

## O PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

**Humberto Theodoro Júnior**

Desembargador Aposentado do T.J.M.G.

Professor da Faculdade de Direito da U.F.M.G.

Advogado. Doutor em Direito.

### SUMÁRIO

1. Posição doutrinária
2. Direito positivo
3. Jurisprudência
4. Conclusões

### 1 POSIÇÃO DOUTRINÁRIA

Nos últimos tempos o procedimento administrativo têm sido tema de constantes e amplas discussões entre os mestres do direito administrativo.

Não se compreende, no atual Estado Democrático de Direito, que a Administração atue, em face dos cidadãos, afetando-lhes a liberdade e o patrimônio, sem que a lei trace parâmetros e formas adequadas a essa gestão realizada sempre a pretexto de patrocinar o bem comum.

Exige-se, cada vez mais, que a democracia deixe de ser “formal” e assuma a natureza de democracia “real”, com efetiva participação da comunidade e franco acesso de todos ao seio da Administração.

Essa reciprocidade “Sociedade-Estado” – segundo ROBERTO DROMI – pressupõe a **participação** e impõe sua **procedimentalização**, com a finalidade específica de explicitar a linguagem jurídica do diálogo institucional entre o poder e os submissos.

Incumbe ao Direito instituir as **formas jurídicas** dos “modos sociais do exercício do poder”, pois – ainda segundo o mestre uruguaio – “**sin formas** no existem límites para el poder”.

Espera-se, então, do procedimento administrativo que se equipe de instrumentos idôneos, capazes de garantir o equilíbrio entre liberdade e autoridade.

“El **Estado** no tiene poder eficaz sin el auxilio del Derecho y al **individuo** no le basta haber obtenido todo género de libertades públicas, porque la suerte de las solemnes proclamaciones constitucionales está em manos de las garantías procesales que pueden transformar a aquéllas en un simple catálogo de ilusiones” (DROMI, Prólogo de “**Procedimiento Administrativo**”, diversos autores, Tucumán, Ed. UNSTA, 1982).

Perderam-se em antigos escaninhos da memória as épocas em que o trâmite de um assunto qualquer, com esperança de êxito, dependia unicamente da amizade entre o postulante e o agente público. Vai longe o tempo em que - anota **MIGUEL S. MARIENHOFF** - a ignorância do direito fazia crer que na Administração tudo dependia de sua pura discricionariedade, sem cogitar se ao postulante correspondia ou não um direito subjetivo, ou se era legítimo ou não o interesse invocado (“La Legislación sobre procedimiento administrativo y su significación jurídica”, in “Procedimiento Administrativo”, cit., p. 20).

É do Prof. **GUILLERMO BECERRA FERRER** essa verdadeira profissão de fé na importância do moderno conceito de procedimento administrativo:

“O Império da legalidade, a defesa dos direitos individuais, a preservação das garantias do devido processo legal adjetivo e substantivo são valores muito altos e preciosos da ordem jurídica que podem ser vilmente frustrados por uma concepção burocrática alheia aos valores supremos da Liberdade e da Justiça.

“O **império do Direito** não é uma fórmula vazia nem uma simples instrução que se expede com atitude pomposa e declamatória, mas com um conteúdo que não se vive nem se sente. O “império do Direito” é o resultado de uma longa luta pelo respeito à lei, à dignidade da pessoa e que, em definitivo, se traduz na **vigência da Justiça** com maiúscula, como manifestação máxima da Verdade e do Bem, valores transcendentes e pilares da existência e convivência humana.”

“O procedimento administrativo tende a concretizar uma nova forma de **controle** da Administração, na qual a participação do administrado

se transforma em colaboração efetiva para o benefício comum” (“Princípios Constitucionales del Procedimiento Administrativo”, in “Procedimiento administrativo”, cit., p. 50).

A regulamentação e o aprimoramento do processo administrativo corresponde, nos dias que correm, ao anseio de **racionalizar o poder**, colocando-o em harmonia com as aspirações do homem.

Há, pois, no magistério de **CESAR ENRIQUE ROMERO**, urgência na busca de novas fontes de controle, se se tem a consciência de que existe a constante e inegável tendência de abusar do poder (Cf. “Derecho Constitucional”, B. Aires, Ed. Zavallía, 1975, t. 1, p. 85). É nesse quadro de democratização e limitação do poder que se insere a figura de um procedimento administrativo moderno e funcional.

## 2 DIREITO POSITIVO

Em que princípios se deve apoiar o procedimento administrativo para cumprir seu desígnio de instrumento tutelar da Justiça e da Verdade?

Nossa atual Constituição aponta para o rumo certo:

“Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o **devido processo legal**” (art. 5º, nº LIV); e

“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” (Art. 5º, nº LV).

Do novo texto constitucional, portanto, emana a certeza de que a tutela jurídica devida pelo Estado ao povo, em qualquer terreno da gestão pública, não se limita a uma simples resposta ao direito de ação ou de petição.

