



Septiembre 2014

**A (IN)OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL
MATERIAL NA SISTEMÁTICA PROCESSUAL ADMINISTRATIVA
BRASILEIRA**

Carolina Polvora Bica♦

RESUMO

O presente trabalho objetiva trazer à tona a discussão sobre se há na sistemática processual administrativa brasileira a observância do devido processo legal material. Para alcançar os resultados pretendidos, utilizou-se de análise legal, jurisprudencial e doutrinária brasileira. Buscou-se suscitar a reflexão sobre o modo como se dá o processo administrativo brasileiro e se, o devido processo legal, em sua nuance material é de fato observado. Conclui-se que há sim relapsidade no que tange à discussão quanto à sistemática da processualística administrativa brasileira e se entende que o modo como se apresenta não há imparcialidade, razoabilidade e proporcionalidade nas suas decisões, daí a relevância da presente análise sobre a temática.

Palavras chave: Devido Processo Legal. Devido Processo Legal Material. Processo Administrativo Brasileiro.

Resumen

El presente artículo objetiva discutir si en realidad hay en la sistemática procesal administrativa brasileña la observancia del debido proceso material. Para alcanzar los resultados pretendidos, se ha utilizado el análisis legal, la jurisprudencia y la doctrina brasileña. Se ha buscado suscitar la reflexión sobre el modo como se ejecuta el proceso administrativo brasileño y si, el debido proceso, en su espectro material es de hecho observado. Concluyese que hay

♦ Acadêmica da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pelotas - Brasil

todavía un enflaquecimiento acerca de la discusión cuanto la sistemática de la esfera procesal administrativa brasileña y si entiende que el modo como si presenta no hay imparcialidad, razonabilidad y proporcionalidad en sus decisiones, de ahí la relevancia de la presente análisis sobre la temática.

Palabras Clave: Debido proceso. Debido Proceso Material. Proceso Administrativo brasileño.

1. Introdução

No presente trabalho, busca-se analisar a incidência do devido processo legal, em sua nuance material, nos processos administrativos brasileiros. Para tanto, se estudou de forma breve a origem desse princípio, duas esferas de aplicação (formal e material) bem como, a origem do sistema processual administrativo brasileiro e como a doutrina e a jurisprudência vêm a aplicação daquele princípio aos processos administrativos.

A utilização do método dedutivo é essencial, porque permite que cheguemos às conclusões que se constituirão nos elementos de convicção sobre os quais se sustentarão a confirmação das hipóteses e objetivos do trabalho. Para alcançar as respostas que se pretendem obter, o emprego do método indutivo também é indispensável, a interpretação finalística deve permitir que se encontrem as soluções e conclusões necessárias para o avanço pretendido.

O referencial teórico utilizado baseia-se na construção doutrinária sobre o princípio do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, da proporcionalidade e razoabilidade, sobre o processo administrativo, além dos julgados selecionados no acervo do Superior Tribunal de Justiça e Superior Tribunal Federal os quais compõe as altas cortes brasileiras.

Sem qualquer pretensão de esgotamento do tema ou respostas definitivas, o trabalho propõe-se a apresentar reflexões sobre a questão, de modo que se busca alcançar o melhor entendimento acerca da temática.

No decorrer do estudo, objetiva-se confirmar a tese de que é necessária a discussão sobre a sistemática incidente sobre o processo administrativo

brasileiro, uma vez que ela merece crítica em sua forma pois, acredita-se que ela impede que se observe o princípio do devido processo legal material no âmbito do direito processual administrativo.

2. O Princípio do Devido Processo Legal

2.1 Breve histórico sobre a origem e a evolução do princípio do devido processo legal

Antes de se dar início ao estudo dos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa no processo administrativo em específico, passa-se a uma breve análise da origem e evolução histórica dos mesmos. Assim se procede pois, se reconhece a importância do conhecimento do fundamento dos institutos positivados no ordenamento jurídico.

O Estado de Direito pressupõe a submissão dos seus poderes à lei geral, inclusive do poder executivo. Mas até se chegar ao estado atual os regimes político-jurídicos foram aos poucos enfaixando limitações à ação estatal, na Europa do século XVIII, por exemplo, as Constituições eram flexíveis e os direitos do povo ficavam à mercê da vontade tanto do fazedor da lei, como do seu intérprete e do seu aplicador. Foi a Americana a constituição rígida pioneira somente modificável por consolidada jurisprudência, que serviu de guia às outras nações.

A cláusula do *Due Process of Law* é paradigmática também no que tange aos processos administrativos, uma vez que foi expressamente inserido na Constituição Federal de 1988, no artigo 5º presente em seu Título II, nomeado "Dos Direitos e Garantias Fundamentais", Capítulo I sob nome "Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos", a sua aplicação nesse Âmbito, *in verbis*:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; 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;

Daí partir-se para uma brevíssima análise de direito comparado na qual estuda-se a origem e a evolução do devido processo legal americano, desde suas origens no Direito Inglês e sua transposição para o Direito Brasileiro e suas peculiaridades aqui.

A partir de 1066 a Inglaterra passa por um processo que em 1215 vem a culminar com a outorga da Magna Carta no governo de João Sem Terra. Naquele ano ocorreu a invasão de Guilherme o Conquistador, esse instituiu a pirâmide feudal conforme os regimes medievais.

Pequenos lordes começaram formar alianças entre si, cansados dos abusos da coroa, fortaleceram-se ainda mais com o apoio clerical, e com a constituição de um Parlamento. Em 1215 quando as pressões contra a realeza encontram seu ápice é assinada a *Great Charter*. Observa-se que o texto legal limitava somente a ação real e não a parlamentar e não visava a proteção dos direitos individuais do cidadão. Todavia não se pode retirar o seu patamar de estatuto fundamental do direito inglês e de outros povos que nela encontraram seus princípios jurídico-políticos estruturantes.

