ESTADO DE DIREITO E DEVIDO PROCESSO LEGAL

LÚCIA VALLE FIGUEIREDO*

I. Estado de Direito e Estado Democrático de Direito. II. Estado Democrático de Direito. III. O devido processo legal no Estado Democrático de Direito. IV. O devido processo legal e a igualdade material. V. A responsabilidade do Estado como decorrência do Estado Democrático de Direito. VI. A fundamentação das decisões administrativas. VII. O processo administrativo e o devido processo legal.

I. *Estado de Direito e Estado Democrático de Direito*

1. Qualquer Estado poderá ser Estado de Direito? Ou à noção de Estado de Direito deverão corresponder pressupostos mínimos?

Se não estiver o Estado curvado à *rule of law,* tal seja, à lei a que o poder estatal deve se submeter, sequer poderíamos cogitar na existência de um Estado Democrático de Direito.

Todavia, a sujeição à lei é insuficiente para caracterizar o Estado de Direito materialmente; há necessidade da existência de determinadas outras características absolutamente essenciais, tais sejam, a separação de poderes para a existência dos "freios e contrapesos", do "juiz natural", ou, em outras palavras, de juiz não de exceção ou *post facto,* e, além disso e certamente, de juiz imparcial, dotado de prerrogativas para o exercício da magistratura independente.

2. Enfim, não poderá a lei ser aparentemente respeitada e os conflitos entre administração e administrados não serem dirimidos imparcialmente, sem que a administração em juízo seja uma parte igual às outras.

Sem tais requisitos fundamentais não estaremos em face de ESTADO DE DIREITO, porém ainda estaremos, na verdade, em arremedo, em aparência de

*Lúcia Valle Figueiredo é Professora Titular de Direito Administrativo da PUC-São Paulo e Juíza do Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

legalidade. Se não fora assim, quaisquer regimes de exceção, como, por exemplo, o regime nazista, estaria amplamente justificado.[1]

3. José Afonso da Silva enfatiza que não se pode apenas considerar o Estado de Direito pela legalidade. Afirma o eminente publicista:

"Por outro lado, se se concebe o Direito apenas como um conjunto de normas estabelecidas pelo Legislativo, o Estado de Direito passa a ser o Estado da legalidade, ou Estado legislativo, o que constitui uma redução deformante. Se o princípio da legalidade é um elemento importante do conceito de Estado de Direito, nele não se realiza completamente."[2]

II. *Estado Democrático de Direito*

4. Como se depreende, ao Estado de Direito não é necessária, ou não lhe é essencial, a organização democrática. Se houver democracia, estaremos em face do Estado Democrático de Direito, ao qual, em seguida, nos referiremos. Mas, como se verifica também, ao Estado de Direito não é suficiente apenas o respeito à lei, pois, como já dissemos anteriormente, este grande equívoco validaria qualquer Estado, mesmo aquele em que atrocidades e desprezo total à liberdade e à cidadania existissem.

5. O Estado Democrático de Direito, como inserido na Constituição em seu artigo 1º, necessita, além dos requisitos já enumerados, que o *poder emane do povo.* Em nossa Constituição, este é exercido direta ou indiretamente (parágrafo único do artigo 1º).

Portanto, o Estado somente poderá ser democrático se e quando o povo exercer efetivamente o poder por meio de seus representantes, ou, em algumas circunstâncias, diretamente. Além disso, é, efetivamente sobremais disso, mister que direitos fundamentais constem das cartas políticas e sejam cabalmente respeitados. Em conseqüência, o Estado de Direito é estado de legitimidade[3].

6. Enumera o ilustre constitucionalista precitado, José Afonso da Silva, os princípios necessários para existência efetiva do Estado Democrático de Direito. São eles: princípio da constitucionalidade, princípio democrático; princípio da justiça social, sistema de direitos fundamentais, como já assinalamos, princípio da igualda-

1 Vejam-se a respeito as obras de Geraldo Ataliba, *República e Constituição,* p. 93 e ss, bem como Biscaretti di Ruffia, *Direito Constitucional,* traduzido por Maria Helena Diniz, cap. I; ainda Santi Romano, tradução de Maria Helena Diniz, *Princípios de Direito Constitucional,* principalmente caps. VI, VII, VIII e IX, Carlos Roberto de Siqueira Castro, O *devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil,* caps. I, II e III. Também consulte-se a importante obra de Sampaio Dória: *Direito Constitucional Tributário e "Due process of law",* cap. II.

