988**. Revista Curso de Direito Universidade Federal de Uberlândia, 1990, p. 335.

⁹⁰ *Ibidem*.

⁹¹ ARISTÓTELES. **Metafísica**, Liv. I, vol. 1, 1.012 b 32 e 1.013-19 *apud* DELGADO, Op. cit., p. 335.

Os princípios dão ao ordenamento jurídico a idéia de sistema integrado e se constituem em fontes primárias do direito e orientam a ordem jurídica; como normas de base, impedem que uma norma contrária a algum deles seja legítima.

O conflito entre dois ou mais princípios não deve fazer com que um só um seja aplicado, mas todos de maneira que se compatibilizem e se integrem, daí o caráter relativo dos princípios, ou seja, a aplicação de um não exclui o outro, incidindo o critério da proporcionalidade.

Anteriormente, a doutrina negava juridicidade aos princípios, expondo que eram apenas preceitos de ordem moral ou política. Somente com o passar do tempo é que se reconheceu a juridicidade dos princípios e esse caráter é observado e obedecido na atualidade.

Na definição de Celso Antônio Bandeira de Mello:

Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, dispositivo fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. (...) Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.

Isto porque, com ofendê-lo, abatem-se as vigas que o sustentam e alui-se toda a estrutura nelas esforçada.⁹²

Paulo de Barros Carvalho, define:

Princípios são normas diretas que informam e iluminam a compreensão de segmentos normativos, imprimindo-lhes um caráter de unidade relativa e servindo de fator de agregação num dado feixe de normas. Existem, nos preceitos legais, duas espécies de princípios: alguns estão expressos e outros estão implícitos. Entre os princípios expressos e os implícitos não há hierarquia, com apenas uma única exceção: o princípio da certeza do direito, pois todos os outros princípios atuam em conjunto harmônico para realizá-lo.⁹³

Na esfera constitucional, Celso Ribeiro Bastos define princípios como sendo:

as vigas mestras do texto constitucional, e que vão ganhando concretização, não só a partir de outras regras da Constituição (como é o

⁹² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**, p. 922-923.

⁹³ CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**, 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 90.

caso do princípio federativo), mas também de uma legislação ordinária, que deverá guardar consonância com o princípio.⁹⁴

Tomando-se por base a classificação de J. J. Gomes Canotilho, podemos citar os seguintes princípios constitucionais:

1. Princípios jurídicos fundamentais: historicamente objectivados e progressivamente introduzidos na consciência jurídica e que se encontram na recepção expressa ou implícita no texto constitucional. Pertencem à ordem jurídica positiva e constituem um importante fundamento para a interpretação, integração, conhecimento e aplicação do direito positivo. São exemplos: o princípio de acesso ao direito e aos tribunais.
2. Princípios políticos constitucional conformadores: explicitam as valorações fundamentais do legislador constituinte. Nestes princípios se condensam as opções políticas nucleares e se reflete a ideologia inspiradora da constituição. São exemplos: os princípios definidores da forma de Estado; os princípios definidores da estrutura do Estado; os princípios estruturantes do regime político; e os princípios caracterizadores da forma de governo.
3. Princípios constitucionais impositivos: subsumem-se todos os princípios que, sobretudo no âmbito da constituição dirigente, impõem aos órgãos do Estado, sobretudo ao legislador, a realização de fins e a execução de tarefas. São, portanto, princípios dinâmicos, prospectivamente orientados. São exemplos: o princípio da independência nacional e o princípio da correção das desigualdades na distribuição de riqueza e de rendimentos.
4. Princípios-garantia: traduzem-se no estabelecimento directo de garantias para os cidadãos. São exemplos: o princípio de *nullum crimen sine lege* e de *nulla pena sine lege*, o princípio do juiz natural, os princípios de *non bis in idem* e *in dubio pro reo*.⁹⁵

Conforme Robert Alexy, norma é o gênero, do qual princípio e regra são espécies e que tanto regras como princípios são normas porque ambos prescrevem o que é devido.⁹⁶

As regras, como espécie de normas que são, ao contrário dos princípios, possuem grau de abstração reduzida, possuem conteúdo específico e concreto e, diante de sua precisão, podem ser aplicadas diretamente, incidindo sobre diversas situações do mesmo tipo. Ocorrendo conflito entre regras, diferentemente do que acontece com os princípios, apenas uma será aplicada ao caso em concreto, resolvendo a aplicação pelo critério da especialidade e anterioridade.

⁹⁴ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**, 23ª ed., São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002, p. 80.

⁹⁵ CANOTILHO, *op. cit.*, p. 171-174

⁹⁶ ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**, 3ª ed., Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, Madrid: 2002, p. 87.

Dentre os vários princípios encartados na Constituição Federal, discorreremos sobre o devido processo legal, como direito e garantia fundamental.

Conforme já mencionado, a Organização das Nações Unidas – ONU, surgiu em 1945 e, em 1948 foi adotada a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que em seus artigos 8º a 12º, já previa a garantia dos direitos judiciais, incluindo o acesso a remédios judiciais por violação dos direitos básicos, a presunção de inocência, a garantia de processo público justo e imparcial, a irretroatividade das leis penais, a proteção contra a prisão, detenção ou exílio arbitrários, e contra a interferência na família, no lar e na reputação.

Podemos concluir que a garantia “a uma justa e pública audiência por parte de um tribunal independente e imparcial” contida na Declaração Universal dos Direitos do Homem, é análoga, entre outros, a garantia do devido processo legal, estando, pois, alçada desde 1948, a condição de direito fundamental.

No Brasil, o princípio do devido processo legal está previsto no artigo 5º, inciso LIV da Constituição Federal, sob o Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais e, como tal é cláusula pétrea, nos moldes do artigo 60, § 4º, da Constituição Federal, o qual dispõe que não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto universal e periódico; a separação dos Poderes e os direitos e garantias individuais, o que significa dizer que nem mesmo a Emenda Constitucional poderá subtraí-la do Texto Constitucional. São, no dizer de Michel Temer, “intocáveis pelo legislador constituinte”, sendo que nesta matéria constitucional, a rigidez atinge grau máximo.⁹⁷

É sob o prisma do princípio do devido processo legal como direito e garantia fundamental, aplicado ao processo administrativo, que versará o presente trabalho.

2.2 O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

Não é tarefa fácil conceituar o devido processo legal e estabelecer sua real extensão e aplicação. É uma expressão um tanto vaga e de difícil determinação. Todavia, podemos adiantar, desde logo, que se trata de um princípio fundamental de

⁹⁷ TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**. 20ª ed., São Paulo: Malheiros, 2005, p. 145.

direito processual, podendo ser identificado nos diversos ramos do direito processual, quer judicial, administrativo ou legislativo.

Na experiência jurisprudencial norte-americana, verifica-se que não há interesse em se estabelecer uma definição precisa para a cláusula do devido processo legal; percebe-se que o importante não é delimitá-lo, mas é saber que o devido processo legal influi decisivamente na vida das pessoas e nos seus direitos.

Neste sentido, tornou-se conhecida a manifestação do Juiz Felix Frankfurter, da Suprema Corte Norte Americana, onde se lê a seguinte passagem:

due process não pode ser aprisionado dentro dos traiçoeiros limites de uma fórmula... *due process* é produto da história, da razão, do fluxo das decisões passadas e da inabalável confiança na força da fé democrática que professamos. *Due process* não é um instrumento mecânico. Não é um padrão. É um processo. É um delicado processo de adaptação que inevitavelmente envolve o exercício de julgamento por aqueles a quem a Constituição confiou o desdobramento desse processo.⁹⁸

Na história mais recente, ao apreciar o caso *Griswold vs. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965), a Suprema Corte Norte Americana, no voto de *Justice Harlan*, assim se pronunciou:

devido processo não foi ainda reduzido a nenhuma fórmula: seu conteúdo não pode ser determinado pela referência a qualquer código. O melhor que pode ser dito é que através do curso das decisões desta Corte ele representou o equilíbrio da nossa Nação, construída sobre postulados de respeito pela liberdade do indivíduo, oscilou entre esta liberdade e as demandas da sociedade organizada.⁹⁹

Ainda, de acordo com o direito processual americano, ensina Nelson Nery Junior,

...a cláusula *procedural due process* significa o dever de proporcionar-se ao litigante: a) comunicação adequada sobre a recomendação ou base da ação governamental; b) um juiz imparcial; c) a oportunidade de deduzir defesa oral perante o juiz; d) a oportunidade de apresentar provas ao juiz; e) a chance de reperguntar às testemunhas e de contrariar provas que forem utilizadas contra o litigante; f) o direito de ter um defensor no processo perante o juiz ou tribunal; g) uma decisão fundamentada, com base no que consta dos autos.¹⁰⁰

⁹⁸ - Voto no caso *Anti-Facist Committee v. Mc Grath*, 341 US 123, 95 L. Ed. 817 (1951), *apud* DÓRIA, Antonio Roberto Sampaio. **Direito Constitucional Tributário e *Due Process of Law*: Ensaio Sobre o Controle Judicial da Razoabilidade das Leis**, 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 33.

⁹⁹ Voto no caso *Griswold vs. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965) *apud* BARROSO, Luiz Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**, São Paulo: Saraiva, 1998, p. 200.

¹⁰⁰ NOWAK, Rotunda e Young. *Constitutional law*, p. 484 *apud* NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**, 8ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 68.

Adiciona-se a esses elementos o direito ao processo com a produção de provas, de publicar e estabelecer conferência preliminar das provas a serem produzidas, à audiência pública, a transcrição dos atos processuais, julgamento pelo tribunal do júri, o ônus da prova suportado mais acentuadamente pelo governo que pelo litigante individual.

Como todo e qualquer princípio, a experiência acerca da aplicação da cláusula do devido processo legal demonstra a sua sujeição às variantes histórico-culturais de cada tempo e lugar.

Nessa linha, Ada Pellegrini Grinover observa que “justiça, irrepreensibilidade, *due process of law* são conceitos históricos e relativos, cujo conteúdo pode variar de acordo com a evolução da consciência jurídica e política de um país”.¹⁰¹

Para Rui Portanova, o princípio do devido processo legal expõe o sentido de que cumpre “obedecer às normas previamente estipuladas em lei”, com isto, assegura-se “a todos os cidadãos que a solução de seus conflitos obedecerá aos mecanismos jurídicos de acesso e desenvolvimento do processo, conforme previamente estabelecido em leis”.¹⁰²

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 consagrou explicitamente em seu artigo 5º, inciso LIV, o devido processo legal, o qual garante aos brasileiros e estrangeiros residentes no País, que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal. Houve, assim, nas palavras de José Roberto Pimenta Oliveira, “inequívoco e inédita consagração explícita do princípio jurídico desenvolvido originariamente pelo direito anglo-saxão e posteriormente incorporado e substancialmente enriquecido pelo direito norte-americano”.¹⁰³

Ainda, através do seu artigo 5º, inciso LV, estendeu-se a garantia do devido processo legal, também, aos processos administrativos, objeto de estudo mais apurado no curso do presente trabalho.

Conforme observa Antônio Cláudio da Costa Machado,

¹⁰¹GRINOVER, Ada Pellegrini. **As Garantias Constitucionais do Direito de Ação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p. 34.

¹⁰²PORTANOVA, Rui. **Princípios do Processo Civil**, 5ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 145.

¹⁰³OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. **Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 217.

A norma em questão consagra em sede constitucional, pela primeira vez no Brasil, o maior e mais importante princípio de todo o direito processual (o devido processo legal ou *due process of law*), do qual decorrem todos os demais princípios de processo reconhecidos pela Constituição de 1988.¹⁰⁴

Enfatiza Manoel Gonçalves Ferreira Filho, que: “Impede essa cláusula (devido processo legal) toda restrição à liberdade ou aos direitos de qualquer homem, sem a intervenção do Judiciário, claro, se o interessado o reclamar.”¹⁰⁵

O devido processo legal, da forma como hoje se encontra esculpido no texto constitucional, no magistério de Maria Rosynette Oliveira Lima, dá aos indivíduos a garantia de que deve ser assegurado “um certo procedimento como meio apto a minimizar o risco de decisões arbitrárias sobre os bens que visa tutelar, bem assim a proteção do núcleo essencial comum dos direitos tutelados.”¹⁰⁶

Para Rogério Lauria Tucci e José Rogério Cruz e Tucci, o devido processo legal determina, imperiosamente, num Estado de Direito, a observância da elaboração regular e correta da lei, sua razoabilidade, senso de justiça e enquadramento nos preceitos constitucionais; na aplicação judicial das normas jurídicas, através de instrumento hábil a interpretação e realização e a assecuração, no processo, de paridade de armas entre as partes de modo a realizar a igualdade substancial, consubstanciando-se em garantia constitucional dos direitos fundamentais, materializando num “procedimento regularmente desenvolvido”, dentro de um prazo razoável.¹⁰⁷

O princípio do devido processo legal está relacionado à idéia de controle do poder estatal. O Estado pode, através de seus órgãos, a fim de realizar os objetivos, impor restrições aos bens individuais mais relevantes. No entanto, não pode fazê-lo arbitrariamente. Assim, o escopo deste princípio é reduzir o risco de ingerências indevidas nos bens tutelados, através da adoção de procedimentos adequados, ou ainda, garantir que a prolação de determinada decisão, quer judicial ou

¹⁰⁴ COSTA MACHADO, Antônio Cláudio da. **Código de processo civil interpretado artigo por artigo, parágrafo por parágrafo: leis processuais civis extravagantes anotadas**, Barueri: Manole, 2006, p. 19.

¹⁰⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**, 33ª ed., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 286.

¹⁰⁶ LIMA, Maria Rosynette Oliveira. **Devido Processo Legal**, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999, p. 18.

¹⁰⁷ LAURIA TUCCI, Rogério. CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Devido Processo Legal e Tutela Jurisdicional**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 18-19

administrativa, seja precedida de ritos procedimentais assecuratórios da devida maturação e convencimento.

Em termos gerais, o devido processo legal passa a assegurar igualdade de tratamento frente a qualquer autoridade.

Neste sentido, podemos concluir que o devido processo legal constitui-se na garantia das partes de ter observado, judicial ou administrativamente, todos os princípios dele decorrentes, somente se concretizando através dos princípios do contraditório, da ampla defesa, do juiz natural (art. 5º, XXXVII e LIII), da motivação dos atos judiciais (art. 93, IX), da publicidade (art. 5º, LX), da coisa julgada (art. 5º XXXVI), da isonomia (art. 5º, caput), proibição da prova ilícita (art. 5º, LVI), do acesso à justiça ou inafastabilidade jurisdicional (art. 5º, XXXV) e a garantia da assistência judiciária (art. 5º, LXXIV) e, agora, também, da duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII).

Ao rol dos princípios supra descritos, Antônio Cláudio da Costa Machado acrescenta:

(...) com base no inciso LIV, ainda é possível ao intérprete vislumbrar na cláusula do devido processo legal a garantia do processo justo, adequado, vale dizer, daquele cujas regras são racionais e razoáveis; a norma processual desprovida de racionalidade ou razoabilidade é, por isso, inconstitucional.¹⁰⁸

Assim, o devido processo legal apresenta-se como um dos mais importantes princípios constitucionais, em duas facetas: adjetiva (*procedural due process*) e substantiva (*substantive due process*), verificável no caso concreto e com incidência direta sobre os processos jurídicos.

Neste sentido, decidiu o Ministro Carlos Velloso: “a Constituição Federal de 1988 consagra o devido processo legal nos seus dois aspectos: substantivo e processual, nos incisos LIV e LV do artigo 5º, respectivamente”.¹⁰⁹

Nelson Nery Junior acrescenta:

¹⁰⁸ COSTA MACHADO, *op. cit.*, p. 20.

¹⁰⁹ ADIn N° 1511-7-DF. Rel. Ministro Carlos Velloso, DJ 06.06.2003. “O *due process of law*, com conteúdo substantivo – *substantive due process* – constitui limite ao Legislativo, no sentido de que as leis devem ser elaboradas com justiça, devem ser dotadas de razoabilidade (*reasonableness*) e de racionalidade (*rationality*), devem guardar, segundo W. Holmes, um real e substancial nexa com o objetivo que se quer atingir.”

A cláusula do *due process of law* não indica somente a tutela processual, como a primeira vista pode parecer ao intérprete menos avisado. Tem sentido genérico, como já vimos, e sua caracterização se dá de forma bipartida, pois há o *substantive due process* e o *procedural due process*, para indicar a incidência do princípio em seu aspecto substancial, vale dizer, atuando no que respeita ao direito material, e, de outro lado, a tutela daqueles direitos por meio do processo judicial ou administrativo.¹¹⁰

Podemos concluir que no Brasil, seguindo a inspiração norte-americana, a garantia ao princípio do devido processo legal não se efetiva somente em termos processuais, mas também em termos materiais. São as facetas: adjetiva e substantiva, verificável no caso concreto e com incidência direta sobre os processos jurídicos.

E nas palavras de André L. Borges Netto:

Duas são as facetas do devido processo legal, a adjetiva (que garante aos cidadãos um processo justo e que se configura como um direito negativo, porque o conceito dele extraído apenas limita a conduta do governo quando este atua no sentido de restringir a vida, a liberdade ou o patrimônio dos cidadãos) e a substantiva (que, mediante autorização da Constituição, indica a existência de competência a ser exercida pelo Judiciário, no sentido de poder afastar a aplicabilidade de leis ou de atos governamentais na hipótese de os mesmos serem arbitrários, tudo como forma de limitar a conduta daqueles agentes públicos).¹¹¹

Assim, o devido processo legal, considerando em seus aspectos substantivo e processual, através de todos os demais princípios que dele decorrem, constitui-se em ferramenta essencial, garantindo a efetividade do Estado Democrático de Direito.

Examinaremos, ainda, no presente trabalho, o devido processo legal em suas facetas processual e substancial.

2.3 EVOLUÇÃO HISTÓRICA

O devido processo legal, remotamente, é encontrado em um Decreto do Rei inglês Conrado II, de 28 de maio 1037. Ressurgindo no artigo 39 da Carta Magna,

¹¹⁰ NERY JÚNIOR. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**, 8ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 65.

¹¹¹ A Razoabilidade Constitucional (o princípio do devido processo legal substantivo aplicado a casos concretos), Revista Jurídica Virtual do Palácio do Planalto Nº 12 - Maio/2000, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/revista/Rev_12/razoab_const.htm>. Acesso em: 16/06/2007 às 16:36.

em 1215, na época em que João sem Terra detinha o poder e que o soberano ditava a lei.

Originalmente, a cláusula visava assegurar aos homens livres, notadamente aos barões e aos proprietários de terras, a inviolabilidade de seus direitos relativos à vida, à liberdade e, principalmente à propriedade, os quais só poderiam ser suprimidos através da “lei da terra” (*per legen terrae ou law of the land*), significando dizer, segundo Carlos Roberto Siqueira Castro que,

esses direitos naturais assim elencados somente poderiam sofrer limitações segundo os procedimentos e por força do direito comumente aceito e sedimentado nos precedentes judiciais, ou seja, pelos princípios e costumes jurídicos consagrados pelo common law.¹¹²

Assim, através da Magna Carta conquistada pelos barões feudais saxônicos junto ao rei João sem Terra, estava o devido processo legal. Inicialmente concebido como simples limitações às ações reais, este instituto estava fadado a tornar-se a suprema garantia das liberdades fundamentais do indivíduo e da coletividade em face do Poder Público.

Conforme ensina Carlos Roberto Siqueira Castro:

Aqueles revoltados de alta linhagem que, sob a liderança do Arcebispo de Canterbury, Stephen Langton, conquistaram a aposição do selo real naquela autêntica declaração dos direitos da nobreza inglesa frente à Coroa, jamais poderiam cogitar que nesse dia 15 de junho do ano de 1215 se estava lançando aos olhos da história da civilização a sementeira de princípios imorredouros, como o da ‘conformidade com as leis’, o do ‘juiz natural’ o da ‘legalidade tributária’ e o instituto do *habeas corpus*. (...) ao lado da ‘igualdade perante a lei’ (*equal protection of the law*), a cláusula *due process of law* erigiu-se no postulado maior da organização social e política dos povos cultos na era moderna.¹¹³

Assinala Maria Rosynete de Oliveira Lima que,

embora ainda não se falasse em direitos fundamentais do homem, mas em ‘meras tolerâncias’ (Martin Kriele, 1980:157) do soberano, esse documento surgiu da necessidade de impor limites ao arbítrio do poder de intromissão do rei na esfera individual.¹¹⁴

¹¹² CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil**, 4ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 7.

¹¹³ CASTRO, *op. cit.*, p. 5-6.

¹¹⁴ LIMA, Maria Rosynete de Oliveira. **Devido Processo Legal**. Dissertação de Mestrado em Direito e Estado apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de Brasília-UnB. Professor-Orientador: Gilmar Ferreira Mendes.