Se encontrava assegurada pela “lei da terra”, *per legem terrae* na língua original, ou *law of the land*, em inglês os direitos relativos a vida, a liberdade e a propriedade dos revoltosos. O soberanos costumavam confirmar a Carta quando da subida ao trono, assim a expressão *per legem terrae* vai se repetindo, foi ela substituída pela expressão *Due Process of Law* em 1354 no reinado de Eduardo III não se sabe por quem e nem seus motivos. Após três séculos o princípio é reafirmado na *Petition of Rights*, confeccionada sob maestria de *Lord Coke*.

Além da explanação histórica cabe a explicação sobre o significado da expressão *due process of Law* ou sua sinonímia *law of the land*. É uma

garantia processual que impede o arbítrio estatal. Exige assim o processo judicial, ao direito a um processo ordenado. Do século XIV ao XVII os reinados da Inglaterra observaram esse princípio, com o passar dos tempos e a evolução das instituições políticas e jurídicas foi-se refinando o conceito cada vez mais aplicado. Dentre seus desdobramentos estão a necessidade de prévia citação para a demanda e da oportunidade de defesa, o que ficou conhecido como *notice and hearing*.

Em seu reinado, Carlos I, por ter enfrentado várias guerras, se viu obrigado a decretar um empréstimo compulsório, o qual foi considerado ilegal. Assim, cinco nobres se recusaram a obedecer à exação. Dos debates no Parlamento, sob inspiração de Lorde Coke, na Câmara dos Comuns, foi assinada a célebre *Petition of Rights* no ano de 1628, eis que inserida também na Carta Magna, em seu Capítulo 39 a garantia de que ninguém poderia ser preso sem justa causa. A "Transplantação ao Direito Americano" se deu, no Período Colonial com a Constituição Americana e as Emendas V e XIV. Ensina Dória:

O estabelecimento dos primeiros colonizadores ingleses em terras do Novo Mundo, ao despontar do século XVII, assinala a vigência implícita da garantia do adequado processo legal no sistema jurídico que então mal se esboçava, porquanto aos que seguiam para a América, em busca de fortuna¹⁴ ou fugindo à intolerância religiosa, se asseguravam, através das charters reais, mesmos direitos que, sob a égide da Magna Carta, assistiam aos súditos britânicos em geral.¹

Em 1641 com a "Declaração de Liberdades" em Massachussetts explicitamente se positivou um princípio análogo ao inglês. Foi também adotado posteriormente por Nova Iorque e Nova Jersey. Todavia esses documentos eram mais protestos contra danos a direitos sofridos do que declarações propriamente ditas. Para a compreensão do conceito do *due*

¹ DÓRIA, Antônio Roberto Sampaio. Direito constitucional tributário e "Due process of Law"; ensaio sobre o controle judicial da razoabilidade das leis/ Antônio Roberto Sampaio Dória - 2. ed. - Rio de Janeiro: Forense, 1986. p.14

process of Law americano se deve analisar as declarações de direitos elaboradas pelas colônias nas lutas pela independência.

Nesse contexto leciona Dória: “o princípio se desliga de sua matriz inglesa e passa a integrar o sistema jurídico americano, numa trajetória que o transmudaria no mais fecundo de quantos instrumentos se criaram para a defesa de direitos individuais.”²

Permaneceu no direito Americano seu conteúdo processual. Ocorre que sob a égide desse direito a cláusula do devido processo legal recebeu novas interpretações e evolui na jurisprudência americana. Há de se ressaltar aqui que as diferentes nuances do princípio se dão pela diferente organização político-jurídica das instituições inglesa e americana. Foi a Magna Carta a primeira em toda teoria política ocidental a limitar o poder público, natural que a colônia americana herdasse tal legado.

Do explanado acima se infere que há uma grande gama de aplicação do princípio ora estudado. Não é diferente quanto ao direito brasileiro como será no presente trabalho constatado. O princípio do devido processo legal se espalha e subdivide-se, na Constituição Brasileira de 1988, de modo explícito, por exemplo, encontra-se o princípio do contraditório e da ampla defesa. Ambos enfaixados pelo devido processo legal e de aplicação imediata e obrigatória tanto na esfera judicial quanto na administrativa.

2.2. O princípio do devido processo legal formal e material

O devido processo legal possui diferentes esferas de aplicação, mas, sua função primordial é a limitação da atividade estatal arbitrária e a garantia de um processo justo, tanto formal como materialmente. Para entendê-lo enquanto princípio, adota-se o entendimento de Reale, segundo o qual os princípios são “verdades ou juízos fundamentais, que servem de alicerce ou de garantia de certeza a um conjunto de juízos, ordenados em um sistema de conceitos relativos a dada porção da realidade”.³

Também Ávila sustenta que:

² Idem, p.15.

³ REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 19.ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p.60

Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação ente o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.⁴

O *substantive due process* traz em si a necessária observação do princípio da razoabilidade na tomada de decisões e na realização dos atos estatais em geral. Deve haver um motivo plausível para que o Estado interfira na esfera da vida privada dos governados, que limite a sua liberdade ou que invada o seu patrimônio, por exemplo. Daí que na essência o *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.

Como ensina Canotilho:

A teoria substantiva pretende justificar a idéia material de um processo justo, pois uma pessoa tem direito não apenas a um processo legal, mas sobretudo a um processo legal, justo e adequado, quando se trate de legitimar o sacrifício da vida, liberdade e propriedade dos particulares. (...) Os juizes, baseados em princípios constitucionais de justiça, poderiam e deveriam analisar os requisitos intrínsecos da Lei.(...). Este passará a ser considerado como protecção alargada de direitos fundamentais quer nas dimensões processuais quer nas dimensões substantivas. ⁵(Grifos do autor)

Assim, entende-se que o devido processo legal possui duas dimensões, duas esferas de atuação que podem ser cindidas, mas, estão eminentemente interligadas. São elas a esfera formal ou processual e a esfera substancial ou material. A primeira, mais correntemente citada, exige que se respeite as garantias mínimas processuais. Já a segunda, além de forma de controle das decisões é princípio reitor das mesmas, pois elas devem ser adequadas para serem razoáveis e proporcionais. Ainda, os dispositivos legais devem atender em si a esse princípio e serem razoáveis e proporcionais mesmo enquanto preceitos abstratos antes da aplicação.