2 José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo,* 12ª edição revista e atualizada, nos termos da Reforma Constitucional, 1996, Malheiros, p. 112.

3 Veja-se a excelente obra de Diogo de Figueiredo Moreira Netto, *Direito da Participação Política. Fundamentos e Técnicas Constitucionais da Democracia.* São Paulo, Renovar, s.d.

de, princípio da DIVISÃO DE PODERES, princípio da legalidade e da segurança jurídica[4].

Consideramos essas noções necessárias como propedêuticas ao tema, embora também sejam seu núcleo fundamental. Haveremos de discorrer sobre alguns desses princípios na medida em que sejam de transcendental importância para caracterização do ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO e, nele, ser inserido o devido processo legal.

III. *O Devido Processo Legal no Estado Democrático de Direito*

7. Devemos inicialmente recordar a extensão da cláusula do "devido processo legal". Lembremo-nos de que o devido processo legal aparece com acepção meramente formal, em 1215, na Magna Carta, escrita em latim (exatamente para que poucos tivessem acesso a seu conteúdo), época em que o Estado era a lei. Na verdade, fazia a lei, cumpria a lei — ele mesmo — mas a lei era a que o soberano ditava.

Dessarte, aparece nessa época o devido processo legal, exatamente para que o baronato tivesse a proteção da *law of the land,* a lei da terra, ou, como também conhecida mais tarde, a *rule of the law.* Os senhores feudais deveriam conhecer qual era a lei a seguir, a se submeter. Mas, verifica-se que, ainda, o devido processo legal tinha conteúdo meramente formal. Formal e sem a expressão com que, depois, passaria do Direito inglês para as colônias americanas e, mais tarde, para a Federação americana.

8. É, todavia, depois das Emendas V e XIV, que o devido processo legal toma outro corpo. A Emenda V deixa claro que o direito à liberdade e à propriedade obedece ao devido processo legal, o *due process of law.* Mas ainda persiste o caráter formal durante a Emenda V.

Na Emenda XIV há grande transformação, isso porque já não mais se fala, apenas, do devido processo legal, mas na igual proteção da lei: *equal protection of law.* Então, depois da Emenda XIV, sobretudo com a aplicação que a Suprema Corte americana faz da cláusula, dá-se abrangência muito maior. O devido processo legal passa a significar a *igualdade na lei,* e não só *perante a lei.*

Há distância enorme entre *respeitar-se a igualdade em face da lei e a igualdade dentro da lei,* como a breve passo versaremos.

9. Somente será *due process of law* aquela lei — e assim poderá ser aplicada pelo Magistrado — que não agredir, não entrar em confronto, não entrar em testilhas com a Constituição, com os valores fundamentais consagrados na Lei das leis.

Quando o texto constitucional brasileiro prescreve no art. 5º, inc. LV, a obrigatoriedade do devido processo legal — e é o primeiro texto constitucional que a

4 Id., ib., p. 107/108. É evidente que o princípio da separação de poderes deverá ser efetivo e não apenas formal. Se o Congresso estiver completamente subjugado ao Executivo, teremos apenas formalmente um Estado Democrático de Direito.

contém expressamente — não é por acaso. É um texto constitucional absolutamente moderno, é o texto constitucional da cidadania.

Deveras, depois da declaração de direitos individuais e coletivos, traz a Constituição em seu bojo o *devido processo legal* e, para que não quede dúvida, traz duas vezes. Os outros textos referiam-se à ampla defesa, mas *ampla defesa* no Processo Penal. Claro que o Judiciário já havia feito a aplicação para o Processo Civil, mas é a primeira vez que a cláusula do devido processo legal aparece em texto constitucional brasileiro, com a acepção expressa para os processos em geral, inclusive o administrativo.