O que a Carta Magna assegura, enfaticamente, é o devido **processo legal**, com todos os predicados que a história do Constitucionalismo universal conseguiu construir.

Tudo aquilo que, nas Cartas anteriores, era explícito apenas para o processo penal, como o direito ao contraditório e à ampla defesa, através de todos os meios e recursos inerentes ao **devido processo legal**, agora é endereçado, em texto claro e direto, também ao processo civil, e igualmente ao processo administrativo. Em suma, é uma garantia fundamental a de que onde houver um processo para solucionar um conflito jurídico, seja perante a

Justiça, seja perante a Administração, presente estará a garantia constitucional do **due process of law**, em toda plenitude.

### 3 JURISPRUDÊNCIA

Após o advento da Constituição de 1988, como já se afirmou a cláusula do devido processo legal, com os consectários do contraditório e ampla defesa, assumiu dimensões de garantia fundamental em todos os confrontos entre os indivíduos e o Poder.

A jurisprudência mais recente compreendeu bem esta tomada de posição do legislador constitucional e, em reiterados pronunciamentos, tem proclamado a importância desses princípios, que refletem na esfera processual nada mais do que os princípios gerais da legalidade, isonomia, liberdade e garantia da tutela jurídica, sobre os quais se assentam os alicerces do Estado Democrático de Direito.

Eis como o Superior Tribunal de Justiça tem interpretado a garantia do devido processo legal:

“Em nome da segurança jurídica, o princípio maior do **due process of law** reclama observância do procedimento regulado em lei, não sendo dado ao Judiciário tomar liberdades com ele inadmissíveis” (R. Esp. 2.835-RS, 4ª T., Rel. Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO, ac. 04.09.90, in “Lex-Jur. STJ”, 20/134).

Igual é a ótica do Pretório Excelso:

A súmula 288, que autoriza o não conhecimento do agravo de instrumento irregularmente formado, “não implica em contrariedade ao princípio constitucional da ampla defesa, porquanto compete à parte o dever de vigilância da regularidade do traslado, conforme reiterada jurisprudência do S.T.F. Para fazer jus aos recursos inerentes ao direito de defesa devem as partes desincumbir-se do ônus que lhes toca” (S.T.F., AI nº 133.676-5-BA, 2ª T., Rel. Min. CÉLIO BORJA, ac. 10.05.90, in “R.T.” 670/224).

À parte não é dado recorrer sem atender aos pressupostos legais explícitos da recorribilidade. “A utilização dos meios de defesa é assegurada na forma prevista na legislação instrumental, não se podendo, sob a ótica do acesso ao Judiciário, vislumbrá-la como direito absoluto”

(S.T.F., AI nº 135.692-8, 2ª T., Rel. Min. MARCO AURÉLIO, ac. 05.03.91, in "D.J.U." 05.04.91, p. 3664).

Esse enfoque da legalidade das formas procedimentais e de toda a gama de conseqüências do **due process of law** tem sido, igualmente, ressaltada pela jurisprudência atual como característica que não pode faltar também ao procedimento administrativo. O Supremo Tribunal Federal, na sua função de intérprete e guardião da Carta Magna, assim tem se pronunciado:

"A nova Constituição do Brasil instituiu em favor dos indiciados em processo administrativo, a garantia do contraditório e da plenitude de defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (art. 5º, LV). O legislador constituinte consagrou, em norma fundamental, um **direito** do servidor público **oponível** ao poder estatal. A explícita constitucionalização dessa garantia de ordem jurídica, na esfera do procedimento administrativo-disciplinar, representa um fator de clara limitação dos poderes da Administração Pública e de correspondente intensificação do grau de proteção jurisdicional dispensada aos direitos dos agentes públicos". (S.T.F., MS nº 20.999-2-DF, Pleno, Rel. Min. CELSO MELLO, ac. 21.03.90, "D.J.U.", 25.05.90, p. 4.605).

Idêntico é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

"A cláusula do **due process of law**, com as suas implicações e conseqüências, tem aplicação no procedimento administrativo, o que resulta de modo implícito da Constituição de 1967 e está previsto, expressamente, na Constituição de 1988, art. 5º, LIV e LV. No caso, avocando o Ministro de Estado a prática de ato de competência do Diretor da DAC, competência inscrita no regulamento, aplicou maus tratos no princípio do **due process of law**" (STJ, M.S. nº 124-DF, 1ª Seção, Rel. Min. CARLOS M. VELLOSO, ac. 13.03.90, "D.J.U." 14.05.90, p. 4.140).

"A sanção administrativa deve ser precedida do contraditório e ampla defesa. Inteligência do art. 5º, LV, da Constituição da República de 1988" (S.T.J., MS nº 645, 1ª Seção, Rel. Min. VICENTE CERNICCHIARO, ac. 11.06.91, "D.J.U." 01.07.91, p. 9.151).