⁴ AVILA, Humberto. Teoria dos Princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005 p.70.

⁵ CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7.ed. Edições Almedina. Coimbra. 2003. p.494-495.

Não basta, portanto, haver garantia de um processo, se não há garantia de um processo justo. A relação processual carece ser permeada pela justiça material. O devido processo legal material permite que se valorizem os atos do Poder Público a fim de que busquem neles o valor superior de todo ordenamento que é a justiça, ou, que seja através deles buscado esse valor.

No Brasil, o princípio do devido processo legal aparece na Constituição de 1988, bem como seus desdobramentos: o direito de petição (artigo 5º, XXXIV da Constituição Brasileira); o da não exclusão da apreciação do Poder Judiciário de lesão ou ameaça de lesão (artigo 5ºXXXV da Constituição Brasileira); do juiz natural (artigo 5º, XXXVII da Constituição Brasileira); do contraditório e ampla defesa em todos os processos, inclusive administrativos, desde que haja acusados ou litigantes (artigo 5º, LV da Constituição Brasileira).

Na sua forma processual é ampla a sua aplicação, já na material, pode-se constatar que não com tanta pujança, mas está presente com a verificação da aplicação do princípio da razoabilidade. Segundo Barroso, o princípio da razoabilidade na aplicação do devido processo legal substancial "é um parâmetro de valoração dos atos do Poder Público para aferir se eles estão informados pelo valor superior inerente a todo ordenamento: a justiça."⁶

Ainda Maciel afirma que:

Passou-se, assim, a proteger o cidadão no aspecto material, impedindo que o Congresso ou os Poderes legislativos estaduais elaborassem leis, embora formalmente constitucionais, mas que, materialmente, estivessem despidas de "razoabilidade" (*reasonableness*).⁷

Mesmo com a inadmissão do controle judicial do mérito dos atos administrativos, em caso de insurgência dos administrados, cabe ao Judiciário garantir a aplicação do devido processo legal formal no âmbito administrativo processual.

⁶ BARROSO, Luis Roberto. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no Direito Constitucional apud ROTONDARO, Nora Magnólia Costa. Devido processo legal. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, Campinas, n. 13, p. 79-91, 2000. Disponível em: <http://trt15.gov.br/escola_da_magistratura/Rev13Art5.pdf> Acesso em: 04 jul. 2013.

⁷ MACIEL, Adhemar Ferreira. Devido processo legal e a Constituição Brasileira de 1988: doutrina e jurisprudência: direito comparado. BDJur, Brasília, DF, 21 jul. 2009. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/23065>>. Acesso em: 05 de jul 2013.

Jurisprudencialmente se tem aplicado o princípio do devido processo legal substantivo para autorizar aos magistrados a possibilidade de fazer um juízo de valor frente a eventual subsunção de uma norma desarrazoada, o qual deverá então, com base na proporcionalidade e na razoabilidade, não proferir uma decisão contra a lei mas, encontrar uma possível e justa solução ao caso concreto em meio ao próprio ordenamento jurídico. Assim, é possível a aplicação do devido processo legal com todo seu vigor, pois, são observadas as suas duas esferas, tanto a processual como a substantiva.

Ocorre que, apesar de ser formalmente observado na esfera administrativa, no presente trabalho se pretende demonstrar que, não são realmente atingidos os objetivos de garantir a plenitude de defesa e a imparcialidade das decisões pelo fato de que, o órgão que toma a decisão final é parte no processo administrativo, daí incorrerem as infringências mencionadas as quais, colocam em xeque a observância do princípio do devido processo legal material, da ampla defesa e do contraditório.

Assim, se busca trazer à tona a discussão, mesmo que contrária ao entendimento doutrinário brasileiro majoritário o qual é quase unânime em afirmar que é sim observado o princípio do devido processo legal nos processos administrativos do modo como são hoje apresentados. Ora a relevância da pesquisa desenvolvida se dá tanto no âmbito teórico como prático uma vez que, se visa analisar se sistema adotado e aplicado pelo Estado Brasileiro, se é ele eficaz e garantidor dos direitos fundamentais dos administrados.

3 A (in)aplicação do devido processo legal material no âmbito processual administrativo brasileiro

3.1 Da origem do processo administrativo brasileiro

Para dar fundamento à discussão crítica ora trazida, busca-se analisar de modo breve o sistema processual administrativo brasileiro remetendo-se à sua origem. Nos sistemas jurídicos ocidentais modernos desenvolveram-se duas modalidades de sistema de “justiça administrativa”, a de auto controle,

herança da Revolução Francesa e adotada sem eu berço e em países europeus, consistindo em um contencioso administrativo; o sistema de jurisdição una foi o adotado pelo Estado brasileiro por influência do direito inglês e americano, nesse sistema somente há coisa julgada na esfera judicial.

É um fato histórico que, no estado brasileiro o processo administrativo nem sempre foi regulamentado, sendo inclusive inexistente no período ditatorial de 1964 a 1984 quando, o Poder Executivo era exercido de “modo absoluto”.