10. De conseguinte, impõe-se a conclusão que o conteúdo é o mesmo do Direito Americano, isto é, o devido processo legal abrigando a *igualdade substancial e formal.*

Não é possível pensar-se que, no final do século, com a evolução do Direito Americano desde as primeiras décadas deste mesmo século, quando se incorpora a cláusula em nossa Constituição, equiparável às melhores Constituições do Primeiro Mundo, à Constituição espanhola, à Constituição portuguesa, à Constituição alemã — não é possível, repetimos, supor-se que o texto constitucional empregasse a cláusula do *devido processo legal* apenas com seu aspecto formal, com o aspecto do século passado.

Em outras palavras, somente no caso concreto — em face de lei concreta ou da aplicação concreta que um juiz ou administrador faça, em procedimentos, ou processos administrativos ou judiciais, é que veremos se foi cumprido o *due process of law,* que dependerá das circunstâncias, como dizia o grande Holmes.[5]

Passemos a enfrentar o *due process* em seu aspecto material, de grande importância.

IV. *O Devido Processo Legal e a Igualdade Material*

11. O princípio da igualdade, averbamos, coloca-se como vetor fundamental no texto constitucional. Em conseqüência, como vetor fundamental do devido processo.

A generalidade da norma jurídica deve conduzir à igualdade perante a lei, porém também a *equal protection of law,* tal seja, à igualdade na lei.

O princípio da igualdade é a mola propulsora do Estado de Direito; sem seu cumprimento o exercício da função administrativa seria realmente sem sentido. Não se concebe possa estar a função administrativa debaixo da lei e sem respeitar o princípio fundamental, matriz de todos os outros.

Em decorrência, o princípio da igualdade deve nortear, de ponta a ponta, toda atividade da Administração e os provimentos, por esta emanados, só serão válidos à medida que estejam atendendo ao princípio.

A exata dimensão do princípio da igualdade é de cabal importância também ao entendimento da discricionariedade, pois, se atento se estiver ao cumprimento do

5 Como o *due process* deve ter sentido substantivo, somente no caso concreto poderemos verificar se foi efetivamente respeitado.

princípio, ver-se-á quando a Administração pode desigualar, quando pode agir adotando certos discrímines e quando não pode, como, por exemplo, em atos administrativos gerais.

Em San Thiago Dantas vamos encontrar o exato conceito do que seja a igualdade na lei, o que significa.

Primeiro, San Thiago Dantas — *in* "Problemas de Direito Positivo. O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade" — diz que a lei, quando discrimina, não pode escolher aleatoriamente as situações. Tem de haver razoabilidade nas classificações. Caso não haja, não se poderá dizer cumprido *o due process of law*, mas, antes, haverá *undue process of law*, se não houver a predita razoabilidade das classificações.

12. Dessarte, somente se concebe a igualdade na lei[6] se as classificações forem lógicas, razoáveis, obedientes a discrímines próprios. Por outro lado, também se refere San Thiago Dantas ao respeito aos princípios explícitos e implícitos da Constituição.

13. Aqui, lembraria que a nossa Constituição da República Federativa do Brasil, logo no seu pórtico, no art. 1º, tem por fundamentos a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, bem como o pluralismo político.

O princípio da legalidade está atrelado ao devido processo legal em sua faceta substancial e não apenas formal. Em sua faceta substancial igualdade substancial — não basta que todos os administrados sejam tratados da mesma forma. Na verdade, deve-se buscar a meta da igualdade na própria lei, no ordenamento jurídico e em seus princípios.

Já se referia Canotilho, na "Constituição Dirigente"[7], que a chamada discricionariedade do Legislativo tem de ser aferida diante dos princípios constitucionais. Não é o legislador livre. Deve respeitar os princípios constitucionais, ainda que implícitos. Tudo, que estiver na Constituição como vetor terá de ser respeitado pelo legislador.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu artigo 5º, LV, vez primeira, vai trazer expressamente a garantia do "devido processo legal", tanto nos processos judiciais quanto nos administrativos.

