

**UM ESTUDO SOBRE O PROCESSO ADMINISTRATIVO**

ANA CRISTINA FERRO BLASI

FLORIANÓPOLIS, FEVEREIRO DE 1995.

# **UM ESTUDO SOBRE O PROCESSO ADMINISTRATIVO**

**ANA CRISTINA FERRO BLASI**

Dissertação apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina como requisito para a obtenção do título de Mestre em Ciências Humanas - especialidade Direito

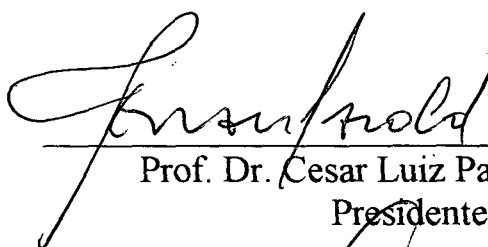
Orientador: Prof. Dr. Cesar Luiz Pasold

FLORIANÓPOLIS, FEVEREIRO DE 1995

A dissertação "UM ESTUDO SOBRE O PROCESSO ADMINISTRATIVO", elaborada por ANA CRISTINA FERRO BLASI e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora, foi julgada adequada para a obtenção do título de Mestre em Direito.

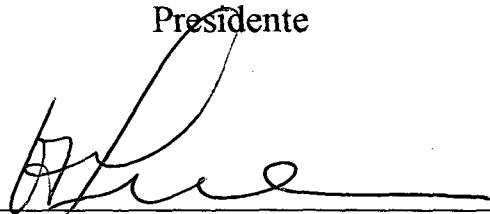
Florianópolis, 06 de fevereiro de 1995

Banca Examinadora:



---

Prof. Dr. Cesar Luiz Pasold  
Presidente

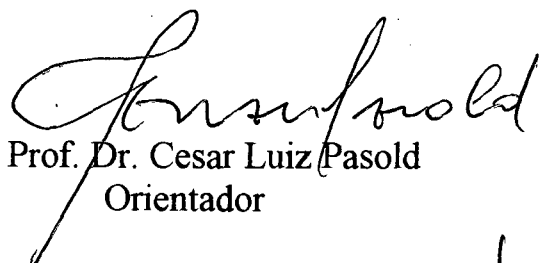


---

Profª Dra Vera Terezinha de Araújo Grillo  
Membro

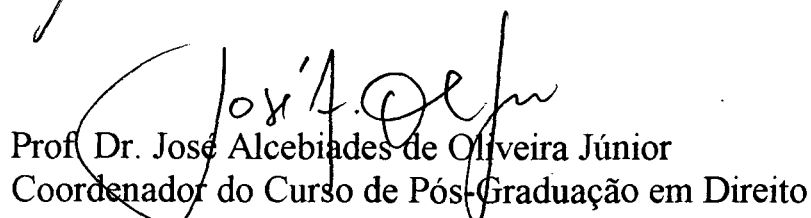
---

MSc. Raulino Jacó Brünning  
Membro



---

Prof. Dr. Cesar Luiz Pasold  
Orientador



---

Prof. Dr. José Alcebiades de Oliveira Júnior  
Coordenador do Curso de Pós-Graduação em Direito

Àqueles que compartilharam comigo a angústia e a alegria da feitura da presente dissertação, especialmente ao meu querido José Antônio, pelo apoio sempre presente.

Aos meus pais, pelo carinho e dedicação, a quem tributo todo o impulso da minha formação acadêmica.

Finalmente, ao meu tio, Prof. Paulo Henrique Blasi, incentivador de todas as horas.

Por vezes a vida coloca em nosso caminho pessoas que passam a fazer parte dela de uma forma toda especial.

Uma dessas pessoas é o Prof. Dr. Cesar Luiz Pasold, que de sua longa experiência acadêmica e do seu reconhecido saber jurídico e científico, soube estender a mão nas horas difíceis, emprestando palavras de apoio e otimismo.

Um Mestre inesquecível e, sobretudo, um grande amigo.

## RESUMO

A presente dissertação constitui-se num estudo do processo administrativo, instituto de grande importância no ordenamento jurídico, como meio eficaz de defesa dos Administrados contra a Administração Pública, desde que instruído de forma a efetivar a participação administrativa, observadas as garantias constitucionais e princípios que o norteiam.

Buscou-se inicialmente, a caracterização do Direito Administrativo e a configuração do Processo Administrativo.

Em seguida, como os princípios constitucionais e os princípios gerais de direito ligados ao Direito Administrativo servem para impor limites à atividade administrativa, a pesquisa investigou-os bem como os princípios próprios do processo administrativo, além de destacar polemicamente o princípio da legitimidade, entendido como a relação de correspondência entre algo e seus destinatários, como controlador dos descomedimentos da Administração Pública, ao lado da legalidade, publicidade, oficialidade e moralidade.

## **ABSTRACT**

This research is a study of administrative legal proceedings, which constitute a factor of paramount importance in the juridical system insofar they are an effective means for the subjects to defend themselves from the Public Administration. Yet the action must engage the administrative participation, taking into account the guiding constitutional rights and principles.

First the nature of Administrative Law has been determined so as to characterize that of the Administrative Proceedings.

Then the research looked into both constitutional and general juridical principles related to Administrative Proceedings since they help check the administrative activity; principles peculiar to Administrative Proceedings themselves were also studied. Furthermore the principle of legitimacy has been highlighted; it is conceived as a correlation between something and its addressees, as a means of keeping check on the Public Administration's excesses regarding legality, publicity, officiality and morality.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO .....	1
CAPÍTULO I - DIREITO ADMINISTRATIVO: ORIGENS E CARACTERIZAÇÃO .....	5
1.1. Considerações preliminares .....	5
1.2. Aspectos históricos e conceituais .....	15
a) No Estrangeiro .....	15
b) No Brasil .....	21
CAPÍTULO II - PROCESSO ADMINISTRATIVO .....	28
2.1. Noção de Processo .....	28
2.2. Exemplos no Direito Estrangeiro .....	31
2.3. Jurisdição Administrativa .....	35
2.4. Procedimento .....	39
2.5. Recurso .....	46
CAPÍTULO III - PRINCÍPIOS E PROCESSO ADMINISTRATI- VO .....	52
3.1. Considerações Iniciais .....	52
3.2. Artigo 37, <b>caput</b> da Constituição Federal .....	54
a) Princípios no Direito Administrativo .....	54
b) Legalidade .....	56
c) Impessoalidade .....	64



d) Moralidade .....	66
e) Publicidade .....	68
3.3. Princípios inerentes .....	70
a) Legalidade objetiva .....	72
b) Oficialidade .....	73
c) Informalismo .....	75
d) Verdade Material .....	76
e) Garantia de Defesa .....	77
3.4. Uma polêmica: o Princípio da Legitimidade .....	82
a) Considerações Iniciais .....	82
b) Legitimidade como Princípio .....	84
c) Legitimidade e Direito Administrativo .....	89
CONSIDERAÇÕES FINAIS .....	96
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....	100

## INTRODUÇÃO

Até o advento da Revolução Francesa, o Direito Público e por conseqüência o Direito Administrativo, enfeixavam-se no poder ilimitado do soberano, que não permitia o aparecimento de quaisquer teorias que visassem o reconhecimento de direito dos súditos em oposição às ordens do Príncipe.

Em fins do século XVIII, entretanto, as transformações da vida política e social francesa afetaram as relações entre o Estado e os habitantes, fazendo surgir a Declaração dos Direitos do Homem e a idéia de tripartição dos poderes, consagrada por Montesquieu (1748), que ensejou a especialização das atividades do governo.

Disto decorreu a necessidade de julgamento dos atos da Administração, que aos poucos, passou a ser de competência dos tribunais administrativos franceses, que se estruturaram para conhecer de controvérsias havidas entre a Administração e os Administrados. Eis o advento do Direito Administrativo.

Atualmente o Direito Administrativo já se encontra consolidado tanto no exterior, como no Brasil. A importância e crescente evolução que os temas de Direito Administrativo têm obtido no sistema jurisdicional brasileiro afirmou-se ainda mais com a promulgação da Constituição Federal de 1988.

Ao dispor expressamente sobre a Administração Pública - Capítulo VII - a Carta Magna traçou as diretrizes fundamentais que devem nortear os atos e funcionamento da Administração e, de maneira inédita, introduziu o processo administrativo como relevante categoria e poderoso instrumento de defesa dos administrados.

Inobstante o avanço constitucional, o tema da processualidade administrativa não tem o merecido relevo por parte dos doutrinadores. Em nosso entender, o estudo do processo administrativo possibilita o aperfeiçoamento do instituto, fazendo com que sirva como instrumento de controle dos atos administrativos, atendendo aos anseios dos Administrados e da Sociedade, dando maior credibilidade às instituições jurídico-políticas.

Ademais, o processo administrativo é meio eficaz de defesa e possibilita a proteção dos Administrados contra a inspiração autoritária do exercício da atividade pública, além de consagrar arcabouços de proteção do Administrado, como o direito de petição e ao devido processo legal.

A insuficiência do controle judicial e político da atividade administrativa, desperta-nos para a importância do processo administrativo, entendido como a forma mais democrática posta à disposição dos interessados para proteção das liberdades, dos direitos individuais e defesa da legalidade dos atos praticados pela Administração Pública.

É instituto que, se bem aplicado no ordenamento brasileiro, é capaz de corrigir as ilegalidades e ilegitimidades de atos administrativos sem a necessidade de se recorrer ao Poder Judiciário.

O processo administrativo é de ser entendido como o desenrolar de atos e fatos que levam à conduta administrativa, ao ato administrativo. Se uma das partes restar inconformada com a decisão aplicada, poderá dela recorrer para instâncias hierarquicamente superiores, a fim de buscar uma solução para a controvérsia no seio da própria Administração.

Além de focar a importância do estudo do Processo Administrativo, a nossa pesquisa analisa os princípios do Direito Administrativo, elencados pelo "caput" do art. 37 da Constituição Federal que recaem sobre o processo administrativo, e dedica-se ao estudo dos princípios próprios do processo administrativo.

Nenhuma porção da atividade administrativa pode estar fora ou acima do ordenamento jurídico. Por tal motivo, é essencial, para este trabalho, a análise dos princípios jurídicos balisadores do exercício da atividade administrativa e da eficácia do processo administrativo.

A presente dissertação atreve-se a levantar uma questão polêmica: a possibilidade de que o controle da conduta do agente no processo administrativo seja feita através da análise da legitimidade do ato praticado no referido processo.

São categorias básicas utilizadas para o estudo e compreensão do tema: Direito Administrativo, Processo Administrativo, Jurisdição Administrativa, Administração Pública, Procedimento, Recurso, Princípios, Legalidade, Impessoalidade, Moralidade, Publicidade, Legalidade Objetiva, Oficialidade, Informalismo, Verdade Material, Garantia de Defesa e Legitimidade.

Os conceitos operacionais de tais categorias encontram-se dispostos nos momentos oportunos do texto desta dissertação e são arrolados de acordo com a recomendação metodológica do CPGD/UFSC.

As considerações finais são do tipo estimulador do leitor do trabalho para reflexões.

O objeto do trabalho é, em síntese, o estudo da importância do processo administrativo no ordenamento jurídico, político e administrativo atual, com ênfase para as questões dos princípios que ao mesmo se aplicam.

O presente trabalho analisa e dá ênfase à principiologia. Não se dedicará à classificação dos tipos de processo administrativos, nem tampouco se destina a análise de sua natureza jurídica.

O objetivo deste "Estudo sobre o Processo Administrativo" é analisá-lo de forma predominantemente descritiva, com aportes analíticos, sendo, para tanto, utilizado o método indutivo, com o uso da técnica de pesquisa bibliográfica. Não faz parte do objetivo da presente pesquisa, o estudo comparado; o direito estrangeiro foi usado simplesmente com intuito ilustrativo.

A lógica da estrutura da dissertação é seqüencial, pois há o panorama descritivo do Direito Administrativo e do Processo, e em seguida, cumpre-se o objeto e o objetivo do trabalho.

A aprovação do presente trabalho acadêmico não significa o endosso do Professor Orientador, da Banca Examinadora e do CPGD-UFSC à ideologia que o fundamenta ou que nele é exposta.

## **CAPÍTULO I**

### **DIREITO ADMINISTRATIVO: ORIGENS E CARACTERIZAÇÃO**

#### **1.1. Considerações preliminares**

A clássica divisão do direito em público e privado teve sua origem no direito romano ("PUBLICUM IUS EST QUOD AD STATUM REI ROMANAE SPECTAT; PRIVATUM, QUOD AD SINGULORUM UTILITATEM PERTINET" - doutrina de ULPIANO).

A divisão dicotômica do direito, embora as críticas e os posicionamentos específicos de inúmeros juristas, tem resistido aos séculos.

O Direito Público, entendido como o conjunto de normas jurídicas positivas que regulam as relações do Estado com os particulares, talvez tenha existido desde o nascimento do Estado.

Isto se dá porque embora o estudo do Direito Administrativo seja bastante recente, conforme veremos a seguir, o mesmo não se pode dizer

da Administração, que se exerce continuamente, assegurando ao grupo social, condições de sobrevivência.

Já na antigüidade oriental (Índia, China, Babilônia) deparamo-nos com um esboço de organização, de função e de regra administrativa, embora aquela realidade não indicasse a existência de um conjunto de normas jurídicas diferenciado das pertinentes às relações privadas. Predominava o traço teológico que dava ao soberano o título de chefe de um poder supremo e cujas ordens eram cegamente obedecidas.

Nas Repúblicas helênicas e mesmo em outros países civilizados da antigüidade ocidental, revela-se a existência de numerosas instituições destinadas à manutenção da ordem interna e à defesa das cidades, o que é facilmente verificável na obra de Aristóteles, que se dedica, especialmente no Livro Quarto de "A Política", a detalhar, entre outros assuntos, os critérios que devem ser utilizados para a organização e constituição de uma cidade, tais como a extensão do terreno, o número de habitantes, as atribuições de cada um dos componentes da cidade, a educação que lhes deve ser dedicada, dentre outros, demonstrando claramente a preocupação da época, a respeito da administração da "polis".<sup>1</sup>

As cidades gregas tinham funcionários cuja responsabilidade era redigir os documentos relativos às decisões judiciais, dirigir mandatos nos processos iniciados por ministério da lei<sup>2</sup>, constituindo-se assim, o embrião dos atuais agentes ou servidores públicos.

---

<sup>1</sup>ARISTÓTELES, *A política*, 1992. p. 79 e ss.

<sup>2</sup>CRETELLA JR., José. *Tratado de direito administrativo*, Forense, v.I, 1966. p.230.

Atenas, com sua legislação sobre fiscalização dos dinheiros públicos, escreve Alfredo Cecílio Lopes<sup>3</sup>, originou os Tribunais de Contas, tais como hoje existem em quase todos os países ocidentais.

O Direito Romano não se desenvolveu no Direito Público como no Direito Privado.

Mesmo assim, há registros de textos que regulamentavam a organização administrativa e as competências de seus órgãos, dispendo sobre o regime municipal e as prerrogativas de polícia, prescrevendo os poderes do Fisco, o regime da servidão pública, o uso pelo povo dos rios e caminhos públicos, dentre outros (vide Digesto e Código).

Por óbvio, a administração das cidades romanas era eficaz, pois se assim não fosse, o império não teria tomado as proporções que tomou, com um perfeito sistema de coordenação entre Roma e os povos conquistados. Isto demonstra a preocupação romana com assuntos de interesse coletivo, que ao depois, vieram a constituir o objeto de estudo do Direito Administrativo. Em diversas passagens dos cinquenta livros do Digesto é possível identificar tal preocupação.<sup>4</sup>

A contribuição romana não pode deixar de ser mencionada, até porque foi durante a expansão do império que se formou e organizou o município, como o título concedido a algumas das cidades conquistadas pelos guerreiros romanos.<sup>5</sup>

---

<sup>3</sup>LOPES, Alfredo Cecílio. *Ensaio sobre o Tribunal de Contas*, 1947. p.21-22.

<sup>4</sup>CRETELLA JR., José. op.cit., p.233-234.

<sup>5</sup>SABINO ÁLVAREZ-GENDIN, Manual de derecho administrativo español, 1954. p.122, Apud CRETELLA JR., José. op.cit., p. 231.



Nas Institutas do imperador Justiniano, foram conceituadas as praias, sendo que foram consideradas como coisas comuns a todos (RES COMMUNES OMNIUM) e nas mesmas era permitido que se construísse.<sup>6</sup>

A concepção política adotada pelo império romano não propiciava o surgimento de direito como o Administrativo, pois a preocupação do governo se restringia a manter a ordem social e obter arrecadação patrimonial, não obstante a execução de importantes obras públicas, por interesse do Estado e de seus governantes.

No período conhecido como Idade Média, surgiram a responsabilidade pública, o sindicato e as corporações de ofício.

Seguiu-se, na história o conhecido período dos governos absolutistas, em que o Administrado era tratado como objeto e não como sujeito. A relação jurídica era de subordinação absoluta do Administrado ao detentor do Poder. São desse tempo as locuções que caracterizam a inferioridade do indivíduo e a onipotência do rei: (“QUOD REGIS PLACUIT LEGIS EST; THE KING CAN DO NO WRONG; LE ROI NE PEUT MAL FAIRE”.)

Nesta época, o Direito Público e, por consequência o Direito Administrativo, que ainda não existia como ramo autônomo do Direito, se esgotam num único preceito, que estabelece um direito ilimitado do soberano para administrar: o indivíduo é apenas um objeto do poder estatal.

A doutrina do direito natural, na qual o contrato é a forma típica com que os súditos regulam suas relações no estado de natureza, coloca as bases do poder soberano principalmente na lei, que define as relações dos súditos entre si e entre o Estado e os súditos.

Esta concepção do Estado e suas relações com os particulares denominou-se ESTADO DE POLÍCIA (do alemão POLIZEISTAAT).

---

<sup>6</sup>BEVILÁQUIA, Clóvis. *Teoria geral do direito civil*, 1946, p.253.

Em consequência, ao reconhecer-se ao soberano um poder ilimitado, não se desenvolve um ordenamento positivo em torno do mesmo, e por igual, o enfeixamento de todos os poderes em suas mãos, não permitia surgir quaisquer teorias que proclamassem o reconhecimento de direitos aos súditos, em oposição às ordens do Príncipe.

A Revolução Francesa de 1789, serviu como marco para as transformações da vida política e social do fim do século XVIII, que afetaram as relações entre o Estado e os habitantes. Com ela, surgiu também, a Declaração dos Direitos do Homem (1789)..

O Iluminismo tomou força, procurando substituir o jusnaturalismo, revisando-o. Coadunou-se com o liberalismo, que também estava surgindo.

A preocupação da época era com a razão como livre concorrência, a felicidade realizada num determinado regime de governo. Nascia a sociedade moderna que se explicava pela razão. As idéias eram revolucionárias, adequadas ao momento no qual eram postas, baseadas no Estado laico, na justiça genérica e na idéia de representação.

Fato mais importante, do ponto de vista do Direito Público, foi a adoção da teoria de separação de poderes desenvolvida por Montesquieu - L'Esprit des Lois, 1748 - que lançou o germe do atual Direito Público, atribuindo funções diversas aos Poderes Judiciário, Legislativo e Executivo, não mais concentrando-os nas mãos do Príncipe.

Montesquieu (1748), estudando a Constituição inglesa, através de vigorosos exercício de raciocínio, mostrou a necessidade de desconcentração dos poderes, pois, onde eles se concentravam nas mãos de uma só ou de um grupo de pessoas, reinava execrável despotismo. Para o filósofo-político, as funções de legislar, executar e julgar deveriam ser

exercidas por pessoas ou instituições diferenciadas e independentes, já que, somente assim, poderia haver respeito à dignidade da pessoa humana. A doutrina de Montesquieu é apontada como uma das pilstras da construção do Estado de Direito e da era do constitucionalismo, isto é, das limitações dos poderes do Estado. Os conceitos de Legislação, Administração e Jurisdição começaram a tomar corpo e continuam evoluindo através do tempo.