Segundo Pietro:

A Constituição de 1988, fruto da primeira experiência democrática após mais de 20 anos de regime autoritário, fez a clara opção pela definição mais ampla possível de Estado Democrático de Direito e pela inclusão de um sem número de direitos dentre o rol de direitos fundamentais da pessoa humana. Dentre esses direitos, encontra-se o *princípio da inafastabilidade que, constituiria, desta forma, verdadeiro corolário do devido processo legal, esse previsto pelo artigo 5º, LIV, da Constituição Federal.*⁸ (Grifo nosso)

Também ensina Meirelles:

O sistema judiciário ou de jurisdição única, também conhecido como sistema inglês e, modernamente, denominado sistema de controle judicial, é aquele em que todos os litígios - de natureza administrativa ou de interesses exclusivamente privados - são resolvidos judicialmente pela Justiça Comum, ou seja, pelos juízes e tribunais do Poder Judiciário.⁹

Desde a constituição brasileira de 1891, foi aplicado o sistema da jurisdição única. Logo, não há litígio que não possa ser apreciado pelo Poder Judiciário, inclusive no que tange à matéria de direito administrativo. Assim, diferentemente do que ocorre no sistema do contencioso administrativo francês, os administrados brasileiros podem recorrer diretamente ao judiciário sem sequer “demandar” administrativamente.

⁸ PIETRO, Maria Sylvania Zanella di. O Direito Administrativo Brasileiro Sob Influência dos Sistemas de Base Romanística e da Common Law. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvados, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº8, Nov/dez – 2006/ jan de 2007. Disponível em www.direitodoestado.com.br. Acesso em 22 de agosto de 2014.

⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo brasileiro. 37.ed. São Paulo: Malheiros., 2011. P.56

Ocorre que, em contrapartida o ordenamento jurídico brasileiro, após a Constituição Cidadã prevê uma série de instrumentos e procedimentos administrativos que podem ser adotados pelos cidadãos frente à administração. Mesmo não havendo um sistema do “administrador-juiz” como no sistema francês e, não fazendo os processos administrativos coisa julgada – somente no âmbito administrativo-, como é o caso desse sistema, não se pode dizer que ao processo administrativo não foi relegada posição de destaque pelo ordenamento jurídico nacional.

A importância do processo administrativo no ordenamento brasileiro foi confirmada com a edição Lei nº 9784/99, conhecida como a lei do processo administrativo, nela foram instituídas normas procedimentais para toda a Administração Pública Federal e, ela influencia as legislações dos demais entes federativos. Trata-se, contudo, de instância prévia à judicial, essa que, pelo princípio da inafastabilidade – presente como princípio fundamental no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal Brasileira -, não poderá deixar de julgar causas por mais que tenham sido debatidas perante as instâncias administrativas.

Conclui-se, portanto que, a sistemática do processo administrativo brasileiro é de origem Norte-Americana, daí inclusive a aplicação do *Due Process of Law*. Todavia, ao contrário do que afirma Meirelles, entende-se que há sim influência romanística, o que nega de modo absoluto o autor:

Essa filiação histórica é de sua importância para compreendermos o Direito Público Brasileiro, especialmente o Direito Administrativo, e não invocarmos inadequadamente princípios do sistema francês como informadores do nosso regime político administrativo e da nossa organização judiciária quando, nesses campos, só mantemos vinculação com o sistema anglo-saxônico.¹⁰

Entende-se que não se pode invalidar a influência do direito romanístico no nosso ordenamento, inclusive no direito administrativo e mais, no que tange ao processo administrativo. Ora, do Direito Francês, do qual se originou o Direito Administrativo, foram herdados conceitos normativos de serviço público,

¹⁰MEIRELLES, Op. Cit., 2011. p.58

da executoriedade dos atos administrativos, da aplicação do princípio da legalidade e até a teoria dos contratos.

Nesse diapasão leciona Mello:

O que conhecemos hoje por “Direito Administrativo” nasceu na França. Mais que leis que regulassem as relações entre Administração e administrados, foi sendo construído por obra da jurisprudência de um órgão – Conselho de Estado – encarregado de dirimir as contendas que surgissem entre estas duas partes. Tal órgão diga-se de passagem, é alheio ao Poder Judiciário. Estava e está integrado no próprio Poder Executivo, a despeito de ter natureza jurisdicional, isto é, de decidir com força de coisa julgada.¹¹

Daí se concluir que não se pode invalidar a influência francesa em nosso ordenamento, nem no que tange ao direito administrativo uma vez que inclusive institutos desse ramo jurídico foram herdados desse sistema. Ao mesmo tempo, deve-se compreender que, dado o princípio da inafastabilidade, não há o que se falar em jurisdição administrativa.

Não se propõe a criação de mandamento normativo que, torne obrigatório aos administrados demandar administrativamente como o fez a Emenda 7/77 à Constituição de 1967, que criou a instância administrativa de curso forçado pela qual, satisfeitos certos requisitos constitucionais, exigia-se do interessado que primeiro percorresse a instância administrativa. Atualmente não há respaldo para a criação de instâncias administrativas de curso forçado, já que qualquer que seja a lesão ou mesmo a sua ameaça, surge imediatamente o direito subjetivo público de ter, o prejudicado, a sua questão examinada por um dos órgãos do Poder Judiciário.

Inexiste a obrigatoriedade de esgotamento da instância administrativa para que a parte possa acessar o Judiciário. A Constituição Federal de 1988, diferentemente da anterior, afastou a necessidade da chamada jurisdição condicionada ou instância administrativa de curso forçado, pois já se decidiu pela inexigibilidade de exaurimento das vias administrativas para obter-se o provimento judicial, uma vez que exclui a permissão, que a Emenda Constitucional no 7 à Constituição anterior estabeleceu, de que a lei condicionasse o ingresso em juízo à exaustão das vias

¹¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira. Curso de Direito Administrativo. Ed.28ª. São Paulo: Malheiros, 2011. P.38-39.

administrativas, verdadeiro obstáculo ao princípio do livre acesso ao Poder Judiciário.¹²

Concomitantemente a isso, é sim válida a reflexão sobre um modo de tornar efetivo o processo administrativo brasileiro, em que sejam garantidos os princípios aplicados à essa forma de contenda de modo efetivo e não meramente formal, que é o que se observa hodiernamente.

