

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA**  
**CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS**  
**CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NO PROCESSO**  
**ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR**

**FLORIANÓPOLIS**

**2007**

**CLARISSA DOMINGOS ARAÚJO**

**PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NO PROCESSO  
ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR**

**Dissertação apresentada como requisito parcial à  
obtenção do grau de Mestre em Direito, Curso de  
Pós-Graduação em Direito, Centro de Ciências  
Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina.**

**Orientador: Prof. Dr. Sérgio U. Cadermatori**

**FLORIANÓPOLIS**

**2007**

**CLARISSA DOMINGOS ARAÚJO**

**PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NO PROCESSO  
ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR**

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre em Direito, Curso de Pós-Graduação em Direito, Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina.

Sendo examinada e aprovada pela Banca Examinadora a seguir, no dia 10 de maio de 2007.

---

**Orientador: Prof. Dr. Sérgio Urquhart Cademartori**

---

**Prof. Dr. Rodrigo Galvão**

---

**Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. Cecília Caballero Lois**

---

**Prof. Dr. Luis Carlos Cancellier de Olivo (suplente)**

---

**Prof. Dr. Antonio Carlos Wolkmer  
Coordenador do Curso de Pós-graduação em Direito**

Dedico este trabalho em memória de meu avô,  
Theodoaldo Siqueira Ribas, exemplo de vida, fonte  
inesgotável de inspiração...

## **AGRADECIMENTOS**

À professora, mestre e amiga, Cibele Fernandes Dias Knoerr, por ter me guiado nos estudos de graduação, pós-graduação e, principalmente, por ter me cativado da maneira mais apaixonante.

Ao professor Dr. Sérgio Cademartori, pela valiosa orientação, pelos conselhos, determinantes para a elaboração e conclusão deste trabalho.

Ao amor da minha vida, Gibran, amante e companheiro, desde sempre...

À minha família. Meus pais, Adir e Sônia, pelo exemplo de felicidade, sua imensa alegria em viver, em sempre estar ao lado das filhas, vibrando a cada conquista. Minha avó, pelo amor incondicional, pela ternura constante.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	5
<b>1 ESTADO DE DIREITO E PROCESSUALIDADE</b> .....	7
<b>1.1 A administração pública do estado de direito</b> .....	7
1.1.1 <i>A Evolução da Administração Pública</i> .....	7
1.1.1.1 <i>Gestão burocrática</i> .....	10
1.1.2 <i>A administração pública prestadora de serviços e a administração pública repressiva</i> .....	13
1.1.3 <i>Caráter instrumental do estado de direito</i> .....	15
1.1.4 <i>Características da administração pública no estado de direito</i> .....	17
1.1.4.1 <i>A censurabilidade da discricionariedade administrativa</i> .....	20
1.1.4.2 <i>A nova leitura do princípio da legalidade</i> .....	22
1.1.4.3 <i>A instrumentalidade da administração pública e os direitos fundamentais</i> .....	27
1.1.4.4 <i>A função administrativa</i> .....	28
1.1.4.4.1 <i>A noção das prerrogativas e sujeições do regime jurídico administrativo</i> .....	29
<b>1.2 O processo administrativo no estado de direito e sua normatização principiológica</b> .....	46
1.2.1 <i>A processualidade administrativa</i> .....	46
1.2.2 <i>A evolução no conceito de direito administrativo</i> .....	50
1.2.3 <i>A nova processualidade administrativa no Brasil</i> .....	52
1.2.3.1 <i>O direito à defesa</i> .....	53
1.2.4 <i>A estrutura principiológica do processo administrativo</i> .....	55
<b>2 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E SUA APLICAÇÃO JURISDI- CIONAL NO BRASIL</b> .....	76
<b>2.1 Considerações introdutórias</b> .....	76
<b>2.2 A proporcionalidade como cânone hermenêutico</b> .....	85
2.2.1 <i>Proporcionalidade e colisão de direitos fundamentais</i> .....	90
<b>2.3 O princípio da proporcionalidade no direito processual brasileiro</b> .....	98
<b>3 A PROPORCIONALIDADE NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR</b> .....	108
<b>3.1 Processo administrativo disciplinar: generalidades</b> .....	108
3.1.1 <i>A competência sancionatória (disciplinar) e o princípio hierárquico</i> .....	108
3.1.2 <i>A Lei Federal 9.784/99</i> .....	111
<b>3.2 Princípios incidentes sobre o processo administrativo disciplinar</b> .....	115
<b>3.3 A aplicação do princípio da proporcionalidade ao processo administrativo disciplinar</b> .....	122

<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>128</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>133</b>

## INTRODUÇÃO

No que concerne ao primeiro capítulo, Estado de Direito e Processualidade, tratar-se-á do período histórico que vai da superação do Estado de Direito liberal à Carta de 1988.

A teoria geral do garantismo é o marco inicial, de raízes tradicionais iluministas, contendo potencial explicativo e propositivo do Estado de Direito destacando os níveis epistemológico (centralidade da pessoa para o poder e, via de consequência, para o Estado de Direito) e explicativo (uma estrutura hierarquizada de normas que se imbrincam por conteúdos limitativos do poder político).

Posteriormente, passa-se a caracterizar a Administração Pública do Estado de Direito, ressaltando algumas perspectivas, tais como: a Administração Pública prestadora de serviços e a Administração Pública repressiva, o caráter instrumental do Estado de Direito, a censurabilidade da discricionariedade administrativa, a nova leitura do princípio da legalidade, a instrumentalidade da Administração Pública e os Direitos Fundamentais.

O panorama contemporâneo trata de novas relações entre Administração e os particulares, manifestada na nova intervenção do Estado enquanto prestador de serviço faz com que a via da autoridade não seja sempre utilizável a não ser que se transforme a Administração Pública num instrumento repressivo.

Assim, um direito administrativo concebido para cidadãos que buscam se defender do Estado mostra-se inadequado para proteger “administrados” que buscam ações positivas do Estado (a Administração restritiva, de um lado, e a Administração prestadora de serviços, de outro).

Por conseguinte, verificar-se-á que o estudo da função administrativa, mormente da forma como ela se manifesta, envolve considerações do tipo de função que se trata, repressiva ou prestadora de serviço, a influir na natureza da pessoa jurídica que *pode*, nos termos do direito positivo, prestar esta função administrativa, tendo em vista as condições já explicitadas (perseguição do interesse público primário, observância do princípio da imparcialidade, otimização mediante a atuação processualizada, em que o exercício do poder tenha por objeto um dever).

Através de breve análise sobre as características da Administração Pública do Estado de Direito, trataremos do Processo Administrativo no Estado de Direito e sua normatização principiológica. Inicia-se pela evolução no conceito de Direito Administrativo,

passa pela nova processualidade administrativa no Brasil para culminar em sua estrutura principiológica.

Partindo da perspectiva do Estado e Processualidade, passa-se a verificar a temática do segundo capítulo, o Princípio da Proporcionalidade e sua aplicação jurisdicional no Brasil. Verificar-se-á a proporcionalidade como cânone hermenêutico, seu papel no caso de colisão de direitos fundamentais e, finalmente, a aplicação da proporcionalidade no direito processual brasileiro.

A Constituição da República dispõe, no parágrafo 2º. do artigo 5º, que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil faça parte”. Ao fazê-lo, incorporou os princípios da proporcionalidade e razoabilidade. Desta forma, embora a Constituição de 1988 não tenha adotado de forma expressa o Princípio da Proporcionalidade, sua aplicação é corolário dos direitos e garantias nela expressos e implícitos, em especial o princípio do Estado Democrático de Direito e do devido processo legal substantivo. Será salientado que a lei do processo administrativo contempla expressamente tais princípios e principalmente, a jurisprudência pátria, os têm como base do Estado Instrumental de Direito.

Concluindo a pesquisa, adentra-se no terceiro capítulo, a Proporcionalidade no Processo Administrativo Disciplinar, destacando as generalidades do processo administrativo disciplinar, bem como os princípios incidentes sobre ele, principalmente a proporcionalidade, destacados pela doutrina e jurisprudência pátria.

Sustentam, doutrina e jurisprudência, que mesmo nos países que mantêm com maior rigor o monopólio sancionatório dos juízes, admitem que a Administração, para manter a disciplina interna de sua organização, dispõe sempre de um poder disciplinar em virtude do qual pode impor sanções a seus agentes. A peculiaridade destas sanções administrativas reside em dois pontos centrais, quais sejam, o reconhecimento de uma espécie de titularidade natural da Administração, derivada do atuar no seu âmbito doméstico, e a previsão de ilícitos que correspondem a condutas valoradas com critérios deontológicos mais que estritamente jurídicos. Por isso, o Direito Público pretendeu dispensar deste tipo de potestade, os requisitos gerais de legalidade e tipicidade, substituindo estas regras por uma espécie de potestade doméstica, legitimada na simples posição de uma submissão geral dos destinatários das medidas disciplinares, voluntária normalmente (mas nem sempre como no caso dos soldados e presos). Essencial aqui, será a aplicação do Princípio da Proporcionalidade embasar a concretização do Estado de Democrático de Direito.

# 1 ESTADO DE DIREITO E PROCESSUALIDADE

## 1.1 A administração pública do estado de direito

A teoria geral do garantismo, de raízes tradicionais iluministas, tem potencial explicativo e propositivo do Estado de Direito (modelo garantista de Estado de Direito a ser aproximado pelos “estados reais” e baseado nos valores da dignidade humana, paz, liberdade plena e igualdade substancial) e destaca os níveis epistemológico (centralidade da pessoa para o poder e, via de consequência, para o Estado de Direito) e explicativo (uma estrutura hierarquizada de normas que se imbrincam por conteúdos limitativos do poder político).<sup>1</sup>

Peña, ao se referir a temática da garantia frente aos atos da Administração, a dimensão garantista da Administração Pública, privilegia o Estado de Direito como sistema de garantias, conceituando os atos da Administração Pública como atos de submissão ao Direito.<sup>2</sup>

A Administração Pública consiste, em um Estado Instrumental de Direito, na organização instrumental encarregada das funções atribuídas por lei, exceto atos de governo (por delegação) de competência internacional (dissolução de câmaras, convocatória de eleições).

A submissão da administração ao Direito é sinônimo de garantia para os cidadãos – tendo por base os princípios constitutivos do Estado Constitucional de Direito e caracterizado pela supremacia da Constituição e pela submissão de todos os poderes ao Estado de Direito.

### *1.1.1 A Evolução da Administração Pública*

A compreensão do Direito Administrativo e, portanto, da estrutura organizacional da Administração Pública, pressupõe, desde logo, a regulação do Poder Político. Destarte, o entendemos como a manifestação do Poder Soberano. Assim, em uma primeira aproximação,

---

<sup>1</sup> CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de direito e legitimidade**: uma abordagem garantista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 72.

<sup>2</sup> PEÑA, Antonio Manuel Freire. **La garantía em el estado constitucional de derecho**. Madrid: Trotta, 1997. p. 265-303.

até grosseira, podemos dizer que o estudo do Direito Administrativo pressupõe o exercício do poder soberano de forma regulada.

Como se sabe, a noção de soberania marca o surgimento do Estado Moderno e se traduz em um poder, indivisível, inalienável e imprescritível. Poder que garante, na órbita interna de um Estado, o cumprimento de todas as suas emanções e, na ordem externa, um reconhecimento de todos os outros Estados, a não interferência de qualquer outro Estado no território soberano.

Não é demais recordarmos que tal concentração de poder foi permitida pela expropriação, pelo soberano, de certas funções que até então estavam distribuídas entre os Senhores Feudais: (i) o soberano, retira dos senhores feudais o exército (proíbe, desta forma, que haja organização militar, voltada à guerra, nas mãos dos nobres, dos proprietários de terras. Todo o exército passa a ser custeado e comandado pelo soberano), (ii) o mesmo ocorre com a produção da moeda (o soberano unifica as moedas no território no qual exerce o poder), (iii) o soberano impede que haja uma justiça privada (ele exporta dos senhores feudais os mecanismos de resolução de conflitos) e (iv) o soberano assume o monopólio fiscal (a partir do absolutismo, os senhores de terras não mais podem cobrar tributos, sendo essa uma função exclusiva do soberano).

E assim, a partir desta quádrupla expropriação, a qual confere demasiado poder à figura do soberano, é que se torna possível o desenvolvimento do Estado Absoluto – que os autores chamarão de Estado Moderno.

É justamente este processo de concentração de poder que qualifica aquilo que nós chamamos de Estado. Ou seja, é essa concentração das principais funções de um Estado em um conjunto de órgãos que, no Estado Absolutista, concentrava-se, na verdade, nas mãos do rei.

Como se observa, o Estado depende, para sua constituição, não só de uma concentração de funções, mas sim de uma concentração de funções em uma instância específica. Percebe-se, então, que a noção de Estado surge vinculada à de organização administrativa.

Então, o que se tem é que desde o surgimento do Estado Moderno, caracterizado, em seu primeiro momento, como Estado Absolutista, já podemos vislumbrar um início de Administração Pública, enquanto conjunto de órgãos que vai exercer as funções típicas do Estado (aquelas segundo as quais a esfera pública justifica a sua existência).

Com efeito, com as revoluções que caracterizaram o surgimento do Estado Liberal, os homens tornaram-se “livres” e, em certa medida, “iguais”.

O Estado não é mais *o rei*. Os órgãos administrativos não se confundem mais com o patrimônio do rei. Formam, ao contrário, um conjunto autônomo e independente, estruturado na busca de uma finalidade comum. O Estado, que era “tudo”, inclusive absoluto, passa a ser o mínimo - aquele que, exceto em campos bem determinados - poder de polícia e atividades que não eram lucrativas para a iniciativa privada -, não interfere na esfera dos indivíduos (princípio liberal).

De acordo com Renato Alessi, esse é o momento no qual nasce o Direito Administrativo, disciplinando o exercício da função pública e constituindo-se como uma garantia dos interesses e dos direitos dos cidadãos<sup>3</sup>. Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramon Fernandes afirmam que “O Direito Administrativo surgiu como uma manifestação das concepções jurídicas da Revolução Francesa e como uma reação direta contra as técnicas de governo do absolutismo.”<sup>4</sup> Assim, neste contexto a Administração Pública define-se como uma estrutura voltada a satisfazer os interesses da burguesia - através dos atos emanados do Parlamento-, e não mais os desejos do rei.

Contudo, ainda que o aparato administrativo não mais se encontrasse vinculado à necessidade de satisfazer as vontades do rei, não se pode olvidar, conforme observa Vital Moreira, que o modelo clássico de Administração é o modelo unitário, herdado pela Revolução Liberal, do Estado Absoluto.

Tal modelo, então, é pautado na hierarquia, na tutela estadual e na separação entre o aparelho administrativo e as forças sociais. Com efeito, segundo o autor “o paradigma clássico da separação Estado-Sociedade supunha o monopólio estadual do poder público e da Administração Pública e a exclusão das forças sociais das tarefas administrativas”.<sup>5</sup>

Salienta, o autor, ainda, que esta é uma decorrência do reduzido número de tarefas assumidas pelo Estado Liberal, limitadas aquelas às atividades necessárias ao desempenho das funções básicas de defesa e manutenção do sistema político e social.

O posicionamento de Jorge Reis Novais<sup>6</sup> também é neste sentido, mas acrescenta que além dessas funções básicas, já era possível reconhecer a prestação de determinados serviços públicos pelo Estado, justamente aqueles que não ofereciam interesse econômico para a iniciativa privada (saneamento básico e energia, por exemplo).

---

<sup>3</sup> ALESSI, Renato. **Principi di diritto amministrativo**: i soggetti attivi e l'esplicazione della funzione amministrativa. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1974. p. 25.

<sup>4</sup> ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 367.

<sup>5</sup> ALESSI, op. cit, p. 24.

<sup>6</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do estado de direito**. Coimbra: Coimbra, 1987.

### 1.1.1.1 Gestão burocrática

Com efeito, coerente com a proposta de criação de uma estrutura capaz de limitar o exercício das funções públicas em prol dos interesses do povo – identificado, neste contexto, com a burguesia -, foi adotado-se o modelo burocrático de gestão administrativa.

Segundo Max Weber, a precisão, a velocidade, a clareza, o conhecimento dos arquivos, a continuidade, a discricção, a unidade, a subordinação rigorosa, a redução do atrito e dos custos de material e pessoal, são levados ao ponto ótimo na administração burocrática. Afirma, neste sentido, que

[...] a burocratização oferece, acima de tudo, a possibilidade ótima de colocar-se em prática o princípio da **especialização das funções administrativas**, de acordo com considerações exclusivamente objetivas. Tarefas individuais são atribuídas a funcionários que têm treinamento especializado e que, pela prática constante, aprendem cada vez mais. **O cumprimento objetivo das tarefas significa, primordialmente, um cumprimento de tarefas segundo regras calculáveis e sem relação com pessoas.**<sup>7</sup> (sem grifo no original)

O termo burocracia surgiu como reação ao centralismo absolutista e que passou a ser uma necessidade em razão da crescente diferenciação de funções: o Estado não poderia cumprir de forma adequada seu papel de coordenação sem que aumentasse seu próprio grau de organização.

Max Weber<sup>8</sup> sustenta, ainda, que a burocracia é “desumanizada”: consegue eliminar dos negócios oficiais o amor, o ódio e todos os elementos pessoais, irracionais e emocionais que fogem ao cálculo. É essa natureza da burocracia louvada como sua virtude especial, segundo o autor.

O modelo burocrático implica na adoção de uma estrutura na qual o aparelho do Estado é composto de diversos órgãos dispostos em uma estrutura rigidamente estabelecida. Estes órgãos são estruturados através de cargos - feixe de competências ou atribuições definidas em lei -, ocupados por agentes públicos. Tais cargos distribuem-se em carreiras, as quais, por sua vez, encontram-se divididas em quadros.

De acordo com o teórico da burocracia moderna, são suas principais características:

<sup>7</sup> WEBER, Max. **Ensaio de sociologia**. 5. ed. São Paulo: LTC, 2002. p. 250.

<sup>8</sup> Ibid.

1. Exercício contínuo de funções oficiais, vinculado a determinadas regras (“as atividades regulares necessárias aos objetivos da estrutura governada burocraticamente são distribuídas de forma fixa como deveres oficiais”). Cumpre observar que tais regras são estabelecidas genericamente, ou seja, as matérias são regulamentadas abstratamente, ao contrário do que acontecia quando as relações eram estabelecidas através de privilégios individuais e concessão de favores, próprios do patrimonialismo.

2. Funções estabelecidas a partir de determinada competência, o que significa:

a) um âmbito objetivamente limitado, em virtude da distribuição dos serviços, de serviços obrigatórios. É justamente desta noção que surge a idéia de competência. A competência traduz o conteúdo da função administrativa, ou seja, traduz o conjunto de atividades que o agente público, legalmente investido em um cargo ou função, deve atender. A competência está prevista em lei, é atribuída ao agente administrativo por lei e é o que vai justificar a existência do Estado. São aquelas atividades que o Estado vai desenvolver para atender o bem comum. Por isso é necessário conjugar a noção de função administrativa. Justamente por ser decorrente de atribuição legal seu exercício é obrigatório; é irrenunciável, intransferível (salvo nos casos de delegação), e imprescritível. Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>9</sup>, “a competência pode ser conceituada como o círculo compreensivo de um plexo de deveres públicos a serem satisfeitos mediante o exercício de correlatos e demarcados poderes instrumentais, legalmente conferidos para a satisfação de interesses públicos”;

b) com atribuição dos poderes de mando (“a autoridade de dar as ordens necessárias à execução desses deveres oficiais se distribui de forma estável, sendo rigorosamente delimitada pelas normas relacionadas com os meios de coerção físicos [...]”);

c) com limitação fixa dos meios coercitivos eventualmente admissíveis e das condições de sua aplicação.

3. Princípio da hierarquia oficial. O relacionamento entre os agentes na execução das diversas atividades é pautado no princípio da hierarquia, ou seja, no “direito que tem a autoridade de controlar o trabalho de seus subordinados, eventualmente pela instituição de uma comissão de disciplina”. Tal princípio significa, portanto, a determinação de um sistema ordenado de mando e subordinação, no qual há supervisão dos postos inferiores pelos superiores. Deste modo, o controle das atividades administrativas é viabilizado dentro da

---

<sup>9</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 134.

própria estrutura burocrática, mediante o exercício do poder disciplinar pelos ocupantes dos cargos superiores;

4. Regras – previsibilidade, racionalidade;

5. Aplica-se (em caso de racionalidade) o princípio da separação absoluta entre o quadro administrativo e os meios de administração e produção;

6. Diferença entre o cargo e o seu detentor;

7. Princípio da documentação;

8. Princípio da profissionalização (somente as pessoas que têm qualificações previstas por regulamento geral são empregadas). Traço que pode caracterizar a organização burocrática é o instituto do concurso público. Com efeito, a burocracia exige que o acesso aos cargos seja feito mediante concurso, através do qual assegura-se que a Administração contrate os melhores profissionais para prestar seus serviços.

Segundo Weber<sup>10</sup>, “a ocupação de um cargo é uma profissão. Isso se evidencia, primeiro, na exigência de um treinamento rígido, que demanda toda a capacidade de trabalho durante um longo período de tempo e nos exames especiais que, em geral, são pré-requisitos para o emprego.”

O concurso garante, ainda, a aplicação do princípio da isonomia na esfera administrativa, pois assegura a todos os interessados o direito de concorrerem, em igualdade de condições, a uma vaga que os habilita ao exercício das funções públicas, desde que preenchidos todos os requisitos legais. O concurso, na estrutura burocrática, é o que garante a especialização técnica dos funcionários e o que vai permitir a afirmação de Weber, de que “Administração burocrática significa: dominação em virtude de conhecimento; este é seu caráter fundamental especificamente racional”;

9. Posição do Funcionário: a organização burocrática assegura a eles um rol de garantias, possibilitando o exercício de suas funções de forma livre e independente de pressões do governo ou de grupos da sociedade civil. “O funcionário público – pelo menos no Estado moderno bem desenvolvido – não é considerado um servo pessoal do governante.”<sup>11</sup>

Deste modo, são pessoalmente livres, nomeados, após aprovação em concurso, para ocupar um dos cargos da hierarquia. São, destarte, profissionalmente qualificados, remunerados com salários fixos em dinheiro, cuja quantia é definida segundo a posição hierárquica e a responsabilidade do cargo. Além disso, têm a perspectiva de uma carreira e estão submetidos a um sistema rigoroso e homogêneo de disciplina e controle do serviço.

---

<sup>10</sup> WEBER, 2002, p. 232.

<sup>11</sup> Ibid., p. 232.

Note-se, ainda, que, segundo Weber<sup>12</sup>, “o ingresso num cargo é considerado como a aceitação de uma obrigação específica de administração fiel, em troca de uma existência segura.” Mas a fidelidade, na administração burocrática, não está referida a pessoas, e sim a finalidades impessoais e funcionais – as quais visam, em última análise, o interesse público;

10. Controle de Procedimento: o controle da atividade exercida pelo poder público ocorre, basicamente, de forma prévia, através da submissão de toda a sua atividade à lei (princípio da legalidade). Pode-se falar, assim, de um controle de meios, não só de resultados. Ou seja, além do fim a ser alcançado pelo administrador público, lhe é estabelecido, mediante lei, um iter, um caminho a seguir, um procedimento rigoroso a observar, sem o qual o ato final, ainda que seja “bom”, não será válido, do ponto de vista jurídico. Tem-se, assim, a legitimação pelo procedimento.

Diante destas características, a administração burocrática, para Max Weber, é a forma mais racional do exercício do poder, através da qual se alcança o maior nível técnico e o máximo rendimento, em face da precisão, continuidade e disciplina com que são exercidas as funções administrativas.<sup>13</sup>

Pode-se concluir, portanto, que a estrutura burocrática foi adotada como instrumento para que todo aquele que exerce as funções públicas o faça de forma democrática, nos termos estabelecidos pela lei elaborada pelos representantes do povo. Para garantir este panorama, então, criou-se um arsenal jurídico que permitiu que toda atividade administrativa fosse rigidamente fiscalizada pela população, já que é exercida em nome do interesse público. Direciona-se, assim, a atuação dos agentes políticos à resposta das demandas da sociedade, desvinculando a Administração Pública do atendimento de conveniências particulares (noção de função administrativa, noção de indisponibilidade do interesse público, noção de supremacia do interesse público).

### *1.1.2 A administração pública prestadora de serviços e a administração pública repressiva*

Jean Rivero aponta duas ordens de idéias que, embora opostas, sintetizam o direito administrativo. Ao tempo em que as normas de direito administrativo, ao contrário das de direito privado, conferem poderes que não existem nas relações entre particulares — prerrogativas do poder público —, impõe obrigações muito mais estreitas do que aquelas que

---

<sup>12</sup> WEBER, 2002, p. 232.

<sup>13</sup> Ibid.

o direito privado faz pesar sobre os particulares, tornando “a Administração não mais poderosa, mas sim vinculada, que os particulares entre si”.<sup>14</sup>

Por sua vez, o ato administrativo é apenas um dos instrumentos de atuação administrativa capaz de lesar o direito dos particulares, que se alia à inércia da Administração, enquanto aparato prestador de bens e serviços. Diante disto, dois problemas merecem ser enfrentados: (i) o problema da identificação das formas de atuação da Administração Pública e o (ii) o problema da necessidade de criação de garantias para os cidadãos em face das novas realidades administrativas.<sup>15</sup> Em relação ao primeiro problema, a complexidade da ação administrativa revela-se na circunstância de que,

[...] uma mesma ação administrativa parece poder ser exercida ‘quer pelas próprias pessoas públicas, quer por pessoas privadas fictícias dirigidas pela administração, quer por pessoas privadas verdadeiras funcionando com a ajuda da administração’ (Debbasch). Este é, aliás, um dos motivos pelos quais a própria identificação da acção administrativa se torna especialmente difícil e complexa.<sup>16</sup>

Prosper Weil sustenta que, na atualidade, há uma dissociação entre órgãos, fins e meios. A situação clássica era do ente público agindo para um fim de interesse geral com meios exorbitantes do direito comum. Aponta para uma primeira dissociação: os entes públicos já não monopolizam a atividade administrativa; para uma segunda: a atividade administrativa não é sempre conduzida com meios que exorbitam o direito comum; para uma

---

<sup>14</sup> RIVERO, Jean. **Direito administrativo**. Coimbra: Almedina, 1981. p. 42. Giuliano Amato tece comparações entre o direito público da *common law* e o da *civil law*. Segundo o autor, na *common law*, que tomará corpo no Reino Unido e se transferirá depois para os Estados Unidos, a função pública primogênita é a do *ius dicere* e as atividades econômicas, compreendidas aquelas relativas ao serviço público, são reguladas pelo direito privado, salvo especiais e adicionais responsabilidades, que não mudam o tronco normativo sobre o qual a atividade permanece regida. Por outro lado, no invasivo direito público, que se afirma sobre o continente europeu, prevalece a função administrativa e a identificação do Estado com seu aparato burocrático. Aqui, a própria atividade econômica, enquanto tocada pelo interesse público, vem atraída pelo direito público, por ser confiada diretamente ao Estado ou por ser desenvolvida sob uma disciplina especial, diversa do direito privado. A especialidade desta disciplina será fundada sob a idéia da supremacia estatal, na conseqüente premissa que o ato do Estado é subtraído do direito comum e, então, tudo que o Estado absorve na sua esfera vem regulado por um direito derogador da intrínseca igualdade do esquema do direito privado. Será um direito ‘muito pouco direito’ nos anos do absolutismo, um direito bem mais equilibrado e garantido no curso do século XIX e verdadeiramente direito administrativo que não se liberará da sua relação genética com o autoritarismo da administração original, mas que é injusto identificar com este. Será, de fato, o direito administrativo a fornecer aquelas garantias procedimentais e os esboços jurisdicionais nos confrontos com a administração, ainda que o faça sem cancelar por inteiro aquele traço de superioridade do ato público e de discricionariedade da função que o exprime e continua até hoje. AMATO, Giuliano. *Autorità semi-independenti ed autorità di garanzia*. **Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico**, Milano, n. 3, 1997. p. 650-651.

<sup>15</sup> ESTORNINHO, **A fuga para o direito privado**: contributo para o estudo da actividade de direito privado da administração pública. Coimbra: Almedina, 1996. p. 93.

<sup>16</sup> *Ibid.*, p. 93-94.

terceira: o fim de interesse geral é objeto de intensas mudanças que lhe esmorecem os contornos.<sup>17</sup>

As novas relações entre Administração e os particulares, manifestada na nova intervenção do Estado enquanto prestador de serviço faz com que a via da autoridade não seja sempre utilizável a não ser que se transforme a Administração Pública numa “gigantesca máquina repressiva”, exigindo-se técnicas ‘contratualizadas’ de atuação administrativa.<sup>18</sup>

Assim, um direito administrativo concebido para cidadãos que buscam se defender do Estado mostra-se inadequado para proteger “administrados” que buscam ações positivas do Estado. Na classificação de Forsthoff: a Administração restritiva ou agressiva, de um lado, e a Administração prestadora de serviços, de outro.<sup>19</sup>

Por conseguinte, o estudo da função administrativa, mormente da forma como ela se manifesta, envolve considerações (i) do tipo de função que se trata, repressiva ou prestadora de serviço, a influir na (ii) natureza da pessoa jurídica que *pode*, nos termos do direito positivo, prestar esta função administrativa, tendo em vista as condições já explicitadas (perseguição do interesse público primário, observância do princípio da imparcialidade, otimização mediante a atuação processualizada, em que o exercício do poder tenha por objeto um dever).

### 1.1.3 *Caráter instrumental do estado de direito*

Afirma Cademartori que “para Ferrajoli, o Estado de Direito é antes de mais nada um aparato político-jurídico limitado pelo Direito, que deve ser defendido de decisões de maiorias eventuais que, em nome de um desvirtuado princípio democrático, que vê essas maiorias como fonte de legitimação de todas as decisões vinculantes para toda a sociedade, apresenta sempre o risco de avassalar os direitos fundamentais das pessoas”. O Estado instrumental de Direito é criado pela sociedade para atender às suas aspirações, bens e interesses que justificam a sua existência [...]; isto implicará inclusive uma redefinição do conceito mais simplista a democracia é entendida pelo garantismo como o Estado de Direito munido tanto de garantias liberais quanto de garantias sociais.<sup>20</sup>

<sup>17</sup> WEIL, Prosper. **O direito administrativo**. Coimbra: Almedina, 1977. p. 39.

<sup>18</sup> ESTORNINHO, 1996, p. 94.

<sup>19</sup> MACHETE, Rui Chancerelle. Considerações sobre a dogmática administrativa no moderno estado social. In: **Estudos de direito público e de ciência política**. Lisboa: Fundação Oliveira Martins, 1991. p. 407.

<sup>20</sup> CADEMARTORI, 1999, p. 13.

No campo das conceituações para a caracterização do Estado Instrumental de Direito merece destaque a acepção do modelo normativo de Direito (próprio do Estado de Direito), que preconiza três planos: epistemológico – sistema cognoscitivo ou de poder mínimo; político – técnica de tutela capaz de maximizar a liberdade e minimizar a violência; e jurídico – sistema de vínculos impostos ao poder punitivo estatal para a garantia dos cidadãos; o que leva à possibilidade teórica de se aferir o grau de garantismo de um sistema real e de efetividade da norma constitucional deste sistema (trazer à tona as antinomias entre os planos normativos – especialmente em relação à constituição – e as incoerências entre as práticas institucionais e as normas).<sup>21</sup>

Ferrajoli descreve os estados atuais e suas tendências anti-garantistas, aumento de funções; discricionariedade associada à redução da capacidade regulativa do Direito; inadequação e inefetividade das garantias; tendência de se liberar dos controles jurídicos e o deslocamento do poder político a sedes invisíveis e extra-institucionais.<sup>22</sup>

Para Norberto Bobbio o Estado de Direito contemporâneo é caracterizado pela “idéia inspiradora [...]”<sup>23</sup> do fundamento político liberal – na conotação de liberdade como ausência de poder externo (político ou econômico); no caráter igualitário da liberdade.

É a visão instrumental do Direito e do Estado, norteados os valores nos direitos fundamentais.

Para Guastini,<sup>24</sup> a separação entre direito e moral baseia a teoria garantista levando a duas conseqüências: a) legitimidade interna (critério de validade – direito) e externa (critério de justiça – moral) dissociadas; b) diferenciação de Hume, segundo a qual não se pode deduzir premissas prescritivas (dever ser) de premissas descritivas (ser); o que, em Ferrajoli<sup>25</sup>, leva ao alerta de que não se pode deduzir o direito positivo do direito justo e o direito justo do direito positivo (crítica ético-política do direito válido).

Transição determinante para a teoria garantista alçar vôo é a “evolução” do Estado Liberal de Direito ao Constitucional de Direito, sendo que ambos possuem o princípio da legalidade em sua constituição. No que respeita à relação da liberdade e da lei.

No que diz respeito à relação “Lei, Liberdade e Administração”, portanto, a lei habilita a administração a interferir nos espaços originários de liberdade individual em função

<sup>21</sup> Potencial crítico da teoria jurídica garantista.

<sup>22</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**. 2. ed. Madrid: Trota, 1997.

<sup>23</sup> BOBBIO, Norberto apud CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de direito e legitimidade: uma abordagem garantista**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 73.

<sup>24</sup> GUASTINI apud CADEMARTORI, 1999, p. 73.

<sup>25</sup> FERRAJOLI, op. cit.,

da liberdade dos outros cidadãos ou do interesse público, o que redundaria em duas garantias correspondentes: direito penal (violação por outro indivíduo) e controle de legalidade (administração atuando para além da habilitação).

Ao apontar este arcabouço fundante do Estado de Direito, Peña aponta a superação do Estado Liberal, da timidez administrativa: a característica nefasta da administração como invasora da vida do cidadão, passa a ser substituída por pressuposto de bem estar e de efetividade de direitos reconhecidos constitucionalmente. A Administração Pública passa a ser legitimada popularmente (através da posição de executor da lei criada pelo legislativo, quem emana a vontade popular) e subordinada ao princípio da centralidade da pessoa (Constituição); especialmente quando se analisa o fenômeno dos direitos sociais, que exige ‘mecanismos de conversão’, ‘um considerável grau de atividade pública’.<sup>26</sup>

#### *1.1.4 Características da administração pública no estado de direito*

No Brasil, essa segunda transição juspolítica, da administração burocrática para a gerencial, está tendo seu início antes que se houvesse completado a primeira, pois as atividades e comportamentos do estado-administrador continuam aferrados a conceitos e princípios do patrimonialismo, do paternalismo e do assistencialismo personalizantes e ineficientes, herdados ainda da Colônia e pouco tocadas no Império.<sup>27</sup>

Ainda assim, essa segunda transição começou a ser realizada a través de um processo convencionalmente denominado de reforma administrativa, desenvolvido em duas etapas: uma etapa constitucional, necesaria para a afirmação e reformulação dos novos conventos e princípios aplicáveis, e uma etapa legislativa ordinária, que deverá complementá-la e dar-lhe exequibilidade.

A etapa constitucional ficou concluída com a promulgação da Emenda Constitucional nº 19, de 04 de junho de 1988. Porém, Moreira Neto adverte que “deve seguir-se a edição das leis complementares e ordinárias nela explícita ou implicitamente previstas, timidamente iniciada, não obstante os seus defectos técnicos: o baixo Grau de efetividade da referida Emenda e as dificuldades interpretadas a causa de sua tortuosa precipitação”.<sup>28</sup>

O artigo 37, *caput*, da Constituição Federal enumera os princípios constitucionais expressos da Administração Pública: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e

---

<sup>26</sup> PEÑA, 1997.

<sup>27</sup> Ibid., p. 17-18.

<sup>28</sup> Ibid., p. 18.

eficiência. O art. 2º, da Lei Federal n. 9784/99 complementa a norma constitucional ao submeter a Administração Pública Federal Direta e Indireta aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Cumpra analisar, antes de tudo, qual o sentido de “Administração Pública” para fins de interpretação do alcance da norma constitucional. Assim, se estes princípios são da Administração Pública em sentido subjetivo ou objetivo.

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro, a expressão “Administração Pública” é utilizada no sentido subjetivo, formal ou orgânico para designar “os entes que exercem a atividade administrativa; compreende pessoas jurídicas, órgãos e agentes públicos incumbidos de exercer uma das funções em que se triparte a atividade estatal: a função administrativa”<sup>29</sup> e no sentido objetivo, material ou funcional para indicar “a natureza da atividade exercida pelos referidos entes; nesse sentido, a Administração Pública é a própria função administrativa que incumbe, predominantemente ao Poder Executivo.”<sup>30</sup>

Nesta medida, a Administração Pública em sentido subjetivo identifica-se com os órgãos e as pessoas jurídicas ligadas ao Poder Executivo. Os órgãos, integrantes da Administração Pública direta, e as pessoas jurídicas (autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista) que formam a Administração Pública indireta. Essa acepção exclui o Poder Judiciário e o Poder Legislativo enquanto Poderes separados e independentes do Poder Executivo, tendo em vista o princípio da separação de poderes insculpido no art. 2º da Constituição Federal.<sup>31</sup>

De outro lado, a Administração Pública em sentido objetivo identifica-se com a função administrativa exercida, de forma típica, pelo Poder Executivo e atipicamente pelos Poderes Legislativo e Judiciário.<sup>32</sup> O exercício atípico da função administrativa pelos Poderes Legislativo e Judiciário encontra razão de ser na necessidade de garantir e reforçar a independência orgânica destes Poderes no exercício de suas funções típicas (legislativa e

---

<sup>29</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 54.

<sup>30</sup> *Ibid.*, p. 54.

<sup>31</sup> Segundo Clèmerson Merlin Clève, a teoria da separação dos poderes foi criada tendo em vista a necessidade de contenção do poder pelo próprio poder, evidentemente, com base nas origens mais remotas, advindas de Montesquieu e John Locke. CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Atividade legislativa do poder executivo no estado contemporâneo e na Constituição de 1988**. São Paulo: RT, 1993. p. 24.

<sup>32</sup> TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: RT, 1999. p. 120. O autor explica o significado da tipicidade e da atipicidade: “da preponderância, advém a tipicidade da função; da secundariedade, a atipicidade.”

jurisdicional).<sup>33</sup>

Nesse sentido, a lição de Clèmerson Merlin Clève:

Sob o ponto de vista orgânico ou subjetivo seria possível afirmar que dado que a função legislativa cabe ao poder legislativo, e que a judiciária cabe ao poder judiciário, a função administrativa cabe ao poder executivo, ou administrativo. Porém, tal não ocorre. Como já explicitamos, todas as funções exercem a par de suas atribuições típicas, outras atípicas, necessárias para a manutenção de suas prerrogativas e independência. É o caso da legislação, que ao lado dos atos incluídos no processo legislativo, pratica atos tipicamente administrativos (e atipicamente legislativos) tais como a organização de sua biblioteca, a nomeação, exoneração, e demissão de seus funcionários, a autorização para o Presidente da República se ausentar do país, etc.<sup>34</sup>

Acaso se entenda que os princípios constitucionais expressos do art. 37, *caput*, da Constituição Federal são princípios da Administração Pública em sentido subjetivo eles não incidirão quando o Poder Executivo e o Poder Legislativo estiverem a exercer atividade administrativa. Contudo, tomando Administração Pública na acepção objetiva, os princípios constitucionais incidirão sempre que houver o exercício da função administrativa, independentemente do sujeito.<sup>35</sup> Este último sentido merece ser privilegiado, pois estende o campo de abrangência dos princípios constitucionais, otimizando a possibilidade de sua aplicação aos casos concretos.<sup>36</sup>

Os princípios constitucionais da função administrativa atuam como vigas mestras do direito administrativo. Afinal, como sustenta Juarez Freitas,

[...] toda interpretação jurídica, há de ser, de algum modo, interpretação constitucional, dado que é na Lei Maior que se encontram hierarquizados os

<sup>33</sup> É certo que a função jurisdicional constitui-se, para a doutrina dominante, função exclusiva do Poder Judiciário. Isto porque o julgamento pelo Senado Federal de autoridades pela prática de crime de responsabilidade pode ser revisto pelo Supremo Tribunal Federal se houver ofensa ao contraditório e a ampla defesa (controle formal), o que significa que a decisão do órgão legislativo não tem força de coisa julgada, elemento necessário para a caracterização da função jurisdicional. No mandado de segurança nº 21289-1, o STF decidiu ser possível o controle judicial da decisão do Senado Federal no *impeachment* “desde que se alegue lesão ou ameaça a direito”. Sobre a decisão, consultar o comentário de MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 426-428. Em segundo lugar, os julgamentos realizados na instância administrativa também poderão ser revistos pelo Poder Judiciário.

<sup>34</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Elementos para um discurso de conceituação do direito administrativo**. Curitiba: Julex, 1988. p. 63-64.

<sup>35</sup> Assim, quando um particular exerce função administrativa, incidirão sobre a atividade os princípios constitucionais do art. 37, *caput*, da Constituição Federal.

<sup>36</sup> Segundo José Joaquim Gomes Canotilho, o princípio da eficiência ou princípio da interpretação efetiva significa que “a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê.” Segundo o autor, trata-se de um “princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais”. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1995. p. 227.

princípios que servem de fundamento à racionalidade mesma do ordenamento jurídico, bem como a concentração interna do mesmo, nos planos subalternos.<sup>37</sup>

Para Clèmerson Merlin Clève,

[...] a compreensão da Constituição como norma, aliás, norma dotada de superior hierarquia; a aceitação de que tudo que nela reside constitui norma jurídica, não havendo lugar para lembretes, avisos, conselhos ou normas morais; por fim, a compreensão de que o cidadão tem acesso à Constituição, razão pela qual o legislativo não é o seu único intérprete, são indispensáveis para a satisfação da supremacia constitucional.<sup>38</sup>

O princípio da impessoalidade orienta o exercício da função administrativa porque, enquanto atividade estatal, deve dirigir-se a todos os administrados de forma isonômica. Sem impessoalidade, não é possível garantir tratamento isonômico.