Em França, conforme Prosper WEIL, "a separação dos poderes não é, ou não é essencialmente, uma distinção das funções correspondendo ao trabalho, mas sim, uma repartição das atribuições do poder inerente à soberania interna do Estado".<sup>7</sup>

Em França pós-Revolução, o princípio da tripartição dos poderes ensejou a especialização das atividades do governo. Daí a necessidade de julgamento dos atos da Administração, o que inicialmente ficou a cargo dos Parlamentos, mas que aos poucos foram sendo desligadas do Poder Judiciário. Assim é que foram criados em França, os tribunais administrativos,<sup>8</sup> independentes dos tribunais judiciais. Nasce a Justiça Administrativa e, por consequência, estrutura-se um direito específico da Administração e dos Administrados para sua relação. Era o início do advento do Direito Administrativo.

Sob influência dos princípios apregoados na Revolução de 1789 (liberdade, igualdade, fraternidade) e daqueles inseridos na Declaração Universal dos Direitos do Homem, o antigo Estado de Polícia cedeu espaço para a formação do Estado de Direito (RECHSTAAT). As mudanças

---

<sup>7</sup>WEIL, Prosper. *O direito administrativo*. Trad. Maria da Glória Ferreira Pinto, Coimbra, 1977. p.8.

<sup>8</sup>Ver capítulo II dessa dissertação.

operadas pela construção do Estado de direito vêm, ao longo do tempo, sofrendo gradativa evolução, embora, ainda hoje, registrem-se governos autoritários, em alguns países. De qualquer forma, só a partir de então passou a haver o reconhecimento formal dos direitos do homem frente ao Estado.

A idéia liberal-burguesa idealizou o Estado como um Estado-árbitro, imparcial, independente. Na verdade, não foi assim que se manifestou o Estado quando das intervenções autoritárias em favor de determinadas classes sociais.

Nasceu o Estado de Direito e com ele, o Direito Administrativo. As duas vertentes filosóficas que influenciaram este momento foram, sem dúvida, a de Rousseau - O Contrato Social, 1762 e a de Montesquieu - O Espírito das Leis, 1748. A de Rousseau, traçando o princípio da igualdade de todos (todos os homens são iguais e nascem livres) os homens e a soberania popular, como decorrência dessa igualdade. Para Rousseau, em tese, era preciso que cada homem cedesse uma parte de sua liberdade, a fim de nascer um poder de comando.

Percebe-se uma inversão no pensamento da época: anteriormente o Poder era explicado como de origem divina; agora, admite-se o Poder social advindo dos vários membros da sociedade. Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello,

"claro está que a concepção política de Rousseau implicava admitir que todos os homens deveriam estar no Poder, por serem seus verdadeiros titulares, visto que eram senhores, cada qual de sua liberdade. Apenas ante a consciência de que não poderiam estar todos imultaneamente no Poder (por mera impossibilidade fática), compunha-se uma fórmula substitutiva, se assim cabe dizer, do que seria o projeto ideal. Esta fórmula iria residir na representação.

Então, em face deste modelo, os homens que governam assumem o Poder na condição de representantes escolhidos pelos demais. É a democracia representativa, forma indireta de realizar este utópico ideal da democracia direta propriamente dita".<sup>9</sup>

Já Montesquieu - O Espírito das Leis, 1748 - afirmava que aquele que detém o Poder, tende a dele abusar e pregava então a necessidade de que o próprio Poder detivesse o Poder. Daí sua conclusão de que aquele que julgue não faça nem execute lei, assim como o que executa não julgue nem as faça e, por consequência, o que faz não julgue, nem tampouco execute as leis.

O princípio da igualdade pregado por Rousseau foi encampado como lema da Revolução Francesa, assim como a tripartição do Poder também se tornou, a exemplo do primeiro, um dos baluartes do Estado de Direito.

Como e por que surge, então, neste panorama, o Direito Administrativo? O Direito Administrativo regula o comportamento da Administração Pública, disciplinando as relações entre a Administração e os Administrados. Sendo assim, disciplina a conduta do Estado e a mantém ligada às disposições legais, protegendo o cidadão contra os abusos praticados pelos detentores do Poder, levando sempre em consideração os interesses do todo, da coletividade (Interesse Público).

O poder sempre oprimiu os homens e foi corolário de discussões acerca de sua aplicação por seus detentores. Num dado momento da História, os homens oprimidos perceberam que eram também sacrificados pelos detentores do Poder Econômico. Incorporou-se então, ao ideário do Estado de Direito, o ideário social, surgindo a proposta do

---

<sup>9</sup>MELLO, Celso Antônio Bandeira de et al. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Ed. RT, 1986. p.11.

Estado Social do Direito, na qual os direitos sociais tornam-se o foco da preocupação e estudo.

Divisou-se, a princípio, uma mutação nos Estados frente à Administração Pública: esta respondia a um regime autoritário no ordenamento político, liberal no ordenamento econômico, enquanto que num segundo momento, "estes dois postulados se inverteram: o liberalismo se introduziu no ordenamento político e a autoridade no ordenamento econômico".<sup>10</sup>

O desenvolvimento da liberdade política na ordem administrativa, que exigiu a proteção do cidadão contra o poder e a separação do Executivo e do Legislativo, conduziram a uma subordinação da Administração ao direito e ao juiz.

Foi criado em França, o "Conseil D'Etat", que, inicialmente se tornou o órgão de consulta jurídica do Executivo e depois, passou a elaborar soluções para os litígios em que a Administração era parte. Não se tornou vinculado às regras do Código Civil Francês, fato que deu autonomia ao Direito Administrativo que estava surgindo, através das decisões daquele órgão.

Era época do liberalismo político e econômico. Os textos de inspiração liberal deram à Administração francesa seus fundamentos e assim foram firmados os primeiros princípios da nova disciplina. Surgem os grandes doutrinadores do direito do fim do século: Hauriou, Duguit e Jéze.

O declínio do liberalismo econômico provocou uma evolução mais radical em certos conceitos como o de "interesse geral" que dentro do Estado "gendarme" (baseado no liberalismo econômico), englobava a

---

<sup>10</sup>RIVERO, Jean. *Droit Administratif*. 6ª Edicion, Paris: Précis Dalloz, 1973. p.23.

manutenção da ordem e da Justiça. Com a Revolução Científica do século XIX, a ação do Estado se alargou, tanto no domínio econômico e no político, como no domínio social, em que o povo reclamava do Estado a salvaguarda de sua segurança e proteção.

O aumento da complexidade das sociedades, principalmente após a I Guerra Mundial, oriunda do crescimento industrial, do progresso e do conhecimento científico, trouxe certas dificuldades para o Direito Administrativo, como o problema de reconhecimento da competência da jurisdição administrativa, dadas as diferenças com o Direito Privado.

Segundo Prosper Weil,

"a responsabilidade disso não é nem do 'Conseil D'Etat' nem da doutrina, mas do extraordinário emaranhado das realidades administrativas num Estado que quer ser ao mesmo tempo, liberal e dirigista, e no qual o aumento dos poderes e a extensão das atribuições foram acompanhados por um pulular de novos tipos de intervenção" <sup>11</sup>.

Houve uma verdadeira crise em razão do crescimento, sendo que muitas das dificuldades que ocorriam antes deste crescimento, ainda persistem hoje em dia.

Num primeiro momento, o Direito Administrativo dedicou-se a proteger os cidadãos contra o Poder Executivo, considerado o mais forte dos poderes. Hoje já se questiona a eficácia, principalmente do sistema francês, de proteção dos cidadãos, que por sua vez, clamam por um mecanismo que facilite as relações entre eles próprios e a Administração, sem o formalismo das instituições administrativas tradicionais.

---

<sup>11</sup>WEIL, Prosper. op.cit., p. 31-32.

A crescente intervenção do Estado no domínio econômico faz sentir a necessidade de estudo do regime da atividade administrativa que se torna dia a dia mais complexa.

## **1.2. Aspectos históricos e conceituais**

### **a) No Estrangeiro**

#### **a.1.) A Escola Legalista**

O primeiro ensaio de exposição do Direito Administrativo ao que se tem conhecimento, deve-se a Giandomenico Romagnosi, que em 1814 publicou a obra "Principii Fondamentali di Diritto Amministrativo".

Não obstante a Itália possa disputar com a França a primazia quanto à publicação do primeiro tratado sobre o Direito Administrativo, coube indubitavelmente à França a maior contribuição.

Restaurada a monarquia francesa, Luís XVIII criou, em 1817, a cadeira de Direito Administrativo na Universidade de Paris, sob a regência de BARÃO DE GÉRANDO, o qual editou em 1829 a obra "Institutes du Droit Français", na qual sistematizou mais de 80.000 dispositivos legais e regulamentares gauleses.

Foi a partir da segunda metade do século XIX, portanto, que o Direito Administrativo começou a despontar.

De Gérando morreu precocemente, o que levou o Conselheiro de Estado Macarel a assumir a sua cátedra na Universidade de Paris. Este



passou a se preocupar com a Administração, considerando exclusivamente o direito positivo.

Foi o início da chamada Escola Francesa, adepta do critério legalista, à qual se filiaram os primeiros autores que versaram sobre o Direito Administrativo.

A Escola Francesa, Legalista, exegética ou empírica surgiu como uma conseqüência do jusnaturalismo, já que as leis positivas eram consideradas o repositório do Direito Natural.

Para os jusnaturalistas, as regras de organização social eram impostas pela natureza e por isso, tinham caráter universal e imutável. Como a Administração Pública tinha de obedecer certos princípios de Direito Natural, a doutrina administrativa seria deduzida das leis naturais.

Por igual, as relações jurídicas praticadas pela Administração Pública, para os jusnaturalistas, também resultavam do Direito Natural, já que o Estado e os institutos públicos existiam para realizar os direitos individuais naturais e por isso, não podiam ofendê-los. Conhecidos os princípios do Direito Natural, deduzia-se todo o Direito Administrativo; uma vez revelados, os estudiosos deviam limitar-se a explicá-los e aplicá-los aos casos concretos.

Seguindo o raciocínio, as leis administrativas reproduziam os preceitos do Direito Natural e os desenvolviam de acordo com exigência da sociedade. Como conseqüência, tais leis eram consideradas irrevogáveis, ou dotadas de grande estabilidade.

Nasceu assim, a escola da exegese com seu trabalho de anotação e comentário das leis positivas.

Segundo Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, "objeto do Direito Administrativo"<sup>12</sup> era a simples interpretação das leis havidas como administrativas e atos jurídicos complementares.

Surgiram as obras de LAFERRIÈRE ("Cours de Droit Public et Administratif", 1839), MACAREL ("Cours d'Administration et de Droit Administratif", 1844), dentre outras.

Adotando a posição legalista francesa, encontravam-se os italianos, cujo maior expoente foi ROCCO ("Instituzioni di Diritto Amministrativo", 1850), os belgas, com J.H.N. DE FOOZ ("Le Droit Administratif", Belge, 1859), os espanhóis, através de ORTIZ DE ZUNIGA (Elementos de Derecho Administrativo, 1842) e, finalmente, os portugueses, com JUSTINO ANTÔNIO DE FREITAS (Instituições de Direito Administrativo Português, 1857).

Atualmente, não mais se recorre ao critério legalista para estudo do Direito Administrativo, embora nem por isso prescindem seus estudos do conhecimento da legislação sobre Administração Pública.<sup>13</sup>

As críticas são severas e feitas por quase a unanimidade dos autores.<sup>14</sup> A simples compilação de textos e exposição de decisões

---

<sup>12</sup>MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de *Princípios gerais de Direito Administrativo*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, vol.I, 1979. p.54.

<sup>13</sup>Nesse sentido, ver o conceito proposto por Hely Lopes Meirelles de Direito Administrativo: "conjunto harmônico de princípios jurídicos que regem os órgãos, os agentes e as atividades públicas tendentes a realizar concreta, direta e imediatamente os fins desejados pelo Estado" (HELY LOPES MEIRELLES, *Direito administrativo brasileiro*. 18.ed. atual. São Paulo: Malheiros, 1993. p.6).

<sup>14</sup>Entre outros, RAFAEL BIELSA: "Assinalamos ao Direito Administrativo o caráter de disciplina científica, em oposição ao conceito meramente positivo e descritivo, que corresponde à legislação administrativa" (Compêndio de derecho público, vol. II, Derecho Administrativo, 1952, p.02) e "Na realidade, a interpretação exegética destrói o espírito

conduziram a uma situação verdadeiramente deplorável do Direito Administrativo de meados do século XIX. A anotação dos textos legais era acompanhada de comentários filosóficos, políticos e econômicos, nos quais se perdia todo o caráter jurídico da disciplina.

O critério legalista adotado pelos partidários da chamada Escola Francesa pretendeu reduzir o Direito Administrativo a um conjunto de textos legais comentados, trabalho que indubitavelmente, fragmentou a realidade jurídica da época.

### **a.2.) A Escola lógico-formal**

A Escola Francesa pouco contribuiu para o desenvolvimento do Direito Administrativo no século XIX.

Em oposição aos critérios até então vigentes, surgiram os partidários do método dogmático ou técnico-jurídico, que em síntese, partiam do princípio de que o Direito de cada país formava um sistema coerente, resultante do desenvolvimento de certas regras gerais que se encontravam arraigadas na consciência popular. A missão do jurista era descobrir estas regras, chegando aos princípios comuns de cada grupo, de maneira a progredir de princípio em princípio, até culminar com os princípios gerais do Direito.

Sob influência kantiana, muitos partidários do puro método lógico foram-se afastando do conteúdo das normas, resultando num tecnicismo exagerado.

---

diferencial das ciências jurídicas" (Princípios de derecho administrativo, 2.ed., 1948. p.1).

Para os formalistas, não interessava o que era obrigatório, mas como é que um preceito se tornava obrigatório. O Direito Administrativo não passava de uma técnica, que tanto valia para um país como para outro; criou-se uma separação entre a ciência jurídica e a realidade.

Toda a análise da matéria da lei era trabalho de competência do filósofo, sociólogo ou do político, mas não do jurista. Por causa da concepção do Direito puro, que excluía do seu exame o conteúdo da norma, ao jurista só interessava a forma como a norma se apresentava.

Assim, transformava o direito numa concepção exclusivamente racionalista.

Esta é a posição adotada por ADOLFO MERKL, na Áustria, com o seu livro "Teoria General del Derecho Administrativo", em que procurava aplicar ao Direito Administrativo a teoria pura do direito do seu mestre HANS Kelsen, de quem é um dos mais renomados discípulos.<sup>15</sup>

Embora sem se filiarem à teoria kelseniana, mas com igual preocupação no trato metodológico do Direito Administrativo, encontram-se MASSIMO SEVERO GIANNINI E PIETRO GASPARRI, na Itália, com suas obras "Lezioni di Diritto Amministrativo e Corso di Diritto Amministrativo", respectivamente.

O exagero criticável do método lógico formal aplicado ao Direito, está no fato de que é afastado da consideração do Direito o exame do que se propõe na norma e na relação jurídica, para só considerar a forma como se propõe. Assim, a ordem jurídica se reduz a preceitos de estabelecimento de normas e de sua execução, deixando de reconhecer

---

<sup>15</sup>MERKL, Adolfo. *Teoria General de Derecho Administrativo*. México: Ed. Nacional, 1980.

que a problemática das instituições jurídicas tem o seu fundamento na vida social humana.

Embora as críticas, o Direito Administrativo deve ao método jurídico a sua moderna estrutura científica, o rigor da construção de seus institutos e a solidez de seu sistema. LABAND, JELLINEK E OTTO MAYER, na Alemanha, SANTI ROMANO, na Itália são os grandes nomes da técnica jurídico-administrativa conhecida atualmente.

### a.3) O positivismo

O positivismo sociológico de COMTE foi abraçado no final do século XIX por muitos estudiosos do Direito que, baseados nele, queriam ver as normas jurídicas como produtos da ordem social.

Para saber quais as normas jurídicas que deveriam vigorar numa sociedade, os sociólogos levavam em consideração as condições de evolução dessa sociedade.

A esse primeiro período sucedeu-se outro, mais próximo do "positivismo jurídico", para o qual não existia Direito Natural: o Direito era somente aquilo que como tal fosse aplicado num país mediante coação e a explicação da vigência de certas normas e da revogação ou do desuso de outras, encontrava-se no meio social desse país.

Esse método foi chamado de realista e teve em França e no Direito Público por propagador DUGUIT, cujo principal discípulo com projeção no campo do Direito Administrativo, foi GASTON JÉZE.

Tal método procurou corrigir a abstração a que o método lógico ou dogmático conduziu os juristas, levando-os a considerar como Direito

todas as normas que segundo a Constituição de um Estado devessem vigorar, sem se preocupar com as realidades de sua aplicação.

Para os positivistas, a justiça não passava de mero sentimento cujo sentido varia com os tempos e os lugares.

## **b) No Brasil**

### **b.1) O período colonial**

Durante o período colonial, o Direito Administrativo não era considerado disciplina jurídica autônoma. O país estava submetido às instituições portuguesas.

As obras de Direito Público lusitanas já traziam matérias que depois seriam objeto do Direito Administrativo.

CIRNE LIMA afirma que nos monumentos da publicística portuguesa dos séculos XVI e XVIII, por vezes, havia referência expressa ao Brasil, ao analisar a condição jurídica das terras da colônia e os poderes dos capitães de El-Rei.<sup>16</sup>

São obras de expressão da época o “Decisionum Supremi Senaturs Lusitaniae Centuria IV”, de ANTÔNIO DA GAMMA, o “Praticarum Observationum sive Decisionum Supremi Senatus Regni Lusitaniae, Partes II”, de JORGE DE CABEDO e o “Institutiones Juris Civilis Lisitani Cum Publici Tum Privati, liber I, De Jure Publico”, de PASCOAL JOSÉ DE MELLO FREIRE.

---

<sup>16</sup>LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de Direito Administrativo*. Porto Alegre: Livraria Sulina, 1964. p.26.

Neste último, é interessante para o Direito Administrativo no Brasil-Colônia, a notícia das leis agrárias editadas para o Grão-Pará e Maranhão, da relações da Bahia e do Rio de Janeiro e do Conselho Ultramarino<sup>17</sup>.

### **b.2) Os períodos imperial e monarquista**

O Brasil tornou-se independente em 1822. Poucos anos antes (em 1817) era criada, a cadeira de Direito Administrativo, na Universidade de Paris, lecionada pelo BARÃO DE GÉRANDO.

Em 1827, quando fundadas no Brasil as Faculdades de Direito de São Paulo e Olinda, delas não figurava no currículo escolar a cátedra de Direito Administrativo.

Somente em 1851 é que foi criada a cadeira de Direito Administrativo nas Faculdades de Direito. Em São Paulo, foi escolhido JOSÉ IGNÁCIO SILVEIRA DA MOTTA, professor catedrático de Teoria e Prática do Processo e em Recife, em 1855, foi nomeado JOÃO JOSÉ FERREIRA AGUIAR.

O desenvolvimento do Direito Administrativo no Brasil à época imperial deveu-se quase que exclusivamente à elaboração doutrinária dos professores nomeados para lecionar tal disciplina nas Faculdades de Direito e, por igual, àqueles que os sucederam.

Das obras editadas nesta época, destacam-se a de VISCONDE DO URUGUAI, “Ensaio sobre o Direito Administrativo” e de ANTÔNIO RIBAS, “Direito Administrativo Brasileiro”. Baseavam-se no pensamento dos juristas franceses da escola legalista e do método exegetico. Havia a

---

<sup>17</sup>LIMA, Ruy Cirne. op.cit., p.43.

preocupação de expor sistematicamente os institutos jurídicos do Direito Administrativo, segundo a legislação que os ordenava.

No Brasil do período imperial pouco se fez, pois, no campo do Direito Administrativo, limitando-se o estudo às orientações da Coroa.

### **b.3) O período republicano**

A preocupação científica do Direito Administrativo no período de 1889 até 1930 baseou-se principalmente na Constituição de 1891, de caráter liberal e individualista. O país estava organizado em moldes feudais e com a economia predominantemente agrícola.

Foram instituídos os três poderes - Legislativo, Judiciário e Executivo - com base na teoria de Montesquieu (*O Espírito das Leis*, 1748). A Administração Brasileira já não era mais contida pelos quadros rígidos do Direito Privado.