Contrariamente, no que tange à Administração em sua própria estruturação interna deve observar de modo obrigatório o processo administrativo o que já foi matéria pacificada pela Súmula 20 do Supremo Tribunal Federal, a qual dispõe, *verbis*: *É necessário processo administrativo, com ampla defesa, para demissão de funcionário admitido por concurso.*

Ocorre que, em verdade o processo administrativo brasileiro, em geral, tornou-se uma fase pré-judicial. Pensa-se que com uma mudança na forma de observação procedimental, mesmo que implique em uma grande reforma na sistemática processual administrativa em que deve ser o condutor e julgador do processo imparcial, é uma forma de alcançar a observância do princípio do devido processo legal material de modo que, por reflexo seja o Poder Judiciário menos solicitado.

É certo que há discricionariedade na tomada de decisões administrativas já que a própria Administração é composta por pessoas e estas possuem interesses individuais, valores próprios seus e convicções; afora essas decorrentes da natureza humana, os agentes públicos tem de atender precipuamente ao interesse público.

Os administrados encontram-se assim, frente à Administração em desigualdade. Note-se que não se defende que prevaleçam os interesses individuais, mas sim que sejam esses analisados de modo igualitário ao interesse público uma vez que pode sim, dependendo do caso concreto, aquele se sobrepor. Na sistemática atual, presume-se de modo absoluto que deve prevalecer o interesse público e mais, impossibilita-se ao administrado comprovar o contrário uma vez que não há paridade de armas.

¹² MORAES, Alexandre de. Direitos Humanos Fundamentais. Teoria Geral. Comentários aos arts. 1o à 5o da Constituição da República Federativa do Brasil. Doutrina e Jurisprudência. 2. ed. São Paulo: Atlas S.A., 1998, p. 199

A desigualdade dos administrados nos processos administrativos, quando nesse âmbito se insurgem, se dá até mesmo quanto ao maquinário estatal, bem estruturada na defesa do interesse público. O fato de, no nosso sistema a própria Administração ser detentora do poder de julgar os processos administrativos nos quais os administrados a afrontam, só aumenta a desigualdade e, impossibilita que seja tomada uma decisão imparcial. Sempre penderá o administrador-julgador para o lado da Administração.

Faz-se assim a crítica ao sistema processual brasileiro todavia, não se afirma que a estruturação de um sistema copiado do sistema francês seria a solução. Nem que deva ser obrigatório ao administrado intentar demanda em face à administração antes de jurisdicionalizar o conflito nem mesmo que, deva a decisão administrativa fazer coisa julgada impedindo sua apreciação pelo Poder Judiciário.

O que se pretende é que, seja buscada a satisfação do direito do jurisdicionado frente à Administração para que, seja o processo administrativo efetivo e assim, se evite o excesso de demandas judiciais que tem tornado o Judiciário Brasileiro por demais moroso, em afronta inclusive ao princípio da celeridade ou brevidade processual, o qual foi inserido pela Emenda Constitucional nº45/04 no inciso LXXVIII do art. 5º da Constituição da República Brasileira.

Ademais, como proposta de reflexão se coloca a possibilidade de existência quiçá de uma “Corte Popular Administrativa”, formada por representantes da Administração e de cidadãos não vinculados à ela. Salienta-se que não possui o intuito de cercear a possibilidade de o administrado buscar a Jurisdição - o que iria de encontro com o princípio da inafastabilidade e ao direito de ação-, nem mesmo de substituir o Poder Judiciário ou, criar um novo Judiciário-Administrativo de modo paralelo.

Longe disso, busca-se fazer refletir sobre o quanto é ineficaz o processo administrativo da forma como se encontra e, pensa-se que, um novo sistema, talvez originalmente brasileiro, desgarrado de influências alienígenas possa surgir para tornar o processo administrativo efetivo, em que administrador e administrado sejam ambos atendidos de modo equivalente, em igualdade de

armas participado e colaborado de modo efetivo na tomada da decisão e mais, que nenhum dos componentes do pólo da relação seja o julgador. É esse o cerne da crítica apresentada no presente trabalho.

3.2 O processo administrativo brasileiro e o devido processo legal

Analisada a origem do instituto e feita a crítica a nossa sistemática processual administrativa, se passa ao estudo de como a doutrina e a jurisprudência brasileiras entendem como deva ser aplicado o devido processo nesse âmbito.

A atividade decisória administrativa deve sim obedecer à premissa constitucional do devido processo legal como confirmação do Estado Democrático de Direito adotado pela Constituição Brasileira de 1988. Não é contra tal avanço que a proposta de reflexão do presente trabalho se insurge mas, pretende-se discutir a forma com que se é adotado o princípio, uma vez que se entende que ela impede que os administrados de obterem decisões administrativas justas, acobertadas pelo princípio do devido processo legal material.

Além disso, entende-se que, se fosse a garantia do substantive *Due Process of Law* possibilitada aos administrados, esses poderiam exercer o contraditório e a ampla defesa de modo a tornar mais efetivo o contencioso administrativo, sendo que evitar-se-ia a busca pelo Judiciário ante a satisfação com a prestação administrativa processual.

Ocorre que, entende-se que o sistema adotado pelo Estado de Direito Brasileiro impede que seja exercido o Devido Processo Legal em seu aspecto materialidade. Daí que o processo administrativo torna-se mera formalidade em que há gastos para toda a sociedade uma vez que a máquina pública tem de ser movida para se seja obtida ao final uma decisão sem efetividade.

Todavia, conforme se verificará os doutrinadores brasileiros focados na sistemática atual não entram nesse mérito da questão, somente se limitando a

afirmar que, o processo administrativo como ora se verifica deve observar as garantias elencadas na Carta de Direitos de 1988.