Para Romeu Felipe Bacellar Filho o princípio da impessoalidade implica, para a Administração Pública, o dever de agir segundo regras objetivas e controláveis racionalmente. Desta forma, acentua-se a funcionalidade do agir administrativo e concretiza-se o princípio da igualdade.<sup>39</sup>

#### 1.1.4.1 A censurabilidade da discricionariedade administrativa

A censurabilidade da discricionariedade administrativa tem particular relevância para a apreciação dos atos administrativos.

Cumprir destacar, para tanto, a diferença feita por Peña Freire entre discricionariedade e conceito jurídico indeterminado (relação do ato com a norma habilitante) – a primeira ocorre na hipótese em que há possibilidade de escolha entre várias conseqüências jurídicas possíveis e justas (eleição da administração mediante elementos extrajurídicos), enquanto o segundo envolve a possibilidade de interpretação da administração, diante de um sentido jurídico dado pelo legislador, o que, no momento da individualização, implica em uma única solução justa possível – sujeito à apreciação neste momento para verificar se foi

<sup>37</sup> FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 150.

<sup>38</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: RT, 2000. p. 33.

<sup>39</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo administrativo disciplinar**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 189.

adotada a única [...] – parte da doutrina trata que o melhor seria denominar “conceito legalmente indeterminado” e não jurídicamente:

a) Fins da administração são condições de configuração de constitucionalidade, já que um ato se justifica se concretiza o interesse geral como manda a norma superior;

b) Controle dos fatos habilitantes é possível nos casos em que uma decisão discricionária é tomada a partir de um pressuposto fático que, se não se verifica na prática, torna o ato arbitrário (diferente de ato racional);

c) Princípios gerais do Direito pesam muito nas hipóteses de ponderação e exigem base argumentativa do juiz;

d) Realidade Operativa: tendência de todo o Executivo de se subtrair a qualquer forma de controle; atualidade: fórmulas sutis de limitação do controle ou visão ilusória da Administração na Constituição.<sup>40</sup>

Pode-se afirmar, portanto, que atos discricionários seriam os que a Administração Pública pratica com determinada margem de liberdade de avaliação ou decisão segundo critérios de conveniência e oportunidade formulados por ela mesma, ainda que adstrita à lei reguladora de sua expedição.

Não há ato propriamente discricionário, mas apenas discricionariedade por ocasião da prática de certos atos. Isto porque nenhum ato é totalmente discricionário, dado que, conforme afirma a doutrina prevalente, será sempre vinculado com relação à finalidade e à competência, pelo menos. A lei sempre indica, de modo objetivo, quem é competente com relação à prática do ato – constatando-se, inevitavelmente, vinculação. De igual maneira, a finalidade do ato é sempre e obrigatoriamente um interesse público, a afirmarem os doutrinadores que existe vinculação também com respeito a este aspecto.

Resumindo: discricionariedade é liberdade, nos limites da lei, e pode ser definida como a margem de liberdade conferida pela lei ao administrador a fim de que este cumpra o dever de integrar com sua vontade ou juízo a norma jurídica, diante do caso concreto, segundo critérios subjetivos próprios, a fim de dar satisfação aos objetivos consagrados no sistema legal.

Cumprido, por fim, ressaltar que não se confundem discricionariedade e arbitrariedade. Ao agir arbitrariamente o agente estará indo de encontro à ordem jurídica, pois terá se comportado fora do que lhe permite a lei. Seu ato, em consequência, é ilícito e por isso mesmo corrigível judicialmente. Ao agir discricionariamente o agente estará, quando a lei lhe

---

<sup>40</sup> PEÑA, 1997.

outorga tal faculdade (que é simultaneamente um dever), cumprindo a determinação normativa de ajuizar sobre o melhor meio de dar satisfação ao interesse público por força da indeterminação legal quanto ao comportamento adequado à satisfação do interesse público no caso concreto.<sup>41</sup>

Verifica-se, portanto, um novo paradigma: justiça administrativa jurisdicional que maximize as exigências da centralidade da pessoa humana e a efetividade do princípio básico de vinculação de todos os poderes à garantia daquelas – mais do que controle de legalidade fala-se de controle de juridicidade.

Para o julgador determina-se:

1) Atuação de ‘integração e correção jurídico-constitucional da atividade administrativa’; mediador de conflitos entre a administração e a sociedade;

2) Superação da idéia de que todo o interesse que a administração defende é público em contraposição com a idéia de que todo o interesse defendido pelo cidadão é privado, prevalecendo aquele sobre este; noções de interesses ou direitos individuais e coletivos, particulares ou generalizáveis/homogêneos; avaliação qualitativa e não quantitativa, pois direitos fundamentais são limites à administração e infranqueáveis ao poder público;

3) Dessacralização dos argumentos administrativos;

4) Meras anulações não dão conta do fenômeno – medidas prévias e cautelares e possibilidade de substituição de medidas.<sup>42</sup>

#### 1.1.4.2 A nova leitura do princípio da legalidade

O garantismo preconiza a teoria jurídica da validade, da efetividade e da vigência normativas que sinaliza o problema central como sendo a divergência entre os modelos normativos (tendencialmente garantistas) e as práticas institucionais (tendencialmente anti-garantistas); pressuposto: os estados constitucionais<sup>43</sup> incorporaram às constituições/estatutos fundamentais, princípios ético-políticos. Daí a importância da diferenciação entre juízos de vigência e de validade das leis e práticas institucionais: o que leva à possibilidade de crítica interna ao sistema – legitimidade do ponto de vista interno (validade – legitimidade material); noções de justiça interna (o ideal de justiça interno é a equiparação entre a vigência e a

<sup>41</sup> MELLO, 2001, p. 383-385.

<sup>42</sup> PEÑA, 1997, p. 296.

<sup>43</sup> Hoje, os estados sociais de direito.

validade das normas – das leis em relação à constituição e das sentenças em relação às leis) em dissociação com o ponto de vista externo de justiça (valores políticos externos).<sup>44</sup>

É importante questão a dissociação de categorias/qualidades das normas: justas, vigentes, válidas e efetivas. Possuem particular importância em nossa abordagem, vigência e validade<sup>45</sup> sob a ótica da Teoria jurídica positivista crítica – por denunciar a natureza ideológica das orientações normativistas (que confundem vigência com validade – legitimando o direito inválido) e das realistas (confundem efetividade com validade – ignorando a possível invalidade das normas efetivas).

Tem-se o garantismo, portanto, como crítica interna do direito vigente, pondo à vista sua ineficácia e invalidade e levando à superação de dois dogmas liberais:

- 1) A obrigação do juiz de aplicar a lei – deve aplicar o direito, a constituição;
- 2) A valoratividade da ciência jurídica – na lente garantista deve fazer crítica externa do direito (critérios políticos ou de justiça) e a crítica interna (juízos de validade ou de invalidade).

Aqui, portanto, pode-se lançar o desafio teórico: trazer à tona a incompletude e a incoerência dos ordenamentos vigentes, ao apontar a invalidade dos planos normativos inferiores e a inefetividade dos superiores.

Outro dado importante é a carga axiológica no juízo de validade – principalmente a constitucional – leva à configuração de um espaço irreduzível de ilegitimidade (ocasionados por espaços discricionários ao aplicador da norma), uma aporia que, segundo Ferrajoli, não chega a inviabilizar o Estado Constitucional de Direito.

- 3) A filosofia jurídica é tida como a legitimidade do ponto de vista externo, *ex parte populi*; a partir da centralidade da pessoa humana realiza-se a releitura da democracia, da igualdade e da função estatal e do direito (instrumentalidade); análise dos poderes públicos, da sujeição real à lei e à constituição.

Pela “evolução” do Estado Liberal de Direito ao Constitucional de Direito verifica-se que ambos possuem o princípio da legalidade em sua constituição, no que respeita à relação da liberdade e da lei.

No Estado Liberal – quanto aos cidadãos pode-se afirmar que se trata do Princípio da Liberdade Originária (contratualista) com restrições em função da igual liberdade de outros ou de interesse público – a lei em sentido negativo (restringe); já quanto à administração, há um sentido positivo, pois a administração não possui liberdade originária (há teorias que

---

<sup>44</sup> CADEMARTORI, 1999.

<sup>45</sup> Ibid., 1999.

insistem em escorregar por este caminho, quando alargam sobremaneira a autonomia – instrumental – da administração), e sim capacidade de atuar diante da habilitação legal expressa.

Decorre daí que no que diz respeito à relação “Lei, Liberdade e Administração”, a lei habilita a administração a interferir nos espaços originários de liberdade individual em função da liberdade dos outros cidadãos ou do interesse público, o que redundará em duas garantias correspondentes: direito penal (violação por outro indivíduo) e controle de legalidade (administração atuando para além da habilitação).

Ao apontar este arcabouço fundante do Estado de Direito, Peña aponta a superação do Estado Liberal, da timidez administrativa: a característica nefasta da administração como invasora da vida do cidadão, passa a ser substituída por pressuposto de bem estar e de efetividade de direitos reconhecidos constitucionalmente. A Administração Pública passa a ser legitimada popularmente (através da posição de executor da lei criada pelo Legislativo, quem emana a vontade popular) e subordinada ao princípio da centralidade da pessoa (Constituição); especialmente quando se analisa o fenómeno dos direitos sociais, que exige ‘mecanismos de conversão’, ‘um considerável grau de atividade pública’.

Detalhe: foca-se a análise da “garantia frente à administração” em detrimento da “garantia através da administração” pelos seguintes motivos:

- 1) Institucionais: vinculação ao poder legislativo e organização hierárquica;
- 2) Fáticos: maior permeabilidade deste poder aos interesses corporativos, à autonomia e à fuga das determinações jurídicas.

Verifica-se, portanto, uma mudança na relação habilitação e determinação legal – a necessidade de “autonomia instrumental” que envolve a gestão de uma certa diversidade de interesses, direitos a garantir por parte do administrador, já que a lei aparece com uma margem ampliada.

Zagrebelsky trata da crise da legalidade em sentido positivo em relação à administração e de sua correlata legalidade em sentido negativo em relação aos cidadãos (ecologia, engenharia genética)<sup>46</sup>.

Ferrajoli fala do deslocamento das funções de direção e controle da atividade políticas do legislativo ao executivo; o aparecimento de verdadeiras sedes do poder nas burocracias; nos níveis inferiores da máquina administrativa: a individualização e a concretização dos interesses e valores políticos ponderáveis do Legislativo para o Executivo

---

<sup>46</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo apud PEÑA, 1997.

leva a limites imprecisos da autonomia em estudo, com o agravamento pelo fato das instâncias superiores terem assumido as funções político-eleitorais, deixando para a máquina burocrática, as atividades/funções administrativas e executivas. Assim, os burocratas ou técnicos determinam o que a norma legal deixou genericamente estipulado: direção política – interesses e valores a serem ponderados.<sup>47</sup>

Para Ferrajoli, este fenômeno é funcional à manutenção do poder, já que há a possibilidade de mudanças rápidas e fluidas nas “determinações e valorações”, o que serve à perpetuação e manutenção do governo no poder – “entes burocráticos como autênticas sedes de poder”, “versáteis”, “flexíveis”, cujo controle, fiscalização e responsabilização restam dificultados. Tal fenômeno aparece como “flexibilização das habilitações legais” que resulta no surgimento de “bolsas de opacidade e de descontrole normativo [Judiciário] e democrático [Legislativo]”, o que é incompatível com o modelo constitucional de Estado.

Outra implicação: é a quebra na cadeia de validade do ordenamento, pois funcionários usam normas mais concretas sem analisá-las à luz dos planos normativos superiores.

Há um fenômeno chamado de “a fuga do direito administrativo”, que se dá em função do superdimensionamento do princípio da eficácia, tendo como características a flexibilização, a privatização, entes públicos submetidos ao direito privado (mito da modernização – exemplo da motivação da lei de 92 de Espanha: que intenta afastar “formalismos burocráticos supostamente garantistas”);<sup>48</sup> como marca deste fenômeno está a máquina administrativa com uma dinâmica própria (universo paralelo) seguindo regras – supostamente – técnicas, fugindo do campo jurídico – redes burocráticas versus direitos dos cidadãos.

Há necessidade de uma dupla garantia: 1) submissão da atividade administrativa ao direito (controle *a priori*); 2) controle judicial integral da atividade administrativa; submissão: exigência axiológica e estrutural do Estado Constitucional de Direito, diante da “dispersão e desorganização do marco legal administrativo” apenas a Constituição pode conferir “unidade aos processos jurídicos”, pois vincula os poderes e reduz e corrige os desvios:

1º) *Ex ante* – vinculação rigorosa às habilitações e limitações legais na direção do termo “executivo” – aquele que executa os planos superiores normativos, desenvolvendo as

---

<sup>47</sup> FERRAJOLI, 1997, p. 270

<sup>48</sup> *Ibid.*, p. 272

decisões políticas (se for preciso) e executando os programas. Pontos importantes: princípios da autonomia instrumental limitado; pressupõe: atuação dentro das margens habilitadas e normas imprecisas em relação ao programado, implicando em regulamentação administrativa, com alguma legitimação democrática (eleição); erros doutrinários: pressuposto da liberdade negativa, que não se aplica senão a indivíduos; não são aceitáveis atuações arbitrárias ou isentas de controle: se o poder legislativo, que é o poder habilitante não foge ao controle de validade e vigência da constituição, muito menos o delegado; a discricionariedade – apreciação, eleição e integração das hipóteses não rigidamente fixadas em lei e a partir das finalidades e sentido previamente estipulados no direito positivo. Em último caso, a direção política está no ordenamento nas regras e princípios constitucionais; não há incompatibilidade entre submissão à lei, ao direito e ao princípio da hierarquia constitucional (nem entre os dois primeiros e nem aqueles e este último), já que pelo viés do legislador a vinculação é à lei e pelo viés dos direitos do cidadão e do poder judiciário, no modelo constitucional de gestão a submissão é ao Direito, aos direitos do cidadão, através da articulação de procedimentos e meios de controle para concretizar os princípios assinalados – em especial o controle jurisdicional, que segue.

2º) *Ex post* – controle da atividade administrativa – hipótese a ser rechaçada é a teoria dos atos políticos de governo (espaço imune, de discricionariedade incontrolável) que é contrária ao modelo constitucional de Estado de Direito e à argumentação acerca de que autonomia que não se possui (legislativo) não se pode delegar (administrativo).

Constata-se, portanto, uma crise de legalidade, uma inadequação estrutural de um Direito fundado em bases individualistas e que não consegue, por isso mesmo, dar conta dos problemas inerentes à sociedade de massas em que hoje vivemos, necessitando mais do que soluções repressivas, de soluções ativas, a fim de que se torne possível construir um outro paradigma para as operações jurídicas, o da solidariedade.<sup>49</sup>

---

<sup>49</sup> Diante da abordagem estudada em Ferrajoli.

#### 1.1.4.3 A instrumentalidade da administração pública e os direitos fundamentais

As garantias da Administração Pública em um Estado Democrático de Direito resumem-se a técnicas de limitação da ação estatal (direitos da liberdade) e de implementação (sociais). Cademartori trata de garantias gerais (existência e eficácia dos direitos fundamentais e organização política compõem o Estado Democrático de Direito); e institucionais, ou seja, instituições, determinações, procedimentos para observância ou reintegração dos direitos fundamentais, que podem ser gerais (instituições constitucionais para o equilíbrio dos poderes) e especiais (proteção da eficácia, aplicabilidade e inviolabilidade dos direitos fundamentais – *Habeas Corpus*, Mandado de Segurança, Mandado de Injunção, *Habeas Data*).

Na tradição jurídica – “as garantias são instrumentos com os quais o direito assegura um certo número de liberdades e direitos, que são precisados, definidos ou instituídos pelo próprio Direito”.<sup>50</sup>

Na ótica do garantismo, portanto, quando se fala em direitos fundamentais absolutos trata-se, primordialmente, de vida e liberdade de consciência, em defesa e suporte dessas liberdades e direitos. Uma organização jurídica e um operador jurídico podem ser garantistas.<sup>51</sup>

Infere-se, portanto, do leque de garantias, dois princípios básicos que serão abordados adiante: Legalidade e Jurisdicionalidade.

Não se ignora que presentemente é sempre maior a ingerência do Estado na vida do cidadão. A razão de ser da Administração Pública, como aparato constituído pelo Estado objetivando a consecução dos seus objetivos, é o gerenciamento da coisa pública, tendo por fim a realização do bem comum.

Esta atividade desenvolve-se através de seus agentes e órgãos no exercício da função pública.

---

<sup>50</sup> CADEMARTORI, 1999, p. 86.

<sup>51</sup> Direitos fundamentais: as liberdades – limitações definidas, conteúdo indefinido – e os direitos sociais – conteúdo definido e limitações não.

#### 1.1.4.4 A função administrativa

Função equivale a um “dever-poder”, ao cumprimento, no interesse alheio, de uma dada finalidade, ou seja, é uma determinação imperativa decorrente da necessidade de realização do interesse de outrem. O seu exercício não é uma faculdade e não há em seu bojo espaço para autonomia de vontade.

O interesse colimado só pode ser o coletivo e a finalidade já há de estar previamente fixada.

De todo modo, quer seja administrativa, jurisdicional, legislativa ou política, seu exercício como função só é autorizado em conformidade com o sistema, ou seja, com respeito aos princípios e demais normas, constitucionais e legais, que a legitimam.

Função administrativa é o “dever-poder” operativo, exercitado em nome da coletividade e concretizador dos comandos primários, gerais e abstratos contidos na norma legislativa ou, excepcionalmente, na norma constitucional.

Como “dever-poder”, o exercício da função administrativa não é uma faculdade. É, na verdade, um atuar compulsório que deve ter por escopo o cumprimento, no interesse alheio, de uma finalidade, na medida em que é fruto de uma imposição do próprio sistema jurídico, ou seja, não decorre de um mandato, mas de um próprio imperativo normativo.

Com a qualificação de “operativo” pretende-se ressaltar o enfoque de ter a função administrativa aspecto instrumental-operacional, ou seja, seria instrumento útil para a realização do interesse coletivo na medida em que tenderia a propiciar a consecução material de todos os atos necessários ao atingimento de tal finalidade.

A menção “exercitado em nome da coletividade” tem por escopo excluir de seu âmbito de validade toda e qualquer realização material que não encontre ressonância, direta ou indireta, no atingimento do interesse público.

Enquanto dotada de caráter “concretizador dos comandos primários, gerais e abstratos”, tem por escopo efetivar concretamente a finalidade prevista na norma jurídica.

Contidos na norma legislativa ou, excepcionalmente, na norma constitucional: o exercício de tal função só pode tender à realização dos interesses normativamente erigidos, de maneira que seus efeitos jamais poderão extrapolar os limites previamente estabelecidos. A atividade estatal realizada como exercício da função administrativa só pode se dar *secundum legem*, ou, excepcionalmente, à própria constituição, jamais *contra legem* ou *praeter legem*.

#### 1.1.4.4.1 A noção das prerrogativas e sujeições do regime jurídico administrativo

A Administração Pública, face a notória incumbência de promover o bem comum no seio social, detém certo privilégio no seu relacionamento com o particular, configurando-se por conseguinte, uma relação jurídico - administrativa verticalizada.

Com efeito, tais privilégios não passam de prerrogativas administrativas, concedidas ao Poder Público por força da autoridade e do princípio da supremacia do interesse público sobre o individual, com vistas à consecução do bem comum. Estas prerrogativas não têm equivalente nas relações privadas. Existem para possibilitar um melhor controle do equilíbrio social, tornando viável o convívio entre os cidadãos.

Podem consubstanciar-se no atributo da auto-executoriedade de certos atos da Administração, na auto-tutela, no poder de expropriar, de aplicar sanções, de alterar ou rescindir unilateralmente os contratos administrativos, de requisitar bens e serviços, de impor medidas de polícia, de instituir servidões, de ocupar em caráter provisório imóveis alheios e ainda, nas imunidades tributárias, na diferenciação de prazos em juízo, na concentração das ações em juízo privativo, no caráter especial do processo de execução e, finalmente, na presunção de veracidade dos atos administrativos.

Em suma, as prerrogativas da Administração traduzem-se em poderes especiais as quais possibilitam a sua atuação, impondo limites aos interesses do cidadão particular (poder de polícia). Como resultado tem-se como certo a possibilidade de um policial de trânsito aplicar uma multa, o Poder Público Municipal sancionar empresas poluidoras do meio - ambiente, desapropriar bens para a reforma agrária, etc.

Neste sentido a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello:

A posição de supremacia, extremamente importante, é muitas vezes metaforicamente expressada através da afirmação de que vigora a verticalidade nas relações entre a Administração e particulares; ao contrário da horizontalidade, típica das relações entre estes últimos. Significa que o Poder Público se encontra em situação de autoridade, de comando, relativamente aos particulares, como indispensável condição para gerir os interesses públicos postos em confronto.<sup>52</sup>

Situam-se no mesmo patamar de importância tanto as prerrogativas do Poder Público quanto as sujeições que se lhes impõe, completando, assim, os caracteres formadores do Regime Jurídico Administrativo.

---

<sup>52</sup> MELLO, 2001, p. 383.

A Administração Pública possui um sem número de imposições à sua liberdade de ação, incomensuravelmente maior que aquelas infligidas ao cidadão comum. São as sujeições administrativas, as quais restringem a atuação do Estado, condicionando-a ao atendimento dos princípios vetores do sistema normativo (Legalidade, Finalidade Pública, Moralidade Administrativa, Motivação, Publicidade, Razoabilidade, Impessoabilidade, Proporcionalidade, etc.).

As sujeições condicionam a atuação da Administração a fins e princípios, assim como as prerrogativas se impõem ao particular ambas justificadas pela busca do bem comum, com a recomendação de que, se não utilizadas no justo limite que o interesse público requer, poderão implicar em desvio de poder, nulidade do ato administrativo e responsabilização do agente público.

O Regime Jurídico Administrativo compõe-se, assim, tanto pela necessidade de proteção aos direitos do particular em relação ao Estado, quanto pela obrigatória satisfação dos interesses coletivos. Desta conjugação de prerrogativas e sujeições extrai-se o dever da Administração de realizar o bem comum.

No entanto, inolvidável é o fato de que as atividades da Administração Pública estão intrinsecamente ligadas ao interesse público. A razão disso encontra-se na circunstância desta exercer função pública, a função administrativa: “Existe função quando alguém está investido no dever de satisfazer dadas finalidades em prol do interesse de outrem, necessitando, para tanto, manejar os poderes requeridos para supri-las.”

Significa que o Poder Estatal tem um dever - poder legitimado pela busca do interesse coletivo. Significa também que o Estado, ao buscar o interesse de todos, o bem comum, no uso das prerrogativas a ele conferidas, pode causar danos de pequena ou grande monta aos particulares e que, em face dos mesmos princípios que orientam a busca desse interesse, deve zelar pela sua proteção, ressarcindo o lesado.

A conseqüência é lógica: se o Regime Jurídico Administrativo é composto de prerrogativas e sujeições (aquelas supedaneadas pela Supremacia do Interesse Público sobre o Privado e estas pela Legalidade, Finalidade, Moralidade, etc.) não há outra alternativa no caso de dano causado pelo uso dessas prerrogativas que não o ressarcimento, até em consonância com o próprio sistema principiológico que norteia o regime.

### **Princípios norteadores do exercício da Função Administrativa no Brasil, componentes do Regime Jurídico Administrativo**

Apresentam-se como vigas mestras na tutela dos cidadãos contra as ingerências estatais de índole administrativa.

São eles que melhor caracterizam o direito como forma de defesa do cidadão e não como forma de legitimação do poder, visto restringirem a atuação administrativa aos ditames fornecidos pelo sistema jurídico positivo, bem como pelo sistema da ciência do direito administrativo.

Muito embora alguns desses princípios já estejam previamente indicados no texto constitucional (legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade, conforme Art. 37, *caput*) vários são os princípios implícitos e explícitos que orientam “a ação do administrador público na prática dos atos administrativos e que garantem a ‘boa administração’”, conforme bem externado por José Afonso da Silva.<sup>53</sup>

#### **Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Privado**

Como Princípio Geral de Direito, implícito e fundado na própria idéia de Estado, tem esse por escopo garantir que na atuação estatal será sempre observado o interesse coletivo (público) como fim maior a ser alcançado, de sorte que na contraposição entre o público e o privado aquele há sempre de prevalecer, notadamente como condição de sobrevivência e asseguramento do último.

Marçal Justen Filho<sup>54</sup> ensina que o “direito é o instrumento compensatório das desigualdades entre as pessoas e os grupos”, desta maneira, ao juntar-se com o “administrativo”, torna-se um meio de regular os interesses entre os particulares e a coletividade através da Administração Pública.

Referidas relações tratam de direitos e interesses fundamentais/coletivo/difusos dos cidadãos e estão ligadas diretamente com a dignidade da pessoa humana.

Ademais, como ressalta Hely Lopes Meirelles<sup>55</sup>, por estarem sempre (os interesses) prevalecidos de algum valor (seja moral, afetivo, utilitário, etc), eles devem ser observados em supremacia ao interesse privado, só que com o fim de se trazer um equilíbrio entre os mesmos e a Administração Pública, e não em um contexto de repressão ao primeiro.

<sup>53</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

<sup>54</sup> JUSTEN FILHO, 2005, p. 2, 35-37, 39.

<sup>55</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

“Uma vez determinados os interesses públicos, a Administração Pública passar a ter o poder-dever de atuar. Não lhe cabe mais deixar de atendê-los, procrastinar, variá-lo, ou declinar de sua competência: o interesse público específico torna-se indisponível para a Administração Pública, seja de que natureza for”, conforme diz Diego Figueiredo Moreira Neto.<sup>56</sup>

### **Princípio da Indisponibilidade do Interesse Público**

O Princípio da Indisponibilidade, pela Administração, dos Interesses Públicos tem por objetivo garantir a tutela inafastável desses pela Administração Pública.

Como essa é aspecto dinâmico do Estado e este só existe como forma de realização do interesse público, dito princípio pode ser bem reconhecido no magistério de Celso Antônio Bandeira de Mello, ao asseverar que:

A indisponibilidade dos interesses públicos significa que sendo interesses qualificados como próprios da coletividade - internos ao setor público - não se encontram à livre disposição de quem quer que seja, por inapropriáveis. O próprio órgão administrativo que os representa não tem disponibilidade sobre eles, no sentido de que lhe incumbe apenas curá-los - o que é também um dever - na estrita conformidade do que dispuser a ‘intentio legis’.<sup>57</sup>

### **Princípio da Legalidade**

Marco crucial do Estado de Direito e, por conseguinte, de nosso regime jurídico-administrativo, o Princípio da Legalidade garante que a ninguém será imposta uma obrigação (de fazer ou de não-fazer) sem prévia cominação legal, ou seja, a atuação estatal ficará circunscrita às possibilidades legalmente constituídas.

Deste modo, o administrador público jamais poderá agir contra legem ou praeter legem, mas apenas secundum legem, de modo que a amplitude e o alcance desse princípio fazem da atividade do agente (público) uma estrita submissão à manifestação volitiva do legislador.

Assim, o ato administrativo só é válido quando atinge o seu fim legal, ou seja, o fim submetido à lei, como melhor demonstraremos na análise do Princípio da Finalidade.

---

<sup>56</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

<sup>57</sup> MELLO, 2001, p. 385.

O princípio da legalidade, no âmbito exclusivo da Administração Pública, significa que esta - ao contrário do particular, que pode fazer tudo que não seja proibido em lei - só poderá agir segundo as determinações legais. Carlos Ari Sundfeld<sup>58</sup> ensina que: A atividade administrativa deve ser desenvolvida nos termos da lei. A Administração só pode fazer o que a lei autoriza: todo ato seu há de ter base em lei, sob pena de invalidade. Resulta daí uma clara hierarquia entre a lei e o ato da Administração Pública que não seja concedido pela lei: o que a lei não lhe concede expressamente, nega-lhe implicitamente. Todo poder é da lei; apenas em nome da lei se pode impor obediência. Por isso, os agentes administrativos não dispõem de liberdade – existente somente para os indivíduos considerados como tais -, mas de competências, hauridas e limitadas na lei.

Acentua Hely Lopes Meirelles<sup>59</sup> que “a eficácia de toda a atividade administrativa está condicionada ao atendimento da lei. Na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal”. No mesmo sentido, Michel Stassinopoulos<sup>60</sup>: “a lei não é apenas o limite do ato Administrativo, mas sua condição e sua base. Em um Estado de Direito, a Administração não se encontra apenas na impossibilidade de agir *contra legem* ou *praeter legem*, mas é obrigada a agir sempre *secundum legem*.”

Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>61</sup> diz que “é o fruto da submissão do Estado à lei. É em suma: a consagração da idéia de que a Administração Pública só pode ser exercida na conformidade da lei e que, de conseguinte, a atividade administrativa é atividade sublegal, infralegal, consistente na expedição *de comandos complementares* à lei.”

A doutrina é unânime em afirmar que, em nosso Estado de Direito, a Administração Pública está submetida à lei. Contudo, discute-se a forma pela qual ocorrerá esta subordinação, seus limites e aplicações.<sup>62</sup>

Há três concepções:

- a) concepção restritiva - afirma que a finalidade da Administração Pública é a realização do interesse público, e não o cumprimento da lei, e para atingir sua finalidade, só não poderia infringir a lei - aqui, igualando-se a atuação estatal a do indivíduo particular;
- b) concepção ampliativa - ao contrário da concepção restritiva, este prevê que a Administração Pública só pode atuar como e no que a lei permitir;

<sup>58</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

<sup>59</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 21. ed. atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 78.

<sup>60</sup> STASSINOPOULOS, Michel apud SUNDFELD, 1998, p. 148.

<sup>61</sup> MELLO, 2001, p. 47.

<sup>62</sup> VARASSIN, Luciana. Princípio da legalidade na administração pública . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 5, n. 51, out. 2001. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2275>>. Acesso em: 10 mar. 2007.

c) concepção eclética - diz que a Administração Pública não atua de forma homogênea, em alguns casos está completamente submetida à lei, em outros há margens para um atuar livre do administrador, consequência do poder discricionário.<sup>63</sup>

Luís Roberto Barroso<sup>64</sup> ressalta que o princípio da legalidade, na prática, apresenta-se de duas maneiras, as quais acabam por serem dois princípios autônomos:

a) princípio da preeminência da lei, significando que todo e qualquer ato infralegal que não esteja de acordo com a lei será considerado inválido, por ser a lei a fonte suprema do direito;

b) princípio da reserva da lei: aqui, significa que determinadas matérias somente podem ser reguladas por lei, afastando-se quaisquer regulamentações por outras espécies de atos normativos.

Carmem Lúcia Antunes Rocha<sup>65</sup> já nos fala do princípio da juridicidade, explicando que em ambas as previsões constitucionais da legalidade, temos o Princípio da Juridicidade, muito mais abrangente que a legalidade. No artigo 5º, inciso II, consubstancia-se em um direito, com base na liberdade dos indivíduos. No caput do artigo 37, temos um dever, com fundamento na ausência de liberdade da Administração Pública.

Ensina também que o Princípio da Juridicidade significa que a Administração Pública “é o próprio Direito tornada movimento realizador de seus efeitos para intervir e modificar a realidade social sobre a qual incide”, e que na realidade, quem está submetido à lei, ao Direito, é o administrador público.

### **Princípio da Finalidade**

Embora muitos o concebam como consequência do Princípio da Legalidade, o da Finalidade - na verdade - àquele está irremediavelmente e implicitamente arraigado, “pois corresponde à aplicação da lei tal qual é; ou seja, na conformidade de sua razão de ser”, consoante Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>66</sup>.

<sup>63</sup> ZANCANER, Weida. **Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos**. Coleção Temas de Direito Administrativo. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 17-18.

<sup>64</sup> BARROSO, Luís Roberto. Princípio da legalidade. **Boletim de Direito Administrativo**, São Paulo, ano XIII, v. 01, p. 15-28, Jan./1997.16-17.

<sup>65</sup> ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais da administração pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994. p. 81.

<sup>66</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 5. ed., São Paulo: Malheiros, 1994. p. 52

Ou seja, não há como se depreender o comando normativo de um determinado texto legal sem se atinar para seu objetivo, seus propósitos, de modo que assim impõe-se ao administrador público que só pratique atos com finalidade pública, sob pena de desvio de finalidade, através da sua atuação concreta aplicando a lei com fins diversos dos nela instituídos ou exigidos pelo interesse público.

Consoante dispõe a lei (art. 2º, inciso II), o princípio da finalidade teria por escopo o “atendimento a fins de interesse geral, vedada a promoção pessoal de agentes ou autoridades”.

O inciso XIII do mesmo artigo dispõe que o operador jurídico deve fazer a “interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação”.

Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>67</sup> complementa,

Assim, o princípio da finalidade impõe que o administrador, ao manejar as competências postas a seu encargo, atue com rigorosa obediência à finalidade de cada qual. Isto é, cumpre-lhe cingir-se não apenas à finalidade própria de todas as leis, que é o interesse público, mas também à finalidade específica abrigada na lei a que esteja dando execução.

Tal princípio, portanto, teria por cerne o coibir a atuação arbitrária dos administradores públicos, evitando que os mesmos pratiquem atos apenas para proveito pessoal e com desvio de finalidade. A lei não deve atender aos anseios pessoais do administrador, e sim ao interesse público. Com efeito, a finalidade precípua da lei é o interesse público, e é com tal desiderato que devem ser praticados os atos e decisões administrativas.

Não cabe, no âmbito administrativo, a prática de atos por mera vindita, ou em benefício pessoal do administrador ou de terceiros.<sup>68</sup>

Tais atos seriam nulos, por desobedecerem à sua finalidade, incidindo no chamado desvio de finalidade ou de poder.

---

<sup>67</sup> MELLO, 1994, p. 53.

<sup>68</sup> SILVA, Marcos Luiz da. Princípios supraleais do processo administrativo. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 479, 29 out. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5885>>. Acesso em: 10 mar. 2007.

### **Princípio da Moralidade Administrativa**

Princípio constitucional expresso e constante dos Arts. 5º, LXXIII, 37, *caput* e 85, V, tem a propriedade de tornar inválidos os atos administrativos se não pautados nos princípios da boa fé e da lealdade.

Assim, deve - sempre - o administrador público agir com sinceridade e honestidade, não lhe sendo possível atuar com ardil, malícia ou qualquer intuito escuso, através do qual seriam maculados os direitos ou o exercício de qualquer desses pelos cidadãos.

Segundo tal princípio, a Administração e seus agentes deverão se portar de acordo com princípios éticos, com a boa-fé e com a lealdade processual, sob pena de estar-se praticando atos de improbidade administrativa.

A Lei, no inciso IV do artigo 2º, dá uma noção básica de tal princípio, na medida em que exige do administrador uma “atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé”.

Não basta somente o respeito à legalidade para a validade do ato administrativo, sendo, portanto, indispensável que tal ato respeite ainda preceitos de ordem moral e ética.<sup>69</sup>

### **Princípio da Presunção de Legitimidade ou de Veracidade**

Abrange dois aspectos: de um lado a presunção de verdade que diz respeito à certeza dos fatos e de outro a presunção de legitimidade, pois se a Administração Pública se submete à lei presume-se até prova em contrário que todos os seus atos sejam verdadeiros e praticados com a observância das normas legais.

Essa presunção é relativa admitindo prova em contrário. A consequência é que as decisões da Administração Pública são de execução imediata e tem a possibilidade de criar obrigações para o particular, independentemente de sua concordância.

Ensina Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>70</sup> que esse princípio abrange dois aspectos, a saber, a presunção de veracidade (verdade) e a presunção da legalidade.

A presunção de veracidade refere-se à certeza dos fatos sobre os quais incide a atividade administrativa.

A presunção de legalidade reside no fato de que a atividade administrativa encontra-se visceralmente associada a uma lei ou norma que lhe dá suporte de validade.

---

<sup>69</sup> SILVA, 2007.

<sup>70</sup> DI PIETRO, 2001.

Assim, a presunção de legitimidade ostenta a prerrogativa *iuris tantum* de fazer prevalecer a sua pretensão, até prova em contrário, pois supõe-se legal e verdadeira as razões e fatos motivadores alegados pela Administração no sentido de executar determinada atividade administrativa:

Como consequência da presunção de legitimidade, as decisões administrativas são de execução imediata e têm a possibilidade de criar obrigações para o particular, independentemente de sua concordância e, em determinadas hipóteses, podem ser executadas pela própria Administração, mediante meios diretos ou indiretos de coação.<sup>71</sup>

### **Princípio da Especialidade**

Decorrencia dos princípios da legalidade e indisponibilidade do interesse público.

Concerne à idéia de descentralização administrativa. O Estado cria pessoas jurídicas públicas administrativas (autarquias) como forma de descentralizar a prestação de serviços públicos, com vistas à especialização da função.

A lei que as cria estabelece com precisão as finalidades a serem atendidas.

### **Princípio da Razoabilidade**

Decorrente também do Princípio da Legalidade (e da Finalidade, portanto), o Princípio implícito da Razoabilidade proíbe que a Administração atue de modo desarrazoado, ilógico ou incongruente ainda que haja mínima discricionariedade na sua atuação concreta quando da aplicação da lei.

É, a razoabilidade, conforme Lúcia Valle Figueiredo, a relação de congruência lógica entre os motivos (pressupostos fáticos) e o ato emanado, tendo em vista a finalidade pública a cumprir.<sup>72</sup>

Deste modo, se não razoável a decisão adotada, terá a mesma, infringido o princípio da finalidade, razão bastante para sua fulminação pela própria Administração *ex officio* ou pelo Poder Judiciário, a pedido do interessado.

---

<sup>71</sup> DI PIETRO, 2001, p. 221.

<sup>72</sup> FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

### **Princípio da Proporcionalidade**

Aspecto específico do Princípio da Razoabilidade, através deste as providências da Administração, na consecução dos objetivos colimados na lei, somente serão válidas se observados os limites de extensão e intensidade nela previstos.

Ou seja, a atuação estatal deverá ser proporcional à medida indispensável ao atingimento do interesse público, de sorte que “o *plus*, o excesso acaso existente, que não milita em benefício de ninguém”, eiva a atuação de ilegalidade insanável e a torna passível de emenda judicial.

Assim, em não havendo finalidade para uma medida (ampliativa) para a Administração, estará a mesma viciada por inadequação à própria lei, donde se depreende a ilegalidade de atos desproporcionais.

### **Princípio da Motivação**

Através desse impinge-se ao administrador público a obrigação - inafastável - de expor as razões fáticas e jurídicas que sustentam a adoção de qualquer providência.

Compete-lhe, portanto, fundamentar todo o ato que pratica, notadamente nas hipóteses em que houver um mínimo de discricionariedade, para que se possa avaliar seu comportamento segundo os princípios anteriormente expostos.

Ademais, a ausência de motivação torna o ato inválido, sempre que sua enunciação, prévia ou contemporânea à emissão do ato, seja requisito indispensável para proceder-se a tal averiguação.

Ato discricionário não motivado, portanto, é ato nulo. E mesmo o ato vinculado, no qual - em regra - bastaria a menção do fato e da norma respectiva para sua validação, pode ser perquirido em juízo, razão pela qual sua motivação é sempre um dever e uma garantia para o bom administrador.

É princípio decorrente do comando normativo existente nos Arts. 1º, inciso II e § único e 5º, inciso XXXIV, da carta vigente.

É a indicação dos pressupostos de fato e de direito que motivaram a decisão.

Teoria dos motivos determinantes: a motivação apontada pela autoridade vincula o ato administrativo e vai servir de base para o controle exercido sobre tal ato.

### **Princípio da Impessoalidade (Isonomia)**

Da exegese desse Princípio, consubstanciado no *caput* dos artigos 5º e 37 da Constituição Federal, extrai-se a obrigatoriedade - para a Administração Pública - de tratar a todos os administrados sem favoritismos ou perseguições; ou seja, a todos da mesma maneira indistintamente (ressalvadas suas indiscutíveis dissimilaridades).

Na verdade, esse seria o próprio Princípio da Isonomia, descrito de outro modo, porém com o mesmo conteúdo axiológico-normativo, através do qual tratar-se-ão os iguais igualmente e os desiguais na exata proporção de suas desigualdades.

### **Princípio da Publicidade**

De compreensão imediata, referido princípio tem por escopo garantir a transparência da atividade administrativa pública, de maneira a possibilitar a todos plena ciência dos atos dela emanados.

Ciência essa para que - em se discordando da providência adotada - sejam os Órgãos competentes acionados para sua apreciação e convalidação ou nulificação, conforme o caso.

É novamente uma garantia imposta pelo Estado Democrático de Direito, constitucional e expressamente prevista nos Arts. 5º, incisos XXXIII e XXXIV, “b” e 37, *caput*.

### **Princípio do Controle Judicial dos Atos Administrativos**

Conforme o inciso XXXV, do Artigo 5º, da carta maior, “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de lesão a direito”, de maneira que o Princípio aí consignado tutela os cidadãos contra leis ou providências da administração - dessa emanadas - que venham ou possam vir a determinar aludidas conseqüências.

Em decorrência desse, todos os atos que violem ou possam violar esses direitos devem ser afastados, liminar ou definitivamente, conforme o caso, e de maneira a garantir a constitucionalidade da ação estatal.