O princípio do devido processo legal teve inicialmente a locução *law of the land*, expresso no artigo 39 da Magna Carta, *in verbis*:

Art. 39. Nenhum homem livre será preso, aprisionado ou privado de uma propriedade, ou tornado fora-da-lei, ou exilado, ou de maneira alguma destruído, nem agiremos contra ele ou mandaremos alguém contra ele, a não ser por julgamento legal dos seus pares, ou pela lei.¹¹⁵

Curiosamente, a cláusula que previa o devido processo legal estava escrita em latim, portanto fora da compreensão do povo inglês, observando Celso Albuquerque Melo:

ao objetivo deliberado de fazê-lo inutilizável pela maioria da população como instrumento de proteção de seus direitos: A Magna Carta nada mais foi do que um dos inúmeros pactos existentes, no período medieval, entre a nobreza e os reis. Se no futuro ela veio a ser um dos documentos invocados pelo liberalismo, na sua origem nada mais era do que um instrumento a beneficiar ínfima parcela da população e o seu texto ficou em latim por mais de duzentos anos, a fim de que o grosso da população não pudesse invocá-lo em sua defesa.¹¹⁶

No século seguinte, em 1354, sob o reinado de Eduardo III, quando passou a fazer parte do Estatuto das Liberdades de Londres (*Statute of Westminster of the Liberties of London*), a cláusula *law of the land* foi sucedida como sinônima a expressão *due process of law*, como até hoje conhecida.

O ingresso dessa cláusula nas cartas das colônias inglesas da América do Norte – a “*Nova Inglaterra*” – sob a ementa, viria consagrar em definitivo a garantia do *due process of law*, mas tarde incorporada na Constituição da nascente federação dos Estados Unidos.

Carlos Roberto Siqueira de Castro, salienta que:

¹¹⁵“*Nullus liber homo capiatur vel imprisonetur aut disseisietur de libero tenemento suo vel libertatibus, vel liberis consuetudinibus suis, aut utlagetur, aut exuletur, aut aliquot modo destruat, nec super eo ibimus, nec super eun mitemus, nisi per legale iudicium parium suorum, vel per legem terrae*” apud Nelson NERY JUNIOR, *op. cit.*, p. 61.

“*No free man shall be seized or imprisoned, or striped of his rights or possessions, or outlawed or exiled, or deprived of his standing in any other way, nor will we proceed with force against him, or send others to do so, except by the lawful judgment of his equals or by the law of the land*” apud CASTRO, Carlos Roberto Siqueira de, **O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil**, 4ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 6-7.

¹¹⁶ ALBUQUERQUE MELO, Celso. Conferência inaugural da VI Jornada Latino-Americana de Metodologia do Ensino do Direito, sob o título “Direitos do Homem na América Latina”, publicada na obra coletiva *Crítica do Direito e do Estado*, Ed. Graal, 1984, p. 154 apud CASTRO, *op. cit.*, p. 7.

através do fenômeno da ‘recepção’, o direito norte-americano foi o herdeiro direto dessa garantia constitucional, tendo o mérito de embalá-la, criá-la e fazê-la florescer com inextinguível criatividade.¹¹⁷

Nos Estados Unidos da América, a cláusula do *due process of law* foi adotada em 1791, por intermédio da 5ª emenda à Constituição na sua faceta adjetiva, e depois, por intermédio da 14ª emenda à Constituição, em 1868, na sua faceta substantiva.

A 5ª e a 14ª Emendas da Constituição Americana, proíbem os governos, em suas esferas, de privar as pessoas da ‘vida, liberdade ou patrimônio’.

A 5ª Emenda Americana, dispõe que:

Ninguém será detido para responder por crime capital, ou qualquer outro crime infamante, salvo por denúncia ou acusação perante um Grande Jury, exceto nos casos que, em tempo de guerra ou de perigo público, versem sobre forças de terra ou mar, ou na milícia, quando no serviço ativo; nem terá qualquer pessoa colocado em risco, por duas vezes sua vida ou saúde, em razão do mesmo crime, nem será obrigado em qualquer caso criminal a ser testemunha contra si próprio, nem ser privado da vida, liberdade ou patrimônio, sem o devido processo legal; nem será a propriedade privada tomada para uso público, sem justa indenização.¹¹⁸

A Emenda 14ª, seção I, determina que:

Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos. E sujeitas a sua jurisdição, são cidadãos dos Estados Unidos e do Estado onde tiverem residência. Nenhum Estado poderá fazer ou executar leis restringindo os privilégios ou as imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; nem poderá qualquer Estado privar qualquer pessoa da sua vida, liberdade ou patrimônio sem o devido processo legal; nem negar a qualquer pessoa sob sua jurisdição a igual proteção das leis.¹¹⁹

A 14ª Emenda visou, na sua fase inicial, revogar a famigerada decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos que, no julgamento do caso *Dred Scott v. Sandford* (19 How. 393 – 1857), considerou não ser cidadão o autor da ação judicial, um

¹¹⁷ CASTRO, *op. cit.*, p. 8.

¹¹⁸ *5th. Amendment - No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a grand jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the militia, when in actual service in time of war or public danger; nor shall any person be subject for the same offense to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation.* Disponível em <<http://www.ourdocuments.gov>> Acesso em 19/09/07 às 15:35.

¹¹⁹ *14th. Amendment - Section 1. All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws.* Disponível em <<http://www.ourdocuments.gov>> Acesso em 19/09/07 às 15:35

escravo que postulava em favor da sua liberdade, não se lhe reconhecendo, em consequência, legitimidade para postular em juízo.¹²⁰

Desta forma, buscando estender a todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos da América à plenitude dos direitos de cidadania, foi promulgada a 14^a Emenda em 1868.

Conforme já mencionado, não existe uma definição, um conceito do devido processo legal, não existe uma forma, um molde definido, motivo pelo qual a cláusula é interpretada constitucionalmente

por intermédio de casos decididos pela Suprema Corte dos Estados Unidos. Quando a Suprema Corte, composta de nove pessoas, decide um 'caso', interpretando uma das cláusulas constitucionais do devido processo, e profere uma decisão majoritária (em que cinco ou mais dos juizes estão de acordo tanto em relação à decisão proferida quanto ao fundamento da decisão) a decisão constitui-se em 'precedente'. O precedente então define 'devido processo' para cortes inferiores tanto no sistema judiciário federal quanto no estadual, no caso apresentado para julgamento e em casos análogos que venham a ser ajuizados.¹²¹

Diferentemente da Constituição brasileira, que é muito mais específica, a Constituição americana possui uma abordagem conceitual no significado do "devido processo".

Por derradeiro, pertinente elencar algumas Constituições da atualidade que, de forma mais ou menos explícita, adotam a garantia do devido processo legal: Lei Fundamental do México, promulgada em 31 de janeiro de 1917¹²², a Carta Magna do Japão, de 03 de novembro de 1946¹²³ e a Constituição da Espanha, sancionada em 27 de dezembro de 1978.¹²⁴

¹²⁰ CASTRO, *op. cit.*, p. 26.

¹²¹ O devido processo legal na cultura jurídica dos Estados Unidos: passado, presente e futuro", *in*: Revista da AJUFE, ed. 56, São Paulo: 1997, p. 35.

¹²² "Art. 14. Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido antes los tribunales previamente establecidos, en el que cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho."

¹²³ Art. 31. Ninguém será privado da vida ou da liberdade, nem nenhuma pena criminal será imposta, a não ser de acordo com o processo estabelecido em lei."

¹²⁴ Art. 17. item 1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la ley."

2.4 BREVE HISTÓRICO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

De forma genérica, o princípio do *due process of law* caracteriza-se pelo trinômio vida-liberdade-propriedade, tutelando aqueles bens da vida em sentido amplo e genérico. Assim, no direito americano, tudo que disser respeito à tutela do trinômio, está sob a proteção do *due process clause*.

Conforme ensina Nelson Nery Junior:

Direito à liberdade, por exemplo, significa liberdade de opinião, de imprensa e de religião. O progresso mais notável da Suprema Corte americana, quanto à aplicação da cláusula *due process* aos casos concretos que lhe chegam a julgamento, é relativo à extensão da *privacidade* ao conceito de direito à liberdade.¹²⁵

É este sentido amplo e genérico adotado pela Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso LIV, quando fala da proteção da liberdade e dos bens, nitidamente inspirado nas Emendas 5ª e 14ª da Constituição americana.

A cláusula do *due process of law*, americana, foi encontrando abrigo em nossa ordem jurídica, a começar pela constitucionalização dos direitos e garantias fundamentais e o reconhecimento da força normativa de outros direitos e garantias implícitos.

Sob influxo dessas idéias, Castro Nunes em 1943 e Carlos Alberto Lúcio Bittencourt em 1949, passaram a defender a vigência implícita do preceito entre nós, sem, contudo encontraram eco junto ao restante da comunidade jurídica. Ao contrário, encontram opositores como Victor Nunes Leal e San Tiago Dantas.¹²⁶

No ano de 1968, a posição vanguardista é retomada por José Frederico Marques, que sustenta a aplicação da cláusula não apenas no campo processual penal, onde era por vezes associada aos princípios do contraditório e da ampla defesa, mas também na esfera administrativa.

Neste sentido, dispõe:

Se o poder administrativo, no exercício de suas atividades, vai criar limitações patrimoniais imediatas ao administrado, inadmissível seria que assim atuasse fora das fronteiras do *due process of law*. Se o contrário

¹²⁵ NERY JÚNIOR, *op. cit.*, p. 63.

¹²⁶ LIMA, Maria Rosynette de Oliveira. *Op. cit.*.

fosse permitido, ter-se-ia de concluir que será lícito atingir alguém em sua fazenda ou bens, sem o devido processo legal.¹²⁷

Com o advento da Constituição Federal de 1988, o devido processo legal, conforme já visto, ganhou explicitamente *status* de garantia e direito fundamental, não só em processos judiciais como também no administrativo e legislativo, em seus aspectos processual e substancial, sob os quais nos debruçaremos a seguir.

2.5 DEVIDO PROCESSO LEGAL PROCESSUAL (*PROCEDURAL DUE PROCESS*).

Conforme já visto, o primado do *due process of law*, de origem inglesa, está contido expressamente no inciso LIV, do artigo 5º, da Constituição Federal do Brasil de 1988, o qual proclama “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Genericamente, caracterizado pelo trinômio vida-liberdade-propriedade, o que vale dizer, tudo o que disser respeito à tutela desses bens está sob a tutela do *due process of law*.

Sob o enfoque processual, objetiva-se ordenar o procedimento e diminuir, ao máximo, o risco de intromissões errôneas do Estado nos bens tutelados pela cláusula. Esta análise desdobra-se em duas vertentes: instrumental e intrínseca. Trata-se da dimensão mais conhecida do devido processo legal, que começou a vingar no Brasil no campo dos interesses contidos no bem liberdade.

De acordo com a doutrina, o devido processo legal, no âmbito processual, "significa a garantia concedida à parte processual para utilizar-se da plenitude dos meios jurídicos existentes", tendo como decorrência a paridade de armas, contraditório, ampla defesa, dentre outras garantias e direitos processuais.¹²⁸

Nelson Nery acrescenta:

a) direito à citação e ao conhecimento do teor da acusação; b) direito a um rápido e público julgamento; c) direito ao arrolamento de testemunhas e à intimação das mesmas para comparecimento perante os tribunais; d) direito ao contraditório; e) direito igualdade entre acusação e defesa; f) direito contra medidas ilegais de busca e apreensão; g) direito de não ser acusado

¹²⁷ FREDERICO MARQUES, José. **Revista de Direito Público**, São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 5, jul./set. 1968, p. 28-33.

¹²⁸ TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**, São Paulo: Saraiva, 2002, p. 483.

e condenado com base em provas ilegais; h) direito à assistência judiciária, inclusive gratuita; i) privilégio contra a auto incriminação.¹²⁹

Esclarece Ada Pellegrini Grinover que a preocupação maior reside em assegurar a todos, o exercício do contraditório e da ampla defesa, sem permitir supressão ou limitação de provas, e observa que:

No *due process of law*, o elemento a que se subordina toda a legalidade do procedimento é a efetiva possibilidade da parte de defender-se, de sustentar suas próprias razões, de ter *his day in Court*, na denominação genérica da Suprema Corte dos Estados Unidos.¹³⁰

Com a promulgação da Constituição Federal brasileira em 1988, o processo administrativo foi encartado dentre os direitos fundamentais ao preceituar em seu artigo 5º, inciso LV, que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Assim sendo, o devido processo legal não se limita apenas ao que diz respeito ao trinômio vida-liberdade-propriedade. Revela-se, sobretudo, a assegurar as garantias individuais decorrentes do primado do devido processo legal, nos termos do art. 5º, LV, Constituição Federal de 1988; direito ao contraditório e à ampla defesa, dentre outros princípios constitucionais já enumerados no item 2.2, deste capítulo.

Como pode se verificar, o princípio do devido processo legal é o gênero do qual todos os demais princípios constitucionais do processo são espécies. É esta a opinião de Maria Rosynette Oliveira Lima¹³¹, corroborada pela de Nelson Nery Junior, o qual, enfatiza:

Bastaria a Constituição Federal de 1988 ter enunciado o princípio do devido processo legal, e o caput e os incisos do artigo 5º, em sua grande maioria seriam absolutamente despiciendos. De todo modo, a explicitação das garantias fundamentais derivadas do devido processo legal, como princípios desdobrados nos incisos do art. 5º, CF, é uma forma de enfatizar a importâncias dessas garantias, norteadando a administração pública, o Legislativo e o Judiciário, para que possam aplicar a cláusula sem maiores indagações.¹³²

¹²⁹ NERY JÚNIOR, *op. cit.*, p. 70.

¹³⁰ GRINOVER, **As Garantias Constitucionais do Direito de Ação**, p. 16.

¹³¹ LIMA, Maria Rosynette Oliveira. **Devido Processo Legal**, p. 178.

¹³² NERY JÚNIOR, *op. cit.*, p. 60.

O devido processo legal é, assim, uma expressão que identifica do Estado de Direito, impondo ao titular do poder o dever de desenvolver-se sem afetar arbitrariamente os direitos fundamentais do indivíduo, que são tutelados pela cláusula – "a liberdade e os seus bens" –, de modo a contribuir eficazmente para o estabelecimento do Estado Democrático de Direito.

2.6 O DEVIDO PROCESSO LEGAL SUBSTANCIAL (*SUBSTANTIVE DUE PROCESS*)

A noção de devido processo legal substancial originou-se a partir de um caso concreto submetido à apreciação da Suprema Corte norte-americana no fim do século XVIII, no qual foi examinada a questão dos limites do poder governamental.

Conforme ensinamento de Nelson Nery Junior, o caso *Calder v. Bull*, marcou o início da doutrina do *judicial review*. A Suprema Corte americana, pelo voto de *Chase*, firmou entendimento de que os atos normativos, quer legislativos, quer administrativos, que ferirem os direitos fundamentais, ofendem, *ipso facto*, o devido processo legal, devendo ser nulificados pelo Poder Judiciário.¹³³

No Brasil, pioneiramente, em 1968, ao julgar o *Habeas corpus* nº 45.232-GB (RTJ-44:322)¹³⁴, o Supremo Tribunal Federal utilizou o devido processo legal sob os enfoques processual e substantivo, como pauta de controle do ato estatal impugnado. Contudo, foi um pronunciamento isolado.

¹³³ Lockhart, Kamisar, Choper e Shiffrin, *The american Constitution, cit. p. 264 et seq. apud* NERY JÚNIOR, *op. cit.*, p. 67.

¹³⁴ "Inconstitucionalidade do art. 48, do DL. 314, de 1967 (Lei de Segurança). O *habeas corpus* é meio idôneo para anular despacho do juiz que aplica, no curso do processo, medida administrativa que corresponde a suspensão do exercício de direitos da profissão e do emprego em empresa privada. A medida preventiva corresponde a uma pena acessória. A sua aplicação depende de condenação em preceito que inclua também a aplicação de pena acessória. A inconstitucionalidade é decretada por ferir os arts. 150 *caput* e 150, § 35, da C.F. porque as medidas preventivas que importem na suspensão dos direitos, ao exercício das profissões e o emprego em empresas privadas, tiram ao indivíduo as condições para prover a vida e subsistência. § 35 do art. 150, da Constituição de 1967, compreende todos os direitos não enumerados, mas que estão vinculados às liberdades, ao regime de direito e às instituições políticas criadas pela Constituição. A inconstitucionalidade não atinge às restrições ao exercício da função pública porque a legislação vigente sobre funcionários públicos, aplicável à espécie, assegura uma parte dos vencimentos dos funcionários atingidos pelo art. 48 do referido Decreto-lei. A inconstitucionalidade se estende aos parágrafos do art. 48, porque estes se referem à execução das normas previstas no artigo e consideradas inconstitucionais."

Modernamente, concebe-se o devido processo legal substancial como uma garantia que estabelece uma legítima limitação ao poder estatal, de modo a censurar a própria legislação e declarar a ilegitimidade de leis que violem o regime democrático. Significa, no entender de Cândido Rangel Dinamarco,

proclamar a autolimitação do Estado no exercício da própria jurisdição, no sentido de que a promessa de exercê-la será cumprida com as limitações contidas nas demais garantias e exigências, sempre segundo os padrões democráticos da República brasileira.¹³⁵

É o princípio por meio do qual se controla o arbítrio do Legislativo e a discricionariedade dos atos do Poder Público, ou seja, no entender de Luiz Roberto Barroso "é por seu intermédio que se procede ao exame da razoabilidade (reasonableness) e da racionalidade (*rationality*) das normas jurídicas e dos atos do Poder Público em geral".¹³⁶

De acordo com o princípio do devido processo legal substancial, todas as normas jurídicas e atos do Poder Público, poderão ser declarados inconstitucionais por serem injustos, irrazoáveis ou desproporcionais, afigurando-se como limite à discricionariedade do legislador, administrador e do julgador.

Decorrendo daí, conclui San Tiago Dantas, ser imperativo que o Legislativo produza leis que satisfaçam o interesse público, traduzindo esta tarefa no princípio da razoabilidade das leis. Assim, toda lei que não for razoável, que não seja a *law of the land*, é contrária ao direito e deve ser controlada pelo Poder Judiciário.¹³⁷

Em apertada síntese, o devido processo legal substancial diz respeito à limitação ao exercício do poder e autoriza o julgador questionar a razoabilidade de determinada lei e a justiça das decisões estatais, estabelecendo o controle material da constitucionalidade e da proporcionalidade.

A própria Constituição brasileira indica a existência de competência a ser exercida pelo Poder Judiciário, no sentido de poder afastar a aplicabilidade das leis e atos com conteúdo arbitrário ou desarrazoado, como forma de limitar a conduta do legislador e do executivo, ou seja, lei ou ato normativo que não atinge um fim

¹³⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**, São Paulo: Malheiros, 2005, v.4, p. 94.

¹³⁶ BARROSO, *op. cit.*, p. 214.

¹³⁷ DANTAS, Francisco Clementino de San Tiago. **Igualdade perante a lei e *due process of law*: Contribuição ao estudo da limitação constitucional do poder legislativo**. RF, abril 1948, p. 362.

legítimo são inválidos e, como tal, devem ser declarados, por força da garantia constitucional advinda do devido processo legal.

A doutrina aponta que, além do artigo 5º, inciso LIV, há outro fundamento constitucional para tal princípio: trata-se do artigo 3º, inciso I, da Constituição Federal que prevê: "Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária".

A conclusão é obtida por meio da interpretação da palavra "justa". É objetivo da República Federativa do Brasil que as normas e atos do Poder Público tenham conteúdo justo, razoável e proporcional. Tal norma reforça a existência do princípio do devido processo legal no seu sentido substantivo e, como decorrência, a razoabilidade e proporcionalidade das leis.

André L. Borges Netto discorre acerca do princípio do devido processo legal em sentido substancial:

A Constituição indica a existência de competência a ser exercida pelo Judiciário, no sentido de poder afastar a aplicabilidade das Leis com conteúdo arbitrário e desarrazoado, como forma de limitar a conduta do legislador.

Lei que não atinge um fim legítimo é inválida, como tal devendo ser declarada, por força da garantia constitucional em exame.

Na atualidade, o texto da Lei ou ato governamental será preservado pela Suprema Corte, até que nenhum posicionamento razoavelmente concebível possa estabelecer uma relação entre a regulamentação contestada e um fim legítimo do governo.

Fato é que o entendimento atual do devido processo legal substantivo permite o controle de atos normativos disciplinadores de liberdades individuais até mesmo "não econômicas". Este princípio, em sua concepção substantiva, é fonte inesgotável de criatividade hermenêutica, transformando-se numa mistura entre os princípios da "legalidade" e "razoabilidade" para o controle dos atos editados pelo Executivo e Legislativo.¹³⁸

Cabe ressaltar que o devido processo legal substancial é aplicável a todos os ramos do Direito, conforme salientam Nelson Nery Junior¹³⁹ e Uadi Lammêgo Bulos,¹⁴⁰ sendo que ele é identificado pelos dois princípios; o da razoabilidade e o da proporcionalidade, sobre os quais discorreremos a seguir.

¹³⁸ BORGES NETTO, André L. **A razoabilidade constitucional: o princípio do devido processo legal substantivo aplicado a casos concretos**. Revista Jurídica Virtual, Brasília, maio/2000. Disponível na Internet: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/revista/Rev_12/razoab_const.htm> Acesso em: 13/09/2007, às 16:38h.

¹³⁹ NERY JUNIOR. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**, *op. cit.*, p. 66.

¹⁴⁰ BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal Anotada**. 5ª. ed., São Paulo: Saraiva, 2003, p.281.