Segundo os ensinamentos de Caio Tácito, "O direito administrativo encontra suas bases no antiplano das constituições; estas se tornarão inoperantes, como mera cartas de princípios sem o socorro do direito administrativo, que fará do sonho a realidade, da norma programática a efetividade da prestação administrativa, como duas faces que se completam na concretização dos ideais de justiça e igualdade social".<sup>18</sup>

Sob essa perspectiva se insere a necessidade de menção do vínculo entre o processo administrativo e as Constituições Brasileiras.

Com a Constituição de 1891, instalou-se verdadeira confusão no regime jurisdicional brasileiro, pois de um lado adotava-se princípios da

---

<sup>18</sup>TÁCITO, Caio. "Bases constitucionais do direito administrativo", *Revista de Direito Administrativo* 166, out./dez.1986. p.37-44.



"common law" para fundamentá-lo e de outro, o regime que estabelecia, através da constituição, a cisão do direito objetivo em direito civil, comercial, criminal e processual. (art. 34)

O resultado dessa confusão traduziu-se na incerteza das categorias jurídicas no nosso Direito Administrativo: o desconhecimento do domínio público e da doutrina dos atos administrativos.

Com a Revolução de 1930, movimento de caráter político, o Brasil buscou sua independência econômica, através da industrialização manufatureira.

Com isso, desenvolveram-se as organizações administrativas; surgiram novas pessoas jurídicas públicas, assim como cresceu o corpo do funcionalismo público.

Indubitavelmente, a atividade administrativa se ramificou em vários setores, como a execução de obras e prestação de serviços públicos, a preservação da saúde e higiene públicas, o desenvolvimento, despertando a atenção dos juristas que produziram livros e obras a fim de contribuir com o norteamento do Direito Administrativo no Brasil<sup>19</sup>.

Na Constituição de 1934 foram mantidos os três poderes fundamentais - Legislativo, Executivo e Judiciário. Mencionada Carta contribuiu para a solidificação do Direito Administrativo, justamente pela direta comunicação com os elementos da vida social.

Em 1937 foi outorgada nova Constituição, cuja organização política não chegou a se concretizar, pois em virtude do golpe de Estado não se constituíram os órgãos colegiados.

---

<sup>19</sup>MELLO, Aranha Bandeira de. op.cit., p.121.

"common law" para fundamentá-lo e de outro, o regime que estabelecia, através da constituição, a cisão do direito objetivo em direito civil, comercial, criminal e processual. (art. 34)

O resultado dessa confusão traduziu-se na incerteza das categorias jurídicas no nosso Direito Administrativo: o desconhecimento do domínio público e da doutrina dos atos administrativos.

Com a Revolução de 1930, movimento de caráter político, o Brasil buscou sua independência econômica, através da industrialização manufatureira.

Com isso, desenvolveram-se as organizações administrativas; surgiram novas pessoas jurídicas públicas, assim como cresceu o corpo do funcionalismo público.

Indubitavelmente, a atividade administrativa se ramificou em vários setores, como a execução de obras e prestação de serviços públicos, a preservação da saúde e higiene públicas, o desenvolvimento, despertando a atenção dos juristas que produziram livros e obras a fim de contribuir com o norteamento do Direito Administrativo no Brasil<sup>19</sup>.

Na Constituição de 1934 foram mantidos os três poderes fundamentais - Legislativo, Executivo e Judiciário. Mencionada Carta contribuiu para a solidificação do Direito Administrativo, justamente pela direta comunicação com os elementos da vida social.

Em 1937 foi outorgada nova Constituição, cuja organização política não chegou a se concretizar, pois em virtude do golpe de Estado não se constituíram os órgãos colegiados.

---

<sup>19</sup>MELLO, Aranha Bandeira de. op.cit., p.121.

As Constituições posteriores (1946 e 1967) admitiram a idéia de uma Justiça Administrativa coexistente com a ordinária, a exemplo do que já acontecia nas outras Cartas Políticas Brasileiras, trilhando uma tendência.

Nas Cartas Políticas Brasileiras até aqui citadas, as referências expressas ao processo administrativo diziam respeito somente ao "processo administrativo disciplinar". Assim, no art. 169 da Constituição de 1934; art. 156, "c" da Constituição de 1937; art. 189, II da Constituição de 1946; art. 103, II da Constituição de 1967; art. 105, II da Emenda 1/69.

A filiação histórica do Direito Público brasileiro, baseada na experiência norte-americana, dificultou invocação ou preceituação de princípios advindos do sistema francês como informadores do nosso regime político-administrativo.

Com o advento da Constituição de 1988, promulgada em 05.10.1988, pela primeira vez em nossa História, foi aberto capítulo específico para tratar da Administração Pública (TÍTULO III, CAPÍTULO VII). Esta orientação é explicada pela crescente evolução e importância que os temas do Direito Administrativo têm obtido no sistema jurisdicional brasileiro.

A Constituição Brasileira de 1988, ao dispor expressamente sobre a Administração Pública - Capítulo VII - traçou as diretrizes fundamentais que devem nortear os atos e funcionamento da Administração. Em consequência, extraiu-se a uniformidade entre o comportamento que deve tomar a Administração Pública brasileira e os princípios informadores do Direito Administrativo.

Ademais, contém preceito expresso e direto para o processo administrativo em geral. Trata-se do inciso LV do art. 5º, referente ao

"devido processo legal", que garante "aos litigantes em processo judicial ou administrativo e aos acusados em geral, o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, abrangendo assim, todo o processo, inclusive o administrativo.

Por igual, o inciso LIV do mesmo artigo 5º assegura a observância do devido processo legal para todo e qualquer processo, incluindo aí também, o administrativo. Mais especificamente ainda, a Constituição prevê o processo de licitação pública (art. 37, XXI) e o processo administrativo disciplinar para os servidores públicos (art. 41, § 1º).

O texto da "Lex Legum" permite a garantia e a certeza nas relações entre Administração e Administrados, uma das maiores preocupações do Direito Administrativo atual.

Ao trazer em seu bojo dispositivos que tratam do processo administrativo, a Constituição de 1988 alia-se às mais modernas tendências, que consideram a "processualização da atividade administrativa". Neste sentido, Sérgio de Andréa Ferreira adverte:

"Ademais, é de se acentuar a ocorrência da chamada jurisdicionalização do procedimento administrativo, isto é, a recepção, pelo mesmo, de princípios e regras do processo judicial, notadamente no que se refere às garantias de defesa, tornando-o, sem tirar-lhe a natureza de autocomposição, o mais justo possível, na pesquisa da verdade".<sup>20</sup>

Com a evolução da sociedade brasileira, que se torna dia a dia mais aperfeiçoada, aparecem múltiplos canais de participação que ainda não

---

<sup>20</sup>FERREIRA, Sérgio de Andréa. "A garantia de ampla defesa no direito administrativo processual disciplinar", in *RDP* 19, jan-mar/1972, p. 60-68.

foram aceitos ou introduzidos no sistema político e administrativo, mas que inevitavelmente terão de ser, no correr do tempo.

A insuficiência do controle judicial da atividade administrativa e também do controle político a respeito da atividade administrativa despertam para a importância que pode ter o processo administrativo, se bem estruturado e respeitado.

O aperfeiçoamento do processo administrativo poderá servir satisfatoriamente ao controle dos atos administrativos, atendendo aos anseios dos Administrados e aos interesses do Estado e da sociedade, dando maior credibilidade às instituições jurídico-políticas e, finalmente, isentando o Poder Judiciário, já assoberbado, da análise de questões que podem e devem ser resolvidas pela Administração.

Ao abrigar dispositivos sobre o processo, a Constituição Federal regula as atividades da Administração, circunscrevendo o poder discricionário e, via de consequência, traz maior certeza para as relações entre Administrados e Administração.

Daí porque reputamos primordial a análise do tema do Processo Administrativo por ser de grande importância para a proteção dos indivíduos perante os descomedimentos administrativos.

## **CAPÍTULO II**

### **PROCESSO ADMINISTRATIVO**

#### **2.1. Noção de processo**

A Administração Pública, segundo Hely Lopes Meirelles, "para registro de seus atos, controle da conduta de seus agentes e solução de controvérsias dos Administrados, utiliza-se de diversos procedimentos, que recebem a denominação comum de processo administrativo"<sup>21</sup>

Deste conceito, extraímos duas idéias que têm inestimável importância para este trabalho: a de processo e a de procedimento.

Passemos a analisar a primeira delas.

Por muito tempo admitiu-se que os atos da Administração Pública obedeciam somente à discricionariedade, ao bem estar da coletividade, ao interesse público, não se referindo jamais à conservação da

---

<sup>21</sup>MEIRELLES, Hely Lopes. op. cit., 1993. p. 584

ordem jurídica ou à realização do direito e à atuação da vontade concreta da lei.

Esta posição não levava ao reconhecimento da existência de um processo administrativo, pois este tinha como pressuposto a ocorrência de relações jurídicas entre a Administração e os Administrados. Com a edição de regras ou normas que passaram a reger os atos da Administração, fato que só se tornou possível com a evolução para o Estado de Direito, surgiu uma nova concepção de atividade administrativa, e conseqüentemente, a noção de processo administrativo se formou, definitivamente.<sup>22</sup>

O processo, como instrumento formal da jurisdição, tornou-se conhecido a partir dos últimos séculos da Idade Média, quando, segundo Contreiras de Carvalho, surgiu no Direito Canônico, acompanhado da expressão "iudiciarius", ou de "iudicii" e significando, o procedimento para a reclamação dos direitos perante os tribunais. O termo não era usado pelos romanos, que adotavam outras expressões como "iudicium" ou "iurgium".<sup>23</sup>

Segundo CARNELUTTI, o termo processo é de origem relativamente recente, tendo sido o substitutivo da expressão "juízo" (de "iudicium").<sup>24</sup>

---

<sup>22</sup>SOBRINHO, Franco. *Introdução ao direito processual administrativo*. São Paulo, 1971. p.163; VILLAR y ROMERO, *Derecho Procesal Administrativo*. Madrid, 1948. p.5 e ss.

<sup>23</sup>CARVALHO, Contreiras de. *Processo administrativo tributário*. São Paulo, 1974. p.17.

<sup>24</sup>CARNELUTTI. *Sistema de Derecho procesal civil*, Vol. I, 1944. p.44.

Na linguagem vulgar, processo é um fenômeno em marcha, que se desenvolve até chegar a um determinado estado ou situação.

O termo "processo" vem do latim "procedere", que significa andar para frente, avançar.

Para a quase unanimidade dos autores, "processo" é uma sucessão de atos, fatos e operações que se agrupam segundo uma certa ordem para atingir um fim, que é a decisão de um conflito de interesses juridicamente relevantes. É o meio de obtenção de uma decisão sobre uma controvérsia, judicial ou administrativa.<sup>25</sup>

Vê-se que o processo é condição para a realização do Direito e os atos que o compõe atendem a uma sucessão coordenada, que não pode ser arbitrária, pois como sentencia José Frederico Marques, o respectivo "modus procedendi" não deve ficar ao alvedrio das pessoas, que nele intervém, pelo que o processo está subordinado a regras e preceitos, cujo complexo constitui o Direito Processual.<sup>26</sup>

No Brasil, as leis designam pela palavra "processo" também os ritos da atuação dos órgãos não judiciais, e assim se encontram referências ao "processo legislativo" e ao "processo administrativo".

Dos países latinos, somente a Espanha adotou a distinção entre processo judicial e administrativo, possuindo leis especiais que regulam o último, orientação esta seguida por outros países de língua espanhola, como Uruguai e Argentina.

---

<sup>25</sup>Entre outros, veja XAVIER, Alberto, *Do Procedimento administrativo*, São Paulo, 1976. p.8; MEIRELLES, Hely Lopes., op.cit., p. 584; CARVALHO, Contreiras de. op.cit., p.16; TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*, São Paulo: Saraiva, 1989. p.10.

<sup>26</sup>MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, Vol. I, 1974. p.24.



De modo geral, o processo judicial e o administrativo são designados pelo mesmo termo, a saber: PROCEDURA, na Itália, PROCÉDURE, na França, PROCEDURE na Grã-Bretanha e Estados Unidos da América, PROCESSO em Portugal e no Brasil.

Em síntese, o processo é o caminho a percorrer para atingir uma finalidade. Empregamos pois, a palavra processo, no sentido de uma sucessão ordenada de formalidades preestabelecidas, tendentes à formação ou à execução da decisão de um órgão da Administração Pública.

Para a análise do processo administrativo no âmbito do Direito Administrativo, deve-se distinguir os países latinos de formação romanista de influência francesa, dos países anglo-saxônicos.

## **2.2. Exemplos no Direito Estrangeiro**

Na Grã-Bretanha e Estados Unidos da América, principalmente, o processo administrativo desenvolveu-se por duas razões: primeiro, para suprir a ausência de autoridade administrativa e impor aos particulares decisões obrigatórias com caráter executório e em segundo lugar, por causa da exigência constitucional quanto à existência de um processo regular no tocante a assuntos que se refiram aos direitos e garantias individuais dos cidadãos: em outras palavras, o "due process of law", introduzido na XIV emenda à Constituição dos Estados Unidos da América (1868).

Assim, as decisões administrativas que afetavam, por exemplo, a liberdade ou o direito de propriedade tinham de ser precedidas de processo, onde fosse garantida a ampla defesa e o contraditório, sendo o mesmo processo facultado ao particular que não concordasse com determinada decisão administrativa.

Tal exigência obrigou a regulamentação daquele instituto por lei - FEDERAL ADMINISTRATIVE PROCEDURE ACT OF 1946. Desta forma, os órgãos da Administração americana possuem funcionários que se dedicam a instruir esses processos e, na medida em que os decidem, são considerados, como também ocorre na Grã-Bretanha, "administrative tribunals". Nesses países, a palavra "tribunal" designa os órgãos administrativos com poderes de jurisdição, reservando-se para os órgãos judiciários a designação de "court".

Na Grã-Bretanha, ainda no século XIX, as ações da administração podiam ser contestadas pelos particulares mediante o apelo aos tribunais. Sobretudo com a expansão dos serviços de utilidade pública e da ocorrência das I e II Guerras Mundiais, sentiu-se a necessidade de outorgar à Administração poderes executórios aos seus órgãos, outorga esta que foi sempre dada por lei, observada a obrigação de ser precedida por processo, no qual são chamados a se defenderem aqueles que, por ventura, possam vir a ser prejudicados pela decisão da Administração.<sup>27</sup>

De qualquer decisão tomada, cabe recurso à Corte de Apelação e, se negado, à Corte Suprema (no caso dos EUA), a fim de anular decisões ilegais ou de corrigir omissões.

Diferentemente, o processo administrativo nos países onde se pretendeu instaurar o chamado sistema comunista, distingue-se da processualidade administrativa aplicada nos EUA e Inglaterra.

Em princípio, porque a estrutura em que está montada a Administração Pública em tais países era completamente diferente daquela que prevalece nos países de livre mercado.

---

<sup>27</sup>WEIL, Prosper. op.cit., p.28-29.

Nos países antes ditos socialistas, os interesses individuais só assumiam expressão através do interesse coletivo, as leis acentuaram que os direitos individuais tinham de ser atendidos de acordo com os interesses do Estado e do povo, buscando as decisões administrativas, cumprir um papel educativo dos cidadãos.

O Direito Administrativo nestes países, era eminentemente processual. "O que importa para a qualificação de uma atividade como administrativa não é a matéria tratada, mas a competência formal dos órgãos e o modo de realização".<sup>28</sup>

Já nos países ocidentais, o processo administrativo surgiu como forma de obrigar os órgãos administrativos a ponderar os interesses das partes e principalmente, fazer valer o princípio da legalidade, que devia conduzir os atos constitutivos deste processo.

A prática do processo administrativo pelo órgão competente conduzia à edição de um ato administrativo. Não é objetivo deste estudo adentrar pelos tortuosos caminhos do ato administrativo, mas é certo que, após a observação de todas as formalidades das quais se reveste o processo administrativo, culminará o mesmo com uma decisão que é, em síntese, o ato final, o ato administrativo. Tais atos têm uma repercussão que não é comparável com a do Direito Privado, tanto pela extensão dos seus efeitos, como em virtude do modo como incidem sobre o indivíduo.

Em França, principalmente em função da aplicação do princípio da separação dos poderes, criou-se a chamada "dupla jurisdição", na qual são distintas as atividades judiciais das administrativas. É verdade que a aplicação de tal princípio não implica, por si só na necessidade de haver

---

<sup>28</sup>CAETANO, Marcelo. *Princípios fundamentais do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1977. p.519.

dualidade de jurisdição, pois os países anglo-saxônicos adotam o princípio de Montesquieu e praticam a unidade de jurisdição.

A origem da orientação francesa da dualidade de jurisdição é complexa. A Revolução de 1789 considerou que, se os processos administrativos fossem julgados por tribunais judiciais, a independência da Administração estaria comprometida, pois o Poder Judiciário adotava concepções ainda da época real, encarado como "espíritos inimigos da regeneração".<sup>29</sup>

Excluídos os tribunais judiciais da apreciação dos processos administrativos, os homens da Revolução começaram a organizar o sistema de "Administração-juiz" ou de "ministro-juiz", como ficou conhecido, em que a Administração é ao mesmo tempo juiz e parte e que, por sua vez, é o germe do sistema atual da jurisdição administrativa francesa.

O primeiro passo foi confiar o contencioso administrativo à Administração e em nome da separação dos poderes, partilhar a função de julgar com as autoridades administrativas.

Com Napoleão Bonaparte, esboçou-se uma evolução: no próprio seio do aparelho administrativo criaram-se mecanismos mais especialmente encarregados do estudo dos assuntos contenciosos.

No Ano VIII do Calendário Revolucionário foi criado o Conselho de Estado e os Conselhos de Prefeitura, encarregados de se pronunciarem sob a presidência do prefeito, sobre certos litígios rigorosamente definidos. Foi a Lei de 24.05.1872 que instituiu definitivamente pelo Conselho de Estado, a justiça delegada. Ao mesmo

---

<sup>29</sup>LAUBEDERE, André de. *Traité de Droit Administratif*. Paris: Huitième Édition, 1980. p.402.

tempo, foi organizado um Tribunal de Conflitos encarregado de solucionar os conflitos de competência que já estavam ocorrendo entre a jurisdição administrativa e a judiciária.

A Revolução Francesa, em síntese, contribuiu em alguns aspectos que destacamos como primordiais, para a existência, naquele país, do sistema dual, como hoje se apresenta:

a) a destruição e ruptura com o passado;

b) a tentativa de edificar uma administração racional, uniforme e coerente, dividindo a França geograficamente em departamentos e comunas; e

c) a formulação de princípios que eram a base de toda a elaboração anterior: o primado da lei, a separação das autoridades judiciária e administrativa, o liberalismo político e econômico, a igualdade dos cidadãos perante a Administração, dentre outros.

d) forneceram ao Direito Administrativo seus princípios gerais, que depois foram catalogados e construídos pelo Conselho de Estado, através de seus famosos arestos.

### **2.3. Jurisdição Administrativa**

Os que se opõem ao sistema de duas ordens de jurisdição, sustentam principalmente, que os tribunais administrativos não podem atuar com independência, pois os seus membros são ao mesmo tempo parte e juízes.

Esta argumentação está totalmente ultrapassada. A França deu exemplo ao mundo de um sistema de tribunais administrativos, criados em virtude da tradição e história de um povo e que inspirou a instituição

do exame do contencioso administrativo por tribunais especializados em outros países, embora o modelo não seja fielmente seguido.

A jurisdição judicial (comum) se distingue da jurisdição administrativa. A primeira tem como órgão mais elevado um tribunal judiciário que em França, como na Itália se denomina Corte de Cassação, nos Estados Unidos da América, Suprema Corte e no Brasil, Supremo Tribunal Federal.

Na jurisdição administrativa, este órgão é, na França, o Conselho de Estado, cuja organização se sujeita à estrutura político-jurídica de cada país que o adota.

Tendo em vista o sistema anglo-saxão anteriormente explicitado, de unidade de jurisdição e o sistema francês de dualidade de jurisdição, qual seria o que mais fielmente segue a definição abstrata da separação dos poderes?

As duas teses têm seus defensores. O certo é que a noção complexa de separação dos poderes se decompõe em duas idéias: a da especialização ou separação das funções e da independência das funções.

A primeira tendência conduz à unidade de jurisdição que monopoliza a função jurisdicional.