### **Princípio da Hierarquia**

Segundo este Princípio, a Administração Pública conformar-se-ia em um todo escalonado, com inequívoca relação de subordinação entre os Órgãos Superiores e os imediatamente inferiores, de sorte que competiria aos de nível hierarquicamente mais elevado controlar os atos dos inferiores, conformando sua atuação quando necessário.

Seria externalização da aplicabilidade da regra das empresas privadas, no trato de seus interesses internos, como política de gestão.

A única diferença, seria por óbvio, o cumprimento a todos os demais princípios do regime jurídico-administrativo, mormente os da legalidade, da finalidade, da razoabilidade, da proporcionalidade e da moralidade.

### **Princípio da Autotutela**

A Administração Pública possui o poder de autotutela, segundo o qual tem a permissão de rever seus atos e anulá-los ou revogá-los em casos de ilegalidade, ou inoportunidade e inconveniência, respectivamente. No dizer de Maria Sylvia Zanella di Pietro

[...] É uma decorrência do princípio da legalidade: se a Administração Pública está sujeita à lei, cabe-lhe, evidentemente, o controle da legalidade. Esse poder da Administração está consagrado em duas súmulas do Supremo Tribunal Federal. Pela de nº 346: 'a administração pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos'; e pela de nº 473 'a administração pode anular os seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem 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.<sup>73</sup>

Ocorre que, referido poder não pode ser exercido indistintamente, pois se encontra inserido em um ordenamento jurídico, impondo-se a sua adequação a outros comandos legais.

O primeiro grande limite à Autotutela está na necessidade de se verificar o Devido Processo Legal, com Ampla Defesa e Contraditório ao interessado, sempre que a sua aplicação possa levar a restrição a direito de terceiro. No dizer de Adilson Abreu Dallari:

Isso significa uma severa restrição ao poder de autotutela de seus atos, de que desfruta a Administração Pública. Não se aniquila essa prerrogativa; apenas se condiciona a validade da desconstituição de ato anteriormente praticado à justificação cabal da legitimidade dessa mudança de entendimento, arcando à Administração Pública com o ônus da prova. A ausência ou inconsistência da motivação acarreta a nulidade do ato de tutela.<sup>74</sup>

Para Romeu Felipe Bacellar Filho:

<sup>73</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 1996. p. 66.

<sup>74</sup> DALLARI, Adilson Abreu. **Os poderes administrativos e as relações jurídico-administrativas**. In RTDP, São Paulo: Malheiros, 1999, v.24, p.69.

Na esfera administrativa, não pode haver privação de liberdade ou restrição patrimonial, sem o cumprimento do seguinte pressuposto: a consagração legal do processo administrativo em sentido constitucional. A acolhida do devido processo legal administrativo assegura o contraposto para o cidadão frente ao poder da Administração de autotutela do interesse público.<sup>75</sup>

Desse modo, fica evidente que não obstante exista o Poder de Autotutela ele não pode se sobrepor aos interesses de terceiros, sem que a esses seja garantida a possibilidade de manifestação, aí entendida a ampla defesa e o contraditório.

Não se pode admitir que a Administração Pública tome medidas unilaterais que afetem direitos de terceiros sem que o faça mediante o Devido Processo Legal, através do qual se oportuniza a manifestação prévia do interessado, fazendo valer os princípios constitucionalmente fixados da Ampla Defesa e do Contraditório.

Afinal de contas ampla defesa no dizer de Romeu Felipe Bacellar é garantida e “não se questiona as razões para oposição, simplesmente assegura-se-lhe a oportunidade de fazê-la”<sup>76</sup>, enquanto que o contraditório nada mais objetiva do que “assegurar às partes equivalente possibilidade de influir na formação do convencimento do órgão julgador, no curso de todo o processo. Trata-se de um conteúdo positivo, apto de ir além da mera oposição ou resistência ao agir alheio”.<sup>77</sup>

No dizer de Carmem Lucia Antunes o processo administrativo é indispensável, pois “[...] o patrimônio jurídico do interessado pela prática do ato é atingido”, impondo-se, “[...] para a sua ciência e para que ele, inclusive, possa se contrapor ao desfazimento do ato, oferecendo argumentos no sentido de sua manutenção ou da manutenção de seus efeitos”.<sup>78</sup>

Assim a idéia de ampla defesa e contraditório não incide apenas nos casos em que se fale em penalidade, mas pelo contrário, devem ser respeitadas sempre que o ato venha a atingir terceiro.

É o que se extrai da doutrina de Romeu Felipe Bacellar Filho, segundo a qual “As garantias constitucionais apresentam. Por sua vez, dupla funcionalidade. Atuando, subjetivamente, na tutela de direitos dos administrados, comportam-se como ‘garantias dos

<sup>75</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo administrativo disciplinar**. São Paulo: Max Limoned, 1998a. p. 67

<sup>76</sup> Ibid., p. 304.

<sup>77</sup> Ibid., p. 233.

<sup>78</sup> ANTUNES, Carmem Lúcia. **Princípios constitucionais do processo administrativo no direito brasileiro**. In RTDP, São Paulo: Malheiros, 1997, v. 17, p.24.

administrados’, e objetivamente, ao prevenir e remediar violações do direito objetivo vigente, como ‘garantias de legalidade’.”<sup>79</sup>

Ocorre que, sempre que uma decisão gere efeitos sobre terceiros, especialmente causando restrição a direitos, não se pode olvidar de instaurar-se o competente processo administrativo, que “age como instrumento de proteção do indivíduo perante a ação daquela competência”<sup>80</sup>, e nada mais é do que o respeito ao Devido Processo Legal, constitucionalmente garantido no artigo 5º, LV, segundo o qual:

Art. 5º (...)

LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

Para Romeu Felipe Bacellar Filho “O art. 5º, inc. LV, determina a incidência do processo administrativo na presença de litigantes e acusados”<sup>81</sup>, e acrescenta que “O reconhecimento da lide ou litígio administrativo passa pela compreensão de que o processo será exigido quando houver a real possibilidade de atingimento da esfera jurídica de determinada pessoa por uma específica decisão administrativa”.<sup>82</sup>

Desse modo, não se fala em Devido Processo Legal apenas em situações que existam acusados, ou que se vise a aplicação de uma pena, mas sempre que um ato possa atingir direitos de terceiros, garantindo a esses a possibilidade de manifestação prévia.

Ainda, pode-se falar em outros limites a autotutela, e que se verificam em razão de sua adequação ao meio jurídico no qual está inserida e que estabelece outros princípios a serem observados, e que se aplicam a Administração Pública, dentre eles os princípios da Razoabilidade, Proporcionalidade, Boa-fé, Segurança Jurídica e outros. Nessa situação, deverão os princípios serem observados sempre que uma a Administração Pública venha a agir e especialmente quando atinja terceiros.

Uma limitação legal criada especialmente com vistas a garantir referidos princípios pode ser verificada na Lei 9.784/99, que disciplina o processo administrativo no âmbito federal, mas que, diante de omissões legislativas estaduais e municipais pode ser considerada ao menos como orientação para aplicação nessas esferas de poder. Referida

<sup>79</sup> BACELLAR FILHO, 1998a, p. 61.

<sup>80</sup> Ibid., p. 62.

<sup>81</sup> Ibid., p. 69.

<sup>82</sup> Ibid., p. 72.

legislação em seu artigo 54 estabeleceu um prazo decadencial, limitando o Poder de Anulação dos Atos, trazendo a Boa-fé como requisito fundamental, nos seguintes termos:

Art. 54 O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé.

§ 1º. No caso de efeitos patrimoniais contínuos, o prazo de decadência contar-se-á da percepção do primeiro pagamento.

§ 2º. Considera-se exercício do direito de anular qualquer medida de autoridade administrativa que importe impugnação à validade do ato, ser garantidas através do devido processo legal.

Assim, verifica-se que a legislação mencionada limitou o poder de autotutela, justamente visando resguardar os direitos daqueles que poderiam vir a ser atingidos por decisão administrativa que lhes fosse desfavorável, estabelecendo prazo para a revisão dos atos, privilegiando a boa-fé e a segurança jurídica.

A utilização por analogia de mencionada legislação é defendida por Romeu Felipe Bacellar que concluiu “se a prescritibilidade da pretensão punitiva da Administração Pública consubstancia princípio constitucional expresso, a inexistência de lei versando sobre o prazo prescricional jamais poderá levar à imprescritibilidade, devendo o intérprete socorrer-se da analogia para colmatar eventuais lacunas”.<sup>83</sup>

É nesse sentido que deve se dar o agir administrativo, sempre buscando resguardar os direitos daqueles que de boa-fé agiram, e que não podem viver sob insegurança jurídica.

Sérgio Ferraz e Adilson Dallari defendem justamente a análise da boa-fé em cada caso concreto:

A boa-fé é um elemento externo ao ato, na medida em que se encontra no pensamento do agente, na intenção com a qual ele fez ou deixou de fazer alguma coisa. É impossível perscrutar o pensamento, mas é possível, sim, aferir a boa (ou má) fé, pelas circunstâncias do caso concreto, por meio da observação de um feixe convergente de indícios (...) no processo administrativo, no tocante à decisão de validar ou invalidar um ato, de manter ou desconstituir uma situação jurídica, de aplicar ou não uma penalidade, a boa-fé do particular envolvido deve ser levada em consideração, pois sua intenção é efetivamente relevante para o Direito. Essa relevância está expressamente ressaltada no art. 2º, IV, da Lei 9.784, de 1999, e reiterada em seu art. 4º., II.<sup>84</sup>

Assim, pode-se concluir que não obstante o Poder de Autotutela exista para a Administração Pública, ele não pode ser exercido ignorando-se todo o ordenamento jurídico

<sup>83</sup> BACELLAR FILHO, 1998a, p. 381.

<sup>84</sup> FERRAZ, Sérgio; Dallari, Adilson Abreu. **Processo administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 83.

em que está inserido, encontrando limites que visam justamente garantir o direito de terceiros e que não podem ser colocados de lado especialmente porque estamos inseridos num Estado de Direito.

### **Princípio da Obrigatoriedade do Desempenho da Atividade Pública (Continuidade)**

Dado serem indisponíveis os interesses públicos, por via reflexa, então, obrigatório se fará o desempenho da atividade pública, bem como cogente também será a continuidade do serviço público.

Em assim sendo, mister apenas reconhecer que é o interesse público que determina tal atuação e em sendo a função administrativa um dever-poder operativo nada mais resta à Administração que não garantir aspecto dinâmico ao Estado na realização dos interesses que autorizam sua criação e permanente existência.

O serviço público não pode parar. Consequências: proibição de greves nos serviços públicos essenciais, necessidade de institutos como a suplência, a delegação e a substituição para preencher as funções públicas temporariamente vagas, faculdade da Administração Pública de usar os equipamentos e instalações da empresa que com ela contrata para assegurar a continuidade do serviço público, etc.

### **Princípio da Ampla Responsabilidade do Estado por Atos Administrativos**

Finalmente, o princípio constitucional expressamente previsto no § 6º, do Artigo 37, garante aos administrados a ampla responsabilidade objetiva do Estado por danos causados por seus agentes por atos comissivos, independentemente de dolo ou Lei de Processo Administrativo desses.

Contudo, nas hipóteses de omissão aludida responsabilidade não estaria expurgada, mas apenas condicionada à existência daqueles elementos volitivos acima mencionados, na forma de responsabilidade subjetiva.

É a garantia de que a Administração responderá pelos seus atos, danosos para os administrados e através dos quais os estaria prejudicando, sem qualquer lei autorizadora ou interesse público a ser efetivamente alcançado.

### **Princípio da Eficiência**

Embora após a reforma administrativa conste do *caput* do artigo 37 da Constituição Federal, na realidade não se pode afirmar que a eficiência é um princípio, por

faltar-lhe parametrização jurídica. Trata-se de um dado que veio oriundo da ciência da Administração e que preza a busca do melhor resultado.

Toda atividade administrativa tem que estar relacionada aos melhores resultados, ao melhor serviço. A ação administrativa deve ser rápida, pronta, precisa. Existe possibilidade de haver um conflito com o princípio da legalidade, principalmente em casos em que não há disciplina legal específica a respeito, o que deve ser evitado, até porque não há hierarquia entre princípios, apenas uma sobreposição de um em relação ao outro conforme a situação apresentada.

O artigo 22 do Código de Defesa do Consumidor enuncia as obrigações das empresas fornecedoras de serviço, enunciando dentre elas a eficiência na prestação do serviço.

De toda sorte, a eficiência pode ser equiparada às regras de boa administração, as quais sempre estiveram presentes e nortearam a conduta do administrador, sob pena inclusive de invalidade do ato administrativo, como forma de vício em um dos elementos do ato.

### **Princípio do Devido Processo Legal (contraditório e ampla defesa)**

Conforme a legislação pátria:

Art. 5º, inciso LIV da Constituição Federal – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

Art. 5º, inciso LV da Constituição Federal – aos litigantes em processo judicial ou administrativo e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

Exigência de um processo formal regular para que sejam atingidas a liberdade e o patrimônio de quem quer que seja. A Administração Pública antes de tomar a decisão gravosa deve possibilitar o contraditório a ampla defesa, inclusive o direito de recorrer; o processo é garantia da democracia realizável pelo direito.

### **Princípio da Segurança jurídica**

Veda a aplicação retroativa de nova interpretação de lei no âmbito da Administração Pública e permite que o cidadão tenha segurança nas relações que trava com a Administração Pública. Está ligado à boa – fé.

Se a lei deve respeitar o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada por respeito à segurança jurídica, não é admissível que o cidadão tenha seus direitos flutuando

ao sabor de interpretações jurídicas variáveis no tempo.

## 1.2 O processo administrativo no estado de direito e sua normatização principiológica

O processo administrativo é centenário no direito positivo brasileiro. Remonta ao império. Autores da época falavam em jurisdição administrativa. Antônio Joaquim Ribas, citado por Jessé Torres Pereira Júnior<sup>85</sup> já distinguia em sua obra, a jurisdição administrativa contenciosa e graciosa, excluindo a aplicação do princípio do contraditório ao processo chamado gracioso, onde a Administração se defronta com meros interesses dos administrados, utilizando-se da discricionariedade para decidir a questão.

Do Império até nossos dias, passando pelas repúblicas de 1889 até a Constituição de 1988, o processo administrativo sofreu várias influências. Quanto mais democrática fosse a época, o processo administrativo deixava de ter um caráter punitivo dos servidores da administração, para ser um instrumento protetivo dos administrados, reduzindo o arbítrio da autoridade, limitando seu poder.

Apesar de ser centenário, o processo administrativo só veio a ser constitucionalizado em 1934, constando no art. 169 da Constituição:

Os funcionários públicos, depois de dois anos, quando nomeados em virtude de concurso de provas, e, em geral, depois de dez anos de efetivo exercício, só poderão ser destituídos em virtude de sentença judiciária ou mediante processo administrativo regulado por lei, e no qual lhes será assegurada ampla defesa.

Na década de 30, tanto a constitucionalização do processo administrativo quanto do direito à ampla defesa foram abordados<sup>86</sup>. Atualmente é tido como sendo um instrumento que funciona como garantia que reduz o arbítrio da autoridade pública.

### 1.2.1 A processualidade administrativa

O processo administrativo está associado à idéia de sistema, um complexo de atos que formam um todo composto por atos ordenados que visa um fim determinado. A

<sup>85</sup> PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. **O direito à defesa na CF de 88**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 24.

<sup>86</sup> *Ibid.*, p. 35.

Administração utiliza processos para atender os requerimentos dos interessados ou para punir os que praticam determinados ilícitos.

Percebe-se desde já, dois tipos de processo – já referidos acima – sendo um, de caráter meramente gracioso, que não comporta uma lide, mas sim a tutela de determinados interesses individuais que não estão contrapostos a outros. Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, “no processo gracioso, os próprios órgãos da administração são encarregados de fazer atuar a vontade concreta da lei, com vistas à consecução dos fins estatais que lhe estão confiados e que nem sempre envolve decisão sobre pretensão do particular”<sup>87</sup>.

Já o processo contencioso importa em uma lide, um conflito de interesses entre a Administração e o cidadão. No primeiro caso, o processo serve como ferramenta jurídica que protege a relação administração-cidadão de pressões ilegítimas ou arranjos comprometedores do interesse público. Evita que os agentes públicos considerem caracteres subjetivos ao atender a petição do indivíduo, zelando pelo princípio da impessoalidade que norteia a Administração.

No caso do processo contencioso, este visa claramente a servir de fronteira entre a discricionariedade e a arbitrariedade,<sup>88</sup> principalmente com a inclusão do princípio da ampla defesa como essencial informador do processo administrativo. Isto por que estabelece critérios objetivos para a resolução da lide. Critérios estes que não podem ser desconsiderados pela Administração, sob pena de se violar o princípio da legalidade.

A processualidade está intimamente relacionada ao exercício das principais funções estatais, em especial no que concerne à atuação dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. Neste sentido, pode-se falar de uma processualidade ampla, e não apenas adstrita ao funcionamento do aparato jurisdicional, conforme historicamente restou mais acentuado. De fato, até bem pouco tempo, sempre que se ouvia falar em processo surgia desde logo uma vinculação desta palavra com o exercício da função jurisdicional. Tal noção ampliada da processualidade permite, em nossos dias, falar-se não só em processo judicial, mas também num processo administrativo e legislativo, conducentes à edição de decisões administrativas (atos administrativos) e legislativas (formalizadas em leis).

Tal perspectiva da processualidade, inerente ao desempenho das atividades estatais, ao exercício dos poderes do Estado, guarda estreita relação com os avanços do direito processual moderno, principalmente no destaque dado nos últimos tempos à chamada instrumentalidade do processo. Mencionada concepção metodológica, sintonizada com os

---

<sup>87</sup> DI PIETRO, 2001, p. 395.

<sup>88</sup> PEREIRA JUNIOR, 1997, p. 61.

atuais anseios sociais, vislumbra o direito processual, na lição de Dinamarco<sup>89</sup> como um conjunto de princípios, institutos e normas estruturados para o exercício do poder em conformidade com determinados objetivos. Desta concepção instrumental do processo, a noção de processualidade migrou para abranger cada vez mais o exercício dos Poderes Executivo e Legislativo.

Por outro lado, como revela Odete Medauar,<sup>90</sup> a progressiva aproximação entre a Administração e cidadão, reflexo do menor distanciamento entre Estado e sociedade, levou à necessidade de tornar conhecidos os modos de atuação administrativa e de propiciar ocasiões para que o cidadão se faça ouvir. O próprio aumento da ingerência estatal tem como contrapartida, a exigência de fixação de parâmetros para a atividade administrativa, em especial a discricionária. Por outro lado, exigências relacionadas à cidadania e ao caráter democrático do nosso Estado de Direito (art. 1º, *caput*) trazem em si a idéia de participação na gestão administrativa, conduzindo a uma especial atenção sobre os momentos que antecedem a edição das decisões administrativas.

Neste contexto é que se situa a chamada processualidade administrativa, da qual o processo administrativo, em suas múltiplas modalidades, é uma decorrência imediata.

A processualidade encontra-se disseminada nas atividades básicas do Estado de Direito, nas manifestações dos três Poderes Constitucionais. Encontramos no ordenamento jurídico, pois, uma processualidade administrativa, legislativa e jurisdicional, cada uma dessas com traços e características peculiares, inerentes ao exercício da função que objetiva disciplinar.

Não obstante isso, pode-se, detectar o núcleo comum da processualidade, que abrangeria o desempenho das funções legislativa, executiva e jurisdicional, como ensina Odete Medauar<sup>91</sup>. Podemos resumir como sendo os elementos fundamentais desta processualidade a) a sucessão encadeada de atos, b) a pluripessoalidade, c) a produção de resultado unitário e d) a disciplina do exercício do poder.

O processo denota sempre um vir-a-ser, um fazer, um operar, algo dinâmico, em contraposição ao seu resultado final da operação. Processo designa, pois, noção jurídica diversa de ato. Tal vir-a-ser, contudo, supõe uma progressão de fases e etapas, de atos que se sucedem uns aos outros, onde o precedente impulsiona o subsequente até a obtenção de um

---

<sup>89</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. São Paulo: RT, 1986. p. 42.

<sup>90</sup> MEDAUAR, Odete. **Processualidade no direito administrativo**. São Paulo: RT, 2000. p. 16.

<sup>91</sup> *Ibid.*, p. 23-42.

resultado final, que consubstancia uma manifestação concreta de vontade do Estado (legislador, juiz ou administrador).

Tal encadeamento, na ordem em que deve ser percorrido, encontra-se previamente disciplinado no ordenamento jurídico, seja através de norma constitucional (processo legislativo), seja através de norma legal (processo administrativo e jurisdicional). A atuação do órgão estatal encontra-se vinculada à observância desta processualidade, que tem, para os agentes envolvidos (públicos e privados) caráter obrigatório. É o que consiste na sucessão encadeada de atos.

Por outro lado, verifica-se que vários sujeitos tomam parte na processualidade estatal, o que vai caracterizar a pluripessoalidade. De fato, nas fases componentes da processualidade, órgãos e sujeitos diversos, públicos e privados, podem ocupar diversas posições jurídicas, praticando atos em conformidade com direitos, obrigações, deveres ou simples ônus, em conformidade com a disciplina jurídica previamente estabelecida. O ato resultante da cooperação e participação dos órgãos, agentes e pessoas envolvidas é imputado à entidade estatal, sendo considerado como sua manifestação de vontade em relação à matéria objeto da tramitação processual.

No que se refere ao terceiro elemento, denota-se que há produção de resultado unitário, ou seja, o processo, em qualquer âmbito do poder estatal, não configura um fim em si mesmo. O referencial da sucessão encadeada de atos é a formação de um ato final, de um resultado unitário. Todos os atos da cadeia sucessória destinam-se à edição de uma decisão final. Mesmo as garantias constitucional estabelecidas, com a participação de diversos sujeitos, têm em vista propiciar condições para prolação da decisão mais acertada e legítima. Neste sentido, o processo tem caráter instrumental, destinando-se, desde seu nascedouro, à obtenção de um ato final, que se expressa, em conformidade com a função estatal exercida, em lei (processo legislativo), sentença/acórdão (processo jurisdicional) e ato administrativo (processo administrativo).

Quanto à disciplina do exercício do poder, cumpre enfatizar que, sob qualquer de suas formas, e em particular, o poder estatal está direcionado à determinação de comportamentos, através do predomínio de uma vontade sobre as demais. No Estado Democrático de Direito, o exercício do poder estatal é juridicamente disciplinado, sendo tal mister alcançado, entre outros meios, através do processo, ou seja, da processualidade imposta às dos órgãos e agentes instrumentalizados de “poder”. Assim, no diversos âmbitos estatais (legislativo, executivo e jurisdicional), a processualidade vincula-se à disciplina do poder. O

poder que se exerce fora dos parâmetros de processualidade fixados na Constituição e nas leis apresenta-se como poder despótico e arbitrário, eivado de ilegalidade e ilegitimidade nas decisões que edita. Nesta perspectiva, o processo destina-se a conferir legalidade e legitimidade ao exercício do poder. Somente se reveste destes dois atributos, imperativos no Estado Democrático de Direito, o poder que se exercita em conformidade com o devido processo, seja este fixado por norma constitucional ou legal.

Portanto, o processo administrativo deve observar as seguintes exigências básicas: a) publicidade do procedimento; b) direito de acesso aos autos; c) observância do contraditório e da ampla defesa, sempre que haja litigantes (CF, art. 5º, LX); d) obrigação de motivar; e) dever de decidir (ou condenação do silêncio administrativo).

Combinando tais requisitos, poder-se-ia dizer, com Roberto Dromi<sup>92</sup> que o processo administrativo disciplina, a um só tempo, os exercício das prerrogativas públicas, legitimando o exercício do poder da Administração, bem como o exercício de direitos subjetivos importantes por parte dos administrados, como o contraditório, a ampla defesa e o devido processo legal (due process of law). Por isso, pode-se afirmar que o processo administrativo apresenta uma tríplice face: é instrumento de exercício do poder, é instrumento de controle, e, por fim, é instrumento de proteção dos direitos e garantias dos administrados.

Dentro desta ótica, Odete Medauar<sup>93</sup> aponta as diversas vantagens propiciadas pelo processo administrativo. São elas: garantia dos administrados, legitimação do poder, correto desempenho das funções públicas, justiça da Administração, melhor conteúdo das decisões, aproximação entre Administração e cidadãos, sistematização das ações administrativas, propiciação de melhor controle da Administração.

### 1.2.2 A evolução no conceito de direito administrativo

Agustín Gordillo adverte que *“El derecho administrativo es por excelencia la parte de la ciencia del Derecho que más agudamente plantea el conflicto entre la autoridad y la libertad”*.<sup>94</sup>

Entender os limites da questão do autoritarismo *versus* direito, é de primordial importância quando falamos sobre o tema direito administrativo sob o enfoque do Estado

<sup>92</sup> DROMI, Roberto. **Derecho administrativo**. 5. ed. Ediciones Ciudad Argentina. p. 759.

<sup>93</sup> MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. São Paulo: RT, 2002. p. 188-190.

<sup>94</sup> GORDILLO, Agustín. **Tratado de derecho administrativo**. p.1.

Democrático de Direito. No autoritarismo, o indivíduo é diminuído, não havendo o equilíbrio entre ele e o Estado, principalmente quando se trata da Administração *versus* indivíduo.

Através do processo administrativo, é assegurado, dentre outros direitos e garantias fundamentais, o direito de petição e o direito de representação. É imprescindível que seja assegurado ao cidadão o postular junto à Administração, do mesmo modo em que se é assegurado no processo judicial, o contraditório, a prova, a publicidade dentre outras garantias.

Com a demora de uma lei geral regulamentadora do processo administrativo no âmbito federal, houve, conseqüentemente o reforço da autocracia burocrática, o que culminou em desequilíbrio, em que o lado mais fraco é o cidadão.

Desde 1988, a Administração Pública foi a “dona do processo”, e tratando desta situação, tratam Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari:

É quase um escândalo (com vênias pela utilização da palavra, de sabor bem pouco jurídico) que date de 1999 a primeira lei federal geral de processo administrativo! (...) Inteiramente inaceitável, doutrinária ou legalmente, esse triste panorama. De um lado, caberia lembrara que o próprio texto constitucional brasileiro tem, tradicionalmente, consagrado, no patamar das garantias individuais fundamentais, o direito de petição e o direito de representação - a serem exercitados, é óbvio, de maneira precípua, pela via do processo administrativo. Doutra parte, a inexistência de disciplina do processo administrativo representou expressivo vetor de reforço da autocracia burocrática quando em face aos reclamos da coletividade. Sintomático, sugestivo e explicativo, portanto os autores derramarem páginas e tintas numerosas para o exame do ato administrativo, pouco se aplicando, contudo, senão recentemente, na problemática do processo administrativo. E note-se: desde 1988 que o processo administrativo recebera consagração e reconhecimento expresso no maior dos patamares normativos!<sup>95</sup>.

Os mesmos autores quando se referem ao autoritarismo e ao direito, assim como o equilíbrio que em tese, deve haver, tratam dos problemas e dos “escolhos de monta” à obtenção do referido equilíbrio. Destacam algumas situações, dentre elas “a) as atitudes da Administração Pública, que de regra, é arredia a ouvir sugestões, encastelada que está numa tão messiânica quanto infundada crença de infalibilidade; b) a omissão, a leviandade mesmo, de ponderável parcela da população, pronta a opinar e sugerir apenas no que diga respeito a seu egoístico interesse; c) certas construções teóricas do direito administrativo, ainda que tarda sensivelmente. Exemplos? Poder de polícia, insindicabilidade judicial do mérito do ato

---

<sup>95</sup> FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. **Processo administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 21.

administrativo, etc; d) a resistência do administrador em delegar funções e competências, nisso, divisando redução de *status*.”<sup>96</sup>

### 1.2.3 A nova processualidade administrativa no Brasil

O processo administrativo tem, entre nós, inegável embasamento constitucional (art. 5º, LV). Tratando-se de matéria afeta à economia administrativa interna de cada esfera de governo, União, Estados, Distrito Federal e Municípios têm autonomia para legislar sobre o processo administrativo aplicável às suas administrações direta e indireta. Em todo o caso, devem ser observados os princípios constitucionais norteadores da atividade administrativa (art. 37, *caput*), assim como os direitos e garantias fundamentais assegurados aos administrados em geral, principalmente as cláusulas decorrentes do *due process of law*.

Tais leis, adaptadas às peculiaridades de cada pessoa política, bem como às peculiaridades de sua organização administrativa, deverão disciplinar de forma satisfatória o processo administrativo em cada âmbito de governo, vinculando todos os órgãos e agentes públicos nela inseridos.

A Lei Federal nº. 9.784, de 29 de janeiro de 1999, reguladora do processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal direta e indireta (art. 1º, *caput*) incorpora categorias e conceitos do moderno direito administrativo, ao disciplinar o processo administrativo aplicável aos órgãos e entidades federais, contém, em primeiro lugar, uma farta principiologia aplicável ao processo. Ao processo administrativo federal aplicam-se os princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência (art. 2º, *caput*). São também estabelecidos de forma criteriosa normas e preceitos concernentes a: fase do processo (inicial, instrução, relatório, julgamento), direitos e deveres dos administrados (art. 3º e 4º), competência, delegação e avocação (arts. 11 a 17), impedimentos e suspeição (art. 18 a 21), forma, tempo e lugar dos atos processuais (art. 22 a 25), instrução (art. 29 a 44), relatório (art. 47), dever de decidir (art. 48 e 49), motivação (art. 50), desistência e outros casos de extinção do processo (art. 51 e 52), anulação, revogação e convalidação (art. 53 a 55), recursos administrativos (art. 56 a 65), prazos (art. 66 e 67), sanções (art. 68).

Conforme já acenado, a normativa retromencionada regula o processo administrativo no âmbito da Administração Federal direta e indireta. Destina-se, assim,

---

<sup>96</sup> FERRAZ e DALLARI, 2001, p. 20.

prioritariamente, ao Poder Executivo, onde se concentra boa parte da função administrativa. Não obstante isso, seus preceitos “também se aplicam aos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário da União, quando no desempenho de função administrativa“ (art. 1º, § 1º).

Trata-se tal diploma legislativo de lei genérica, vocacionada a conviver com leis que disciplinam procedimentos específicos, tais como a Lei de Licitações (Lei 8.666/93), a Lei de Processo Disciplinar (Lei 8.112/90 – Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis da União), Lei de Desapropriação (Decreto-lei 3.365/41). Sendo uma lei processual genérica, aplicável sempre que inexistir processo específico, a Lei 9.784/99 é de aplicação subsidiária aos referidos procedimentos específicos.

### 1.2.3.1 O direito à defesa

O surgimento do direito à defesa no ordenamento jurídico brasileiro ocorre a partir da Constituição de 1891, o constitucionalismo brasileiro passou a utilizar a expressão defesa, sempre associada ao direito penal, falando sempre em prisão e nota de Lei de Processo Administrativo, sendo que a partir de 1967, foi retirada a expressão nota de Lei de Processo Administrativo, do texto constitucional.

Até o advento da Constituição Federal de 67/69, o direito à defesa estava garantido constitucionalmente apenas onde houvesse acusados, portanto, não estava relacionado nem ao menos ao processo civil. Porém, a doutrina já visualizava a aplicação do direito à defesa nos processos administrativos, conforme afirma Pontes de Miranda<sup>97</sup> ao comentar a Constituição de 1967:

A defesa, a que alude o § 15, é a defesa em que há acusado; portanto, a defesa em processo penal, ou em processo fiscal-penal ou administrativo ou policial. O princípio nada tem com o processo civil, onde há réus sem direito à defesa antes da condenação.

Vê-se que, apesar de o direito à defesa não estar, ainda, constitucionalizado, o processo administrativo já sofria a incidência da garantia constitucional, logicamente em se tratando de processo contencioso, como já foi dito.

Grande avanço ocorreu com o texto da Constituição de 1988, onde o direito à defesa e ao contraditório passou a incidir em qualquer processo onde houvesse litigantes e acusados em geral, o que ampliou por demais o campo de aplicação deste princípio.

---

<sup>97</sup> MIRANDA, Pontes de. **Comentários à constituição de 1967**. 2. ed. São Paulo: RT, 1971. p. 233.

Apesar de a jurisprudência já vir se posicionando favoravelmente à ampliação da incidência da garantia de defesa para além dos processos criminais, a inovação da Constituição de 1988 foi a de determinar expressamente que a qualquer litigante ou acusado seja garantido o direito a se defender plenamente. Como realça Celso Ribeiro Bastos:<sup>98</sup>

É certo que já havia, debaixo da constituição anterior, um labor extremamente meritório, tanto no âmbito doutrinário quanto jurisprudencial, no sentido de estender as garantias em questão além do processo penal. A nova redação do texto, contudo, tem o condão de constitucionalizar esta tendência, positivando-a, a nível do direito expresso.

Assim é que, com a Constituição de 1988, o direito à defesa passou a ter um papel importantíssimo na democracia brasileira, aparecendo como elemento que reduz sobremaneira o arbítrio do Estado, notadamente nos processos administrativos, “devendo estar previamente estabelecido quanto ao rito e as sanções legais, sendo asseguradas as condições para que a defesa possa ser ampla e justa”.<sup>99</sup>

Com relação ao conteúdo, outro grande avanço da Constituição de 1988 foi o de eliminar a referencia à lei no tocante aos meios e recursos inerentes à ampla defesa. Desta forma já há no dispositivo constitucional um significado mínimo de ampla defesa, que não é deixado ao talante do legislador ordinário delimitar.

Segundo Pontes de Miranda<sup>100</sup> não há um conceito de defesa perfeitamente formado. Há, porém, algo de mínimo, além do que não existe defesa. Este mínimo não necessita de regulamentação legal resumindo-se na impossibilidade processos secretos ou inquisitoriais. Este mínimo já é garantido constitucionalmente, juntamente com os meios e recursos que visam a aplicar o direito à defesa.

A Constituição de 1988 trata o direito à defesa como decorrente da personalidade e dignidade humanas, inserindo-se na categoria de direito fundamental. Vem garantir ao réu, tanto nos processos jurisdicionais quanto nos processos administrativos contenciosos, possibilidade de trazer aos autos todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade.

Ela impede que o processo se transforme em uma luta desigual, em que só a uma parte é dada a oportunidade de argumentar e produzir provas. É por isso que a defesa é um instituto que determina o verdadeiro aspecto atual do direito, qual seja, o aspecto dialético, de argumentações contraditórias tendentes a revelar a verdade. É pela análise dos argumentos das partes, que o julgador irá decidir a controvérsia, nada tendo valor inquestionável.

---

<sup>98</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários à constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva. 1989. p.122.

<sup>99</sup> COSTA, Nelson Nery; ALVES, Geraldo Magela. **Constituição federal anotada e explicada**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 30.

### 1.2.4 A estrutura principiológica do processo administrativo

A Constituição de 1988 inaugurou uma nova *etapa* para o direito administrativo com o artigo 5º, inciso LV: “aos litigantes, em processo administrativo e judicial, e aos acusados em geral, são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e os recursos a ela inerentes”. Trouxe expressamente, para a seara da função administrativa em que haja litigantes ou acusados, os princípios do contraditório e da ampla defesa.

A Lei 9784/99, na esteira da Constituição, consagrou vários princípios constitucionais expressos e implícitos. A princípio, poder-se-ia pensar que a abrangência da Lei é restrita, já que a) não se aplica à Administração Pública estadual, distrital e municipal, por força de determinação legal expressa (art. 1) e em razão da matéria ser de competência legislativa comum; b) os processos administrativos específicos continuam a ser regidos por lei própria, aplicando-se subsidiariamente os preceitos da Lei (art. 69). No entanto, como leciona Marçal Justen Filho:

A Lei 9.784 disciplina o tema do processo administrativo no âmbito federal. Portanto, poderia dizer-se que o diploma não afetaria as demais órbitas federativas, titulares de competência privativa para dispor sobre o tema no seu próprio âmbito. Ocorre que a Lei 9.784 torna evidentes certos postulados de natureza constitucional, de observância obrigatória em toda e qualquer atividade administrativa. Logo, os princípios constitucionais explicitados através da Lei n. 9784 não podem deixar de ser respeitados pelos demais entes federais: não porque esse diploma tenha natureza de lei complementar, nem porque veicule ‘normas gerais’, mas por ser essa a única alternativa compatível com a Constituição. Sob esse ângulo, o aplicador (em qualquer segmento da federação) encontra na Lei 9784 uma espécie de ‘confirmação’ do conteúdo da Constituição. As regras meramente procedimentais, porém, retratam o poder de auto-organização atribuído a todo e qualquer ente federativo.<sup>101</sup>

Há a necessidade de interpretar o processo administrativo de acordo com os princípios informadores do devido processo legal administrativo – contraditório, ampla defesa e juiz natural. Romeu Felipe Bacellar Filho trata desses três princípios:

Ao assegurar o contraditório e a ampla defesa, a Constituição objetiva munir o litigante ou o acusado de efetivos instrumentos para influir na decisão final, de modo que esta represente, como afirmado, a síntese de um diálogo e não de um monólogo. Ora, participar na formação da decisão é o oposto do prejudgamento em que o julgador, em face de sua vinculação psicológica, abstrai-se das alegações do litigante

<sup>100</sup> MIRANDA, 1971, p. 234.

<sup>101</sup> JUSTEN FILHO, 2005, p. 91-92.

ou do acusado. Ainda que a lei garanta o contraditório e a ampla defesa no processo administrativo disciplinar, sem a incidência da garantia do juiz natural, pode-se escolher a dedo um julgador predeterminado a condenar ou absolver. Neste caso, estaríamos diante de um verdadeiro ‘faz de conta’. O julgador parece levar em consideração o resultado da participação do servidor quando, na verdade, já tem sua decisão pronta. A atuação nos procedimentos que atingem a esfera jurídica do servidor é garantida constitucionalmente através de instrumentos positivos e negativos. Em sentido positivo, o contraditório e a ampla defesa viabilizam a presença ativa e crítica dos servidores envolvidos; em sentido negativo, o juiz natural impede qualquer obstrução a essa participação. Garantia de ação, garantia de não obstrução. Duas faces da mesma moeda: contraditório e ampla defesa de um lado, juiz natural de outro.<sup>102</sup>

José Joaquim Gomes Canotilho define os princípios-garantia como aqueles que “visam instituir directa e imediatamente uma *garantia* dos cidadãos. É-lhes atribuída uma densidade de autêntica normajurídica e uma força determinante, positiva e negativa. Refiram-se, a título de exemplo, o princípio de *nullum crimen sine lege* e de *nulla poena sine lege* (conforme art. 29.), o princípio do juiz natural (cfr. art. 32/7), os princípios de *non bis in idem* e *in dubio pro reo* (conforme arts. 29/4 e 32/2)”.<sup>103</sup>

Sobre o mesmo tema, Eros Roberto Grau ensina que “esses princípios traduzem-se no estabelecimento direto de garantias para os cidadãos e daí que os autores lhes chamem ‘princípios em forma de norma jurídica’ (Larenz) e considerem o legislador estreitamente vinculado a sua aplicação”.<sup>104</sup>

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não é pacífica:

1) A norma do art. 29, “d”, da Lei 3.604/74, do Estado de Mato Grosso - que determina a exclusão de oficial da polícia militar de qualquer quadro de acesso a promoção por ter sido denunciado em processo crime, enquanto a sentença final não transitar em julgado - não é incompatível com a garantia da **presunção** de não-culpabilidade dos réus ou dos indiciados (CF, art. 5º, LVII), uma vez que se trata de **princípio** constitucional circunscrito ao âmbito penal. Precedente citado: RE 210.363-ES (D JU de 16.10.98). RE 141.787-MT, rel. Min. Moreira Alves, 1º.6.99.

2) **Classe / Origem:** HCML-79812 / SP *HABEAS CORPUS* - MEDIDA LIMINAR

**Relator:** Ministro CELSO DE MELLO

**Publicação:** DJ DATA-07-12-99 P-00061

**Julgamento:** 29/11/1999

**Despacho**

EMENTA: COMISSÃO PARLAMENTAR INQUÉRITO. PRIVILÉGIO CONTRA A AUTO-INCRIMINAÇÃO. DIREITO QUE ASSISTE A QUALQUER INDICIADO OU TESTEMUNHA. IMPOSSIBILIDADE DE O PODER PÚBLICO IMPOR MEDIDAS RESTRITIVAS A QUEM EXERCE, REGULARMENTE, ESSA PRERROGATIVA. MEDIDA LIMINAR CONCEDIDA.

- O privilégio contra a auto-incriminação - que é plenamente invocável perante as Comissões Parlamentares de Inquérito - traduz direito público subjetivo assegurado

<sup>102</sup> BACELLAR FILHO, 1998a, p. 301-302.

<sup>103</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6.ed. Coimbra: Almedina, 1995. p. 179.

<sup>104</sup> GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 118.

a qualquer pessoa que deva prestar depoimento perante órgãos do Poder Legislativo, do Poder Executivo ou do Poder Judiciário.

- O exercício do direito de permanecer em silêncio não autoriza os órgãos estatais a dispensarem qualquer tratamento que implique restrição à esfera jurídica daquele que regularmente invocou essa prerrogativa fundamental.

Precedentes.

- Ninguém pode ser tratado como Lei de Processo Administrativo, independentemente da natureza do ilícito penal que lhe possa ser atribuído, sem que exista decisão judicial condenatória transitada em julgado. O princípio constitucional da não-Lei de Processo Administrativo consagra, em nosso sistema jurídico, uma regra de tratamento que impede o Poder Público de agir e de se comportar, em relação ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado ou ao réu, como se estes já houvessem sido condenados definitivamente por sentença do Poder Judiciário.

Precedentes.