2.6.1 Princípio da Razoabilidade

O princípio da razoabilidade está fundamentado na imperatividade de o legislativo produzir leis que satisfaçam o interesse público. Assim, toda lei que não for razoável, é contrária ao direito e deve ser controlada pelo Poder Judiciário.

Existem duas correntes acerca da origem do princípio da razoabilidade, no Direito pátrio: há nomes como Luis Roberto Barroso¹⁴¹ que optaram pela influência da doutrina norte-americana, e para estes tal princípio é extraído do devido processo legal; e outros, como Gilmar Ferreira Mendes¹⁴², que defende o princípio da razoabilidade nos moldes do pensamento constitucional alemão, afirmando que ele está implícito no ordenamento pátrio como princípio não positivado, decorrente do Estado de Direito.

O Supremo Tribunal Federal vem se filiando à primeira corrente, extraíndo a razoabilidade e proporcionalidade do devido processo legal em sentido substancial. Neste sentido, foi o julgamento da ADIN nº 1.158-8/AM, medida liminar, Relator Ministro Celso de Mello, j. 24/11/1994, maioria de votos, *in verbis*:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI ESTADUAL QUE CONCEDE GRATIFICAÇÃO DE FÉRIAS (1/3 DA REMUNERAÇÃO) A SERVIDORES INATIVOS – VANTAGEM PECUNIÁRIA IRRAZOÁVEL E DESTITUIDA DE CAUSA – LIMINAR DEFERIDA.

A norma legal, que concede a servidor inativo gratificação de férias correspondente a um terço (1/3) do valor da remuneração mensal, ofende o critério da razoabilidade que atua, enquanto projeção concretizadora da cláusula do substantive *due process of law*, como insuperável limitação ao poder normativo do Estado.

Incide o legislador comum em desvio ético-jurídico, quando concede a agentes estatais determinada vantagem pecuniária cuja razão de ser se revela absolutamente destituída de causa.

Todavia, nem sempre foi assim. Constatamos a existência de dois julgados anteriores à Constituição de 1988, nos quais o Supremo Tribunal Federal entendeu que a lei injusta não era inconstitucional (STF, Agravo de Instrumento n. 19.747/DF, Primeira Turma, Relator Luiz Gallotti, j. 11/09/1958)

Lei injusta. Não pode o juiz deixar de aplicá-la, pois não lhe é facultado substituir pelas suas as concepções de justiça do legislador (Holmes). O juiz só poderá desprezar o mandamento da lei, quando for inconstitucional e

¹⁴¹ BARROSO, *op. cit.*, p. 277.

¹⁴² MENDES, Gilmar. **Controle de Constitucionalidade**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1990, p.43.

não apenas injusto. (...)A argumentação da recorrente, no sentido de que a lei fiscal é injusta no caso, não deixa de impressionar.

E, ainda em 1961, o Excelso Pretório, através de sua Primeira Turma, ao julgar o Recurso Extraordinário nº 47.588/Guanabara, Relator Ministro Luiz Gallotti, j. 27/07/1961, teve oportunidade de abordar novamente a questão da lei injusta:

A iniquidade, embora patente, não é das que nós juízes, possamos corrigir (...) como disse o grande Holmes, na Corte Suprema dos Estados Unidos, o juiz não pode substituir pelas suas as concepções de justiça do legislador.

O que o juiz pode fazer é deixar de aplicar a lei injusta toda vez que a sua letra ou seu espírito isso autorizem.

Com a vigência da Constituição de 1988, o Supremo Tribunal Federal vem intensificando a aplicação do princípio do devido processo legal substancial, inclusive declarando inconstitucional, por violar o princípio citado, lei que concedia adicional de um terço da remuneração, referente a férias, a inativo, afirmando no julgamento da citada ADIN nº 1158-8/AM:

A essência do substantive *due process of law* reside na necessidade de proteger os direitos e as liberdades das pessoas contra qualquer modalidade de legislação que se revele opressiva ou, como no caso, destituída do necessário coeficiente de razoabilidade.

Isso significa, dentro da perspectiva da extensão da teoria do desvio de poder ao plano das atividades legislativas do Estado, que este não dispõe de competência para legislar ilimitadamente, de forma imoderada e irresponsável, gerando, com o seu comportamento institucional, situações normativas de absoluta distorção e, até mesmo, de subversão dos fins que regem o desempenho da função estatal.

Parece ser a consagração da tese da razoabilidade como medida de justiça.

Ao julgar a ADI 2579, em 21/08/2003, o Ministro Carlos Velloso reafirmou tal tese, declarando inconstitucional a Resolução nº 6 de 1989, do Tribunal de Justiça do Espírito Santo, que concedia aos magistrados aposentados o acréscimo de 1/3 da remuneração relativamente a férias. Ao votar pela inconstitucionalidade da Resolução, o ministro Carlos Velloso, relator da ação, afirmou que o direito a férias remuneradas é assegurado ao trabalhador que está trabalhando. A norma, portanto, viola o inciso XVII, do artigo 7º da Constituição Federal, que determina que somente tem direito a esse acréscimo o servidor com direito a férias anuais remuneradas. Segundo o ministro, que foi seguido por unanimidade, a Resolução capixaba ofende

o princípio da razoabilidade. "Em nome do princípio da moralidade ou em nome do princípio da igualdade não se pode conceder essa remuneração".¹⁴³

Ainda, ao julgar a ADInMC 2.019-MC, em 02/08/2001, que teve como relator o Min. Ilmar Galvão, o Supremo Tribunal Federal entendeu que é inconstitucional lei que:

Instituiu programa de pensão de um salário mínimo mensal para crianças geradas a partir de estupro. O Tribunal entendeu não haver razoabilidade na concessão do benefício nos termos da lei impugnada, tendo em vista que não se levou em consideração o estado de necessidade dos beneficiários, mas tão-somente a forma em que eles foram gerados.¹⁴⁴

Em matéria penal, ao julgar o HC 77.003-PE, em 16/06/1998, o relator Ministro Marco Aurélio, entendeu o Tribunal que há desprezo aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade caso não seja aplicado o princípio da insignificância jurídica do ato tido como criminoso, motivo pelo qual deferiu *habeas corpus* para trancar ação penal proposta contra ex-prefeita que fora denunciada pela prática de crime de responsabilidade (DL 201/67, art. 1º, XIII) por ter contratado, de forma isolada e por curto período, uma pessoa para a atividade de 'gari', sem a devida observância da exigência do concurso para provimentos de cargo público. Com base nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, entendeu-se configurada a insignificância jurídica do ato tido como criminoso.¹⁴⁵

Verifica-se que o Supremo Tribunal Federal resistiu, na década de cinquenta, em dois casos, em declarar inconstitucionais as leis injustas, não razoáveis e não proporcionais, por violação ao princípio do devido processo legal substancial. Todavia, o guardião da Constituição tem aplicado com maior intensidade o princípio em estudo, declarando diversas normas inconstitucionais, mesmo sem arguição do autor na ação, ou seja, como o Excelso Pretório não está vinculado à causa de pedir

¹⁴³ Disponível em: <http://stf.gov.br/jurisprudencia/IT/in_processo.asp?origem> Acesso em 13/09/2006 às 17:24.

¹⁴⁴ Disponível em: <http://stf.gov.br/jurisprudencia/IT/in_processo.asp?origem> Acesso em 13/09/2006 às 17:30.

¹⁴⁵ HC 77.003-PE: "Justa causa – Insignificância do ato apontado como delituoso. Uma vez verificada a insignificância jurídica do ato apontado como delituoso, impõe-se o trancamento da ação penal por falta de justa causa. A isto direcionam os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Consubstancia ato insignificante a contratação isolada de mão-de-obra, visando a atividade de gari, por município, considerado período diminuto, vindo o pedido formulado em reclamação trabalhista a ser julgado improcedente, ante a nulidade da relação jurídica por ausência de concurso público." Disponível em <http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listar_jurisprudencia.asp> Acesso em: 10/10/2007 às 16:45.

na ação direta, este tem declarado inconstitucionais diplomas normativos com fundamentos diversos dos apontados pelo autor na inicial.

2.6.2 Princípio da Proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade representa, em regra, uma dimensão concretizadora da supremacia do interesse público, sobre o do próprio Estado. Assim, afirmar a submissão do Estado ao princípio da proporcionalidade significa impor um limite jurídico, de estatura constitucional, à ação normativa estatal.

Dentre os princípios que iluminam o novo Direito Constitucional, ganha cada vez mais relevo, inclusive na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o princípio da proporcionalidade.

É possível vislumbrar duas funções distintas desempenhadas pelo referido princípio no sistema normativo. Na primeira delas, o princípio da proporcionalidade configura instrumento de salvaguarda dos direitos fundamentais contra a ação limitativa que o Estado impõe a esses direitos.

A aplicação do princípio da proporcionalidade tem por fim, ampliar o controle jurisdicional sobre a atividade não-vinculada do Estado, vale dizer, sobre os atos administrativos que envolvam o exercício de juízos discricionários ou a valoração de conceitos jurídicos verdadeiramente indeterminados, possibilitando a contenção do exercício abusivo das prerrogativas públicas.

De outro lado, o princípio em exame também cumpre a relevante missão de funcionar como critério para solução de conflitos de direitos fundamentais, através de juízos comparativos de ponderação dos interesses envolvidos no caso concreto.

Esta função é ressaltada por Paulo Bonavides como:

Uma das aplicações mais proveitosas contidas potencialmente no princípio da proporcionalidade é aquela que o faz instrumento de interpretação toda vez que ocorre antagonismo entre direitos fundamentais e se busca daí solução conciliatória, para a qual o princípio é indubitavelmente apropriado. As cortes constitucionais européias, nomeadamente o Tribunal de Justiça da Comunidade Européia, já fizeram uso freqüente do princípio para diminuir ou eliminar a colisão de tais direitos.¹⁴⁶

¹⁴⁶BONAVIDES. **Curso de Direito Constitucional**, p. 386-387.

Registre-se, desde logo, não haver uniformidade na doutrina quanto à terminologia adotada. Pode-se afirmar, contudo, que as expressões mais utilizadas são, além de "princípio da proporcionalidade", "princípio da proibição de excesso" e "princípio da razoabilidade".

De acordo com J.J. Gomes Canotilho, juntamente com o princípio da razoabilidade, o princípio da proporcionalidade funciona como meios de controle dos atos estatais, através da contenção dos mesmos dentro de limites razoáveis e proporcionais aos fins públicos:

Através de *standards* jurisprudenciais como o da proporcionalidade, razoabilidade, proibição de excesso, é possível hoje recolocar a administração (e, de um modo geral, os poderes públicos) num plano menos sobranceiro e incontestado relativamente ao cidadão.¹⁴⁷

Ensina Willis Santiago Guerra Filho, que o princípio da proporcionalidade tem um conteúdo que se reparte em três “sub-princípios”, a saber: a) princípio da proporcionalidade em sentido estrito ou máxima do sopesamento; b) princípio da adequação e c) princípio da exigibilidade ou máxima do meio mais suave.¹⁴⁸

O princípio da proporcionalidade, em sentido estrito, determina que se estabeleça uma correspondência entre o fim a ser alcançado por uma disposição normativa e o meio empregado, que seja juridicamente a melhor possível.

Os subprincípios da adequação e da exigibilidade, por seu turno, determinam que, dentro do faticamente possível, o meio escolhido se preste para atingir o fim estabelecido, mostrando-se, assim, adequado e exigível, o que significa não haver outro, igualmente eficaz, e menos danoso a direitos fundamentais.

Primeiramente, a medida adotada deve ser a mais adequada para a satisfação do interesse público visado pela norma, sob pena de invalidade.

Outrossim, a restrição aos direitos fundamentais deve limitar-se ao estritamente necessário ao atendimento daquele interesse. Segundo J.J. Gomes Canotilho:

O princípio da exigibilidade também conhecido como ‘princípio da necessidade’ ou da ‘menor ingerência possível’, coloca a tônica na idéia de que o cidadão tem direito à menor desvantagem possível. Assim, exigir-se-ia

¹⁴⁷ CANOTILHO, J.J. Gomes **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 3ª ed., Almedina, 1999, p. 263.

¹⁴⁸ GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria Processual da Constituição**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2000, p. 70.

sempre a prova de que, para a obtenção de determinados fins, não era possível adotar outro meio menos oneroso para o cidadão.¹⁴⁹

Por último, reclama-se a proporcionalidade entre a restrição imposta e a medida adotada. Aqui, "meios e fim são colocados em equação mediante um juízo de ponderação, com o objetivo de se avaliar se o meio utilizado é ou não desproporcionado em relação ao fim".¹⁵⁰

Uma decisão fundamentada exclusivamente no princípio da proporcionalidade, sem qualquer correlação com os valores prestigiados no texto constitucional, pode gerar a indesejável impressão de ter sido proferida mais por considerações políticas do que jurídicas, o que representa enorme desprestígio para a Justiça.

Por isso, decidiu bem a Primeira Turma do STF, v. u., no HC 80.949-RJ, que teve como relator o Ministro Sepúlveda Pertence:

Ementa - I- *Habeas corpus*: cabimento: prova ilícita.

1. Admissibilidade, em tese, do *habeas corpus* para impugnar a inserção de provas ilícitas em procedimento penal e postular o seu desentranhamento: sempre que, da imputação, possa advir condenação a pena privativa de liberdade: precedentes do Supremo Tribunal.

II- Provas ilícitas: sua inadmissibilidade no processo (CF, art. 5º, LVI): considerações gerais.

2. Da explícita proscrição da prova ilícita, sem distinções quanto ao crime objeto do processo (CF, art. 5º, LVI), resulta a prevalência da garantia nela estabelecida sobre o interesse na busca, a qualquer custo, da verdade real no processo: conseqüente impertinência de apelar-se ao princípio da proporcionalidade - à luz de teorias estrangeiras inadequadas à ordem constitucional brasileira - para sobrepor, à vedação constitucional da admissão da prova ilícita, considerações sobre a gravidade da infração penal objeto da investigação ou da imputação (...).¹⁵¹

Inferre-se, pois, que o princípio da proporcionalidade, em um Estado Democrático de Direito, deve atuar como instrumento de realização das normas e princípios positivados no texto da Lei Fundamental, sob pena de subverter sua importante missão na tutela dos direitos fundamentais contra a ação limitativa que o Estado impõe a esses direitos.

¹⁴⁹ CANOTILHO, **O Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, p. 264.

¹⁵⁰ CANOTILHO, *idem*, p.265.

¹⁵¹ HC-80.949-RJ. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listar_jurisprudencia.asp> Acesso em: 10/10/2007 às 16:45.

2.7 O DEVIDO PROCESSO LEGAL NO CAMPO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO

Até a Constituição Federal de 1988, não existia unanimidade entre os juristas brasileiros quanto à existência implícita da garantia do devido processo legal aplicável ao processo administrativo. Ainda que, num caso concreto, se verificasse uma litigiosidade administrativa, o entendimento majoritário consistia na inaplicabilidade dos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Somente com o advento da Constituição Federal de 1988, a cláusula ganhou foro constitucional, com *status* de cláusula pétrea, do que decorre a inalterabilidade, conforme prescreve seu artigo 60, § 4º, inciso IV.

Esta constitucionalização do devido processo legal, e sua elevação à categoria de cláusula pétrea, gera a ampla eficácia na concreção do princípio do Estado Democrático de Direito, possibilitando amplo controle dos atos jurídicos-estatais, inclusive dos atos administrativos.

No Direito Administrativo, especificamente nos processos de segundo grau ou sentido estrito, já não existem dúvidas acerca de sua aplicabilidade, estando esta esfera explicitamente abrangida pelo inciso LV, do citado artigo 5º constitucional.

Neste sentido destacamos as afirmações de Carlos Ari Sunfeld:

Realmente decisiva, porém, foi a novidade trazida pela Declaração de Direitos do artigo 5º, da Constituição de 1988, cujo inciso LIV constitucionalizou o devido processo legal enquanto princípio (ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal) e cujo inciso LV determinou expressamente sua aplicação na esfera administrativa (aos litigantes em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os recursos a eles inerentes).¹⁵²

O texto constitucional, todavia, prevê apenas a tutela da liberdade e dos bens e, ao contrário do que acontece no direito americano, não menciona a vida, mas a vida se encontra tutelada pelo princípio do devido processo legal nos artigos 1º, III, e 5º, *caput*, da Constituição Federal.

¹⁵² SUNDFELD, Carlos Ari. **Processo e procedimento administrativo no Brasil**, in: As leis de processo administrativo, Lei Federal 9784/99 e Lei Paulista 10.177/98, São Paulo: Malheiros, 2000, p. 23.

Neste sentido, assevera Maria Rosynette de Oliveira Lima:

Esta interpretação apressada do devido processo legal não se presta, contudo, para afastar uma interpretação coerente e adequada ao nosso sistema constitucional, que está calcado na dignidade da pessoa humana – art. 1º, inciso III, da Constituição Federal. Acresça-se que a vida jamais deixará de ser um bem pertencente ao homem, e, portanto, sob a tutela do devido processo legal.¹⁵³

No tocante à liberdade e aos bens, deve ser adotado o sentido mais amplo possível, em razão do plano jurídico em que estão inseridos, além de se encontrarem situados no rol dos direitos fundamentais, não se aceitando, em relação a eles, qualquer aniquilação ou restrição.

2.8 NOÇÃO AMPLA DE PROCESSUALIDADE

Etimologicamente, a palavra processo significa marcha para a frente, avanço, progresso, desenvolvimento. Sua origem deriva da palavra latina “*procedere*, que, decomposta, tem o seguinte significado: *pro* = para diante; *cadere* = cair, caminhar, um pé levando o outro para frente”.¹⁵⁴

Juridicamente a palavra “processo”, até pouco tempo significava, exclusivamente, a forma pela qual uma controvérsia era decidida na área judicial, a partir da junção de vários atos.

A noção de processualidade restrita à função jurisdicional é a mais antiga forma de processo concebida.

No entanto, tal compreensão começou a mudar, segundo Odete Medauar, “a partir do final dos anos 20, entre os administrativistas, e dos anos 40, entre os processualistas, começa a despontar o entendimento no sentido da aceitação de uma processualidade ligada ao exercício dos três principais poderes estatais”. Estes juristas forneceram os subsídios para a concepção de uma processualidade além da função jurisdicional, como por exemplo, a processualidade administrativa.¹⁵⁵

¹⁵³ LIMA, Maria Rosynette de Oliveira. **Devido Processo Legal**, p. 210.

¹⁵⁴ SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**, 25ª ed., São Paulo: Saraiva, 2007, p 12.

¹⁵⁵ MEDAUAR, **A Processualidade no Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p 14.

Também o contexto sócio-político das últimas décadas, com a progressiva aproximação do Estado e sociedade, favoreceu esse entendimento, ao demonstrar a necessidade de tornar conhecidos os modos de atuação dos Poderes estatais, não só como forma de preservação dos Direitos Fundamentais, mas também, como forma de se permitir a manifestação do cidadão.

Tais movimentos resultaram na concepção metodológica de uma teoria geral do processo, que vê o “direito processual como um conjunto de princípios, institutos e normas estruturados para o exercício do poder segundo determinados objetivos”.¹⁵⁶

2.8.1 Antecedentes Históricos

Conforme exposto acima, a teoria processual tradicional considerava o processo como propriedade da Justiça, porque, tecnicamente, desenvolveu-se ele primeiro no seu âmbito.

Entretanto, para Adolf Merkl, autor austríaco pioneiro das pesquisas sobre a ruptura da separação rígida entre os setores processuais, afirma:

em sentido rigoroso e técnico, se fala de processo jurídico somente quando o caminho que leva a um ato estatal não está na livre escolha do órgão competente para o ato, mas está previsto juridicamente.¹⁵⁷

Citando Feleciano Benvenuti, em artigo publicado em 1952, o qual vincula a processualidade à função, como sua manifestação sensível, Odete Medauar concluiu que “há processualidade em todo exercício de uma função; a extensão das formas processuais ao exercício da função administrativa está de acordo com a mais alta concepção de Administração: o agir a serviço da comunidade”.¹⁵⁸

¹⁵⁶ MEDAUAR, **A Processualidade no Direito Administrativo**, p. 16.

¹⁵⁷ MERKL, Adolf. **Teoría general del derecho administrativo**. Editora Nacional. México: 1975, p. 279-280 *apud* MEDAUAR, *op. cit.*, p 19.

¹⁵⁸ MEDAUAR, *op. cit.*, p. 20.