Conforme lição de Maffini:

Daí porque se afirma que os processos administrativos são *instrumentos de democratização do Direito Administrativo, uma vez que, assegurada a participação do administrado na construção das decisões que o alcançarão ele deixará de ser um simples e inoperante destinatário, mas, alguém que contribui para a Administração Pública tomar suas decisões.*¹³ (Grifo nosso)

O processo administrativo federal, como já mencionado está regulado pela Lei Brasileira nº 9.784/99 e, é um conjunto de atos administrativos ordenados à tomada de uma decisão administrativa. Não parece ter fundamento teórico a afirmação de que o termo 'processo' deveria ficar restrito à função jurisdicional, Pietro ainda fundamenta que deve ser o princípio do devido processo legal observado no âmbito administrativo, pois o preceito "legal" possui *status* de garantia fundamental. A interpretação de tal premissa não deve ser restritiva, em seu bojo encontra-se positivado o princípio do *due process of Law* e sua aplicação é determinada através da observância do contraditório e da ampla defesa. Vejamos:

Amplamente defendido pela doutrina e jurisprudência já na vigência de Constituições anteriores, está agora expresso no art. 5º, inciso LV, da Constituição de 1988: "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."¹⁴

Maffini é categórico quando afirma ser inegável, a incidência de ditos princípios (devido processo legal, contraditório, ampla defesa, participação, cooperação processual) em todos os processos em que haja a possibilidade de a atividade administrativa repercutir em direitos e interesses dos administrados.

Isso justifica até mesmo a questão terminológica, pois, prefere-se referir a processo administrativo ao invés de procedimento. Ainda, esses estariam contidos naquele e serão a seguir estudados. Do explanado se confirma que os

¹³ MAFFINI, Rafael. Direito Administrativo. 1.ed., vol.11, 2. Tir., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p.137.

¹⁴ PIETRO, Maris Sylvia Zanella di. Direito Administrativo.13.ed. São Paulo: Atlas, 2001. p.501

processos administrativos submetem-se aos princípios gerais da Administração Pública e a princípios específicos. Destaca-se o princípio do devido processo legal e sua bipartição: princípio do contraditório e da ampla defesa.

Ainda, não se pode afastar a sua aplicação, não é essa a pretensão do presente estudo. Pelo contrário, o que se quer é discutir se, o modelo de processo administrativo atual, baseado no nosso sistema de Administração Pública respeita de modo efetivo o princípio do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. Ora, os administrados devem ter possibilitada a sua plena participação em qualquer providência estatal que possa causar consequências na esfera individual dos participantes da relação processual seja ela administrativa ou judicial, ocorre que, o modo pelo qual é gerenciada essa participação impossibilita o cidadão de ter uma efetiva participação no processo administrativo, pois, o “jugador” é “parte”, assim, há parcialidade.

Assim, como assevera Santiago:

Administração não perde sua posição de supremacia ao efetivar o contraditório, mas sim observa a obrigação de comunicar ao administrado a contingência de um ato administrativo que pode afetar a respectiva esfera de direitos individuais.

Não concordamos com a lição no sentido de visualizar uma equivalência entre as posições da Administração e administrado quando presente o contraditório, haja vista ser insustentável uma posição de igualdade quando um dos pólos da relação permanecer com o poder de expedir unilateralmente norma jurídica vinculante e imperativa para o outro pólo. Afinal, uma das características do regime jurídico-administrativo, decorrente do princípio da prevalência do interesse público, é justamente a posição de supremacia de quem exerce a função administrativa.¹⁵(Grifo nosso)

Como antes já explicado, quando se fala na esfera material do devido processo legal em direito administrativo, há referência a se o ato administrativo, produto daquele, ou seja a decisão obtida, será calcada na razoabilidade e, dessa forma será justa. Somente através da dialética do contraditório será obtida uma decisão adequada

¹⁵ SANTIAGO. Sandro Carolino. **O Princípio do Devido Processo Legal e sua Aplicação ao Processo Administrativo Previdenciário.** Artigo publicado no sítio eletrônico do Instituto de Estudos Previdenciários. Disponível em /www.ieprev.com.br/. Acesso em 25 de agosto de 2014.

a situação posta em discussão por meio desse instrumento que é o processo. Da tese do administrado, somada a antítese do administrador será formada a síntese a qual se consubstancia na decisão. Todavia, de modo diverso do processo judicial, aqui não há "triangularização" da demanda, pois aquele que profere a síntese é o mesmo que apresenta a antítese.

Os ensinamentos de Cintra, Grinover e Dinamarco dão respaldo ao acima afirmado:

O juiz, por força de seu dever de imparcialidade, coloca-se entre as partes, mas eqüidistantes delas; ouvindo uma, não pode deixar de ouvir a outra; somente assim se dará a ambas a possibilidade de expor suas razões, de apresentar suas provas, de influir sobre o convencimento do juiz. [...] É por isso que foi dito que as partes, em relação ao juiz, não têm papel de antagonistas, mas sim de "colaboradores necessários": cada um dos contendores age no processo tendo em vista o próprio interesse, mas ação combinada dois serve à justiça na eliminação do conflito ou controvérsia que o envolve.¹⁶

A sistemática administrativa processual brasileira, baseada predominantemente no modelo americano como antes analisado, não permite a formação da angularidade que caracteriza a relação jurídica processual no processo judicial. É inegável que a Administração atua em seu próprio interesse, diferente não poderia ser. Entende-se que ao ser proporcionada a possibilidade de manifestação do administrado esse colabora com a aplicação da lei ao caso concreto. Todavia, como já explicado, isso não torna menos desigual a atuação de ambos e indubitavelmente, faz com que as decisões proferidas no âmbito administrativo não observem de fato ao princípio do devido material.