Em suma: o direito ao silêncio constitui prerrogativa individual que não pode ser desconsiderada por qualquer dos Poderes da República. Cabe enfatizar, por necessário - e como **natural** decorrência dessa insuprimível prerrogativa constitucional - que nenhuma conclusão desfavorável ou qualquer restrição de ordem jurídica à situação individual da pessoa que invoca essa cláusula de tutela pode ser extraída de sua válida e legítima opção pelo silêncio.

Sendo assim, tendo presentes as razões expostas, defiro, em parte, o pedido de medida liminar, com o específico objetivo de assegurar, ao ora paciente, caso invoque, em seu benefício, em depoimento perante a CPI/Narcotráfico, o privilégio contra a auto-incriminação, o direito de recusar-se a responder a perguntas cujo esclarecimento possa acarretar-lhe grave dano jurídico. A presente medida liminar - que não exonera o paciente do dever de comparecer perante a CPI/Narcotráfico (eis que regular o ato de sua convocação) - destina-se a impedir que José Corissa Neto, caso se recuse a responder a determinadas perguntas, com fundamento no privilégio contra a auto-incriminação, venha a sofrer, em função do regular exercício dessa liberdade político-jurídica (que lhe garante, em situações específicas, o direito de permanecer calado), qualquer constrangimento em seu status libertatis.

3) HC-79244 / DF

*HABEAS CORPUS*

**Relator:** Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE

**Publicação Julgamento:** Tribunal Pleno

**Ementa**

EMENTA: I. CPI: nemo tenetur se detegere: direito ao silêncio. Se, conforme o art. 58, § 3º, da Constituição, as comissões parlamentares de **inquérito**, detêm o poder instrutório das autoridades judiciais - e não maior que o dessas - a elas se poderão opor os mesmos limites formais e substanciais oponíveis aos juízes, dentre os quais os derivados das garantias constitucionais contra a auto-incriminação, que tem sua manifestação mais eloquente no direito ao silêncio dos acusados. Não importa que, na CPI - que tem poderes de instrução, mas nenhum poder de processar nem de julgar - a rigor não haja acusados: a garantia contra a auto-incriminação se estende a qualquer indagação por autoridade pública de cuja resposta possa advir à imputação ao declarante da prática de crime, ainda que em procedimento e foro diversos.

Habeas corpus deferido parcialmente para que comparecendo na CPI não possa ser ameaçado de prisão ou ser novamente preso.

4) **Classe / Origem:** ADIMC-855 / PR

ACAO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - MEDIDA CAUTELAR .

**Relator:** Ministro SEPULVEDA PERTENCE

**Publicação:** DJ DATA-01-10-93 PP-20212 EMENT VOL-01719-01 PP-00071

**Julgamento:** 01/07/1993 - TRIBUNAL PLENO

EMENTA - Gás liquefeito de petróleo: lei estadual que determina a pesagem de botijões entregues ou recebidos para substituição a vista do consumidor, com pagamento imediato de eventual diferença a menor: arguição de

inconstitucionalidade fundada nos arts. 22, IV e VI (energia e metrologia), 24 e PARS., 25, PAR. 2., 238, além de violação ao **princípio** de **proporcionalidade** e razoabilidade das leis restritivas de direitos: plausibilidade jurídica da arguição que aconselha a suspensão cautelar da lei impugnada, a fim de evitar danos irreparáveis à economia do setor, no caso de vir a declarar-se a inconstitucionalidade: liminar deferida.

**5) Classe / Origem:** RE-157905 / SP RECURSO EXTRAORDINÁRIO

**Relator:** Ministro MARCO AURELIO

**Publicação:** DJ DATA-25-09-98 PP-00020 EMENT VOL-01924-02 PP-00221

**Julgamento:** 06/08/1997 - Tribunal Pleno

**EMENTA** - DEVIDO PROCESSO LEGAL - INFRAÇÃO - AUTUAÇÃO - MULTA - MEIO AMBIENTE - CIÊNCIA FICTA - PUBLICAÇÃO NO JORNAL OFICIAL - INSUBSISTÊNCIA. A ciência ficta de processo administrativo, via Diário Oficial, apenas cabe quando o interessado está em lugar incerto e não sabido. Inconstitucionalidade do § 4º do artigo 32 do Regulamento da Lei nº 997/76 aprovado via Decreto nº 8.468/76 com a redação imprimida pelo Decreto nº 28.313/88, do Estado de São Paulo, no que prevista a ciência do autuado por infração ligada ao meio ambiente por simples publicação no Diário.

### **Princípio da Inadmissibilidade das Provas Ilícitas**

A prova, dependendo do caso, poderá ser apresentada tanto pela Administração quanto pelo cidadão. Quando produzida pela administrado, tal ocorre em virtude do direito de defesa, que implica a possibilidade de oferecer e produzir prova, permitindo-se, em princípio, a ampla produção, vedadas somente aquelas não permitidas em direito (Exemplo: escuta telefônica clandestina e outras provas obtidas por meios ilícitos).

Assim, no curso do procedimento, em conformidade com seu objeto, poderão ser apresentados os seguintes meios de prova: a) *prova documental* (certidões, atestados, declarações, fotografias, video-cassetes, gravações feitas em recintos públicos, etc.), sendo admitidos tanto documentos públicos quanto privados; b) *prova testemunhal* (depoimentos de servidores públicos e particulares); e c) *prova pericial*, quando o deslinde de uma dada situação exigir o concurso de conhecimentos técnicos especializados (Exemplo: perícias relativas a danos ambientais).

Segundo a Lei de Processo Administrativo (art. 36), cabe ao interessado a prova dos fatos que tenha alegado. Contudo, quando o interessado declarar que fatos e dados estão registrados em documentos existentes na própria Administração responsável pelo processo ou em outro órgão administrativo, o órgão competente para instrução proverá, de ofício, a obtenção dos documentos ou das respectivas cópias (art. 37). O interessado, poderá, ainda na fase instrutória e antes de tomada a decisão, juntar documentos e pareceres, requerer diligências e perícias, bem como aduzir alegações referentes à matéria objeto do processo (art. 38). Por outro lado, deve-se considerar que os elementos probatórios deverão ser considerados na motivação do relatório e da decisão (§ 1º).

Sendo o procedimento conduzido por comissão, órgão ou autoridade pública singular, esta, detentora da prerrogativa de condução e direção do processo, e tendo em vista os imperativos de eficiência, economia e celeridade, sem comprometimento da ampla defesa, poderá rejeitar a prova oferecida, total ou parcialmente, quando esta for impertinente ou meramente protelatória, devendo fazê-lo através de despacho fundamentado. Neste diapasão, pela Lei de Processo Administrativo, “somente poderão ser recusadas, mediante decisão fundamentada, as provas propostas pelos interessados quando seja ilícitas, impertinentes, desnecessárias ou protelatórias” (art. 38, § 2º).

Na valoração das provas, a Administração não se encontra enclausurada dentro de parâmetros fixos, não se admitindo, por outro lado, a valoração discricionária e arbitrária. Vigora aqui o princípio da apreciação crítica e da livre convicção, a qual, ao manifestar-se em julgamento ou decisão, deve expressar-se de forma fundamentada, revelando de forma explícita os caminhos de sua formação. Assim, chegado ao termo do procedimento, a decisão a ser tomada deve ser motivada.<sup>105</sup>

### **O Direito ao Silêncio ou o Privilégio contra a Auto-Incriminação**

Muitas vezes ocorre o chamado silêncio da Administração. Instada a se manifestar sobre determinado assunto, de interesse individual, corporativo ou público, o Poder Público não se manifesta. Ou mesmo sendo processada uma determinada pretensão, a decisão administrativa, em processo administrativo, não é pronunciada em tempo razoável. Em ambos os casos é o famoso “engavetamento”. Tal silêncio deve ser interpretado como uma *denegação tácita* do pedido formulado. De fato, a Administração foi convocada, mediante petição da parte administrativa interessada (particular, pessoa jurídica, associação, servidor público), a se manifestar sobre determinada. A inércia, omissão, ou mesmo má vontade do Poder Público não pode prejudicar direitos ou interesses legítimos, ou mesmo obstaculizar o acesso a instâncias superiores. Segundo Nelson Nery Costa, este silêncio é fato jurídico administrativo relevante, consistindo em indeferimento tácito da petição direcionada à Administração. Assim, em face do laconismo da Administração Pública, o interessado fica habilitado a desencadear as medidas cabíveis, devendo-se considerar que medidas são cabíveis. Pode recorrer à instância administrativa superior, ou mesmo acionar a via judicial.<sup>106</sup>

---

<sup>105</sup> BACELLAR FILHO, 2003.

<sup>106</sup> COSTA, Nelson Nery apud BACELLAR FILHO, 2003.

### Princípio do Contraditório e da Ampla Defesa

Romeu Felipe Bacellar Filho, tratando da importância de uma Administração compromissada com a realização dos direitos fundamentais, defende que “no processo administrativo, a garantia de *status* ativo aos que litigam (com ou perante a Administração) ou são acusados (pela Administração) deixa claro que o contraditório e a ampla defesa, nestes processos, não são menos significativos do que aqueles garantidos no processo judicial. Pelo contrário, o *status activus processualis* corresponde a própria garantia dos direitos fundamentais. Não há justificativa para pretender a realização dos direitos fundamentais no processo judicial em detrimento do administrativo, ou vice-versa”.<sup>107</sup>

Costuma-se identificar o princípio do contraditório no processo administrativo como a informação necessária e a reação possível, adotando-se a teoria de Giuseppe La China.<sup>108</sup> Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, o contraditório “é decorrente da bilateralidade do processo: quando uma das partes alega alguma coisa, há de ser ouvida também a outra, dando-se-lhe oportunidade de resposta.”<sup>109</sup> O princípio exige, portanto, “1. notificação dos atos processuais à parte interessada; 2. possibilidade de exame das provas constantes no processo, 3. direito de assistir à inquirição de testemunhas, 4. direito de apresentar defesa escrita.”<sup>110</sup>

Por outro lado, a ampla defesa, que não é a defesa, mas a ampla defesa, traduz o comando de que ninguém pode ser julgado sem ser ouvido. Comporta a idéia de que não pode haver justiça, por mais “correta” que possa parecer a decisão, se a parte atingida não puder ser ouvida pelo seu juiz antes da decisão.

Sobre o princípio da justiça, David Duarte argumenta que ele não depende, para sua validade e obrigatoriedade, do seu acolhimento num texto constitucional expresso, porque “ele é o próprio limite de qualquer decisão estadual”, “é co-natural à existência do ordenamento, quer esteja escrito ou não, e as virtualidades que encerra, na potencialidade de compreensão das margens de liberdade das decisões jurídico-públicas, são sempre operativas e susceptíveis de se traduzirem em medidas de referência limitativa.”<sup>111</sup> Para o autor, há uma relação incindível entre justiça, igualdade e proporcionalidade, porque “ser justo é tratar

<sup>107</sup> BACELLAR FILHO, 2003, p. 74.

<sup>108</sup> Ibid., p. 218.

<sup>109</sup> DI PIETRO, 2001, p. 502.

<sup>110</sup> Ibid., p. 502.

<sup>111</sup> DUARTE, David. **Procedimentalização:** participação e fundamentação: para uma concretização do princípio da imparcialidade administrativa como parâmetro decisório. Coimbra: Almedina, 1996. p. 328.

aquilo que é igual de igual modo e não agir excessivamente para além da medida adequada ('justa'). Daí que a justiça seja, desde logo, igualdade e proporcionalidade."<sup>112</sup>:

Mas a "informação necessária e a reação possível" não dão conta do significado do princípio: são, antes, uma decorrência, um corolário da substância do contraditório. Ao tratar do processo penal, Jorge Figueiredo Dias, aponta o contraditório como "princípio ou direito de audiência; como, isto é (numa formulação intencionalmente enxuta), oportunidade conferida a todo o participante processual de influir, através da sua audição pelo tribunal, no decurso do processo."<sup>113</sup>

A Lei nº 9784/99 também dispõe sobre o contraditório e a ampla defesa nos processos administrativos como princípios da Administração (art. 2º) e dispõe sobre os seus corolários em diversas passagens de seu texto.<sup>114</sup>

### **Princípio do Devido Processo Legal**

Como leciona Luis Roberto Barroso,

o princípio do devido processo legal, como é assente, não tem um sentido unívoco predefinido. Trata-se de uma cláusula de relativa elasticidade, mas que, naturalmente, abriga certos conteúdos mínimos, sob pena de tornar-se uma inutilidade. A doutrina processual tem identificado, no *due process of law*, três subprincípios: o do juiz natural, o do contraditório e o do procedimento regular. Por procedimento regular entende-se 'a observância das normas e da sistemática previamente estabelecida como garantia das partes no processo.'<sup>115</sup>

O devido processo legal está consagrado no art. 5º, inc. LIV, da CF: "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal". Na esteira da construção americana, o Supremo Tribunal Federal reconhece duas faces ao princípio: a material (*substantive due process*) e a processual (*procedural due process*), como se atesta de decisão da lavra do Ministro Celso de Mello:

*SUBSTANTIVE DUE PROCESS OF LAW E FUNÇÃO LEGISLATIVA*: A cláusula do devido processo legal — objeto de expressa proclamação pelo art. 5º, LIV, da Constituição — deve ser entendida, na abrangência de sua noção conceitual, não só sob o aspecto meramente formal, que impõe restrições de caráter ritual à atuação do Poder Público, mas, sobretudo, em sua dimensão material, que atua como decisivo

<sup>112</sup> DUARTE, 1996, p. 329.

<sup>113</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito processual penal**. Coimbra: Coimbra, 1974. v. I. p. 153.

<sup>114</sup> Cite-se o inc. X, do art. 2º; incisos II a IV, do art. 3º; art. 26; art. 29; art. 56, entre outros.

<sup>115</sup> BARROSO, Luis Roberto. Presunção de inocência, devido processo legal, ampla defesa e julgamento em instância ordinária única. In: **Temas de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 596.

obstáculo à edição de atos legislativos de conteúdo arbitrário. A essência do substantive *due process of law* reside na necessidade de proteger os direitos e as liberdades das pessoas contra qualquer modalidade de legislação que se revele opressiva ou destituída do necessário coeficiente de razoabilidade. Isso significa, dentro da perspectiva da extensão da teoria do desvio de poder ao plano das atividades legislativas do Estado, que este não dispõe da competência para legislar ilimitadamente, de forma imoderada e irresponsável, gerando, com o seu comportamento institucional, situações normativas de absoluta distorção e, até mesmo, de subversão dos fins que regem o desempenho da função estatal. O magistério doutrinário de CAIO TÁCITO. Observância, pelas normas legais impugnadas, da cláusula constitucional do *substantive due process of law*.<sup>116</sup>

A Egrégia Corte tem ressalvado a obrigatória incidência do devido processo legal judicial, refutando a possibilidade de decisões administrativas auto-executórias em se tratando de busca e apreensão de bens:

[...] Deferiu-se, ainda, a liminar para suspender a eficácia do inciso XV do art. 19 que atribui à Agência Nacional de Telecomunicações poderes para realizar busca e apreensão de bens no âmbito de sua competência, por ofensa, à primeira vista, ao art. 5º, LIV ('ninguém será privado da liberdade ou de bens sem o devido processo legal').<sup>117</sup> ADinMc 1668-DF, Rel. Ministro Marco Aurélio, j. 20.8.98.

De outro lado, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sufraga o entendimento de que a proibição de provas ilícitas no processo, consagrada no art. 5º, inc. LIV — “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos” — é corolário do princípio do devido processo legal:

A cláusula constitucional do *due process of law* encontra, no dogma da inadmissibilidade processual das provas ilícitas, uma de suas mais expressivas projeções concretizadoras, pois o réu tem o direito de não ser denunciado, de não ser processado e de não ser condenado com apoio em elementos probatórios obtidos ou produzidos de forma incompatível com os limites ético-jurídicos que restringem a atuação do Estado em sede de persecução penal. - A prova ilícita - por qualificar-se como elemento inidôneo de informação - é repelida pelo ordenamento constitucional, apresentando-se destituída de qualquer grau de eficácia jurídica. - Qualifica-se como prova ilícita o material fotográfico, que, embora alegadamente comprobatório de prática delituosa, foi furtado do interior de um cofre existente em consultório odontológico pertencente ao réu, vindo a ser utilizado pelo Ministério Público, contra o acusado, em sede de persecução penal, depois que o próprio autor do furto entregou à Polícia as fotos incriminadoras que havia subtraído. No contexto do regime constitucional brasileiro, no qual prevalece a inadmissibilidade processual das provas ilícitas, impõe-se repelir, por juridicamente ineficazes, quaisquer elementos de informação, sempre que a obtenção e/ou a produção dos dados

<sup>116</sup> Supremo Tribunal Federal. ADIMCQ (Ação direta de inconstitucionalidade, medida cautelar, questão de ordem) 1063-DF. Relator: Ministro Celso de Mello. DJU 27.4.91. p. 00057. Ementário: vol. 02028-01, p. 00083. Julgamento: 18.5.94. Tribunal Pleno.

<sup>117</sup> Supremo Tribunal Federal. ADINMC 1668-DF. Relator: Ministro Marco Aurélio. Julgamento: 20.8.98.

probatórios resultarem de transgressão, pelo Poder Público, do ordenamento positivo, notadamente naquelas situações em que a ofensa atingir garantias e prerrogativas asseguradas pela Carta Política (RTJ 163/682 - RTJ 163/709), mesmo que se cuide de hipótese configuradora de ilicitude por derivação (RTJ 155/508), ou, ainda que não se revele imputável aos agentes estatais o gesto de desrespeito ao sistema normativo, vier ele a ser concretizado por ato de mero particular. Doutrina. GARANTIA CONSTITUCIONAL DA INVIOABILIDADE DOMICILIAR (CF, ART. 5º, XI). CONSULTÓRIO PROFISSIONAL DE CIRURGIÃO-DENTISTA. ESPAÇO PRIVADO SUJEITO À PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL (CP, ART. 150, § 4º, III). NECESSIDADE DE MANDADO JUDICIAL PARA EFEITO DE INGRESSO DOS AGENTES PÚBLICOS. JURISPRUDÊNCIA. DOCTRINA. - Para os fins da proteção constitucional a que se refere o art. 5º, XI, da Carta Política, o conceito normativo de "casa" revela-se abrangente e, por estender-se a qualquer compartimento privado onde alguém exerce profissão ou atividade (CP, art. 150, § 4º, III), compreende os consultórios profissionais dos cirurgiões-dentistas. - Nenhum agente público pode ingressar no recinto de consultório odontológico, reservado ao exercício da atividade profissional de cirurgião-dentista, sem consentimento deste, exceto nas situações taxativamente previstas na Constituição (art. 5º, XI). A imprescindibilidade da exibição de mandado judicial revelar-se-á providência inafastável, sempre que houver necessidade, durante o período diurno, de proceder-se, no interior do consultório odontológico, a qualquer tipo de perícia ou à apreensão de quaisquer objetos que possam interessar ao Poder Público, sob pena de absoluta ineficácia jurídica da diligência probatória que vier a ser executada em tal local.<sup>118</sup> RE 251.445-GO.

Com efeito, o contraditório somado à ampla defesa traduz a idéia singular do devido processo legal.

### Princípios Implícitos

A doutrina brasileira tem afirmado a presença de princípios implícitos da Administração Pública em sede constitucional.<sup>119</sup> Nesse sentido, a lição de Carlos Ari Sunfeld:

Ocorre que os princípios nem sempre estão inscritos explicitamente em algum texto normativo. Frequentemente, estão apenas implícitos, tornando-se necessário desvendá-los. [...] Fundamental notar que todos os princípios jurídicos, inclusive os implícitos, têm sede direta no ordenamento jurídico. [...] Os princípios implícitos são tão importantes quanto os explícitos; constituem, como estes, verdadeiras normas jurídicas. Por isso, desconhecê-los é tão grave quanto desconsiderar quaisquer outros princípios.<sup>120</sup>

<sup>118</sup> Supremo Tribunal Federal. RE 251.445-GO. Relator: Ministro Celso de Mello.

<sup>119</sup> Nesse sentido, conferir os principais manuais de Direito Administrativo: Celso Antônio Bandeira de Mello, Maria Sylvania Zanella Di Pietro, Lúcia Valle Figueiredo, Diógenes Gasparini e Odete Medauar. Na doutrina argentina, Juan Carlos Cassagne assevera que os princípios gerais de direito administrativo correspondem não só aos princípios positivos expressos das Constituições, mas também aqueles que surgem de um modo implícito e informam o respectivo ordenamento constitucional, como também aqueles que, na ausência de regulação positiva, encontram-se no direito natural. CASSAGNE, Juan Carlos. **Los principios generales del derecho en el derecho administrativo**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1992. p. 84-85.

<sup>120</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público**. São Paulo: Malheiros, 1992. p. 143-144.

Cumpra examinar os princípios constitucionais implícitos do processo administrativo que, muitas vezes, serão explicitados na legislação.

### **Princípio do Juiz Natural**

Não é possível pensar nos princípios do contraditório, ampla defesa e devido processo legal sem atentar para o fato de que uma das finalidades principais está em garantir que a parte tenha conhecimento de quem é o seu julgador e possa se apresentar diante dele para expor os seus argumentos, a sua defesa.

Se o contraditório e a ampla defesa, no processo administrativo garantem o direito subjetivo da parte de acesso ao seu juiz e o correlato dever do juiz de levar em conta os argumentos propostos no momento da decisão, não seria lógico, nem razoável que a Constituição tivesse identificado o processo administrativo como um procedimento *com* contraditório e ampla defesa na presença de litigantes ou acusados sem assegurar, correlatamente, um procedimento com juiz natural.

Daniel Ferreira sustenta que “similar ao consagrado princípio do juiz natural está o da autoridade natural, também denominado pela professora Lucia Figueiredo como o do ‘administrador competente’”.<sup>121</sup>

Romeu Felipe Bacellar Filho defende que a Constituição exige a incidência do juiz natural no processo administrativo (e no processo administrativo disciplinar). Para fundamentar esta tese, prova que numa interpretação literal das regras constitucionais consubstanciadas no artigo 5º, incisos XXXVII e LIII, a Constituição não exclui a incidência deste princípio na seara administrativa.<sup>122</sup> O juiz natural é a autoridade imparcial, de forma que “quando a lei fixa presunções de parcialidade absoluta (impedimento) ou relativa (suspeições) está concretizando o princípio constitucional do juiz natural”.<sup>123</sup>

A Lei 9784/99, que regula o processo administrativo, estabelece, nos artigos 18 a 21 hipóteses de impedimento e suspeição para as autoridades administrativas.

O Tribunal de Justiça do Estado do Paraná teve oportunidade de afirmar o direito do servidor acusado de recusar uma autoridade processante por motivo de suspeição no processo administrativo disciplinar, mesmo na ausência de disposição legal expressa, utilizando-se do recurso à analogia ao Código de Processo Civil:

<sup>121</sup> FERREIRA, Daniel. **Sanções administrativas**. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 126.

<sup>122</sup> BACELLAR FILHO, 1998a, p. 297-302.

<sup>123</sup> Ibid., p. 292.

O oferecimento de exceção de suspeição, no processo administrativo depende, para ser acolhida e processada regularmente, da observância do prazo de 15 dias, constantes da regra do artigo 305 do CPC. Se da ocorrência do fato que ocasionou a suspeição (depoimento de testemunha), transcorreu mais de quinze dias, ocorre a preclusão temporal, que extingue a possibilidade do exercício do oferecimento da exceção processual.<sup>124</sup>

### **Princípio do Formalismo Moderado**

Segundo Lúcia Valle Figueiredo, “o informalismo a favor do administrado (jamais contra) também é outra regra do processo administrativo. E desde que não se esteja a tratar de processos que envolvam terceiros, como os concorrenciais.”<sup>125</sup> Na doutrina argentina, Beltrán Gambier, o informalismo a favor do administrado constitui um princípio geral de direito administrativo e não implica a inexistência de formalidades, mas que se estas não forem essenciais podem ser excusadas aos particulares.<sup>126</sup>

No entanto, Odete Medauar critica o termo “princípio do informalismo”, considerando-o inadequado por dar a entender que não há ritos ou formas no processo administrativo. Prefere aludir ao princípio do formalismo moderado que “consiste, em primeiro lugar, na previsão de ritos e formas simples, suficientes para propiciar um grau de certeza, segurança, respeito aos direitos dos sujeitos, o contraditório e a ampla defesa. Em segundo lugar, se traduz na exigência de interpretação flexível e razoável quanto a formas, para evitar que estas sejam vistas como fim em si mesmas, desligadas da verdadeira finalidade do processo.”<sup>127</sup>

Os incisos VIII e IX, do art. 2º, da Lei 9784/99 traduzem o espírito desse princípio:

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: VIII – observância das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados; IX – adoção de formas simples, suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados”. Também o art. 55, da Lei 9784/99 está inspirado no princípio do formalismo moderado: Em decisão na qual se evidencie não acarretarem lesão ao interesse público nem prejuízo a terceiros, os atos que apresentarem defeitos sanáveis poderão ser convalidados pela própria Administração.

<sup>124</sup> Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Mandado de Segurança nº 81263500. III Grupo de Câmaras Cíveis. Relator: Desembargador Accacio Cambi. Julgamento: 21.10.1999. Acórdão nº 529.

<sup>125</sup> FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 425.

<sup>126</sup> GAMBIER, Beltrán. El principio del informalismo en el procedimiento administrativo. In: **La protección jurídica del ciudadano**: procedimiento administrativo e garantía jurisdiccional. Estudios en homenaje ao profesor Jesus Gonzalez Perez. Tomo III. Madrid: Civitas, 1993. p. 2290. Nesse sentido, também Juan Carlos Cassagne para quem o informalismo, enquanto princípio geral do direito administrativo, é sempre a favor do administrado. CASSAGNE, 1992, p. 91.

<sup>127</sup> MEDAUAR, Odete. Bases do processo administrativo. In: **Processo administrativo**: aspectos atuais. São Paulo: Cultural Paulista, 1998. p. 22.

### **Princípios da Verdade Material**

Para Lúcia Valle Figueiredo, “a verdade material é princípio específico do processo administrativo, como também o é do processo penal (princípio inquisitivo). A busca da verdade material é oposta ao princípio dispositivo, peculiar ao processo civil.”<sup>128</sup>

Na antípoda desse pensamento, Romeu Felipe Bacellar Filho defende que “a aceitação do princípio da verdade material pode conduzir a dois resultados indesejáveis: i) permanência da visão inquisitória do processo administrativo e ii) a admissão da *reformatio in pejus*. Indesejáveis, sobretudo, em um processo administrativo que encontra no contraditório a sua razão de ser democrática.”<sup>129</sup>

### **Princípio da Motivação**

A Lei 9784/99 não só consagra expressamente o princípio da motivação em seu art. 2º, como delimita o sentido e o alcance desse princípio. O inc. VII, do art. 2º determina a observância, pela Administração, “da indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinarem a decisão”. Por outro lado, a Lei exige a motivação nos atos administrativos relativos à instrução processual: o §1º, do art. 38 dispõe que “os elementos probatórios deverão ser considerados na motivação do relatório e da decisão” assim como o §2º exige que “somente poderão ser recusadas, mediante decisão fundamentada, as provas propostas pelos interessados quando sejam ilícitas, impertinentes, desnecessárias ou protelatórias”. A Lei alcança também o poder cautelar da Administração, já que o art. 45 obriga que “Em caso de risco iminente, a Administração Pública poderá motivadamente adotar providências acauteladoras sem a prévia manifestação do interessado”. Determina que o relatório deve formular proposta de decisão “objetivamente justificada” (art. 47). Por fim, o art. 50 traz elenco exemplificado das hipóteses que exigem motivação, todas envolvendo situações ou de litigância ou de acusação, na esteira da proteção constitucional do processo administrativo:

Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:

- I – neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses;
- II – imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções;
- III – decidam processos administrativos de concurso ou seleção pública;
- IV – dispensem ou declarem a inexigibilidade de processo licitatório;
- V – decidam recursos administrativos;
- VI – deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais;
- VIII – importem anulação, revogação, suspensão ou convalidação de ato

<sup>128</sup> FIGUEIREDO, 2001, p. 424.

<sup>129</sup> BACELLAR FILHO, 1998a, p. 254.

administrativo.

§1º. A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas que, neste caso, serão parte integrante do ato.

§2º Na solução de vários assuntos da mesma natureza, pode ser utilizado meio mecânico que reproduza os fundamentos das decisões, desde que não prejudique direito ou garantia dos interessados.

§3º A motivação das decisões de órgãos colegiados e comissões ou de decisões orais constará da respectiva ou de termo escrito.

Egon Bockmann Moreira liga o princípio da motivação ao princípio da ampla defesa argumentando que a participação efetiva do interessado no esclarecimento e formação da decisão administrativa exige o pleno conhecimento das razões dos atos administrativos a fim de que seja possível manifestar-se sobre eles.<sup>130</sup>

Daniel Ferreira conclui que, “não apenas porque implicitamente prevista na Constituição Federal ou porque expressamente prevista em lei federal (a que versa sobre o processo administrativo), a motivação dos atos administrativos é *conditio sine qua non* de sua validade, mormente que do ato versar sobre restrição de direitos de natureza sancionadora.”<sup>131</sup> Afinal, “não teriam eficácia as regras constitucionais quando a Administração pudesse decidir de modo não fundamentado e não motivado. De pouco serviria garantir o direito de recurso, quando a Administração não estivesse vinculada a respeitar seus termos para decidir.”<sup>132</sup>

### **Princípio da Revisibilidade**

O princípio da revisibilidade configura desdobramento do princípio da ampla defesa<sup>133</sup>. Como assinala Egon Bockmann Moreira: “Os recursos são um desdobramento das garantias processuais detidas pelos particulares (ampla defesa, devido processo legal etc.) e não podem ser menosprezadas pelo hermenêuta.”<sup>134</sup>

Este princípio encontra posituação no inc. X, do art. 2º, da Lei 9784/99 que garante “a interposição de recursos, nos processos de que possam resultar sanções e nas situações de litígio” como também no art. 56: “Das decisões administrativas cabe recurso, em face de razões de legalidade e de mérito.”

<sup>130</sup> MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo administrativo: princípios constitucionais e a lei 9784/99**. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 258.

<sup>131</sup> FERREIRA, op. cit., p. 115. Juan Carlos Cassagne enquadra como princípio geral do direito administrativo a necessidade de motivar os atos que afetem direitos e interesses individuais ou coletivos. CASSAGNE, 1992, p. 92-93.

<sup>132</sup> JUSTEN FILHO, 2005, p. 647.

<sup>133</sup> BACELLAR FILHO, 1998a, p. 283.

<sup>134</sup> MOREIRA, 2000, p. 238.

Ada Pelegrini Grinover leciona que, no tema relativo aos recursos, dois princípios se chocam e devem ser conciliados: o princípio da justiça e o da certeza jurídica. Segundo a autora, esta conciliação opera-se mediante a aceitação do duplo grau de jurisdição:

Na realidade, a tendência é no sentido de conservar-se o duplo grau de jurisdição, em benefício do princípio da justiça; mas se nota, paralelamente, a preocupação em limitar-se o número de recursos, a fim de resguardar também o princípio da certeza e o princípio da brevidade. [...]

O princípio do duplo grau de jurisdição funda-se na possibilidade da decisão de primeiro grau ser injusta ou errada, daí decorrendo a necessidade de permitir-se sua reforma em grau de recurso. [...]

Apesar da inexistência de regra constitucional expressa que garanta o duplo grau de jurisdição, parece-nos, com José Frederico Marques, que a regra é imanente na Lei Magna, a qual, como as anteriores, mais que a dualidade de graus de jurisdição, adota o sistema da pluralidade deles. [...]

Mas ainda que não se visse, a esse propósito, um princípio constitucional manifesto e autônomo, no sentido da garantia do duplo grau de jurisdição, sem dúvida alguma seu desrespeito configuraria ofensa ao princípio da isonomia. Quer se trate de princípio constitucional autônomo, garantido, implicitamente embora, pela nossa constituição; quer se trate daquele princípio da igualdade a que já nos referimos, haverá, em nosso entender, desrespeito às regras constitucionais do processo, quando se suprimir o duplo grau de jurisdição. [...]

O duplo grau de jurisdição, ainda que não configure – ‘ad argumentandum’- garantia constitucional autônoma, faz parte, sem dúvida alguma, daquele conjunto de garantias que configuram o ‘devido processo legal’. Já o disse Frederico Marques.<sup>135</sup>

Para Lúcia Valle Figueiredo, “o direito ao duplo grau ou à revisibilidade é inerente ao contraditório e à ampla defesa, ou seja, o direito à revisão do decidido singularmente, quer sejam atos administrativos, que atinjam o administrado, quer seja em processos sancionatórios e/ou disciplinares.”<sup>136</sup>

O princípio alberga também os processos em que, embora não haja uma acusação, há a configuração de uma situação de litigância, em que o particular pode ter sua esfera jurídica atingida de forma negativa por um ato administrativo. Como defende Lúcia Valle Figueiredo, “não se pode admitir processo em que haja ‘litigiosidade’ ou ‘acusados’, sem possibilidade de recurso. A nosso sentir, a supressão da possibilidade de recorrer atenta ao *due process*.”<sup>137</sup>

<sup>135</sup> GRINOVER, Ada Pelegrini. **Os princípios constitucionais e o código de processo civil**. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1975. p. 137-144.

<sup>136</sup> FIGUEIREDO, 2001, p. 425.

<sup>137</sup> Id. Estado de direito e devido processo legal. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 209, jul./set. 1997.

### **Princípio da Proibição da *Reformatio in Pejus***

A Lei 9784/99 admite a possibilidade da *reformatio in pejus* resguardando, porém, a possibilidade de apresentação de novas alegações antes da decisão final:

Art. 64. O órgão competente para decidir o recurso poderá confirmar, modificar, anular ou revogar, total ou parcialmente, a decisão recorrida, se a matéria for de sua competência. Parágrafo único. Se da aplicação do disposto neste artigo puder decorrer gravame à situação do recorrente, este deverá ser cientificado para que formule suas alegações antes da decisão.

Antes da edição da Lei 9784/99, o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná já havia aceitado a *reformatio in pejus* no processo administrativo desde que fosse aberto novo prazo para defesa e canceladas as penas precedentes se aplicadas com erro:

Administrativo e constitucional. Funcionário público. Delegado de polícia. Procedimento administrativo disciplinar. Suspensão com perda de vencimentos. Recurso recebido apenas no efeito devolutivo. Cumprimento das penas. *Reformatio in pejus* por ato do Governador do Estado para o efeito de aplicação da pena de demissão, sem que fosse reaberto prazo para a defesa. Ainda que, ao contrário do Direito Penal, afigura-se admissível a *reformatio in pejus*. Mas para que tal ocorra é indispensável, além da reabertura de prazo para a defesa, o cancelamento das penas precedentes, se aplicadas com erro, a fim de evitar a violação da regra ne bis in idem, segundo a qual não se pode punir disciplinarmente duas vezes pelo mesmo fato. Cumpridas pelo servidor as penas de suspensão e perda dos vencimentos, resulta inadmissível a demissão, aplicada além do mais com violação do devido processo legal.<sup>138</sup>

Todavia, Lúcia Valle Figueiredo defende a incidência do princípio da proibição da *reformatio in pejus* no processo administrativo sob o argumento de que se houvesse possibilidade de ser agravada a pena, por evidente que esse fato obstacularia a garantia constitucional do duplo grau de jurisdição.<sup>139</sup>

<sup>138</sup> Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Mandado de Segurança nº 28.489-9, Curitiba. Acórdão n. 1924-OE. Relator: Desembargador Sydney Zappa. Julgamento: 4.3.94. DJ 4130, de 11.4.94.

<sup>139</sup> FIGUEIREDO, 1997.

### Princípio da Presunção de Inocência

O princípio da presunção de inocência, no direito administrativo, importa “uma presunção *juris tantum*, que implica a livre apreciação da prova pela Administração, sempre em um ambiente de pesquisa e de discussão contraditórias.”<sup>140</sup>

Infelizmente, como salienta Eugênio Pacelli de Oliveira, “no campo do princípio da presunção de inocência a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, recusa-lhe maior dignidade normativa, permitindo, como se sabe, a execução provisória de decisão pendente de recurso especial ou extraordinário.”<sup>141</sup>

Ainda em sede de presunção de inocência, cuja configuração no Brasil, como se verá, não traduz qualquer presunção, e, sim efetiva situação jurídica, releva notar a inclinação da Suprema Corte para a aceitação das normas legais impeditivas da liberdade provisória para determinadas imputações, tal como previsto na Lei 8072/90 (crimes hediondos), Lei 9034/95 (crimes organizados) e Lei 9613/98 (crimes de lavagem de dinheiro, bens e valores).<sup>142</sup>

A decisão abaixo transcrita confirma o entendimento esposado por Eugênio Pacelli de Oliveira a respeito da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: negou-se a incidência da garantia da presunção de não culpabilidade dos réus ou dos indiciados na esfera administrativa:

A norma do art. 29, d, da Lei 3604/74, do Estado de Mato Grosso – que determina a exclusão de oficial da policial militar de qualquer quadro de acesso a promoção por ter sido denunciado em processo crime, enquanto a sentença final não transitar em julgado – não é incompatível com a garantia da presunção de não culpabilidade dos réus ou dos indiciados (CF, art. 5º, LVII), uma vez que se trata de princípio constitucional circunscrito ao âmbito penal. Precedente citado: RE 210.363-ES (DJU de 16.10.98).<sup>143</sup>

Todavia, como informa Miguel José Izu Belloso, a jurisprudência do Tribunal Constitucional espanhol tem se alinhado no sentido da obrigatoriedade da incidência, no direito administrativo punitivo, do princípio da presunção de inocência ao lado de outros princípios do direito penal (reserva de lei, tipicidade, *non bis in idem*, irretroatividade de

<sup>140</sup> DIAS, Eduardo Rocha. **Sanções administrativas aplicáveis a licitantes e contratados**. São Paulo: Dialética, 1997. p. 46.

<sup>141</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. O Supremo e as garantias processuais: verdades, mentiras e outras indagações. In: SAMPAIO, José Adércio Leite; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (Coord.). **Hermenêutica e jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 301.

<sup>142</sup> *Ibid.*, p. 301.

<sup>143</sup> Supremo Tribunal Federal. RE 141.787-MT. Rel. Min. Moreira Alves. Julgamento: 1º.6.99.

normas desfavoráveis, direito à defesa) por se tratar de manifestação do poder punitivo do Estado.<sup>144</sup>

A proibição da auto-incriminação, compreendido no direito ao silêncio, também integra o princípio da presunção de inocência:

Informação do direito ao silêncio (Const., art. 5º, LXIII): relevância, momento de exigibilidade, consequência da omissão: elisão, no caso, pelo comportamento processual do acusado.

O direito à informação da faculdade de manter-se silente ganhou dignidade constitucional, porque instrumento insubstituível da eficácia real da vetusta garantia contra a auto-incriminação que a persistência planetária dos abusos policiais não deixa perder atualidade.

Em princípio, ao invés de constituir desprezível irregularidade, a omissão do dever de informação ao preso dos seus direitos, no momento adequado, gera efetivamente a nulidade e impõe a desconsideração de todas as informações criminatórias dele anteriormente obtidas, assim como das provas delas derivadas. Mas, em matéria de direito ao silêncio e à informação oportuna dele, a apuração do gravame há de fazer-se a partir do comportamento do réu e da orientação de sua defesa no processo: o direito à informação oportuna da faculdade de permanecer calado visa a assegurar ao acusado a livre opção entre o silêncio – que faz recair sobre a acusação todo o ônus da prova do crime e de sua responsabilidade – e a intervenção ativa, quando oferece versão dos fatos e se propõe a prová-la: a opção pela intervenção ativa implica abdicação do direito a manter-se calado e das consequências da falta de informação oportuna a respeito.<sup>145</sup>

Através desses julgados resta evidenciada a importância da aplicação do princípio da proporcionalidade, sendo que será ressaltado adiante a diferenciação no âmbito do direito constitucional e do administrativo.

### **Proporcionalidade no Direito Administrativo**

O princípio da proporcionalidade é um desenvolvimento do princípio do Estado de Direito. Significa ele, em termos simples, que o Estado, para atingir os seus fins, deve usar só dos meios adequados a esses fins e, dentre os meios adequados, só daqueles que sejam menos onerosos para o cidadão.

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello,

enuncia a idéia de que as competências administrativas só podem ser validamente exercidas na extensão e intensidade proporcionais ao que seja realmente demandado

<sup>144</sup> BELLOSO, Miguel José Izu. Las garantías del procedimiento administrativo sancionador: reflexiones sobre los órganos instructores. In: BAQUER, Lorenzo Martín-Retortillo (Coord.). **La protección jurídica del ciudadano**: procedimiento administrativo y garantía jurisdiccional. Estudios en homenaje al profesor Jesus Gonzales Perez. Madrid: Civitas, 1993. p. 871. Tomo I.

<sup>145</sup> Supremo Tribunal Federal. HC 78708-SP. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. DJU 16.4.99. Informativo do STF n. 141.

para cumprimento da finalidade de interesse público a que estão atreladas. Segue-se que os atos cujos conteúdos ultrapassem o necessário para alcançar objetivo que justifica o uso da competência ficam maculados de ilegitimidade, porquanto desbordam do âmbito da competência; ou seja, superam os limites que naquele caso lhes corresponderiam.<sup>146</sup>

O aspecto sancionatório disciplinado na legislação pátria sobre os contratos administrativos, vai contra a tendência crescente de descriminalização que vem ocorrendo em outros sistemas jurídicos do mundo.<sup>147</sup>

Desta tendência, extrai-se que a Administração Pública, quando impõe pena ao particular deve, necessariamente, atuar da maneira menos lesiva, pautando-se pelas balizas da necessidade e da adequação. A utilização imoderada da competência punitiva, tendência esta que vem se manifestando de modo até mesmo acirrado diante de inúmeros exemplos de tipificações penais com os quais se deparam os cidadãos brasileiros na atualidade, propende à ilegitimidade, com grande probabilidade ao arbítrio.

