

das leis, em nível de respeito pelos direitos fundamentais das pessoas e dos grupos; da aplicação da CR; das intervenções em plano de igualdade com os órgãos de Estado na resolução de conflitos. Primeiro, através de mediação e da conciliação, instrumentos próprios dos advogados; depois integrando tribunais arbitrais como juízes; depois participando em igualdade colaborativa com os juízes do Estado nos tribunais deste. Em termos de um processo cada vez mais dos cidadãos e, portanto, cada vez mais dos patronos destes, com vários graus de realização desta "privatização" da justiça, conforme os interesses em jogo.

20. Conclusões

A CF/88, ao estabelecer, logo no art. 2.º, os poderes da União, e ao não reservar aos

cidadãos um papel directo no exercício desses poderes, está a esquecer uma dimensão estruturante do Estado que é a dos cidadãos: Criado, partilhado e assumido por estes, o Estado democrático é-o intrinsecamente como Estado dos cidadãos. Devendo ser cada vez mais dos-cidadãos e menos dos-poderes. Mas a dimensão dos cidadãos, mesmo se escassamente representada no Constituição formal e portanto na legislação ordinária, está insita na Constituição material enquanto direito fundamental a gerar direitos subjectivos.

A título de direito fundamental, deve situar-se na Constituição a jurisdição plena pelos interessados dos litígios que lhes respeitem. Em nível dos direitos subjectivos, o direito de as partes auto-comporem os seus litígios.

DIREITOS IMANENTES AO DEVIDO PROCESSO LEGAL SANCIONADOR NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

FÁBIO MEDINA OSÓRIO

Doutor em Direito Administrativo pela Universidade Complutense de Madrid. Mestre em Direito Público pela UFRGS. Ex-promotor de Justiça no Rio Grande do Sul. Presidente do Instituto Internacional de Estudos de Direito do Estado - IEDE. Advogado.

Sumário: 1. Introdução. O sistema administrativo sancionador pré-Constituição de 1988: visão panorâmica - 2. Fontes constitucionais do direito administrativo sancionador: 2.1 Devido processo legal formal e substancial; 2.2 Contraditório e ampla defesa, com os recursos inerentes; 2.3 Legalidade formal e substancial; 2.4 Tipicidade formal e material; 2.5 Juiz natural; 2.6 Segurança jurídica; 2.7 Responsabilidade subjectiva dos infratores; 2.8 Motivação dos atos sancionadores: arts. 2.º, VII, e 50 da Lei 9.784/99; art. 93, IX, da CF; 2.9 Individualização da pena administrativa: art. 5.º, XLV e XLVI, da CF - 3. Direito sancionador da improbidade administrativa - 4. Conclusão.

1. Introdução. O sistema administrativo sancionador pré-Constituição de 1988: visão panorâmica

O modelo pré-Constituição de 1988¹ era um modelo calcado basicamente na superioridade do poder de polícia da Administração Pública sobre os direitos individuais e fundamentais e em claro detrimento dos direitos dos administrados. Tal supremacia apriorística era incontestável e arrastava consigo numerosas presunções e ficções contrárias aos direitos individuais. A Constituição anterior era fundamentalmente um diploma legalista, mas, sobretudo, um diploma baseado na rigidez em prol dos interesses do Estado, presumivelmente detentor legítimo dos mais nobres interesses.²

1. Fazendo um apanhado das Constituições Republicanas brasileiras, Pontes de Miranda identifica, até a Constituição de 1946, um forte traço ditatorial com origens ainda na Constituição de 1891. Ao tratar da Constituição de 1933-1934, especialmente quanto aos processos sancionadores e repressores do Estado, diz que esta se valia de preceitos programáticos que abriam possibilidades de

repressão e prevenção da subversão por meio da força (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1946*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1953. v. 1). Temos, ainda, em José Afonso da Silva, que a Constituição de 1891 levava a marca do coronelismo, das oligarquias; após a Revolução de 1930, que veio como uma resposta às oligarquias, organizou-se Constituinte, a qual promulgou a Constituição de 1934; a partir de então começa a crescer os poderes do Executivo até a Constituição de 1937, que alargou o papel da iniciativa individual, porém, sempre dentro dos limites impostos pelo "bem público", período de verdadeira ditadura. Surge então a Constituição de 1946, marcadamente influenciada pelas Constituições de 1891 e de 1934 e que deu seguimento aos atos institucionais ou Regimes Militares (SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 24. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005). No entanto, sabe-se que a Carta de 1946 foi um notável marco democrático no desenho das liberdades individuais.

2. "O direito constitucional clássico, representativo de tais concepções, preocupava-se primeiramente em fixar a estrutura do Estado, definindo-lhe a forma e os poderes, indicando os órgãos destes poderes e definindo o funcionamento destes órgãos, bem como as suas recíprocas relações. Em segundo lugar, o direito constitucional clássico preocupava-se com o homem, com a sua defesa contra a ação invasora do Estado, e esta era, sem dúvida, a

Art. 154³ da CF/67, inserido no ordenamento jurídico brasileiro com a Emenda Constitucional de 1969, expressava caráter emblemático. O abuso de direito individual ou político, com o propósito de subversão do regime democrático ou de corrupção, importaria na suspensão dos respectivos direitos pelo prazo de dois a dez anos. Caberia ao STF julgar tal suspensão, mediante requerimento do Procurador-Geral da República, sem prejuízo da ação penal ou cível cabível. Tratava-se de um sistema voltado à supremacia absoluta do interesse do Estado sobre o indivíduo.⁴

parte que os antigos constitucionalistas mais cuidavam de pôr em relevo.

“No direito constitucional moderno, a parte dos direitos humanos não desapareceu; ao contrário, esclareceu-se e aprofundou-se em certos pontos essenciais. Mas, sem dúvida nenhuma, limitou-se, consideravelmente, pelo reconhecimento de que, muitos direitos que no século XIX eram considerados inerentes à pessoa humana, passaram a ser vistos mais como conseqüências de uma situação social que desapareceu, ou se encontra em profunda transformação. Esta redução sofrida na parte dos direitos humanos foi compensada, no direito constitucional moderno, pela ampliação considerável de competência atribuída ao Estado. A razão de tal alargamento correspondia, em termos invertidos, à restrição sofrida pelo outro campo” (FRANCO, Afonso Arinos de Mello. *Direito constitucional: teoria da Constituição*; as Constituições do Brasil. Rio de Janeiro: Forense, 1981).

3. “Art. 154. O abuso de direito individual ou político, com o propósito de subversão do regime democrático ou de corrupção, importará a suspensão daqueles direitos de dois a dez anos, a qual será declarada pelo Supremo Tribunal Federal, mediante representação do Procurador Geral da República, sem prejuízo da ação cível ou penal que couber, assegurada ao paciente ampla defesa.

“Parágrafo único. Quando se tratar de titular de mandato eletivo, o processo não dependerá de licença da Câmara a que pertencer.”

4. Não se trata de confundir essa herança com o chamado princípio da supremacia do interesse

Sobre a Constituição de 1967 e a EC 1/69, importa observar também a questão referente à posição ocupada no texto pela Declaração de Direitos (Título II em ambas), sendo que se trata antes da nacionalidade para, após, se falar dos direitos políticos, dos partidos políticos e só então dos direitos e garantias individuais (poder-se-ia falar de uma clara predominância da idéia de nacionalidade sobre a de cidadania).