Nem um ou outro sistema é contrário ao princípio da separação dos poderes. A unidade de jurisdição não compromete a independência dos poderes porque o juiz não sancionará jamais um ato ilegal da Administração ou lei inconstitucional. Do mesmo modo, o sistema dual não se divorcia da necessidade de separação das funções, pois os tribunais administrativos são organizados como uma verdadeira jurisdição, autônoma quanto aos outros setores da Administração.

Ambos os sistemas apresentam pontos de contato com a teoria da separação dos poderes. O sistema dual de jurisdição inaugurado em França, teve sua origem, como já dissemos, na evolução jurídico-política daquele povo e foi marcado por acontecimentos históricos que propiciaram o seu aparecimento.

Por isso, não se pode impor àqueles que possuem cultura diversa da francesa, um sistema criado em decorrência de fatores intrínsecos e extrínsecos, sob pena de completa desvinculação com o sistema original.

O sistema do contencioso administrativo, baseado no modelo francês, foi copiado em muitos outros países, que adaptaram seus moldes, de acordo com a realidade de cada qual.

É o caso da Itália, onde a função jurisdicional é exercida pelos tribunais comuns; o Conselho de Estado e demais órgãos da "Justiça Administrativa" têm jurisdição para a tutela dos atos e processos administrativos.

No México, só existe uma jurisdição administrativa independente no que se relaciona com a fiscalização e cobrança de tributos.

Na Argentina é do Poder Judiciário a competência jurisdicional sobre os atos da administração, conforme a Constituição Federal.

O Brasil nunca adotou o sistema de dualidade de justiça ou jurisdição. Ao Poder Judiciário cabe a tutela jurisdicional dos atos e recursos administrativos, pois o art. 50, XXXV da Constituição Federal não permite que a lei exclua da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

A expressão "processo administrativo", segundo VICENTE RÁO, tem diversos sentidos:

"a) de modo geral, indica a coordenação e a seqüência ordenatória, determinadas por lei e regulamentos, dos atos destinados a produzir as decisões das autoridades administrativas, na execução de suas atribuições; b) também significa o conjunto ordenado de atos e respectivos modos e formas de exercício, a que a lei e os regulamentos sujeitam a Administração Pública, para que seus atos, decisórios ou executivos, possam produzir situações jurídicas gerais ou particulares; c) e, finalmente, indica o rito ou coordenação de atos e formas, legais e regulamentares, destinados à apuração ou à proteção dos direitos e legítimos interesses dos administrados, decorrentes, como acima ficou dito, de suas relações gerais ou particulares com a Administração".<sup>30</sup>

Em conclusão, mesmo nos países onde o contencioso administrativo de natureza jurisdicional não existe (como sucede entre nós), admite-se que qualquer interessado possa pleitear, perante a Administração, através do processo administrativo, o reconhecimento e a proteção de um direito seu, em consequência das relações gerais ou particulares que mantenha com o Poder Público.

Seja qual for a natureza da causa de que haja resultado a prestação jurisdicional, a sua apreciação e julgamento são de competência do Poder Judiciário, exclusivamente.

Embora haja possibilidade de se recorrer primeiramente à Administração para resolver problema em que ela própria figure como interessada, como se dá com os processos administrativos e com as causas de natureza fiscal (Conselhos de Contribuintes), as decisões estão sempre sujeitas às influências subjetivas dos administradores.

---

<sup>30</sup>RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*, 3.ed. Ed. RT, anotada e atualizada por Ovídio Rocha Barros Sandoval, vol.2, São Paulo, 1992. p. 802.



Esta tendência, como dissemos, acompanha a história do Brasil, desde a sua primeira Constituição até a atual (1988).

Conforme posto, conclui-se que o Brasil adotou o sistema americano/anglo-saxão de jurisdição unitária, já que não obstante os interessados possam acionar a via administrativa para tratar de seus interesses pessoais, nada impede a revisão judicial.

A Administração no Brasil, é submetida aos tribunais judiciais, nas mesmas condições que os particulares.

O processo administrativo é forma democrática de proteção das liberdades, dos direitos individuais e de defesa da legalidade dos atos praticados pela Administração Pública.

É instituto capaz de corrigir as ilegalidades e ilegitimidades de atos administrativos, dentro do âmbito da Administração Pública, através de recursos encaminhados às autoridades administrativas hierarquicamente superiores àquela que os editaram, ou nos órgãos em que não existir hierarquia, através de fiscalização exercida por entidade de poderes mais amplos sobre aquelas que lhe estejam vinculadas.

#### **2.4. Procedimento**

Não se pode negar que as fronteiras entre o processo e o procedimento são quase imperceptíveis.

O conceito de procedimento muito se assemelha ao de processo, mas sem dúvida, apresentam-se distintos quanto à classificação que lhes é dada pela doutrina.

Desde o advento da 'teoria da sistematização processual', concebida por OSKAR BÜLOW (1868), foi assinalada a diferença entre os institutos do processo e procedimento. BÜLOW negou que o processo significasse apenas o seu revestimento exterior, ou seja, a materialização dos seus atos constitutivos, porquanto essa materialização, seguidamente verificada, revela a existência do procedimento, que traduz-se no meio extrínseco pelo qual se instaura, desenvolve-se e termina o processo.

Bem por isso, é necessário não confundir a forma do ato processual, com as condições e requisitos de ordem intersubjetiva que influem na sua prática. Os meios de expressão utilizados no ato, as condições de lugar e tempo são formas extrínsecas do ato processual. Quando somados e porque realizados com o intuito de compor a lide, indicam a existência do processo e a ordem ou sucessão de sua realização evidenciam o procedimento.

Se a noção de processo é teleológica (emprego de um meio para se chegar a um determinado fim), a do procedimento é formal (a forma que se emprega para se exercitar aquele meio), de modo que se caracteriza o processo pela sua finalidade compositiva do litígio, enquanto o procedimento é uma coordenação de atos que se sucedem, ligados entre si pela causa final do processo.

O procedimento é justamente o modo específico de realização do processo, é o seu aspecto exterior.

A distinção entre os dois institutos pode ser consubstanciada nestas afirmações:

a) processo é o meio destinado a compor, através de um pronunciamento judicial ou administrativo, um conflito de interesses, representado por uma pretensão das partes;

b) procedimento é a forma como essa atividade jurisdicional ou administrativa reveste aquele meio.

Em síntese, o conjunto de atos, realizados numa dinâmica progressiva, conforme a seqüência ordenada pela lei anterior do processo, é o procedimento, que é a forma extrínseca do fenômeno processual. É complexo, pois constituído de uma série de atos que se agrupam para o mesmo fim. Tais atos são, entretanto, recíprocos, isto é, há um nexos entre todos eles, de modo que se um serve de causa para o outro, nenhum deles isolado, produziria os seus efeitos perseguidos.

CHIOVENDA vê o processo como um complexo de atos associados e dependentes entre si, efetuados de modo sucessivo, todos eles vinculados por um objetivo comum: a atuação da vontade da lei. Esses atos são procedidos ordenadamente para a consecução daquele objetivo.

E o procedimento é a forma como os atos processuais se realizam, obedecendo à ordem anteriormente fixada na lei para que eles sejam praticados. O processo é o conjunto de regras que indicam qual a forma ou o conteúdo do ato processual a ser realizado. Uma vez editado, esse ato processual se liga ao primeiro que lhe deu causa: logo é efeito do antecedente. Ao mesmo tempo em que é ocasionado pelo primeiro, este último ato, dá ensejo a um que se seguir, de modo que todos os atos do processo ficam ligados entre si pela mesma causa final: a atuação da vontade da lei (CHIOVENDA).<sup>31</sup>

Em geral, nos países com dupla jurisdição, a doutrina, a legislação e a jurisprudência costumam usar o termo "procedimento" para indicar a processualidade administrativa, reservando a noção de "processo

---

<sup>31</sup>CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Trad. J.Guimarães Menegale, São Paulo: Saraiva, vol.I, 1943. p.89-91.

administrativo" para a órbita da jurisdição administrativa. Esta distinção é comum também nos países de jurisdição una, como é o caso da Argentina ou da Espanha, mas que possuem legislação que trata da processualidade administrativa.

Neste sentido, é esclarecedora a lição de Agustín Gordillo:

"De outra parte, a noção ampla de processo é perigosa, pois sendo "processo" sinônimo usual de "juízo", poder-se-ia entender que não há violação de defesa em juízo se os direitos de um indivíduo são definitivamente resolvidos pela administração, sempre que esta tenha ouvido o interessado. (...). Por esta razão também é conveniente reservar o conceito de processo para o processo estritamente judicial, evitando com esta terminologia, possíveis confusões." <sup>32</sup>

Visualiza-se a resistência ao uso do vocábulo "processo" no campo da Administração Pública, explicada pelo receio de confusão com o processo judicial.

Há autores que, a fim de distingui-los, denominam o primeiro de procedimento administrativo. Na esteira de Agustín Gordillo, Carlos Ari Sunfeld, entende o

"procedimento administrativo como a sucessão de atos que se encadeiam e que condicionam uma decisão final. Não utilizamos a expressão como sinônimo de rito (...). No uso que adotamos, procedimento administrativo tem função conceitual semelhante a processo judicial, isto é, visa designar a somatória de trâmites necessários ao desenvolvimento da atividade administrativa. Preferimos afastar a expressão processo, (...), porque ela está por

---

<sup>32</sup>GORDILLO, Agustín. *Tratado de derecho administrativo*, Parte General, Tomo 2, Buenos Aires: Ediciones Macchi-Lopez, 1975. p.XVII-5.

demais ligada à atividade jurisdicional que, como se viu, tem características próprias".<sup>33</sup>

Concordamos com Hely Lopes Meirelles, quando explicita que "o que caracteriza o processo é o ordenamento de atos para a solução de uma controvérsia; o que tipifica o procedimento de um processo é o modo específico do ordenamento desses atos."<sup>34</sup> Assim, não há que confundir o processo judicial com o administrativo, sob o argumento de que ao falar em processo administrativo estar-se-ia sugerindo que seja dado à Administração julgar definitivamente certas situações. Este tipo de julgamento é privativo do Poder Judiciário, pois faz coisa julgada, "erga omnes", além de ser expressa determinação constitucional a apreciação pelo Judiciário, das decisões tomadas no âmbito administrativo.

No Brasil, constata-se confusão doutrinária tanto quanto aos conceitos do processo e do procedimento, quanto às noções de processo administrativo e processo disciplinar, implicando numa visão bastante reduzida da processualidade administrativa.

Há autores que procuram diferenciar o processo e o procedimento administrativo, levando em consideração diversos critérios, tais como o critério da lide, onde o primeiro seria identificado pela existência da lide

---

<sup>33</sup>SUNFELD, Carlos Ari. A importância do procedimento administrativo, *Revista de Direito Público*, n.84, outubro-dezembro de 1987, Ano XX, Ed.RT, p.64 a 74. No mesmo sentido, GORDILLO, Agustín. *Tratado de derecho administrativo*. t.2, Ed.Macchi, Buenos Aires, 1980, p.XVII-2 e ss.

<sup>34</sup>MEIRELLES, Hely Lopes. *O processo administrativo - Teoria Geral - Processo Disciplinar e Processo fiscal*. Revista Forense, out./dez.1976, p.25.

e o procedimento pela inexistência da mesma, o critério do procedimento como gênero e o processo como espécie, dentre outros.<sup>35</sup>

Na Administração Pública, o procedimento compreende várias manifestações de vontade sucessivas, de diferentes órgãos administrativos, que exteriorizam atos autônomos constituidores de etapas que vão anteceder o ato administrativo final. Os primeiros perfazem o ciclo que culmina com a edição do último.

Há pluralidade de atos para se obter um último resultado, ordenados de maneira sequencial. Cada um é distinto do outro e formam uma parte do todo.

Estes atos sucessivos devem ser praticados na ordem prevista, à semelhança do procedimento judicial. Se for constatada a falta ou nulidade de qualquer dessas operações, poderá ser decretada a invalidade do ato final (conclusivo) que decide o processo administrativo.<sup>36</sup>

Verifica-se a ação de vários atos autônomos para dar vida a um, conclusivo, interdependentes na realização de um interesse comum. O procedimento administrativo engloba os atos preparatórios, complementares e finais de um processo administrativo.

Observa-se que a relação existente entre dois atos do procedimento é uma sucessão causal e não meramente temporal. Em suma: a coordenação dos atos do processo administrativo se dá em progressão, considerando-se a relação lógica com o ato que o antecede e o subsequente.

---

<sup>35</sup>São as orientações trazidas por Odete Medauar na obra "A Processualidade no Direito Administrativo", 1993. p.30-42, no capítulo denominado "Processo ou procedimento administrativo".

<sup>36</sup>Oswaldo Aranha Bandeira de Mello entende que só o ato perfeito e acabado, a decisão ou a lei, admite a interposição de recurso de terceiro ("Princípios Gerais de Direito Administrativo", São Paulo: Forense, vol. I, 1979. p.537).

No procedimento, vários são os fins que podem ser perseguidos pelos atos que o compõe; no processo, ao contrário, o fim é único, para o qual tendem os atos da relação processual em que se substancia.

Ao editar a decisão recorrível, a Administração estará praticando típica atividade jurisdicional. Quanto a isto, muito já se discutiu. O fato é que atualmente, não mais se duvida de que a atividade exercida pela Administração tenha caráter eminentemente jurisdicional. Privativa do Poder Judiciário é apenas a decisão judicial, que faz coisa julgada e é oponível "erga omnes". Esta decisão judicial é uma espécie do todo, que é o jurisdicional e abrange toda e qualquer decisão, seja no âmbito administrativo ou no judiciário.

Adotamos, pois, a concepção de Hely Lopes Meirelles, mais adequada ao modelo brasileiro, em virtude do fenômeno da ampla processualidade para o qual está se abrindo a atividade administrativa pátria.

Ao utilizar a expressão "processo administrativo", afirmamos que o procedimento com participação dos interessados em contraditório ocorre também no seio da Administração Pública.

Ademais, a Constituição Federal de 1988 adotou a expressão "processo administrativo", o que significa o expreso reconhecimento do processo nas atividades da Administração Pública.

Na prática, toda autuação feita pelos órgãos da Administração no Brasil recebe a denominação de "processo", tenha ou não natureza jurisdicional ou contenciosa.

## 2.5. Recurso

Vimos até aqui a conceituação e existência do processo no âmbito administrativo, assim como o seu procedimento e as diversas formas pelas quais é organizado nos países em que é adotado.

Iniciado o processo administrativo, este será analisado por diversos órgãos da Administração, culminando com a decisão administrativa, onde se declarará o direito ou obrigação das partes que o compõem.

Àquele que se sentir prejudicado pela decisão administrativa, é garantido o direito de socorrer-se dos recursos administrativos próprios, forçando o reexame da questão pela própria Administração.

Editada a decisão administrativa que solucionou um conflito, a mesma pode ser analisada por órgão técnico ou jurídico que esteja em posição hierárquica superior à autoridade ou órgão que tenha dirimido a questão.

Para Rafael Bielsa, a hierarquia de graus ou de ordem existe no ordenamento geral da Administração Pública para o fim de realização da respectiva atividade nas diversas matérias, ou lugares, ou territórios, especificando-se segundo as regras da divisão do trabalho que consistem, principalmente, em uma divisão orgânica e não mecânica.<sup>37</sup>

Da diversidade de graus de competência, dentro da ordem administrativa, resultam as faculdades de inspeção ou fiscalização e as de revisão ou revogação, pelas autoridades superiores, dos atos praticados pelas autoridades ou pelos agentes inferiores e subordinados.

---

<sup>37</sup>BIELSA, Rafael. *Compendio de derecho publico*. 5.ed., v.2, p.6.



O recurso administrativo se diferencia do processo administrativo, pois é a forma cabível de se questionar uma decisão prolatada no seio de um processo administrativo.

É corolário do Estado de Direito, já que atualmente não mais se admite decisão que seja irrecorrível, pois este entendimento traduzir-se-ia na consagração do arbítrio e do abuso.

Aquele que achar que o órgão decisor tenha tratado com falta de objetividade ou tenha violado o direito, ou ainda, praticado qualquer ato repreensível, pode e deve clamar pela proteção e ajuda da autoridade administrativa que se encontre em posição hierárquica superior àquela que se pronunciou sobre a controvérsia.

Este sistema jurídico de proteção é consequência da própria estrutura do Direito. Desde o início do século XX, principalmente na França, sentiu-se um clamor público exigindo um eficaz controle jurídico, na forma de uma jurisdição especial.

A organização de proteção administrativa, seja nos moldes do sistema francês ou mesmo como é admitida no Brasil, tem patenteado a sua importância como assecuratória da existência do já citado Estado de Direito.

Isto porque como toda e qualquer obra humana, também os atos da Administração estão expostos ao erro, por isso, requerem uma possibilidade de revisão. Então, quando o ato administrativo que soluciona uma controvérsia afetou a esfera jurídica do indivíduo, o ordenamento jurídico utiliza-se de um meio especial para o controle da Administração, prevendo a possibilidade de que o afetado pelo ato, possa impugná-lo, através do instrumento que lhe é posto à disposição para isto, que é justamente o recurso administrativo.

A proteção que se prevê ao indivíduo afetado por uma ação administrativa, é eminentemente jurídica e traduz-se na possibilidade outorgada pelo direito de defesa com os meios próprios, contra os atos da Administração.

Há muito não mais se admite a justiça pelas próprias mãos para solucionar quaisquer tipos de litígios, sejam judiciais ou administrativos.

A atitude do indivíduo que busca a proteção jurídica contra os atos supostamente duvidosos da Administração deixa claras duas posições distintas:

- a) é a forma de proteger os seus direitos individuais; e
- b) assegura os próprios fins do Estado, principalmente a salvaguarda do Direito e da Justiça.

Analisando a história do Direito Administrativo, principalmente na França, percebe-se que a construção jurisprudencial baseada nos casos em que havia processos administrativos, movidos por interesses individuais, ajudou a situá-lo na posição em que hoje se encontra.

Concordamos com alguns autores<sup>38</sup>, quando afirmam que hoje em dia, em virtude da constante interferência do Estado em vários campos, como moradia, assistência social, e, principalmente, na economia, a relação do indivíduo com ele muda completamente. Diz-se que às vezes o particular deixa de fazer valer seu direito individual e parte para negociações com a Administração e com a autoridade da qual emanou o ato recorrível por causa da pressão que sofre em outras áreas de contato com o Estado.

---

<sup>38</sup>FORSTHOFF, Ernst. *Tratado de derecho administrativo*. Madrid, 1958. p. 678.

Afinal, sabemos que o Direito Administrativo atual está sofrendo grandes alterações em sua estrutura primitiva.<sup>39</sup> Mas a utilização pelo Administrado que se sentir lesado por ato administrativo, do recurso cabível, é prática elogiável e correta, pois corrobora o entendimento democrático de que todo o julgamento não deve ferir direitos individuais, nem afrontar a possibilidade da ampla defesa.

Além dos recursos interpostos pelo afetado por qualquer decisão administrativa, movido por seu interesse individual, há casos em que a própria Administração, ela mesma, auto-controla-se, por meio da inspeção hierárquica que exercem as autoridades superiores sobre as inferiores.

Admite-se, no Brasil, a possibilidade de recurso "ex-officio", isto é, de iniciativa da própria autoridade que proferiu a decisão recorrível, dirigido a um grau hierárquico superior. Pressupõe-se que todo o processo administrativo está sujeito sempre a mais de um grau de jurisdição.

O julgamento do recurso administrativo vincula a decisão proferida, à Administração, atribuindo definitividade ao ato apreciado em última instância. Isto é assim, no Brasil, pois embora não tenhamos entre nós a chamada "coisa julgada administrativa", existe o ato administrativo inimpugnável, quando esgotadas as possibilidades de auto-controle e correção da Administração.

A decisão de um recurso administrativo traduz a irretratabilidade do ato perante a própria Administração. A "coisa julgada administrativa", no Brasil, é restrita à atividade interna da Administração, estando o ato, por determinação constitucional, sujeito à apreciação do Poder Judiciário, sendo que, decidida a questão neste âmbito e transitada em julgado, faz coisa julgada formal e material - "erga omnes". (art. 50, XXXV)

---

<sup>39</sup>Quem aborda bem o tema é WEIL, Prosper. op.cit., p. 32 e ss.