E, mais recentemente, o argentino Hector Jorge Escola tratou do tema referente à ampliação do conteúdo da concepção de processo e mencionou a existência de um conceito geral de processo.¹⁵⁹

Na doutrina Brasileira, a opinião de José Cretella Júnior é de que “processo administrativo é, antes de tudo, processo em sua lata acepção.”¹⁶⁰

Finalmente, Carlos Ari Sunfeld, reconhecendo que há um núcleo comum da teoria do processo estatal, independentemente da função, afirma: “O fenômeno processual não é exclusivo da jurisdição, antes é característico das várias funções do Estado e do tipo de vontade que elas expressam”.¹⁶¹

2.8.2 A Processualidade Ampla na Constituição de 1988

A Constituição Federal de 1988 explicitamente ampliou a noção de processualidade, ao estipular no inciso LV, do art. 5º, que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Aliás, a nova Constituição, ao adotar um novo modelo político, renovou a ordem jurídica nacional ao definir, no art. 1º, a República Federativa do Brasil como um Estado Democrático de Direito, elencando os princípios sob os quais ele se fundamenta.¹⁶²

Este modelo se estende por todos os demais dispositivos constitucionais que, apesar de numerosos, ainda se mostram insuficientes. Por ele, foram destacados os “Direitos e Garantias Fundamentais”, de forma pormenorizada e até repetitiva no Título II, e de forma esparsa em todo seu corpo, notadamente, no Título VIII, “Da Ordem Social”.¹⁶³

¹⁵⁹ Hector Jorge, *Tratado general de procedimiento administrativo*, 2ª ed., 1981, pp 8 e 10 *apud* MEDAUAR, *op. cit.*, p. 21.

¹⁶⁰ CRETELLA JÚNIOR, José. *Tratado de Direito Administrativo*. v. VI, Rio de Janeiro: Forense, 1966-72, p. 13-14.

¹⁶¹ SUNDFELD, Carlos Ari, *A importância do procedimento administrativo*, RDA 130, out.-dez./87, p. 66 a 68.

¹⁶² Segundo Willis Santiago Guerra Filho: “A Constituição que temos agora, adotou um padrão inaugurado contemporaneamente com a Constituição alemã de Bonn e já seguido antes de nós pelo legislador constitucional dos países da Península Ibérica.” **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**, 4ª edição, São Paulo: RCS, 2005, p 30.

¹⁶³ GUERRA FILHO, *op. cit.*, p 31.

Entretanto, o citado modelo, por ser estruturado em valores que caracterizam uma ideologia, e por se apresentar como um programa de ação, depende para sua institucionalização e implantação na realidade social, da participação de todos os integrantes da comunidade política-jurídica. Daí, porque todo o ordenamento jurídico pátrio deve ser reinterpretado.

Por essa nova ordem, num sentido bastante amplo, pode-se falar de processos estatais, quando os três Poderes do Estado – Judiciário, Legislativo e Executivo -, para o desempenho das funções que lhe são afetas, utilizam-se de processo próprio, tornando mais transparente e segura sua atuação, cuja fonte criadora é a Constituição.

Entendido o processo, portanto, como uma série de atos coordenados para a realização dos fins estatais, pode-se classificá-los: em processo legislativo pelo qual o Estado elabora a lei; e processos judicial e administrativo, pelos quais o Estado aplica a lei.

Cada um desses processos corresponde, portanto, a uma função e, no Direito brasileiro, são disciplinados da seguinte forma: o direito administrativo regula a processualidade administrativa, porque esta diz respeito à função administrativa; o direito constitucional cuida da processualidade legislativa, porque diz respeito à função de elaboração da lei; e o direito processual trata da processualidade jurisdicional, porque expressa o exercício da função jurisdicional.

2.9 PROCESSO ADMINISTRATIVO: CONCEITO E CLASSIFICAÇÃO

Não existe uma definição precisa de processo administrativo, porque ele pode ser compreendido em diversos sentidos. Entretanto, como noção genérica, diz respeito a tudo o que a Administração Pública faz, operações materiais ou atos jurídicos, que ficam documentados em um processo.

São dois os tipos de processos administrativos: processo administrativo em sentido lato (simples processos ou simples expedientes), e processo administrativo em sentido estrito (processo administrativo complexo).

O critério utilizado para diferenciá-los é o da litigiosidade: se ela não estiver presente, o processo seguirá um determinado rito procedimental e corresponderá ao

simples processo; se ela estiver presente, o processo seguirá outro rito procedimental e corresponderá ao processo complexo. Em cada caso os efeitos jurídicos serão diferentes.

Este critério passou a ter importância a partir do tratamento igualitário dispensado pelo o artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal, ao processo administrativo em relação ao processo judicial, no tocante à aplicação da cláusula do devido processo legal, à observância dos princípios do contraditório, ampla defesa, além dos demais princípios constitucionais processuais já mencionados no capítulo anterior.

2.9.1 O Processo Administrativo de Primeiro Grau (Sentido *Lato*)

Hely Lopes Meirelles, considerando tratar-se de processos administrativos impropriamente ditos, identifica-os como sendo os que “que tramitam pelos órgãos administrativos, sem qualquer controvérsia entre os interessados.”¹⁶⁴

Já Lucia Valle Figueiredo denomina-os de processos administrativos de primeiro grau e os identifica como sendo “os processos administrativos de provimentos meramente declaratórios, os quais são mais comuns na esfera do Direito Administrativo.”¹⁶⁵

Quando o ato administrativo final decorrer de um simples processo administrativo comum, em que o Direito não impõe formalidades ou exigências a serem observados como a ampla defesa e o contraditório, estaremos diante de um processo administrativo de primeiro grau ou em sentido lato.

Esses simples processos ou expedientes são utilizados para a maioria dos casos rotineiros da Administração Pública. Alguns são homogêneos e não geram o processo administrativo. Por exemplo, um funcionário da Polícia Civil que requeira ao Departamento de Administração, por meio das vias hierárquicas a sua contagem de tempo de serviço para fins de aposentadoria.

¹⁶⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, 33ª ed., São Paulo: Malheiros, 2007, p. 685.

¹⁶⁵ FIGUEIREDO, Lucia Valle. **Curso de Direito Administrativo**, 8ª ed., São Paulo: Malheiros, 2006, p. 379.

Conforme dispõem os artigos 3º, IV, e 22, da Lei Federal 9784/99, nos processos administrativos de primeiro grau há uma forte inclinação ao uso da informalidade, não se exigindo, portanto, defesa técnica. Todavia, observa-se que a atuação do advogado é facultativa, não é proibida, na medida em que ele presta serviço público e exerce função social relevante, constituindo-se em uma das peças-chave do Estado Democrático de Direito.

Relativamente à informalidade nos processos administrativos de primeiro grau, consigne-se que nestes são afastados o rigor e a formalidade exigidas pela Administração em outros casos, quando os administrados externam sua pretensão. Na medida em que a lei não impõe forma para realização de determinado ato, a Administração considera válida àquela utilizada pelo administrado.

Todavia, a informalidade não significa descartar as formas e ritos do processo administrativo. Neste sentido, assevera Odete Medauar:

Na doutrina é citado também com o nome de princípio do informalismo. Porém, não parece correta essa última expressão, porque dá a entender que não há ritos e formas no processo administrativo. Há ritos e formas inerentes a todo procedimento. Na verdade o princípio do formalismo moderado consiste, em primeiro lugar, na previsão de ritos e formas simples, suficientes para propiciar um grau de certeza, segurança, respeito aos direitos dos sujeitos, o contraditório e a ampla defesa; em segundo lugar, se traduz na exigência de interpretação flexível e razoável quanto a formas, para evitar que estas sejam vistas como um fim em si mesmas, desligadas das verdadeiras finalidades do processo.¹⁶⁶

Assim, não exigindo a lei determinada formalidade ou requisitos específicos para que o administrado formule sua pretensão, não cabe à Administração criar requisitos.

Na hipótese de surgir imposição por parte do administrador, demandando providências por parte do administrado, gerando litigiosidade, forçoso considerar que, a partir daí, em observância aos princípios inerentes ao Estado Democrático de Direito, abre-se o contraditório, ainda que em simples requerimento.

Entretanto, havendo litigiosidade no rito, estar-se-á diante de um processo administrativo complexo ou processo administrativo em sentido estrito, ou ainda, de acordo com Lucia Valle Figueiredo, de processo administrativo de segundo grau, os

¹⁶⁶ MEDAUAR, **A Processualidade no Direito Administrativo**, p. 123.

quais englobam tão somente os processos administrativos disciplinares, sancionatórios e revisivos por provocação, dos quais trataremos a seguir.¹⁶⁷

2.9.2 O Processo Administrativo de Segundo Grau (Sentido Estrito)

Conforme já mencionado, o critério diferenciador dos processos administrativos de primeiro grau em relação aos processos administrativos de segundo grau é a litigiosidade. Estando ela presente, o ato administrativo final poderá gerar um efeito jurídico restritivo ao direito de liberdade e de propriedade de um administrado. Gerando o ato tais conseqüências, imprescindível a observância do devido processo legal, cuja concretização se dá por intermédio do contraditório e de ampla defesa, conforme dispõe o artigo 5º, LIV e LV da Constituição Federal.

Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, distingue do processo judicial do administrativo, nos seguintes aspectos:

- o processo judicial se instaura sempre mediante provocação de uma das partes (o autor) que, por ser titular de um interesse conflitante com o de outra parte (o réu), necessita da intervenção de terceira pessoa (o juiz), o qual, atuando com imparcialidade, aplica a lei ao caso concreto, compondo a lide; a relação jurídica e trilateral (as partes – autor e réu – e o juiz);
- o processo administrativo, pode ser instaurado mediante provocação do interessado ou por iniciativa da própria administração. A relação é bilateral: de um lado, o administrado, que deduz uma pretensão e, de outro, a Administração que, quando decide, não age como terceiro, estranho à controvérsia, mas como parte que atua no próprio interesse e nos limites que lhe são impostos por lei.¹⁶⁸

Ainda, os processos administrativos, são de dois tipos: o processo punitivo e o processo disciplinar.

¹⁶⁷ FIGUEIREDO, **Curso de Direito Administrativo**, p. 383.

¹⁶⁸ PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito Administrativo**. 19ª ed., São Paulo: Atlas, 2006, p. 599-600.

O processo punitivo é promovido pela Administração para impor ao administrado – um terceiro não servidor – uma determinada penalidade, por violação de norma legal, regulamentar ou de contrato; nestes casos, é indispensável assegurar o exercício da garantia constitucional do contraditório e da ampla defesa, sob pena da nulidade da decisão. Já o processo disciplinar, também impropriamente chamado inquérito administrativo, é o meio de apuração e punição de faltas graves de servidores públicos e demais pessoas sujeitas a regime funcional de determinados estabelecimentos da Administração. É necessário o processo disciplinar, para imposição de pena de demissão ao funcionário estável (artigo 41, parágrafo 1º, da Constituição Federal), estendendo a jurisprudência esta necessidade, para o efetivo (ainda que em estágio probatório).¹⁶⁹

Em seguida, serão examinados os processos administrativos sancionatórios, processos administrativos disciplinares e processos administrativos revisivos por provocação de um interessado ou de um administrado por intermédio do direito de petição. Antes, porém, serão tecidas breves considerações sobre litigiosidade administrativa e litigância administrativa.

2.10 LITIGIOSIDADE ADMINISTRATIVA E LITIGÂNCIA ADMINISTRATIVA

A litigiosidade administrativa tem significado próprio no direito posto, a medida que está construída segundo os princípios e regras que dão identidade ao Direito Administrativo.

Sua aplicabilidade tornou-se definitiva a partir da Constituição Federal de 1988, a qual impõe expressamente em seu artigo 5º, LV, a necessidade de se observar a aplicação dos princípios da ampla defesa e do contraditório nos processos administrativos. Até então, esse fato ficava a critério de interpretações doutrinárias.

A litigiosidade administrativa existe em relação aos acusados em geral, quando sobre eles recair qualquer imputação de conduta ou falta ilícita, capaz de gerar uma punição, espécie de restrição de direitos desses acusados. Devendo a

¹⁶⁹ MEIRELLES, **Direito Administrativo Brasileiro**, p 695-696.

expressão “acusados em geral”, ser entendida em sentido amplo, tanto em relação à pessoa física quanto à jurídica.

Assim, sempre que houver acusações, ainda que genéricas, independentemente de sua gravidade, atribuídas a um administrado ou administrados que possam gerar alguma restrição de direitos, deve ser a vontade estatal apurada por meio de um processo administrativo de segundo grau, em razão da presença da litigiosidade, assegurando-lhe o direito ao contraditório e da ampla defesa.

Outra espécie de litigiosidade administrativa é a litigância administrativa. Configura-se como conflito de interesses, sem que seja qualificada pela pretensão resistida, pois neste caso surgirão a lide e o processo jurisdicional.

Basta que os partícipes do processo administrativo se anteponham face a face, numa posição contraposta. Litígio equivale a controvérsia, a contenda, e não a lide. Pode haver litigantes – e os há – sem acusação alguma, em qualquer lide.¹⁷⁰

Podemos citar como exemplos os concursos públicos, as licitações, nas quais pode haver litígio entre os administrados, ou em processos administrativos envolvendo um administrado e a Administração Pública.

Por derradeiro, conforme já mencionado, se nos processo em sentido lato (primeiro grau), a defesa técnica é facultativa, de forma inversa ocorre no processo em sentido estrito, onde está presente a litigiosidade. Neste sentido, observa Lucia Valle Figueiredo:

(...) Se é verdade que, no processo administrativo, pode a parte dirigir-se à Administração sem advogado, todavia, cremos que nos processos sancionatórios e nos disciplinares deve haver defesa técnica, sobretudo se for verificado ter havido prejuízo para o administrado em face da ausência da defesa técnica.¹⁷¹

A referência à necessidade de defesa técnica não se dá em função de a norma constitucional afirmar ser o advogado imprescindível à administração da justiça, mas por se considerar que, sem defesa técnica, sobretudo nos processos disciplinares, não haverá efetiva possibilidade de amplo contraditório e ampla defesa.

¹⁷⁰ MEDAUAR, Odete. **Do Direito de Defesa em Inquérito Administrativo**, in: Revista de Direito Administrativo, 183, Rio de Janeiro: Renovar, 1991, p. 13.

¹⁷¹ FIGUEIREDO, Lucia Valle. Revista Diálogo Jurídico, nº 11, fevereiro/2002, Salvador, p.12, Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/form_revista> Acesso em 10/09/2007 às 18:10.

2.11 O PROCESSO ADMINISTRATIVO SANCIONATÓRIO

O poder administrativo sancionatório pode ser conceituado como a atividade administrativa de impor sanções administrativas a interessados que tenham, comprovadamente, praticado infrações administrativas.

Sua finalidade é a de fazer nascer o ato sancionador que, segundo Carlos Ari Sundfeld, serve para “impor consequência desfavorável ao infrator, para com isso puní-lo.”¹⁷²

Em que pese o caráter punitivo do processo, a ser exercido pela Administração, diferencia-se da atividade punitiva judicial, privativa dos juizes. Também se diferencia da pena aplicada pelo Direito Penal, em razão do critério político utilizado por interesse do legislador.

Estes processos pertencem à categoria jurídica dos processos administrativos de segundo grau ou em sentido estrito na medida em que a Administração visa obter com este tipo de provimento, efeitos restritivos de direitos à liberdade ou a propriedade. Identifica-se, pois, litigiosidade na espécie, o que faz incidir a cláusula “acusados em geral”, tornando aplicáveis os princípios do contraditório e da ampla defesa e os recursos a eles inerentes, elementos caracterizadores do devido processo legal, nos termos do artigo 5º, LIV e LV, da Carta Magna.

Neste sentido, a Lei nº 10.177/98, que regula o Processo Administrativo no âmbito da Administração Pública Estadual de São Paulo, trata especificamente em seu Capítulo III, Seção III da aplicabilidade da sanção administrativa à pessoa física ou jurídica, desde que assegurada a ampla defesa (artigo 62).

Dispõe o artigo 63, incisos I e II, da referida lei paulista, que, verificado o fato administrativo, de ofício, a Administração deve instaurar o processo administrativo sancionatório, por intermédio de um ato administrativo que contém a imputação jurídica feita ao acusado, as normas pertinentes à infração e a sanção aplicável.

Pela lei paulista, em seu artigo 63, III, a pessoa física ou jurídica, contra quem a imputação é feita recebe o nome de acusado. Estabelece o inciso IV, do artigo 63, que o acusado tomará conhecimento dessa imputação jurídica por intermédio de

¹⁷² SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo Ordenador**. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 79.

uma citação ou intimação e terá o prazo de quinze dias para a apresentação de sua defesa e indicar as provas que pretende produzir.

Ultrapassada a fase de realização de provas inserta no artigo 63, V, terá o acusado a oportunidade de apresentar suas alegações finais (artigo 63, V, 'a'). A seguir, será ouvida a consultoria jurídica e proferida a decisão (artigo 63, VI e VII), da qual caberá recurso (artigo 63, VIII). Finalmente prevê seu artigo 64 que este processo é sigiloso até decisão final, respeitado o direito do acusado, de seu procurador ou de terceiro que demonstre legítimo interesse, de conhecer o conteúdo do processo administrativo.

Devido a suas características, os processos administrativos sancionatórios constituem uma espécie própria e diversa dos processos administrativos disciplinares, a despeito de decorrer do *jus puniendi* administrativo do Estado.

2.12 O PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

Processo Administrativo Disciplinar, segundo conceito de Hely Lopes Meirelles, “é o meio de apuração e punição de faltas graves dos servidores públicos e demais pessoas sujeitas ao regime funcional de determinados estabelecimentos da Administração”.¹⁷³

Conforme anteriormente mencionado, os processos administrativos decorrem do *jus puniendi* ou poder disciplinar do Estado, que tem sua razão de ser no interesse e necessidade de aperfeiçoamento do serviço público.

A diferença entre estes e os processos administrativos sancionatórios está no fato de serem dirigidos, segundo o magistério de Régis Fernandes de Oliveira, “a certas pessoas, qualificadamente determinadas, vinculadas ao Poder Público por elo especial de sujeição”.¹⁷⁴

¹⁷³ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, p. 695.

¹⁷⁴ OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Infrações e Sanções Administrativas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 20.

Assim, se a autoridade administrativa não tiver elementos suficientes para instaurar o processo administrativo disciplinar, quer por dúvidas quanto à autoria do fato ou quanto à irregularidade ou não no serviço público, procederá à sindicância.

O processo administrativo disciplinar compreende três fases distintas, a saber: a instauração, o inquérito administrativo (o qual se divide em: instrução, defesa e relatório) e o julgamento.

a) Instauração: ocorre com a publicação do ato que constitui a comissão que vai julgar o servidor, sendo de suma importância que a peça inicial determine, clara e precisamente, o objeto da lide de forma a possibilitar a justificação plena do apontado;

b) Inquérito Administrativo: é dividido em três fases: b1) Instrução: nesta são apurados de forma precisa os fatos que deram origem ao processo administrativo disciplinar, tendo a Autoridade, nesta sub-fase processual, a oportunidade de produzir as provas de acusação; b2) Defesa: garantia constitucional expressa (artigo 5º, LV), constituída como princípio que deve reger todos os processos judiciais, administrativos e legislativos, sob pena de anulação do ato; b3) Relatório: apreciação célere e sucinta do que ocorreu no processo, não gera efeito vinculativo para a Administração Pública, que pode não seguir as conclusões da comissão processante, desde que fundamente os motivos que levaram a tomar decisão divergente;

c) Julgamento: A Autoridade Administrativa decide acerca do objeto da lide em questão, baseando-se nos elementos probatórios existentes, necessariamente, no processo administrativo disciplinar. Se o ilícito praticado pelo servidor configurar crime, será enviada cópia dos autos ao Ministério Público.

Evidentemente, como o ato administrativo final possui caráter disciplinar e restritivo de direitos, também está presente a litigiosidade e, portanto, a necessidade de observância do artigo 5º, LIV e LV, da Constituição Federal, bem como tem sua recorribilidade garantida à órbita federal, pelo artigo 177 e seguintes da Lei nº 8.112/90 (Regime Jurídico Único).

2.13 O PROCESSO ADMINISTRATIVO REVISIVO OU POR PROVOCAÇÃO

A Administração tem o dever de revogar, convalidar ou decretar a invalidação dos atos administrativos exarados, quando viciados, agindo de ofício, sem a necessidade de provocação de qualquer interessado ou administrado.

Agindo desta maneira os administrados estarão exigindo da Administração o fiel cumprimento do interesse público primário que atinge diretamente a coletividade e indiretamente o particular.

Relativamente ao objeto da invalidação, assinala Celso Antonio Bandeira de Mello, que “o objeto da invalidação ora será um ato ainda ineficaz, ora uma relação jurídica, ora um ato e as relações jurídicas que produziu.”¹⁷⁵

Desta forma, o processo administrativo revisivo por provocação existe em razão do outro, quer de primeiro ou de segundo grau, e, por apresentar litigiosidade administrativa, aplica-se o artigo 5º, LIV e LV, da Constituição Federal.

A Lei Estadual paulista nº 10.177/98 estabelece em seu artigo 60 que, no caso de invalidação do ato administrativo, a Administração deverá tomar as providências necessárias para desfazer os efeitos produzidos, ressaltando o terceiro de boa-fé e determinar a apuração de eventuais responsabilidades.

O mesmo está previsto na Lei Federal nº 9784/99, artigo 53 c/c o artigo 5º e artigo 9º, que dão suporte aos processos administrativos revisivos por provocação, os quais, por sua natureza, são instrumentos jurídicos diversos dos recursos administrativos.

Assim, em processos administrativos disciplinares, uma vez aplicada a sanção administrativo-disciplinar, o servidor poderá se utilizar do recurso próprio para rever a decisão. Todavia, caso tenha ocorrido a preclusão para o recurso e, sobrevindo fatos novos que possam justificar a inocência ou a inadequação da penalidade aplicada, poderá, nos termos do artigo 174, da Lei Federal nº 8112/90, ser instaurado o processo revisivo por provocação e ser revista a decisão administrativa exarada.