Com efeito, na literalidade do mencionado inciso LV:

"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;" (grifamos)

14. O respeito ao devido processo legal deverá informar *todos os procedimentos judiciais e também os administrativos.*

6 Ao tema é imprescindível a consulta do *Conteúdo jurídico de princípio da igualdade*, de Celso Antônio Bandeira de Mello, São Paulo, Malheiros Editores.

7 José Joaquim Gomes Canotilho, *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*, Coimbra, Coimbra Editora, 1982, p. 74.

Antes da atual Constituição, como já afirmamos, era, no processo penal, por estar em jogo bem de vida supremo, a liberdade do indivíduo, que se verificava com maior facilidade o respeito ao *devido processo legal.*

O processo judicial, claro está, compreende o cível e o penal. A grande novidade, como dissemos, ficou por conta da inclusão do processo administrativo, lado a lado com o judicial.

Quaisquer dos "poderes" (poderes encontra-se entre aspas, porque, na verdade o Poder é uno, exercido por meio de funções) do Estado vinculam-se inteiramente à lei em seu sentido amplo.

V. *A Responsabilidade do Estado como Decorrência do Estado Democrático de Direito*

15. Já pontuamos os postulados do Estado de Direito, e cumpre agora lembrar, como diz Celso Antônio Bandeira de Mello[8], que todo Direito Administrativo se constrói sobre duas pilastras: de um lado, as competências do Estado, as funções estatais; e de outro, as garantias dos administrados. Desse postulado, constrói-se o regime jurídico administrativo, com o desdobramento dos princípios.

Aos princípios do Estado de Direito[9] deve corresponder necessariamente a obrigação de se *responsabilizar o Estado por condutas que atinjam os administrados, sejam estas lícitas ou ilícitas* (art. 37, § 6º da Constituição).

Impende verificar, desde logo, que a responsabilidade, acolhida pelo texto constitucional atual, é objetiva quanto ao Estado. E, também, objetiva no que tange àqueles que exercem funções estatais. É dizer: ocorrendo dano, prescinde-se do dolo ou culpa, bastando ficar provado o nexo de causalidade entre esse dano e a conduta estatal. Todavia, relativamente ao funcionário, é subjetiva.

Entretanto, se é intuitiva a captação de ter optado o texto pela responsabilidade objetiva, estamos a pensar, sem dúvida, nos atos ilícitos ou lícitos, praticados por ação. Quanto à omissão, o problema, aparece um pouco diferente.

16. No tocante aos atos ilícitos, decorrentes de omissão, devemos admitir que a responsabilidade só poderá ser inculcada ao Estado se houver prova de culpa ou dolo do funcionário. Esta é a posição dos Professores Celso Antônio Bandeira de Mello e do ilustre, querido e saudoso mestre, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello[10].

Deveras, ainda que consagre o texto constitucional a responsabilidade objetiva, *não há como se verificar a adequabilidade da imputação ao Estado na hipótese de omissão, a não ser pela teoria subjetiva.*

Assim é porque, para se configurar a responsabilidade estatal pelos danos

8 *Curso de Direito Administrativo,* 6ª edição revista e ampliada, Malheiros Editores, 1995, pp. 15/42.

9 Ruy Cirne Lima, *Princípios de Direito Administrativo,* 5ª edição, Editora Revista dos Tribunais, p. 51.

10 Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, *Princípios de Direito Administrativo,* vol. 2, pp. 486/487; também Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo,* 6ª edição, p. 515, Malheiros Editores, 1995.

causados, há de se verificar (na hipótese de omissão) se era de se esperar a atuação do Estado.

Em outro falar: se o Estado omitiu-se há de se perquirir se havia o dever de agir. Ou, então, se a ação estatal teria sido defeituosa a ponto de se caracterizar insuficiência da prestação de serviço.

Não há como provar a omissão do Estado, sem antes conferir se houve *faute de service*. É dizer: não ter funcionado o serviço, ter funcionado mal ou tardiamente.

16.1. Em conclusão: verificamos que o princípio da responsabilidade do Estado por atos ilícitos aparece como conseqüência lógica do princípio da legalidade. Sobremais disso, as prerrogativas especiais dadas à Administração impõem a responsabilidade objetiva do Estado.