"A ausência de oportunidade ao impetrante de interpor o devido recurso contra a decisão administrativa que decretou a pena de perdimento

de bem, vicia o procedimento. Segurança concedida em face da violação do princípio da ampla defesa” (S.T.J., MS nº 360-DF, 1ª Seção, Rel. Min. PEDRO ACIOLI, ac. 03.04.90 in “Rev. Lex-JSTJ”, 16/68).

“Sem observância ao devido processo legal, não poderiam os impetrantes, nomeados e empossados e em pleno estágio probatório, serem exonerados dos respectivos cargos, via de decreto governamental consistente na anulação do concurso” (S.T.J., RMS nº 121-MA, 2ª T., Rel. Min. AMÉRICO LUZ, ac. 05.12.90, in “Rev. Lex-J.S.T.J.”, 25/53).

“A anulação de concurso público, seguida da exoneração de funcionário nele aprovado e nomeado, só é possível mediante o devido processo legal administrativo. Súmulas nºs 20 e 21, do S.T.F.” (S.T.J., R.M.S. nº 155-MA, 1ª T., Rel. Min. JOSÉ DE JESUS FILHO, ac. 21.11.0, “D.J.U.” 25.02.91, p. 1.451).

“O funcionário público, corolário do direito de defesa, tem o direito de acompanhar a inquirição de testemunhas. A inobservância dessa regra acarreta a nulidade” (S.T.J., R.M.S. nº 178-SC, 2ª T., Rel. Min. VICENTE CERNICCHIARO, ac. 05.11.90, p. 12.423).

#### 4 CONCLUSÕES

O procedimento administrativo, em face da disciplina constitucional da garantia do devido processo legal, está, hoje, sujeito aos seguintes princípios básicos:

a) **garantia de legalidade objetiva:** as decisões administrativas, para respeitar a **liberdade jurídica** dos indivíduos (C. Federal, art. 5º, nº II), e para não se apresentarem, perante eles, como resultado do capricho ou arbítrio do administrador, têm de submeter-se à lei, tanto **material** como **formal** (GUILLERMO BECERRA FERRER, ob. cit., p. 41-42):

b) **garantia do devido processo legal em toda sua extensão:** ou seja a necessidade de o procedimento tramitar segundo as regras da Constituição, leis ordinárias e regulamentos, aplicáveis ao caso concreto, regras essas que, segundo **GORDILHO** (“Procedimiento y Recursos

Administrativos”, 2. ed., B. Aires, Ed. Macchi, 1971, p. 81 e segs.), devem compreender: o **direito de ser ouvido** (publicidade do procedimento); **direito de apresentar razões**; **direito à fundamentação do ato**; **direito ao patrocínio de advogado**; **direito de produzir provas**. E nós acrescentamos: para que se cumpra o ideal do **due process of law** são, ainda, indispensáveis dois requisitos: a **celeridade do procedimento** e a **comodidade do respectivo custo**, ou seja, o procedimento deve chegar a uma composição dos interesses conflitantes no menor prazo possível e com o mínimo de despesas para a parte.

É preciso, em suma, que o procedimento administrativo deixe de ser simples rotina criada e mantida pelos hábitos e caprichos de cada administrador, para se submeter plenamente a **formas** técnicas e obrigatórias concebidas e impostas por legislação específica.

A colocação do procedimento administrativo sob império de leis formais, além de ser o único meio de cumprir o mandamento constitucional do **due process of law**, é o fim da discricionariedade e da arbitrariedade, num terreno onde se jogam valores importantíssimos dos indivíduos em confronto com o Poder, como liberdade, nome e patrimônio. Assim, não só se atinge o controle e a unidade do comportamento estatal, como, principalmente se estabelece uma valiosa garantia para os direitos dos administrados, reclamado hoje, mais do que nunca, pelas características da moderna atividade do Estado Democrático de Direito (Cf. HECTOR JORGE ESCOLA, “Ambito de Aplicación de la legislación de procedimiento administrativo”, in “Procedimiento Administrativo”, cit., p. 59).

Já existem, é certo, vários procedimentos administrativos legalmente disciplinados entre nós, como o dos benefícios da Previdência Social, o do Estatuto dos Funcionários Públicos, o de lançamento tributário etc.

Mas, para aperfeiçoamento do instituto jurídico e para melhor garantia dos administrados é recomendável, segundo opinião dominante entre os administrativistas, que se proceda à codificação dos modelos gerais do procedimento administrativo, de maneira a uniformizar essa importante função do Poder Público, reduzindo-se o número de procedimentos especiais, como exceções, ao mínimo possível (Cf. ALBERTO RAMON REAL, “Procedimiento Administrativo Comparado”, in “Procedimiento Administrativo” cit., p. 223).

Transformou-se, enfim, o aperfeiçoamento dos mecanismos do procedimento administrativo, pelos vínculos que mantém com a vida particular dos cidadãos, em um imperativo ineludível do Estado de Direito Democrático e Social, do presente e do futuro” (RAMÓN REAL, ob. cit., p. 224).