A Administração Pública, ao impor sanções durante o desenrolar dos contratos administrativos, e ao pronunciar pena que não se coadune com a gravidade da falta imputada, deve estar sujeita ao controle do juiz.

O Poder Judiciário tem reputado a proporcionalidade na perquirição de sanções administrativas, mas esta reputação deve ser mantida quando ocorram imposições de sanções penais nos contratos administrativos.

É incontestável que a Administração deve observar sempre, nos casos concretos, as exigências de proporcionalidade, principalmente nos casos em que dispõe de espaços de discricionariedade.

Como nas hipóteses de uma estreita vinculação imposta por lei, o princípio da proporcionalidade deve ser analisado mais a partir da própria lei do que do ato concreto da Administração, os aspectos submetidos à discricção do administrador sofrem redução.

Estes aspectos devem ser analisados e interpretados, tanto pelo legislador, como pelo administrador e o juiz a partir da apreensão de paradigmas representados pelos princípios correlacionados ao princípio da proporcionalidade em todas as suas inserções (quer sejam no direito constitucional, administrativo e penal).

---

<sup>146</sup> MELLO, 2001, p. 232.

<sup>147</sup> PALERMO, Fernanda Kellner de Oliveira. O princípio da proporcionalidade e as sanções penais nos contratos. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 6, n. 55, mar. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2736>>. Acesso em: 10 mar. 2007.

Não se torna fundamental, sob este prisma, considerar o princípio da proporcionalidade somente sob a ótica formal, mas principalmente sob o prisma de sua inserção substancial no modo de trazer à tona valores que demonstrem a premente necessidade de adequação de tipos penais à realidade para a qual foram criados.

O fato de existirem conceitos jurídicos indeterminados nesta seara, é somente mais um motivo para se olvidar à busca incessante de maneiras até mesmo analógicas de se definirem as especificidades não pela sua forma, mas pela sua finalidade.

A constatação da existência de valores supremos constitucionais que influenciam todos os demais ramos do direito, traz à teoria dos contratos administrativos mais uma certeza na afirmação de sua busca na persecução do interesse público.

Esta persecução não se efetivará através de percalços advindos de aspectos punitivos que a lei possui. Ela se efetivará somente através de um juízo de proporcionalidade, que tornará a adequação meio-fim um modo de proteção inestimável aos direitos fundamentais dos cidadãos.

Quando isto ocorrer, o princípio da proporcionalidade poderá ser elevado à categoria de valor supremo da Constituição, possuindo, então, força vinculante para colimar todas as situações de desequilíbrio, inclusive aquelas inerentes às sanções constantes nos contratos administrativos.

### **Proporcionalidade no Direito Constitucional**

Não obstante a relevância da proporcionalidade para a teoria constitucional contemporânea, a comunidade científica ainda não formou um consenso em torno de sua terminologia.

Os termos mais recorrentes na linguagem jurídica são princípios da proporcionalidade, preceito da proporcionalidade, dever de proporcionalidade, proibição de excesso, proibição de não-suficiência e regra da proporcionalidade.

Na literatura jurídica nacional, o termo mais usual é o princípio da proporcionalidade, acatado sem muitas controvérsias.

Alexy<sup>148</sup>, com base nos critérios de estrutura e aplicação, divide as normas em duas categorias: as regras e os princípios. Neste sentido, as regras expressam deveres definitivos e são aplicadas mediante subsunção. Por sua vez, os princípios expressam deveres *prima facie* dos quais o conteúdo definitivo somente é fixado após o sopesamento com

---

<sup>148</sup> ALEXY, Robert. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 2. ed., Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

princípios colidentes. Destarte, os princípios são normas que obrigam que algo seja realizado na maior medida possível, de acordo com as condições fáticas e jurídicas.

Portanto, a proporcionalidade, desde a teoria estrutural de Alexy, não pode ser concebida enquanto princípio, vez que não produz efeitos de forma gradua, nem sequer é aplicada mediante regras de prevalência no caso concreto de modo a outorgar-lhe primazia em certas hipóteses fáticas. O próprio Alexy categoriza explicitamente a proporcionalidade enquanto regra, afastando a possibilidade de enquadrá-la como princípio nos termos de sua proposta de modelo normativo:

Segundo Alexy, a proporcionalidade não pode ter a mesma sorte dos princípios no sentido por ele proposto, uma vez que as máximas parciais da proporcionalidade não são ponderadas em face de algo distinto. Assim, “no es que unas veces tenga precedencia y otra no. Lo que se pregunta más bien es si las máximas parciales son satisfechas o no, y su no satisfacción tiene como consecuencia la ilegalidad. Por lo tanto, las tres máximas parciales tienen que ser catalogadas como regias”. Nesse sentido, cita como posicionamento semelhante o entendimento de Haverkate, segundo o qual as regras aplicam-se por meio de subsunção.

Portanto, a partir destas considerações e revendo posição outrora assumida, adota-se para os fins desta investigação o entendimento segundo o qual a proporcionalidade consubstancia-se em regra jurídica aplicada mediante subsunção, não sendo passível de ponderação.

É importante ressaltar que se vem admitindo a aplicação da regra da proporcionalidade para obrigações de ações positivas. Nessa hipótese, a regra da proporcionalidade é aplicada no sentido da proibição da não-suficiência (*untermaâverbot*).

O conceito da proibição da não-suficiência (*untermaâverbot*) surge na quadra mais recente da teoria constitucional alemã. É empregado pela primeira vez por CANARIS, em artigo intitulado *Grundrechte und Privatrechte*, redigido em 1984, sendo posteriormente revisto e ampliado, dando corpo à obra homônima mais densa, que, sob a curadoria de Sarlet e Mota Pinto, recentemente foi traduzida para o vernáculo sob o título Direitos fundamentais e direito privado. Segundo Borowski, trata-se de conceito correspondente à proibição de excesso (*übermaâverbot*) e deixa-se derivar logicamente do caráter principiológico das obrigações de ação estatal.<sup>149</sup>

No sentido da proibição de não-suficiência, a regra da proporcionalidade exige que o Legislativo, bem como o Executivo, ao vincularem-se a uma obrigação, não deixem de promover os limites mínimos. Nesses termos, o Estado estaria limitado, de um lado, por meio dos limites superiores da proibição de excesso e, de outro lado, por meio de limites inferiores da proibição de não-suficiência:

Acompanha-se neste ensaio o entendimento esposado por Afonso da Silva, ao afastar uma identificação entre a regra da proporcionalidade e a proibição de não-suficiência, vez que possuem estruturas diversas, cabendo à regra da

<sup>149</sup> FREIRE, Alexandre Reis Siqueira. **Colisão de direitos fundamentais e a regra da proporcionalidade**. Disponível em: <www.tj.ma.gov.br>. Acesso em: 02 abr. 2007.

proporcionalidade dar conta somente das situações de excesso estatal e não daquelas relacionadas à sua omissão.<sup>150</sup>

Proceder-se-á, oportunamente, um estudo do conjunto das regras parciais denominadas sucessivamente de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, que compõem a regra da proporcionalidade em sentido amplo.

---

<sup>150</sup> FREIRE, 2007.

## 2 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E SUA APLICAÇÃO JURISDI-CIONAL NO BRASIL

### 2.1 Considerações introdutórias

Comentando a inserção do Princípio da Proporcionalidade no ordenamento constitucional brasileiro, Germana de Oliveira Moraes salienta que “No Direito Brasileiro, o Princípio da Proporcionalidade, não existe enquanto afirmação escrita de direito positivo, mas “existe como norma esparsa no texto constitucional, consoante afirma Paulo Bonavides”<sup>1</sup> ao escrever:

O princípio da proporcionalidade, é por conseguinte, Direito Positivo em nosso ordenamento constitucional. Embora não haja sido ainda formulado como ‘norma jurídica global’, flui do espírito que anima em toda sua extensão e profundidade o § 2º do artigo 5º, o qual abrange a parte não escrita ou expressa dos direitos e garantias da Constituição, a saber, aqueles direitos e garantias, cujo fundamento decorre da natureza do regime, da essência impostergável do Estado de Direito e dos princípios que este consagra e que fazem inviolável a unidade da Constituição.<sup>2</sup>

Vale lembrar que a Constituição da República, dispõe, no parágrafo 2º. do artigo 5º., que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil faça parte”. Ao fazê-lo, incorporou os princípios da proporcionalidade e razoabilidade. Desta forma, embora a Constituição de 1988 não tenha adotado de forma expressa o Princípio da Proporcionalidade, sua aplicação é corolário dos direitos e garantias nela expressos e implícitos, em especial o princípio do Estado Democrático de Direito, e do devido processo legal substantivo. Como salientado, a lei do processo administrativo contempla expressamente tais princípios. O curioso é que no Brasil a consagração do Princípio da Proporcionalidade tenha se demonstrado pioneiramente na jurisprudência brasileira, no domínio do Direito Constitucional, e não no Direito Administrativo, contrariamente ao que se deu no direito Europeu.

A origem e desenvolvimento do Princípio da Proporcionalidade encontra-se

---

<sup>1</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 7. ed., São Paulo: Malheiros, 1887. p. 395.

<sup>2</sup> MORAES Germana de Oliveira. **Controle jurisdicional da administração pública**. São Paulo: Dialética, 1999. p. 128-129.

intrinsecamente ligado à evolução dos direitos e garantias individuais da pessoa humana, verificada a partir do surgimento do Estado de Direito burguês na Europa.

Desta forma, sua origem remonta entre os séculos XII e XVIII, quando na Inglaterra surgiram as teorias jusnaturalistas propugnando ter o homem direitos imanes a sua natureza e anteriores ao aparecimento do Estado e, por conseguinte, conclamando ter o soberano o dever de respeitá-los. Pode-se afirmar que é durante a passagem do Estado Absolutista - em que o governante tem poderes ilimitados - para o Estado de Direito, que pela primeira vez emprega-se o Princípio da Proporcionalidade, visando a limitar o poder de atuação do monarca face aos súditos.<sup>3</sup>

Nesta primeira fase, a doutrina do direito natural buscou garantir os direitos individuais da classe burguesa através da criação de mecanismos de limitação do poder. Tratava-se, sobretudo, de consagrar meios capazes de garantir a não-intervenção do Estado nas esferas em que sua omissão era essencial ao exercício destes direitos. Desde cedo, o juiz da *Common Law* pautou-se na comparação entre a situação de fato e a regra do precedente, tendo por parâmetro a noção do comportamento razoável segundo as circunstâncias, na elaboração de suas decisões.<sup>4</sup>

Assim, observa-se que o Princípio da Proporcionalidade nasceu no âmbito do Direito Administrativo, como princípio geral do direito de polícia,<sup>5</sup> e desenvolveu-se como evolução do princípio da legalidade.<sup>6</sup> Requereu, para tanto, a criação de mecanismos capazes de controlar o Poder Executivo no exercício da suas funções, de modo a evitar o arbítrio e o

<sup>3</sup> BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 1996. p. 34 e ss.

<sup>4</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998, p. 260.

<sup>5</sup> *Ibid.*, p. 259.

<sup>6</sup> Ensina Medeiros que historicamente, a “área de eleição” do princípio da proporcionalidade foi o Direito de Polícia. Todavia, “numa linha de aproximação de todo o ordenamento vigente ao Direito justo, o princípio expandiu-se a outros ramos do Direito Administrativo e, não obstante, as críticas que lhe foram dirigidas por alguns autores, foi inclusivamente acolhido no Direito Constitucional. Entre nós, à semelhança do que sucede no Direito Comparado, onde se tende hoje a reconhecer que o princípio da proporcionalidade não é uma invenção do juiz constitucional retirada de seu “chapéu mágico”, pode também dizer-se que o princípio da proporcionalidade [...] tem dignidade de princípio constitucional”.

Canas, por sua vez, explica que “a facilidade de contaminação sucessiva de domínios materiais mais extensos permitiu que o princípio da proporcionalidade abandonasse a sua função localizada de princípio sectorial, para assumir a natureza de princípio geral de direito, a que nenhuma área do direito interno, nenhum acto (legislativo, regulamentar, judicial, administrativo, político *strictu sensu*, porventura até de revisão constitucional) está imune”.

Medeiros ressalta que “poucas idéias jurídicas receberam nas últimas décadas uma prosperidade e uma difusão tão grande no Direito Comparado como a idéia de proporcionalidade. Mesmo sem referir a expansão do princípio fora do Velho Continente ou seu acolhimento pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e pelo Tribunal Administrativo da Organização Internacional do Trabalho, o princípio da proporcionalidade constitui um dos domínios do *actual ius commune europeum*. A jurisprudência comunitária, ao receber o modelo alemão do controlo da proporcionalidade, teve um papel decisivo na difusão e divulgação dessa técnica de controlo”.

abuso de poder.<sup>7</sup>

A inserção deste princípio no campo constitucional, por sua vez, deveu-se às revoluções burguesas do século XVIII, norteadas pela doutrina iluminista principalmente no que concernia à crença na intangibilidade do homem e na necessidade incondicionada de respeito à sua dignidade.<sup>8</sup>

A Constituição Francesa de 1791 previu expressamente o princípio da legalidade em seu artigo 3º. A partir daí, a doutrina francesa elaborará instrumentos processuais almejando sua efetivação, em cujos cernes poder-se-á observar implicitamente delineado o Princípio da Proporcionalidade. Cumpre-se destacar o instituto do *récurso pour excès de pouvoir*, que permitiu postular-se perante o Conselho de Estado recurso visando à reforma de qualquer ato administrativo, por violação ao princípio da legalidade ou por abuso de poder. Desta forma tornou-se possível controlar os atos do Poder Executivo, indagando da proporção entre os fins almejados e os meios utilizados<sup>9</sup>.

Coube à Alemanha, após beber na teoria da limitação do poder de polícia do Direito Administrativo francês, a formulação atual do Princípio da Proporcionalidade em âmbito constitucional, notadamente no campo dos direitos fundamentais. Embora já houvessem sido postos em relevo pela Constituição de Weimar, foi após o fim da Segunda Guerra Mundial que os tribunais começaram paulatinamente a proferir sentenças nas quais afirmavam não ter o legislador poder ilimitado para a formulação de leis tendentes a restringir direitos fundamentais.<sup>10</sup> A promulgação da Lei Fundamental de Bonn representa, assim marco inaugural do Princípio da Proporcionalidade em âmbito constitucional, ao colocar o respeito aos direitos fundamentais como núcleo central de toda a ordem jurídica<sup>11</sup>.

Foi, portanto, em consonância com o disposto na Lei Fundamental que o Tribunal Constitucional alemão iniciou a elaboração de jurisprudência no sentido de reconhecer a inafastabilidade do controle da constitucionalidade leis em seus três aspectos básicos:

<sup>7</sup> O princípio da proporcionalidade constitui uma manifestação constitutiva do princípio do Estado de Direito, fortemente ancorado a idéia de que, num Estado Democrático de Direito, as medidas dos poderes públicos não devem exceder o estritamente necessário para a realização do interesse público. AMARAL, Diogo Freitas do. **Curso de direito administrativo**. Vol. II, Coimbra: Almedina, 2001. p. 127.

<sup>8</sup> SOUZA, Carlos Affonso Pereira de; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. **O princípio da razoabilidade e o princípio da proporcionalidade: uma abordagem constitucional**. Disponível em: <[http://www.puc-rio.br/sobrepuc/depto/direito/pet\\_jur/textos/cafpatrz.doc](http://www.puc-rio.br/sobrepuc/depto/direito/pet_jur/textos/cafpatrz.doc)>. Acesso em: 27 fev. 2007.

<sup>9</sup> O princípio da proporcionalidade não se encontra expressamente previsto no sistema francês, mas a idéia se encontra subjacente e se apresenta como fundamento de inúmeros julgados. Conforme BARROS, 1996, p. 40-41.

<sup>10</sup> CANOTILHO, 1998, p. 261, afirma que, após a Segunda Guerra, o princípio da proporcionalidade expande-se para atender às necessidades de cidadãos e juristas ciosos da elaboração de um direito materialmente justo.

<sup>11</sup> BONAVIDES, 1997.

necessidade, adequação, e proporcionalidade da medida restritiva.<sup>12</sup> Paradigmática é a decisão proferida pelo Tribunal em processo sobre armazenagem de petróleo em 1971. Assim exprimiu-se: “o meio empregado pelo legislador deve ser adequado e necessário para alcançar o objetivo procurado”.<sup>13</sup> Desde então, este princípio tem sido largamente utilizado, permitindo-nos afirmar que a trasladação do Princípio da Proporcionalidade do Direito Administrativo para o Direito Constitucional tem sido, em última análise, obra dos tribunais, notadamente da Corte Constitucional alemã.<sup>14</sup>

No sistema jurídico pátrio, o Princípio da Proporcionalidade foi recepcionado a partir da influência da doutrina portuguesa, a qual havia apreendido seu conceito e conteúdo, juntamente com os demais países europeus, nas fontes alemãs.<sup>15</sup> O artigo 18 da Constituição portuguesa de 1976 apresenta as limitações a serem seguidas pelos funcionários públicos no exercício de suas funções, explicitando-se a vinculação de todas as entidades públicas e privadas no respeito aos direitos fundamentais e o critério da necessidade como parâmetro inafastável na formulação e aplicação de leis que restrinjam direitos e garantias constitucionais, delineando indubitavelmente, ainda que de forma implícita, os requisitos essenciais do Princípio da Proporcionalidade. Finalmente, no que tange ao respeito aos direitos fundamentais no Brasil, nossos constituintes seguiram exemplo austríaco ao adotar o controle concentrado da constitucionalidade das leis para reprimir eventuais abusos de poder por parte de nossos legisladores.<sup>16</sup>

O conceito, o conteúdo do Princípio da Proporcionalidade nem sempre encontra-se explicitado sob esta epígrafe, motivo pelo qual procederemos a uma breve explanação acerca de outras denominações porventura utilizadas para transmitir esta mesma noção e a uma análise de seu real conteúdo.

A doutrina alemã, a título de ilustração, utiliza indistintamente as nomenclaturas proporcionalidade e proibição de excesso. Os americanos são mais caros ao uso do termo razoabilidade, o qual, nada obstante, é também usado em certas ocasiões com conteúdo diverso ao da proporcionalidade, embora se completem, como teremos oportunidade de observar.<sup>17</sup>

Nossa Corte Suprema parece ter adotado a denominação clássica Princípio da Proporcionalidade, a qual vem sendo reiteradamente usada desde o primeiro acórdão

---

<sup>12</sup> BONAVIDES, 1997, p. 360 e ss.

<sup>13</sup> Ibid., p. 330.

<sup>14</sup> Ibid., p. 373-374.

<sup>15</sup> SOUZA e SAMPAIO, 2007.

<sup>16</sup> O controle concentrado da constitucionalidade foi adotado pela primeira vez pela constituição austríaca de 1920, baseada em projeto elaborado por Hans Kelsen. Conforme nos ensina BARROS, 1996, p. 53.

proferido em sede de controle da constitucionalidade, que dele fez uso como argumento jurídico, em 1993. Trata-se de nosso *leading case* em matéria de proporcionalidade, quando o Supremo Tribunal Federal considerou que uma lei obrigando a pesagem de botijões de gás à vista do consumidor no ato da compra e venda constituía “violação ao princípio de proporcionalidade e razoabilidade das leis restritivas de direitos”.<sup>18</sup>

Quanto ao seu conteúdo, mister é analisar a construção da doutrina alemã, por sua clareza e densidade. Trata-se, sobretudo, da clarificação da adequação necessária entre o fim de uma norma e os meios que esta designa para atingi-lo, ou ainda, entre a norma elaborada e o uso que dela foi feito pelo Poder Executivo. O princípio ora em voga terminou por ser dividido em três subprincípios, quais foram, a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito, como consequência dos avanços doutrinários nesta área.<sup>19</sup>

O primeiro traduz uma exigência de compatibilidade entre o fim pretendido pela norma e os meios por ela enunciados para sua consecução. Trata-se do exame de uma relação de causalidade e uma lei somente deve ser afastada por inidônea quando absolutamente incapaz de produzir o resultado perseguido.

A necessidade diz respeito ao fato de ser a medida restritiva de direitos indispensável à preservação do próprio direito por ela restringido ou a outro em igual ou superior patamar de importância, isto é, na procura do meio menos nocivo capaz de produzir o fim propugnado pela norma em questão. Traduz-se este subprincípio em quatro vertentes: exigibilidade material (a restrição é indispensável), espacial (o âmbito de atuação deve ser limitado), temporal (a medida coativa do poder público não deve ser perpétua) e pessoal (restringir o conjunto de pessoas que deverão ter seus interesses sacrificados).<sup>20</sup>

Por último, o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito diz respeito a um sistema de valoração, na medida em que ao se garantir um direito muitas vezes é preciso restringir outro, situação juridicamente aceitável somente após um estudo teleológico, no qual se conclua que o direito juridicamente protegido por determinada norma apresenta conteúdo valorativamente superior ao restringido<sup>21</sup>. O juízo de proporcionalidade permite um perfeito equilíbrio entre o fim almejado e o meio empregado, ou seja, o resultado obtido com a intervenção na esfera de direitos do particular deve ser proporcional à carga coativa da

<sup>18</sup> STF, Pleno, j. 1/07/1993, Relator Ministro Sepúlveda Pertence.

<sup>19</sup> SOUZA e SAMPAIO, 2007.

<sup>20</sup> CANOTILHO, 1998, p. 262.

<sup>21</sup> Assim, “O juízo de ponderação entre os pesos dos direitos e bens contrapostos deve ter uma medida que permita alcançar a melhor proporção entre os meios e os fins. [...] Decorre da natureza dos princípios válidos a otimização das possibilidades fáticas e jurídicas de uma determinada situação.” STUMM, Raquel Denise. **Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1995. p. 81.

mesma.<sup>22</sup>

Além dos três requisitos intrínsecos acima mencionados, pode-se destacar ainda, como pressupostos do Princípio da Proporcionalidade, a legalidade e a justificação teleológica, e como requisitos extrínsecos para sua aplicação, a verificação da judicialidade (o órgão de onde emana a decisão judicial deve ser competente e respeitar as hipóteses de limitação previstas pela norma) e da motivação.<sup>23</sup>

Cumpre-se, finalmente, destacar que as constituições costumam traduzir-se em um longo elenco de propósitos e finalidades, mas na maioria das vezes são breves na explicitação dos meios a serem utilizados. Assim, desde cedo a doutrina compreendeu que se uma Constituição define um determinado fim a ser alcançado, ela também lhe defere os meios, daí a importância da interpretação extensiva para a hermenêutica constitucional.<sup>24</sup>

Desta forma, infere-se que o Princípio da Proporcionalidade é utilizado com crescente assiduidade para aferição da constitucionalidade dos atos do Estado, como instrumento de proteção dos direitos fundamentais.<sup>25</sup>

O Princípio da Proporcionalidade insere-se na estrutura normativa da Constituição, junto aos demais princípios gerais norteadores da interpretação das regras constitucionais e infra-constitucionais. Uma vez que uma visão sistemática da Constituição permite-nos auferir sua existência de forma implícita, deverá guiar o magistrado na interpretação e o legislador na elaboração de normas hierarquicamente inferiores, não obstante não se encontrar explicitamente delineado.

O princípio em estudo apresenta-se como uma das idéias fundantes da Constituição<sup>26</sup>, com função de complementaridade em relação ao princípio da reserva legal (artigo 5º., II). Esta afirmação deve-se ao fato de que a ação do Poder Público deve ser conforme a lei formal, e que esta deve ter como parâmetro a proporcionalidade, pois o legislador não está liberto de limites quando elabora as normas, mormente quando estas tendem a reduzir a esfera de algum direito fundamental. Uma vez que o princípio da legalidade tem como um de seus aspectos complementares e essenciais à sua efetiva observação o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional (artigo 5º., XXXV), mister é notar que este se aplica a qualquer ato praticado pelo poder público que seja

---

22 CANOTILHO, 1998, p. 263.

23 MORAES, Guilherme Braga Peña de. **Dos direitos fundamentais:** contribuição para uma teoria. São Paulo: LTr, 1997.

24 Tal explicação nos é concedida por Celso Ribeiro Bastos. O eminente doutrinador nos informa, ainda, que foi Story um dos primeiros a desenvolver este pensamento. BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Saraiva, 1996.

25 BONAVIDES, 1997, p. 359.

considerado por aquele a quem prejudica como desproporcional ao objetivo almejado.

Conectam-se também ao princípio ora abordado, regendo sua aplicação, o princípio republicano (artigo 1º., *caput*), o princípio da cidadania (artigo 1º., II) e o princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º., III). Os direitos e garantias individuais que deles decorrem (artigo 5º.) representam formas para o particular se defender sempre que sofrer ou se achar ameaçado de sofrer lesão de algum direito por abuso de poder ou ilegalidade praticados por agentes públicos. Os institutos do *habeas corpus* (artigo 5º., LXVIII), *mandado de segurança* (artigo 5º., LXIX), *habeas data* (artigo 5º., LXII), assim como o *direito de petição* (artigo 5º., XXXIV, *a*), constituem subsídios de proteção do cidadão face ao poder público.

Ao afirmar que todo homem possui uma esfera intangível de direitos, decorrentes somente de sua existência enquanto ser da espécie humana, a Constituição garantiu devam todos os cidadãos ser tratados de forma equitativa, o que pressupõe, para além da igualdade formal, tratamento diferenciado buscando adequar a lei às necessidades e peculiaridades de cada um. O Princípio da Proporcionalidade tem, portanto, papel indispensável na consecução de um dos principais objetivos do Estado brasileiro, qual seja, “reduzir as desigualdades sociais e regionais”, consoante letra do artigo 3º., III, de nossa magna Carta. A proporcionalidade é, por conseguinte, idéia ínsita à concepção de Estado Democrático de Direito (Constituição Federal/88, artigo 1º., *caput*).

O Princípio da Proporcionalidade, encontra-se concretizado em diversas normas de nossa Constituição, conforme ilustração que se segue.

Em relação aos direitos e garantias individuais, no inciso V do artigo 5º., que constitucionaliza o direito de resposta proporcional ao agravo. Em sede de Direito Penal, ao garantir a individualização das penas (artigo 5º., XLVI, *caput*), está implicitamente garantido que estas serão proporcionais ao delito cometido<sup>27</sup>. Quanto aos sociais, observar o que dispõe os incisos IV e V do artigo 7º., em que explicita-se que o valor do salário mínimo deve ser compatível com um poder aquisitivo digno, e que o piso salarial deve ser proporcional à espécie de trabalho realizado.

---

<sup>26</sup> BARROS, 1996, p. 89.

<sup>27</sup> A propósito ver *habeas corpus* n.º. 67136, de 23/05/1989. Assim exprimiu-se o relator Aldir Passarinho: “É de se conceder a unificação das penas em favor de réu que, com relação aos mesmos processos, participou de crimes com co-réu que obteve o benefício, se é certo que a atuação de ambos nos ilícitos foi considerada de igual valor, [...]. O cálculo da pena total, como resultado da unificação, deverá ser realizado pelo juiz das execuções, devendo, para tal fim, ser atendida a **proporcionalidade** com a pena unificada do co-réu, antes beneficiado.”

Na organização do Estado, a proporcionalidade está presente dentre os requisitos necessários à decretação de intervenção, uma vez que sua decretação depende do agravo cometido, conforme observa-se a partir da análise do § 3º. do artigo 36, que exclui a intervenção por considerá-la desarrazoada nas ocasiões ali explicitadas. Sua existência é ainda prevista no tocante à composição da Câmara dos Deputados (artigo 45, *caput* e §1º.), ao disciplinar dever esta ser realizada em razão da população.

No âmbito administrativo, o princípio em pauta deve reger a contratação temporária de funcionários, a qual deve obedecer ao critério da necessidade (artigo 37, IX e XXI), assim como a aposentadoria dos servidores públicos, proporcional ao tempo de serviço (artigo 40, III, *c e d*).

Em relação à utilização do erário público, em caso de irregularidade nas contas, aplicar-se-á, sem prejuízo de outras sanções, multa proporcional ao dano causado, consoante artigo 71, VIII.

Na atuação do Ministério Público, o inciso II do artigo 129 assegura a tomada de medidas necessárias (proporcionais) destinadas a garantir o respeito dos direitos constitucionais pelos Poderes Públicos e serviços de relevância pública. O inciso IX deste mesmo artigo reza ser função do Ministério Público o exercício de outras atividades que sejam compatíveis com sua finalidade, juízo este que encontra-se gerido pelo princípio em voga.

Em face do Sistema Tributário, entende-se que a Constituição consagrou a proporcionalidade quando, por exemplo, proibiu a tributação com efeito de confisco<sup>28</sup> (artigo 150, IV), pois a carga tributária não pode ser onerosa a ponto de ocasionar ao particular sua perda. As alíquotas dos tributos devam, sempre que possível, ser proporcionais à capacidade econômica do contribuinte (artigo 145, §1º.).

Nos termos “valorização” e “justiça” inculcados no *caput* do artigo 170 encontra-se imbutida a noção de proporcionalidade no âmbito dos princípios gerais da ordem econômica. Ainda dentro do Título VII, o tema ora em análise encontra-se delineado nos artigos 173, *caput* e § 3º., 4º. e 5º; 144, § 1º.; 175, IV.

Uma vez abordados alguns exemplos de elaboração de normas que com maior clareza mostraram a presença do princípio em estudo na Constituição de 1988, cumpre lembrar que, em se tratando de princípio geral de direito, não está adstrito a atuar nas esferas acima citadas. Ao revés, norteia a hermenêutica da Constituição em sua totalidade e, logo,

---

<sup>28</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 682.

permeia a interpretação de cada uma de suas normas.

A inobservância ou lesão a princípio é a mais grave das inconstitucionalidades<sup>29</sup>, uma vez que sem princípio não há ordem constitucional e sem ordem constitucional não há democracia nem Estado de Direito.<sup>30</sup> Portanto, o Princípio da Proporcionalidade é direito positivo e garantia de respeito aos direitos fundamentais, fluindo do espírito do §2º. do artigo 5º., o qual, consoante palavras do eminente professor Paulo Bonavides, “abrange a parte não-escrita ou não expressa dos direitos e garantias da Constituição, a saber, aqueles direitos e garantias cujo fundamento decorre da natureza do regime, da essência impostergável do Estado de Direito e dos princípios que este consagra e que fazem inviolável da unidade da Constituição.”<sup>31</sup>

O Princípio da Proporcionalidade é aquele que orienta o intérprete na busca da justa medida de cada instituto jurídico. Objetiva a ponderação entre os meios utilizados e fins perseguidos, indicando que a interpretação deve pautar o menor sacrifício ao cidadão ao escolher dentre os vários possíveis significados da norma.<sup>32</sup>

Desse teor, a seguinte consideração de Raquel Denize Stumm:

O juízo de ponderação entre os pesos dos direitos e bens contrapostos deve ter uma medida que permita alcançar a melhor proporção entre os meios e os fins. Em outras palavras, ‘os meios legais restritivos e os fins obtidos’ devem situar-se ‘numa justa medida’, impedindo-se a adoção de medidas legais restritivas desproporcionadas, excessivas, em relação aos fins obtidos.<sup>33</sup>

Decorre da natureza dos comandos dos princípios válidos a otimização das possibilidades fáticas e jurídicas de uma determinada situação. Otimizar implica em relativizar as possibilidades jurídicas de um determinado princípio colidente num caso concreto. A decisão de um conflito exige, então, a ponderação a partir do momento em que ele se verificar.<sup>34</sup>

<sup>29</sup> Portanto, cabe Ação Direta de Inconstitucionalidade por ofensa ao princípio da proporcionalidade, seja por ação à omissão do Poder Público. “[...] mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e **princípios da Lei Fundamental.**” ADIn no. 1458 - Medida Cautelar - Rel. Min. Celso de Mello, em 23/05/1996.

<sup>30</sup> BONAVIDES, 1997, p.396.

<sup>31</sup> Ibid., p.396.

<sup>32</sup> ARAUJO, Luiz Alberto David; SERRANO JÚNIOR, Vidal. **Curso de direito constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2005. p. 89.

<sup>33</sup> STUMM, Raquel Denize. **Princípio da proporcionalidade do direito constitucional brasileiro.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995. p. 152.

<sup>34</sup> Ibid., p. 81.

Luiz Alberto David de Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior entendem que o Princípio da Proporcionalidade importa a aplicação razoável da norma, adequando-se, como dito, aos meios aos fins perseguidos; “por isso, afigura-se que o princípio em pauta confunde-se com o da razoabilidade, podendo as expressões ser utilizadas em sinonímia”.<sup>35</sup>

## 2.2 A proporcionalidade como cânone hermenêutico

Como no Brasil não há um indicativo claro e preciso de uma legislação para resolução de conflitos de direitos fundamentais, compete ao Poder Judiciário a solução dos mesmos. Assim, no Direito Constitucional, colocada a freqüente oposição entre direitos fundamentais e a necessidade de serem solucionados<sup>36</sup> cunhou-se igualmente a observância do Princípio da Proporcionalidade, transformando-o num cânone interpretativo dirigido, em especial, ao órgão que profere a prestação jurisdicional, sendo que a interpretação investigará a incidência ou não de excesso para cada caso de aplicação, frente ao cumprimento do comando determinado por uma dada norma jurídica. Tudo em prejuízo de algum direito fundamental da pessoa humana envolvida. Ocorrendo, pois, a detecção do uso mencionado, o juiz, pela via da interpretação, se curvará à validade da norma (proporcionalmente) e, assim, verificará a inconstitucionalidade (parcial ou total) diante de sua medida excessiva ou injustificada. Dessa forma, não aplicará a referida norma à situação fática submetida ao seu

---

<sup>35</sup> ARAUJO e SERRANO JÚNIOR, 2005, p. 90.

<sup>36</sup> (como por exemplo, como compor os conflitos entre o direito à informação e à privacidade, tendo em vista que ambos possuem proteção constitucional) FARIAS, Edílson Pereira, op. cit., p. 137-147 apud GUERRA, Sidney. Globalização e o direito fundamental à privacidade. **Revista Z Ensaios**, a. III, n. 0. Disponível em: <<http://www.pacc.ufjf.br/z/ano3/00/artigo05.htm>>. Acesso em: 12 fev. 2007, apresenta a resolução da colisão pelo legislador e pela jurisprudência advertindo, entretanto, quanto a primeira que “embora autorizado pelo texto constitucional para densificar os limites da liberdade de expressão e informação, a fim de prevenir eventuais confronto com outros direitos fundamentais, o legislador pátrio não se preocupou em elaborar lei sobre a matéria, quer na esfera civil, quer na esfera penal, após a promulgação da Constituição Federal em vigor.” Complementando, discorre sobre a resolução da colisão pela jurisprudência: “para solucionar a colisão entre os direitos da personalidade em discussão e a liberdade de expressão e informação, com o sacrifício mínimo dos direitos contrapostos, a jurisprudência realiza uma necessária e casuística ponderação dos bens envolvidos no caso particular. Nessa tarefa, uma vez que não existe um critério dogmático a priori, a jurisprudência guia-se principalmente, pelos princípios da unidade da constituição, da concordância prática e da proporcionalidade, articulados pela doutrina.”

juízo<sup>37</sup>.

Neste sentido, Robert Alexy elabora uma lei denominada “lei de colisão” sobre a conexão de relações de precedência condicionadas e regras e como numa equação matemática, procura explicar: “si el principio P1, bajo las circunstancias C, precede al principio P2: (P1 - P2) C, y si de P1 bajo las circunstancias C resulta la consecuencia R, entonces vale una regla que contiene a C como supuesto de hecho y a R como consecuencia jurídica: C – R”<sup>38</sup>. O que Alexy pretende mostrar é que as condições sob as quais um princípio precede ao outro constituem o suposto de fato de uma regra que expresse a consequência jurídica do princípio precedente e que existe uma estreita conexão entre a teoria dos princípios e a proporcionalidade, onde se manifestam três máximas: a de adequação, a de necessidade (o meio mais benigno) e a de proporcionalidade em sentido estrito (a ponderação propriamente dita).

Atualmente, o Princípio da Proporcionalidade é cânone superior, vindo para proteger e impor a observância dos direitos fundamentais e, para tanto, dita molde às leis para fins de filtro de excessos às peculiaridades da situação<sup>39</sup>. Como cânone hermenêutico, o Princípio da Proporcionalidade é imprescindível para dirimir controvérsias interpretativas ao fornecer subsídios para o esclarecimento de determinada disposição da norma. Assim, quando ocorre a colisão de direitos fundamentais, como, por exemplo, envolvendo a liberdade de imprensa e o direito à imagem a problemática será resolvida de acordo com essa técnica concernente aos princípios.<sup>40</sup>

Sarmento procura igualmente elucidar a questão quando informa que, para solucionar conflitos decorrentes de princípios constitucionais, compete ao juiz a resolução das

<sup>37</sup> GUERRA, 2007. “[...] os Tribunais vêm de ser chamados a compor litígios que, não raro, deságuam em decisões que têm base no chamado princípio da proporcionalidade. Através deste expediente exegético o juiz confronta os interesses em jogo e após um balanço racional estabelece que direito deve prevalecer. Essa técnica tem vicejado no âmbito do processo civil, muito particularmente naquilo que pertine às medidas cautelares e antecipatórias de tutela de forma geral. Sob este ângulo, o princípio se esgueira com a máscara da maior probabilidade de modo que a irreparabilidade cede vez à verossimilhança, mas, implícita no raciocínio está a balança da proporcionalidade. A valoração de direitos oriundos de cláusulas pétreas, quando confrontantes, se define numa complexa operação lógica que envolve, não apenas a apreciação dos fatos em espécie e sua adequação ao modelo legal, ou constitucional, como é o caso, mas também, e principalmente, pelo cabedal de influências subjetivas que permeiam a atuação teleológica do juiz ao decidir. Na maioria dos casos, a decisão muito mais do que em outras demandas, reflete o background cultural, ideológico e as próprias experiências de vida do juiz que assim, avultam de importância na definição dos fundamentos do processo decisório.”

<sup>38</sup> ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p. 93.

<sup>39</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2001. p. 359, afirma: “‘cânone de grau constitucional’ com que os juízes corrigem o defeito da verdade da lei, bem como, em determinadas ocasiões, ‘as insuficiências legislativas provocadas pelo próprio Estado com lesão de espaços jurídicos-fundamentais’”.

<sup>40</sup> GUERRA, 2007.

controvérsias, valendo-se da proporcionalidade como elemento imprescindível na ponderação de interesses:

A resolução dos conflitos entre princípios constitucionais requer uma análise da situação concreta em que emergiu o conflito. O equacionamento das tensões principiológicas só pode ser empreendido à luz das variáveis fáticas do caso, as quais indicarão ao intérprete o peso específico que deve ser atribuído a cada cânone constitucional em confronto. E a técnica e decisão que, sem perder de vista os aspectos normativos do problema, atribui especial relevância às suas dimensões fáticas, é o método de ponderação de bens. [...] O método de ponderação de bens está intimamente ligado ao princípio da hermenêutica constitucional da ‘concordância prática’, o qual, na dicção de Canotilho, ‘impõe a coordenação e combinação dos bens jurídicos em conflito ou em concorrência de forma a evitar o sacrifício (total) de uns em relação aos outros.’<sup>41</sup>

Dessa forma, percebe-se que para a composição de conflitos o juiz deve utilizar de todos os elementos necessários para a composição do conflito e ao final, proferir a sentença que melhor couber àquele caso, fazendo, dessa forma, sua prestação jurisdicional.

Lembrando ainda o magistério de José Joaquim Gomes Canotilho, que, vislumbrando a colisão entre os direitos fundamentais, entende ser necessário ao intérprete harmonizar os dois direitos solucionando os conflitos existentes:

As normas dos direitos fundamentais são entendidas como exigências ou imperativos de otimização que devem ser realizadas, na melhor medida possível, de acordo com o contexto jurídico e respectiva situação fática. Não existe, porém, um padrão ou critério de soluções de conflitos de direitos válido em termos gerais e abstractos. A ponderação e/ou harmonização no caso concreto é, apesar da perigosa vizinhança de posições decisionistas, uma necessidade ineliminável. Isto não invalida a utilidade de critérios metódicos abstractos que oriente, precisamente, a tarefa de ponderação e/ou harmonização concretas: princípio da concordância prática; idêia do melhor equilíbrio possível entre os direitos colidentes.<sup>42</sup>

Sem embargo, o Princípio da Proporcionalidade é, pois, direito positivo no ordenamento jurídico brasileiro que, muito embora não venha expresso no texto constitucional<sup>43</sup>, deflui da leitura do §2º do artigo 5º da Constituição Federal<sup>44</sup>, sendo

<sup>41</sup> SARMENTO, Daniel. **Os princípios constitucionais e a ponderação de bens**. Teoria dos direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 55.

<sup>42</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1996. p. 647.