O entendimento doutrinário, no entanto, não é nesse sentido, conforme lição de Cretella Júnior:

Não obstante se trate de binômio, não de trinômio (como no direito processual civil), as partes em ação, na realidade são contrapostas [...], defendem não raras vezes interesses antagônicos: os administrados, pleiteando os direitos que a lei lhes faculta, a Administração velando para que os deveres sejam observados, ambos, enfim, em última análise,

¹⁶ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria geral do processo. 8. ed. São Paulo: Ed. RT, 1991

fornecendo elementos para que a justiça figure sempre em primeiro plano e o Estado atinja do melhor modo o fim elevado a que se propõe realizar.¹⁷

Percebe-se que a doutrina brasileira não diverge no que tange à aplicação do devido processo legal em sua nuance formal, ocorre que também afirmam os autores que é esse princípio observado a sua esfera material. O presente trabalho, de forma independente se insurge pois, entende-se que a forma como se desenvolve o processo administrativo, não permite que seja o princípio do devido processo legal materialmente observado.

Defende-se que o processo administrativo necessita sim continuar sendo observado, o princípio do devido processo legal o qual é constitucionalmente assegurado. Ocorre que em primeiro lugar, o dever da Administração Pública é de atuar material e formalmente segundo o que o Direito determine, fazendo com que o desempenho dessa atividade se faça por uma relação tendo como um dos pólos o administrado, que participa da dinâmica administrativa; em segundo lugar, o direito desse administrado de que essa relação se desenrole segundo os princípios que conferem segurança jurídica a seu patrimônio.

Uma vez que o devido processo legal administrativo concerne tanto à forma quanto ao conteúdo das decisões administrativas e, por ele se garante a certeza tanto do dever público quanto do direito do particular na relação administrativa se entende que é impossível dar efetividade ao princípio do devido processo legal material quando um dos pólos da relação "jurídico-administrativa" é também quem dá a palavra final.

Defende-se portanto a continuidade de observação do devido processo legal formal nos processos administrativos e se entende que, realmente sua aplicação se faz presente, mas deve haver mudança na sua forma para que seja de fato materialmente observado. O fato de que o processo administrativo é conduzido e decidido por uma parte do processo faz

¹⁷CRETELLA JÚNIR, José. Prática do processo administrativo. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 1999.p.40.

com que não seja possível se alcançar uma decisão imparcial pelo fato de que no trâmite processual não se observa o devido processo em sua acepção material.

Isso pelo fato de que, como já dito no presente trabalho, o princípio do devido processo legal material é forma de controle das decisões e é princípio reitor das mesmas, pois elas devem ser adequadas para serem razoáveis e proporcionais. Ocorre que como, já bastante frisado, se busca refletir se a sistemática brasileira permite que a decisão tomada na esfera administrativa seja permeada pelo princípio da razoabilidade, o qual é meio para que seja alcançada a justiça.

Os Tribunais Superiores Brasileiros manifestam-se de modo a tornar absoluta a necessidade de observação do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, o que também afirmam quanto ao *substantive due process of law*, todavia não se observa discussão sobre o mérito ao qual se volta o presente estudo, uma vez que, aceita-se o presente modelo.

Observa-se no trecho abaixo, por meio de julgado do Supremo Tribunal Federal Brasileiro, tribunal incumbido da guarda da Constituição que, o Poder Judiciário tem feito com que seja observado tal princípio, o que está de acordo com a proposta do presente estudo.

EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO. ANULAÇÃO DE ATO ADMINISTRATIVO CUJA FORMALIZAÇÃO TENHA REPERCUTIDO NO CAMPO DE INTERESSES INDIVIDUAIS. PODER DE AUTOTUTELA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. **NECESSIDADE DE INSTAURAÇÃO DE PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO SOB O RITO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E COM OBEDIÊNCIA AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA.** EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL.(RE 594296 RG, Relator(a): Min. MENEZES DIREITO, julgado em 13/11/2008, DJe-030 DIVULG 12-02-2009 PUBLIC 13-02-2009 EMENT VOL-02348-06 PP-01087)¹⁸ (Grifo nosso)

¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário nº 594296. Relator Menezes Direito. Julgado em 12 fev. 2009. DJe-030 12 fev. 2009 Disponível em <<http://www.stf.gov.br>> Acesso em: 27 ago.2014.

Também o Superior Tribunal de Justiça, "Tribunal da Cidadania" que cabe zelar pela aplicação de leis federais, trata de proteger a garantia constitucional dos cidadãos e, faz aplicar o princípio.

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. ATO DE ANULAÇÃO DE INVESTIDURA. OBSERVÂNCIA AO DEVIDO PROCESSO LEGAL E AO CONTRADITÓRIO. ART. 5º, LV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. SÚMULA 20 DO STF. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. DIREITO LÍQUIDO CERTO. (...) 3. **"É necessário processo administrativo com ampla defesa, para demissão de funcionário admitido por concurso"** (Aprovado na Sessão Plenária de 13.12.1963, publicado em Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal - Anexo ao Regimento Interno. Edição: Imprensa Nacional, 1964, p. 39).(...)5. Deve ser dado provimento para anular o ato coator, **dada a violação do art. 5º, LV, da Constituição Federal, no caso concreto, que se traduz no direito líquido e certo ao contraditório e à ampla defesa no cerne do processo administrativo.**Recurso ordinário provido. (RMS 44.498/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/08/2014, DJe 13/08/2014)¹⁹(Grifo nosso)

Não se nega o avanço que é não só estar presente na Carta Magna brasileira de modo expresso, o princípio do *due process of law*, mas também ser ele aplicado, quando não pela Administração, pelos Tribunais. Ocorre que, se almeja que sua aplicação prática seja feita de modo que se observe a faceta material de tal princípio de modo efetivo, para tanto, se entende como necessária a mudança na forma como que tramita o processo administrativo pois, pelo fato de haver parcialidade na tomada de decisão há impossibilidade de ser ela permeada pela razoabilidade e proporcionalidade e assim, pela justiça.