De seu turno, a responsabilidade por atos lícitos decorre do princípio da igualdade, da divisão equânime das cargas públicas. E, além disso, a responsabilidade por atos ilícitos não se confina aos atos comissivos, porém também se estende aos omissivos.

16.2. *Excludentes da responsabilidade*

Se no direito brasileiro a responsabilidade é objetiva, tal seja, basta o dano e o nexo causal, devemos assinalar situações não possibilitadoras de indenização. É dizer: excludentes da responsabilidade estatal.

Claro está que se a culpa for *exclusivamente* do lesado, não responderá o Estado. Cautelas, entretanto, devem ser tomadas para que se não afaste a responsabilidade estatal quando seria devida.

Em outro falar: se o dano não ocorreria, caso a conduta da vítima não tivesse provocado o agravo, não se há de cogitar em responsabilização estatal.

Doutra parte, exclui-se também a responsabilidade estatal nas hipóteses de força maior. Se houver, por acaso, tomando-se, como exemplo, terremoto de graves proporções, absolutamente incontrolável e inevitável, não se poderá pretender obrigar o Estado a indenizar.

A força maior há de ser entendida dentro de seus limites próprios, tais sejam, ocorrências *naturais, imprevistas e imprevisíveis que, ao ocorrerem, provocam danos*. Não se pode, entretanto, cogitar na existência de força maior quando, por exemplo, ocorram inundações na cidade, inundações essas previsíveis e que demandariam obras de infra-estrutura não realizadas.

Demais disso, também não se poderia dizer ter ocorrido força maior se tombasse árvore sobre carro estacionado por ocasião de tempestade, se a árvore, por hipótese, estivesse sem exame de suas raízes por muito tempo. Ou, ainda, se já fora condenada por agrônomos. Somente a análise da hipótese concreta poderá resolver o problema.

Conseqüentemente, insculpida no nosso texto constitucional a responsabilidade objetiva — *postulado do verdadeiro Estado de Direito,* no qual a Administração age manietada, coartada, ao "influxo de uma finalidade cogente", como nos diz Cirne Lima —, cumpre, efetivamente, haja contrapartida dos agravos que devam ser suportados pelos administrados para implementação do interesse público. E, ademais

e, principalmente, não sejam suportadas ilicitudes em franca agressão ao ordenamento jurídico.

VI. *A Fundamentação das Decisões Administrativas*

17. De outra parte, a fundamentação das decisões administrativas e a razoabilidade de tais decisões são de cabal importância para sua validade.

Como venho dizendo desde a promulgação da Constituição, pouco importa o fato de não estar a motivação expressa no art. 37. Assim é posto que, no art. 93, X, obriga-se a motivação das decisões administrativas dos tribunais.

Ora, se as decisões administrativas do Judiciário devem ser motivadas, claro está que também a motivação é necessária para as decisões do Executivo. Deveras, o Judiciário exercita função administrativa de maneira atípica, pois, tipicamente, sua função é a judicial.

Procedendo-se à interpretação sistemática, não seria de se supor que os tribunais devessem motivar suas decisões administrativas e não fossem a isso obrigados os administradores, a quem cabe expressamente a função administrativa, portanto, de maneira típica.

Logo, pouco importa que não se encontre a motivação sediada no art. 37, no Capítulo VII, referente à Administração Pública, que não esteja tipograficamente inserida ao lado dos outros princípios. Pouco importa, porque se acha na mesma Constituição, e expressamente, ainda que esteja, como assinalado, referindo-se ao Poder Judiciário.

18. De outra parte, teríamos o princípio, de qualquer forma, consagrado no texto constitucional na medida em que o art. 5º, XXXV, dá possibilidade de acesso amplo à jurisdição quando houver lesão ou, até mesmo, apenas ameaça a direito.

É dizer, não somente a lesão possibilita o acesso ao Judiciário, mas até mesmo a ameaça de lesão. Ora, sabida é a impossibilidade de acesso ao Judiciário se as decisões não forem motivadas. Como discutirá a parte seu direito, se não souber sequer o fundamento das decisões?