¹⁷⁵ BANDEIRA DE MELLO, **Curso de Direito Administrativo**, p. 442.

A análise desses tipos de processos administrativos de segundo grau tem relevância para se estabelecer os princípios jurídicos aplicados à litigiosidade administrativa, especialmente quanto à observância do devido processo legal, previsto no artigo 5º, incisos LIV e LV, da Constituição Federal.

2.14 PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO: CONCEITO E ESPÉCIES

O procedimento administrativo pode ser entendido em dois sentidos: no primeiro, como rito do processo administrativo, ou seja, a maneira pela qual ele se desenrolará; no segundo sentido, como o meio pelo qual se formará um ato administrativo final único, não chegando a se constituir num processo.

2.14.1 Procedimento Administrativo como Rito de Processo

O procedimento administrativo, como rito do processo, é formado por uma série de atos sucessivos, conectados e dispostos numa cadeia jurídica, desenvolvendo-se de forma dinâmica e em várias fases até alcançar sua meta: o ato administrativo final.

É o que se dá, por exemplo, nos processos administrativos disciplinares, nos quais existem os caminhos legais (procedimento) estabelecidos, que devem ser observados pela Administração, tendente à uma decisão final: absolvição ou punição do servidor público, v.g., pela imputação de uma infração administrativa.

O procedimento como rito processual muitas vezes foi confundido por parte da doutrina com processualidade jurídica-administrativa, porque se entendia que se tratava de forma de diferenciar este fenômeno, da processualidade judicial. Para esta parte da doutrina o processo administrativo não tinha o mesmo *status* de processo judicial.

Tal discussão, entretanto, está superada com o advento da Constituição Federal de 1988. Nesse sentido as opiniões dos seguintes doutrinadores:

Humberto Theodoro Júnior:

processo é o método, a junção de atos sucessivos com o intuito de se alcançar um pronunciamento sobre determinada controvérsia, quer na área judicial, quer seja ela na área administrativa. Já procedimento equivale ao rito, ou seja, como o processo se realiza em cada caso concreto.¹⁷⁶

Odete Medauar:

o procedimento distingue-se de processo porque, basicamente, significa a sucessão encadeada de atos. De outro lado, o processo implica além do vínculo entre atos, vínculos jurídicos entre os sujeitos, englobando direitos, deveres, poderes, faculdades, na relação processual. Processo implica, sobretudo, atuação dos sujeitos sobre o prisma do contraditório.¹⁷⁷

Celso Antonio Bandeira de Melo:

Não é o caso de armar-se um 'cavalo de batalha' em torno de rótulos. A terminologia adequada para denominar o fenômeno é 'processo', por ser o 'procedimento' a modalidade ritual de cada processo.¹⁷⁸

Para Pietro Virga, as fases do procedimento administrativo são:

a) propulsora (deflagração do procedimento); b) instrutória (colheita de elementos que servirão de subsídios para a decisão); dispositiva (resolução pela Administração); d) controladora ou integrativa (em que se verifica se houve satisfatório transcurso dos vários passos) e; e) comunicação (transmissão da providência conclusiva pelos meios estabelecidos em Direito).¹⁷⁹

Todavia, nem todos os procedimentos administrativos terão, obrigatoriamente, as cinco fases acima citadas, embora, em regra, estejam presentes. Há exceções nas quais não haverá a fase integrativa ou controladora em face da natureza da atividade administrativa e do resultado que a Administração busca.

2.15 PROCEDIMENTO COMO CONJUNTO DE ATOS ADMINISTRATIVOS QUE FORMAM OUTRO ATO ADMINISTRATIVO ÚNICO

O procedimento administrativo também é visto como um conjunto de atos administrativos que, elaborados isoladamente, ao serem agrupados formam um outro ato jurídico individual. Praticamente não se distingue de certas modalidades

¹⁷⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**, 24ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 43.

¹⁷⁷ MEDAUAR, **Direito Administrativo Moderno**, p. 179.

¹⁷⁸ BANDEIRA DE MELLO, **Curso de Direito Administrativo**, p. 467.

¹⁷⁹ Pietro Virga, **Il Provvedimento Amministrativo**, 4ª ed., Ref., Varese: *Multa Paucis*, 1972 apud MOREIRA, Egon Bockmann, **Princípios Constitucionais e a Lei 9784/99**, p. 57.

processo administrativo em sentido lato. Por exemplo: o pedido de contagem de tempo que um policial faz ao Departamento de Administração da Polícia Civil, através da via hierárquica, para efeito de aposentadoria.

São assim considerados por Lúcia Valle Figueiredo:

Ora (o procedimento) refere-se ao conjunto de formalidades necessárias para emanção de atos administrativos, ora como a seqüência de atos administrativos, cada qual de per si desencadeando efeitos típicos (como, no exemplo citado, procedimentos concorrenciais, concurso, licitação), porém todos tendentes ao ato final, servindo-lhe de suporte de validade.¹⁸⁰

Para finalizar este tema, é importante destacar que nosso ordenamento faz confusão com as denominações processo e procedimento administrativo, como por exemplo, em vários dispositivos da Constituição Federal, na Lei Federal de nº 9784/1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, e na Lei Estadual de nº 10.177/98, que regula o Processo Administrativo no âmbito da Administração Pública Estadual de São Paulo.

Apesar da confusão, o art. 5º, inciso LV, a CF, ao dispor que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”, deixa claro a equivalência do processo administrativo com o processo judicial, e a sua distinção de outros procedimentos em que figurem acusados.

Conforme será demonstrado neste trabalho, o devido processo legal é o princípio garantidor da delimitação da atuação do Poder Público impondo respeito aos Direitos Fundamentais, constitui-se na forma mais direta de acesso dos cidadãos na vida democrática do País.

¹⁸⁰ FIGUEIREDO, Lucia Valle. **Estado de Direito e Devido Processo Legal**. In: Revista do TRF – 3ª Região, vol. 32, São Paulo, 1997, p. 25-26.

3 OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS CONCRETIZADORES DO DEVIDO PROCESSO LEGAL À LUZ DO PROCESSO ADMINISTRATIVO

Na esfera administrativa, o devido processo legal desdobra-se nos princípios do contraditório e da ampla defesa, os quais impõem que o processo administrativo ofereça às partes oportunidade de apresentar sua defesa, produzir suas provas e contra-provas, de contrapor seus argumentos a outros, utilizando todas as ferramentas legais, possibilitando-se influir na formação do ato final.

Textualmente dispõe o inciso LV, do artigo 5º da Constituição: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.”

É através do princípio do devido processo legal e seus sub-princípios, que se instaura o processo administrativo *stricto sensu*, ou seja, aquele em que há litigiosidade administrativa, possibilitando ao acusado defender-se utilizando todas as ferramentas jurídicas disponíveis, quer constitucionais ou infraconstitucionais, dando efetividade ao devido processo legal, instrumento garantidor dos Direitos Fundamentais, previstos na Constituição Federal.

Neste capítulo serão abordados os princípios do contraditório e da ampla defesa, e seus desdobramentos.

3.1 O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO ADMINISTRATIVO

Doutrinariamente, os princípios do contraditório e da ampla defesa, insertos no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal, são tratados conjuntamente, pelo que pode-se concluir que estão intimamente ligados entre si, como princípios decorrentes do devido processo legal.

No âmbito da legislação infraconstitucional, o contraditório vem disciplinado nos seguintes diplomas legais:

- Lei nº 9.784/1999 (Regula o processo administrativo federal), que no *caput* do artigo 2º dispõe: “A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.”
- Lei nº 10.177/98 (Regula o processo administrativo estadual paulista), que dispõe em seu artigo 22 que “Nos procedimentos administrativos observar-se-ão, entre outros requisitos de validade, a igualdade entre os administrados e o devido processo legal, especialmente quanto à exigência de publicidade, do contraditório, da ampla defesa e, quando for o caso, do despacho ou decisão motivados.”
- Lei nº 8.666/93 (Lei de Licitações e Contratos Administrativos): *Art. 49 (...). §3º.* No caso do desfazimento do processo licitatório, fica assegurado o contraditório e a ampla defesa.”
- Lei nº 8.112/90 (Regula o regime jurídico único dos servidores públicos federais): “Art. 153. O inquérito administrativo obedecerá ao princípio do contraditório, assegurada ao acusado ampla defesa, com a utilização dos meios e recursos admitidos em direito.”

O princípio do contraditório enuncia que todos os atos processuais, quer judiciais, quer administrativos, devem primar pela ciência bilateral das partes e da possibilidade de tais atos serem contrariados com alegações e provas.

Com a observância do princípio do contraditório, pode-se colocar a parte socialmente mais fraca em condições de paridade inicial frente a parte mais forte, e impedir que a igualdade de direitos se transforme em desigualdade de fato por causa da inferioridade de cultura ou de meios econômicos.

Para Carnelutti, a igualdade entre as partes é a base do princípio do contraditório.¹⁸¹

¹⁸¹ CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e Processo*, Napoli: 1958, Morano Editore, p.99-100. “*La domanda di una parte sola basta a far muovere il processo, ma non a farlo giungere a buon fine. Affinché giunga a buon fine, occorre Che audiatur et altera pars. Quest è il principio del contraddittorio, il quale non è altro, in fondo, che uguaglianza tra le parti; ciascuna parte deve poter fare quello che fa l'altura per farsi dar ragione.*”

Conforme leciona Roberto Rosas: “No contraditório se concretiza uma garantia da parte, de sua igualdade e de seu direito.”¹⁸²

Necessário, a partir deste momento, a definição doutrinária do princípio do contraditório.

Genericamente, Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, definem o contraditório como princípio garantidor de que as partes possam sustentar suas razões, produzir provas, influir sobre a formação do convencimento do juiz.¹⁸³

Cândido Rangel Dinamarco identifica o contraditório no “binômio informação-reação”, ressaltando que, “embora a primeira seja absolutamente necessária sob pena de ilegitimidade do processo e nulidade de seus atos, a segunda é somente possível.” Isto porque a ‘reação’, sinônimo de ‘defesa’, é faculdade da parte, que pode optar entre atuar ou omitir-se.¹⁸⁴

Ainda, de acordo com os ensinamentos de Cândido Rangel Dinamarco, o contraditório “é endereçado também ao juiz, como imperativo de sua função no processo e não mera faculdade”, considerando que o juiz não tem faculdades no processo, mas deveres e poderes, direcionando o processo através do impulso oficial (artigo 262, CPC), que impõe ao juiz que determine ou realize atos necessários, independentemente de requerimento das partes), e da atividade do saneamento, depurando o processo de imperfeições, deixando-o apto a prosseguir sem questões técnicas a resolver.

Odete Medauar, afirma que “Em essência, o contraditório significa a faculdade de manifestar o próprio ponto de vista ou argumentos próprios, ante fatos, documentos ou pontos de vista apresentados por outrem.”¹⁸⁵

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, conclui:

O princípio do contraditório, que é inerente ao direito de defesa, é decorrente da bilateralidade do processo: quando uma das partes alega

¹⁸² ROSAS, Roberto. **Direito Processual Constitucional**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 46.

¹⁸³ CINTRA, Pellegrini e Dinamarco. **Teoria Geral do Processo**, 22ª ed., São Paulo: Malheiros, 2006, p. 61.

¹⁸⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do Processo Civil Moderno**, tomo I, 5ª ed., São Paulo: Malheiros, 2002, revisão e atualização de Antônio Rulli Neto, p. 127.

¹⁸⁵ MEDAUAR, **Direito Administrativo Moderno**, p. 184.

alguma coisa, há de ser ouvida também a outra, dando-se-lhe oportunidade de resposta.¹⁸⁶

O contraditório, de forma genérica é, pois, faculdade do autor e do réu. É o direito à informação e à reação de ambas as partes, de forma igualitária, no processo.

A seguir serão abordados os desdobramentos mais diretos do princípio do contraditório, conforme dispõe a doutrina predominante, a saber: a) a informação geral ou acesso aos elementos do processo; b) ouvida dos sujeitos ou audiência das partes e c) motivação ou possibilidade de reagir. Acrescentaremos, também, o princípio do administrador competente ou imparcial, que garante a realização, ou efetividade destes princípios.

3.1.1 Informação Geral ou Princípio do Acesso aos Elementos do Processo

O princípio da informação geral ou acesso aos elementos do processo, diz respeito ao direito atribuído aos sujeitos, ou a quem os represente, e até mesmo à Administração, de ter acesso aos elementos do processo e de todos os documentos que o instrui, além das provas e dos dados que vierem à luz, durante o seu curso.

Resultam daí, exigências e obrigações em relação à Administração, relativamente à comunicação de elementos do processo em todos os momentos, decorrendo a ampla informação, o direito de acesso aos documentos que a Administração detém e todos os demais juntados aos autos.

Conforme ensina Odete Medauar,

Em decorrência do princípio do contraditório, é vedado o uso ou a inovação de elementos que não constam do expediente formal, porque deles não tiveram ciência prévia os sujeitos, tornando-se impossível reação a tais elementos.¹⁸⁷

Ainda, existe previsão legal no artigo 3º da Lei 9.784/99, que assegura ao interessado o direito de “ter ciência da tramitação dos processos em que tenha a condição de interessado, ter vista dos autos, obter cópias de documentos neles contidos e conhecer as decisões proferidas.”

¹⁸⁶ PIETRO, **Direito Administrativo**, p. 608.

¹⁸⁷ MEDAUAR, **Direito Administrativo Moderno**, p. 185.

Não bastasse, o dispositivo acima transcrito encontra legitimidade e validade nos artigos 5º, incisos XXXIII, XXXIV, 'b', e LXII, e 37, da Constituição Federal, irradiando o princípio da publicidade nas atuações administrativas.

Ademais, a Administração está obrigada, segundo disciplina o artigo 2º, inciso IV, da Lei 9784/99 a atuar “segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé.”

3.1.2 Ouvida dos Sujeitos ou Audiência das Partes

A ouvida dos sujeitos constitui, essencialmente, na possibilidade do interessado manifestar o próprio ponto de vista sobre os fatos, documentos interpretações, apresentados tanto pela Administração quanto por outros interessados.

Incluem-se aí, segundo Odete Medauar, “o direito paritário de propor provas (com razoabilidade), o direito de vê-las realizadas e apreciadas e o direito a um prazo suficiente para o preparo de observações a serem contrapostas.”¹⁸⁸

O fundamento constitucional explícito deste desdobramento está estampado no artigo 5º, LV, na medida em que seriam impossíveis o ‘contraditório e a ampla defesa’, sem audiência dos interessados. E o implícito está no artigo 1º, inciso II e § único da Constituição Federal. Neste sentido afirma Celso Antonio Bandeira de Mello:

Com efeito, se a Lei Magna prestigia tão solenemente a cidadania e se proclama com ênfase a soberania popular, seria contraditório a ambos que a Administração pudesse decidir um assunto respeitante a um dado cidadão sem lhe oferecer, antes da providência que o afetará, o direito de ser ouvido e de exhibir, com as provas que pretendesse aportar, a procedência de seu direito ou interesse. Deveras, dizer-se que a ‘cidadania’ é um dos ‘fundamentos’ da República e não lhe reconhecer sequer tais efeitos equivaleria a tornar letra morta a solene dicção do art. 1º, II, e parágrafo único.¹⁸⁹

Encontramos, ainda, reforço no artigo 39 da Lei nº 9.784/99:

Artigo 39 - Quando for necessária a prestação de informações ou a apresentação de provas pelos interessados ou terceiros, serão expedidas intimações para esse fim, mencionando-se data, prazo, forma e condições de atendimento.

¹⁸⁸ MEDAUAR, **Direito Administrativo Moderno**, p.185.

¹⁸⁹ BANDEIRA DE MELLO, **Curso de Direito Administrativo**, p. 485.

E na Lei Estadual Paulista nº 10.177/98, artigo 22, § 1º:

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

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

A observância deste desdobramento, dando oportunidade às partes de participarem de audiência, ouvindo e se fazendo ouvir, explicita o princípio do contraditório, por sua vez, desdobramento imprescindível do devido processo legal.

3.1.3 Motivação dos Atos e Possibilidade de Reagir

A oportunidade de reagir ante a informação não teria razão de ser se não existisse como constatar se a autoridade administrativa tomou ciência e sopesou as manifestações do interessado. Assim, a motivação dos atos administrativos é fundamental para que o interessado no processo administrativo possa reagir.

Pela motivação, assevera Odete Medauar, “se percebe como e quando determinado fato, documento ou alegação influenciou na decisão final.” Desta forma, propiciando o reforço da transparência administrativa e do respeito à legalidade, além de facilitar o controle das decisões tomadas.¹⁹⁰

Ainda, segundo Odete Medauar, o princípio da motivação decorre necessariamente da garantia do contraditório, e a falta de norma explícita acerca da motivação não a dispensa nos processos administrativos.¹⁹¹

Celso Antonio Bandeira de Melo, ensina que o embasamento legal do princípio da motivação está no artigo 1º, II e § único (atinentes à valorização da cidadania e à soberania popular); no artigo 5º, XXXIII, XXXIV, ‘b’, e LXXII (relativo ao direito de informação sobre dados e registros administrativos; artigo 37 (dever

¹⁹⁰ MEDAUAR, **Direito Administrativo Moderno**, p. 185.

¹⁹¹ *Ibidem*.

administrativo de publicidade) e, artigo 93, IX e X “por aplicação analógica de seus termos.”¹⁹²

3.2 O PRINCÍPIO DO ADMINISTRADOR COMPETENTE OU IMPARCIAL (JUIZ NATURAL)

O princípio do administrador competente ou juiz natural diz respeito àquele administrador previamente determinado pelo ordenamento jurídico como competente para processar e julgar determinado processo administrativo, antes que o fato imputável venha ocorrer.

Com efeito, quando a Constituição Federal consagra em seu artigo 5º, incisos XXXVII e LIII, as garantias de que “*não haverá juízo ou tribunal de exceção*” e de que “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”, evidenciado fica que o texto da Carta se harmoniza tanto com a idéia de juízo administrativo, como com o termo ‘tribunal’, que pode ser estendido a colegiados administrativos e outros órgãos não judiciais, como o Tribunal de Contas.

Observe-se que o termo “processado” engloba o processo administrativo disciplinar, por força da expressa previsão constitucional de contraditório e ampla defesa em sede administrativa, além de que ‘autoridade competente’ desborda da instância judicial e alcança a esfera do processo administrativo e a competência para seu processamento e julgamento.

Lúcia Valle Figueiredo, ponderando pela incidência do postulado do juiz natural na esfera administrativa, em razão do princípio do devido processo legal, refere que administrador competente “é o juiz competente para o feito”. E enfatiza:

A competência deve preexistir ao fato, e não ser atribuída para dada situação. Faça-se ressalva, é claro, à mudança legal de competências para situações em geral, e não para específica. Ou, ainda, as comissões que tenham de ser formadas para situações singulares.¹⁹³

¹⁹² BANDEIRA DE MELLO, *op. cit.*, p. 486.

¹⁹³ FIGUEIREDO, **Curso de Direito Administrativo**, p. 444.

Assim sendo, o princípio do administrador natural revela-se como tema da maior relevância para o direito administrativo, por representar uma das garantias asseguradas aos investigados e processados.

Não basta observar-se o princípio do administrador natural, análogo ao princípio do juiz natural, previsto no artigo 5º, incisos XXXVII e LIII, da Constituição Federal. Por força do ordenamento jurídico pátrio, quando se tratar de processo administrativo, a Administração terá de ser imparcial, devendo garantir a igualdade entre as partes, ainda que uma delas seja a própria Administração. Qualquer desequilíbrio que venha a ocorrer nesta relação ferirá o princípio do contraditório, bem como, na expressão de Egon Bockmann Moreira, “o necessário respeito ao particular que ocupa o outro pólo.”¹⁹⁴

Em conseqüência, o ordenamento jurídico impõe, em regra, conforme se vê no artigo 149 da Lei 8.112/90, a constituição de Comissões capazes de assegurar a imparcialidade, à medida que ditas comissões são órgãos estranhos entre o funcionário e o superior hierárquico.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro ressalta que a apuração disciplinar por intermédio de comissões disciplinares processantes colima salvaguardar maior imparcialidade na instrução do processo, em vista de que o colegiado se põe como órgão estranho entre o funcionário e o superior hierárquico.¹⁹⁵

Esta imparcialidade, segundo entendimento da doutrina e jurisprudência, é garantida na medida em que seus integrantes são funcionários estáveis e não interinos ou exoneráveis.

Visando assegurar a imparcialidade no processo administrativo, a Lei nº 9.784/99 prevê em seus artigos 18 a 21, as hipóteses de suspeição e impedimento dos agentes públicos que atuarem no processo, reforçando assim, a necessidade de observância do princípio da imparcialidade.

Ainda, para garantia da imparcialidade, o julgador administrativo deve ser pré-constituído na forma da lei e ser imparcial para o julgamento.

¹⁹⁴ MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo Administrativo, princípios constitucionais e a Lei 9.784/99**, São Paulo: Malheiros, 2000, p. 227.