Isto não significa que a Administração Pública não possa anular e revogar seus próprios atos, orientação pacificada pela edição da súmula 473 do Supremo Tribunal Federal:

“Súmula 473 - A administração pode anular seus próprios atos quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial”.

Em síntese, o processo administrativo é o desenrolar de atos e fatos que levam à conduta administrativa, ao ato administrativo.<sup>40</sup> Se uma das partes restar incôformada com a solução aplicada, poderá dela recorrer para instâncias hierarquicamente superiores, a fim de reavaliarem o ato impugnado.

Estes recursos podem ter efeito suspensivo ou devolutivo, ou ambos, embora a regra geral seja aplicar-lhes somente o efeito devolutivo. O efeito suspensivo, que é excepcional, há de ser concedido por lei ou regulamento.

A exemplo dos recursos judiciais cujos procedimentos são previstos pelo Código de Processo Civil, os recursos administrativos, embora não tenham ordenamento próprio ou regulamento específico uniforme para todo o país, obedecem prazos fixados nas normas que os instruem. Na ausência de tais normas, aplica-se-lhes, subsidiariamente, os princípios gerais do processo civil ou penal, quando for o caso.

---

<sup>40</sup>DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 3.ed. São Paulo: Atlas, 1992. p.343.

A Constituição Federal permite a revisão dos atos administrativos pelo Poder Judiciário, salientando ser este o único meio hábil para atacar um ato decisório final da esfera administrativa.

## CAPÍTULO III

### PRINCÍPIOS E PROCESSO ADMINISTRATIVO

#### 3.1. Considerações iniciais

Se no século XIX e início do século XX, as Constituições no mundo e no Brasil deram pouca atenção à Administração Pública, na segunda metade deste século, a tendência se reverteu, pois as Cartas atuais abrigam preceitos sobre a atuação administrativa.

No momento atual, emerge uma clara vinculação entre a Constituição e o Direito Administrativo, já referida no Capítulo anterior, caracterizando uma tendência já preconizada por Caio Tácito: "Porque a noção do direito administrativo pressupõe a prévia organização política do Estado é que sua matriz remonta ao direito constitucional, ou seja, à constituição como fonte e essência do poder público".<sup>41</sup>

---

<sup>41</sup>TÁCITO, Caio. "Bases constitucionais do direito administrativo", in *Revista de Direito Administrativo* 166, out./dez. 1986. p.37-44.

No mesmo sentido, Vedel abre o capítulo inicial de seu compêndio de direito administrativo.<sup>42</sup>

Sob a mesma ótica se insere o vínculo entre processo administrativo e a Constituição Federal de 1988.

O texto da "Lex Legum" impõe garantia e certeza nas relações entre Administração e Administrados, uma das maiores preocupações do Direito Administrativo atual.

De outro lado, o processo administrativo representa um dos meios pelos quais, na atividade administrativa, concretizam-se princípios e normas constitucionais, significando, portanto, um ponto para o qual convergem as principais regras da atuação administrativa e do ordenamento, respeitando sempre os princípios constitucionais.

O "caput" do art. 37 da Constituição Federal determina a observância, pela Administração Pública direta e indireta, em todos os níveis, dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade. Tais princípios, norteadores da Administração e do Direito Administrativo, incidem também sobre o processo administrativo, que representa um dos modos mais concretos de realização de tais princípios.

Neste diapasão, dedicamos o presente capítulo ao estudo dos princípios constitucionais dizentes à Administração Pública que, conforme exposto, dirigem-se também ao processo administrativo, sendo que o princípio da legalidade por ser apontado tanto pelo texto constitucional (art. 37, "caput"), quanto pelos doutrinadores como basilar à estrutura do Estado Democrático de Direito e da Administração Pública, merece

---

<sup>42</sup>VEDEL, Georges. *Droit administratif*, Coleção Thémis, 1958. p.17-56.

apreciação mais detalhada. Logo em seguida, serão analisados os princípios específicos do processo administrativo, trazidos pelo texto constitucional.

### 3.2. Artigo 37, *caput* da Constituição Federal

#### a) Princípios no Direito Administrativo

A Constituição, uma vez posta em vigor, é um documento jurídico. As normas nela dispostas, têm caráter hierárquico de superioridade frente a todo o ordenamento jurídico conseqüente.

Assim, quando nos referimos a princípios constitucionais, estamos a considerar a síntese dos principais valores de uma sociedade, isto é, os valores de uma ordem jurídica.

O vocábulo "princípio", na linguagem do vulgo, é o marco inicial, o início, começo de alguma coisa.

Para o Direito, os princípios consistem em "enunciações normativas de valor genérico que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico para sua aplicação e integração e para a elaboração de novas normas."<sup>43</sup>

Cretella Júnior adverte que

"a principiologia ou sistematização racional dos princípios põe-se como preliminar necessária, em dado momento da estruturação científica, quando a disciplina, superada a fase do empirismo, da casuística, atinge estágio maduro de

---

<sup>43</sup>REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*, 1974. p.339.



equilíbrio, movimentando-se em plano elevado de apurado rigor."<sup>44</sup>

Celso Antônio Bandeira de Mello define o princípio como

"mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição 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 confere à técnica e lhe dá sentido harmônico".<sup>45</sup>

Ressalta-se que a Constituição não é um simples agrupamento de normas ou regras jurídicas, mas um sistema de normas que se fundam na harmonia, na unidade de valores. Porém, os princípios constitucionais possuem graus de importância diferenciados, embora incidam concomitantemente sobre todo o ordenamento jurídico.

Assim, podemos dizer que os princípios que regem a Administração Pública, trazidos pelo "caput" do art. 37 da Constituição Federal, presidem o conjunto de normas específicas, afetas à Administração Pública. Daí decorre a importância de seu estudo.

O Direito Administrativo, como ramo do direito, é regido por tais princípios, que o informa e que permitem a estruturação de todos os institutos jurídicos ligados ao campo da Administração Pública.

Portanto, neste sentido é que serão entendidos os princípios constitucionais que orientam o processo administrativo.

---

<sup>44</sup>CRETELLA JR., José. *Comentários à Constituição de 1988*. São Paulo: Forense Universitária, vol.IV, 1991. p.2135.

<sup>45</sup>MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Elementos de direito administrativo*. São Paulo, Ed.RT, 1986. p.230.

## **b) Legalidade**

A garantia do princípio da legalidade na Administração Pública emana do "caput" do art. 37 da Constituição Federal e é de suma importância para a configuração do regime jurídico-administrativo. É fruto da submissão do Estado à lei, e por isso justificável seu estudo mais aprofundado.

Constituiu-se numa consequência do princípio da separação dos poderes (ou das funções do Estado), sintetizado por Aristóteles, esboçado por John Locke e formulado afinal por Montesquieu, orientação que, portanto, só vai surgir no pensamento político com o jusnaturalismo racionalista dos séculos XVII e XVIII, que tratou de substituir a vontade absoluta do monarca pela "ratio legis".

A John Locke incumbiu a responsabilidade de dar contornos ao pensamento liberal, na afirmação dos direitos do homem nos conflitos com o Estado, atendendo aos anseios da burguesia. Propugnou a idéia do "contrato social", que os homens celebraram ao sair do estado de natureza e que, por sua vez, tem por fim principal a conservação da propriedade privada, a qual era amplamente defendida por Locke.

Outrossim, para que os homens pudessem usar e gozar de sua propriedade em paz e segurança, o grande instrumento que possuíam, eram as leis estabelecidas pelas sociedades a que pertenciam.

Para ele, portanto, o primeiro e fundamental poder a ser estabelecido por qualquer sociedade era o Legislativo. A distinção entre a função legislativa e executiva destinou-se, no pensamento de Locke, a freiar o Poder do Estado. Montesquieu partiu deste ponto e agregou às lições de

Locke as de Aristóteles, que no Livro VI (Capítulo 4-13) de A Política menciona a importância das magistraturas, dos juizes e dos julgamentos e recolocou como terceira função do Estado, a judiciária, concebendo assim, sua teoria.<sup>46</sup>

Das três funções do Estado, a mais importante, na concepção de Locke e Montesquieu, é a legislativa, de onde emana a lei, a razão a que se submete a vontade dos detentores do poder político, mas a que também estavam rigidamente ligados os juizes.

Já Thomas Hobbes, trouxe importantes contribuições para o futuro perfil do Estado de Direito. Para ele, uma ação só era passível de pena se previamente existisse uma norma que a proibisse e que para ela estabelecesse uma sanção. Isto significava a enunciação do moderno princípio que informa o Direito Penal: “nullum crimen, nulla poena sine lege” (nulo o crime, nula a pena que o rege)

Dito de outro modo, o princípio enunciado significava que qualquer restrição à liberdade individual só por lei poderia ser estabelecida. Este pensamento ligado a outras posições de Hobbes se incorporou definitivamente ao patrimônio das conquistas liberais e vem estampado nas Constituições democráticas modernas.

Em conclusão, Locke e Montesquieu admitiram a supremacia da função legislativa sobre as demais funções do Estado e a supremacia da lei sobre as demais manifestações do Estado, enquanto Hobbes introduziu a idéia de que só mediante lei seria admissível restringir a liberdade individual.

Faltava, no entanto, definir a lei e identificar seus requisitos. Rousseau é que se incumbiu de tal tarefa, trazendo a noção da vontade

---

<sup>46</sup>ARISTÓTELES. op.cit., p.117-133.

geral, como expressão máxima da soberania, que já aparece no vínculo do próprio Estado, no contrato social. Para Rousseau, a lei haveria de ser geral num duplo sentido: geral porque era a vontade geral do povo e pela impessoalidade do seu enunciado.

Estava cunhado o conceito da lei a que se submete hoje, o Estado democrático: a norma resultante da vontade geral do povo e que também regra e disciplina as relações entre os indivíduos e destes com o Estado.

A Constituição Americana de 1787 foi a primeira a positivizar o que até então eram páginas de filosofia e de pensamento político.

O conceito de Estado de Direito e o princípio da legalidade da Administração Pública finalmente passavam a ocupar lugar de destaque nas instituições do Estado liberal, que nascia como consequência da Revolução Francesa e com a independência dos Estados Unidos da América.

O Estado liberal tratava exclusivamente de garantir o livre desenvolvimento das forças e impulsos sociais e econômicos, procurando interferir o mínimo.

George Jellinek procurou estabelecer a diferença entre lei em sentido formal e em sentido material, definindo a primeira como qualquer ato emanado do Poder Legislativo, ou seja, atos administrativos com roupagem de lei e a segunda, como proposição jurídica, independente de sua origem, que são todos os atos do Estado, dotados de normatividade jurídica.<sup>47</sup>

A Revolução Industrial e os movimentos sociais ampliaram enormemente os serviços do Estado, sobretudo em razão de sua atividade de intervenção no domínio econômico e na área social.<sup>48</sup>

---

<sup>47</sup>JESCH, Dietrich. *Ley y Administración*. Madrid: Instituto de Estudios Administrativos, 1978. p.17.

<sup>48</sup>Ver capítulo I, item 1.1.

Neste contexto, a função legislativa deixa de ter a importância que detinha para dar lugar à executiva, que passou a ser a expressão do poder em concreto. Pretende-se que o legislativo somente edite as leis, em conformidade com a Constituição, levando em consideração o interesse público e o modo de aplicá-lo e ao Executivo, cumprindo ditas leis, dar-lhes a concreção necessária.

Modernamente, faz-se a correção de algumas distorções do princípio da legalidade da Administração Pública, resultantes do esquecimento de que sua origem está na proteção dos indivíduos contra o Estado, dentro do círculo das conquistas liberais obtidas no final do século XVIII e início do século XIX, e decorrentes também, da ênfase excessiva no interesse do Estado em manter íntegro e sem lesões o seu ordenamento jurídico.

A atividade administrativa não é livre: está limitada pela obrigação de respeitar certas regras de direito. Este é o sentido do princípio da legalidade, que se constitui em uma das traves mestras do Direito Administrativo, fazendo com que autores como Thoma (1910), de maneira entusiasmada, referissem-se ao princípio da legalidade como sendo "o fundamento do moderno Estado de direito".<sup>49</sup>

Na verdade, o princípio da legalidade é um dos "desdobramentos do Estado de Direito".<sup>50</sup>

A legalidade no Direito Público, como se sabe, é diferente da legalidade no Direito Privado. Neste, os particulares podem fazer tudo

---

<sup>49</sup>CANOTILHO, J.J.Gomes. *Direito constitucional*. 5.ed. totalmente refundida e aumentada, Coimbra: Livraria Almedina, 1992. p.360.

<sup>50</sup>MEDAUAR, Odete *A processualidade no direito administrativo*. São Paulo: Ed. RT, 1993. p.87.

o que a lei não proíbe; em outras palavras: tudo o que não é proibido é permitido. No Direito Público só pode ser feito aquilo que a lei expressamente autorize; sem autorização legal não há competência administrativa.

Hoje em dia, é pacífico que os atos e comportamentos administrativos só podem ser produzidos na conformidade da lei.

Para o processo administrativo, o princípio da legalidade exige que o mesmo seja instaurado com base na forma da lei, servindo ao interesse público, visando manter a legalidade e a justiça no funcionamento da Administração.

A este princípio deve se subordinar a atividade administrativa como um todo e, principalmente, no tocante à utilização do processo e dos recursos administrativos.

J.J. Gomes Canotilho, entende que o princípio da legalidade da Administração concretiza, juntamente com outros "subprincípios", o Estado de Direito, pois

"Os princípios da prioridade e da prevalência da lei e os princípios da reserva da lei e da reserva da competência legislativa parlamentar - dimensões do princípio da legalidade - traduzem a idéia de lei como instrumento mais apropriado para definir o regime de certas matérias e como instrumento normativo de vinculação jurídico-constitucional do poder executivo e da administração (...), que não estão acima ou à margem da lei".<sup>51</sup>

A ação administrativa não é livre: é limitada pela obrigação de respeito às regras de direito. Este é o senso do princípio da legalidade. Para

---

<sup>51</sup>CANOTILHO, J.J.Gomes e MOREIRA, Vidal. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Ed. Coimbra, 1991. p.84.

Prosper Weil, "toda a ação dos órgãos administrativos é regida pelo princípio da legalidade".<sup>52</sup>

Maria Sylvia Zanella di Pietro, considerando que a observância do princípio da legalidade pela Administração Pública vem expressamente prevista na atual Constituição Federal, observa que isso não quer significar que o constituinte tenha optado pelo mesmo formalismo originário do positivismo jurídico, afirmando que se pode identificar um retorno ao Estado de Direito em substituição ao Estado legal.

"Além da parte introdutória da Constituição, onde se afirmam os seus princípios fundamentais, em vários dispositivos se revela a preocupação com determinados valores a serem observados no desempenho da função estatal e, dentro desta, a função administrativa a cargo da Administração Pública. Esta já não está mais submetida apenas à lei, em sentido formal, mas a todos os princípios que consagram valores expressos ou implícitos na Constituição, relacionados com a liberdade, igualdade, segurança, desenvolvimento, bem estar e justiça".<sup>53</sup>

Em suma, a submissão da Administração às regras de direito deve ser observada, para que seja integralmente satisfeito o princípio da legalidade, assim como a submissão da mesma aos atos e regras por ela elaborados, como por exemplo, os Estatutos e regulamentos, no exercício de seu poder regulamentar.

Isso posto, em que pese a Administração Pública só poder agir quando nos limites em que a lei autoriza, conclui-se que no atual sistema

---

<sup>52</sup>WEIL, Prosper. *Le Droit Administratif*. 5. edition, Paris: Presses Universitaires de France, 1973, p.82.

<sup>53</sup>DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991. p.32.

jurídico brasileiro até mesmo a discricionariedade administrativa não é só limitada pela lei em sentido formal, mas pela idéia de justiça.

O Estado de Direito, próprio do Estado Moderno, é estruturado sobre os princípios da legalidade, igualdade e separação dos poderes, visando assegurar a proteção dos direitos individuais, e isso não só na relação dos particulares, mas entre estes e o Estado.

No preâmbulo da atual Constituição, os representantes do povo, reunidos em Assembléia Constituinte, manifestam que tal Estado está destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, tendo como valores supremos uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça e o "caput" do art. 1º declara que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito.

Tércio Sampaio Ferraz Junior afirma que

"A justiça, como valor fundante, organiza os demais valores e se revela, num sentido substantivo próprio, como equilíbrio axiológico, ponderação e prudência, mas também desafio e realização e que a segurança, finalidade da realização do direito, significa exigência de tratamento uniforme dos endereços. Exige, pois, que todos, nas mesmas condições, tenham o mesmo tratamento".<sup>54</sup>

De todo o exposto, pode-se concluir que o princípio da legalidade que rege a Administração Pública representa a "garantia de

---

<sup>54</sup>FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Legitimidade na Constituição de 1988, In: *Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1989. p.30-31.



equilíbrio entre os poderes de autoridade que a Administração exerce e os direitos individuais assegurados no ordenamento jurídico."<sup>55</sup>

Vedel admite que a "legalidade imposta à Administração não se limita somente às regras exteriores de conduta, como também, na obrigação de ter em vista, o interesse público."<sup>56</sup>

Aliás, o interesse público é condição positiva da legalidade da ação administrativa. Com efeito, se um agente público, investido de autoridade, ao praticar um ato, não usar seus poderes visando o interesse público, seu ato será ilegal e anulável, padecendo de vício de desvio de finalidade (ou de poder).

O princípio da legalidade se constitui numa autolimitação porque implica numa submissão da Administração às suas próprias decisões e ao direito, respeitando os princípios e direitos individuais do cidadão/Administrado, além de impor ao administrador uma conduta positiva, com o fim último, de alcançar o interesse público.

O processo administrativo objetiva a proteção individual do Administrado/Requerente ou a definição de seus direitos, assim como visa a defesa da norma jurídica objetiva, com o fim de manter o império da legalidade e da justiça na órbita administrativa.

No vínculo legalidade-processo administrativo, este último representa, segundo alguns autores, uma das garantias do princípio citado, pois significa que mesmo que a autoridade administrativa atue de forma arbitrária e exista em seus atos uma dose de discricionariedade, o

---

<sup>55</sup>NERY FERRARI, Regina Maria Macedo. Extensão Administrativa das decisões proferidas pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça. In: *Reflexões sobre o Direito Público-Estudos e Pareceres*, Coleção Direito Público Aplicado, Curitiba: Ed.Genesis, 1994. p.111.

<sup>56</sup>VEDEL, Georges. op.cit., p.267.

conhecimento dos mecanismos de decisão, previstos em lei e os fatos concretos, inerentes à processualidade, possibilitam direcioná-la às verdadeiras finalidades da atuação.<sup>57</sup>

Isto importa na adequada compreensão dos princípios constitucionais a que está subordinada a atividade administrativa.

Para Prosper Weil, o princípio da legalidade tornou-se sinônimo de regularidade jurídica e de jurisdição, traduzindo-se hoje, no "conjunto de regras de direito que limitam a ação administrativa."<sup>58</sup>

### **c) Impessoalidade**

O princípio da impessoalidade recebe inúmeras interpretações da doutrina brasileira.

Hely Lopes Meirelles associou o princípio da impessoalidade ao princípio da finalidade, que se expressa no atendimento do interesse público: "o administrador fica impedido de buscar outro objetivo ou de praticá-lo no interesse próprio ou de terceiros."<sup>59</sup>

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, impessoalidade "traduz a idéia de que a Administração tem que tratar a todos os administrados sem discriminações, benéficas ou detrimen-tosas. (...) O princípio em causa não é senão o próprio princípio da igualdade ou isonomia".<sup>60</sup>

---

<sup>57</sup>BREWER-CARIAS. *Princípios del procedimiento administrativo*, 1990. p.33.

<sup>58</sup>WEIL, Prosper. op.cit., p. 88.

<sup>59</sup>MEIRELLES, Hely Lopes. op.cit., 1993.

<sup>60</sup>MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 1994. p.58.

No dizer de José Afonso da Silva, o princípio da impessoalidade significa que

"os atos e provimentos administrativos são imputáveis não ao funcionário que o pratica, mas ao órgão ou entidade administrativa em nome do qual age o funcionário (...). Por conseguinte, o administrado não se confronta com o funcionário "x" ou "y" que expediu o ato, mas com a entidade cuja vontade foi manifestada por ele".<sup>61</sup>

Em síntese, o princípio da impessoalidade visa a garantia de que o funcionário que age em nome do órgão da Administração Pública não pratique o ato administrativo com favoritismo ou para atender a interesses e objetivos pessoais. O administrador agirá sempre em nome do interesse público e da igualdade entre os Administrados.