Em conseqüência, o art. 5º, XXXV, da Constituição da República também clama pela necessidade de motivação. Ademais, nesta Constituição, no art. 5º, LV, às claras, às abertas, encontra-se o asseguramento do contraditório e da ampla defesa aos litigantes e aos acusados em geral, com os meios e recursos a eles inerentes, tanto no processo judicial quanto no administrativo.

Portanto, outro fundamento da necessidade expressa de motivação sedia-se no próprio inc. LV do art. 5º. Não seria viável, de forma alguma, o contraditório e a possibilidade de ampla defesa se motivação não houvesse.

A motivação é 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. O administrador pode chegar à decisão "A", "B", ou "C", respaldando-se em parecer técnico, por exemplo; todavia, é importante e indispensável declinar as razões ensejadoras de tal decisão. Não é possível que o administrador ou o juiz omitam a motivação.

Assim fazem os administradores quando dizem: "indefiro com base no artigo tal, inciso tal". Pouco importa se o artigo tal ou qual dá suporte à aplicação da pena em tese. Mas, às vezes, as penas a serem aplicadas são alternativas, ou em escala crescente. Tanto o administrador como o juiz deverão dizer: "aplico o artigo tal, inciso qual, porque a questão examinada, tais e tais fatos inserem-se na hipótese legal, por força de tais ou quais razões".

É dizer: de forma alguma a alegação de dispositivo legal pode ser considerada motivação, fundamentação do ato. É, apenas, a fundamentação legal. No Estado Democrático de Direito, a *motivação* integra, de maneira inarredável, ainda que possa não estar explícita, o *devido processo legal em seu sentido material.* É sua pedra fundamental.

VII. *O Processo Administrativo e o Devido Processo Legal*

19. No processo administrativo sempre se contém procedimento. Processo é o caminhar para a frente, a fim de se chegar a determinado termo, a determinado ponto. Então podemos falar, como também faz a Constituição, de processo legislativo, judicial e executivo.

Todavia, é assente que, na doutrina administrativista, prepondera o termo procedimento. Porém, na verdade, entendemos deva o procedimento ser reservado às formalidades que devam preceder aos atos administrativos, à necessidade administrativa de praticar determinados atos anteriormente ao ato final.

Procedimento, consoante se nos afigura, é o caminho a ser percorrido pela Administração a fim de cumprir determinadas formalidades seqüenciais para chegar ao ato final. Exemplifiquemos com o procedimento de licitação, procedimento de concurso, procedimento de lançamento, de inscrição da dívida ativa etc. Enfim, para a emanação de ato administrativo, sempre haverá procedimento. Embora, é bem verdade, que há atos em que essas formalidades são extremamente singelas.

Como vimos, o termo "procedimento" emprega-se em duas acepções. Ora refere-se ao conjunto de formalidades necessárias para emanação de atos administrativos, ora como a seqüência de atos administrativos, cada qual *de per si* desencadeando efeitos típicos (como, no exemplo citado, procedimentos concorrenciais, concurso, licitação), porém todos tendentes ao ato final, servindo-lhe de suporte de validade.

No primeiro caso, conjunto de formalidades, há uma série de atos (inclusive de terceiros) e fatos administrativos necessários à formação válida do procedimento.

E o processo, de seu turno, estará caracterizado pela "litigância" ou contraposição de interesses, ou, ainda, pelas "acusações", portanto, revisão necessária dos atos administrativos, quer seja por iniciativa própria (de ofício) ou por provocação do administrado ou de terceiro.

Não nos parece, pois, que o art. 5º, LV, do texto constitucional quisesse se referir simplesmente ao procedimento, quer seja ao nominado ou inominado.

Em face da preocupação do texto constitucional, queremos fazer a distinção para demonstrar o seguinte: na espécie de procedimentos de primeiro grau (nomen-

clatura de Giannini)[11] parece-nos necessária, apenas e tão-somente — quando não houver, pois, litigância, interesses contrapostos ou sanções —, a aplicação dos princípios inseridos no bojo do art. 37, da Constituição, acrescentando-se o da *motivação,* o da *lealdade,* da *razoabilidade* e da *boa-fé,* encartados ao longo de todo o texto constitucional.