O direito administrativo sancionador, nesse contexto, abarcava, sobretudo, o direito disciplinar e era visto a partir da idéia de supremacia apriorística dos interesses do Estado sobre os interesses dos cidadãos. As garantias individuais, embora existentes, eram tímidas e condicionadas aos contornos do interesse público. Os condicionamentos aos direitos individuais – sequer eram direitos fundamentais – passavam com muita força e intensidade pelos chamados interesses gerais assim definidos pelo Estado de modo arbitrário, verticalizado e inquestionável. Esses balizamentos eram formulados por agentes públicos, cujas vontades individuais haveriam de ser respeitadas como fontes absolutas de direitos.

A questão da legitimidade está mais ligada ao Estado do que à cidadania na Constituição Federal de 1967. Não se pode comparar com a legitimidade da Constituição Federal de 1988, cujas forças políticas impulsionaram a redemocratização do País.⁵

público sobre o particular, um dos pilares do direito administrativo clássico, hoje sob franco questionamento e rediscussão. Tal princípio – que reflete, em realidade, o próprio interesse público como centro gravitacional do direito administrativo – pressupõe uma noção de interesse público primário antes ignorada nos meandros da Constituição autoritária. Pode-se debater sobre o alcance desse princípio e sua fonte normativa, mas não se pode confundir esse debate com o debate aqui travado.

5. Sobre o tema, Diogo de Figueiredo Moreira Neto quando trata do Estado e do Direito assevera que “começa a desenhar-se um mo-

2. Fontes constitucionais do direito administrativo sancionador

O direito administrativo sancionador, no sistema constitucional vigente, ganha novo formato a partir da legitimação democrática. A inspiração passa a ser o conjunto de direitos e garantias fundamentais. A abertura para o texto constitucional perpassa um sólido bloco de direitos fundamentais conectados à cláusula do devido processo legal.⁶ Essa abertura reflete, também, na

delo em que a juridicidade incluirá, cada vez mais, a legitimidade e a moralidade, e não apenas a legalidade, dando-se plena justificação à expressão ‘Estado Democrático de Direito’, adotada na Constituição da República Federativa do Brasil (art. 1.º, *caput*)”. Mais adiante acrescenta que “é a isso que se denomina legitimidade: a conformidade da ação do Estado com a vontade política dominante na sociedade, recolhida pelos meios igualmente por ela politicamente aceitos” (*Curso de direito administrativo*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 19 e 558).

6. “Art. 5.º 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: (...) II – ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei; III – ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante; (...) XXXIX – não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal; (...) XL – a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu; (...) XLV – nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido; (...) XLVI – a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos; XLVII – não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84,

legislação infraconstitucional de forma importante, notadamente na Lei do Processo Administrativo Federal,⁷ um decisivo

XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis; XLVIII – a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado; (...) LIII – ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente; (...) 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; (...) LVII – ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.”

“Art. 37. A Administração Pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...)”

7. Lei 9.784/99 (Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal).

“Art. 2.º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência. Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: I – atuação conforme a lei e o Direito; II – atendimento a fins de interesse geral, vedada a renúncia total ou parcial de poderes ou competências, salvo autorização em lei; III – objetividade no atendimento do interesse público, vedada a promoção pessoal de agentes ou autoridades; IV – atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé; V – divulgação oficial dos atos administrativos, ressalvadas as hipóteses de sigilo previstas na Constituição; VI – adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público; VII – indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinarem a decisão; VIII

paradigma de formação de direitos fundamentais dos administrados e de fixação de novo formato para o relacionamento entre o Poder Público e a cidadania.

A jurisprudência dos tribunais superiores, baseada na legislação e na Constituição Federal, tem assegurado, aos acusados em geral, uma série de direitos fundamentais relacionados ao processo administrativo sancionador (direito administrativo sancionador).

Pretendemos, neste espaço, resgatar um exame crítico em torno dos direitos fundamentais que têm sido reconhecidos pelos tribunais superiores aos administrados e jurisdicionados no plano do direito administrativo sancionador. Isso significa reconhecer, também, a distinção, no campo da teoria do direito, entre dispositivo e norma. O dispositivo, ou texto, é o que vem a ser produzido pelo legislador ou pelo constituinte. A norma é o que vem a ser produzido pela autoridade institucional, no caso em exame, mais especificamente pelos tribunais superiores. A norma é o dever-ser.

– observância das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados; IX – adoção de formas simples, suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados; X – garantia dos direitos à comunicação, à apresentação de alegações finais, à produção de provas e à interposição de recursos, nos processos de que possam resultar sanções e nas situações de litígio; XI – proibição de cobrança de despesas processuais, ressalvadas as previstas em lei; XII – impulso, de ofício, do processo administrativo, sem prejuízo da atuação dos interessados; XIII – interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação.”

“Art. 68. As sanções, a serem aplicadas por autoridade competente, terão natureza pecuniária ou consistirão em obrigação de fazer ou de não fazer, assegurado sempre o direito de defesa.”

O texto é uma proposta normativa, que vincula à luz do princípio democrático.

A Constituição de 1988, nos seus 20 anos de existência, compõe-se de textos e normas. Os textos originários deram lugar a múltiplas normas, que vieram a ser produzidas pelo STJ e pelo STF. Cumpre, então, efetuar uma leitura da Constituição à luz do sistema normativo vigente.

2.1 Devido processo legal formal e substancial

A cláusula do devido processo legal formal e substancial, derivada do art. 5.º, LIV e LV, da CF, encontra referencial no direito norte-americano e no histórico anglo-saxão de construção dos direitos pela via jurisprudencial. Não obstante, a mescla de culturas jurídicas, que sempre foi uma característica marcante do sistema pátrio, acaba por fomentar fortemente a absorção dessa espécie de normativa estrangeira, cujas potencialidades históricas estão longe de se esgotarem nas vertentes originárias. O STF soube e tem sabido trabalhar com profundidade a cláusula em exame, dela extraindo conseqüências notáveis, na busca da chamada interdição ao arbítrio dos poderes públicos.

Repare-se, a propósito, que a Corte Suprema firmou o entendimento “no sentido de que o princípio do devido processo legal, de acordo com o texto constitucional, também se aplica aos procedimentos administrativos”⁸ e que, muitas vezes, é necessária a análise de legislação infraconstitucional para sua verificação. Em matéria de direito administrativo sancionador, isso implica dizer que o STJ acaba ganhando enorme importância diante do notável protagonismo da legislação federal infraconstitucional integradora da cláusula do devido processo legal, cuja violação acaba tendo apenas natureza reflexa.