A personalização do funcionário é sempre recomendável e vale para imputar ao mesmo uma falta e responsabilizá-lo perante a Administração Pública, a fim de que esta lhe imponha a punição cabível. Então, como nota Gordillo, "o ataque ou impugnação concreta à pessoa do funcionário não só é meio direto de lograr que ele mesmo ou seu superior corrija o fato ou omissão danosa."<sup>62</sup>

Pretende-se que a atuação do agente público seja objetiva, movida pelo interesse da coletividade, sem convergência de fatores subjetivos.

Neste sentido, o processo administrativo é o instrumento que evita ou dificulta que motivos e fins subjetivos informem a tomada de decisões, pois nele se contrapõem argumentos, dados que ficam expressamente

---

<sup>61</sup>SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, 1994, p.570.

<sup>62</sup>GORDILLO, Agustín. op.cit., p.XVIII-14.

consignados. Se o processo for decidido pelo administrador de forma subjetiva, buscando favorecer qualquer uma das partes da relação processual, porque expressos os atos administrativos, possível se torna o controle administrativo e mesmo jurisdicional.

#### **d) Moralidade**

O princípio da moralidade é de difícil conceituação. É também denominado princípio da "proibição administrativa"; outrossim, preferimos adotar a designação constitucional.

A primeira referência à moralidade administrativa vem de Hauriou, sistematizador do conceito, que via o desvio de poder como um controle, não da legalidade, mas da moralidade administrativa. Não se trata, segundo ele, da moral comum, mas sim de uma moral jurídica, entendida como o "conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da Administração".<sup>63</sup>

Vedel, por seu turno, entende que dentro da definição de legalidade, o juiz dispõe de grande poder; cobre-se do "espírito da lei" ou dos princípios gerais de direito e pode integrar as diretrizes da moralidade à legalidade; do ponto de vista do direito, o desvio de poder incorpora à legalidade certos princípios de moralidade, dos quais o juiz estima o respeito necessário.<sup>64</sup>

Por igual, Charles Debbasch vê reforçada a tese de Hauriou, dentro da qual o juiz utiliza não a via do desvio de poder, mas a da violação da

---

<sup>63</sup>HAURIUO, Maurice . *Précis Élémentaires de Droit Administratif*, 1926. p.197 e ss.

<sup>64</sup>VEDEL, Georges. op.cit., p.610.

lei, manifestando claramente a característica moralizadora nos casos de recurso por excesso de poder.<sup>65</sup>

Em parecer publicado na Revista de Direito Administrativo, Antônio José Brandão esclarece que

"a atividade dos administradores, além de traduzir a vontade de obter o máximo de eficiência administrativa, terá ainda de corresponder à vontade constante de viver honestamente, de não prejudicar outrem e de dar a cada um o que lhe pertence. (...) À luz dessas idéias, tanto infringe a moralidade administrativa o administrador que, para atuar foi determinado por fins imorais ou desonestos como aquele que desprezou a ordem institucional e, embora movido por zelo profissional, invade a esfera reservada de outras funções, ou procura obter mera vantagem para o patrimônio confiado a sua guarda"<sup>66</sup>

Na doutrina brasileira, Manoel de Oliveira Franco Sobrinho considera que

"muito embora não se cometam faltas legais, a ordem jurídica não justifica no excesso, no desvio, no arbítrio, motivações outras que não encontram garantia no interesse geral, público e necessário; (...) o que se quer defender é a lisura ou a exaço nas práticas administrativas; (...) a presunção de fim legal equivale à presunção de moralidade".<sup>67</sup>

---

<sup>65</sup>DEBBASH, Charles. *Contentieux administratif*, Précis Dalloz, 1975. p.727.

<sup>66</sup>BRANDÃO, Antônio José. *Moralidade administrativa*, RDA 25/454.

<sup>67</sup>SOBRINHO, Manoel de Oliveira Franco. *O controle da moralidade administrativa*, 1974. p.18, 19, 22 e186.

Fácil constatar que o conceito de moralidade é bastante subjetivo, mas a grande maioria dos autores associa a moralidade administrativa a fim de interesse público e ao conceito de "bom administrador". "Integra o Direito como conceito indissociável na sua aplicação e na sua finalidade, erigindo-se em fator de legalidade."<sup>68</sup>

José Afonso da Silva admite que a "moralidade administrativa não é moralidade comum, mas moralidade jurídica".<sup>69</sup>

Na prática, encontramos grande dificuldade em desfazer um ato que, embora tenha sido produzido de acordo com a lei, apresenta vício de imoralidade. É nesse sentido que se apresenta o processo administrativo, como elemento de grande importância para controle das práticas imorais no exercício dos poderes públicos.

E isto se dá porque no processo administrativo há obrigação de motivar os atos praticados, há a presença de sujeitos com direitos e ônus, dentre outros, o que dificulta os desvirtuamentos.

O conflito é explícito e expresso através do processo administrativo, o que torna mais difícil a benevolência e o favorecimento dentro da Administração Pública.

#### **e) Publicidade**

A Constituição de 1988 impõe a publicidade ampla e a transparência dos atos praticados pela Administração Pública.

Aliás, a publicidade sempre foi tida como um princípio da Administração Pública, justamente por ser pública a Administração.

---

<sup>68</sup>MEIRELLES, Hély Lopes. op.cit., 1993. p.85.

<sup>69</sup>SILVA, José Afonso. op.cit., p.571.

Em princípio, não se admite que os atos praticados pelo Poder Público não obedecem à determinação constitucional de publicidade; ações sigilosas não se coadunam com o Estado de Direito e com as normas constitucionais. Outrossim, o art. 5º, XXXIII prevê exceção à regra da publicidade, quando "imprescindíveis à segurança da sociedade e do Estado". Note-se, porém, que se trata de uma excepcionalidade: a regra geral, é a publicidade.

"A publicidade, como princípio da Administração Pública - afirma Hely Lopes Meirelles - abrange toda atuação estatal, não só o aspecto de divulgação oficial de seus atos como também de apropriação de conhecimento da conduta interna de seus agentes. Essa publicidade atinge, assim, os atos concluídos e em formação, os processos em andamento, os pareceres dos órgãos técnicos e jurídicos, os despachos intermediários e finais, as atas de julgamentos das licitações e os contratos com quaisquer interessados, bem como os comprovantes de despesas e as prestações de quaisquer interessados, bem como os comprovantes de despesas e as prestações de contas submetidas aos órgãos competentes. Tudo isso - continua o Professor - é papel ou documento público que pode ser examinado na repartição por qualquer interessado e dele obter certidão ou fotocópia autenticada para fins constitucionais".<sup>70</sup>

Ainda no art. 5º, XXXIII da Constituição Federal, é assegurado o princípio da publicidade, ao prever o direito do cidadão de receber informações dos órgãos públicos, de seu interesse particular ou de interesse coletivo ou geral, a serem prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade.

---

<sup>70</sup>MEIRELLES, Hely Lopes. op.cit., 1993. p.83.

Adolfo Merkl adverte que

"o procedimento administrativo tem sido durante muito tempo secreto, tanto no Estado de Polícia como também no Estado de Direito, sendo a publicidade típica somente dos procedimentos civil e penal, não acolhida pelos modernos ordenamentos processuais administrativos, a não ser de forma restrita de publicidade das partes, ou seja, que todos os trâmites processuais, especialmente as provas, devem ser postas ao conhecimento das partes. (...) Até mesmo a publicidade para as partes tem sido submetida a uma notável limitação, já que a parte se acha desprovida de ação para a inspeção dos atos ou se proíbe esta inspeção por determinadas razões, escudando-se no interesse público, tão elástico."<sup>71</sup>

Efetivamente, a experiência parece nos mostrar que por vezes a Administração Pública se esconde atrás do manto do "interesse público" e age de forma arbitrária e contra o princípio da publicidade.

Nesse sentido é que o processo administrativo alcança sua grande importância, justamente por ser obrigatória a sua instrução, e conseqüentemente, bem mais raros os atos viciados. A publicidade é exigida, em virtude, inclusive, da imposição de participação dos Administrados (particulares ou servidores) no procedimento adotado. Tornam-se difíceis as atuações ocultas em processo administrativo.

### **3.3. Princípios inerentes**

Hely Lopes Meirelles, enumera cinco princípios básicos aos quais se subordinam os processos havidos no âmbito administrativo:

---

<sup>71</sup>MERKL, Adolfo. op.cit., p.289-290.



- a) Legalidade Objetiva;
- b) Oficialidade;
- c) Informalismo;
- d) Verdade material; e
- e) Garantia de defesa.

O professor argentino Agustín Gordillo, vai mais além e entende que os

"princípios que informam o procedimento administrativo são de dois grandes tipos: os primeiros, similares ao processo penal, destacam o caráter oficial, instrutório, onde se prima pela impulsão de ofício e pela verdade material; os outros, (...) destacam o informalismo a favor do administrado, a adequada defesa e prova desta, o princípio do contraditório e da imparcialidade. Estes últimos princípios (...), tendem não só a proteger o particular contra a administração, como também proteger a administração de seus próprios funcionários; interesse público e interesse individual do recorrente concorrem aqui em igual medida".<sup>72</sup>

Já Celso Antônio Bandeira de Mello elenca onze princípios

"obrigatórios, com fundamento explícito ou implícito na Constituição. (...). São os seguintes: (I) princípio da audiência do interessado; (II) princípio da acessibilidade aos elementos do expediente; (III) princípio da ampla instrução probatória; (IV) princípio da motivação; (V) princípio da revisibilidade; (VI) princípio da representação; (VIII) princípio da verdade material; (IX) princípio da oficialidade; (X) princípio da gratuidade; e (XI) princípio do informalismo."<sup>73</sup>

<sup>72</sup>GORDILLO, Agustín. op.cit., 1975. p.XVII-10 e ss.

<sup>73</sup>MELLO, Celso Antônio Bandeira de. op.cit., 1994. p.255-256.

Como se vê, o rol dos princípios do processo administrativo varia de autor para autor, segundo as concepções de cada um. Há, no entanto, um núcleo comum com o qual trabalha a maioria da doutrina.

A Constituição Federal abriga, expressamente, no tocante ao processo administrativo, além dos princípios da Administração Pública em geral, como já visto na presente pesquisa, especificamente, o princípio do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV), no qual se encarta além do princípio do devido processo legal, também o da licitação pública, o da prescritibilidade dos ilícitos administrativos e por último, o da responsabilidade civil da Administração.

Passaremos á análise mais detida de cada um dos princípios que regem o processo administrativo, partindo das concepções trazidas por Hely Lopes Meirelles, Agustín Gordillo e Celso Antônio Bandeira de Mello e apresentando, por igual, o nosso entendimento.

#### **a) Legalidade Objetiva**

O princípio da legalidade já foi devidamente tratado no ponto 3.2."b" deste capítulo.

A expressão "objetiva" foi acrescentada porque entendem os autores que a objetividade é uma "característica fundamental dos recursos administrativos e do procedimento,"<sup>74</sup> porque ambos visam a proteção do requerente e a defesa da norma jurídica objetiva, com o fim de manter a legalidade, a integridade e a justiça no funcionamento administrativo.

---

<sup>74</sup>GORDILLO, Agustín. op.cit., 1975. p.XVII-11.

Aqui se consubstancia o caráter instrutório do processo administrativo, com a necessidade de conferir ampla oportunidade de defesa ao Administrado e segundo o qual a autoridade pode proceder de ofício e há amplitude para a interposição de recursos e reclamações, facilitando o controle dos superiores hierárquicos sobre a legalidade e a marcha da administração pública.

O processo administrativo deve ser instaurado com base na lei, servindo assim ao interesse público. Ao princípio da legalidade deve se subordinar toda a atividade administrativa e especificamente no tocante à utilização do processo e dos recursos administrativos.

#### **b) Oficialidade**

O princípio da oficialidade deriva do princípio da legalidade objetiva e constitui-se na movimentação do processo administrativo dentro dos órgãos da Administração Pública. Mesmo que o processo administrativo tenha sido instaurado por particular, uma vez iniciado, "passa a pertencer ao Poder Público, a quem compete seu impulsionamento, até a decisão final".<sup>75</sup>

É também denominado de impulso oficial ou impulsão de ofício. Significa que cabe à Administração tomar todas as providências ao trâmite contínuo para se chegar à decisão final.

A Administração deve zelar pelo processo que tramita perante seus órgãos. E isto é assim porque há que se satisfazer tanto o interesse individual das partes, como o interesse público e o próprio interesse

---

<sup>75</sup>MEIRELLES, Hely Lopes. op.cit., 1993. p.586

administrativo, conforme foi explicitado quando tratamos do princípio da legalidade.

Por isto é que o agente encarregado de impulsionar o processo, deve agir de ofício. O prosseguimento do referido processo não mais depende da vontade do particular, mas sim, submete-se ao interesse público.

Celso Antônio Bandeira de Mello entende ser o princípio da oficialidade aquele

"de acordo com o qual a mobilização do procedimento administrativo, uma vez desencadeado pela Administração ou por instigação da parte, é encargo da própria Administração; vale dizer que a ela e não a um terceiro, a impulsão de ofício, ou seja, o empenho na condução e desdobramento da seqüência de atos que o compõe até a produção do ato final, conclusivo".<sup>76</sup>

Deste princípio decorre a irrelevância dos prazos preclusivos, de caducidade e de preempção, pois não é possível que a paralisação de um processo derive de ato de particular, já que não depende de sua vontade o prosseguimento ou não do feito.

A responsabilidade de impulsionamento do processo administrativo é da Administração, porque corresponde a um interesse coletivo e a um interesse da própria Administração, não somente ao interesse individual do agente.

Portanto, o princípio que impera no processo administrativo é o da impulsão de ofício, não o da impulsão das partes.

Algumas decorrências deste princípio são apontadas pela doutrina, como o fato de que

---

<sup>76</sup>MELLO, Celso Antônio Bandeira de. op.cit., 1994. p.258

"atuação da Administração no processo tem caráter abrangente, não se limitando aos aspectos ou medidas suscitadas pelo sujeito, a obtenção de provas e de dados para esclarecimento de fatos e de situações deve também ser efetuada de ofício, a inércia dos sujeitos não acarreta a paralização do procedimento (...) e se a Administração o retarda ou dele se desinteressa, infringe o princípio da oficialidade e seus agentes podem ser responsabilizados pela omissão."<sup>77</sup>

### c) Informalismo

*formalismo moderado*

O princípio do informalismo consiste na obtenção de ritos e procedimentos simples a serem adotados pela Administração, a fim de que se assegure aos Administrados facilidade de defesa, segurança e respeito aos direitos subjetivos.

O excesso de formalismo no processo administrativo e no processo comum gerou um movimento chamado de desregulamentação ("desregulation"), surgido nos Estados Unidos da América, na década de setenta.

O objetivo do movimento era justamente simplificar as regras editadas pela Administração Pública. O mesmo diversificou-se e abrangeu outros países, inclusive o Brasil, com o intuito de desburocratizar a atividade administrativa.

Esse princípio dispensa as formalidades no processo administrativo. Significa que a Administração não poderá ater-se a rigorismos de forma a considerar as manifestações do particular, até

<sup>77</sup>MEDAUAR, Odete. op.cit., p. 120-121.

porque os atos são praticados pelos próprios Administrados, nem sempre familiarizados com a prática processual.

Assim, se o particular cometer qualquer irregularidade no processo administrativo, a Administração deverá aceitar tais impropriedades, sem demonstrações de rigorismo ou de inflexibilidade.

Agustín Gordillo explicita bem este princípio afirmando que se o mesmo não fosse observado, "as pessoas humildes que pleiteiam junto à Administração ou perante ela, ficariam desatendidas".<sup>78</sup>

Na verdade, o processo administrativo há que ser informal e despido de ações que propiciem embustes. Mas não se pode admitir radicalismos, porque o Estado de Direito, embora possa se coadunar com o informalismo, deve sempre respeitar a lei e os direitos oriundos da Carta Constitucional. Devemos buscar o justo equilíbrio entre o formal e o informal.

#### **d) Verdade Material**

Segundo este princípio, a autoridade julgadora poderá, a qualquer momento, conhecer de novas provas, assim como nada obsta que a parte aceite como verdadeiro algo que não o é ou negue a sua autenticidade, pois no processo administrativo, a Administração deve sempre buscar a verdade material.

É também denominado "liberdade na prova" e autoriza a Administração a valer-se de qualquer prova de que o agente público tenha conhecimento.

---

<sup>78</sup>GORDILLO, Agustín. *Procedimiento y Recursos Administrativo*. 2.ed. Buenos Aires: Ed. Macchi, 1982. p.66 e ss.

A verdade material está vinculada ao princípio da oficialidade e determina que a Administração deve, em síntese, tomar decisões com base nos fatos tais como se apresentam, não se satisfazendo com a versão apresentada pelas partes.

O princípio da verdade material é o oposto ao da verdade formal. Este é o adotado pelo processo civil, no qual o juiz deve julgar segundo as provas colacionadas pelas partes; o primeiro informa que o órgão administrativo deve decidir com base em todas as provas que forem anexadas ao processo e ainda, conforme aquelas que são de conhecimento público ou que estão em poder da Administração.

Se a decisão administrativa não se ajusta aos atos materialmente verdadeiros - afirma Gordillo - seu ato está viciado por esta circunstância.<sup>79</sup>

Segundo o princípio da verdade material, a decisão administrativa deve ser independente da vontade dos sujeitos envolvidos no processo.

Assim, no tocante às provas, desde que obtidas por meios lícitos - art. 5º, LVI da Constituição Federal - a Administração detém plena liberdade de produzi-las.

No processo licitatório, por exemplo, se houver conluio entre licitantes, é facultado à Administração a realização de diligências para verificar ou obter documentos. É a base do princípio da verdade material.

#### **e) Garantia de Defesa**

A Constituição Federal reproduziu em seu art. 5º, LV a garantia de defesa aos acusados, prevista no art. 153, §15 da Carta de 1967, com a

---

<sup>79</sup>GORDILLO, Agustín. op.cit., 1975. p.XVII-22.

inovação de estender aos litigantes em "processo judicial ou administrativo" a garantia de exercício do contraditório e da ampla defesa.

Por tal motivo, em nosso entender, este é o princípio mais importante, atualmente no ordenamento jurídico brasileiro, no que se refere ao processo administrativo e deveria vir, juntamente com o princípio da legalidade, em primeiro lugar na lista dos princípios que alcançam o processo administrativo.

Tecnicamente, o contraditório se diferencia da ampla defesa, pois possibilita "contradizer a posição contrária."<sup>80</sup> Possibilita ao sujeito a ciência de dados, fatos, argumentos, a cujo teor pode reagir, apresentando seus próprios argumentos.

O contraditório vinha sendo associado ao processo judicial; sua admissibilidade na esfera administrativa representa mudança e avanço consideráveis e significa que as atenções se voltam para a relação Administração/Administrados e que se buscam meios para limitar a ação administrativa, a fim de freiar abusos.

A contrariedade no processo administrativo pode se dar entre o particular e a Administração; servidor e Administração; dois ou mais particulares contrapostos perante a Administração, como na licitação; dois ou mais servidores contrapostos ante a Administração, como no caso de promoção. Do princípio do contraditório, que permite a reação do interessado, ressaltam alguns desdobramentos, tais como a informação geral, a ouvida dos sujeitos e a que reputamos mais importante, a motivação dos atos praticados no curso do processo administrativo.

---

<sup>80</sup>GRINOVER, Ada Pellegrini. Garantias do contraditório e ampla defesa. In: *Jornal do advogado*, nov. 90. p.9.



A garantia do contraditório se vincula com o princípio da ampla defesa (art. 5º, LV da Constituição Federal). A questão assim foi enfrentada por Ada Pellegrini Grinover: "Num determinado enfoque, é inquestionável que é do contraditório que brota a própria defesa. Desdobrando-se o contraditório em dois momentos - a informação e a possibilidade de reação - não há como negar que o conhecimento, ínsito no contraditório, é pressuposto para o exercício da defesa". E prossegue a Professora:

"Mas, de outro ponto de vista, é igualmente válido afirmar que a defesa é que garante o contraditório, e que por ele se manifesta e é garantida: porque a defesa, que o garante, se faz possível graças a um de seus momentos constitutivos - a informação - e vive e se exprime por intermédio de seu segundo momento - a reação. Eis a íntima relação e interação da defesa e do contraditório".<sup>81</sup>

Evidentemente, há intrínseca ligação entre ambos, o que gera grande dificuldade teórica e prática na separação dos conceitos.