20. Entretanto, quando estivermos diante de processos que têm contrariedade, ou, por outro lado, diante de processos em que existam "acusados", ainda que entre aspas, em face de processos sancionatórios, os princípios do contraditório e da ampla defesa se hão de colocar; assim também, quando estivermos em face de processos ablativos de direitos, ainda que a Administração se coloque diante da revisão de atos administrativos emanados ilegalmente.

Deveras, não pode a Administração suprimir direitos, desconstituir situações sem que ouça o administrado *preliminarmente.*

Nos processos sancionatórios, de primeiro ou de segundo grau, pois, podemos ter processos sem recursos (o administrado pode, por exemplo, não recorrer da autuação fiscal) e, também nos processos disciplinares, que visam a verificar os ilícitos administrativos praticados por funcionários, acreditamos ser de toda aplicabilidade a contextura completa do inc. LV do art. 5º. Portanto, basicamente, o *devido processo legal,* com seus corolários, com suas conseqüências.

21. Em outro falar: no procedimento administrativo para prática de determinado ato, por exemplo, outorga de uma licença, ou de uma isenção, se não houver de permeio *recurso,* transformando o procedimento em *revisivo ou recursal,* teremos, apenas, formalidades a serem cumpridas pela Administração Pública para chegar ao ato final pretendido.

Porém, quando houver *litigância* — é isto o que está no texto constitucional, "aos litigantes em processo administrativo ou judicial, e aos acusados em geral" — *contraposição de interesses, contraditoriedade de interesses,* será de cabal importância a aplicação do devido processo legal.

22. É claro que os princípios vigentes no processo administrativo vão se aplicar. Lembremos, em primeiro lugar, do princípio da oficialidade. É exatamente o contrário do *princípio dispositivo;* na oficialidade, na medida em que o processo esteja com quem detém competência decisória, deve caminhar independentemente da instigação da parte inicial, a não ser nas hipóteses de recursos da parte, cuja desistência lhes seja disponível. Se, todavia, tratar-se de procedimento convencional, o recurso de alguém obrigará a Administração a prosseguir para verificação da legalidade.

23. Por outro lado, é de cabal importância o princípio da *verdade material,* até porque estamos diante da função administrativa e devemos lembrar que função é *relação de dever* daquele que não está acima, mas sim daquele que deve prestar, que deve fazer.

A relação de fundo faz com que o princípio da *verdade material* seja de vital importância no processo administrativo. Não está o administrador impedido, muito

11 Massimo Severo Giannini, *Diritto amministrativo, v.* II, Milano — Dott. a Giuffrè Editore, 1993, p. 99/118.

pelo contrário, é-lhe não só permitido, como, na verdade, é seu dever, procurar a verdade material no processo, independentemente das provas que a parte tenha produzido.

24. Doutra parte, também no contraditório a na ampla defesa insere-se o problema da defesa técnica. Se é verdade que, no processo administrativo, pode a parte dirigir-se à Administração sem advogado, todavia, cremos que nos processos sancionatórios e nos disciplinares, deve haver defesa técnica[12].

Sempre que houver prejuízo à parte, a defesa técnica faz-se imprescindível; apenas no caso de, efetivamente, não haver prejuízo poder-se-á dela prescindir.

Vejam que não nos referimos à necessidade de defesa técnica em função de a norma constitucional afirmar ser o advogado essencial à administração da justiça. Não por isso, mas porque consideramos que, sem defesa técnica, na verdade, no mais das vezes, sobretudo nos processos disciplinares, não teremos ampla defesa, defesa realmente eficiente, defesa em que haja efetiva possibilidade de amplo contraditório e exaustão das provas.

25. Há também necessidade de acompanhamento da prova produzida; verificamos que determinadas provas podem e devem ser acompanhadas pelas partes.