Desse modo, encerra-se aqui o presente estudo com a ingênua esperança de que os operadores do direito, passem ao menos a refletir sobre a temática, uma vez que além de válida, a discussão acadêmica, possibilita a

¹⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário 44.498/SP. Relator Humberto Martins, Segunda Turma. Julgado em 05 ago. 2014, DJe 13 ago. 2014. Disponível em <<http://www.stf.gov.br>> Acesso em: 27 ago. 2014.

criação de novos meios de prática dos princípios fundamentais positivados nas Cartas de Direito.

4. Considerações Finais

O presente estudo não negou que incide formalmente o princípio do devido processo legal nos processos administrativos brasileiros, todavia, a forma com que se dá o próprio processo torna impossível a observação do devido processo em sua nuance material. Buscou-se, demonstrar a validade da discussão inclusive por meio do estudo da origem do princípio, dos sistemas americano e francês e, por fim do brasileiro, ao qual foram tecidas as críticas.

Assim, apesar de ser formalmente observado na esfera administrativa, no presente trabalho se pretendeu demonstrar que, não são realmente atingidos os objetivos de garantir a plenitude de defesa e a imparcialidade das decisões pelo fato de que, o órgão que toma a decisão final é parte no processo administrativo, daí incorrerem as infringências mencionadas as quais, colocam em xeque a observância do princípio do devido processo legal material, da ampla defesa e do contraditório. Ora, são infringidas garantias constitucionais dos administrados pelo modo pelo qual a lei prevê seja forjada a decisão administrativa quando advinda de processos que tramitam nesse esfera.

Buscou-se demonstrar que, é sim necessária a discussão acadêmica sobre a temática para quem sabe um dia, seja o processo administrativo efetivo e, sejam alcançadas decisões imparciais e satisfatórias para ambos os pólos da relação jurídico-administrativa. E modo ainda mais ousado, afirma-se que um processo administrativo efetivo, sanearia até o problema de excesso de litigância enfrentado hodiernamente pelo Poder Judiciário brasileiro. Entende-se que para tanto é necessário uma mudança fática e, defende-se que a ocorrência da mesma irá inclusive desafogar o judiciário dando ensejo à observância do princípio da celeridade.

Ainda, ousou-se, no presente estudo ir de encontro aos ensinamentos de juristas reconhecidos, representantes da melhor doutrina brasileira, sem os descreditar, porém, o meio acadêmico é local propício para tal espécie de

análise. É de fato nele onde devem ocorrer tais críticas e discussões, daí entender-se válido o florescer de novas ideias por mais utópicas e inexecutáveis que possam parecer. Obviamente a temática não foi esgotada mas, não se pode descartar a relevância de se focar o tema sob uma perspectiva inovadora tal como a ora proposta.

BIBLIOGRAFIA

AVILA, Humberto. Teoria dos Princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005

BARROSO, Luís Roberto. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no Direito Constitucional apud ROTONDARO, Nora Magnólia Costa. Devido processo legal. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, Campinas, n. 13, p. 79-91, 2000. Disponível em: <http://trt15.gov.br/escola_da_magistratura/Rev13Art5.pdf> Acesso em: 04 jul. 2013

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário nº 594296. Relator Menezes Direito. Julgado em 12 fev. 2009. DJe-030 12 fev. 2009 Disponível em <<http://www.stf.gov.br>> Acesso em: 27 ago.2014

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário 44.498/SP. Relator Humberto Martins, Segunda Turma. Julgado em 05 ago. 2014, DJe 13 ago. 2014. Disponível em <<http://www.stf.gov.br>> Acesso em: 27 ago. 2014

CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7.ed. Edições Almedina. Coimbra. 2003

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria geral do processo. 8. ed. São Paulo: Ed. RT, 1991

CRETELLA JÚNIR, José. Prática do processo administrativo. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 1999

DÓRIA, Antônio Roberto Sampaio. Direito constitucional tributário e "Due process of Law"; ensaio sobre o controle judicial da razoabilidade das leis/ Antônio Roberto Sampaio Dória - 2. ed. - Rio de Janeiro: Forense, 1986.

MACIEL, Adhemar Ferreira. Devido processo legal e a Constituição Brasileira de 1988: doutrina e jurisprudência: direito comparado. BDJur, Brasília, DF, 21 jul. 2009. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/23065>>. Acesso em: 05 de jul 2013

MAFFINI, Rafael. Direito Administrativo. 1.ed., vol.11, 2. Tir., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo brasileiro. 37.ed. São Paulo: Malheiros., 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. Curso de Direito Administrativo. Ed.28ª . São Paulo: Malheiros, 2011.

MORAES, Alexandre de. Direitos Humanos Fundamentais. Teoria Geral. Comentários aos arts. 1o à 5o da Constituição da República Federativa do Brasil. Doutrina e Jurisprudência. 2. ed. São Paulo: Atlas S.A., 1998

PIETRO, Maris Sylvia Zanella di. Direito Administrativo.13.ed. São Paulo: Atlas, 2001

_____. O Direito Administrativo Brasileiro Sob Influência dos Sistemas de Base Romanística e da Common Law. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvados, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº8, Nov/dez – 2006/ jan de 2007. Disponível em www.direitodoestado.com.br. Acesso em 22 de agosto de 2014

REALE, Miguel. Filosofia do Direito. 19.ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

SANTIAGO. Sandro Carolino. O Princípio do Devido Processo Legal e sua Aplicação ao Processo Administrativo Previdenciário. Artigo publicado no sítio eletrônico do Instituto de Estudos Previdenciários. Disponível em [/www.ieprev.com.br/](http://www.ieprev.com.br/). Acesso em 25 de agosto de 2014