<sup>43</sup> SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na constituição federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. p. 95, adverte que o Supremo Tribunal Federal localiza a sede dos princípios da proporcionalidade/razoabilidade na cláusula do devido processo legal, albergada no art. 5º, LIV da CF e outros no princípio da isonomia e até no princípio da legalidade.

recepcionado pela ordem jurídica nacional por força de Tratado Internacional, equiparando-se, por isso, à norma jurídica infraconstitucional e não à norma jurídica constitucional. Todavia, para outros, o mencionado artigo da Constituição tem força para consagrar os princípios, tornando-os invioláveis. Destarte, o Princípio da Proporcionalidade consiste num corolário de constitucionalidade e cânone do Estado Democrático de Direito, bem como regra que tolhe a ação ilimitada do poder do Estado no quadro da juridicidade de cada sistema de autoridade.<sup>45</sup>

Ainda quanto a essa questão, cumpre, também, analisar tema que atormenta muitos estudiosos da matéria no que se refere ao fato de que se o citado princípio pode ou não contrariar norma constitucional expressa, evitando a aplicação desta última. Neste sentido, Daniel Sarmiento sintetizou:

Mas a questão que nos interessa nesta sede é a da viabilidade da ponderação da norma em tela com outros interesses constitucionais, empreendida ao lume do princípio da proporcionalidade. A questão divide a doutrina. Há aqueles que admitem esta ponderação, como José Carlos Barbosa Moreira, Nelson Nery Júnior e Vicente Greco Filho. Em sentido diametralmente oposto, Luis Roberto Barroso [...].<sup>46</sup>

De sorte que o referido autor, mesmo antes de chegar a este ponto tormentoso onde teria que defrontar posições antagônicas de renomados juristas, assinalou que

[...] os princípios constitucionais desempenham também um papel hermenêutico essencial, configurando-se como genuínos vetores exegéticos para a compreensão e aplicação das demais normas constitucionais e infraconstitucionais. Neste sentido, os princípios constitucionais representam o fio-condutor da hermenêutica jurídica, dirigindo o trabalho do intérprete em consonância com os valores e interesses por ele abrigados.<sup>47</sup>

E complementou:

[...] entendemos que a estrutura aberta e flexível dos princípios constitucionais, aliada à complexidade das questões com que se defronta hoje a jurisdição

---

<sup>44</sup> O artigo 5º, § 2º, da Constituição Federal estabelece que: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

<sup>45</sup> GUERRA, 2007.

<sup>46</sup> SARMENTO, 2000, p. 179.

<sup>47</sup> Ibid., p. 54-5

constitucional, torna imprescindível o método de ponderação de interesses. A sua utilização, revela-se compulsória nos casos de conflitos entre princípios, em face da impossibilidade material de emprego dos critérios tradicionais para resolução de antinomias.<sup>48</sup>

Ernane Fidélis dos Santos já alertava

[...] muitos pretendem que a função jurisdicional seja complemento da legislativa, já que, no comum, o juiz aplica o direito ao caso em controvérsia. No entanto, o enfoque é ilusório. A lei não é o direito em si mesma. Ela é somente um dos critérios de apreciação do direito. O Legislador cria a lei e o juiz, ao julgar, regula a situação concreta com o direito que busca no critério apresentado. O critério poderá ser a lei; quase sempre o é, mas não necessariamente, pois outros poderão existir, por imposição da própria lei ou por determinação do próprio juiz, já que ele, ao decidir tem inteira independência. O que importa na jurisdição é a função de regular a situação concreta, nada mais.<sup>49</sup>

Assim sendo, partimos do pressuposto de que é possível a aplicação do Princípio da Proporcionalidade como um cânone hermenêutico para estabelecer a ponderação de interesses.

### **Diferenciação entre Regras e Princípios**

Na diferenciação entre regras e princípios cumpre verificar que o Direito se expressa por meio de normas. As normas se exprimem por meio de regras ou princípios. As *regras* disciplinam uma determinada situação; quando ocorre essa situação, a norma tem incidência; quando não ocorre, não tem incidência:

Para as regras vale a lógica do tudo ou nada (Dworkin). Quando duas regras colidem, fala-se em ‘conflito’; ao caso concreto uma só será aplicável (uma afasta a aplicação da outra). O conflito entre regras deve ser resolvido pelos meios clássicos de interpretação: a lei especial derroga a lei geral, a lei posterior afasta a anterior etc.. *Princípios* são as diretrizes gerais de um ordenamento jurídico (ou de parte dele). Seu espectro de incidência é muito mais amplo que o das regras. Entre eles pode haver ‘colisão’, não conflito. Quando colidem, não se excluem. Como ‘mandados de otimização’ que são (Alexy), sempre podem ter incidência em casos concretos (às vezes, concomitantemente dois ou mais deles).<sup>50</sup>

<sup>48</sup> SARMENTO, op. cit., p. 151.

<sup>49</sup> SANTOS, Ernane Fidélis dos. **Manual de direito processual civil**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 09 apud GUERRA, 2007.

<sup>50</sup> GOMES, Luiz Flávio. Normas, regras e princípios: conceitos e distinções. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7527>>. Acesso em: 07 abr. 2007.

### 2.2.1 Proporcionalidade e colisão de direitos fundamentais

É exatamente do modo de solução da colisão de princípios que se induz o dever de proporcionalidade. Humberto D'Ávila, na trilha do pensamento de Robert Alexy, trata da questão afirmando que

[...] quando ocorre uma colisão de princípios é preciso verificar qual deles possui maior peso diante das circunstâncias concretas. Por exemplo: a tensão que se estabelece entre a proteção da dignidade humana e da esfera íntima de uma pessoa (CF, art. 1º, III e art. 5º, X), de um lado, e o direito de proteção judicial de outra pessoa (CF art. 5, XXXV), de outro, não se resolve com a primazia imediata de um princípio sobre outro. No plano abstrato, não há uma ordem imóvel de primazia, já que é impossível saber se ela seria aplicável a situações ainda desconhecidas. A solução somente advém de uma ponderação no plano concreto, em função da qual estabelecer-se-á que, em determinadas condições, um princípio sobrepõe-se ao outro.<sup>51</sup>

O Supremo Tribunal Federal decidiu que não se pode, por pretensão de terceiro, constranger o pai presumido ao fornecimento de sangue para a pesquisa do DNA, já que “à luz do Princípio da Proporcionalidade ou razoabilidade, se impõe evitar a afronta à dignidade pessoal que, nas circunstâncias, a sua participação na perícia substantivaria”.<sup>52</sup>

Nesse caso, a proporcionalidade destina-se a estabelecer limites concreto-individuais à violação de um direito fundamental — a dignidade humana —, cujo núcleo é inviolável.

Nesse caso, foi decidido que, nas circunstâncias (um sujeito é constrangido por terceiro que pretende judicialmente ser declarado não-pai de uma criança), adotar a medida (constrangimento à realização do exame de DNA) implicaria não-realizar a dignidade humana. A medida foi considerada desproporcional em relação ao seu fim (porque implicava a não-realização substancial de outro bem protegido por princípio fundamental).

Daí a correta afirmação de Alexy: as condições, em função das quais um princípio se sobrepõe a outro, constitui a hipótese de incidência de uma regra, que corresponde à consequência do princípio que se sobrepõe.

<sup>51</sup> D'ÁVILA, Humberto. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. I, n. 4, jul. 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 17 jun. 2006.

<sup>52</sup> *Habeas Corpus* nº. 76060-SC, Relator Ministro Sepúlveda Pertence. DJ 15.05.98, p. 44.

No caso em questão, pode-se formular a seguinte regra: uma perícia judicial é vedada sempre que da sua realização decorrer afronta à dignidade pessoal de outrem. A caracterização dos princípios como deveres de otimização implica regras de colisão, cujo estabelecimento depende de uma ponderação. A ponderação trata exatamente das possibilidades fáticas, das quais depende a concretização dos princípios. É que se há dois princípios em relação de tensão, o meio escolhido deve ser aquele que melhor realize ambos os princípios<sup>53</sup>.

Isso só será possível, se o meio escolhido for adequado e necessário à realização do fim perseguido. Daí a conclusão: as possibilidades fáticas de realização dos princípios implicam o dever de adequação e de necessidade. Se o meio escolhido não for adequado nem necessário, é proibido. E das possibilidades normativas resulta a necessidade de proporcionalidade em sentido estrito: se o meio escolhido para a realização de um princípio significar a não-realização de outro princípio, ele é vedado, por excessivo.

Exatamente o que ocorreu no caso antes citado: a perícia foi considerada desproporcional em relação ao seu fim (garantir o direito de proteção jurisdicional) porque implicava a não-realização da dignidade pessoal.<sup>54</sup> A mesma estrutura esteve presente quando o Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional a lei que previa a obrigatoriedade de pesagem de botijão de gás à vista do consumidor: a obrigatoriedade desse tipo de pesagem foi considerada desproporcional em relação ao seu fim (garantir a segurança dos consumidores) porque implicava a não-realização do núcleo da liberdade de iniciativa e do livre exercício de atividade econômica<sup>55</sup>. No mesmo sentido a decisão, na qual foi declarada inconstitucional a criação de taxa judiciária, de percentual fixo: a instituição da taxa foi considerada, de um lado, desproporcional ao custo do serviço que visava a custear, e, de outro, excessiva, porque também implicava a não-realização do direito à obtenção de prestação jurisdicional.<sup>56</sup>

Em todos esses casos, existia um fim objetivamente determinável (prestação jurisdicional, proteção do consumidor e custo do serviço judiciário) e o meio escolhido para sua realização (determinação de perícia, utilização de balança ou instituição de taxa) foi considerado desproporcional, ou porque implicava a não-realização de outros princípios (dignidade pessoal, livre exercício de atividade econômica ou universalidade da justiça), sendo por isso excessivo, ou porque também era considerada desnecessária (utilização da balança, por exemplo).

---

<sup>53</sup> D'ÁVILA, 2006, p. 12.

<sup>54</sup> *Habeas Corpus* nº. 76060-SC, Relator Ministro Sepúlveda Pertence. DJ 15.05.98, p. 44.

<sup>55</sup> Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 855-2, DJU 01.10.93.

<sup>56</sup> Representação nº 1077, In.: Revista Trimestral de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal 112/34-67.

Do exposto resulta claro que o dever de proporcionalidade é implicação do caráter principal das normas, como bem o demonstrou Alexy. Isso explica em grande parte o desacerto doutrinário em querer buscar um fundamento positivo do chamado Princípio da Proporcionalidade no texto constitucional (dedução dos direitos ou dos princípios fundamentais, por exemplo.) quando só a implicação lógica da estrutura principal das normas pode esclarecer.

Os princípios, como resultado dessa longa evolução doutrinária, foram então definidos como “deveres de otimização” aplicáveis em vários graus segundo as possibilidades fáticas e normativas. O dever de proporcionalidade, de outro lado, foi definido como um dever resultante de uma implicação lógica do caráter principal das normas.

Segundo Humberto D’Ávila há a afirmação segundo a qual os princípios, ao contrário das regras, não possuem conseqüências normativas ou possuem uma hipótese de incidência aberta merece maior atenção. Os princípios também possuem uma conseqüência normativa: a razão (fim, tarefa) à qual o princípio se refere deve ser julgada relevante diante do caso concreto.<sup>57</sup> Mesmo assim, a qualificação de aberta a uma hipótese de incidência é também uma questão de interpretação. A interpretação pode transformar uma mesma disposição em princípio ou em regra, como demonstra o caso da igualdade: se analisarmos a proibição de discriminação baseada no sexo, na raça, etc., ele possui uma hipótese e uma conseqüência determinadas (seria uma regra); se analisarmos a igualdade como fim, não teremos uma hipótese determinada (seria um princípio). Além disso, se procede a afirmação segundo a qual tanto as regras quanto os princípios não regulam a sua própria aplicação, como acertadamente sustenta Alexy, então — complementa-se — não são os princípios que possuem uma “dimensão de peso”, mas às razões e aos fins aos quais eles fazem referência é que deve ser atribuída uma dimensão de importância. A maioria dos princípios não dizem nada sobre o peso das razões, mas é a decisão que lhes atribui um peso em função das circunstâncias do caso concreto. A citada “dimensão de peso” não é, então, atributo abstrato dos princípios, mas qualidade das razões e dos fins a que eles fazem referência, cuja importância concreta é atribuída pelo aplicador. Vale dizer: a dimensão de peso não é um atributo empírico dos princípios, justificador de uma diferença lógica relativamente às regras, mas resultado de juízo valorativo do aplicador.

A diferença entre o conflito entre princípios e aquele entre regras também merece um olhar mais atento. Foi dito que a solução de um conflito entre princípios consiste em

---

<sup>57</sup> D’ÁVILA, 2006, p. 16.

atribuir prioridade a um deles, sem que o outro seja considerado inválido. É dizer: a eliminação da inconsistência normativa procede sem a declaração de nulidade de uma das normas envolvidas. Essa característica dos princípios é verdadeira, mas somente na hipótese de os princípios estabelecerem fins divergentes. Quando, porém, se dirigem para a uma mesma relação apontando para o mesmo fim, mas com a implementação de meios diversos, aí deve-se declarar a prioridade de um princípio sobre outro com a conseqüente não-aplicação de um deles para aquele caso concreto. A solução é idêntica à dada para o conflito entre regras com determinação de uma exceção, hipótese em que as duas normas ultrapassam o conflito mantendo sua validade.

A própria questão da definição dos princípios como deveres de otimização merece temperamentos. Eles seriam considerados dessa maneira porque seu conteúdo deve ser aplicado “na máxima medida”. Mas nem sempre é assim. Para demonstrá-lo, é preciso verificar quais as espécies de colisão existentes entre os princípios. Eles não se relacionam de uma só maneira. Os princípios estipulam fins a serem perseguidos, sem determinar, de antemão, quais os meios a serem escolhidos. No caso de colisão entre dois princípios, várias hipóteses podem ocorrer: primeiro caso, que a realização do fim instituído por um princípio sempre leve à realização do fim estipulado pelo outro; segundo, que a realização do fim instituído por um exclua a realização do fim estipulado pelo outro; terceiro, que realização do fim instituído por um só leva à realização de parte do fim estipulado pelo outro; ou que a realização do fim instituído por um não interfira na realização do fim estipulado pelo outro.

Ora, quando a realização do fim instituído por um princípio sempre levar à realização do fim estipulado pelo outro não há o dever de realização “*na máxima medida*”, mas o dever de realização estritamente necessária à implementação do fim instituído pelo outro princípio. Vale dizer: “na medida necessária”.<sup>58</sup> Na segunda hipótese, isto é, quando a realização do fim instituído por um princípio excluir a realização do fim estipulado pelo outro, não se verifica a citada limitação e complementação recíproca de sentido. Os dois devem ser aplicados na integralidade de seu sentido. A colisão, entretanto, só pode ser solucionada com a rejeição de um deles. Semelhante, portanto ao caso de colisão entre regras. Assim, a diferença não está no fato de que as regras devem ser aplicadas “no todo” e os princípios só na “medida máxima”.

Ambas as espécies de normas devem ser aplicadas de modo que o seu conteúdo de dever ser seja realizado totalmente. Tanto as regras quanto os princípios possuem o mesmo

---

<sup>58</sup> BOBBIO, Norberto. **Teoria dell'ordinamento giuridico**. Torino, Giappichelli, 1960. p. 94.

conteúdo de dever-ser. A única distinção é quanto à determinação da prescrição de conduta que resulta da sua interpretação: a interpretação dos princípios não determina diretamente (por isso *prima-facie*) a conduta a ser seguida, apenas estabelece fins normativamente relevantes cuja concretização depende mais intensamente de um ato institucional de aplicação; a interpretação das regras depende de modo menos intenso de um ato institucional de aplicação. Nos dois casos, porém, a aplicação concreta pode modificar a prescrição normativa estipulada no texto da norma de conduta, que primeiramente era havida como óbvia, o que diminui a força da distinção entre princípios e regras<sup>59</sup>.

Humberto D'Ávila trata da questão com alguns postulados:

a) Dever de proporcionalidade como postulado normativo aplicativo

Com esses esclarecimentos pode-se perguntar, então, se o dito “Princípio da Proporcionalidade” é, ou não, uma norma-princípio. Essa indagação se reveste de interesse prático, na medida em que a sua resposta esclarece não só a estrutura lógica do dever de proporcionalidade, hoje amplamente utilizado pela jurisprudência, mas também explica o seu fundamento de validade e a relação que mantém com as outras normas jurídicas.

b) dever de proporcionalidade não é um princípio ou norma-princípio.

Senão, vejamos: sua descrição abstrata não permite uma concretização em princípio gradual, pois a sua estrutura trifásica consiste na única possibilidade de sua aplicação; a aplicação dessa estrutura independe das possibilidades fáticas e normativas, já que o seu conteúdo normativo é neutro relativamente ao contexto fático; sua abstrata explicação exclui, em princípio, a sua aptidão e necessidade de ponderação, pois o seu conteúdo não irá ser modificado no entrelaço com outros princípios<sup>60</sup>. Não bastasse, a proporcionalidade não determina razões às quais a sua aplicação atribuirá um peso, mas apenas uma estrutura formal de aplicação de outros princípios.

Não sendo um princípio do modo como a teoria geral do direito analisa hoje a questão, então pergunta-se: em que consiste o dever de proporcionalidade? Alexy, sem o enquadrar noutra categoria, exclui-o com razão do âmbito dos princípios, já que não entra em conflito com outras normas-princípios, não é concretizado em vários graus ou aplicado

<sup>59</sup> D'ÁVILA, 2006, p. 17-18.

<sup>60</sup> GUASTINI, Riccardo. **Distinguendo**: studi di teoria e metateoria del diritto, Torino: Giappichelli, 1996. p. 121. Sobre sua influência na interpretação do direito positivo, ver: D'ÁVILA, Humberto Bergmann. **Medida Provisória na Constituição de 1988**. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1997. p. 43 e ss.

mediante criação de regras de prevalência diante do caso concreto, e em virtude das quais ganharia, em alguns casos, a prevalência.<sup>61</sup>

Não consiste num princípio pelas razões expostas. Também não traduz um critério, já que critério, como vimos, serve para tomar uma decisão racional sobre a aceitação ou rejeição de uma das variáveis envolvidas. A aplicação do dever de proporcionalidade não determina que um dos princípios envolvidos deve ser escolhido em detrimento do outro. Ao contrário, ele estabelece uma estrutura para que ambos sejam realizados (dependendo da espécie de colisão) ao máximo. Ainda que admitíssemos que o dever de proporcionalidade fosse um critério, já que condiciona a aplicação de outros elementos dos quais se distingue, ele não seria um critério material, mas apenas formal.

O dever de proporcionalidade, então, estabelece uma estrutura formal de aplicação dos princípios envolvidos: o meio escolhido deve ser adequado, necessário e não-excessivo. Sobre a medida de excesso considerada inválida o dever de proporcionalidade nada diz.<sup>62</sup> Só a análise diante do caso concreto e diante da relevância que o ordenamento jurídico atribui a determinados bens jurídicos (p. ex. vida, dignidade, liberdade, propriedade) pode revelar o excesso da medida. A aplicação concreta só se completa com um conteúdo, até porque os fins só podem ser estabelecidos em contato com normas substanciais. O que importa, entretanto, é que não é o dever de proporcionalidade em si que estabelece a medida substancial da excessividade, mas sua aplicação conjunta com outros princípios materiais.

c) o dever de proporcionalidade também não é uma regra jurídica. O dever de proporcionalidade não estabelece tal ou qual conteúdo relativamente à conduta humana ou à aplicação de outras normas. É por intermédio das condições que ele estabelece que da interpretação de outras normas envolvidas será estabelecido o que é devido, permitido ou proibido diante de determinado ordenamento jurídico. O dever de proporcionalidade não funciona, em hipótese alguma, sem a complementação material de outras normas. O dever de agir proporcionalmente depende da determinação do meio e do fim, sobre os quais dizem outras normas jurídicas (princípios e regras), e não o dever de proporcionalidade, algo diverso de uma norma de conduta ou mesmo de estrutura.<sup>63</sup>

d) o dever de proporcionalidade consiste num postulado normativo aplicativo. Como já afirmado acima, o dever de proporcionalidade impõe uma condição formal ou estrutural de conhecimento concreto (aplicação) de outras normas. Não consiste numa

---

<sup>61</sup> D'ÁVILA, 2006, p. 24.

<sup>62</sup> Ibid., p. 25.

<sup>63</sup> Ibid., p. 26.

condição no sentido de que, sem ela, a aplicação do Direito seria impossível. Consiste numa condição normativa, isto é, instituída pelo próprio Direito para a sua devida aplicação. Sem obediência ao dever de proporcionalidade não há a devida realização integral dos bens juridicamente resguardados. É dizer: ele traduz um postulado normativo aplicativo como aqui se estipula<sup>64</sup>.

Como postulado aplicativo que é, está contidos nas dobras do próprio ordenamento jurídico. Ora, sendo o Direito *hic et hunc* o meio mediante o qual são estabelecidas proporções entre bens jurídicos exteriores e divisíveis, a sua aplicação depende do estabelecimento de uma medida limitada e orientada pela sua máxima realização. A instituição simultânea de direitos e garantias individuais e de finalidade públicas e normas de competência, como faz a Constituição de 1988, implica o dever de ponderação, cuja medida só é obtida mediante a obediência à proporcionalidade. O dever de proporcionalidade é o dever de atribuir uma proporção ínsita à idéia de relação. O Direito tutela bens que se dirigem a finalidades muitas vezes antagônicas, cuja concretização exige, porque há correlação, uma ponderação dialética ou proporção. Inútil será buscar uma *sedes materiae* escrita — normativa sim — quando o fundamento de validade do dever de proporcionalidade está na estrutura da norma jurídica e na atributividade do próprio Direito<sup>65</sup>.

A relevância que o direito moderno começou a atribuir ao dever de proporcionalidade se explica pelo estabelecimento de direitos e garantias individuais nas constituições modernas. A proporcionalidade com a função de estabelecer limites à atividade estatal e de garantir ao máximo a liberdade dos cidadãos pressupõe, de um lado, a existência mesma do Estado e, de outro, a garantia de direitos individuais.<sup>66</sup> Superadas as questões ligadas à consolidação do regime democrático e as discussões sobre questões formais que dela surgiam, começou-se a analisar não apenas as questões ligadas à forma de limitação da intervenção do Estado (eficácia normativa negativa) mas também aquelas relacionadas à proteção substancial do indivíduo (eficácia normativa positiva).

Sua importância cresceu juntamente com a demonstração de que o Direito também contém elementos não escritos (implícitos), sem que a falta de referência direta a textos implique perda de normatividade. O positivo não se iguala ao escrito. A doutrina, acostumada apenas a explicar textos, enfrenta até hoje dificuldades em distinguir qualquer realidade que não seja deduzida de textos. Uma norma, no entanto, não é o texto, mas o

---

<sup>64</sup> D'ÁVILA, 2006, p. 26.

<sup>65</sup> Ibid., p. 27.

<sup>66</sup> Ibid., p. 27.

conteúdo de significação da interpretação de textos e das inúmeras relações que mantêm entre si.<sup>67</sup>

Basta verificar que há dispositivos (textos normativos, prescrições) que contêm mais de uma norma (como exemplo legalidade tributária, art. 150, I contém uma permissão para regulação de matéria tributária, uma proibição de que outras fontes regulem essa matéria e a proibição de delegação normativa). Há dispositivos cujo conteúdo é equívoco, dos quais podem surgir mais de uma norma, da mesma forma que existem dispositivos que dependem de outros para terem significado, de tal sorte que da interpretação de mais de uma prescrição resulta apenas uma norma. Também há dispositivos dos quais não pode ser deduzida norma alguma (preâmbulo: “... sob a proteção de Deus...”) ou que necessitam de outros dispositivos para possuir significado normativo (hierarquia semântica). Existem, ainda, normas que não resultam de um dispositivo específico (por exemplo: normas implícitas que resultam de indução de outros dispositivos, ou da sua *ratio juris* ou de uma interpretação analógica; como a exigência de certeza do Direito). Enfim, não há identificação entre norma e texto. O dever de proporcionalidade também não resulta de um texto específico, mas da estrutura mesma dos princípios, sem que isso lhe retire força normativa<sup>68</sup>.

A proporcionalidade determina que um meio deva ser adequado, necessário — isto é, dentre todos os meios adequados aquele menos restritivo — e não deva ficar sem relação de proporcionalidade relativamente ao fim instituído pela norma. A condição negativa consubstancia-se no sub-elemento da proporcionalidade em sentido estrito (elemento da proibição de excesso), que exige que o meio e o fim devam estar em uma relação de proporção (não podem ficar em relação de desproporção). A condição positiva traduz-se na ponderação dos interesses, que estão (estaticamente) em posição de contraposição, os quais devem ser de tal forma ponderados, que a coordenação entre os bens jurídicos constitucionalmente protegidos possa atribuir máxima realização a que cada um deles. Esse é a chamada concordância prática, da qual se ocupou Hesse com rara clareza: “A fixação de limites deve ser proporcional no respectivo caso concreto; eles não podem ir além do necessário para que possa ser estabelecida a concordância de ambos os bens jurídicos”.<sup>69</sup>

Assim, o dever de proporcionalidade estrutura-se em três elementos: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, já abordados anteriormente. Uma medida é adequada se o meio escolhido está apto para alcançar o resultado pretendido; necessária, se,

---

<sup>67</sup> D’ÁVILA, 2006, p. 28.

<sup>68</sup> Ibid., p. 28.

<sup>69</sup> Ibid., p. 28-29.

dentre todas as disponíveis e igualmente eficazes para atingir um fim, é a menos gravosa em relação aos direitos envolvidos; proporcional ou correspondente, se, relativamente ao fim perseguido, não restringir excessivamente os direitos envolvidos. E quando se fala em direitos envolvidos se verifica que o dever de proporcionalidade resulta da estrutura principal das normas e da atributividade do Direito, mas não só disso. A sua aplicação está, de um lado, condicionada à existência de princípios que se apresentem em situação de correlação concreta, em virtude da qual seja *devido* realizar ao máximo os bens jurídicos por eles protegidos; de outro, condicionada à existência de uma relação “meio-fim” objetivamente controlável, sem a qual o dever de proporcionalidade ou é impensável, ou é incompleto. Vale dizer: o dever de proporcionalidade decorre da estrutura do Direito e de suas normas, mas não se esgota nela, na medida em que pressupõe o conflito entre bens jurídicos materiais e o poder estruturador da relação meio-fim<sup>70</sup>.

Onde houver proteção a bens jurídicos que concretamente se correlacionem e uma relação meio-fim objetivamente demonstrável, haverá campo aplicativo para o dever de proporcionalidade. Isso não quer dizer que sua aplicação seja idêntica em qualquer ramo didaticamente autônomo. Não é. Isso porque, sendo uma estrutura formal de relação de meios a fins, sua utilização depende da importância e do poder estruturador da finalidade para determinar o conteúdo normativo de uma relação jurídica. É justamente a sua estrutura formal que revela a sua necessária correlação com normas substanciais.

A função desempenhada pelo fim para a formação da relação jurídica é que determina a relevância e a limitação da aplicação do dever de proporcionalidade. “Fim” consiste num estado desejado e, como tal, constitui objeto (mediato ou imediato) de qualquer prescrição normativa.<sup>71</sup> O fim como estruturante da relação, entretanto, não é qualquer fim, mas um estado material realizável fora do âmbito jurídico.

### **2.3 O princípio da proporcionalidade no direito processual brasileiro**

A doutrina e a jurisprudência parecem reconhecer uma certa sobreposição entre os conceitos de razoabilidade e proporcionalidade. Germana de Oliveira Moraes<sup>72</sup> diferentemente, afirma que “inexiste sobreposição entre os princípios da razoabilidade e da

<sup>70</sup> D’ÁVILA, 2006, p. 29.

<sup>71</sup> Ibid., p. 29.

<sup>72</sup> MORAES, Germana de Oliveira. **Controle jurisdicional da administração pública**. São Paulo: Dialética, 1999. p. 132.

proporcionalidade. De toda sorte, embora com matriz histórica diversa e conteúdos distintos, guardam vários pontos de identidade. Por isso, há quem os trate indistintamente como noções fungíveis; há, por outro lado, quem considere o princípio da razoabilidade como uma das vertentes do Princípio da Proporcionalidade (Eros Roberto Grau); e ainda, por vezes, o Princípio da Proporcionalidade é visto como uma das expressões do princípio da razoabilidade (Celso Antônio Bandeira de Mello). Eros Roberto Grau, considerou um equívoco tratar o princípio da razoabilidade, como princípio distinto da proporcionalidade, atribuindo-a à circunstância de a Constituição do Estado de São Paulo referir-se ao princípio da razoabilidade no artigo 111. Para ele, a razoabilidade é uma feição da proporcionalidade e não o inverso<sup>73</sup>. Na opinião de Celso Antônio Bandeira de Mello, “em rigor, o Princípio da Proporcionalidade não é senão uma faceta do princípio da razoabilidade”.<sup>74</sup>

Já na tradição do direito anglo-saxão, o princípio da razoabilidade tem outra conotação,

[...] ora significando a referência à tomada em consideração, pela autoridade decisória, de elementos impertinentes, ou ao esquecimento de outros elementos pertinentes, ora compreendendo a proibição de conduta que contrarie, de forma manifesta, o senso comum”. Neste sentido, este princípio guarda correspondência com o conteúdo do princípio da proporcionalidade, tal como inicialmente apresentado, uma vez que o chamado teste de racionalidade possa envolver o juízo

<sup>73</sup> GRAU, Eros Roberto. Crítica da Discricionariedade e Restauração da Legalidade”. In.: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Coord.). **Estudos de direito administrativo em homenagem ao professor Seabra Fagundes**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

<sup>74</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 13. ed., São Paulo: Malheiros, 2001. p. 56. Em sentido contrário, com substantivos argumentos veja-se PONTES, Helenilson Cunha. **O princípio da proporcionalidade e o direito tributário**. São Paulo: Dialética, 2000. p. 190-191, que aponta quatro principais diferenças:”Primeiro. A exigência motivação racional da decisão jurídica que aplica o princípio da proporcionalidade é sensivelmente maior, e diferente, daquela que aplica o princípio da razoabilidade. O princípio da proporcionalidade impõe ao intérprete-aplicador deveres de três níveis, diante dos quais deve ser analisada e justificada a decisão. Segundo. Os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade distinguem-se pelo conteúdo. O princípio da proporcionalidade consubstancia notadamente, mas não exclusivamente, um juízo acerca da relação meio-fim, entre a medida tomada e o fim com ela buscado. A razoabilidade, por outro lado, prescinde da consideração daquela relação de meio-fim; exige apenas que a decisão jurídica seja racionalmente motivada, aprecie os interesses concretamente em discussão e seja uma dentre as várias decisões igualmente razoáveis, mediante um juízo de exclusão; desnecessário que o juízo. [...] Terceiro. A razoabilidade e a proporcionalidade distinguem-se ainda quanto à natureza. A razoabilidade constitui exigência geral da razão humana, aplicável, portanto, a todos os setores do “agir social”, nas relações morais, éticas, econômicas e também jurídicas. A proporcionalidade, por outro lado, além de princípio de interpretação, consubstancia também princípio jurídico material decorrente da opção constitucional por um Estado Democrático de Direito, e por tudo o que este significa, desde a afirmação dos direitos fundamentais, passando pela salvaguarda constitucional de um catálogo de princípios jurídicos opostos. Quarto. Em consequência do retro-exposto, os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade distinguem-se ainda quanto às respectivas funções eficáciais por ele desempenhadas. A razoabilidade é norma jurídica com exclusiva função de bloqueio, isto é, objetiva impedir a consumação de decisões socialmente inaceitáveis, arbitrárias ou injustas. O princípio da proporcionalidade, além da função de bloqueio, desempenhada por este como norma que veicula a vedação ao arbítrio (*Übermassverbot*), caracteriza-se também pela função de resguardo, isto é, de norma que exige e assegura a concretização dos interesses constitucionalmente consagrados, na melhor medida possível.”

de adequação e de exigibilidade. Por outro lado, pondera a autora, por vezes (nem sempre), no teste de razoabilidade, em sentido estrito, pode haver justaposição do mesmo raciocínio concernente à idéia de proporcionalidade em sentido estrito, à medida que a valoração dos interesses em conflito possa ter por fonte o consenso popular, e não o juízo do aplicador da norma jurídica.<sup>75</sup>

Fábio Medina Osório<sup>76</sup>, analisando o Princípio da Proporcionalidade salienta que “A proporcionalidade, juntamente com o preceito da proibição de excesso, é resultante da essência dos direitos fundamentais. Proíbem-se intervenções desnecessárias e excessivas”. “Uma lei não deve onerar o cidadão mais intensamente do que o imprescindível para a proteção do interesse público”.

Assim, a intervenção deve ser apropriada e necessária para alcançar o fim desejado, nem deve gravar em excesso o afetado, i.e., deve poder dele exigível.<sup>77</sup> É possível dizer que o teste da racionalidade pressupõe o agrupamento objetivo e lógico da relação meios- fins.

### **Consagração Jurisprudencial no Supremo Tribunal Federal**

É oportuno salientar que o Princípio da Proporcionalidade no direito administrativo e constitucional está consagrado do ponto de vista jurisprudencial.<sup>78</sup> Conforme

---

<sup>75</sup> MELLO, 2001, p. 101.

<sup>76</sup> OSÓRIO, Fábio Medina. **Improbidade administrativa**. Porto Alegre: Síntese, 1997.

<sup>77</sup> HECK, Luís Afonso, **O tribunal constitucional federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais** – Contributo para uma compreensão da jurisdição constitucional federal alemã. Porto Alegre: Fabris, 1995, p. 177.

<sup>78</sup> MORAES, 1999, p. 191-192, chega a estabelecer uma clara cronologia da afirmação do princípio no STF: “Na evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, é possível distinguir, em síntese, nitidamente três fases distintas quanto aos fundamentos da adoção dos critérios de razoabilidade e de proporcionalidade. Numa fase inicial, o emprego desses critérios no controle das atuações públicas – legislativas e administrativas, valeram-se do Direito Comparado, apresentando-se, ora sob a feição da teoria do desvio legislativo, adaptada da doutrina francesa acerca do desvio do poder dos atos administrativos para o controle da constitucionalidade das leis, como na referida decisão pioneira em que se consignou que “o poder de taxar não pode chegar à desmedida do poder de destruir” (RE 18.831), e nas decisões relativas aos testamentos políticos, influenciados pelos pareceres do acatado administrativista Caio Tácito (MS 7.243), ora fundado em suplementos do Direito Argentino, na decisão em que pela primeira vez há menção expressa à razoabilidade, versando sobre o poder de polícia das profissões (Rep. 930 de 1969), e do Direito Americano, no julgamento relativo à Lei de Segurança Nacional (HC de 21 de fevereiro de 1969). Na fase subsequente, passaram-se a inferir, na Corte Suprema Brasileira, essas noções de proporcionalidade e de razoabilidade dos princípios constitucionais implícitos, como no último julgamento, ou explícitos, havendo vários precedentes nos quais se reconhece a razoabilidade como ínsita ao conteúdo do princípio da igualdade, a partir das memoráveis lições de Santiago Dantas e da construção teórica de Celso Antônio Bandeira de Mello acerca do conteúdo jurídico da igualdade. Finalmente, nos últimos julgamentos, invocam-se de modo expresso, nos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, extraídos do princípio do “devido processo legal”, sob o influxo da interpretação americana – jurisprudencial e doutrinária deste último (v. ADIN 966-4 e 958-3 e ADIN n.º 1158, em 19 de dezembro de 1994).”

aponta Gilmar Ferreira Mendes,<sup>79</sup> o primeiro julgado significativo a incorporar o princípio no âmbito do STF ocorreu no julgamento do Recurso Especial nº. 18.331, da relatoria do Ministro Orozimbo Nonato, quando se afirmou que:

O poder de taxar não pode chegar à desmedida do poder de destruir, uma vez que aquele somente pode ser exercido dentro dos limites que o tornem compatível com a liberdade de trabalho, comércio e da indústria e como o direito de propriedade. É um poder cujo exercício não deve ir até o abuso, o excesso, o desvio, sendo aplicável, ainda aqui, a doutrina fecunda do *détournement de pouvoir*.

Contudo, é provavelmente a Representação nº. 1077, de 28/03/84, que teve como relator o Ministro Moreira Alves aquela que mais claramente enfatizou o princípio ao se decidir que:

Sendo – como já se acentuou – a taxa judiciária, em face do atual sistema constitucional, taxa que serve de contraprestação à atuação de órgãos da justiça cujas despesas não sejam cobertas por custas e emolumentos, tem ela – como toda taxa com caráter de contraprestação – um limite, que é o custo da atividade do Estado, dirigido àquele contribuinte. Esse limite, evidentemente, é relativo, dada a dificuldade de se saber, exatamente, o custo dos serviços a que corresponde tal contraprestação. O que é certo, porém, é que não pode taxa desta natureza ultrapassar uma equivalência razoável entre o montante a que pode ser compelido o contribuinte pagar, tendo em vista a base de cálculo estabelecida pela lei e o quantum da alíquota esta fixado.

Uma vez fixada da idéia de equivalência razoável (ou proporcionalidade em sentido estrito) entre o custo do serviço e a prestação cobrada, concluiu o voto pela inconstitucionalidade do artigo 118 da lei estadual que de forma genérica, fixava em 2% sobre o valor do pedido o quantum devido pelo contribuinte.

Por fim, também no julgamento das Ações Diretas de Constitucionalidade de no. 966-4 e 958-3, julgadas em 1994 os princípios da razoabilidade e proporcionalidade voltaram a ser invocados na declaração de inconstitucionalidade de dispositivos da lei 8.713/93 que estabeleceu normas gerais para as eleições gerais de 03 de outubro de 1994.<sup>80</sup>

<sup>79</sup> “A proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal”, Repertório IOB de Jurisprudência, no. 23/94, 1ª dezembro de 1994.

<sup>80</sup> Também esta decisão é objeto de cuidadosa análise por parte de Gilmar Mendes Ferreira e Suzana (p. 103-128), nos trabalhos citados.

Merece destaque ainda, o julgado na ADIN no. 1.521, que teve o Ministro Marco Aurélio de Mello como Relator, na qual se reconheceu, mais diretamente, o sentido de razoabilidade enquanto proibição do excesso:

As intervenções legislativas não podem gerar conseqüências desproporcionais àquelas exigidas para a realização dos fins propostos, nem resultarem demasiadamente onerosas sob uma equação de custo-benefício mais ampla. Assim, a exclusão do valor-limite das mensalidades escolares dos valores adicionados às mensalidades de 1995, que estivessem sob questionamentos administrativos ou judiciais, não era razoável e ofendia ao devido processo legal substantivo, pois importava que a impugnação feita por um ou alguns estudantes pudesse inviabilizar a inclusão da parcela controvertida no valor das mensalidades de todos os alunos de uma determinada instituição de ensino.<sup>130</sup>

Como salientado nos itens anteriores, os princípios constitucionais assumem importância ímpar no Estado Democrático de Direito. São, pois, a própria condição de possibilidade da Constituição, porque conformadores do seu núcleo político, naquilo que se denomina no contemporâneo constitucionalismo de “relação de pertinência entre as normas”. Como bem assevera Bonavides, princípios valem, normas vigem. Celso Antônio Bandeira de Mello vai dizer que a violação de um princípio viola a própria Constituição.<sup>81</sup> Pode-se dizer que os antigos princípios gerais do direito estão, hoje, constitucionalizados, merecendo, alguns, inclusive, a devida filtragem hermenêutico-constitucional.

Dito de outro modo, alguns princípios gerais do Direito, porque pertencentes ao modelo liberal-individualista de Direito, não são compatíveis com a principiologia ínsita ao Estado Democrático de Direito, podendo-se nominar, nesse contexto, o princípio processual penal de que não há nulidade sem prejuízo. No mínimo, esse princípio deve sofrer o sopesamento próprio de outro princípio: o da proporcionalidade. “Observe-se que determinadas provas podem, pelo princípio dos frutos da árvore envenenada, adotado pelo Supremo Tribunal Federal, contaminar todo o restante da prova. Uma nulidade pode até não causar prejuízo, desde que esta não esteja umbilicalmente ligada à outra, exurgente de uma violação de um princípio da Constituição. Merece atenção também o princípio do *ne procedat iudex ex officio*, que deve sofrer uma mitigação, mormente quando a matéria é de índole constitucional”.<sup>82</sup>

<sup>81</sup> MELLO, Celso Antonio Bandeira apud STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 407.

<sup>82</sup> Ibid., p. 414.

Por isso, os princípios, mesmo não inscritos textualmente na Constituição, servem para fazer a conformação dos textos normativos infraconstitucionais com o texto da Constituição.<sup>83</sup> Talvez os mais importantes, nessa trilha, sejam mesmo os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, reconhecidos desde há muito pelos Tribunais europeus, norte-americanos e o Supremo Tribunal Federal. Os direitos fundamentais estão ligados indissociavelmente com os princípios constitucionais, sendo, destarte, o próprio fundamento do processo hermenêutico-constitucional. Antes da regra, vigora o princípio, que lhe dá fundamento de validade.

O sentido do texto constitucional somente adquire sentido a partir (do sentido) do princípio. É evidente que não se está a falar da dedução de um sentido a partir de uma categoria, isto porque existe uma co-originariedade, ínsita à ontologia fundamental (Nova Crítica do Direito), que não permite que se deduza um existencial de outro existencial. Há sempre uma “já compreensão”. O princípio constitucional funciona como um elemento operativo no âmbito de uma co-originariedade. Os princípios constituem o núcleo de materialidade da Constituição. Não há como separa-los da Constituição. Quando falamos da Constituição, nesse falar já estão presentes os princípios. Há, pois, uma unidade do ser; o ser é abismo, diz Heidegger, na medida em que ser é fundamento. Esse fundamento é a estrutura prévia do sentido que desde sempre é dada pelo intérprete (*Dasein*) como ser-no-mundo, onde a Constituição é ser-em.