8. STF, 1.ª T., AI-AgR 592340/PR, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 20.11.2007.

O STF também já deliberou no sentido de que é sua obrigação “manter e observar os parâmetros do devido processo legal, do estado de direito e dos direitos humanos”. Veja-se a ementa: “Informações veiculadas na mídia sobre a suspensão de nomeação de ministros da Corte Suprema de Justiça da Bolívia e possível interferência do Poder Executivo no Poder Judiciário daquele País. 3. Necessidade de se assegurar direitos fundamentais básicos ao extraditando. 4. Direitos e garantias fundamentais devem ter eficácia imediata (cf. art. 5.º, § 1.º); a vinculação direta dos órgãos estatais a esses direitos deve obrigar o estado a guardá-los estrita observância. 5. Direitos fundamentais são elementos integrantes da identidade e da continuidade da Constituição (art. 60, § 4.º). 6. Direitos de caráter penal, processual e processual-penal cumprem papel fundamental na concretização do moderno estado democrático de direito. 7. A proteção judicial efetiva permite distinguir o estado de direito do estado policial e a boa aplicação dessas garantias configura elemento essencial de realização do princípio da dignidade humana na ordem jurídica. 8. Necessidade de que seja assegurada, nos pleitos extradicionais, a aplicação do princípio do devido processo legal, que exige o *fair trial* não apenas entre aqueles que fazem parte da relação processual, mas de todo o aparato jurisdicional. (...) Extradicação deferida”⁹.

Noutro julgamento, observa-se que a mesma Suprema Corte de nosso país decidiu que “(...) as garantias constitucionais fundamentais em matéria de processo, judicial ou administrativo, estão destinadas a assegurar, em essência, a ampla defesa, o contraditório e o devido processo legal em sua totalidade, formal e material (art. 5.º, LIV e LV, da Constituição). (...)”¹⁰.

9. STF, Tribunal Pleno, Ext 986/BO – Bolívia, rel. Min. Eros Grau, j. 15.08.2007.

10. STF, Tribunal Pleno, MS 25917/DF, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 1.º.06.2006.

Em julgamento distinto, o STF delibera: “(...) Cabe advertir, neste ponto, considerada a essencialidade da garantia constitucional da plenitude de defesa e do contraditório, que a Constituição da República estabelece, em seu art. 5.º, LIV e LV, que ninguém pode ser privado de sua liberdade, de seus bens ou de seus direitos sem o devido processo legal, notadamente naqueles casos em que se viabiliza a possibilidade de imposição, a determinada pessoa ou entidade, de medidas consubstanciadoras de limitação de direitos. Cumpre ter presente, bem por isso, na linha de decisões que já proferi nesta Corte (AI 306.626/MT, rel. Min. Celso de Mello, RTJ 183/371-372, v.g.), que o Estado, em tema de restrição à esfera jurídica de qualquer pessoa, não pode exercer a sua autoridade de maneira abusiva ou arbitrária, desconsiderando, no exercício de sua atividade, o postulado da plenitude de defesa, pois – cabe enfatizar – o reconhecimento da legitimidade ético-jurídica de qualquer medida imposta pelo Poder Público, de que resultem, como no caso, conseqüências gravosas no plano dos direitos e garantias individuais, exige a fiel observância do princípio do devido processo legal (CF, art. 5.º, LIV e LV), consoante adverte autorizado magistério doutrinário (...). A jurisprudência dos Tribunais, notadamente a do STF, tem reafirmado a essencialidade desse princípio, nele reconhecendo uma insuprimível garantia, que, instituída em favor de qualquer pessoa ou entidade, rege e condiciona o exercício, pelo Poder Público, de sua atividade, ainda que em sede materialmente administrativa ou no âmbito político-administrativo, sob pena de nulidade da própria medida restritiva de direitos, revestida, ou não, de caráter punitivo (RDA 97/110, 114/142, 118/99; RTJ 163/790, rel. Min. Carlos Velloso – AI 306.626/MT, rel. Min. Celso de Mello, Informativo/STF 253/2002; RE 140.195/SC, rel. Min. Ilmar Galvão; RE 191.480/SC, rel. Min. Marco Aurélio; RE 199.800/SP,

rel. Min. Carlos Velloso, v.g.): 'Restrição de direitos e garantia do *due process of law*. O Estado, em tema de punições disciplinares ou de restrição a direitos, qualquer que seja o destinatário de tais medidas, não pode exercer a sua autoridade de maneira abusiva ou arbitrária, desconsiderando, no exercício de sua atividade, o postulado da plenitude de defesa, pois o reconhecimento da legitimidade ético-jurídica de qualquer medida estatal – que importe em punição disciplinar ou em limitação de direitos – exige, ainda que se cuide de procedimento meramente administrativo (CF, art. 5.º, LV), a fiel observância do princípio do devido processo legal. A jurisprudência do STF tem reafirmado a essencialidade desse princípio, nele reconhecendo uma insuprimível garantia, que, instituída em favor de qualquer pessoa ou entidade, rege e condiciona o exercício, pelo Poder Público, de sua atividade, ainda que em sede materialmente administrativa, sob pena de nulidade do próprio ato punitivo ou da medida restritiva de direitos. Precedentes. Doutrina' (RTJ 183/371-372, rel. Min. Celso de Mello) (...). Cabe acentuar, ainda, por relevante, que o Plenário do STF confirmou essa orientação (AC 39-Agr/PR, rel. Min. Ellen Gracie, v.g.): '(...) Limitação de direitos e necessária observância, para efeito de sua imposição, da garantia constitucional do devido processo legal. A imposição estatal de restrições de ordem jurídica, quer se concretize na esfera judicial, quer se realize no âmbito estritamente administrativo (como sucede com a inclusão de supostos devedores em cadastros públicos de inadimplentes), supõe, para legitimar-se constitucionalmente, o efetivo respeito, pelo Poder Público, da garantia indisponível do *due process of law*, assegurada, pela Constituição da República (art. 5.º, LIV), à generalidade das pessoas, inclusive às próprias pessoas jurídicas de direito público, eis que o Estado, em tema de limitação ou supressão de direitos, não

pode exercer a sua autoridade de maneira abusiva e arbitrária".¹¹

A amplitude e contundência do julgamento que acabamos de transcrever é impressionante. Trata-se de norma confeccionada pelo STF. A cláusula do devido processo legal protege qualquer pessoa ou ente contra imposição estatal de restrições de ordem jurídica, transcendendo a esfera punitiva. Trata-se de coibir o arbítrio estatal de maneira genérica. Cuida-se de cláusula que constitui fonte de direitos fundamentais implícitos e explícitos. É nessa direção que caminha o STF quando decide que "(...) a Administração Pública somente poderá efetuar os descontos sem a observância do procedimento administrativo, caso essa alteração não repercutisse no campo de interesses individuais".¹²

Com semelhante alcance, inédito nas Constituições anteriores a 1988, não é de surpreender que a inserção da cláusula do devido processo legal tenha gerado uma revolução no sistema administrativo sancionador brasileiro, aproximando direito administrativo sancionador e direito penal, ambos convergindo para uma dogmática comprometida com a teoria dos direitos fundamentais e, ao mesmo tempo, com o equilíbrio funcionalista dos interesses gerais e individuais que devem conviver harmoniosamente no Estado Democrático de Direito.