¹⁹⁵ PIETRO, **Direito Administrativo**, p. 613.

O exame do princípio do juiz natural reclama, além do aspecto substancial, também, um aspecto objetivo ou formal, pelo qual se entende que o juiz natural é aquele juiz competente conforme as regras gerais e abstratas já estabelecidas, vez que não é possível a determinação de um juízo *post facto* ou *ad personam*.

3.3 O PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA ADMINISTRATIVA

Conforme já mencionado o princípio da ampla defesa, inserto no artigo 5º, LV, da Constituição Federal está intimamente ligado ao princípio do contraditório, sendo seu garantidor e, juntamente com ele, é mais um princípio realizador do devido processo legal.

Também em seu artigo 41, ao tratar da estabilidade e das hipóteses de perda do cargo público, dispõe a Constituição Federal:

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

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

(...)

II – mediante processo administrativo que lhe seja assegurada a ampla defesa;

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

Na esfera infraconstitucional, conforme relacionado no item 3.1, do presente capítulo, encontramos o princípio da ampla defesa nas já citadas Leis nºs 9.784/1999, nº 10.177/98, nº 8.666/93 e nº 8.112/90.

Iniciaremos o presente estudo, a partir do conceito de defesa, tirado dos ensinamentos de Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, ao comentar o parágrafo 25 do artigo 141, da Constituição Federal de 1946:

(...) 3) O conceito de defesa não é deixado inteiramente à lei. A lei tem de ser concebida de modo tal que nela se assegure a defesa, a que se refere o preceito. Existe, porém, conceito *a priori* de defesa, pelo qual se tenha de modular a defesa organizada pelas leis processuais? Tal conceito não existe; mas existe algo de mínimo, aquém do qual não mais existe a defesa. É interessante meditar-se sobre esse ponto que leva aos tribunais, na apreciação da constitucionalidade das leis processuais penais, à verificação *in casu* diante dos textos, da violação, ou não-violação, do que se prometeu na Constituição. É escusado invocar-se o § 25 quando a lei contém preceitos que ministram meios e recursos à defesa. Mas é de alta monta

quando aos acusados parece que a letra da lei ou a sua interpretação não atendeu ao que o preceito declara ser direito constitucional.¹⁹⁶

Ainda conceituando “defesa”, prossegue o referido autor, em comentários à Constituição Federal de 1967, com a Emenda nº 1, de 1969:

(...) a defesa, em rigorosa técnica e em terminologia científica, é o exercício da pretensão à tutela jurídica, por parte do acusado. O Estado – no texto constitucional – a prometeu, tem o Estado, através da Justiça e de qualquer outro órgão estatal, de cumprir a sua promessa.¹⁹⁷

João Barbalho Uchoa Cavalcanti, citado por Pontes de Miranda no comentário à Constituição de 1946, leciona acerca do parágrafo 16, do artigo 72, da Constituição Federal de 1891:

Art. 72 A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no paiz a inviolabilidade dos direitos concernentes á liberdade, á segurança individual e á propriedade nos termos seguintes:

§ 16 - Com a “plena defeza” são incompatíveis, e, portanto, inteiramente inadmissíveis, os processos secretos, inquisitoriaes, as devassas, a queixa ou o depoimento do inimigo capital, o julgamento de crimes inafiançáveis na ausência do accusado ou tendo-se dado a producção das testemunhas de accusação sem ao accusado permittir reinquiril-as, a incommunicabilidade depois da denuncia, o juramento do réo, o interrogatório d’elle sob coacção de qualquer natureza, por perguntas suggestivas ou capciosas, e em geral todo o procedimento que de qualquer maneira embarace a defeza.

Felizmente, nossa legislação ordinária sobre a matéria realisa o propósito da Constituição, cercando das precisas garantias o exercício d’esse inauferível direito aos acusados, - para ella *res sacra réus*.¹⁹⁸

Notadamente, as Constituições destacadas por Pontes de Miranda e João Barbalho, limitavam-se ao termo “defesa”. A Constituição Federal vigente, ampliando seu alcance e conteúdo, denomina “ampla defesa”. Na doutrina moderna, destacamos o conceito de Celso Ribeiro Bastos, que afirma:

Por ampla defesa deve-se entender o asseguramento que é feito ao réu de condições que lhe possibilitem trazer para o processo todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade. É por isso que ela assume múltiplas direções, ora se traduzindo na inquirição de testemunhas, ora na designação de um defensor dativo, não importando, assim, as diversas modalidades, em um primeiro momento.¹⁹⁹

¹⁹⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição de 1946, v. IV (arts. 141-156)**. Rio de Janeiro: Max Limonad, 1953, p. 387-388.

¹⁹⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1 de 1969**. 2ª ed. Tomo V (arts. 153§ 2º e 150). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974, p. 234.

¹⁹⁸ UCHOA CAVALCANTI, João Barbalho. **Constituição Federal Brasileira – Comentários**. Rio de Janeiro: Typographia da Companhia Litho-Typographia, 1902, p.323-324.

¹⁹⁹ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 23ª ed., São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002, p. 387.

E prossegue:

O contraditório, por sua vez, se insere dentro da ampla defesa. Quase que com ela se confunde integralmente na medida em que uma defesa hoje em dia não pode ser senão contraditória. O contraditório é pois a exteriorização da própria defesa. A todo ato produzido caberá igual direito da outra parte de opor-lhe ou dar-lhe a versão que lhe convenha, ou ainda de fornecer uma interpretação jurídica diversa daquela feita pelo autor.²⁰⁰

Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, acrescentam ao direito de defesa o significado essencial de “o direito à adequada resistência às pretensões adversárias”.²⁰¹

José Cretella Júnior, discorrendo acerca da ampla defesa, especificamente no processo administrativo, ensina:

Meio assegurado a todos os particulares ou funcionários que se vêem envolvidos nas malhas do processo administrativo ou inquérito administrativo. O princípio da ampla defesa ou de plena defesa, que se encontra acolhido na âmbito do direito administrativo, opõe-se ao princípio inquisitorial, em que é repellido o contraditório, impossibilitando-se ao acusado produzir provas ou carrear para o processo elementos que lhe provem a inocência. A defesa encontra sua base no direito natural e o princípio é de que ninguém pode ser condenado sem ser ouvido é que a informa. Não se concebe a possibilidade de uma repartição ou qualquer parcela da Administração pública instaurar processo contra indivíduo que não possa defender-se. O princípio natural, agora enunciado, é assim expresso em latim: “*nemo inauditus damnari potest*”. A ação administrativa em que é cercada a ampla defesa apresenta nulidade, que pode ser revista pelo Poder Judiciário.²⁰²

Romeu Felipe Bacellar Filho, se referindo a ampla defesa no âmbito do processo administrativo disciplinar, vai além:

O princípio da ampla defesa, aplicado ao processo administrativo disciplinar, é compreendido de forma conjugada com o princípio do contraditório, desdobrando-se: i) no estabelecimento da oportunidade de defesa, que deve ser prévia a toda decisão capaz de influir no convencimento do julgador; ii) na exigência de defesa técnica; iii) no direito à instrução probatória que, se de um lado impõe à Administração a obrigatoriedade de provar suas alegações, de outro, assegura ao servidor a possibilidade de produção probatória compatível; iv) na previsão de recursos administrativos, garantindo o duplo grau de exame no processo.²⁰³

²⁰⁰ BASTOS, *op. cit.*, p.388.

²⁰¹ CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, **Teoria Geral do Processo**, p. 90.

²⁰² CRETELLA JÚNIOR, José. **Enciclopédia Saraiva do Direito**, v. 6, p. 355/356.

²⁰³ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Princípios Constitucionais do Processo Administrativo Disciplinar**, São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 347.

A ampla defesa, em síntese, é prerrogativa exclusiva do réu, e somente do réu, em se opor ou se contrapor às alegações feitas pelo autor, titular da ação, cuja pretensão é dirigida ao juiz, detentor da jurisdição.

Conforme já mencionado, os princípios do contraditório e da ampla defesa estão profundamente relacionados entre si, sendo que em muitos casos se mesclam. Por este motivo, com base na melhor doutrina, abordaremos os desdobramentos mais diretamente vinculados à ampla defesa, incluindo, ainda, o direito de interpor recurso (duplo grau), a impossibilidade da *reformatio in pejus*, a gratuidade, a moralidade administrativa, o princípio da oficialidade, da verdade material, do formalismo moderado e a coisa julgada administrativa, a medida que tais princípios, igualmente, são imprescindíveis a realização do devido processo legal.

3.4 O DIREITO À DEFESA PRÉVIA

Conforme já visto, o devido processo legal administrativo está previsto no Título II, da Constituição Federal e, não por acaso, este Título trata dos direitos e garantias fundamentais, devendo ser compreendido como uma garantia de todo aquele que está sendo acusado de uma determinada falta.

A garantia à defesa deve ser entendida não somente pela observância do rito adequado, mas também pela cientificação do processo ao interessado, de lhe ser dado a oportunidade para contestar, para produzir provas, para acompanhar os atos instrutórios e para utilizar os recursos cabíveis.

Adverte Hely Lopes Meirelles, que

A cientificação deve ser pessoal, sendo admitida a feita mediante publicação oficial (Diário Oficial) nas hipóteses em que a parte interessada estiver em lugar incerto e não sabido (art. 26, § 4º, da Lei 9784/99) sob pena de lesão ao contraditório e à ampla defesa.²⁰⁴

A defesa prévia, conforme ensina Odete Medauar,

Consiste na anterioridade da defesa em relação ao ato decisório. (...) A anterioridade da defesa recebe forte matiz nos processos administrativos

²⁰⁴ MEIRELLES, **Direito Administrativo Brasileiro**, p. 690.

punitivos, pois os mesmos podem culminar em sanções impostas aos implicados.²⁰⁵

Segundo Gordillo

em cada um dos aspectos dessa garantia, desde o ter acesso às atuações, apresentar alegações, produzir provas, etc., insiste-se em que devam ser respeitados antes de se tomar a decisão que possa afetar direitos dos indivíduos.²⁰⁶

Assim, todo aquele que estiver sendo acusado de uma infração disciplinar, terá a oportunidade de apresentar a sua defesa e comprovar suas alegações respeitando o momento cronológico da sua realização, isto é, antes da decisão final.

Tendo em vista a obrigatoriedade de um regular processo administrativo, em que serão assegurados os princípios da ampla defesa e do contraditório, o instituto denominado 'verdade sabida' afigura-se contrário ao disposto no artigo 5º, LV, da Constituição.

A verdade sabida, meio de apuração de faltas e aplicação de penalidades, previsto em determinados estatutos dos servidores públicos, consiste na mera verificação direta e pessoal do cometimento de uma infração administrativa pela autoridade que detém competência para aplicar a sanção e a imediata imposição da respectiva pena. Não existindo a oportunidade do exercício da ampla defesa e do contraditório, qualquer penalidade estabelecida nestas condições é nula, porquanto violadora do princípio do devido processo legal, garantido constitucionalmente.

3.5 O DIREITO DE DEFESA TÉCNICA

O exercício da defesa técnica do interessado se dá por intermédio de um advogado, devidamente habilitado. Isto se justifica pela necessidade de equilíbrio entre os sujeitos ou a denominada paridade de armas, a plenitude do contraditório. Conforme ensina Odete Medauar:

²⁰⁵MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 7ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 186.

²⁰⁶GORDILLO, Agustín A.. **La garantía de defensa como principio de eficacia en el procedimiento administrativo**, in: Revista de Derecho Público, out.-dez./ 1969, p. 21. "en cada uno de los aspectos de esta garantía, desde el tener acceso a las actuaciones, presentar sus alegaciones, producir prueba, etc., se insiste en que ellos deben ser respetados desde antes de tomarse la decisión que puede afectar los derechos del individuo."

(...) o conhecimento especializado do advogado contribui para a tomada de decisão com respaldo na legalidade e justiça; a presença do advogado evita que o sujeito se deixe guiar por emoções de momento.²⁰⁷

Desta forma, havendo litigiosidade no processo administrativo, portanto capaz de restringir direitos, torna-se imprescindível que a defesa seja efetuada por um advogado.

Em recente julgamento, ocorrido em 10/10/2007, o Superior Tribunal de Justiça anulou portaria do Ministério da Saúde que demitiu uma servidora do quadro de pessoal da Fundação Nacional de Saúde – FUNASA, determinando sua reintegração ao cargo público.

No mandado de segurança nº 12594, entre outras causas, a servidora argumentou que para a garantia da ampla defesa seria imprescindível a presença de um advogado, o que não ocorreu.

A relatora ressaltou que a presença de advogado constituído ou de defensor dativo em processo administrativo é garantia constitucional, com a qual não se compatibiliza a autodefesa, tendo citado o entendimento no STJ, consolidado pela Súmula 343: “É obrigatória a presença de advogado em todas as fases do processo administrativo disciplinar.”

Por outro lado, parte da doutrina vem firmando o entendimento de que a defesa técnica, só é imprescindível quando se tratar de apuração de falta grave, a qual enseje demissão ou expulsão.

Neste sentido, defende Odete Medauar que,

aos demais processos, seria inviável que a Administração propiciasse defensor dativo a todos os sujeitos sem advogado próprio; daí a defesa técnica ser vista como possibilidade, não como exigência.²⁰⁸

Contudo, diante das garantias constitucionais asseguradas ao processo administrativo, não parece ser este o entendimento mais acertado. Ademais, tal posicionamento afronta o artigo 133, da Constituição Federal, o qual dispõe que a presença do advogado é indispensável à administração da justiça.

²⁰⁷ MEDAUAR, **Direito Administrativo Moderno**, p. 186.

²⁰⁸ *Ibidem*, p. 187.

Dessa forma decidiu o STF, ao apreciar o AI-AgR 186840/Relator Ministro Marco Aurélio. Julgamento: 30/03/1998. Órgão Julgador: Segunda. Turma Publicação: DJ 15-05-1998.²⁰⁹

DEVIDO PROCESSO LEGAL - DEFESA - PROCESSO ADMINISTRATIVO - GRADAÇÃO DA PENA. A garantia constitucional da observância do processo administrativo em sua plenitude, ou seja, considerados o contraditório e a ampla defesa, não sofre mitigação diante da pena imposta, no caso de repreensão, a decorrer de imputação da qual, logicamente, o destinatário tem interesse em defender-se. Intangibilidade da norma inserta no inciso LV do artigo 5º da Carta de 1988, no que glosada a adoção da punição sumária.

É possível concluir, portanto, que os servidores que respondem a processo disciplinar não devem ser punidos sem a devida assistência técnica, qualquer que seja a gravidade da penalidade, devendo a Administração nomear defensor dativo ao acusado desassistido em processo administrativo disciplinar, assegurando ao mesmo um devido processo legal.

Lucia Valle Figueiredo ensina que se o servidor, em processo disciplinar, não se defender por advogado, deverá lhe ser nomeado defensor. Da mesma forma que, se houver revelia, ou a parte não apresentar defesa, a nomeação de defensor dativo é absolutamente necessária do mesmo modo que no processo penal (art. 126, CPP).²¹⁰

Em que pese a Lei Federal nº 9.784/99 no seu art. 3º, IV, dispor que o administrado pode se fazer assistir por advogado, ou seja, prevê explicitamente a assistência facultativa do advogado, a própria lei em comento excepciona: “salvo quando obrigatória a representação, por força de lei”.

Conclui-se com isso, que o princípio da ampla defesa não seja mero dispositivo formal, mas sim, que seja aplicado em todos os casos concretos, como verdadeira garantia fundamental.

3.6 O DIREITO À INSTRUÇÃO PROBATÓRIA (PRODUÇÃO DE PROVAS)

A instrução é a fase processual em que as provas coletadas serão examinadas. O interessado acompanhará a instrução, conhecendo e respondendo a todas as provas contra ele apresentadas. O direito a instrução probatória está

²⁰⁹ Disponível em: <www.stf.gov.br/jurisprudencia> Acesso em: 14/09/2007 às 14:50.

²¹⁰ FIGUEIREDO, **Curso de Direito Administrativo**, p. 452.

resguardada, através do disposto no inciso LVI, do artigo 5º, da Constituição Federal, ao assegurar “o contraditório e a ampla defesa, com os meios e os recursos a ela inerentes.” A produção de prova é uma das condições para o exercício da ampla defesa.

É por intermédio das provas que, em regra, o interessado terá a oportunidade de demonstrar a consistência e relevância das alegações formuladas em suas manifestações. São as provas que irão, muitas vezes, corroborar as alegações que sustentam a defesa.

Segundo Hely Lopes Meirelles é:

a fase de elucidação dos fatos, com a produção de provas da acusação no processo punitivo, ou de complementação das iniciais no processo de controle e de outorga, provas, essas, que vão desde o depoimento da parte, as inquirições de testemunhas, as inspeções pessoais, as perícias técnicas, até a juntada de documentos pertinentes.²¹¹

Nos processos punitivos as providências relativas a instrução devem ser tomadas pela autoridade ou comissão processante e, nos demais, é ônus dos próprios interessados, através de apresentação direta das provas pertinentes ou da solicitação de sua produção regulamentar. Caso a instrução venha a apresentar defeitos que influenciem na apuração da verdade, podem conduzir a invalidação do processo ou do julgamento.

Em que pese a importância da produção de provas, não significa que poderão ser produzidas quaisquer provas ou a qualquer tempo, devendo ser observados os princípios da celeridade, economia, eficiência e utilidade dos trâmites. Isto significa que o processo administrativo existe para servir ao direito material, constituindo-se num meio e não um fim jurídico. A aceitação da produção de provas desnecessárias ou protelatórias violaria os princípios acima citados.

Neste sentido, adverte Odete Medauar: O reconhecimento do direito do direito à prova não significa seu exercício abusivo, por exemplo, ouvida de 100 testemunhas, realização de provas irrelevantes ao objeto do processo, produção de provas tumultuárias.²¹²

²¹¹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 33ª ed., São Paulo: Malheiros, 2007, p. 691.

²¹² MEDAUAR, Odete. *Op. cit.*, p. 119.

Por derradeiro, no processo administrativo, a autoridade administrativa competente deve, em razão de seu dever, perseguir a verdade real, apurando com eficiência o que de fato ocorreu, ainda que para tanto seja necessária a conversão do julgamento em diligência, quando no momento do julgamento, tomar conhecimento da existência de novas provas, não constante dos autos. Nos termos do artigo 29 da Lei 9.784/99, as atividades administrativas estão destinadas a averiguar e comprovar os fatos necessários ao convencimento e fundamentação da decisão, mesmo que através da realização de provas tardias.

Possuindo o processo todos os elementos essenciais informadores para a convicção do julgador este poderá, desde já, proferir a decisão. Caso contrário, a produção de outras provas desnecessárias, atentariam contra os princípios da celeridade, economia e eficiência, a medida que em nada acrescentaram, além do que já consta dos autos.

3.6.1 A Impossibilidade de Produção de Provas Ilícitas

A produção de provas é um direito do interessado, que tende a demonstrar a veracidade e relevância de suas alegações. Contudo, este não está livre para produzir qualquer prova. É necessário que a mesma seja admitida pelo ordenamento jurídico. Neste sentido, dispõe o inciso LVI do artigo 5º, da Constituição Federal e artigo 30, da Lei nº 9784/99, que dispõe: “são inadmissíveis no processo administrativo as provas obtidas por meios ilícitos.”

As provas consideradas ilícitas não podem ser aproveitadas seja no âmbito judicial, ou na esfera administrativa e, neste caso a Constituição Federal não oferece espaço à aplicação do princípio da proporcionalidade, visto tratar-se de regra constitucional de imposição absoluta do legislador constituinte.

Entende Luiz Francisco Torquato Avolio, que as provas ilícitas, por serem vedadas pelo diploma constitucional, não podem ser tomadas como qualquer meio de prova. Por isso, trata-se de “não-ato, não-prova, de um ‘nada jurídico’, que as remete à categoria de inexistência jurídica”. Tendo em vista a sua inexistência jurídica, o ato processual praticado, pelos elementos que o caracterizam, é dado

como ineficaz, desde a sua origem. A prova ilícita não surtirá nenhum efeito, em qualquer momento do processo.²¹³

No sentido são os ensinamentos de Ada Pellegrini Grinover, segundo a qual, ao ser estabelecido pela Constituição da República que as “provas” obtidas por meio ilícito são imprestáveis, na verdade, firma o entendimento de que estas não podem nem mesmo ser enquadradas na categoria de prova.²¹⁴

Assim, a necessidade da licitude da prova utilizada nos processos é regra consagrada pela Constituição Federal e, portanto, aplicável a todo ordenamento jurídico. Tal regra é cristalinamente, uma extensão do devido processo legal.

3.6.2 O Direito ao Silêncio

O direito ao silêncio está assegurado pela Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso LXIII, que dispõe: “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado.” É um direito fundamental e, como tal, constitui-se em cláusula pétrea (artigo 60, IV), nestas condições, não se admite sua abolição nem mesmo através de emenda constitucional.

Além da previsão constitucional, o direito ao silêncio ainda encontra amparo no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos – PIDCP, artigo 14, 3, alínea ‘g’ e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica, do qual o Brasil é signatário, ao tratar das garantias judiciais, dispõe em artigo 8º, 2, ‘g’, que toda pessoa terá o “direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada”.