Então, notem, quanto ao deferimento de provas, é claro que, tanto o juiz como o administrador poderão indeferir as meramente protelatórias, provas desnecessárias ao conhecimento de quem deva decidir, mas assegurando-se — e isso se faz absolutamente necessário — de que estas visam realmente apenas protrair a demanda.

Realmente, é preciso a parte produzir sua prova, acompanhar a prova a ser realizada. Não existem provas secretas, a parte tem de ter vista dos autos por si ou por seu advogado, não só para a defesa de seu interesse, como diz a Constituição Federal, no art. 5º, XXXIII, mas também para defesa de interesses outros, tem direito a acesso aos autos; se algo correr em segredo, deve estar devidamente justificado (são raros os feitos que devem correr em segredo).

Vista dos autos, vista de pareceres contrários à Administração Pública e as certidões destes pareceres é direito do administrado. É claro que a Administração, em sua competência decisória, poderá decidir diferentemente do parecer, mas não ocultá-lo.

26. De outra parte, ainda se deve assinalar que o direito à revisibilidade é fundamental no processo administrativo, integra a teoria do processo. 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.*

27. O direito ao silêncio, ou o de não se auto-incriminar, é garantia constitucional, e ainda que não fosse expressa (art. 5º, LXIII da CF), deveria ser diretamente deduzida da cláusula do devido processo.

28. E finalmente, há proibição da *reformatio in pejus,* não obstante o princípio da legalidade que preside toda atividade administrativa. E não poderia ser diferente.

12 A Profa. Odete Medauar, em seu A *processualidade no direito administrativo,* admite a necessidade de defesa técnica somente para questões mais importantes, *in* Revista dos Tribunais, 1993.

Se houvesse possibilidade de ser agravada a pena, por evidente que esse fato obstacularia a garantia constitucional do duplo grau de jurisdição.

Já dissemos em nosso *Curso de Direito Administrativo*[13], a propósito da reforma para pior *(reformatio in pefus):*

"Anteriormente já escrevemos ser impossível a *reformatio in pejus,* excluindo-a dos processos sancionatórios e disciplinares.

Todavia, hoje, remeditando no tema, entendemos que esta apenas é possível, como conatural à explicitação da função administrativa.

Portanto, quando o processo revisivo for feito *de ofício* pela Administração ou, se provocadamente, encontrem-se outros envolvidos.

Podemos dar, como exemplo, o ato de habilitação no procedimento licitatório. É possível que a Administração, instigada pelo recurso de um dos licitantes (que se encontrava habilitado) contra a habilitação de outro, revendo o ato, verifique a necessidade de reformá-lo por inteiro. Inclusive, inabilitando até o recorrente que já fora habilitado. É claro que, nessa hipótese, o prazo recursal deverá ser reaberto para que, àquele, ora inabilitado, possa ter direito à revisão.

E, nesta hipótese, fala-se impropriamente em *reformatio in pefus.* Houve, na verdade, ato de controle da legalidade, por importar em nulidade do procedimento; caso, assim, não se procedesse estaria a Administração agindo *contra legem.*

Figuremos, também, recurso interposto em determinado concurso, portanto, *em que se encontram envolvidos vários competidores.* Se, por via de recurso, houver controle de toda legalidade — e não apenas do ato passível de recurso — pode ocorrer que, na prática, o recorrente tenha sua situação piorada.

Não é, todavia, a hipótese mais comum. Se beneficiado com determinada situação, e pretender outra ainda melhor, vai ocorrer, para aquela situação anterior, a preclusão administrativa. A não ser, como frisado, que se coloquem situações de terceiros ou invalidades impossíveis de serem convalidadas e inexistam coartamentos de outras regras à invalidação.

Os princípios arrolados do contraditório e da ampla defesa são absolutamente essenciais aos processos administrativos, como denominados constitucionalmente."

A aplicação do devido processo legal, em seu sentido substantivo, será o meio inesgotável para a garantia dos direitos individuais, coletivos e difusos, bem como para o correto exercício da função administrativa.

13 Lúcia Valle Figueiredo, *Curso de Direito Administrativo,* São Paulo, Malheiros, 3ª edição no prelo.