2.2 Contraditório e ampla defesa, com os recursos inerentes

Nos termos do art. 5.º, LV, da CF, as bases ou pilares do devido processo legal se as-

11. STF, AC 2032-MC/SP, rel. Min. Celso de Mello, decisão monocrática, j. 14.05.2008.
12. STF, 2.ª T., AI-AgrR 662912/GO, rel. Min. Eros Grau, j. 26.02.2008. No mesmo sentido: "(...) Para a anulação do ato administrativo que tenha repercutido no campo de interesses individuais é necessária a instauração do devido processo legal. Precedente" (STF 2.ª T., RE-AgrR 359043/AM, rel. Min. Eros Grau, j. 03.10.2006.)

sentam nas garantias do contraditório e da ampla defesa, com os recursos inerentes.¹³

Trata-se de ferramentas correlatas ao devido processo legal. Sem contraditório, sem ampla defesa, não há falar-se em devido processo legal. Assim Hely Lopes Meirelles¹⁴ lembrava que "por garantia de defesa deve-se entender não só a observância do rito adequado como a cientificação do processo ao interessado, a oportunidade para contestar a acusação, produzir prova de seu direito, acompanhar os atos da instrução e utilizar-se dos recursos cabíveis".

O STJ, fazendo valer as formalidades legais inerentes ao princípio da defesa, já decidiu que "na fase de inquérito do pro-

cesso administrativo disciplinar, devem-se assegurar ao acusado as garantias do contraditório e da ampla defesa. Para o exercício desses dois princípios constitucionais, basilares do processo administrativo, o estatuto dos servidores públicos federais assegura aos acusados o direito de acompanhar o processo disciplinar, pessoalmente ou por intermédio de procurador. Tendo a própria autoridade coatora reconhecido que o impenetrante só fora citado para acompanhar o processo, depois de encerrada a instrução, quando deveria ser indiciado e, posteriormente, apresentar defesa escrita, o processo é nulo, a partir da iniciação do inquérito, com todos os atos subsequentes".¹⁵

Deliberou o STJ que "a CF/88, no art. 5.º, LV, dispõe: 'Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e os recursos a ela inerentes'. Tal inciso traduz-se no fato de poder o acusado propor suas razões em juízo ou perante a administração, sem nenhuma restrição, por não existir composição justa dos conflitos sem se ouvir uma e outra parte em litígio. A defesa ampla é a essência do contraditório e ela deve ser assegurada aos litigantes, tanto no processo judicial quanto no administrativo. (...) O colendo STF, hodiernamente, modificou o posicionamento que vinha externando nos últimos julgados: Sob tal perspectiva, cumpre ter presente a circunstância de que a controvérsia jurídica suscitada no recurso extraordinário interposto pela parte ora requerente – discussão sobre a constitucionalidade da exigência de depósito prévio para interposição de recurso administrativo em matéria tributária – encontra-se, novamente, sob apreciação do Plenário desta Suprema Corte (...) 6. Recentemente (06.03.2007), a distinta 2.ª T. do STF referendou, à unanimidade, a

15. 3.ª T., MS 10.788/DF, rel. Min. Paulo Medina, j. 14.03.2007.

13. "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. 5.º, IV). O legislador constituinte consagrou, em norma fundamental, um direito do servidor público oponente 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" (STF, MS 20999/DF, rel. Min. Celso de Mello, DJ 25.05.1990).

14. *Direito administrativo brasileiro*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 660. Sobre o princípio do contraditório, Maria Sylvia Zanella Di Pietro assevera que "o princípio do contraditório, que é inerente ao direito de defesa, é decorrente da bilateralidade do processo: quando uma das partes alega alguma coisa, há de ser ouvida também a outra, dando-se-lhe oportunidade de resposta. Ele supõe o conhecimento dos atos processuais pelo acusado e o seu direito de resposta ou de reação. Exige: 1. notificação dos atos processuais à parte interessada; 2. possibilidade de exame das provas constantes do processo; 3. direito de assistir à inquirição de testemunhas; 4. direito de apresentar defesa escrita" (*Direito administrativo*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2000. p. 491).

liminar concedida pelo insigne Min. Celso de Mello na Cautelar supracitada (1.566-9/MG), que permitiu à empresa requerente interpor recurso administrativo contra procedimento que visava à constituição de crédito tributário, sem a obrigação de depósito prévio. É de se destacar o caráter excepcional da matéria, cujo tema foi encerrado, de forma definitiva, em 28.03.2007, pelo Plenário do STF no julgamento dos RRE 388.359, 389.383 e 390.513, que, por maioria (9 votos a 1), declarou a inconstitucionalidade da exigência de depósito prévio para interposição de recursos administrativos, visto que tal condição inviabiliza o direito de defesa. (...)”¹⁶

Efetivamente, o STF posicionou-se no sentido de que a “exigência legal de prévio depósito do valor da multa, como pressuposto de admissibilidade de recurso de caráter meramente administrativo, transgrediu o art. 5.º, LV, da Constituição da República. Revisão da jurisprudência: RE 390.513/SP (Pleno)”,¹⁷ valendo lembrar que não se trata, aqui, de norma sancionadora em sentido estrito.

Nesta mesma orientação, a Corte Suprema já asseverou que “tratando-se da anulação de ato administrativo cuja formalização haja repercutido no campo de interesses individuais, a anulação não prescinde da observância do contraditório, ou seja, da instauração de processo administrativo que enseje a audição daqueles que terão modificada situação já alcançada. Presunção de legitimidade do ato administrativo praticado, que não pode ser afastada unilateralmente, porque é comum à Administração e ao particular”¹⁸

16. STJ, 1.ª T., REsp 998.053/DF, rel. Min. José Delgado, j. 20.11.2007.

17. STF, 2.ª T., RE-AgR 504288/BA, rel. Min. Celso de Mello, j. 29.05.2007.

18. STF, 2.ª T., RE 158543/RS, rel. Min. Marco Aurélio, j. 30.08.1994.

2.3 Legalidade formal e substancial

Segundo o art. 5.º, II e XXXIX, da CF, o princípio da legalidade está bem assentado na estrutura do Estado Democrático de Direito e transcende, evidentemente, a esfera penal, para alcançar o direito administrativo. Tal constatação não decorre de concepção doutrinária, acadêmica, mas de uma leitura jurisprudencial atenta, crítica, minimamente comprometida com as raízes do sistema normativo. A legalidade, em suas vertentes formal e substancial, subordina-se ao ideário isonômico e ao princípio do Estado de Direito, cobrindo de juridicidade os atos estatais, mormente aqueles restritivos,¹⁹ em potência, das liberdades individuais.

O STJ, em julgamento paradigmático sobre o entendimento da Corte, assentou o seguinte: “(...) princípio da legalidade. Ausência de tipicidade da infração. 1. O procedimento administrativo pelo qual se impõe multa, no exercício do Poder de Polícia, em decorrência da infringência a norma de defesa do consumidor deve obediência ao princípio da legalidade. É descabida, assim, a aplicação de sanção administrativa à conduta que não está prevista como infração. 2. Recurso ordinário provido”²⁰

O STF, por seu turno, em julgamento igualmente paradigmático, deixou assentado o seguinte: “(...) Pretensão cautelar fun-

19. Sobre a defesa dos administrados, Seabra Fagundes aponta que “em todas as situações contenciosas nascidas de violação dos direitos públicos subjetivos do administrado, a este é que incumbe a iniciativa de promover a apreciação jurisdicional. A ação proposta nesses casos pode ter duas finalidades: (a) a prática, em espécie, da prestação devida (dar, fazer ou não-fazer); (b) a reparação posterior do dano causado pela violação do direito” (*O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 1957).