A interpretação literal do dispositivo constitucional supra transcrito levaria à interpretação equivocada que somente o preso teria direito ao silêncio. Este entendimento já está superado, admitindo-se tanto a doutrina quanto a jurisprudência que não só o preso, mas que os acusados em geral têm direito a permanecer em silêncio, constituindo-se o direito ao silêncio numa garantia de todo

²¹³ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas Ilícitas – Interceptações Telefônicas - Gravações Clandestinas**, 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 87-88.

²¹⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. **O Processo em Evolução**, 2ª ed. Forense. Rio de Janeiro: 1998, p. 52.

cidadão de que não será compelido a responder algo que eventualmente possa implicar em confissão de cometimento de ilícito.

A doutrina e a jurisprudência caminham no sentido que também a testemunha tenha, por ocasião do seu depoimento, o direito de permanecer em silêncio, quando os esclarecimentos a serem prestados possam auto incriminá-lo. Neste sentido dispõe os artigos 406, I e 414, parágrafo 2º, do Código de Processo Civil.

A ampla defesa, conforme já mencionado, é prerrogativa exclusiva do réu ou acusado em se opor ou se contrapor às alegações feitas pelo autor. Assim, o silêncio do interrogando também está inserido no princípio da ampla defesa, tendo este total liberdade para responder às perguntas que quiser; ou, se preferir, de ficar em silêncio. É consequência do princípio do *nemo tenetur se detergere*, ou seja, ninguém pode ser obrigado a acusar a si próprio.

3.7 O DIREITO A REVISÃO (DUPLO GRAU)

O direito a revisibilidade constitui-se em mais um desdobramento do princípio da ampla defesa e significa que os atos administrativos emitidos pela autoridade competente dentro do processo administrativo, são passíveis de recurso dirigido ao superior hierárquico de quem a proferiu, para nova apreciação.

Sob o aspecto processual, o que justifica o recurso é o prejuízo, ou o gravame, que a parte sofreu com a decisão que lhe foi desfavorável.

Na sistemática do processo administrativo-disciplinar, a regra é a mesma, porquanto o recurso se afigura como um remédio jurídico a favor do servidor público perante a autoridade superior, para que esta reexamine a decisão proferida por seu subordinado, considerada lesiva ao recorrente.

O duplo grau, ou direito de interpor recurso, conforme ensina Odete Medauar,

independe de previsão explícita em lei ou demais normas, visto ter respaldo no direito de petição, que no ordenamento pátrio vem consignado na Constituição Federal, art. 5º, inciso XXXIV 'a', integrante do rol dos direitos e garantias fundamentais.²¹⁵

²¹⁵ MEDAUAR, A **Processualidade no Direito Administrativo**, p.117.

Está previsto, também, no artigo 5º, inciso LV (“...com os meios e recursos a ela inerentes.”), da Constituição Federal e, na esfera infraconstitucional, na Lei nº 9784/99, artigo 56 e seguintes. Na Lei Estadual paulista nº 10.177/98, no artigo 37 e seguintes.

O princípio do duplo grau ou pluralidade de instâncias decorre do poder de autotutela de que dispõe a Administração Pública em rever seus próprios atos, quando ilegais, inconvenientes ou inoportunos, conforme Súmulas 346 e 473, do Supremo Tribunal Federal.²¹⁶

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, enfatiza que “...haverá tantas instâncias administrativas quantas forem as autoridades com atribuições superpostas na estrutura hierárquica.” Assim o administrado que se sentir lesado em razão de uma decisão administrativa poderá recorrer a tantas autoridades superiores quanto existirem na organização administrativa.²¹⁷

O artigo 57 da Lei 9784/99, limita a três as instâncias administrativas recursais, ressalvando ‘disposição legal diversa”, ou seja, àquelas hipóteses em que a lei específica sobre determinadas matérias disponham ampliando ou restringindo.

O direito ao duplo grau somente deixará de existir se o processo for iniciado por autoridade administrativa do mais alto escalão ou for proposto por ela, restando somente ao interessado às vias judiciais.

3.8 IMPOSSIBILIDADE DA *REFORMATIO IN PEJUS*

A proibição da *reformatio in pejus* é outro importante princípio abrangido pela ampla defesa, o qual significa a impossibilidade de uma decisão administrativa ser revista por um superior hierárquico para torná-la mais gravosa para o interessado, que interpôs recurso. A reforma da decisão não pode prejudicar o recorrente.

²¹⁶ Súmula 346: “A administração pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos.”

Súmula 473: “A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos: ou revoga-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.” Disponível em: <http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia> Acesso em: 10/10/2007: 14:20

²¹⁷ PIETRO, **Direito Administrativo**, p. 610.

José Carlos Barbosa Moreira afirma que ocorre a *reformatio in pejus* quando “o órgão ad quem, no julgamento de um recurso, profere decisão mais desfavorável ao recorrente sob o ponto de vista prático, do que aquela contra a qual se interpôs o recurso.”²¹⁸

Embora não haja em nosso direito positivo uma regra explícita que proíba o *reformatio in pejus*, essa proibição que efetivamente existe é extraída do sistema, mais precisamente da conjunção do princípio dispositivo, da sucumbência como requisito de admissibilidade e, finalmente, do efeito devolutivo do recurso.

Nesse sentido, afirma Nelson Nery Junior, que:

A proibição da reforma para pior é consequência direta do princípio dispositivo, aplicável aos recursos: se o recorrido dispôs de seu direito de impugnar a sentença, não pode receber benefício do tribunal em detrimento do recorrente.²¹⁹

Ainda, seguindo a mesma linha de raciocínio, enfatiza Cândido Rangel Dinamarco:

...assim como não pode o juiz julgar *extra e ultra petita*, nem impor ao autor uma solução não demandada pela parte contrária nem por ele próprio, também não pode o tribunal exceder os limites da matéria impugnada, ou voltar-se contra quem lhe demandara o reexame de uma decisão desfavorável (*reformatio in pejus*)²²⁰

Também no processo administrativo, a reforma da decisão não pode prejudicar o interessado, isto é, não pode o superior hierárquico, ao apreciar um recurso administrativo interposto somente por um interessado, dar provimento a esse recurso para agravar a situação do recorrente.

Cabe ressaltar que, em se tratando de um processo administrativo revisivo, não se estará diante da reforma de uma decisão que gerou prejuízo ao recorrido, mas da ocorrência de um ato de controle da legalidade pelo superior hierárquico, admissível em nosso ordenamento jurídico.

²¹⁸ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Comentários ao Código de Processo Civil**, 7ª ed. São Paulo: Forense, 1998, p. 426.

²¹⁹ NERY JUNIOR, Nelson. **Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante**. 7ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais: São Paulo, 2003, p. 813.

²²⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Reforma da Reforma**, 5ª ed., São Paulo: Malheiros, 2003, p. 663.

3.9 A GRATUIDADE

Os princípios da gratuidade, da moralidade e da coisa julgada administrativa, embora não se constituam desdobramentos específicos da ampla defesa administrativa, não poderiam deixar de ser mencionados, à medida que, inquestionavelmente, revelam aspectos normativos importantes do devido processo legal, na seara administrativa.

A gratuidade, no processo administrativo, significa que não será exigido qualquer pagamento pecuniário do interessado. O processo administrativo será gratuito, não havendo de se falar de cobrança de taxas para o seu desenvolvimento.

A regra da gratuidade está prevista no inciso XI, da Lei nº 9.784/99, que proíbe a “cobrança de despesas processuais, ressalvadas as previstas em lei.” Contudo, a gratuidade abrange somente os processos restritivos ou ablativos de direito. Se o administrado vier buscar uma providência ampliativa, incidirão taxas ou emolumentos para cobrir eventuais despesas que a Administração venha a enfrentar.

Exemplo de providência ampliativa é o caso de porte de arma, no qual o administrado pede à autoridade policial uma licença para portar determinada arma. Caso deferido, o administrado terá sua esfera jurídica ampliada e, para tanto, acionou e movimentou a máquina administrativa, para ter atendido seu pedido particular. Neste caso, se encontra a exigência de taxa ou emolumento devido à Administração Pública.

3.10 A MORALIDADE ADMINISTRATIVA

Todo princípio, além de constituir-se em pilar do sistema jurídico, também é pressuposto de validade respectiva do ato. Sob tal prisma, podemos caracterizar o princípio da moralidade como pressuposto de validade dos atos da Administração Pública em geral e, em consequência, como mais um princípio concretizável pelo devido processo legal.

O princípio da moralidade administrativa está previsto no artigo 37 da Constituição Federal, o qual dispõe que a Administração Pública obedecerá, entre outros, ao princípio da moralidade. Também está previsto na Lei nº 9784/99, artigo 2º, inciso IV e artigo 4º, inciso II, e na Lei Estadual paulista nº 10.177/98, artigo 4º.

Este princípio desdobra-se em duas vertentes distintas, sendo uma delas voltada para o agente público e a outra para o administrado. Em relação ao agente público, configura-se pela exigência destes, em agirem “segundo os padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé”, insertos no artigo 2º, inciso IV, da Lei nº 9.874/99.

Sob a ótica dos administrados, exige-se destes que “procedam com lealdade, urbanidade e boa-fé”, artigo 4º, inciso II, da Lei nº 9.784/99.

O desvio da finalidade praticado pelo agente público configurará lesão ao princípio da ampla defesa administrativa e, via de consequência, ao devido processo legal. Quanto ao desvio de finalidade praticado por parte do administrado, caberá a Administração coibi-lo por intermédio de seus deveres-poderes administrativos.

3.11 PRINCÍPIO DA OFICIALIDADE

O princípio da oficialidade é também denominado de princípio do impulso oficial ou impulsão de ofício, significando que cabe à Administração tomar todas as providências necessárias ao trâmite necessário para atingir à decisão final, atribuindo-lhe sempre a movimentação do processo administrativo, ainda que instaurado por provocação do particular, a medida que uma vez iniciado, passa a pertencer ao Poder Público.

Ensina Odete Medauar, que

Esse princípio não elide a participação dos sujeitos, garantida pelo contraditório e ampla defesa, dotados, portanto de faculdades e direitos quanto a iniciativa do processo, à realização de provas, à junção de documentos, etc.²²¹

Referido princípio expressa, principalmente, a responsabilidade que a Administração Pública tem pelo andamento regular e contínuo do processo, independentemente de provocação das partes no que tange a realização de atos e

²²¹ MEDAUAR, **A Processualidade no Direito Administrativo**, p. 120.

providências, inclusive no sentido de determinar a coleta dos elementos necessários aos esclarecimentos dos fatos relacionados ao assunto.

Assim, conforme ensina Hely Lopes Meireles: “Se a Administração o retarda, ou dele se desinteressa, infringe o princípio da oficialidade e seus agentes podem ser responsabilizados pela omissão.” E conclui: “Outra consequência deste princípio é a de que a instancia não perime, nem o processo se extingue pelo decurso do tempo, senão quando a lei expressamente o estabelece.”²²²

Enfatiza-se, por derradeiro, que não se admite provas obtidas ilicitamente, vedada por expressa previsão legal (artigo 30 da Lei 9784/99).

3.12 PRINCÍPIO DA VERDADE MATERIAL

O princípio da verdade material ou verdade real, revela que a Administração deve tomar decisões com base nos fatos tais como se apresentam na realidade, não se satisfazendo com as versões trazidas pelos sujeitos.

Em face deste princípio, enfatiza Odete Medauar que a Administração “tem o direito e o dever de carrear para o expediente todos os dados, informações, documentos a respeito da matéria tratada, sem estar jungida aos aspectos considerados pelos sujeitos”²²³. Vale dizer, no tocante as provas, desde que obtidas por meios lícitos, a Administração detém a liberdade plena de produzi-las.

Hely Lopes Meireles acrescenta à verdade material, a denominação de liberdade na prova, segundo a qual a Administração está autorizada a valer-se de qualquer prova lícita de que a autoridade processante ou julgadora tenha conhecimento, trasladando-a para o processo.²²⁴

Dá-se o contraste entre a verdade material com a verdade formal. No processo judicial (onde prevalece a verdade formal) o juiz deve cingir-se às provas indicadas cronologicamente pelas partes. Já no processo administrativo, onde vige a verdade material, a autoridade processante ou julgadora pode, até o julgamento

²²² MEIRELLES, **Direito Administrativo Brasileiro**, p. 688.

²²³ MEDAUAR, **A Processualidade no Direito Administrativo**, p. 121.

²²⁴ MEIRELLES, **Direito Administrativo Brasileiro**, p. 689.

final, conhecer de novas provas, ainda que produzidas em outro processo ou decorrentes de fatos supervenientes que comprovem as alegações em questão.

3.13 PRINCÍPIO DO FORMALISMO MODERADO

O princípio do formalismo moderado também é citado na doutrina como princípio do informalismo. Odete Medauar, enfatiza “que não parece correta essa última expressão, porque dá a entender que não há ritos e formas no processo administrativo.”²²⁵

Existem ritos formais inerentes a todo procedimento. O princípio do formalismo moderado consiste, primeiramente, na previsão de ritos e forma simples, na medida para propiciar um grau de certeza, segurança, respeito aos direitos dos sujeitos, o contraditório e a ampla defesa. Em segundo lugar, se traduz na interpretação flexível e razoável quanto à forma, evitando que sejam vistas como um fim em si mesmas, apartadas da finalidade principal do processo.

Neste sentido, ensinam Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Candido Rangel Dinamarco:

A experiência secular demonstrou que as exigências legais quanto à forma devem atender critérios racionais, lembrada sempre a finalidade com que são impostas e evitando-se o culto das formas como se elas fossem um fim em si mesmas. Esse pensamento é a manifestação do princípio da instrumentalidade das formas, o que vem dar a justa medida do sistema da legalidade formal.²²⁶

Cabe considerar que em razão do princípio do formalismo moderado não se pode desprezar as exigências decorrentes do contraditório e da ampla defesa, tais como a motivação, a concessão de prazo para alegações ou a notificações dos sujeitos, como as vezes é invocado pretendendo-se ocultar razões subjacentes, sanar nulidades ou para escusar do cumprimento da lei. Ele visa impedir que minúcias e pormenores desnecessários afetem a compreensão da verdadeira finalidade da atuação.

²²⁵ MEDAUAR, **A Processualidade no Direito Administrativo**, p. 122.

²²⁶ CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, *op. cit.*, p. 344.

Neste sentido, Odete Medauar exemplifica o formalismo exacerbado em situação na qual em processo licitatório, ocorra a desclassificação de participante por falta de documentos não essenciais, passíveis de serem supridos ou esclarecidos em diligências. Assevera que:

assim agindo, deixa-se em segundo plano a verdadeira finalidade do processo, que é o confronto com o maior número possível de propostas para aumentar, em decorrência, a possibilidade de celebrar contrato adequado ao interesse público.²²⁷

3.14 A COISA JULGADA ADMINISTRATIVA

A Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro, datada de setembro de 1942, já preconizava o respeito à coisa julgada, quando dispôs em seu artigo 6º que, “a lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.”, esclarecendo, em seu § 3º: “chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso.”

A Constituição Federal vigente, elevou a coisa julgada ao *status* de garantia fundamental (Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais), ao dispor em seu artigo 5º, inciso XXXVI, que: “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

Conforme se infere da definição trazida pelo artigo 6º, § 3º da LICC e do artigo 467, do Código de Processo Civil, a coisa julgada é a eficácia, tornada imutável, própria da sentença que acolhe ou rejeita a demanda, sentença da qual já não caiba mais recurso.

A coisa julgada foi introduzida na esfera administrativa por intermédio do trabalho da doutrina e não possui o condão de exaurir definitivamente a questão posta, como ocorre com a coisa julgada judicial.

Para Hely Lopes Meirelles, a coisa julgada administrativa não passa de mera preclusão de efeitos internos, porque os atos decisórios administrativos não têm força conclusiva da decisão judicial. E acrescenta: “o que ocorre nas decisões

²²⁷ MEDAUAR, *op.cit.*, p. 123-124.

administrativas finais é, apenas, preclusão administrativa, ou a irretratabilidade do ato perante à Administração.”²²⁸

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, com muita propriedade acrescenta:

...sendo muito diversas as funções jurisdicionais e administrativas, pela forma como nelas atua o Estado, não se pode simplesmente transpor uma noção, como a de coisa julgada, de um ramo, onde tem pleno fundamento, para outro, em que não se justifica. Na função judicial o Poder Judiciário atua como terceiro estranho à lide; a relação é trilateral, porque compreende autor, réu e juiz, não sendo este parte na relação que vai decidir. Por isso mesmo, a função é imparcial e, como tal, torna-se definitiva, pondo fim ao conflito; por outras palavras, ela produz coisa julgada.

Na função administrativa, a Administração Pública é parte na relação que aprecia; por isso se diz que a função é parcial e, partindo do princípio que ninguém é juiz e parte ao mesmo tempo, a decisão não se torna definitiva, podendo sempre ser apreciada pelo Poder Judiciário, se causar lesão ou ameaça de lesão.²²⁹

A coisa julgada, no processo administrativo, pois, não possui o mesmo sentido que no processo judicial, significando apenas que a decisão se tornou irretratável pela própria Administração.

Assim, coisa julgada administrativa ocorre quando a Administração não pode mais rever seus próprios atos, ou por se tratarem de atos vinculados, ou por terem exaurido seus efeitos, os meros atos administrativos e os que geraram direitos subjetivos.

Pertinente aqui destacar a decisão tirada do REsp nº 47399/Al, que por votação unânime, negou provimento ao recurso, que ora se destaca:

... 5. A decisão que aprecia as contas dos administradores de valores públicos faz coisa julgada administrativa no sentido de exaurir as instâncias administrativas, não sendo mais suscetível de revisão naquele âmbito. Não fica, no entanto, excluída de apreciação pelo Poder Judiciário, porquanto nenhuma lesão de direito pode dele ser subtraída. 6. O art. 5º, inciso XXXV, da CF/88, dispõe que ‘a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.’ 7. A apreciação pelo Poder Judiciário de questões que foram objeto de pronunciamento pelo TCU coaduna-se com a garantia constitucional do devido processo legal, porquanto a via judicial é a única capaz de assegurar ao cidadão todas as garantias necessárias a um pronunciamento imparcial.

A conclusão lógica que se chega é que a expressão “coisa julgada administrativa” é utilizada apenas no sentido de que não há mais recursos a serem interpostos perante a Administração que, relativamente à matéria, já julgou de forma definitiva. Assim, a coisa julgada administrativa não possui caráter exauriente,

²²⁸ MEIRELLES, **Direito Administrativo Brasileiro**, p. 653.

²²⁹ PIETRO, **Direito Administrativo**, p. 703.

respeitado o prazo específico em que dita decisão poderá ser levada ao exame do Judiciário, que é quem, definitivamente decidirá, considerando a norma constitucional que garante o acesso ao Judiciário, dispondo no artigo 5º, inciso XXXV que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

3.15 A NECESSIDADE DA ELABORAÇÃO DE UMA LEI GERAL QUE DISCIPLINE O PROCESSO ADMINISTRATIVO

Como foi visto, embora não haja mais dúvidas quanto à aplicabilidade do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa nos processos administrativos, à luz dos incisos LIV e LV, do artigo 5º, da Constituição Federal, além da legislação infra-constitucional existente, o processo administrativo brasileiro se ressentia da ausência de procedimentos definidos claramente, unificado, codificado, tal qual se apresenta no processo judicial, através de uma lei geral, permitindo ao administrado e a própria Administração Pública conhecer de antemão todo o trâmite próprio adotado no Processo Administrativo.

O tema da codificação do direito administrativo no mundo, vem sendo tratado na doutrina desde meados do século XIX até as primeiras décadas do século XX, sobretudo porque neste período o novo ramo sobressaía no cenário dos ordenamentos, contrastando com a situação de outros ramos do direito mais elaborados e codificados, surgindo a necessidade do debate sobre a possibilidade de codificá-lo, para disciplinar o âmbito da atuação estatal.

Havia argumentos favoráveis e contra a codificação. A favor, argumentava-se sobre o estado de inferioridade, em razão da ausência de um código que disciplinasse de forma simples e clara as normas e princípios do direito administrativo, além de se ordenar à legislação administrativa, tornando-a mais conhecida e coibindo os arbítrios.

Os argumentos contrários centravam-se na ausência de elaboração doutrinária, da imaturidade científica e, sobretudo, pela “inviabilidade de codificar a disciplina da Administração porque esta não pertenceria à ordem do direito, mas a

ordem dos fatos.” De forma nem sempre expressa, os argumentos eram no sentido de buscar a preservação de zonas livres nas atuações administrativas.²³⁰

Havia também posicionamentos intermediários, que pregavam a codificação parcial (apenas princípios). Deu-se um período de ausência de discussão da matéria, “como se houvesse aceitação tácita da não codificação”, ressurgindo na década de sessenta, e se intensificando nas décadas de setenta e oitenta.²³¹

Muitos ordenamentos jurídicos no mundo optaram pela concentração das normas sobre o exercício de poderes administrativos, conferindo direitos e faculdades aos particulares e servidores.

Na Espanha, a denominada Lei Azcárate (nome do deputado que liderou o grupo de parlamentares que apresentou o projeto), datada de 1889, fixou preceitos gerais que seriam disciplinados na esfera de cada ministério, segundo suas peculiaridades.