Sendo dever dos tribunais e dos juízes aplicar a Constituição, não é prerrogativa apenas do Supremo Tribunal o manejo dos princípios não explicitados (formalmente) na Lei Maior. A mesma filtragem constitucional que é feita no confronto de um texto normativo infraconstitucional com um preceito da Constituição deve ser feita a partir da principiologia. Ou seja, mesmo levando em conta o fato de que os princípios de que se fala são de índole constitucional, os demais tribunais e juízes da república estão autorizados a aplicá-los em sede de controle difuso. Nesse sentido, vejam-se as seguintes decisões do Superior Tribunal de Justiça:

a) Administrativo e constitucional. Militar. Sargento do quadro complementar da aeronáutica. Ingresso e promoção no quadro do corpo pessoal graduado. Estágio probatório não convocado. Condição *sine qua non*. Aplicação do art. 49 do Decreto nº. 68.951/71. Recurso Especial. Limitação da discricionariedade. Moralidade pública, razoabilidade e proporcionalidade.

---

<sup>83</sup> MELLO apud STRECK, 2002, p. 414.

1. A discricionariedade atribuída ao Administrador deve se usada com parcimônia e de acordo com os princípios da moralidade pública, *da razoabilidade e da proporcionalidade*, sob pena de desvirtuamento.
2. As razões para a não convocação de estágio probatório, que é condição indispensável ao acesso dos terceiros sargentos do quadro complementar da Aeronáutica ao quadro regular, devem ser aptas a demonstrar o interesse público.
3. Decisões desse quilate não podem ser imotivadas. Mesmo o ato decorrente do exercício do poder discricionário do administrador deve ser fundamentado, sob pena de invalidade.
4. A diferença entre atos oriundos do poder vinculado e do poder discricionário está na possibilidade de escolha, inobstante, ambos tenham de ser fundamentados. O que é discricionário é o poder do administrador. O ato administrativo é sempre vinculado, sob pena de invalidade.
5. Recurso conhecido e provido.<sup>84</sup>

Em outra ocasião, o Superior Tribunal de Justiça negou a aplicação dos princípios, fazendo, entretanto, específica menção a ambos:

b) Ação de indenização por dano moral. Inscrição do nome do autor nos serviços de proteção ao crédito. *Quantum* fixado. Decisão fulcrada nas circunstâncias peculiares da causa. Inocorrência de abuso ou qualquer ofensa aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade. Súmula 7/STF.

1. Não é porque o valor da indenização foi fixado em quantia superior àquela que a parte acha justa que houve malferimento dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

Há registro de poucas ocorrências a partir dos verbetes “princípio”, “proporcionalidade” e “razoabilidade” no site do Superior Tribunal de Justiça.

2. O valor fixado a título de indenização não se reveste de exorbitância capaz de provocar a intervenção desta Corte, sopesadas as circunstâncias fáticas que o determinaram (Súmula 7-STJ).

3. Recurso não conhecido.<sup>85</sup>

c) Administrativo. Infração às normas sobre a duração do trabalho. Aplicação da multa prevista no art. 75 da CLT. Inobservância dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Inexistindo circunstâncias especialmente desfavoráveis à imputante enquanto infratora, a pena deveria aproximar-se muito mais do limite mínimo do que do máximo previsto em lei, ao contrário do que, de modo infundado, agiu a autoridade coatora, inob-servando os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.<sup>86</sup>

d) Direito Constitucional. Direito Administrativo. Princípio da Proporcionalidade. Razoabilidade do Ato Estatal. No Estado Democrático de Direito, impõe-se a observância do princípio da proporcionalidade na prática de seus atos, sendo de rigor a adoção de meios adequados à consecução dos fins colimados, causando a menor restrição possível aos direitos dos cidadãos.<sup>87</sup>

e) HC contra ato de Tribunal de Justiça e Medida Adequada - 1

A Turma não conheceu de *habeas corpus* impetrado contra ato do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em favor de condenado a medida de internação, mas deferiu-o, de ofício, para declarar ilegal o constrangimento à liberdade do paciente e substituir a medida de internação a ele aplicada pela de liberdade assistida, que vem se revelando adequada para o fim de acompanhar, auxiliar e orientar o adolescente. Na espécie, o paciente respondera a inúmeros procedimentos infracionais, pelos quais lhe fora aplicada a medida de internação, por prazo indeterminado, sem

<sup>84</sup> RESP n. 79771/DF, rel. Min. Anselmo Santiago, 29.4.97. STRECK, 2002, p. 415.

<sup>85</sup> RESP 208924/SE, rel. Min. Waldemar Zveiter, 27.4.2000 apud STRECK, 2002, p. 416.

<sup>86</sup> Apel. em MS n. 1999.04.01.087857-5/sc, rel. Valdemar Capeletti apud STRECK, 2002, p. 416.

<sup>87</sup> Remessa *ex officio* em MS n. 1999.04.01.071232-6/PR, rel. Juiz Roger Raupp Rios apud STRECK, 2002, p. 416.

possibilidade de atividades externas. Posteriormente, em razão de ter sido verificada uma evolução positiva no seu desenvolvimento, sobretudo quanto aos estudos, passara a realizar atividades externas. Depois de cumprir mais de 1 ano de internação e em face dos avanços comportamentais e da concreta perspectiva de vida que acabara construindo, viera a ter progressão para a liberdade assistida por um período inicial de 6 meses. Não obstante, em virtude de outro fato por ele praticado anteriormente, o TJRS, em recurso interposto pelo Ministério Público, determinara o retorno do paciente à medida de internação, substituindo a prestação de serviços à comunidade a ele imposta pela sentença condenatória.

HC 90306/RS, rel. Min. Joaquim Barbosa, 20.3.2007. (HC-90306)

HC contra ato de Tribunal de Justiça e Medida Adequada - 2

Conheceu-se, de ofício, do *writ* ao fundamento de que, embora dirigido contra autoridade a qual não compete o Supremo julgar, estariam em jogo garantias constitucionais de extrema relevância, quais sejam, o direito do adolescente à educação, à profissionalização, à convivência familiar e comunitária e à liberdade. Considerou-se estar configurado, no caso, um ato de cerceamento da liberdade de um jovem por fato que praticara há quase 4 anos, o qual já respondera, posteriormente, internado, por outros fatos até mais graves. Ressaltou-se que, diante do quadro apresentado, seria muito prejudicial à evolução pessoal do paciente, reconhecida nos relatórios de orientação, a determinação de cumprimento de nova medida de internação por ato infracional praticado há tanto tempo. Asseverou-se, no ponto, que as medidas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA visam assegurar à criança e ao adolescente proteção integral, e que as razões invocadas pelo TJRS para decretar a internação pareciam incoerentes com essa finalidade, haja vista que se levava em conta não o ato em si praticado (resistência), mas atos infracionais anteriores pelos quais o paciente já fora internado e obtivera progressão para medida menos gravosa. Em vista disso, entendeu-se que o acórdão impugnado, ao não atentar para a realidade do paciente, cujo comportamento se mostrara adequado a ensejar a progressão das medidas, violara a razoabilidade, os ditames constitucionais e o ECA, devendo incidir o art. 122, § 2º do ECA (“*Em nenhuma hipótese será aplicada a internação, havendo outra medida adequada*”).

HC 90306/RS, rel. Min. Joaquim Barbosa, 20.3.2007. (HC-90306)<sup>88</sup>

Entre dezenas de decisões, vale detalhar o julgamento citado anteriormente da ação direta de inconstitucionalidade nº. 855-2, onde explicitamente o STF refere os princípios da proporcionalidade e razoabilidade:

Gás liquefeito de petróleo: lei estadual que determina a pesagem de botijões entregues ou recebidos para substituição à vista do consumidor, com pagamento imediato de eventual diferença a menor: arguição de inconstitucionalidade fundada nos arts. 22, IV e VI (energia e metrologia), 24 e parágrafos, 25, par. 2º e 238, além das leis restritivas de direitos: plausibilidade jurídica da arguição que aconselha a suspensão cautelar da lei impugnada, a fim de evitar danos irreparáveis, à economia do setor, no caso de vir a declarar-se a inconstitucionalidade: liminar deferida.

<sup>88</sup> Ver ainda Informativo nº. 460.

No julgamento do *habeas corpus* (HC n. 45.232, de 21 de fevereiro de 1968), em pleno Regime Militar o Supremo declarou, em sede de controle difuso, a inconstitucionalidade do art. 48 da Lei de Segurança Nacional (Decreto-Lei 314/67). O dispositivo estava assim vazado:

A prisão em flagrante delito ou o recebimento da denúncia, em qualquer dos casos previstos nesse Decreto-Lei, importará, simultaneamente, na suspensão do exercício da profissão, emprego em atividade privada, assim como de cargo ou função na Administração Pública, autarquia ou em empresa pública ou sociedade de economia mista, até sentença absolutória.

Lançando mão do Princípio da Proporcionalidade, o STF afastou o dispositivo, por ferir o art. 150, *caput*, e parágrafo 35, da Constituição Federal, porque as medidas preventivas que importam na suspensão dos direitos, ao exercício das profissões e o emprego em empresas privadas, tiram ao indivíduo as condições para prover a vida e a subsistência. O parágrafo, 35 do art. 150 compreende todos os direitos não-enumerados, mas que estão vinculados às liberdades, ao regime de direito e às instituições políticas criadas pela Constituição.

A inconstitucionalidade não atinge as restrições ao exercício da função pública porque a legislação vigente sobre funcionários, aplicável à espécie, assegura uma parte dos vencimentos dos funcionários atingidos pelo art. 48 do referido Decreto-Lei. A inconstitucionalidade se estende aos parágrafos do art. 48, porque estes se referem à execução das normas previstas no artigo e consideradas inconstitucionais.

Em sede de recurso em mandado de segurança, o Supremo Tribunal deixou assentado o Princípio da Proporcionalidade:

Constitucional. Administrativo. Funcionário. Concurso público. Limite de idade. Advogado de Ofício da Justiça Militar. Lei n. 7.384/85, art. 4º, II; CF, art. 7ª, XXX, ex vi do art. 39, par. 2º:

“I – O limite de idade, no caso, para inscrição em concurso, inscrito no art. 4º, II, da Lei 7.384/85, não é razoável. Precedente do STF: RMS nº. 21.046.RJ. Inteligência do disposto nos arts. 7º, XXX, e 39, par. 2º da Constituição.

II - Recurso provido. Segurança deferida.

Adquirem relevância, nesse contexto, os princípios constitucionais, para mostrar que não é somente a violação de um preceito explícito no texto constitucional que pode acarretar um juízo de inconstitucionalidade. Partindo do princípio de que a vigência de uma lei é secundária em relação à sua validade, e essa validade somente pode ser aferida a partir de sua conformação com o texto constitucional (entendido em seu todo principiológico), qualquer texto normativo que tenha o condão de arranhar a Constituição deve passar pelo crivo do controle de constitucionalidade.<sup>89</sup> Daí a importância dos princípios da proporcionalidade ou do princípio da proibição do excesso, ao qual, o direito alemão (e, como se vê, também no direito brasileiro), outorga-se “qualidade de norma constitucional não-escrita, derivada do Estado de Direito. Cuida-se, fundamentalmente, de aferir a compatibilidade entre meios e fins, de molde a evitar desnecessárias ou abusivas contra direitos fundamentais”.<sup>90</sup>

---

<sup>89</sup> STRECK, 2002, p. 407.

<sup>90</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle de Constitucionalidade**. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 43.

### 3 A PROPORCIONALIDADE NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

#### 3.1 Processo administrativo disciplinar: generalidades

##### 3.1.1 A competência sancionatória (disciplinar) e o princípio hierárquico

Eduardo García de Enterría e Tomás Ramon Fernández sustentam que mesmo nos países que mantêm com maior rigor o monopólio sancionatório dos juízes, admitem que a Administração, para manter a disciplina interna de sua organização, dispôs sempre de um poder disciplinar em virtude do qual pode impor sanções a seus agentes. A peculiaridade destas sanções administrativas reside em dois pontos centrais: o reconhecimento de uma espécie de titularidade natural da Administração, derivada do atuar no seu âmbito doméstico, e a previsão de ilícitos que correspondem a condutas valoradas com critérios deontológicos mais que estritamente jurídicos. Por isso, a tradição do Direito Público pretendeu dispensar deste tipo de potestade, os requisitos gerais de legalidade e tipicidade, substituindo estas regras por uma sorte de potestade doméstica, legitimada na simples posição de uma submissão geral dos destinatários das medidas disciplinares, voluntária normalmente (mas nem sempre como no caso dos soldados e presos).<sup>1</sup>

Se o fundamento para atribuição de competências sancionatórias da Administração Pública para com seus agentes reside na disciplina, a hierarquia encontra aqui especial significado.

Com relação as lições de José Cretella Júnior sobre o significado do princípio hierárquico para a Administração Pública:

Formado artificialmente sobre as bases fornecidas pelo grego *hierós*, sagrado e *arkhía*, comando, passou *hierarquia* (comando sagrado) da linguagem religiosa para a profana (particularmente para a profana) e, desta, para a terminologia do direito público, acumulando os sentidos de *comando*, *subordinação*, *escalonação*, *dependência*. O *hierarca*, o sumo sacerdote, dava unidade à religião, resolvendo as dúvidas que eram acatadas pelos fiéis. No campo jurídico, o superior hierárquico também fixa as normas que deverão ser seguidas pelos subalternos.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> ENTERRÍA, Eduardo Garcia de; FERNÁNDEZ, Tomás Ramon. **Curso de derecho administrativo**. 5. ed. Madrid: Civitas, 1998. Tomo II. p. 165-166.

<sup>2</sup> CRETILLA JÚNIOR, José. **Comentários à Constituição de 1988**: artigos 38 a 91. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

Já se comparou o aparelhamento administrativo a uma grande pirâmide, cujo vértice é ocupado pelo superior em torno do qual se vão dispor, em graus diversos, cada vez mais baixos, os demais funcionários até a base. Em nosso caso, o Presidente da República e os Ministros ocupam o mais alto degrau, na hierarquia administrativa federal. A imagem dá uma idéia perfeita do complexo organismo administrativo, dirigido pelo superior e articulado em todos os seus lados, de maneira que o todo funcione harmonicamente, de modo uniforme, evitando-se o caos e reafirmando-se a unidade da máquina.

O princípio hierárquico, que exige uma submissão relativamente grande dos subordinados aos chefes, encontra seu ponto de partida na religião, irradiando depois ao exército, e serviu de diretriz para a organização da administração, nos diversos países.

Criação napoleônica, a organização administrativa francesa recebeu estrutura marcadamente militar. Em nenhuma outra parte, com exceção talvez da Prússia, o princípio hierárquico foi aplicado com tanto rigor. Era conforme as tradições do antigo regime e correspondia ao temperamento militar de Napoleão, sendo aceito facilmente pelos funcionários de uma geração nascida entre duas batalhas e formada nos colégios ao rufar dos tambores.

Hierarquia, em si, significa a superposição harmônica de muitos graus. Instituição bastante sólida, extraordinária disciplina, que recebe o nome de *poder hierárquico*.

Caracteriza-se o poder hierárquico, a coordenação e a subordinação, definindo-se, pois, o instituto, como ‘a série de órgãos que exercem o Poder Executivo, harmonicamente subordinados e coordenados para fazer compatível sua unidade com a variedade’.

Assemelhando-se a uma árvore genealógica, desdobra-se a hierarquia administrativa em linhas e graus, desde os órgãos centrais que representam o Poder Executivo, em sua unidade, até outros órgãos que se acham no término da função de que se trata; a linha é uma ramificação do Poder Executivo que liga um centro de autoridade a outros inferiores, o grau é o lugar numérico que corresponde a um determinado centro de autoridade relativa a outro superior pelos intermediários que existem entre ambos. A subordinação nos graus e a coordenação nas linhas são elementos integrantes da hierarquia administrativa.

Entende-se por hierarquia a relação de coordenação e subordinação dos órgãos do Poder Executivo.

Tal escalonamento mostra, em primeiro lugar, que os órgãos do aparelhamento administrativo estão permanentemente vinculados e que, pelo instituto da hierarquia fica firmada e graduada a competência de cada autoridade.

Por outro lado, cumpre frisar, a hierarquia é peculiar ao Poder Executivo, não

existindo no âmbito do Poder Judiciário, nem do Poder Legislativo.

No Poder Judiciário, enquanto Judiciário, o que existe é gradação de autoridade, estabelecida por meio de instâncias ou graus de jurisdição. Realmente, uma das conseqüências da hierarquia é a possibilidade que tem o superior de praticar os atos que competem ao inferior. Na organização por instâncias, tal não se dá: cada uma funciona na esfera diferente de outra e é com ela incomunicável. O tribunal não pode praticar atos da competência do juiz de primeira instância, não pode processar e julgar a qualquer momento uma ação qualquer, a não ser as da sua competência. Enfim, o tribunal não tem a faculdade de dar ordens nem de substituir-se ao juiz de inferior instância.

Desse modo, ao passo que, na hierarquia administrativa, o superior, independentemente de provocação do interessado, pode modificar ou reformar o ato do seu subordinado, desde que julgue dever assim proceder, tal não se verifica no âmbito do Poder Judiciário, onde somente mediante provocação do interessado, ou seja, através do *recurso*, o chefe intervém no ato ou ação do que lhe está subordinado. A tal ponto a incomunicabilidade de instância é observada no campo judiciário que, quando o legislador entende que é caso de reexame, manda que haja recurso por parte do próprio juiz.

[...]

As conseqüências da hierarquia são inúmeras, devendo-se salientar, entre outras, a unidade de direção, a vigilância dos superiores sobre os inferiores, a substituição do inferior pelo superior, a revisão dos atos dos subordinados, a aplicação de sanção, o dever de obediência e a resolução dos conflitos de atribuição.<sup>3</sup>

Justamente porque a competência disciplinar encontra seu fundamento no princípio hierárquico, o processo administrativo disciplinar apresenta características notadamente hierárquicas quanto à organização das autoridades processantes. Na generalidade das legislações estatutárias, a competência para instaurar e julgar o processo administrativo disciplinar depende da conjunção de dois fatores: a superioridade hierárquica da autoridade em relação ao servidor que responde o processo e a modalidade da pena disciplinar a ser aplicada (já que a pena de exclusão do serviço público somente pode ser aplicada pela autoridade que se encontra no topo da estrutura hierárquica). Por sua vez, a competência para instruir o processo é atribuída a uma Comissão formada por servidores de igual ou superior hierarquia em relação ao servidor que sofre o processo disciplinar. As avocações, delegações

---

<sup>3</sup> CRETELLA JÚNIOR, 1991, p. 2883-2886.

e substituições das autoridades seguem, via de regra, o princípio hierárquico. Assim, o princípio hierárquico fornece tanto os fins da competência sancionatória disciplinar (a repressão à quebra da hierarquia) como os meios do exercício desta competência.

### 3.1.2 A Lei Federal 9.784/99

A competência disciplinar do Poder Público consiste no dever-poder de apurar ilícitos administrativos e aplicar penalidades às pessoas que se vinculam, de alguma forma, à Administração Pública. O exercício dessa atribuição também é encontrado numa relação profissional, mediante a instauração de um processo administrativo para examinar se infrações funcionais foram cometidas por agentes no âmbito do Poder Público. Observe-se que o poder do Estado de punir seus agentes deve ser exercido quando necessário, mas deverá sempre ser apurado por meio de um processo adequado.<sup>4</sup>

Além dos princípios constitucionais do art. 37, *caput*, da Constituição<sup>5</sup>, presentes em toda atividade administrativa, é necessário respeitar os princípios da ampla defesa e do contraditório, expressamente previstos na Constituição da República, no art. 5º, LV: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Conforme ensina Romeu Felipe Bacellar Filho,

O princípio da ampla defesa, aplicado ao processo administrativo disciplinar, é compreendido de forma conjugada com o princípio do contraditório, desdobrando-se i) no estabelecimento da oportunidade da defesa, que deve ser prévia a toda decisão capaz de influir no convencimento do julgador; ii) na exigência de defesa técnica; iii) no direito à instrução probatória que, se de um lado impõe à Administração a obrigatoriedade de provar suas alegações, de outro, assegura ao servidor a possibilidade de produção probatória compatível; iv) na previsão de recursos administrativos, garantindo o duplo grau de exame no processo<sup>6</sup>.

---

<sup>4</sup> BITTENCOURT, Marcus Vinícius Corrêa. **Considerações sobre o processo administrativo disciplinar**. Jus Navigandi, Teresina, a. 9, n. 845, 20 out. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7484>>. Acesso em: 27 mar. 2007.

<sup>5</sup> Princípio da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência.

<sup>6</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Princípios constitucionais do processo administrativo disciplinar**. São Paulo: Max Limonad, 1998b. p. 347.

Tais requisitos são obrigatórios para a concretização do princípio do devido processo legal previsto no art. 5º, LIV: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Não foi apenas mera coincidência a previsão da necessidade de um devido processo administrativo legal com ampla defesa e contraditório no Título II da Constituição Federal, que trata dos direitos e garantias fundamentais. Em primeiro lugar, o processo deve ser compreendido como uma garantia de todo aquele que está sendo acusado de uma determinada falta. Nesse sentido, o servidor, acusado de uma infração disciplinar, terá a oportunidade de apresentar a sua defesa e comprovar suas alegações no desenvolvimento de um processo administrativo. Este será o ambiente adequado e idôneo em que o acusado poderá defender-se.<sup>7</sup>

Tendo em vista a necessidade de um regular processo administrativo, em que serão assegurados os princípios da ampla defesa e do contraditório, o instituto denominado *verdade sabida* é inconstitucional. A verdade sabida, meio de apuração de faltas e aplicação de penalidades, previsto em determinados estatutos dos servidores públicos, consiste na mera verificação direta e pessoal do cometimento de uma infração administrativa pela autoridade que detém competência para aplicar a sanção e a imediata imposição da respectiva pena. Não existindo ampla defesa e contraditório, qualquer penalidade estabelecida é considerada nula.<sup>8</sup>

Após regular processo administrativo, portanto, deve ser sancionado o servidor que, comprovadamente, cometeu ilícitos administrativos. Sanção administrativa, segundo Daniel Ferreira, consiste na “direta e imediata consequência jurídica, restritiva de direitos, de caráter repressivo, a ser imposta no exercício da função administrativa, em virtude de um comportamento juridicamente proibido, comissivo ou omissivo”.<sup>9</sup>

Em virtude do princípio da legalidade e da tipicidade, compete à lei definir qual conduta configura ilícito administrativo e a sua correspondente sanção.

Quanto ao princípio da legalidade, apenas em decorrência do exercício da função legislativa pode-se inovar o ordenamento jurídico, estabelecendo tanto a descrição do ilícito administrativo como a própria penalidade respectiva. Conforme Marçal Justen Filho assevera, “submeter a competência punitiva ao princípio da legalidade equivale a afirmar que somente o

---

<sup>7</sup> BITTENCOURT, 2007.

<sup>8</sup> Ibid.

<sup>9</sup> FERREIRA, Daniel. **Sanções administrativas**. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 34.

povo, como titular da soberania última, é quem se encarregará de qualificar certos atos como ilícitos e de escolher as sanções correspondentes e adequadas”<sup>10</sup>.

Em relação à importância do princípio da tipicidade, assinala Geraldo Ataliba que “o Estado não surpreende seus cidadãos: não adota decisões inopinadas que os aflijam. A previsibilidade da ação estatal é magno desígnio que ressuma de todo o contexto de preceitos orgânicos e funcionais postos no âmago do sistema constitucional”<sup>11</sup>. Assim sendo, levando em consideração a semelhança dos sistemas, inúmeros princípios do Direito Penal são aplicados em relação a punições no Direito Administrativo. O princípio da tipicidade, portanto, consiste na necessidade de que os comportamentos reprováveis estejam descritos por uma norma legal, atuando como uma garantia aos cidadãos para ciência das condutas admitidas ou não pelo ordenamento.<sup>12</sup>

Tomando por base a Lei nº. 8.112/90, estatuto do servidor público no âmbito federal, o art. 127 prevê as penalidades disciplinares que podem ser aplicadas aos servidores estatutários: advertência; suspensão; demissão; cassação de aposentadoria ou disponibilidade; destituição de cargo em comissão e destituição de função comissionada. O art. 130, § 2º., desta lei, ainda prevê a possibilidade da pena de suspensão ser convertida em multa, na base de 50% por dia de vencimento ou remuneração, ficando o servidor obrigado a permanecer em serviço. Cabe à autoridade competente decidir por essa conversão, quando houver conveniência para o serviço.<sup>13</sup>

As fases do processo administrativo disciplinar de procedimento ordinário são, no sistema federal: a) instauração, com a publicação do ato que constitui a comissão; b) inquérito administrativo, que compreende instrução, defesa e relatório; c) julgamento (art. 151 da Lei nº. 8.112/90).<sup>14</sup>

A instauração do processo administrativo disciplinar tem início com a publicação da portaria que constituiu a comissão processante, composta de três servidores estáveis designados pela autoridade competente (art. 149 da Lei nº 8.112/90).<sup>15</sup>

Observa-se, portanto, que, em virtude do princípio da oficialidade, compete à Administração, o impulso de ofício do processo. A autoridade que tiver conhecimento de infração no serviço público está obrigada a realizar a sua apuração imediata.

---

<sup>10</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 398.

<sup>11</sup> ATALIBA, Geraldo. **República e constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985. p. 145-146.

<sup>12</sup> BITTENCOURT, 2007.

<sup>13</sup> Ibid.

<sup>14</sup> Ibid.

<sup>15</sup> Ibid.

Eventuais impedimentos e suspeições com relação aos membros da comissão devem ser levantados para evitar a nulidade do processo administrativo. A Lei nº 8.112/90 determina que “não poderá participar de comissão de sindicância ou de inquérito, cônjuge, companheiro ou parente do acusado, consangüíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau” (art. 149, §2º). Outras hipóteses de impedimento ou suspensão estão previstas nos arts. 18 a 21 da Lei nº 9.784/99, que pode ser utilizada subsidiariamente no âmbito federal.<sup>16</sup>

Um processo administrativo disciplinar eficiente depende diretamente da escolha dos membros que irão compor a comissão processante. Assim, deverão ser indicados servidores responsáveis e conscientes da importante função que irão desempenhar e da verdadeira finalidade desse instituto. Para alcançar o seu desiderato de forma imparcial, a comissão também deverá ser composta por servidores estáveis, buscando reduzir influências externas que possam afetar o resultado dos seus trabalhos.<sup>17</sup>

Cabe destacar ainda a importância de instituir comissões permanentes de sindicância e processo disciplinar no interior da Administração, em respeito ao princípio do juiz natural, conforme expressamente previsto na Constituição da República, em seu art. 5º, incisos XXXVII – “não haverá juízo ou tribunal de exceção” - e LIII - “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”.<sup>18</sup>

A determinação prévia dos servidores que poderão compor a Comissão de inquérito administrativo garante a imparcialidade do processamento do feito, bem como a independência do juízo em relação às partes envolvidas, para se alcançar um julgamento objetivo e sem qualquer prejulgamento. Ao tratar do princípio do juiz natural, Romeu Bacellar Filho ensina que “a comissão deve ser permanente, para evitar que o administrador, ao seu talante, selecione os membros integrantes com o intuito preconcebido de absolver ou punir”.<sup>19</sup>

No inquérito administrativo, ocorre, em primeiro lugar, a instrução do feito em que se asseguram os princípios do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV, da CF). Após a instrução, se tipificada a infração, o servidor será indiciado com especificação dos fatos a ele imputados e das respectivas provas. Em seguida, o indivíduo será citado para apresentar defesa. O inquérito administrativo se encerra com o relatório conclusivo de competência da comissão.<sup>20</sup>

---

<sup>16</sup> BITTENCOURT, 2007.

<sup>17</sup> Ibid.

<sup>18</sup> Ibid.

<sup>19</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 88.

<sup>20</sup> BITTENCOURT, op. cit.

O julgamento será proferido pela autoridade instauradora do processo, salvo se a penalidade a ser aplicada exceder a sua alçada. Nesse julgamento a autoridade competente acatará o relatório da comissão, salvo quando contrário à prova dos autos (art. 168 da Lei nº 8.112/90).<sup>21</sup>

Há incidência do Princípio da Proporcionalidade na aplicação das penalidades, uma vez que a autoridade julgadora deverá considerar a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para o serviço público, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes funcionais para a escolha da sanção.<sup>22</sup>

Como já afirmado em outra oportunidade,<sup>23</sup> não se deve considerar eficiente um processo disciplinar apenas por ter sido aplicada uma penalidade. A punição não é o objetivo final e necessário do processo administrativo. A finalidade desse instrumento consiste em permitir a apresentação de resposta pelo acusado a qualquer denúncia efetuada dentro da Administração Pública, esclarecimentos de fatos e eventual aplicação de penalidade, uma vez verificada a responsabilidade administrativa de algum agente.

### **3.2 Princípios incidentes sobre o processo administrativo disciplinar**

Inicialmente busca-se tratar dos princípios constitucionais que informam o processo administrativo sancionatório — contraditório e ampla defesa — a partir de seus elementos essenciais.

O esforço está concentrado na tentativa de colocar o “poder disciplinar” *cara a cara* com a Constituição. A vedação aos juízos e aos tribunais de exceção, a garantia da autoridade competente para o processamento e julgamento dos conflitos incide no espaço das relações jurídico-administrativas? A Constituição exclui, de antemão, a incidência do princípio do juiz natural na seara administrativa? Investiga-se a letra do texto constitucional e o mundo de sonhos (ou pesadelos) que ainda cerca o entendimento doutrinário a respeito do princípio da hierarquia.

Confronta-se o princípio do contraditório e ampla defesa com o do juiz natural no processo administrativo disciplinar. Trata-se de investigar se há alguma possibilidade jurídica de garantia do contraditório e da ampla defesa sem a correlata garantia do juiz natural. A

---

<sup>21</sup> BITTENCOURT, 2007.

<sup>22</sup> Ibid.

<sup>23</sup> Id. **Manual de direito administrativo**. 1. ed., 2. tir. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 107.

partir da distribuição das funções processuais entre as respectivas autoridades competentes, pergunta-se sobre a compatibilidade, sob o ponto de vista do contraditório e da ampla defesa, da junção, na mesma autoridade administrativa, das funções: a) de acusar e julgar, b) acusar e instruir e da disjunção das funções de c) instruir e julgar.

Não há o objetivo de fornecer respostas; o estudo configura, antes de tudo, o resultado de uma inquietação em processo de reflexão.

### **Princípios Constitucionais Explícitos: Contraditório e Ampla Defesa**

A Constituição de 1988 inaugurou uma nova *era* para o direito administrativo.<sup>24</sup> Trouxe expressamente, para a seara da função administrativa em que haja litigantes ou acusados, os princípios do contraditório e da ampla defesa.

Costuma-se identificar o princípio do contraditório no processo administrativo como a informação necessária e a reação possível. Segundo Di Pietro, o contraditório “é decorrente da bilateralidade do processo: quando uma das partes alega alguma coisa, há de ser ouvida também a outra, dando-se-lhe oportunidade de resposta”. O princípio exige, portanto, “1. notificação dos atos processuais à parte interessada; 2. possibilidade de exame das provas constantes no processo; 3. direito de assistir à inquirição de testemunhas; 4. direito de apresentar defesa escrita”.<sup>25</sup>

Por outro lado, a ampla defesa que, não é a defesa, mas a ampla defesa, traduz o comando de que ninguém pode ser julgado sem ser ouvido. Comporta a idéia de justiça formal, de que não pode haver justiça, por mais “correta” que possa parecer a decisão, se a parte atingida não puder ser ouvida pelo seu juiz antes da decisão.

Mas a “informação necessária e a reação possível” não dão conta do significado do princípio: são, antes, uma decorrência, um corolário da substância do contraditório. Ao tratar do processo penal, Figueiredo Dias, aponta o contraditório como “princípio ou direito de audiência; como, isto é (numa formulação intencionalmente enxuta), oportunidade conferida a todo o participante processual de influir, através da sua audição pelo tribunal, no decurso do processo.”<sup>26</sup> Na doutrina italiana, Comoglio traduz a essência do contraditório, no processo civil, como princípio que objetiva assegurar às partes equivalente possibilidade de influir na formação do convencimento do órgão julgador, no decurso de todo o processo.<sup>27</sup>

<sup>24</sup> Com o artigo 5º, inciso LV: “aos litigantes, em processo administrativo e judicial, e aos acusados em geral, são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e os recursos a ela inerentes”.

<sup>25</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 402.

<sup>26</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito processual penal**. Coimbra: Coimbra, 1974. p. 153.

<sup>27</sup> COMOGLIO, Luigi Paolo. **Lezioni sul processo civile**. Bologna: Il Mulino, 1995. p. 68.

Transplantando estes conceitos para o processo administrativo (e disciplinar), é possível afirmar que quando a Constituição garante o contraditório aos litigantes e aos acusados perante a Administração Pública está garantindo esta possibilidade ampla de intervir na formação do convencimento do órgão que julgará o processo administrativo. Isto leva a crer que o contraditório não é, em si, o direito à prova ou o direito à defesa, mas ele (pode) ser realizado mediante o exercício destes direitos. O que leva a outra assertiva de que o contraditório não é mera formalidade, ele é um princípio que orienta toda as fases do processo administrativo.

Dinamarco ensina que instruir não é só provar, instruir é preparar o provimento final:

[...] instruir não é só provar. Isto me parece muito importante. Instrução em linguagem processual, significa preparar. Não é só provando que eu instruo o juiz, que eu preparo a sua mente para chegar à solução que quero; também em todas as demais atividades. Nas alegações que se fazem no processo, existe atividade instrutória [...]. Então, instruir significa preparar o provimento final.<sup>28</sup>

Com efeito, o contraditório somado à ampla defesa traduz a idéia singular do acesso da parte ao seu juiz. Não é possível pensar nestes princípios sem pensar que o objetivo primeiro é garantir que a parte tenha conhecimento de quem é o seu julgador e possa se apresentar diante dele para expor os seus argumentos, a sua defesa.

### **O juiz natural é um princípio constitucional implícito?**

Se o contraditório e a ampla defesa, no processo administrativo e, logicamente, no processo administrativo disciplinar, garantem o direito subjetivo da parte de acesso ao seu juiz e o correlato dever do juiz de levar em conta os argumentos propostos no momento da decisão, é possível que a Constituição tenha identificado o processo administrativo como um procedimento *com* contraditório e ampla defesa *na presença* de litigantes ou acusados sem assegurar, correlatamente, um procedimento *com* juiz natural? Em outras palavras, o princípio do juiz natural é um princípio constitucional implícito do processo administrativo? Como ele se revela no processo administrativo disciplinar?

---

<sup>28</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. São Paulo: RT, 1986. p. 32.

### **A Constituição exclui a incidência do juiz natural no processo administrativo disciplinar?**

Bacellar Filho defende que a Constituição exige a incidência do juiz natural no processo administrativo (e no processo administrativo disciplinar). Para fundamentar esta tese, prova que numa interpretação literal das regras constitucionais consubstanciadas no artigo 5º, incisos XXXVII e LIII, a Constituição não exclui a incidência deste princípio na seara administrativa, quando trata que não haverá juízo ou tribunal de exceção.<sup>29</sup>

O autor explica que a palavra “juízo” não se reduz ao âmbito da função jurisdicional porque juízo, na linguagem comum ou técnica, significa ato de julgar, de valorar. Ora, quando as partes apresentam seus argumentos, também julgam porque emitem um juízo de valor a respeito do fato. A diferença é que o julgador, além de julgar, decide o caso.<sup>30</sup>

Por outro lado, também a palavra "tribunal" não se refere exclusivamente aos órgãos colegiados do Poder Judiciário, porque a própria Constituição refere-se à Tribunal de Contas e trata-se de órgão que não pertence à estrutura do Poder Judiciário: Art. 5º, inciso LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente.<sup>31</sup>

A palavra “processado” também não é sinônimo de processo jurisdicional. Ora, a Constituição refere-se expressamente à processo administrativo no artigo 5º, inciso LV, no artigo 37, inciso XXI, artigo 41, inciso II.<sup>32</sup>

Em relação à palavra “sentenciado” é preciso entender que, enquanto documento do Estado e da sociedade, a Constituição não se utiliza sempre de termos técnicos. A sentença é, na linguagem do direito processual civil e penal, a decisão do juiz de primeira instância. Mas se fosse só esse o significado constitucional, o artigo 5º, inciso LIII não se aplicaria aos processos de competência originária dos Tribunais e, então, o jurisdicionado não teria direito fundamental a ser julgado pela autoridade competente?

Parece que a palavra “sentenciado” deve ser compreendida como decisão e o uso da expressão sentenciado refere-se mais ao espírito da decisão do que a uma forma processual delimitada pelo legislador. Como afirma Calamandrei, “não foi sem razão que alguém disse que sentença derivava de sentir” pois, afinal, “ao julgar, a intuição e o sentimento têm frequentemente maior lugar do que à primeira vista parece”.<sup>33</sup>

<sup>29</sup> BACELLAR FILHO, 1998b, p. 297-302.

<sup>30</sup> Ibid., p. 298.

<sup>31</sup> Ibid., p. 298.

<sup>32</sup> Ibid., p. 298.

<sup>33</sup> CALAMANDREI, Piero. **Eles, os juízes, vistos por nós, os advogados**. 7. ed. Lisboa: Livraria Clássica Editora, 990. p. 145.

Finalmente, a palavra “autoridade competente” não significa autoridade judiciária competente. Se assim fosse, a Constituição diria expressamente. Ora, quando fixa a reserva do juiz para primeira e última palavra sobre liberdade, estabelece “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente” (artigo 5º, inciso LXI). De outro lado, nem sempre a autoridade competente é a autoridade judiciária, como na hipótese do julgamento do Presidente da República pela prática de crime de responsabilidade em que o Senado Federal é a autoridade competente para o processamento e julgamento.

Se o texto da Constituição fixa o limite da interpretação, não há argumentos fundados no texto constitucional para rejeitar a incidência do princípio do juiz natural no processo administrativo (disciplinar).

### **A constituição inclui a incidência do juiz natural no processo administrativo disciplinar?**

Se a Constituição Federal não exclui a incidência do princípio do juiz natural no processo administrativo será que ela inclui? Será que a Constituição exige a incidência do princípio no processo administrativo disciplinar?

Afinal, se o processo administrativo disciplinar substancia o procedimento em contraditório e com ampla defesa, será que é possível garantir ao litigante ou ao acusado contraditório e ampla defesa sem garantir, ao mesmo tempo, juiz natural? Num processo administrativo disciplinar, sem juiz natural, será que se pode afirmar que há contraditório e ampla defesa? Logo, trata-se de saber se o juiz natural configura um “meio”, um “recurso” inerente à ampla defesa (na linguagem do artigo 5º, inciso LV).

### **Há contraditório e ampla defesa sem um regime legal de impedimentos e suspeições para as autoridades processantes?**

Geralmente, as Leis que regulam os processos administrativos disciplinares não preveem um regime de impedimentos e suspeições para as autoridades administrativas processantes (que acusam, instruem e julgam). A Lei 9784/99, que regula o processo administrativo, estabelece, nos artigos 18 a 21 hipóteses de impedimento e suspeição para as autoridades administrativas. Todavia, (i) a Lei 9784/99 não incide, a princípio, sobre o processo administrativo disciplinar que é regido por lei especial, (ii) mesmo que assim não fosse, os Estados e Municípios dispõem de autonomia legislativa sobre a matéria o que impede, a princípio, a incidência da legislação federal sobre os processos administrativos

disciplinares no âmbito dos Estados e Municípios.

A questão é: de que adianta dispor de poderes para influenciar no convencimento de um julgador que se encontra numa situação de pré-disposição para o prejudgamento? O sistema jurídico pode exigir que o pai tenha isenção psicológica para instaurar um processo administrativo disciplinar contra seu próprio filho?

O Tribunal de Justiça do Estado do Paraná teve oportunidade de afirmar o direito do servidor acusado de recusar uma autoridade processante por motivo de suspeição no processo administrativo disciplinar, mesmo na ausência de disposição legal expressa, utilizando-se do recurso à analogia ao Código de Processo Civil:

O oferecimento de exceção de suspeição, no processo administrativo depende, para ser acolhida e processada regularmente, da observância do prazo de 15 dias, constantes da regra do artigo 305 do CPC. Se da ocorrência do fato que ocasionou a suspeição (depoimento de testemunha), transcorreu mais de quinze dias, ocorre a preclusão temporal, que extingue a possibilidade do exercício do oferecimento da exceção processual.<sup>34</sup>

Ora, o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná aplicou o Código de Processo Civil de forma a prejudicar o servidor acusado. Mas se a aplicação analógica do retromencionado código é uma saída viável para a concretização, no processo administrativo disciplinar, do juiz natural (do juiz não impedido e não suspeito), devem ser feitas adaptações com relação ao rigor formal, já que há um princípio do processo administrativo que deve ser respeitado: o formalismo moderado ou o informalismo a favor do administrado.

Segundo Escola:

O incumprimento das formas processuais dá lugar, em sede judicial, à nulidade do ato irregular, ao decaimento do direito mal exercido, ou a sanções que podem ser do tipo pecuniário.

Apesar da importância que, como já foi dito, têm as formas no direito administrativo, não é possível transladar ao procedimento administrativo, diretamente, os princípios vigentes no direito processual judicial, que foram estabelecidos para o exercício de uma atividade que, segundo já sabemos, é distinta na sua estrutura e dinâmica e em sua finalidade imediata.<sup>35</sup>

<sup>34</sup> Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Mandado de Segurança nº 81263500. III Grupo de Câmaras Cíveis. Relator: Desembargador Accacio Cambi. Julgamento: 21.10.1999. Acórdão nº 529.

<sup>35</sup> ESCOLA, Heitor. **Tratado general de proceso administrativo**. Buenos Aires: Depalma, 1981. p. 133.