20. STJ, 1.ª T., ROME 19510/GO, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 20.06.2006.

dada nas alegações de transgressão à garantia do *due process of law*, de ofensa ao princípio da intranscendência das medidas restritivas de direitos e de desrespeito ao postulado da reserva de lei formal (...) Limitação de direitos e necessária observância, para efeito de sua imposição, da garantia constitucional do devido processo legal. A imposição estatal de restrições de ordem jurídica, quer se concretize na esfera judicial, quer se realize no âmbito estritamente administrativo (como sucede com a inclusão de supostos devedores em cadastros públicos de inadimplentes), supõe, para legitimar-se constitucionalmente, o efetivo respeito, pelo Poder Público, da garantia indisponível do *due process of law*, assegurada, pela Constituição da República (art. 5.º, LIV), à generalidade das pessoas, inclusive às próprias pessoas jurídicas de direito público, eis que o Estado, em tema de limitação ou supressão de direitos, não pode exercer a sua autoridade de maneira abusiva e arbitrária. Doutrina. Precedentes. A reserva de lei em sentido formal qualifica-se como instrumento constitucional de preservação da integridade de direitos e garantias fundamentais. O princípio da reserva de lei atua como expressiva limitação constitucional ao poder do Estado, cuja competência regulamentar, por tal razão, não se reveste de suficiente idoneidade jurídica que lhe permita restringir direitos ou criar obrigações. Nenhum ato regulamentar pode criar obrigações ou restringir direitos, sob pena de incidir em domínio constitucionalmente reservado ao âmbito de atuação material da lei em sentido formal. O abuso de poder regulamentar, especialmente nos casos em que o Estado atua *contra legem* ou *praeter legem*, não só expõe o ato transgressor ao controle jurisdicional, mas viabiliza, até mesmo, tal a gravidade desse comportamento governamental, o exercício, pelo Congresso Nacional, da competência extraordinária que lhe confere o art. 49, V, da Constituição da República e que lhe permite sustar os atos normativos do Poder

Executivo que exorbitem do poder regulamentar (...). Doutrina. Precedentes (RE 318.873-AgR/SC, rel. Min. Celso de Mello, v.g.). Plausibilidade jurídica da impugnação à validade constitucional da Instrução Normativa STN 1/2005”²¹

Os tribunais superiores deixam claros seus posicionamentos: o princípio da legalidade tem validade formal e material e alcança o Estado, limitando-o, no tocante ao exercício de sua pretensão punitiva, seja na seara judicial, seja na esfera administrativista. Mas não se esgota aí o raio de abrangência da legalidade derivada do Estado de Direito. Mesmo nas hipóteses em que o Estado, sem munir-se do poder sancionador, venha a exercer poder de polícia ou impor medidas restritivas de liberdades individuais, é imperativa a obediência ao princípio da legalidade.

2.4 Tipicidade formal e material

Decorre do art. 5.º, XXXIX, da CF, a idéia de tipicidade formal e material, a exigir previsibilidade mínima das condutas proibidas, é uma decorrência lógica da legalidade.

A tipicidade das proibições normativas é uma exigência de fácil recondução ao ideário da legalidade e do Estado de Direito, conectando-se, ainda, com a segurança jurídica. Porém, na prática, não é nada fácil estabelecer limites para os termos jurídicos indeterminados, as cláusulas gerais e os princípios jurídicos, todos freqüentemente manejados pelas autoridades fiscalizadoras para fins de castigar comportamentos supostamente transgressores. Inclusive no direito penal parece crescente o recurso a essas técnicas mais agressivas de enquadramento das condutas. É, porém, no direito administrativo sancionador que se encontram tais técnicas em abundância.

21. STF, Tribunal Pleno, AC-AgR-QO 1033/DF, rel. Min. Celso de Mello, j. 25.05.2006.

A tipicidade é um corolário obrigatório do princípio da legalidade. Tal princípio seria incompatível com as fórmulas genéricas abertas, por vezes utilizadas no direito penal (leis penais em branco). O tipo administrativo, discriminado com a conduta e a respectiva sanção, por vezes pode ser utilizado como conceito indeterminado, mas os seus limites devem ser apontados, pois eles visam a garantir o princípio da legalidade, da segurança jurídica e o do devido processo legal.

Um dos principais efeitos da proliferação das ferramentas que ampliam o alcance dos tipos sancionadores é a geração de maior espaço de liberdade aos intérpretes. Aumentam-se os poderes dos operadores jurídicos, concretamente das instituições fiscalizadoras. Outras conseqüências notáveis inerentes a distorções desta nova realidade: as normas tornam-se imprevisíveis e concretamente retroativas; as autoridades fiscalizadoras podem facilmente resvalar para o desvio de poder ou de finalidade, sem controles externos eficazes; a imprevisibilidade das decisões das autoridades públicas pode colaborar para a erosão da legitimidade do poder punitivo ou de polícia.

Repare-se na orientação do STF: "Servidor do DNER demitido por ato de improbidade administrativa e por se valer do cargo para obter proveito pessoal de outrem, em detrimento da dignidade da função pública, com base no art. 11, *caput*, e inc. I, da Lei 8.429/92 e art. 117, IX, da Lei 8.112/90. 2. A autoridade administrativa está autorizada a praticar atos discricionários apenas quando norma jurídica válida expressamente a ela atribuir essa livre atuação. Os atos administrativos que envolvem a aplicação de 'conceitos indeterminados' estão sujeitos ao exame e controle do Poder Judiciário. O controle jurisdicional pode e deve incidir sobre os elementos do ato, à luz dos princípios que regem a atuação da Administração. 3. Processo disciplinar, no qual se discu-

tiu a ocorrência de desídia - art. 117, XV, da Lei 8.112/90. Aplicação da penalidade, com fundamento em preceito diverso do indicado pela comissão de inquérito. A capitulação do ilícito administrativo não pode ser aberta a ponto de impossibilitar o direito de defesa. De outra parte, o motivo apresentado afigurou-se inválido em face das provas coligidas aos autos. 4. Ato de improbidade: a aplicação das penalidades previstas na Lei 8.429/92 não incumbe à Administração, eis que privativa do Poder Judiciário. Verificada a prática de atos de improbidade no âmbito administrativo, caberia representação ao Ministério Público para ajuizamento da competente ação, não a aplicação da pena de demissão. Recurso ordinário provido".²²

2.5 Juiz natural

O princípio do juiz natural encontra-se no art. 5.º, LIII, da CF. Aplica-se tanto à seara judicial quanto à seara administrativa. Pretende-se equiparar a autoridade administrativa, cada vez mais, à autoridade judiciária, em termos de imparcialidade e independência. Da mesma forma, percebe-se que o processo administrativo sancionador tem se aproximado do processo penal, na linha da aproximação entre processo administrativo e processo judicial. Nada mais lógico que o juiz natural reflita conseqüências, como aquela atinente ao promotor natural, corolário da acusação imparcial.