A lei espanhola, de 1958, procurou integrar o conjunto de textos destinados a efetuar reformas administrativas. Foi parcialmente alterada em 1963, visando reunir em um único texto as normas de processo aplicáveis a todos os setores da Administração. “Além de normas de natureza processual, contém preceitos sobre o regime jurídico dos atos administrativos, sobre a criação de órgãos administrativos, sua competência e conflitos de atribuição.”²³²

A lei austríaca, de 1925, teve grande período de preparação, sendo que a primeira comissão formada para elaboração do projeto é de 1905. Compõe-se de três partes: processo administrativo geral, processo administrativo penal e processo administrativo de execução. Em virtude de sua grande força de expansão, textos semelhantes foram editados na Tchecoslováquia e Polônia.

Em 1946 foi editada a lei norte-americana (*The Federal Administrative Procedure Act*), tendo influenciado para a promulgação da lei: a importância institucional da cláusula do *due process of law* (Emendas V e XIV), o caráter predominantemente processual do *administrative law*, a necessidade de contrabalançar amplas delegações conferidas às *agencies* por regras de exercício

²³⁰ MEDAUAR, **A Processualidade no Direito Administrativo**, p. 138.

²³¹ *Ibid.*, p. 138.

²³² *Ibid.*, p. 143.

desses poderes. Ao longo do tempo a lei sofreu alterações, em temas concernentes a transparência administrativa.

Países como a Argentina (1972), Alemanha (1976), Suécia, Suíça, Costa Rica (1978), na década de setenta e Venezuela, (1982) Colômbia (1984) na década de oitenta e na década de noventa, Itália (1990) e Portugal (1992), adotaram legislação específica para regular o processo administrativo.

A França, no início da década de noventa, estava em fase de pré-codificação das leis editadas no final da década de setenta e oitenta, para a formação de um código ou lei geral de processo administrativo. Paralelamente a tendência de codificação naquele país, segundo dispõe Odete Medauar,

registrou-se um aumento dos trabalhos doutrinários à respeito, nos quais, dentre outros aspectos, se questiona a convivência ou não dessa codificação e, conseqüentemente o seu significado atual.²³³

A doutrina francesa, entretanto, enfoca alguns pontos que dizem respeito ao confronto entre o direito administrativo que no século XIX e início do século XX, apresentava-se flutuante e desigual, em desfavor do cidadão, somente nas últimas décadas do século XX, afigura-se mais preciso, igualitário e democrático.²³⁴

Outro aspecto suscitado pelos franceses, diz respeito a cristalização acarretada pela codificação, retomando uma controvérsia tradicional de, como fixar na lei realidades dinâmicas, sobretudo a disciplina dos poderes públicos, em face dos problemas da sociedade? Ou ainda, como cristalizar, de modo duradouro, as questões se a formação do direito é um processo permanente, composto por textos escritos, doutrina e jurisprudência?²³⁵

Em que pesem as considerações doutrinárias francesa acima mencionadas, o que se depreende do estudo até aqui abordado, é que uma lei geral de processo administrativo representaria uma evolução do direito administrativo nas sociedades complexas e democráticas, atendendo não só a exigências sistemática do direito administrativo, já enriquecido pela elaboração doutrinária, legislativa e jurisprudencial, mas, sobretudo, atendendo às exigências do Estado de direito,

²³³ MEDAUAR, **A Processualidade no Direito Administrativo**, p. 152.

²³³ Jean Louis Autin, *Illusions et vertus de l'État de droit administratif*, in *L'État de droit*, 1987. p.160 *apud* MEDAUAR, **A Processualidade no Direito Administrativo**, p.153.

²³⁴ *Ibid.*, p.152-153.

²³⁵ *Ibid.*, p.153.

contribuindo para diminuir as incertezas, ampliando o grau de conhecimento e preceitos que disciplinam a atuação administrativa.

Ademais, a fixação de uma lei geral, tratando dos preceitos fundamentais do processo administrativo, não produziria, como temido, a cristalização do direito, tampouco impediria a contribuição doutrinária e jurisprudencial. No entendimento de Odete Medauar, ocorre justamente o contrário:

o que se notou em ordenamentos que adotaram lei geral foi o amplo debate, na doutrina e no âmbito de parlamentos e partidos, a respeito dos projetos; transformados em lei, surgiu-se a proliferação de trabalhos doutrinários e de manifestações jurisdicionais sobre o novo texto. Além do mais, nada impede que a lei receba alterações à medida que também mude a realidade dinâmica da vida social.²³⁶

Suscita-se, ainda, com a adoção da sugerida lei geral, uma ‘cristalização interna’ da Administração, ou seja, o risco de rigidez, o excesso de formalismo. Em contraponto, surgem visões efficientistas e visões garantistas, que segundo dispõe Odete Medauar:

as primeiras cometem o lapso de admitir eficiência fora das regras (trata-se de discurso e prática muito comuns quando radicais de qualquer linha política assumem o poder); as segundas erram por supor a garantia de direitos condicionada a minúcias. E complementa: Essa contraposição pode ser alimentada ou relacionada a outra: discricionariedade e legalidade...²³⁷

Ora, a solução para tais dilemas pode ser encontrada na idéia de uma lei geral que estabeleça preceitos qualificadores das relações entre cidadãos e Administração ou, no entender de Odete Medauar,

uma lei que regule o modo de aplicação dos princípios referentes às atuações processualizadas da Administração, a maioria dos quais decorre da caracterização do Estado como democrático e de direito.²³⁸

No Brasil, em 1938, Themístocles Brandão Cavalcanti já defendia a codificação das normas fundamentais do processo administrativo, “para contrapor à desordem e dificuldades da largueza das praxes administrativas.”²³⁹

Em conseqüência de sua defesa à codificação, Themístocles Brandão Cavalcanti propôs um anteprojeto do código de processo administrativo, no qual dizia que “os interessados terão seus direitos assegurados, sabendo com

²³⁶ MEDAUAR, **A Processualidade no Direito Administrativo**, p. 154.

²³⁷ *Ibidem*, p. 154.

²³⁸ *Ibidem*, p. 154.

²³⁹ BRANDÃO CAVALCANTI, Themístocles. **Tratado de Direito Administrativo**, v. IV, 3ª ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1956, p. 537.

antecedência qual o curso de suas demandas com a administração...; o principal é proteger os direitos essenciais contra os excessos.”²⁴⁰

Relativamente à matéria processual, o referido anteprojeto, em síntese, dispunha: a) início e desenvolvimento de processos iniciados por auto de infração emitido contra particulares, com previsão de direito de defesa do possível infrator; b) modo de contagem dos prazos; c) procedimentos das intimações e notificações; d) modo de realização de exames e vistorias, com possibilidade do interessado apresentar quesitos, antes de realizados; e) procedimentos das apreensões; f) procedimentos dos recursos administrativos; g) preceitos sobre o processo disciplinar (denominado no anteprojeto de “inquérito administrativo”), com ampla defesa e contraditório.²⁴¹

Em 1951, José Cretella Júnior tratou do tema observando que o problema da codificação “é quase tão velho como a própria humanidade.”²⁴²

Após vasto estudo sobre a matéria, tanto no ordenamento pátrio quanto no estrangeiro, José Cretella Junior, fixou posicionamento favorável à codificação administrativa total e oficial, devendo a mesma ser posta em prática.²⁴³

Também, Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, assinala

a importância do processo administrativo ordenado e da sua codificação para que o Estado não extravase dos seus limites de competência ou não exorbite na prática de atos que possam ser lesivos.²⁴⁴

No Brasil, atualmente não existe uma lei geral de processo administrativo. Existem leis específicas para alguns tipos de processo, editadas a nível federal, estadual e municipal, sem que haja uma uniformização de tratamento, no dizer de Odete Medauar, sem “um fio condutor no tratamento de questões comuns.”²⁴⁵

²⁴⁰ Themístocles Brandão Cavalcanti. **Código de Processo Administrativo**, Revista do Serviço Público 3, 1938, p. 55 e 61 *apud* MEDAUAR, **A Processualidade no Direito Administrativo**, p. 155.

²⁴¹ MEDAUAR, **A Processualidade no Direito Administrativo**, p. 156.

²⁴² CRETELLA JÚNIOR, José. **Da Codificação do Direito Administrativo**. São Paulo: 1951, p. 13.

²⁴³ CRETELLA JÚNIOR, *op. cit.*, p. 128.

²⁴⁴ FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. **Introdução ao Direito Administrativo Processual**, 1971, p. 107.

²⁴⁵ MEDAUAR, **Processualidade no Direito Administrativo**, p. 156.

Ou, ainda, conforme observa Cândido Rangel Dinamarco: “essa fragmentação também inibe muito a visão do processo administrativo na unidade de uma teoria geral.”²⁴⁶

O fato é que a ausência de um código ou lei geral, que possibilite um tratamento unitário traz dificuldades na compreensão das atuações processuais administrativas e insuficiência nas relações entre Administração e administrados, assim como entre a Administração e os servidores, à medida que os modos e estilos de atuação variáveis e incertos, impede a adequada tutela dos direitos dos cidadãos, além de facilitar condutas arbitrárias e subjetivas.

A inexistência de uma processualidade administrativa expressa, previsível em seus desdobramentos para os cidadãos, servidores públicos e autoridades administrativas, contraria o texto constitucional de 1988, o qual impõe a observância dos princípios devido processo legal, contraditório, ampla defesa, além do princípio da legalidade, moralidade e publicidade, os quais afiguram-se como princípios basilares para a caracterização de um Estado Democrático de Direito, explicitado no artigo 1º da Constituição Federal.

²⁴⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 7ª ed., São Paulo: Malheiros, 1999, p. 53.

CONCLUSÃO

O Devido Processo Legal, como garantia do trinômio vida, liberdade e propriedade, diante da atuação dos Poderes estatais, originou-se na Magna Carta de 1215, e foi se aperfeiçoando com o passar do tempo, principalmente após sua recepção pelo direito norte-americano, através das emendas constitucionais 5ª e 14ª.

No Brasil, o instituto do devido processo legal teve seus primeiros passos introduzidos em 1943 por Castro Nunes que, juntamente com Carlos Alberto Lúcio Bittencourt, em 1943, passaram a defender sua vigência.

Com a promulgação da Constituição Federal em 1988, o devido processo legal foi alçado à categoria de direitos fundamentais, dispondo o artigo 5º, inciso LIV, que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”, sendo esta garantia estendida ao processo administrativo, através do inciso LV, do artigo 5º, que assegura aos litigantes em geral, a observância do contraditório e da ampla defesa e os recursos a ela inerentes.

Na esfera infra-constitucional, o tema está disciplinado pelas Lei nº 9.784/99 e a Lei Estadual paulista nº 10.177/98, as quais regulam o processo administrativo em geral, possibilitando o controle efetivo das atividades afetas à Administração Pública.

A processualidade jurídico-administrativo é identificada no processo administrativo como rito procedimental, especificando suas fases e espécies, dentre estes últimos, o processo administrativo em sentido lato e em sentido estrito, além dos processos administrativos sancionatório, disciplinar e revisivo.

Doutrinariamente, o processo em sentido lato não possui formalidades extravagantes, não gerando restrições aos direitos dos administrados, o que em tese não geraria o contraditório. Contrariamente, nos processos em que há litigiosidade (sentido estrito), notadamente, os que prevêm sanções administrativas disciplinares, a observância do Devido Processo Legal, pela aplicação do contraditório e da ampla defesa, dentre outros sub-princípios efetivadores do primeiro, é uma medida de justiça.

Conforme amplamente exposto, a Constituição Federal impõe a observância do devido processo legal, através do contraditório e da ampla defesa, também no âmbito do processo administrativo.

Em que pese a dicção Constitucional do artigo 1º, que explicita a caracterização do País como de um Estado Democrático de Direito, portanto um Estado onde o devido processo legal é princípio fundamental, a esfera do processo administrativo se ressentia a ausência de uma lei geral, expressa, tal qual se observa nos códigos de Processo Civil e Penal.

A codificação do Processo Administrativo garantirá aos cidadãos, aos servidores públicos e às autoridades administrativas, a previsibilidade dos desdobramentos processuais, dentro de regras previamente definidas, sem surpresas.

Em síntese, a edição de uma lei geral de processo administrativo configurará verdadeiro estatuto do cidadão perante a Administração, delimitando a atuação do Poder Público, impondo a observância do devido processo legal e os demais princípios dele decorrentes, respeitando os Direitos Fundamentais e, por fim, constituindo-se na forma mais direta de acesso dos cidadãos na vida democrática do País.

BIBLIOGRAFIA

ACQUAVIVA, Marcus Cláudio, **Dicionário Jurídico Brasileiro Acquaviva**, Jurídica Brasileira, 2000.

ALBUQUERQUE MELLO, Celso D. **Curso de Direito Internacional Público**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1979.

ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**, 3ª ed., Madrid: *Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales*, 2002.

ARISTÓTELES. **A Política**, Tradução de Nestor Silveira Chaves, 5ª ed., São Paulo: Atena.

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas Ilícitas – Interceptações Telefônicas - Gravações Clandestinas**, 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Princípios Constitucionais do Processo Administrativo Disciplinar**. São Paulo: Max Limonad, 1998.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso De Direito Administrativo**. Malheiros Editores, 22ª ed., rev. atualizada e ampliada, 2006.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 7ª ed. São Paulo: Forense, 1998.

BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 4ª Edição, São Paulo: Saraiva, 2001.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 23ª ed., São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002.

BITTAR, Eduardo C. B.; FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Direitos Humanos Fundamentais: positivação e concretização**, São Paulo: EDIFIEO, 2006.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. **Estado, Governo, Sociedade. Para uma teoria geral da política**, 13ª ed., São Paulo: Editora Paz e Terra, 2007.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

_____. **Curso de Direito Constitucional**, 9ª ed., São Paulo: Malheiros, 2000.

BORGES NETTO, André L. **A razoabilidade constitucional: o princípio do devido processo legal substantivo aplicado a casos concretos**. Revista Jurídica Virtual, Brasília, maio/2000. Disponível na Internet: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/revista/Rev_12/razoab_const.htm> Acesso em: 13/09/2007, às 16:38h.

BRANDÃO CAVALCANTI, Themístocles. **Tratado de Direito Administrativo**, v. IV, 3ª ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1956.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal Anotada**. 5ª. ed., São Paulo: Saraiva, 2003.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 3ª ed., Almedina, 1999.

_____. **Direito Constitucional**, 6ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1995.

CARNELUTTI, Francesco. **Diritto e Processo**, Napoli: Morano Editore, 1958

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**, 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira de. **O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil**, 4ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2006.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

COMPARATO, Fabio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**, 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2003.

COSTA MACHADO, Antônio Cláudio da. **Código de processo civil interpretado artigo por artigo, parágrafo por parágrafo: leis processuais civis extravagantes anotadas**, Barueri: Manole, 2006.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Da Codificação do Direito Administrativo**. São Paulo: 1951.

_____. **Tratado de Direito Administrativo**. v. VI, Rio de Janeiro: Forense, 1966.

_____. **Enciclopédia Saraiva do Direito**, v. 6, Saraiva. São Paulo: Saraiva, 1978.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**, 24ª ed., São Paulo: Saraiva, 2003.

DELGADO, José Augusto. **A Tutela do Processo na Constituição de 1988**. Revista Curso de Direito Universidade Federal de Uberlândia, 1990.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 7ª ed., São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. **A Reforma da Reforma**, 5ª ed., São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. **Fundamentos do Processo Civil Moderno**. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, 5ª ed., tomo I, revisão e atualização de Antônio Rulli Neto.

_____. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Malheiros, 2005, v. 4.

DÓRIA, Antonio Roberto Sampaio. **Direito Constitucional Tributário e *Due Process of Law*: Ensaio Sobre o Controle Judicial da Razoabilidade das Leis**, 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1986.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**, 33ª ed., São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **Direito Constitucional**. 25ª ed., São Paulo: Saraiva, 1999.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**, 8ª ed., São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. **Estado de Direito e Devido Processo Legal**. *In*: Revista do TRF – 3ª Região, vol. 32, São Paulo, 1997, p. 25-26.

_____. Revista Diálogo Jurídico, nº 11, fevereiro/2002, Salvador, p.12, Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/form_revista> Acesso em 10/09/2007 às 18:10h.

FILOMENO, José Geraldo Brito. **Manual de Teoria Geral do Estado**, Rio de Janeiro: Forense, 1994.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **O Direito de Antena em Face do Direito Ambiental no Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2000.

FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. **Introdução ao Direito Administrativo Processual**, 1971.

FREDERICO MARQUES, José. A Garantia do "*due process of law*" no Direito Tributário. **Revista de Direito Público**, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 05, jul./set. 1968.

FRIEDE, Reis. **Questões de Teoria Geral do Estado e de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

GORDILLO, Agustín A. **La garantía de defensa como principio de eficacia em el procedimiento administrativo**. In Revista de Direito Público, out.-dez./ 1969.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **As Garantias Constitucionais do Direito de Ação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

_____. **O Processo em Evolução**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

GROPOLI, Alexandre. **Doutrina do Estado**, 2ª ed. (traduzida da 8ª edição italiana), São Paulo: Saraiva, 1996.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**, 4ª ed., São Paulo: RCS Editora, 2005.

_____. **Teoria Processual da Constituição**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2000.

KELSEN, Hans, **Teoria Geral do Direito e do Estado**, São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LAROUSSE CULTURAL, Grande Enciclopédia. São Paulo: Ed. Nova Cultural, 1998.

LAURIA TUCCI, Rogério. CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Devido Processo Legal e Tutela Jurisdicional**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

LIMA, Maria Rosynette Oliveira. **Devido Processo Legal**. [Dissertação de Mestrado em Direito e Estado]. Apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de Brasília-UnB. Professor-Orientador: Gilmar Ferreira Mendes.

_____. **Devido Processo Legal**, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

MALUF, Sahid. **Teoria Geral do Estado**, 21ª ed., São Paulo: Saraiva, 1991.

MACHIAVELLI, Niccolo di Bernardo dei. **O Príncipe**, 5ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 2001

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

_____. **Direito Administrativo Moderno**, 7ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. **Do Direito de Defesa em Inquérito Administrativo**, *in*: Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro: Renovar, 1991.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, atualizado por Eurico de Andrade Azevedo, Décio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho, 33ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle de constitucionalidade**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1990.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O Espírito das Leis**. 2ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1996

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**, 19ª ed., São Paulo: Atlas, 2006.

MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo Administrativo, princípios constitucionais e a Lei 9.784/99**. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante**. 7ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

_____. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 8ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. **Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2006.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Infrações e Sanções Administrativas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1985.

PASQUARELLI, Maria Luiza Rigo. **Normas para a apresentação de trabalhos acadêmicos**. ABNT/NBR-14724, agosto 2002, ementa 2005. 3ª ed. Osasco: EDIFIEO, 2006.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito Administrativo**. 19ª ed., São Paulo: Atlas, 2006.

PIOVESAN, Flávia. **Revista Internacional de Direitos Humanos**, Ano 1, nº 1, 1º semestre, 2004.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição de 1946**, v. IV (arts. 141-156). Rio de Janeiro: Max Limonad, 1953.

_____. **Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1 de 1969**, 2ª ed., Tomo V (arts. 153 § 2º - 159). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974.

_____. **Democracia, Liberdade, Igualdade (Os Três Caminhos)**, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1979.

PORTANOVA, Rui. **Princípios do Processo Civil**, 5ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 20ª ed., São Paulo: Saraiva, 1993.

_____. **Filosofia do Direito**. 12ª ed., São Paulo: Saraiva, 1987.

ROSAS, Roberto. **Direito Processual Constitucional**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

ROUSSEAU, J. J. **Contrato Social**. Edição da "Organização Simões": Rio de Janeiro, 195

SAN TIAGO DANTAS, Francisco Clementino de. Igualdade perante a lei e *due process of law*: Contribuição ao estudo da limitação constitucional do poder legislativo. RF, abril, 1948.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**, 25ª ed., São Paulo: Saraiva, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 28ª ed., São Paulo: Malheiros, 2007.

SMANIO, Gianpaolo Poggio, **Tutela Penal dos Interesses Difusos**. São Paulo: Atlas, 2000.

SUNDFELD, Carlos Ari, **A importância do procedimento administrativo**. Revista de Direito Público, nº 84, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987.

_____. **Direito Administrativo Ordenador**. São Paulo: Malheiros Editores, 1997.

_____. **Processo e procedimento administrativo no Brasil, in: As leis de processo administrativo, Lei Federal 9784/99 e Lei Paulista 10.177/98**, São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

TAVARES, André Ramos, **Curso de Direito Constitucional**, São Paulo: Saraiva, 2002.

TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**. 20ª ed., São Paulo: Malheiros, 2005.

THEODORO JUNIOR, Humberto, **Curso de Direito Processual Civil**, 24ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998.

UCHOA CAVALCANTI, João Barbalho. **Constituição Federal Brasileira – Comentários**. Rio de Janeiro: Typographia da Companhia Litho-Typographia, 1902.

VIRGA, Pietro, **II Provvedimento Amministrativo**, 4ª ed.. Ref., Varese: Multa Paucis, 1972.