Este princípio - o formalismo moderado ou informalismo a favor do administrado - encontra acolhimento na jurisprudência do próprio Tribunal de Justiça do Estado do Paraná:

Um dos princípios básicos do processo administrativo é o informalismo, que consiste em dispensar formas rígidas e solenes. Suficientes às formalidades necessárias para se assegurar a certeza jurídica dos atos, a garantia e a credibilidade do processo administrativo, permitindo-se aos acusados o contraditório e o amplo direito de defesa, previsto no artigo 5º, inciso LV da Constituição Federal.<sup>36</sup>

Com efeito, a imparcialidade das autoridades que conduzem o processo administrativo disciplinar é uma exigência do princípio da impessoalidade administrativa, erigido a princípio constitucional da Administração Pública (art. 37, *caput*). Bem por isso que se a Lei estatutária não prever um regime de impedimentos e suspeições, por exigência constitucional, deve ser aplicada a Lei 9784/99, independente de se tratar de processo disciplinar federal, estadual ou municipal.

### **O verso e o reverso: contraditório e ampla defesa versus juiz natural**

Bacellar Filho sustenta que contraditório, ampla defesa e juiz natural são as duas faces de uma mesma moeda:

Ao assegurar o contraditório e a ampla defesa, a Constituição objetiva munir o litigante ou o acusado de efetivos instrumentos para influir na decisão final, de modo que esta represente, como afirmado, a síntese de um diálogo e não um monólogo. Ora, participar na formação da decisão é o oposto do prejudgamento em que o julgador, em face de sua vinculação psicológica, abstrai-se das alegações do litigante ou do acusado.

Ainda que a lei garanta o contraditório e a ampla defesa no processo administrativo disciplinar, sem a incidência da garantia do juiz natural, pode-se escolher a dedo um julgador predeterminado a condenar ou absolver. Neste caso, estaríamos diante de um verdadeiro 'faz de conta'. O julgador parece levar em consideração o resultado da participação do servidor quando, na verdade, já tem sua decisão pronta.

A atuação nos procedimentos que atingem a esfera jurídica do servidor é garantida constitucionalmente através de instrumentos positivos e negativos. Em sentido positivo, o contraditório e a ampla defesa viabilizam a presença ativa e crítica dos servidores envolvidos; em sentido negativo, o juiz natural impede qualquer obstrução a essa participação.

Garantia de ação, garantia de não obstrução. Duas faces da mesma moeda: contraditório e ampla defesa de um lado, juiz natural do outro.<sup>37</sup>

<sup>36</sup> Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Mandado de Segurança nº 31213000. Órgão Especial. Relator: Desembargador Negi Calixto. Julgamento: 18.08.1995.

<sup>37</sup> BACELLAR FILHO, 1998b, p. 301-302.

Segundo Figueiredo Dias, no sentido do princípio do contraditório o que

[...] está em causa é nada menos que a relação entre a *Pessoa* e o *Direito*, mais particularmente, a relação entre a pessoa e o 'seu' direito. O direito de audiência é a expressão necessária do direito do cidadão à concessão de justiça, das exigências comunitárias inscritas no Estado-de-Direito, da essência do Direito como tarefa do homem e, finalmente, do espírito do Processo como 'com-participação' de todos os interessados na criação da decisão.<sup>38</sup>

Contraditório/ampla defesa e juiz natural são, portanto, como o verso e o reverso de uma mesma moeda. Qual é o verso e qual é o reverso? Depende da posição com que se olha a moeda.<sup>39</sup> A doutrina e a jurisprudência costumam aludir ao contraditório e a ampla defesa, sem se dar conta de que no reverso (ainda oculto, esquecido, vilipendiado) está o juiz natural.

### **3.3 A aplicação do princípio da proporcionalidade ao processo administrativo disciplinar**

O ato do administrador é o produto da vontade política, da vontade da lei e dos interesses do Estado. Por isso, submete-se automaticamente a um jogo de forças e interesses que exigem critério: o critério da ponderação de valores consubstanciado pelo Princípio da Proporcionalidade.

O Princípio da Proporcionalidade é fruto de um sistema axiológico material, onde deve ser buscada a identificação dos valores e sua correta aplicação no fenômeno político<sup>40</sup>, aprofundando este fenômeno no mesmo campo axiológico. Resulta deste processo, um influxo recíproco entre a norma e a realidade, visando a sedimentação dos valores fundamentais da organização estatal.

<sup>38</sup> DIAS, Eduardo Rocha. **Sanções administrativas aplicáveis a licitantes e contratados**. São Paulo: Dialética, 1997. p. 158.

<sup>39</sup> Norberto Bobbio utiliza desta metáfora também para ilustrar a relação entre governantes e governados: “a relação política por excelência é a relação entre governantes e governados, entre quem tem o poder de obrigar com suas decisões os membros do grupo e os que estão submetidos a essas decisões. Ora, essa relação pode ser considerada do ângulo dos governantes ou do ângulo dos governados. No curso do pensamento político, predominou durante séculos o primeiro ângulo. E o primeiro ângulo é o dos governantes”. BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 11. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 57.

<sup>40</sup> OSÓRIO, Fábio Medina. **Improbidade administrativa**. Porto Alegre: Síntese, 1997. p. 46.

É por sua expressão de abrangência que o Princípio da Proporcionalidade deve servir para o perfeito ajustamento entre ideal do Estado, norma do Estado e fato do Estado, como síntese da realização jurídica. Aplica-se, portanto, tal princípio, não só no vital estabelecimento dos direitos fundamentais (direitos, liberdades e garantias), como também estende-se à toda resolução de conflito de bens jurídicos estabelecidos.

A outra vertente do Princípio da Proporcionalidade é a motivação dos atos administrativos. É uníssono o entendimento de que não há maneira de se defender de ato administrativo, especificamente os restritivos de direitos, liberdades ou garantias, quando estes não tenham a justificativa de sua existência. Assim, afigura-se desproporcional o ato proibitivo que não se faz conhecer através de devida justificativa ou motivação. Tal motivação permite não somente conhecer do fato e de seus fundamentos, mas também de permitir o livre exercício dos chamados ‘remédios constitucionais’ no caso de se extrair lesão desproporcional a direito fundamental, ou da fiscalização imediata da correção do ato. E mais, permite a submissão do ato ao controle jurisdicional (se provocado). É, portanto, claro que atos imotivados são nulos porque desrespeitam o princípio da publicidade:

A explicitação das razões que levam o administrador a decidir de uma maneira ou de outra, diante de determinada situação, diante de determinados pressupostos, diante de determinados fatos, é importante e indispensável. Não é possível que o administrador ou o juiz omitam a motivação. [...] No Estado Democrático de Direito, a motivação integral, de maneira inarredável, ainda que possa não estar explícita, o devido processo legal em seu sentido material. É sua pedra fundamental.<sup>41</sup>

Tribunal de Justiça/PR

**Nº do Acórdão:** 7295 Documento 5 de 5

**Órgão Julgador:** Órgão Especial

**Tipo de Documento:** Acórdão

**Comarca:** Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba

**Processo:** 0180751-8

**Recurso:** Mandado de Segurança (OE)

**Redator Designado:** Mendonça de Anunciação

**Julgamento:** 02/12/2005

**Ramo de Direito:** Cível

**Decisão:** Por maioria

**Dados da Publicação:** 7052

**Ementa:** DECISÃO: ACORDAM os Desembargadores integrantes do Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Paraná, por maioria de votos, em DENEGAR A SEGURANÇA. EMENTA: EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA - POLICIAL CIVIL -ESTÁGIO PROBATÓRIO - EXONERAÇÃO - SINDICÂNCIA - AMPLA DEFESA E CONTRADITÓRIO ASSEGURADOS - VÍCIOS FORMAIS INEXISTENTES - FALTA DISCIPLINAR - ANÁLISE DA RAZOABILIDADE OU PROPORCIONALIDADE DA PUNIÇÃO QUE REQUER

<sup>41</sup> FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Estado de direito e devido processo legal, In.: **Revista Trimestral de Direito Público**, 15/1996. São Paulo: Malheiros. p. 41.

APROFUNDADO EXAME DE FATOS CONTROVERTIDOS, E POR ISSO INSUSCETÍVEL DE DISCUSSÃO NA VIA ESTREITA DO MANDADO DE SEGURANÇA - AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO DO IMPETRANTE - SEGURANÇA DENEGADA. 1 - Infração disciplinar imputada a servidor público não estável, em estágio probatório, pode ser apurada mediante sindicância, desde que lhe sejam assegurados os direitos ao contraditório e à ampla defesa. 2 - O servidor em estágio probatório não adquire automaticamente a estabilidade, pelo simples e isolado fato de a investigação de falta disciplinar não haver se encerrado dentro desse período. 3 - A via do mandado de segurança não comporta aprofundado exame de fatos controvertidos, para a aferição da razoabilidade e proporcionalidade da punição aplicada a servidor público.

**Órgão Julgador:** Órgão Especial

**Tipo de Documento:** Decisão Monocrática

**Comarca:** Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba

**Processo:** 0328858-0

**Recurso:** Mandado de Segurança (OE)

**Relator:** Mendonça de Anunciação

**Data Movimento:** 06/02/2006 09:49

**Dados da Publicação:** DJ: 7058

**Texto:** 1 - Trata-se de Mandado de Segurança impetrado por ADRIANO DA SILVA contra ato emanado do Sr. GOVERNADOR DO ESTADO DO PARANÁ. Relata que foi indiciado em Conselho de Disciplina, instaurado pela Portaria nº 512/2004-DP/SJD do Comando Geral da Polícia Militar do Paraná, com vistas a apurar o cometimento, junto com outro Policial Militar, do delito capitulado no art.158 do Código Penal (extorsão). Aduz que o relatório final do conselho de disciplina concluiu, por unanimidade de votos, que não havia como julgar os o mérito administrativo diante da ausência de provas, aguardando-se o trânsito em julgado da ação penal. Contudo, o Comandante Geral da Polícia Militar decidiu pela exclusão do requerente, "a bem da disciplina e moralidade da tropa", consoante a Portaria do Comando Geral nº 546/2005-DP-SJD. Salienta que interpôs recurso administrativo perante o Sr. Secretário de Estado da Segurança Pública, que através do Parecer nº 36/05, concluiu que a exclusão deveria ser revista; no entanto, a Coordenadoria Técnico-Jurídica da Casa Civil do Estado elaborou parecer em sentido contrário, que foi acolhido pelo Sr. Governador, culminando com a decisão de fls.108/109-TJ, que indeferiu o recurso administrativo. Argumenta, em suma, que o ato é embasado em fundamentação flagrantemente inconstitucional, ilegal e arbitrária, e por isso é cabível a segurança, vez que "... deixou de receber suas verbas alimentares, colocando em risco sua sobrevivência e de seus familiares" (fl.08). Sustenta que a prova produzida, exclusivamente testemunhal, é insuficiente para demonstração da verdade dos fatos, não havendo comprovação da materialidade da entrega de suposta soma em dinheiro, ou nexos causal entre a sua conduta e o auto de prisão em flagrante. Tece considerações sobre a fragilidade da prova testemunhal, transcrevendo longo acórdão (fls.09/17), e asseverando que não merecem prosperar as alegações de que as ações supostamente praticadas viriam a denegrir a moral e a imagem da Corporação. Considera que a quebra do sigilo telefônico demonstra sua inocência, pois no momento dos contatos realizados com as vítimas já estaria sob custódia. Defende que tem direito líquido e certo de ser reintegrado ao cargo, com o recebimento integral dos vencimentos e demais vantagens desde seu afastamento em julho de 2005, pelo que pede a concessão de tutela antecipada em caráter liminar. 2 - Volta-se a impetração contra decisão do Sr. Governador do Estado do Paraná, que indeferiu recurso administrativo, interposto pelo impetrante diante de decisão do Comandante da Polícia Militar que o excluía daquela corporação, com base em processo administrativo disciplinar. Depreende-se facilmente do inteiro teor da petição inicial que o impetrante não aponta qualquer vício formal na decisão hostilizada, nem no procedimento administrativo. Pretende "seja-lhe concedida LIMINARMENTE A ANTECIPAÇÃO DA TUTELA, dignando-se declarar logo no r. despacho inicial a nulidade do ato atacado, e determinar a reintegração do autor no seu cargo, com o pagamento de todos os vencimentos em atraso, inclusive as

respectivas vantagens, desde o mês de junho de 2005. (...) Ao final seja a presente mandamus julgado procedente, para o fim de ser mantida a decisão que antecipou o provimento jurisdicional ora pleiteado" (fls.22). De pronto se vê que o pedido não é consentâneo com a via eleita, o que poderia ser sanado por meio de emenda à petição inicial, não houvesse outro defeito grave a ensejar o sumário indeferimento da impetração. De fato, o que sustenta o impetrante é a insuficiência de provas para a punição que lhe foi imposta pelo Comandante da Polícia Militar, e mantida pelo Sr. Governador. Porém, para optar por conclusão diferente da adotada na decisão impugnada, faz-se necessário adentrar com profundidade no campo probatório, que envolve até prova oral. Mas o mandado de segurança não se presta a tanto. No julgamento da Apelação Cível nº 121.902-1, da 1ª Vara Cível de Paranavaí, a 7ª Câmara Cível desta Corte decidiu que "o procedimento do mandado de segurança é exclusivamente documental, e por isso a lide não pode ser dirimida à luz de prova testemunhal nem pericial" (ac. nº 1503). E em mandado de segurança relativo a ato disciplinar (art.5º, III, da Lei Nº 1.533/51), não é dado ao juiz cotejar a prova, para concluir, em última análise, pela injustiça da punição disciplinar (RTJ 108/1317), nem examinar os seus motivos (STF-RDA 147/187), ou adentrar no mérito da medida administrativa (RSTJ 26/275). O Colendo Órgão Especial desta Corte, ao julgar o mandado de segurança nº 180.751-8, decidiu que "A via do mandado de segurança não comporta aprofundado exame de fatos controvertidos, para a aferição da razoabilidade e proporcionalidade da punição aplicada a servidor público" (ac. nº 7295). Embora não seja de todo correta a assertiva de que em mandado de segurança nunca se pode examinar provas (RSTJ 121/49), o certo é, porém, que não se admite aprofundado exame probatório para o deslinde de fatos controvertidos (RTJ 124/948; RSTJ 154/150; RT 676/187). Ressalte-se que não se está a dizer que os fatos são complexos, pois mesmo em tais hipóteses nem sempre se pode afastar o cabimento do mandado de segurança, desde que esses fatos possam ser esclarecidos com base exclusivamente em documentos (RT 594/248). O que há no presente caso é que os fatos são controvertidos, pois indaga-se: o impetrante cometeu a infração, como entendeu o Comandante da Polícia Militar, com esteio na prova oral colhida no processo administrativo disciplinar? Não o cometeu, como concluiu o Secretário de Segurança, com suporte no mesmo conjunto probatório? Para o deslinde da controvérsia, e afim de que os fatos possam ser interpretados do modo como pretende o impetrante faz-se necessária uma incursão aprofundada no campo probatório (principalmente prova oral), como fizeram o Comandante da Polícia Militar, o Sr. Secretário de Segurança e o Sr. Governador, o que é descabido nesta via, como foi salientado. Em suma: não se questiona a higidez formal do ato, nem do processo administrativo disciplinar; mas pretende-se apenas o reexame do conjunto probatório que embasou a exclusão do impetrante da Polícia Militar. Mais não é preciso dizer, senão apenas indeferir de plano a peça inicial. Em face do exposto, com fundamento no art. 267, VI, do C.Pr. Civil, e art. 8º, da Lei 1.533/51, INDEFIRO e petição inicial. I. Curitiba, 03 de fevereiro de 2.006. Des. MENDONÇA DE ANUNCIACÃO. Relator.

Superior Tribunal da Justiça

**Informativo nº. 0242**

**Período: 11 a 15 de abril de 2005.**

**Terceira Seção**

**MS. POLICIAL RODOVIÁRIO FEDERAL. DEMISSÃO. CONCESSÃO. SEGURANÇA.**

O impetrante insurge-se contra ato do Ministro da Justiça consubstanciado na edição da Portaria n. 175/2003, que o demitiu do cargo de policial rodoviário federal em razão de **processo administrativo** disciplinar instaurado com o fim de apurar irregularidades caracterizadas por sua atuação como procurador constituído de outro servidor em autos de **processo** disciplinar instaurado em desfavor deste. O controle jurisdicional em mandado de segurança é exercido para apreciar a legalidade do ato demissionário e a regularidade do procedimento à luz dos princípios do devido **processo** legal, contraditório e ampla defesa, bem como a **proporcionalidade** da sanção aplicada ao fato apurado. A afronta ao princípio da **proporcionalidade** da

pena no procedimento **administrativo**, isto é, quando a sanção imposta não guarda observância com as conclusões da comissão processante, torna ilegal a reprimenda aplicada, sujeitando-se, portanto, à revisão no Poder Judiciário, o qual possui competência para realizar o controle de legalidade e legitimidade dos atos **administrativos**. Viola o princípio da **proporcionalidade** a imposição da pena de demissão ao servidor se, no **processo administrativo** disciplinar, não restar caracterizada a prática de conduta apenada com essa reprimenda máxima. Com esses fundamentos, a Seção concedeu a ordem para determinar a reintegração do impetrante ao cargo público, sem prejuízo de eventual imposição de pena menos severa, pelas infrações disciplinares porventura detectadas, a partir do procedimento **administrativo** disciplinar em questão. **MS 9.621-DF, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 13/4/2005.**

**Informativo nº. 0236**

**Período: 21 a 25 de fevereiro de 2005.**

**Terceira Seção**

**MS. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. PRINCÍPIO. PROPORCIONALIDADE.**

O impetrante figurou como acusado em **processo administrativo** disciplinar, por ter participado da emissão de portes federais de armas sem a devida exigência dos exames teóricos e práticos dos pretendentes, conforme exigiam a Lei n. 9.437/1997 e o Dec. n. 2.222/1997. As referidas normas expressamente condicionaram a emissão do documento de porte de arma de fogo à efetiva comprovação de capacidade técnica - teórica e prática - para o seu manuseio. A punição administrativa há de se nortear, porém, segundo o princípio da **proporcionalidade**, não se ajustando à espécie a pena de demissão ante a insignificância da conduta do agente, no universo amplo das irregularidades apuradas, em seu todo, consideradas as peculiaridades da espécie. A Seção, ao prosseguir o julgamento, concedeu a segurança em parte, para que se abstenha o impetrado de aplicar a pena demissória, sem prejuízo da possibilidade da aplicação de reprimenda menos gravosa. **MS 7.983-DF, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, julgado em 23/2/2005.**

**Informativo nº. 0187**

**Período: 6 a 10 de outubro de 2003.**

**Terceira Seção**

**SERVIDOR. DEMISSÃO. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.**

Trata-se de servidor do INSS admitido como agente de vigilância que, após cursos, foi destinado a serviços **administrativos**. Nessa nova função, concedeu vários benefícios irregulares, desconsiderando fraudes grosseiras nas CTPS. Mediante MS, quer reverter sua demissão e alega desproporcionalidade da pena aplicada a colega, também indiciado no mesmo **processo administrativo** disciplinar, no qual restou provado ter ele concedido apenas um benefício. Prosseguindo o julgamento, a Seção, por maioria, denegou a segurança e esclareceu que, quando a questão envolver alteração ou majoração da pena administrativa imposta a servidor, deve o Judiciário levar em conta o princípio da legalidade, sem esquecer que a mensuração da sanção administrativa é feita pelo juízo competente - o administrador público -, sendo defeso ao Judiciário adentrar no mérito **administrativo**. Outrossim, quanto à **proporcionalidade** da ação administrativa, há controvérsias por equivocada invocação do art. 59 do CP para avaliar falha na dosimetria da pena administrativa aplicada. No Judiciário, a sua aplicação é derivada do princípio da legalidade, ou seja, somente nas hipóteses de erro na capitulação legal ou de flagrante inadequação do dispositivo legal. **MS 7.966-DF, Rel. originário Min. Paulo Gallotti, Rel. para acórdão Min. Gilson Dipp, julgado em 8/10/2003.**

**Informativo nº. 0112**

**Período: 8 a 12 de outubro de 2001.**

**Quinta Turma**

**PROCESSO DISCIPLINAR. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.**

Diante dos fatos apurados no **processo administrativo** disciplinar, é ilegal a grave punição aplicada da aposentadoria compulsória, em desrespeito aos princípios da **proporcionalidade** e da individualização da pena. A Turma, ao prover o recurso, reformou a decisão administrativa e reconduziu o autor ao cargo. RMS 13.346-BA, Rel. Min. Felix Fischer, julgado em 9/10/2001.

Diante da teoria abordada ao longo do trabalho, da pesquisa jurisprudencial, resta evidenciada a pluralidade de decisões acerca da aplicação do princípio da proporcionalidade em suas divisões e acepções.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao confrontar Estado de Direito e Processualidade quando da realização da pesquisa em sua fase inicial, destaca-se que alguns posicionamentos da doutrina não levam em conta a evolução do Estado e o papel do Direito no interior dos diversos modelos que conforma(ra)m a teoria do Estado. Nessa esteira, Lênio Streck ressalta que:

a) é evidente que a perspectiva liberal-clássica, própria do Estado em formação no longínquo século XIX, fundava-se na contraposição Estado-Sociedade, sendo a função da lei meramente ordenadora (o que não é proibido é permitido), a partir da tarefa-função de defender o débil cidadão contra a “maldade” do Leviatã. Afinal, a revolução francesa – berço do Estado Liberal – representava o triunfo do privado. A burguesia destronara o velho regime exatamente para recuperar o poder político do qual abrija mão para o fortalecimento do seu poder econômico, no nascedouro do Estado Moderno-Absolutista. [...] O novo perfil do Estado, nessa quadra, será absenteísta. Sua função será a de servir de guardião dos interesses da classe revolucionária, a burguesia. Em outras palavras: o público (Estado) era visto como algo “ruim”. Por isto, o triunfo do privado e a pouca importância dada à Constituição, entendida como “código das relações privadas”;

b) Passados mais de dois séculos, ainda é possível perceber as conseqüências desse período: em pleno modelo formal de Estado Democrático de Direito, a Constituição brasileira de 1988 ainda é vista como uma “mera carta de intenções”.<sup>1</sup>

Parece razoável afirmar, desse modo, como Streck o faz, ao ressaltar que os juristas brasileiros não podem continuar a calcar sua atuação – no plano da construção do conhecimento jurídico (doutrina e jurisprudência) - em modelos de Estado e de Direito ultrapassados pela evolução histórica. Ou seja, o velho modelo de Estado Liberal-absenteísta – contraposto à sociedade, como se dela fosse inimigo, a partir de um modelo liberal-individualista – inexoravelmente dá lugar, no século XX, às novas formas de Estado e Constituição [...];

c) Surge, pois, a função social do Estado, a partir do modelo de *Welfare State*, fórmula encontrada para superar a crise do liberalismo; já a partir do segundo pós-guerra esse (novo) modelo ganha um *plus* normativo, representado pelo Estado Democrático de Direito, no interior do qual o Direito assume uma feição transformadora. “Dito de outro modo: no

---

<sup>1</sup> Sobre a crise da Constituição, que o autor denomina de “baixa constitucionalidade”, remete-se à obra de STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

marco do Estado Democrático de Direito, às funções ordenadora e promovedora do Direito, próprias dos modelos de Estado Liberal e Social, respectivamente, agrega-se a função de potencial transformação social”.<sup>2</sup>

Realizado breve histórico sobre a análise da perspectiva de Estado e Processualidade, verificou-se a temática do segundo capítulo, o Princípio da Proporcionalidade e sua aplicação jurisdicional no Brasil. Foi analisada a proporcionalidade como cânone hermenêutico, seu papel no caso de colisão de direitos fundamentais e, finalmente, o Princípio da Proporcionalidade no direito processual brasileiro;

d) O Princípio da Proporcionalidade é utilizado, de ordinário, para aferir a legitimidade das restrições de direitos - muito embora possa aplicar-se, também, para dizer do equilíbrio na concessão de poderes, privilégios ou benefícios - o princípio, em essência, consubstancia uma pauta de natureza axiológica que emana diretamente das idéias de justiça, equidade, bom senso, prudência, moderação, justa medida, proibição de excesso, direito justo e valores afins; precede e condiciona a positivação jurídica, inclusive a de nível constitucional; e, ainda, enquanto princípio geral do direito serve de regra de interpretação para todo o ordenamento jurídico;

e) No âmbito do direito constitucional, que o acolheu e reforçou, a ponto de impô-lo à obediência não apenas das autoridades administrativas, mas também de juizes e legisladores, esse princípio acabou se tornando consubstancial à própria idéia de Estado de Direito pela sua íntima ligação com os direitos fundamentais, que lhe dão suporte e, ao mesmo tempo, dele dependem para se realizar. Essa interdependência se manifesta especialmente nas colisões entre bens ou valores igualmente protegidos pela constituição, conflitos que só se resolvem de modo justo ou equilibrado fazendo-se apelo ao subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, o qual é indissociável da ponderação de bens e, ao lado da adequação e da necessidade, compõe ao Princípio da Proporcionalidade em sentido amplo;

f) Resta evidenciada a íntima conexão entre o Princípio da Proporcionalidade e a concepção, antes esboçada, do ordenamento jurídico como formado por princípios e regras, princípios esses que podem se converter em direitos fundamentais - e vice-versa. Da mesma forma, como assevera Alexy, atribuir o caráter de princípio a normas jurídicas implica logicamente no reconhecimento daquele princípio maior, e vice-versa. É ele que permite fazer o “sopesamento” dos princípios e direitos fundamentais, bem como dos interesses e bens

---

<sup>2</sup> STRECK, 2002.

jurídicos em que se expressam, quando se encontram em estado de contradição, solucionando-a de forma que maximize o respeito a todos os envolvidos no conflito;

g) O princípio em tela, portanto, começa por ser uma exigência cognitiva, de elaboração racional do Direito - e aqui vale lembrar a sinonímia e origem comum, na matemática, dos termos “razão” e “proporção”, sem que isso possa levar à “fungibilidade” entre os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, como pretende Luís Roberto Barroso<sup>3</sup> -, o que explica a circunstância da idéia a ele subjacente animar também um dos cânones metodológicos da chamada “interpretação constitucional” - aquela a que se deve recorrer quando o emprego da hermenêutica jurídica tradicional não oferece um resultado constitucionalmente satisfatório: o da “concordância prática”. Não se confunda, porém, o princípio constitucional da proporcionalidade, que é norma jurídica consagradora de um direito fundamental - portanto, é uma prescrição -, com um cânone da nova hermenêutica constitucional,<sup>4</sup> que não atua sobre a vontade, mas sim sobre o intelecto do intérprete do Direito, nos quadros de um Estado Democrático;

h) Os métodos e princípios da interpretação constitucional revelam pouco ou quase nada do alcance, praticamente ilimitado, de que se revestem para enfrentar os desafios que, a todo instante, são lançados aos aplicadores da lei fundamental por uma realidade social em permanente transformação. Daí a necessidade, de resto comum a todos os instrumentos hermenêuticos, de que sejam manejados à luz de casos concretos, naquele interminável

<sup>3</sup> Cf. **Interpretação e aplicação da constituição**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 204. Como bem salienta Charles Perelman, há diversas soluções possíveis, para determinado problema jurídico, que são razoáveis, donde o caráter negativo que apontamos ao princípio da razoabilidade, por ser antes um princípio de *irrazoabilidade*, uma proibição do absurdo em direito: “il y a une limite a cette tolérance (de diversas soluções possíveis, bem entendido), et c’est le déraisonnable qui n’est pas acceptable”. *Le raisonnable et le déraisonnable en droit*, Paris: LGDJ, 1984, p. 15. A solução a ser oferecida pela aplicação do princípio (positivo) da proporcionalidade, por certo, não se incluiria dentre aquelas tidas como irrazoáveis, por “inadmissible dans une communauté à un moment donné”, mas dentre as diversas soluções possíveis haver-se-á de encontrar aquela que é racionalmente proporcional, por ser além de necessária e exigível, a que melhor promove os direitos (garantias e princípios constitucionais) fundamentais em seu conjunto, evitando a violação de seu núcleo essencial intangível, pelo respeito à dignidade humana – o trabalho com a proporcionalidade começa quando termina aquele com base na aplicação do princípio da razoabilidade.

<sup>4</sup> Aqui, BARROSO e também DIETER MEDICUS, “*Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Privatrecht*”, in: *Archiv für die Civilistische Praxis*, n. 192, 1992, pp. 53 s., quando considera o princípio da proporcionalidade um meio de interpretar a Constituição, similar ao método teleológico, não devendo ser considerado constitucional com são apenas os direitos fundamentais compreendidos à luz deste princípio – como se fosse possível distinguir um direito ou uma norma jurídica da compreensão que de ambos se tem. A resultados similares leva a proposta de D’ÁVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. In: *Revista de Direito Administrativo*, n. 215, 1999, p. 151 ss., de que se considere a proporcionalidade um dever derivado de um postulado, que o mesmo A. apresenta, corretamente, como uma condição de possibilidade do conhecimento de determinado objeto – então, fica nos devendo o A. uma explicação de como se poderia afirmar um dever, sem que o mesmo decorra de uma norma ou corresponda a um direito, mas sim advenha da adoção, condicional, de um postulado ou critério.

balançar de olhos entre objeto e método, entre realidade e norma, para recíproco esclarecimento, aproximação e explicitação;

i) O estudo do processo administrativo é importante porque retrata o direito administrativo em movimento, na sua perspectiva dinâmica. A consagração de um regime processual no exercício da função administrativa põe em cheque a potestade da Administração Pública porque traz à tona a noção de relação jurídica-processual entre Poder Público e cidadão.

A processualização constitucional da atividade administrativa importa, em primeiro lugar, uma mudança de “linguagem” e uma mudança de “atitude”. Como demonstra a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a processualização do direito administrativo não acontece sem perplexidades e resistências.

Afinal, para preencher o conteúdo dos princípios constitucionais e legais do processo administrativo é preciso, num primeiro momento, realizar uma verdadeira cirurgia, transplantando institutos de outra seara, como o processo civil e o processo penal;

j) A inserção de princípios como contraditório, ampla defesa, juiz natural, motivação, revisibilidade, proibição da *reformatio in pejus* e presunção de inocência implica uma verdadeira revolução copernicana (no sentido kantiano), de inversão do ponto de observação do direito administrativo. Se, antes, era o cidadão que girava em torno de uma Administração com amplos poderes processuais, agora deve ser a Administração aquela a girar em torno do cidadão que assume a posição de parte, munido de prerrogativas que lhe conferem um *status* ativo;

k) Os direitos fundamentais enquanto normas principiológicas podem entrar em conflito em situações especiais, nas hipóteses de colisão de direitos fundamentais e concorrência de direitos fundamentais;

l) Está-se diante de uma colisão de direitos fundamentais quando o exercício de um direito fundamental de um titular impede ou embaraça o exercício de outro direito fundamental de outro titular, sendo irrelevante, para tanto, a coincidência dos direitos fundamentais envolvidos;

m) As colisões de direitos fundamentais são resolvidas mediante a aplicação da regra da proporcionalidade e suas regras parciais, em especial a regra da proporcionalidade em sentido estrito;

n) A proporcionalidade não pode ser categorizada enquanto princípio, pois as máximas parciais da proporcionalidade não são ponderadas em face de algo distinto;

o) Existe uma simetria entre a regra da proporcionalidade e o método da ponderação de bens;

p) Concluindo a pesquisa, adentra-se no terceiro capítulo, a proporcionalidade no processo administrativo disciplinar, destacando as generalidades do processo administrativo disciplinar, bem como os princípios incidentes sobre ele, destacados pela doutrina e jurisprudência pátria.

Acreditamos que o jurista não deve ater-se à exegese, mas buscar sempre o fundamento social que não apenas justifica a norma como também lhe confere o verdadeiro significado de vida.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALESSI, Renato. **Principi di diritto amministrativo**: i soggetti attivi e l'esplicazione della funzione amministrativa. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1974.
- ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985.
- ALEXY, Robert. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 2. ed., Brasília: Brasília Jurídica, 2000.
- AMARAL, Diogo Freitas do. **Curso de direito administrativo**. Vol. II, Coimbra: Almedina, 2001.
- AMATO, Giuliano. Autorità semi-independenti ed autorità di garanzia. **Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico**, Milano, n. 3, 1997, p. 650-651.
- ANTUNES, Carmem Lúcia. **Princípios constitucionais do processo administrativo no direito brasileiro**. In RTDP, São Paulo: Malheiros, 1997, v. 17.
- ARAÚJO, Luiz Alberto David; SERRANO JÚNIOR, Vidal. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005.
- ATALIBA, Geraldo. **República e constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.
- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo administrativo disciplinar**. São Paulo: Max Limonad, 1998a.
- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Princípios constitucionais do processo administrativo disciplinar**. São Paulo: Max Limonad, 1998b.
- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo administrativo disciplinar**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.
- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.
- BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.
- BARROSO, Luís Roberto. Princípio da legalidade. **Boletim de Direito Administrativo**, São Paulo, ano XIII, v. 01, p. 15-28, Jan./1997.16-17.
- BARROSO, Luis Roberto. Presunção de inocência, devido processo legal, ampla defesa e julgamento em instância ordinária única. In: **Temas de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários à constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva. 1989.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1996.

BELLOSO, Miguel José Izu. Las garantías del procedimiento administrativo sancionador: reflexiones sobre los órganos instructores. In: BAQUER, Lorenzo Martín-Retortillo (Coord.). **La protección jurídica del ciudadano**: procedimiento administrativo y garantía jurisdiccional. Estudios en homenaje al profesor Jesus Gonzales Perez. Madrid: Civitas, 1993. p. 871. Tomo I.

BITTENCOURT, Marcus Vinícius Corrêa. Considerações sobre o processo administrativo disciplinar. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 9, n. 845, 20 out. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7484>>. Acesso em: 27 mar. 2007.

BITTENCOURT, Marcus Vinícius Corrêa. **Manual de direito administrativo**. 1. ed., 2. tir. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

BOBBIO, Norberto. **Teoria dell'ordinamento giuridico**. Torino, Giappichelli, 1960.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 11. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOBBIO, Norberto apud CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de direito e legitimidade**: uma abordagem garantista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 7. ed., São Paulo: Malheiros, 1887.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de direito e legitimidade**: uma abordagem garantista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

CALAMANDREI, Piero. **Eles, os juízes, vistos por nós, os advogados**. 7. ed. Lisboa: Livraria Clássica Edi-tora, 1990.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1995.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1996.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CASSAGNE, Juan Carlos. **Los principios generales del derecho en el derecho administrativo**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1992.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Elementos para um discurso de conceituação do direito administrativo**. Curitiba: Julex, 1988.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Atividade legislativa do poder executivo no estado contemporâneo e na Constituição de 1988**. São Paulo: RT, 1993.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: RT, 2000.

COMOGLIO, Luigi Paolo. **Lezioni sul processo civile**. Bologna: II Mulino, 1995.

COSTA, Nelson Nery; ALVES, Geraldo Magela. **Constituição federal anotada e explicada**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários à Constituição de 1988**: artigos 38 a 91. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

DALLARI, Adilson Abreu. **Os poderes administrativos e as relações jurídico-administrativas**. In RTDP, São Paulo: Malheiros, 1999, v. 24.

D'ÁVILA, Humberto Bergmann. **Medida Provisória na Constituição de 1988**. Porto Alegre: Sérgio Fábris, 1997.

D'ÁVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. In: *Revista de Direito Administrativo*, n. 215, 1999.

D'ÁVILA, Humberto. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. I, n. 4, jul. 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 17 jun. 2006.

DIAS, Eduardo Rocha. **Sanções administrativas aplicáveis a licitantes e contratados**. São Paulo: Dialética, 1997.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito processual penal**. Coimbra: Coimbra, 1974.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. São Paulo: RT, 1986.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 1996.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

DROMI, Roberto. **Derecho administrativo**. 5. ed. Ediciones Ciudad Argentina.

DUARTE, David. **Procedimentalização**: participação e fundamentação: para uma concretização do princípio da imparcialidade administrativa como parâmetro decisório. Coimbra: Almedina, 1996.

ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

ENTERRÍA, Eduardo Garcia de; FERNÁNDEZ, Tomás Ramon. **Curso de derecho administrativo**. 5. ed. Madrid: Civitas, 1998. Tomo II.

ESCOLA, Heitor. **Tratado general de proceso administrativo**. Buenos Aires: Depalma, 1981.

ESTORNINHO, A fuga para o direito privado: contributo para o estudo da actividade de direito privado da administração pública. Coimbra: Almedina, 1996.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**. 2. ed. Madrid: Trota, 1997.

FERRAZ, Sérgio; Dallari, Adilson Abreu. **Processo administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2000.

FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. **Processo administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2001.

FERREIRA, Daniel. **Sanções administrativas**. São Paulo: Malheiros, 2001.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Estado de direito e devido processo legal, In.: **Revista Trimestral de Direito Público**, 15/1996, p. 41. São Paulo: Malheiros.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Estado de direito e devido processo legal. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 209, jul./set. 1997.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

FREIRE, Alexandre Reis Siqueira. **Colisão de direitos fundamentais e a regra da proporcionalidade**. Disponível em: <[www.tj.ma.gov.br](http://www.tj.ma.gov.br)>. Acesso em: 02 abr. 2007.

FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. São Paulo: Malheiros, 1995.

GAMBIER, Beltrán. El principio del informalismo en el procedimiento administrativo. In: **La protección jurídica del ciudadano: procedimiento administrativo e garantía jurisdiccional**. Estudios en homenaje ao profesor Jesus Gonzalez Perez. Tomo III. Madrid: Civitas, 1993.

GOMES, Luiz Flávio. Normas, regras e princípios: conceitos e distinções. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7527>>. Acesso em: 07 abr. 2007.

GORDILLO, Agustín. **Tratado de derecho administrativo**.

GRAU, Eros Roberto. Crítica da Discricionariedade e Restauração da Legalidade”. In.: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Coord.). **Estudos de direito administrativo em homenagem ao professor Seabra Fagundes**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2000.

GRINOVER, Ada Pelegri. **Os princípios constitucionais e o código de processo civil**. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1975. p. 137-144.

GUASTINI, Riccardo. **Distinguendo: studi dei teoria e metateoria del diritto**, Torino: Giappichelli, 1996.

GUERRA, Sidney. Globalização e o direito fundamental à privacidade. **Revista Z Ensaios**, a. III, n. 0. Disponível em: <<http://www.pacc.ufrj.br/z/ano3/00/artigo05.htm>>. Acesso em: 12 fev. 2007.

HECK, Luís Afonso, **O tribunal constitucional federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais** – Contributo para uma compreensão da jurisdição constitucional federal alemã. Porto Alegre: Fabris, 1995.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.

MACHETE, Rui Chancerelle. Considerações sobre a dogmática administrativa no moderno estado social. In: **Estudos de direito público e de ciência política**. Lisboa: Fundação Oliveira Martins, 1991.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 21. ed. atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 1996.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 5. ed., São Paulo: Malheiros, 1994.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários à constituição de 1967**. 2. ed. São Paulo: RT, 1971.

MEDAUAR, Odete. Bases do processo administrativo. In: **Processo administrativo: aspectos atuais**. São Paulo: Cultural Paulista, 1998.

MEDAUAR, Odete. **Processualidade no direito administrativo**. São Paulo: RT, 2000.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. São Paulo: RT, 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle de Constitucionalidade**. São Paulo: Saraiva, 1997.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

MORAES Germana de Oliveira. **Controle jurisdicional da administração pública**. São Paulo: Dialética, 1999.

MORAES, Guilherme Braga Peña de. **Dos direitos fundamentais: contribuição para uma teoria**. São Paulo: LTr, 1997.

MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo administrativo: princípios constitucionais e a lei 9784/99**. São Paulo: Malheiros, 2000.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do estado de direito**. Coimbra: Coimbra, 1987.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. O Supremo e as garantias processuais: verdades, mentiras e outras indagações. In: SAMPAIO, José Adércio Leite; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (Coord.). **Hermenêutica e jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Improbidade administrativa**. Porto Alegre: Síntese, 1997.

PALERMO, Fernanda Kellner de Oliveira. O princípio da proporcionalidade e as sanções penais nos contratos. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 6, n. 55, mar. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2736>>. Acesso em: 10 mar. 2007.

PEÑA, Antonio Manuel Freire. **La garantía em el estado constitucional de derecho**. Madrid: Trotta, 1997.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. **O direito à defesa na CF de 88**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

PONTES, Helenilson Cunha. **O princípio da proporcionalidade e o direito tributário**. São Paulo: Dialética, 2000.

RIVERO, Jean. **Direito administrativo**. Coimbra: Almedina, 1981.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais da administração pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

SARMENTO, Daniel. **Os princípios constitucionais e a ponderação de bens**. Teoria dos direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na constituição federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

SILVA, Marcos Luiz da. Princípios supralegais do processo administrativo. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 479, 29 out. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5885>>. Acesso em: 10 mar. 2007.

SOUZA, Carlos Affonso Pereira de; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. **O princípio da razoabilidade e o princípio da proporcionalidade: uma abordagem constitucional**. Disponível em: <[http://www.puc-rio.br/sobrepuc/depto/direito/pet\\_jur/textos/cafpatrz.doc](http://www.puc-rio.br/sobrepuc/depto/direito/pet_jur/textos/cafpatrz.doc)>. Acesso em: 27 fev. 2007.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

STUMM, Raquel Denise. **Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1995.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público**. São Paulo: Malheiros, 1992.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: RT, 1999.

WEBER, Max. **Ensaio de sociologia**. 5. ed. São Paulo: LTC, 2002.

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

VARASSIN, Luciana. Princípio da legalidade na administração pública. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 5, n. 51, out. 2001. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2275>>. Acesso em: 10 mar. 2007.

ZANCANER, Weida. **Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos**. Coleção Temas de Direito Administrativo. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.