O STJ, a propósito deste tema, assentou: "Inquérito policial militar é instrumento inadequado para a apuração da responsabilidade administrativa de servidor público civil. O art. 148 da Lei 8.112/90 estabelece o processo administrativo disciplinar como instrumento próprio para a averiguação da responsabilidade de servidor público por infração praticada no exercício de suas

22. STF, 1.ª T., RMS 24699/DF, rel. Min. Eros Grau, j. 30.11.2004.

funções. 2. O art. 141 da Lei 8.112/90 prevê, por outro lado, as autoridades competentes para a aplicação das penalidades disciplinares. As determinações nele contidas devem ser observadas em atenção ao princípio do juiz natural (art. 5.º, LIII, da CF), que deve ser respeitado também nos processos administrativos. 3. O desconto em folha de pagamento, para fins de ressarcimento ao erário, deve ser precedido de autorização do servidor público ou procedimento administrativo em que sejam assegurados o contraditório e a ampla defesa, sob pena de violação aos arts. 153 da Lei 8.112/90 e 5.º, LV, da CF. 4. O mero depoimento do servidor acusado na qualidade de testemunha representa ofensa às garantias do contraditório e da ampla defesa, o que acarreta a nulidade do procedimento administrativo que culminou na sua punição e na exigência de ressarcimento ao erário. 5. Recurso especial conhecido e improvido".²³

2.6 Segurança jurídica

Reside nos arts. 5.º, XXXVI, da CF e 2.º da Lei 9.784/99 previsão expressa acerca da segurança jurídica como princípio normativo vinculante. Uma série de institutos acaba sendo informada e influenciada pelo valor segurança jurídica. Cuida-se, no plano axiológico, de projetar efeitos legislativos, administrativos e jurisprudenciais. Todo o ideário do Estado de Direito é calcado no valor segurança jurídica, eis que se trata de um dos pilares da juridicidade moderna. Não impressiona, pois, que tal princípio venha a constituir a pedra-de-toque da hermenêutica contemporânea.²⁴

23. STJ, 5.ª T., REsp 671.348/RJ, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 10.05.2007.

24. "Consoante cediço, a segurança jurídica é princípio basilar na salvaguarda da pacificidade e estabilidade das relações jurídicas, por isso que não é despicilendo que a segurança jurídica seja a base fundamental do Estado de Direito, elevada ao altopiano axiológico" (STJ,

sobretudo aquela hermenêutica vinculada ao campo punitivo, comprometendo-se com liberdades individuais e previsibilidade mínima das proibições estatais.

Institutos como a preclusão administrativa,²⁵ que ganham força no direito administrativo sancionador, são informados pela segurança jurídica. O comportamento da Administração é válido para o futuro, com respeito à coisa julgada e assim chamada preclusão administrativa, como às escâncaras estabelece o § 2.º do art. 63 da Lei 9.784/99: "O não conhecimento do recurso não impede a Administração de rever de ofício o ato ilegal, desde que não ocorrida preclusão administrativa". Não há falar-se em admissibilidade de contradição interna do Estado na persecução de fatos ilícitos. Imperioso que a administração adote interpretações e siga-as em todas as suas esferas. Cuida-se, na verdade, de uma conseqüência do princípio constitucional da segurança jurídica, o qual dá densidade normativa ao postulado da coerência do Estado no exercício de suas atividades e recomenda a observância de decisão anterior proferida pela própria Administração.²⁶

1.ª T., REsp 658130/SP, rel. Min. Luiz Fux, j. 05.09.2006).

25. A coisa julgada administrativa, segundo Carvalho Filho, se define "como sendo a situação jurídica pela qual determinada decisão firmada pela Administração não mais pode ser modificada na via administrativa" (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 13. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 770). Ainda: "A coisa julgada administrativa ocorre quando a Administração não pode mais rever seus próprios atos, ou por se tratarem de atos vinculados, ou por terem exaurido seus efeitos, ou porque geraram direitos subjetivos" (CASSALES, Luiza Dias. A prescrição, preempção e decadência - Administrativas, *Revista de Doutrina do TRF da 4.ª Região*).

26. Importante é o magistério de Maria Sylvania Zanella Di Pietro: "Se a Administração adotou

Ilustra bem o entendimento do STJ as expressivas palavras do Min. João Otávio de Noronha que assevera: "Ademais, o administrador não pode ser prejudicado pela torpeza de a Administração Pública não gerir de forma coesa e eficaz seu próprio contencioso administrativo".²⁷ No mesmo sentido: "Não há razoabilidade no ato administrativo que determinou a instauração de um segundo processo administrativo, para apurar suposta infração praticada pelo impetrante, já que amplamente investigada em outro procedimento anterior, que concluiu pela inoportunidade dela. A conduta da administração somente se sustentaria diante de ilegalidade no procedimento anterior ou aparecimento de fatos novos. Caso contrário, há preclusão administrativa, consectária do princípio da segurança jurídica".²⁸

A coisa julgada, instituto tradicionalmente atrelado à esfera judicial, tem sido transplantado à esfera administrativa, na perspectiva da proteção dos direitos fundamentais, ainda que nominados como direitos subjetivos. "A decisão proferida pela autoridade fiscal, embora de instância administrativa, tem, em relação ao Fisco, força vinculatória, equivalente a da coisa julgada, principalmente quando gerou

determinada interpretação como correta e a aplicou a casos concretos, não pode depois vir a anular atos anteriores, sob o pretexto de que os mesmos foram praticados com base em errônea interpretação. (...) Se a lei deve respeitar o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, por respeito ao princípio da segurança jurídica, não é admissível que o administrador tenha seus direitos flutuando ao sabor de interpretações jurídicas variáveis no tempo" (*Direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 85).

27. STJ, 2.ª T., REsp 572358/CE, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 10.10.2006.

28. TRF 1.ª Reg., 2.ª T. Suplementar, AMS 2000.01.00.000088-9/MG, rel. Juiz Federal conv. Flávio Dino de Castro e Costa, DJ 17.03.2005.

aquela decisão direito subjetivo para o contribuinte".²⁹

Definiu o STJ: "(...) As decisões do conselho de contribuintes, quando não recorridas, tornam-se definitivas, cumprindo a Administração, de ofício, 'exonerar o sujeito passivo dos gravames decorrentes do litígio' (Dec. 70.235/72, art. 45). IV - Ao dar curso a apelo contra decisão definitiva de conselho de contribuintes, o Ministro da Fazenda põe em risco direito líquido e certo do beneficiário da decisão recorrida".³⁰

2.7 Responsabilidade subjetiva dos infratores

A responsabilidade subjetiva dos infratores é uma exigência que, para muitos, parece algo irreal ou abstrata: São comuns as presunções, no campo administrativo sancionatório, até com natureza absoluta, contra os interesses individuais. Essas presunções,³¹ sem respaldo constitucional ou mesmo legal, contam, não raramente, com o beneplácito doutrinário, ao abrigo da tese de que inexistente um princípio da culpabilidade no direito administrativo sancionador. Apenas no direito penal tal princípio teria assento expresso.