Na verdade, ambos buscam a transparência administrativa, pois permitem a ampla instrução, protegendo o sujeito contra o poder coercitivo e arbitrário da Administração.

A "defesa" é expressão sintática do preceito segundo o qual ninguém pode ser condenado sem ser ouvido. Trata-se, como nota Gordillo, de princípio geral do direito, consubstanciado com a essência

---

<sup>81</sup>GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas tendências do direito processual*, 1990. p.4-6.

mesma do Direito, de Estado de Direito e do que às vezes se denomina "justiça natural".<sup>82</sup>

A Constituição Federal de 1988 alude não a simples defesa, mas sim, a "ampla defesa". Isto significa que a possibilidade de rebater acusações e interpretações diversas, não pode ser restrita; daí a expressão final do art. 5º, LV, "com os meios e recursos a ela inerentes", englobados na garantia de defesa, todo e qualquer meio de prova e proteção ao acusado ou litigantes em processo administrativo.

Geralmente a ampla defesa vem associada ao processo administrativo disciplinar, devido à similitude com o processo penal. Outrossim, a ampla defesa é assegurada a todo e qualquer sujeito ativo ou passivo do processo administrativo, sendo lícito à parte a apresentação de provas, a ouvida de testemunhas, inclusive, direito à defesa através de representante legal ou advogado, dentre outras.

Compartilhamos da posição de Odete Medauar, que entende que os princípios da ampla instrução probatória, da acessibilidade aos elementos do expediente, da representação, da audiência do interessado e da motivação, elencados pelo Professor Celso Antônio Bandeira de Mello são desdobramentos mais diretos do contraditório e da ampla defesa e não se constituem em princípios autônomos. Na verdade,

"do princípio do contraditório (...) emanam faculdades, direitos, enfim conseqüências que formam, na verdade, o corpo do seu próprio conteúdo. Tendo em vista sua conexidade ao princípio da ampla defesa, alguns desdobramentos vêm inseridos pela doutrina e

---

<sup>82</sup>GORDILLO, Agustín. La garantía de defensa como principio de eficacia nel procedimiento administrativo, *Revista de Direito Público* 10, out./dez. 69. p.17.

jurisprudência também no rol dos elementos configuradores deste último".<sup>83</sup>

O fenômeno da processualização da atividade administrativa, já mencionado, vincula-se à exigência prevista no art. 5º, LIV da Constituição Federal, que estabelece a cláusula do "devido processo legal".

Referida cláusula nasceu na Inglaterra, com a Magna Carta de 1215, que previa em seu art.39 que

"no free man shall be taken or imprisoned or disseised or outlawed or exiladed or in any way destroyed, nor will we go upon him, nor will we send upon him, except by legal judgement of his peers or by the law of the land".<sup>84</sup>

A expressão "law of the land", entendida como "lei do país", foi substituída em 1354 pela fórmula "due process of law", mundialmente difundida.

Tradicionalmente ligada ao direito penal, hoje, a cláusula do "devido processo legal" já se encontra estendida a outros ramos do Direito, dentre os quais o Administrativo.<sup>85</sup>

---

<sup>83</sup>MEDAUAR, Odete. op.cit., p. 103-104.

<sup>84</sup>"Nenhum homem livre será preso ou privado de sua propriedade, de sua liberdade ou de seus hábitos, declarado fora da lei ou exilado ou de qualquer forma destruído, nem o castigaremos nem mandaremos forças contra ele, salvo julgamento legal feito por seus pares u pela lei do país". (Tradução literal feita por Antônio Carlos de Araújo Ciontra, Ada P. Grinover e Cândido Dinamarco na obra Teoria Geral do Processo, 10ª edição, Malheiros Editores, 1993, p.80).

<sup>85</sup>Sobre a aplicação da cláusula do "due process of law" no âmbito da Administração Pública, ver GORDILLO, Agustín. La garantía de defensa como principio de eficacia en el procedimiento administrativo, in: *Revista de Derecho Público* n. 10, out./dez. 69, Ed.RT, p.16.

Parece claro que a norma insculpida no inciso LIV do art. 5º da Constituição Federal especifica, para o Direito Administrativo, a necessidade de realização do processo administrativo, com as garantias do contraditório e da ampla defesa, nos casos de controvérsia e ante a existência de acusados.

Como explicitado, a Constituição tem que ser entendida como um todo, e não de forma isolada. Neste sentido, o devido processo legal significa, para os sujeitos, o conjunto de garantias que lhes são propiciadas para tutela de posições jurídicas ante a Administração. Sob o ângulo do Poder Público, traduz-se na obrigatoriedade de atuação mediante processo em certas situações.

O devido processo legal desdobra-se, sobretudo, nas garantias do contraditório e da ampla defesa, aplicadas ao processo administrativo.

Por último, aplica-se ao processo administrativo a regra do inciso LVI do art. 5º a Constituição Federal, que veda as provas obtidas por meios ilícitos.

### **3.4. Uma polêmica: o Princípio da Legitimidade**

#### **a) Considerações iniciais**

A concepção do Estado de Polícia cedeu, como vimos, à noção do Estado de Direito, no qual a Administração está obrigada a se submeter às regras jurídicas, à lei.

O princípio de que nenhum órgão do Estado pode realizar atos individuais que não estejam previstos ou autorizados por disposição

---

geral anterior, tem, nos Estados Modernos, caráter quase absoluto, pois há casos de exceção à essa regra geral.

Para Bonnard,

"há poder discricionário para a Administração, quando a lei ou o regulamento, prevendo para a Administração certa competência em virtude de uma relação de direito com um particular, deixam à Administração, um poder livre de apreciação para decidir se deve agir ou abster-se, em que momento deve agir, como deve agir e que conteúdo vai dar a sua atuação. O poder discricionário consiste, pois, na livre apreciação outorgada à Administração para decidir o que é oportuno fazer ou não fazer..."<sup>86</sup>

Sendo assim, mesmo a atividade administrativa discricionária deve obedecer a certos limites jurídicos.

Em nenhum momento se pode pensar, atualmente, que uma porção da atividade administrativa possa estar fora ou acima do ordenamento jurídico. É por isto que se enuncia uma série de princípios no texto constitucional, que constituem, junto com outros princípios de direito, um limite à discricionariedade.

Em síntese: o princípio da **legalidade**, basilar no moderno Estado de Direito, admite a atividade discricionária da Administração Pública, na qual o administrador poderá agir de determinada maneira, de acordo com a oportunidade e conveniência da medida, tendo em vista o interesse público.

De outra parte, o controle da conduta do agente administrativo pode se dar através da análise da **legitimidade** do ato praticado.

---

<sup>86</sup>BONNARD, Roger. *Le Contrôle Jurisdictionnel de l'Administration.* Paris, 1934, p.64.

A Carta Constitucional Federal Brasileira, promulgada em 1988, institui no "caput" do art. 37, os quatro princípios básicos a serem obedecidos pela Administração Pública, conforme enfatizado.

Registre-se que o princípio da legitimidade não foi elencado pelo legislador.

Inobstante, o art. 70 do mesmo texto legal, determina que "a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, **legitimidade**, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder".  
(SEM O GRIFO NO ORIGINAL)

A simples leitura dos artigos da "Lex Legum" indicados, deixa dúvidas sobre rol efetivo de princípios que deverão orientar a atividade administrativa, pois o primeiro não elenca a legitimidade como premissa básica da Administração Pública, enquanto o segundo, a ela expressamente se reporta.

#### **b) Legitimidade como princípio**

Legitimidade deriva, segundo José Eduardo Faria, de "legítimo, que, por sua vez, origina-se do latim LEGITIMU (LEGITIMUS, A, UM), que significa em conformidade com a lei".<sup>87</sup>

Na linguagem política, a legitimidade, é considerada um conceito moderno, originado na complexidade das sociedades de massas,

---

<sup>87</sup>FARIA, José Eduardo. *Poder e Legitimidade*. São Paulo: Perspectiva, 1978. p.9.

a partir da Revolução Industrial e se caracteriza pela especialização das funções e pelo fenômeno do consenso, muito embora Aristóteles, no livro primeiro de sua "A Política", já argumentasse que "a virtude deve ser exigida tanto daqueles que mandam, como daqueles que obedecem", deixando-nos, como legado, a idéia de que a legitimidade do sistema político deve se coadunar com as necessidades públicas de um lado e com os preceitos éticos do humanismo, de outro.<sup>88</sup>

Quando o governo das sociedades ocidentais deixou de ser direto para se tornar representativo, nasceu a necessidade de justificar a representatividade obtida pela transferência de direitos até então considerados inalienáveis. Aí surge o problema da legitimidade, associado com a consolidação da sociedade burguesa e, como frisado, à Revolução Industrial.

Busca-se a união ou a junção entre a legalidade e a legitimidade; quando isto ocorre, temos o que Pasold denomina "sinergia política"<sup>89</sup>, ou seja, a "associação simultânea e em harmonia da legitimidade e da legalidade no exercício do poder".

LIPSET bem explicitou que "as crises de legitimidade são, primordialmente, um fenômeno histórico recente, que se segue às profundas clivagens entre grupos que estão aptos, em virtude das comunicações de massa, a organizarem-se em torno de valores diferentes daqueles que previamente eram considerados os únicos aceitáveis."<sup>90</sup>

---

<sup>88</sup>ARISTÓTELES. op.cit., p.24.

<sup>89</sup>PASOLD, Cesar. Introdução à idéia do âmbito quadrifido da legitimidade, *Revista Seqüência*, n. 19, dez. 1989, Editora da UFSC, Florianópolis, p.38.

<sup>90</sup>LIPSET, Seymour Martin. *O homem político*. Rio de Janeiro: Zahar, 1967 p. 78.

MAX WEBER enfrentou o problema da legitimidade das normas constitucionais e do sistema político com considerável precisão, ao elaborar os conceitos de "MACHT" e "HERRSCHAFT", até hoje não superados.<sup>91</sup>

MACHT, para Weber, significa **Poder**, ou seja, a oportunidade que as pessoas têm de impor sua vontade às outras independentemente do oferecimento de qualquer resistência, qualquer que seja essa oportunidade.

A força, conseqüentemente, situa-se no interior de uma relação social e designa uma situação de desigualdade que permite a imposição de certas vontades.

Já o conceito de HERRSCHAFT deve ser entendido como **Domínio**, isto é, a oportunidade que tem um governante de obter a obediência de certas pessoas, que a ele devem obediência.

O primeiro conceito, de poder, é, na ótica weberiana, sociologicamente amorfo, porque às vezes, as situações levam alguém à posição de impor sua vontade aos outros, ao passo que o conceito de domínio significa a possibilidade de que um mandato seja obedecido.

Portanto, a diferença fundamental está no fato de que, enquanto no caso da força a ordem não é legítima, nem a submissão obrigatoriamente um dever, na hipótese da dominação, a obediência sustenta-se num critério externo dos próprios governantes, ou seja, o reconhecimento e o assentimento dos governados.

Em outras palavras, a obediência significa que os governados atuam como se fizessem do conteúdo do comando ou da ordem, a diretriz de seu

---

<sup>91</sup>WEBER, Max. *Economia y Sociedad*, México, F.Cultura Econômica, Capítulo I, inciso 16, p.43.



comportamento, uma vez que, formalmente, reconhecem sua necessidade, independentemente de sua opinião particular sobre o valor nele inserido.

O tema é bastante complexo: se de um lado é difícilimo provar o que é legitimidade na prática e na teoria, pois esta condição não se fundamenta em evidências fáceis de mensurar, por outro não se pode deixar de reconhecer a existência de justificativas sobre a natureza das obrigações que os modelos de legitimidade procuram estabelecer.

Assim, há certas noções que estão intimamente ligadas ao conceito de legitimidade, dentre as quais, a de autoridade, entendida no sentido propugnado pelos romanos, segundo o qual "a autoridade era a verdade socialmente reconhecida, o poder era a força socialmente reconhecida" (...). A autoridade se origina de "AUGERE - ou seja, aumentar - e é por essa razão que a autoridade de um regime jurídico resulta daquilo que, no tempo, eles acrescentam às instituições provenientes de seu ato de fundação e instauração".<sup>92</sup>

Oswaldo Mello também entende que a "legitimidade como conceito jurídico-político, pressupõe sempre a existência de uma fonte de autorização, tanto para a autoridade como para as instituições e as normas."<sup>93</sup>

Outra idéia ligada à legitimidade no âmbito político é a do consenso da opinião pública, fundamental à segurança dos regimes. Se os valores consensuais são quebrados ou manipulados, advém enorme insegurança e possibilidade de desintegração do sistema político e das

---

<sup>92</sup>FARIA, José Eduardo, *op.cit.*, p.59.

<sup>93</sup>MELLO, Oswaldo Ferreira de. *Fundamentos da Política Jurídica*, Porto Alegre: Ed. Sérgio Antônio Fabris/CPGD-UFSC, 1994. p. 82.

normas constitucionais, na medida em que a autoridade desaparece e não é recriada.

Por este motivo, há autores que afirmam que a legitimidade teve origem em uma época de grandes transformações, onde havia "crescente escassez de consenso".<sup>94</sup>

SEABRA FAGUNDES, por exemplo, identifica a legitimidade com a assunção e o exercício do poder, entendendo-a presente quando configurados o consenso da opinião pública, a vontade popular e autoridade.<sup>95</sup>

No âmbito do Direito Administrativo, a conceituação e a aplicação do princípio da legitimidade também é tarefa árdua.

PINTO FERREIRA admite a legitimidade como sinônimo de legalidade, ao dispor que "O princípio da legalidade ou da legitimidade significa que o administrador público só pode fazer o que está expressamente autorizado em lei. Ele está resumido no preceito: "L'état, c'est la loi" que contradiz o "L'état, c'est moi" do absolutismo".<sup>96</sup>

O princípio da legalidade, nesta linha, pois, funda-se no princípio da legitimidade, pois o primeiro só se solidifica no regime em que a lei seja feita pelos órgãos de representação popular, tendo em vista a finalidade da ordem jurídica.

Indubitavelmente, os conceitos dos princípios da legalidade e da legitimidade são conexos, mas não sinônimos. Aliás, a legitimidade

---

<sup>94</sup>FARIA, José Eduardo, *op.cit.*, p. 58.

<sup>95</sup>FAGUNDES, Seabra, *A Legitimidade do Poder Político na Experiência Brasileira*, OAB/Seção Pernambucana, 1982.

<sup>96</sup>FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição Brasileira*, São Paulo: Saraiva, 2<sup>o</sup> volume, arts. 22/53, 1990, p. 362.

encarta-se na legalidade, razão pela qual poucos são os administrativistas que se dedicam ao estudo aprofundado da legitimidade como categoria específica do Direito Administrativo.

Entendemos, entretanto, que são conceitos totalmente distintos, embora interligados. Como bem explicita D'Entrève, "Legalidade e legitimidade cessam de identificar-se no momento em que se admite que uma ordem pode ser legal mas injusta".<sup>97</sup>

No âmbito político, a experiência brasileira recente, comprova a existência de legalidade, fundada em atos institucionais, porém, divorciada do princípio da legitimidade, uma vez que se baseava unicamente na força.

NORBERTO BOBBIO afirma que

"quando se exige que um poder seja legítimo, pergunta-se se aquele que o detém possui um justo título para detê-lo; quando se invoca a legalidade de um poder, indaga-se se ele é justamente exercido, isto é, segundo as leis estabelecidas. O poder legítimo é um poder, cujo título é justo; um poder legal é um poder cujo exercício é justo, se legítimo".<sup>98</sup>

### c) Legitimidade e Direito Administrativo

Talvez pela dificuldade do tema, como já afirmado, poucos tenham sido os administrativistas que se detiveram no estudo do princípio da legitimidade aplicado ao Direito Administrativo.

---

<sup>97</sup>Cf. *Legalité et Legimité*, em P.Bastid e outros, L'Idee de Legimité, Paris, PUF, 1967, p.38. Apud SILVA, José Afonso da. op.cit., p.371.

<sup>98</sup>BOBBIO, Norberto. "Sur le principe de légimité", em P.Bastid e outros, op.cit., p.49.

Dos que foram pesquisados, o único autor que expressamente se refere à legitimidade aplicada ao Direito Público e, por conseqüência, ao Administrativo, foi o jurista argentino Agustín Gordillo, que, por tal motivo, merece destaque.

Segundo o seu entendimento, todo o órgão administrativo possui duas faculdades claramente identificadas: a de caráter vinculado, que denomina "faculdade vinculada ou regrada" na qual uma norma jurídica predetermina, "de forma concreta uma conduta definida que o administrador deve seguir, ou seja, quando o ordenamento jurídico estabelece de antemão aquilo que especificamente o órgão deve fazer num caso concreto." Por outro lado, continua o argentino, as faculdades do órgão administrativo serão discricionárias, "quando o ordenamento jurídico lhe outorgue certa liberdade para eleger, entre um ou outro tipo de ação, para fazer uma ou outra coisa, ou fazê-la de uma ou outra maneira."<sup>99</sup>

Todo o ato administrativo contém traços de vinculação e discricionariedade, porque há aspectos sobre os quais a Administração terá de optar, no exercício de sua atividade administrativa.

A Administração Pública, conforme vimos, deve se subordinar e obedecer ao Direito e à lei. É a base de todo o Estado Democrático de Direito, calcado no princípio da legalidade.

Nesse sentido, a lei sempre prevê, de forma expressa ou razoavelmente implícita a competência que têm os órgãos administrativos para atuar, sendo que no Brasil, ao contrário de outros países ocidentais, em virtude da ausência de legislação codificada, detectamos a falta de

---

<sup>99</sup>GORDILLO, Agustín Gordillo. *Princípios gerais de direito público*. São Paulo: Ed. RT, 1977. p.169.

norma que regule também a forma e o procedimento em que devem exteriorizar suas declarações ou manifestações de vontade.

Essa é uma das formas possíveis de regulação da atividade administrativa, com base no princípio da legitimidade, segundo entende o mestre argentino. O juiz deve rever de forma positiva a legitimidade da parte regradada e da parte discricionária.<sup>100</sup>

Como foi dito, uma das razões da enunciação dos princípios de direito, é justamente para que se constituam num limite à discricionariedade administrativa.

A aplicação do princípio da legitimidade facilita o controle administrativo pelo Poder Judiciário, embora todos os atos exercidos e praticados por agentes públicos, seja no exercício da atividade vinculada ou discricionária, conforme BANDEIRA DE MELLO, "presumem-se verdadeiros e conformes ao direito, até prova em contrário. Isto é: milita em favor deles uma presunção "juris tantum" de legitimidade; salvo expressa disposição legal, dita presunção só existe até serem questionados em juízo",<sup>101</sup> não estão imunes à apreciação judicial.

Impõem-se certos limites jurídicos à atividade da Administração, pois, como já acentuado, nenhuma parte da atividade administrativa está fora ou acima do ordenamento jurídico.

Ao Juiz e à Administração Pública é lícito rever o exercício das faculdades discricionárias e vinculadas da própria Administração, se o ato tiver infringido o princípio da legitimidade.

Os principais limites à atividade administrativa, aplicados no caso de transgressão do agente público, ligados ao princípio da legitimidade são,

---

<sup>100</sup>GORDILLO, Agustín. *op.cit.*, 1977, p.181-182.

<sup>101</sup>MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *op.cit.*, 1994. p.195.

segundo Agustín Gordillo, "a razoabilidade (quer dizer, a proibição de atuar arbitrária ou irracionalmente), o desvio de poder (proibição de atuar com uma finalidade própria) e a boa fé".<sup>102</sup>

Segundo o autor, a decisão discricionária do funcionário será ilegítima, apesar de não transgredir nenhuma norma concreta e expressa, se for "irrazoável". O ato estará viciado, portanto, se não for fundamentado, se se tratar de medida desproporcionada ou excessiva.