Pegue-se o caso do direito administrativo sancionador dos ilícitos de trânsito ou

29. STF, 1.ª T., RE 68253/PR, rel. Min. Barros Monteiro, j. 02.12.1969.

30. STJ, 1.ª Seção, MS 8810/DF, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 13.08.2003.

31. A propósito da responsabilidade subjetiva, a jurisprudência já assentou que a aplicação de sanções administrativas deve pressupor a instauração de um processo administrativo para fins de apuração do dolo ou da culpa do acusado. Neste sentido, veja-se: STF, 1.ª T., RE-Agr 217579/PE, rel. Min. Cezar Peluso, j. 16.12.2004; TRF 4.ª Reg., 3.ª T., AGA 200104010887731/SC, rel. Luiz Carlos de Castro Lugon, j. 19.10.2004; TRF 4.ª Reg., 1.ª T., AC 200171140036358/RS, rel. Wellington Mendes de Almeida, j. 28.09.2005.

circulação. Resulta óbvio que determinadas infrações, como andar (conduzindo veículo automotor) falando ao celular em via pública, ou andar sem cinto de segurança, quando flagradas pelo agente fiscalizador, e depois notificadas ao suposto infrator, não permitem uma ampla defesa ao administrado e até resultam calçadas na responsabilidade objetiva. Isso, porque, na ausência de prova testemunhal, como poderá ele defender-se da acusação?

Imagine-se que semelhantes distorções possam reproduzir-se noutras esferas, como no terreno dos ilícitos contra o sistema financeiro nacional, em que não é incomum a autoridade do Banco Central manejar a figura do chamado "administrador de fato" para enquadrar controladores de instituições financeiras, atropelando direitos individuais.

Vigora, como se sabe, a presunção de legitimidade dos atos administrativos, presunção que tem se estendido ao terreno dos atos sancionatórios. Em qualquer caso, cuida-se de inversão odiosa do ônus da prova. Mais ainda, bastaria ao agente fiscalizador exercer suas tarefas repressivas adequadamente para, ao final, obter elementos idôneos aptos ao seu convencimento.

Voltemos aos casos paradigmáticos citados para mostrar que o princípio da responsabilidade subjetiva não inviabiliza o funcionamento adequado do sistema repressivo.

No sistema circulatório de veículos, os agentes fiscalizadores devem filmar os infratores, devem valer-se da tecnologia de ponta que hoje existe e está disponível. Não podem valer-se tão-somente de suas impressões subjetivas e consignar suas palavras nos documentos unilaterais. Há ferramentas mais aperfeiçoadas.

No modelo de repressão aos ilícitos contra o mercado financeiro, é sabido que as tecnologias devem ser utilizadas de modo mais agressivo. A fiscalização deve ser exercida preventivamente e as auditorias não

podem prescindir de ferramentas ágeis e dinâmicas. As presunções draconianas cedem lugar para um novo modelo de relacionamento entre reguladores e regulados no qual a cooperação ganha espaço. É sabido que o direito sancionador, de um modo geral, absorve instrumentos de persuasão mais contundentes que estimulam cooperação de infratores, como a delação premiada, a recompensa, as escutas telefônicas e ambientais, de tal sorte que investigações podem ser levadas a efeito sem respaldo em presunções descabidas.

De um modo geral, cabe observar que o STJ tem sufragado entendimento no sentido que a própria peça acusatória deve conter a individualização das condutas dos acusados, sendo que o desatendimento desse requisito de índole formal e substancial acarreta a nulidade da peça: "Embora não seja necessário a descrição pormenorizada da conduta de cada acusado, nos crimes societários, não se pode conceber que o órgão acusatório possa deixar de estabelecer qualquer vínculo entre os denunciados e a empreitada criminosa a eles imputada. O simples fato de os réus serem sócios da empresa de transporte de combustível não autoriza a instauração de processo criminal por crimes praticados no âmbito da sociedade, se não restar comprovado o vínculo entre a conduta e os agentes, sob pena de se reconhecer impropriamente a responsabilidade penal objetiva. A inexistência absoluta de elementos individualizados, que descrevam a relação entre os fatos delituosos e a autoria, ofende o princípio constitucional da ampla defesa, tornando, assim, inepta a denúncia. Ordem concedida para, reconhecendo a inépcia da denúncia, por ausência de individualização das condutas, determinar o trancamento da ação penal instaurada em desfavor dos pacientes".³²

32. STJ, 5.ª T., HC 54868/DF, rel. Min. Laurita Vaz, DJ 26.03.2007.

Para não ficarmos apenas no âmbito da orientação judicial, veja-se que, na seara administrativa, o CRSFN assentou: "Ementa: *Recursos voluntários* – Realização de operações combinadas em bolsa de mercadorias e futuros, durante o período de alargamento da chamada banda cambial, mediante *day-trade* (DI Futuro e opções de dólar) – Transferência de resultados para fundos de investimento administrados pelo banco recorrente ou para sua subsidiária integral – Remessa de divisas ao exterior – Alvitre de sonegação fiscal, matéria fora da alçada de competência do CRSFN – Irregularidades caracterizadas – Inexistência de apuração de responsabilidade individual e subjetiva dos administradores – Apelo interposto pela instituição financeira improvido e provimento parcial aos formulados pelas pessoas físicas".³³

Entende-se que o princípio da responsabilidade subjetiva encontra ressonância na Carta Magna de 1988. Chegamos a aduzir, em torno deste tema, o seguinte: "Percebe-se, na Carta Constitucional de 1988, os princípios de pessoalidade e da individualização da pena, ambos inscritos como direitos fundamentais da pessoa humana, disso derivando, por evidente, vedação absoluta a qualquer pretensão estatal de responsabilidade penal objetiva e também responsabilidade que atinge direitos fundamentais da pessoa humana, ou seja, outras modalidades de atividades sancionadoras. Não há dúvidas de que, em alguma medida, a exigência de culpabilidade impede que pessoas sejam responsabilizadas com sanções que atingem seus direitos políticos, suas liberdades públicas, de forma meramente objetiva. Nesse sentido, culpabilidade é um princípio amplamente limitador do poder punitivo estatal, aparecendo como exigência de responsabilidade subjetiva. (...) Ao

33. 253.^a Sessão, Acórdão/CRSFN 6930/2005, rel. Rita Maria Scarponi, j. 28.09.2005.

consagrar necessária responsabilidade subjetiva para o direito das responsabilidades derivadas de ações ou omissões de agentes públicos, o constituinte sinaliza tendência à responsabilidade por culpabilidade no direito sancionador. Estes passos, assim dados, no contexto do sistema sancionador, indicam a configuração constitucional da culpabilidade, combinando-se os dispositivos constitucionais que disciplinam os direitos fundamentais dos acusados em geral, porquanto é agregado valor e adicionada densidade à responsabilidade subjetiva, que assume *status* mais elevado no campo do direito punitivo".³⁴

2.8 *Motivação dos atos sancionadores: arts. 2.º, VII, e 50 da Lei 9.784/99; art. 93, IX, da CF*