Por igual, se o ato administrativo for calcado no "desvio de poder". A doutrina do "desvio de poder ou de finalidade" surgiu na França e foi trazida ao Brasil principalmente com o fim de limitar a discricionariedade da atividade administrativa. A conduta do funcionário é desviada e com isso ilegítima, segundo Gordillo, quando "atuar com fim pessoal ou com fim administrativo, porém não aquele querido pela lei: se a lei autoriza a adotar determinada medida, tendo em vista uma finalidade específica, será desviado e com isso ilegítimo, o ato que a adote como uma finalidade distinta".<sup>103</sup>

Finalmente, a aplicação do princípio da boa fé limita o exercício da atividade discricionária da Administração, pois se o agente administrativo utilizar-se de artimanhas "para levar a engano ou a erro um Administrado, (...), tal tipo de conduta é, por certo, incompatível com o que deve ser o exercício da função administrativa e é também ilegítima, ainda que a faculdade que no caso se exerça, seja discricionária"<sup>104</sup>

---

<sup>102</sup>GORDILLO, Agustín, op.cit., 1977. p. 183.

<sup>103</sup>GORDILLO, Agustín, op.cit., 1977. p.185.

<sup>104</sup>GORDILLO, Agustín, op.cit.,1977. p.186.

As lições do jurista argentino são de grande valia para a compreensão do princípio da legitimidade aplicado ao Direito Administrativo, embora não se encontre em sua obra o conceito de legitimidade que norteou o seu trabalho.

Buscamos então, o conceito de legitimidade na Teoria Política e procuramos adaptá-lo ao Direito Administrativo.

NORBERTO BOBBIO define legitimidade como sendo "um atributo do Estado, que consiste na presença, em uma parcela significativa da população, de um grau de consenso capaz de assegurar a obediência sem a necessidade de recorrer ao uso da força, a não ser em casos esporádicos. É por esta razão que todo poder busca alcançar consenso, de maneira que seja reconhecido como legítimo, transformando a obediência em adesão".<sup>105</sup>

Por sua vez, CESAR PASOLD entende a legitimidade como "uma relação de correspondência entre algo e seus destinatários, sob égide axiológica,"<sup>106</sup> isto é, "sob a tutela de valores, estes no sentido de qualidade pelas quais determinada pessoa ou coisa é estimável em maior ou menor grau".<sup>107</sup>

Este conceito nos parece bastante elucidativo se transplantado para o ordenamento jurídico-administrativo, porque não se reporta nem ao consenso, nem tampouco à figura da autoridade, mas tem em vista a

---

<sup>105</sup>BOBBIO, Norberto et al. *Dicionário de Política*. Trad. Carmen C. Varriale, Gaetano Lo Monaco, João Ferreira, Luiz Guerreiro Pinto Cacaís e Renzo Dini, 2.ed., Ed.UnB, Brasília, 1983. p.675.

<sup>106</sup>PASOLD, Cesar. op.cit., p.37.

<sup>107</sup>PASOLD, Cesar. op.cit., p.38.

"relação na qual ocorre a conformidade entre um comportamento ou uma norma e os valores detidos pelos seus destinatários".<sup>108</sup>

O ato administrativo, como vimos, pode ser vinculado ou discricionário. Se a autoridade administrativa pratica o ato de acordo com a lei, vinculado à vontade social, este ato é plenamente legítimo, além de ser legal. Mas, se na prática do ato discricionário, a autoridade age de forma contrária aos anseios daquele a quem o ato se dirige, a legitimidade do mesmo será afetada.

Em resumo, as duas classificações - poder discricionário e vinculado da Administração - consideram um distinto aspecto ou momento da atividade administrativa; ao exercer um ou outro, a Administração pode infringir os anseios da coletividade, praticando um ato ilegítimo, divorciado do interesse social.

Nesse contexto, perfeitamente aplicável a doutrina de Agustín Gordillo, antes citada, porque é justamente na prática da faculdade discricionária que a Administração freqüentemente age de forma a molestar os anseios dos destinatários, já que na atividade vinculada, a lei expressamente prevê os limites que devem ser observados pela prática administrativa.

Os princípios constitucionais e os princípios gerais de direito ligados ao Direito Administrativo servem, como foi mencionado, para impor limites à atividade administrativa, principalmente à discricionária, cuja violação, ao contrário da faculdade vinculada, não costuma ser clara e evidente.

Assim, admitindo-se a legitimidade como categoria da Teoria Política, segundo a qual "legítimo é tudo o que corresponde aos anseios

---

<sup>108</sup>PASOLD, Cesar.op.cit., p.38.



dos destinatários, sob a égide axiológica", resulta que a conduta do órgão administrativo deverá manter estrita dependência com o interesse da Sociedade, pois um ato que não está em consonância com tais anseios, produz efeitos ilegítimos.

Por tais motivos, somos de opinião que o "caput" do art. 37 da Constituição Federal deveria ter elencado o princípio da legitimidade como balisador da atividade administrativa, juntamente com a legalidade, a impessoalidade, a moralidade e a publicidade, a exemplo do que dispôs o constituinte no art. 70, principalmente em virtude da ausência de leis no Brasil, que regulamentem o procedimento administrativo, o que dá oportunidade ao administrador, de praticar atos divorciados da vontade e interesse da sociedade.

As considerações trazidas tiveram cunho esclarecedor para a pesquisadora, mas merecem maior aprofundamento, que infelizmente não cabe nos estreitos limites desta dissertação de mestrado.

Ademais, as contribuições que buscamos apresentar nesse capítulo não têm pacífica aceitação dentre os estudiosos do Direito Administrativo. Consistem somente na conclusão da mestranda, após a laboriosa pesquisa a que se propôs.

Este é o verdadeiro intuito do trabalho científico, no qual segundo EDUARDO DE OLIVEIRA LEITE, " todo o estudioso (...) encontra-se, inevitavelmente, num estado de perplexidade decorrente de inúmeras e infinitas variáveis que se apresentam à sua curiosidade e observação de pesquisador".<sup>109</sup>

---

<sup>109</sup>LEITE, Eduardo de Oliveira. *A monografia jurídica*. 2.ed., Porto Alegre: Fabris, 1985. p.1.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os princípios constitucionais abordados, aplicáveis ao processo administrativo por determinação da própria Carta Magna são uma verdadeira conquista da "Lex Fundamentalís" Brasileira.

Em geral, até mesmo pelo próprio desconhecimento da lei, os autos administrativos são tratados pelo administrador e pelos escalões burocráticos da Administração Pública, como propriedade da Administração. Existem para documentação interna da própria Administração, que neles lança e tira, dá traços de confidencialidade ao que bem entende, e revela aquilo que julga oportuno e conveniente.

Neste sentido, as disposições constitucionais atinentes ao processo administrativo e à Administração Pública como um todo, significaram enorme avanço e concretização do processo administrativo, como autêntico, verdadeiro e real garantidor das liberdades e direitos individuais.

É exatamente esta a questão que se pretendeu focar por ocasião desta pesquisa. Mesmo estando a Constituição Federal promulgada

há mais de seis anos, as normas nela contidas continuam a ser descumpridas pela Administração Pública, que insiste em permanecer coberta pelo manto do autoritarismo.

Sérgio Ferraz, em palestra publicada na obra "Curso de Direito Administrativo", adverte que "(...) a Administração Pública brasileira é autoritária por várias razões, e entre elas, o próprio direito administrativo brasileiro foi autoritário e ajudou a Administração Pública a ser autoritária, com uma generosa injeção de justificação doutrinária, isso tudo prestigiado também por uma copiosa elaboração jurisprudencial." <sup>110</sup>

Indubitavelmente, esta concepção há de ser erradicada da Administração Pública Brasileira. A Constituição já adotou conceitos capazes de auxiliar nesta transformação, embora nem sempre o Poder Público tenha respeitado as ordens constitucionais.

Apontamos como uma das falhas existentes no Texto Maior, aquela que não institui a obrigação constitucional de motivar o ato administrativo. Ora, num sistema jurídico no qual se admite a via do processo administrativo para corrigir os abusos praticados pela própria Administração, o dever de motivar é consequência da prática dos atos que compõem o processo respectivo.

O art. 93, IX e X da Constituição Federal explicita a necessidade de motivação unicamente dos atos judiciais e daqueles praticados pelas autoridades administrativas do Poder Judiciário, deixando em aberto a obrigatoriedade de motivar os atos administrativos em geral. Embora a doutrina e jurisprudência já estejam solidificadas no sentido de

---

<sup>110</sup>FERRAZ, Sérgio. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Ed. RT, 1986. p.154.

exigir a motivação do ato praticado pela autoridade administrativa, a lei ainda não tratou do assunto com a necessária clareza.

O processo administrativo é, no nosso entender, um dos instrumentos mais excelsos na defesa do Administrado, desde que instruído de forma a efetivar a participação administrativa, observadas as garantias constitucionais e princípios que o norteiam, conforme explicitado.

Ademais, existe no direito brasileiro, além dos princípios constitucionais aplicáveis ao processo administrativo, a garantia do devido processo legal, que possibilita a incidência de todos os outros princípios que foram a pouco referidos.

O devido processo legal surgiu na construção anglo-saxônica e nasceu no direito, tendo em vista a pretensão e a petição do administrado perante a própria Administração Pública. Aliás, o direito de petição ostenta importância vital e representa eficaz garantia ao cidadão, traduzindo-se na possibilidade de o Administrado pleitear do Poder Público, determinada prestação ou decisão.

No Brasil, embora seja determinação constitucional, o direito de petição e ao devido processo legal, dentro da esfera administrativa, a exemplo do que ocorre com os princípios antes referidos, constitui dolorosa frustração, pois os atos da Administração Pública, por vezes, não se coadunam com essas exigências constitucionais.

Isto acontece, em grande parte, pela ausência do real e efetivo processo administrativo no direito brasileiro. A apresentação de qualquer formulação perante os órgãos públicos encontra óbices diversos, desde a convicção escancarada das autoridades administrativas de que os princípios constitucionais elencados não se aplicam ao processo administrativo, o que faz com que o mesmo perca o caráter de

instrumento de defesa do administrado contra a Administração Pública e contra os administradores em geral e de forma eficaz de solução dos litígios e impasses havidos no âmbito administrativo.

Enfim, o processo administrativo é o instrumento posto à disposição do Administrado que se for bem instruído, servirá como meio de defesa e como garantidor dos direitos individuais previstos pela Constituição Federal. Se continuar a ser utilizado da maneira como vem sendo, o processo administrativo não deixará de ser mera atividade burocrática e desacreditada da Administração Pública.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALESSI, Renato. *La responsabilità della pubblica amministrazione*. 3.ed.  
Milano: Dott. A.Giuffré, 1955. 365p.

ARISTÓTELES. *A política*. Rio de Janeiro: Tecnoprint, 1990. 187p.

BASTOS, Celso Ribeiro, MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à  
Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1990. v. 2.

BEVILÁQUIA, Clóvis. *Teoria geral do direito civil*. São Paulo: Freitas  
Bastos, 1946. 453p.

BIELSA, Rafael. *Compêndio de derecho público*. 5. ed. Buenos Aires:  
Depalma, 1952. 2.v. V.2:Derecho administrativo.

BOBBIO, Norberto. *Dicionário de política*. 2. ed. Brasília: Ed. da UnB,  
1983. 1318p.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 1993. 510p.

BONNARD, Roger. *Le Contrôle Jurisdictionnel de l'Administration*. Paris: Précis Dalloz, 1934. 190p.

BRANDÃO, Antônio José. Moralidade administrativa. In: *Revista de Direito Administrativo*, São Paulo, n.25, p.454-460, jul./set. 1951.

BREWER-CARIAS, Allan R. *Principios del procedimiento administrativo*. Madrid: Civitas, 1990. 258p.

CAETANO, Marcelo. *Princípios fundamentais do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1977. 583 p.

\_\_\_\_\_. *Manual de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1970. v.1 e v.2.

CANOTILHO, J.J.Gomes. *Direito constitucional*. 5.ed. Coimbra: Almedina, 1992. 1214p.

CANOTILHO, J.J. Gomes, MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Lisboa: Coimbra, 1991. 310p.

CARDOZO, Benjamin Nathan. *A natureza do processo e a evolução do direito*. São Paulo: Nacional de Direito, 1956. 189p.

CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de derecho procesal civil*. Buenos Aires: UTEHA, 1944. v.1.

CAVALCANTI, Themístocles. *Curso de direito administrativo*. 5.ed. São Paulo: Livraria Freitas Bastos S/A, 1958. 528p.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1943. v.1.

CODE administratif. 13.ed. Paris : Précis Dalloz, 1975. 1332p.

CÓDIGO administrativo e estatuto disciplinar. Lisboa: Moraes Ed., 1979. 764p.

CARVALHO, A.A. Contreiras de. *Processo administrativo tributário*. São Paulo: Resenha Tributária, 1974. 208p.

CRETELLA JR., José. *Comentários à constituição de 1988*. São Paulo: Forense Universitária, 1991. v.4.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito administrativo*. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982. 717p.

\_\_\_\_\_. *Tratado de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1966. 6.v. V.1: Teoria do direito administrativo.



DEBBASCH, Charles. *Contentieux administratif*. Paris: Précis Dalloz, 1975. 934p.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 3.ed. São Paulo: Atlas, 1992. 567p.

ECCO, Umberto. *Como se faz uma tese*. 10.ed. São Paulo: Perspectiva, 1979. 170p.

FAGUNDES, M.Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário*. 5.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1979. 449p.

\_\_\_\_\_. *A legitimidade do poder político na experiência brasileira*. Recife : Ordem dos Advogados do Brasil/Secção de Pernambuco, 1982. p.9-30.

FARIA, José Eduardo. *Poder e legitimidade: uma introdução à política do direito*. São Paulo: Perspectiva, 1978. 130p.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. Extensão administrativa das decisões proferidas pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça. In: \_\_\_\_\_. *Reflexões sobre o direito público: estudos e pareceres*. Curitiba: Genesis, 1994. p.107-118.

FERRAZ, Sérgio. Instrumentos de defesa dos administrados. In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986. p.154-174.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio, DINIZ, Maria Helena, GEORGAKILAS, Ritinha A. Stevenson. *Constituição de 1988: Legitimidade, vigência e eficácia, supremacia*. São Paulo: Atlas, 1989, 132p.

FERREIRA, Pinto. *Comentários à constituição brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1990. 5.v. V.2. : arts. 22/53.

FERREIRA, Sérgio de Andréa. A garantia de ampla defesa no direito administrativo processual disciplinar. In: *Revista de Direito Público*, São Paulo, n.19, p.60-68, jan./mar. 1972.

FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 17.ed São Paulo: Saraiva, 1989. 314p.

FLEINER, Fritz. *Instituciones de derecho administrativo*. Madrid: Labor, 1933. 362p.

FORSTHOFF, Ernst. *Tratado de derecho administrativo: estudios de administración*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1958. 768p.

FRAGA, Gabino. *Derecho administrativo*. 15. ed. México: Editorial Porrúa, 1973. 500p.

FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. *O controle da moralidade administrativa*. São Paulo: Saraiva, 1974. 268p.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1979. 350p.

\_\_\_\_\_. *Introdução ao direito processual administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971. 381p.

\_\_\_\_\_. *A prova administrativa*. São Paulo: Saraiva, 1973. 214p.

GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo, FERNANDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. 957p.

GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1989. 425p.

GONÇALES PEREZ, Jesús. *Administración pública y libertad*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1971. 92p.

GORDILLO, Agustín. *Tratado de derecho administrativo*. Parte General, Tomo 2. Buenos Aires: Ediciones Macchi-Lopez, 1975.

\_\_\_\_\_. La garantia de defesa como princípio de eficácia en el procedimiento administrativo. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 10, p. 16-24, out./dez. 1969.

\_\_\_\_\_. *Princípios gerais de direito público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977. 202p.

\_\_\_\_\_. *Procedimiento y recursos administrativos*. Buenos Aires: Ediciones Macchi-Lopez, 1982. v.1 e v.2.

\_\_\_\_\_. *Tratado de derecho administrativo*. Buenos Aires: Ediciones Macchi-Lopez, 1975. v.1 e v.2.

GRINOVER, Ada Pelegrini. Garantias do contraditório e ampla defesa. *Jornal do Advogado*, São Paulo, n. 175, p.9, nov.1990.

GRINOVER, Ada Pelegrini, CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, DINAMARCO, Cândido R. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros Editores, 1993. 338p.

HAURIOU, Maurice. *Précis élémentaire de droit administratif*. 2.ed. rev. Paris : Librairie du Recueil Sirey, 1930. 499p.

LAUBEDERE, André de. *Traité de droit administratif*. 8. ed. Paris: Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, 1980. 4.v. V.2.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *A monografia jurídica*. 2.ed. Porto Alegre: Antônio Fabris Ed., 1985. 285p.

LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de direito administrativo*. Porto Alegre: Sulina Ed., 1964. 208p.

LIPSET, Seymour Martin. *O homem político*. Rio de Janeiro: Zahar, 1967. 440p.

MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1974. v.1.

MASAGÃO, Mário. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Max Limonad Ed., 1960. v.1 e v.2.

MEDAUAR, Odete. *A processualidade no direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. 167p.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 18.ed. atual. São Paulo: Malheiros, 1993. 701p.

\_\_\_\_\_. O processo administrativo - teoria geral - processo disciplinar e processo fiscal. *Revista Forense*, São Paulo, n. 256, p. 25-32, out./dez.1976.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978. 60p.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito administrativo*. 5.ed. atual. São Paulo: Malheiros, 1994. 527p.

- \_\_\_\_\_. Princípios fundamentais de direito administrativo. São Paulo: Revista dos Tribunais, In \_\_\_\_\_. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986. p.10-30.
- \_\_\_\_\_. *Elementos de direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. 283p.
- MELLO, Osvaldo Ferreira de. *Fundamentos da política jurídica*. Porto Alegre: Antônio Fabris Ed., 1994. 136p.
- MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios Gerais de Direito Administrativo*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. v.1.
- MERKL, Adolfo. *Teoria general del derecho administrativo*. México: Nacional, 1980. 496p.
- PASOLD, Cesar Luiz. *Reflexões sobre o poder e o direito*. 2. ed. Florianópolis : Estudantil, 1986. 92p.
- \_\_\_\_\_. *Comunicação nas relações humanas e organizacionais*. 2. ed. Florianópolis: Estudantil, 1986. 85p.
- PONDÉ, Lafayette. Considerações sobre o processo administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, São Paulo, n. 130, p.1-11, out./dez. 1977.

RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 3 ed. anot. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. v.1 e v.2.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1980. 381p.

\_\_\_\_\_. *Direito administrativo*. São Paulo: Forense, 1969. 406p.

RIVERO, Jean. *Droit administratif*. 6. ed. Paris : Précis Dalloz, 1973. 510p.

SILVA, Almiro do Couto. Princípios da legalidade da Administração Pública e da segurança jurídica no estado de direito contemporâneo. *Revista de Direito Administrativo*, São Paulo, n. 84, p.46-63, out./dez. 1987.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 9.ed. rev. São Paulo: Malheiros, 1994. 768p.

SUNFELD, Carlos Ari. Motivação do ato administrativo como garantia dos administrados. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 75, p.118-127, jul./set. 1985.

\_\_\_\_\_. A importância do procedimento administrativo. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 84, p.64-74, out./dez. 1987.

TÁCITO, Caio. A administração e o controle de legalidade. *Revista de Direito Administrativo*, São Paulo, n. 37, p. 1-11, jul./set. 1954.

\_\_\_\_\_. Bases constitucionais do direito administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, São Paulo, n. 166, p. 37-44, out./dez. 1986.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1989. v.1.

UFSC/CPGD. *Coletânea de sugestões quanto à produção acadêmica*, Florianópolis, 1987.

VEDEL, Georges. *Droit administratif*. Paris: Presses Universitaires de France, 1958. 902p.

WEBER, Max. *Economia y sociedad*: esboço de sociologia compreensiva. 2. ed. México : F.Cultura Econômica, 1964. 1237p.

WEIL, Prosper. *O direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 1977. 171p.

\_\_\_\_\_. *Le droit administratif*. 5. ed. Paris: Presses Univesitaires de France, 1973. 126p.

XAVIER, Alberto. *Do procedimento administrativo*. São Paulo: J.Bushatsky Ed., 1976. 157p.