Atrelados ao princípio da motivação, observam-se os princípios da impessoalidade, da objetividade e da imparcialidade, que praticamente se confundem, dado seu profundo entrelaçamento. A Administração deve atuar em conformidade com os ditames impessoais e isonômicos da lei, donde não deve perseguir fins privados, mas apenas o interesse público. O administrador público não atua em nome próprio, mas em nome de todo o Estado, dos contribuintes e dos cidadãos. Seus critérios devem ser objetivos e racionais, não podem ser nem arbitrários, nem personalistas, menos ainda ilegais ou inconstitucionais. A objetividade se opõe à subjetividade ou ao subjetivismo. Daí se diz, também, que o administrador, até em respeito à isonomia dos cidadãos perante a ordem jurídica, deve ser imparcial. Não pode mover-se o agente público por interesses próprios, privados ou pessoais, razão pela qual lhe é exigível a imparcialidade ou o distanciamento prudente dos interesses

34. MEDINA OSÓRIO, Fábio. *Direito administrativo sancionador*. 2. ed. São Paulo: RT, 2006. p. 440-442.

em jogo. E o método, ou o instrumento, para efetivação dessas exigências todas, passa pela motivação dos atos administrativos.³⁵ O dever de fundamentação impõe que o administrador exteriorize suas razões de agir.³⁶ E quando se impõe o silêncio, este deve encontrar respaldo em razões jurídicas subjacentes, sob pena de se configurar a omissão indesculpável.

Não há dúvida de que os atos administrativos sancionadores devem ser devidamente motivados.³⁷ Nos termos do art. 50, § 1.º, da Lei 9.784/99, a motivação há

35. "Na matéria, deve-se ressaltar ainda a elaboração da chamada teoria dos motivos determinantes. Segundo essa teoria, os motivos apresentados pelo agente como justificativas do ato associam-se à validade do ato e vinculam o próprio agente. Isso significa, na prática, que a inexistência de fatos, o enquadramento errado dos fatos aos preceitos legais, a inexistência da hipótese legal embasadora, por exemplo, afetam a validade do ato, ainda que não haja obrigatoriedade de motivar" (MEDINAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 10. ed. São Paulo: RT, 2006. p. 138-139).

36. "A teor da Lei 9.784/99 (art. 26), os atos administrativos devem ser objeto de intimação pessoal aos interessados. (...) IV – Os atos administrativos, envolvendo anulação, revogação, suspensão ou convalidação devem ser motivados de forma 'explícita, clara e congruente' (Lei 9.784/99, art. 50) V – A velha máxima de que a Administração pode nulificar ou revogar seus próprios atos continua verdadeira (art. 53). Hoje, contudo, o exercício de tais poderes pressupõe devido processo legal administrativo, em que se observa em os princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência (Lei 9.784/99, art. 2.º)" (STJ, 1.ª Seção, MS 8.946/DF, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 22.10.2003).

37. "É inafastável a ideia de que ao Estado incumbe motivar suas decisões, estabelecendo pleno vínculo de causa e efeito entre a ação do particular e a atuação da administração" (TRF 4.ª Reg., 4.ª T., Remessa Ex Offício

de ser explícita, clara e congruente.³⁸ Trata-se de princípio que encontra respaldo na Constituição Federal e na legislação federal. A ausência de motivação implica nulidade do ato. A propósito, decidiu o STJ: "O princípio da motivação possui natureza garantidora quando os atos levados a efeito pela Administração Pública atingem a seara individual dos servidores. Assim, a remoção só pode ser efetuada se motivada em razão de interesse do serviço".³⁹

2.9 *Individualização da pena administrativa: art. 5.º, XLV e XLVI, da CF*

A individualização da pena é decorrência do princípio da pessoalidade da pena e também se conecta à ideia de responsabilidade subjetiva.⁴⁰ O STJ tem aplicado

200004011417584/R5, rel. Des. Federal Joel Ilan Paciornik, j. 29.08.2002).

38. Sobre o tema, Egon Bockmann Moreira lembra que "a motivação assume especial relevância quanto aos atos discricionários. Nesses casos, em que o agente administrativo deve adotar a melhor solução para o caso concreto, nos limites da razoabilidade e da proporcionalidade, acentua-se a necessidade de motivação explícita" (*Processo administrativo: princípios constitucionais e a Lei 9.784/99*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 353).

39. STJ, 5.ª T., RMS 12.856/PB, rel. Min. Gilson Dipp, DJ 1.º, 07.2004. No mesmo sentido, consultem-se: STJ, 5.ª T., AgRg no RMS 18.388/PB, rel. Min. Laurita Vaz, j. 12.12.2006.

40. Individualização da pena, além de preceito constitucional, significa a concretização da *justiça* de se atribuir a cada um o que e seu, a cada um o que efetivamente merece, valendo-se, pois, da culpabilidade do fato e da culpabilidade do autor, esta esgotando-se igualmente no fato. A primeira auxilia na formação dos tipos penais, especificamente do preceito sancionador (limites mínimo e máximo da pena), bem como oferece ao magistrado dados concretos da gravidade do que foi praticado, para a eleição da pena concreta. A segunda serve ao juiz, pois a vida progressiva.

simetricamente os princípios do direito penal e do direito processual penal à matéria quando assevera que “reconhecida a ocorrência de fato que tipifica improbidade administrativa, cumpre ao juiz aplicar a correspondente sanção. Para tal efeito, não está obrigado a aplicar cumulativamente todas as penas previstas no art. 12 da Lei 8.429/92, podendo, mediante adequada fundamentação, fixá-las e dosá-las segundo a natureza, a gravidade e as conseqüências da infração, individualizando-as, se for o caso, sob os princípios do direito penal. O que não se compatibiliza com o direito é simplesmente dispensar a aplicação da pena em caso de reconhecida ocorrência da infração. 2. Recurso especial provido para o efeito de anular o acórdão recorrido”.⁴¹

Nessa mesma linha, o STJ também asseverou: “(...) Ora, a aplicação da pena, ainda que na esfera administrativa, deve observar o princípio da proporcionalidade e da individualização da pena, ou seja, a fixação da punição deve ater-se às circunstâncias objetivas do fato (natureza da infração e o dano que dela provir ao erário público), e subjetivas do infrator (atenuantes e antecedentes funcionais). A sanção não pode, em hipótese alguma, ultrapassar em espécie ou quantidade o limite da culpabilidade do autor do fato. A afronta ou a não-observância do princípio da proporcionalidade da pena no procedimento administrativo implica em desvio de finalidade do agente público, tornando a sanção aplicada ilegal e sujeita à revisão pelo Poder Judiciário. (...)”.⁴²

a personalidade, a motivação e outros dados próprios de cada réu devem ser considerados identicamente na fixação da pena justa (NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da pena*. São Paulo: RT, 2005. p. 389).

41. STJ, 1.ª T., REsp 513576/MG, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 03.11.2005.

42. STJ, 2.ª T., RMS 13.617/MG, rel. Min. Eliana Calmon, j. 12.03.2002.

3. Direito sancionador da improbidade administrativa

O art. 37, § 4.º, da CF, inaugurou tratamento normativo para a improbidade administrativa em nosso País. Esse tema, até então, por todas as Constituições anteriores, era visto exclusivamente como crime de responsabilidade e, no plano infraconstitucional, como ilícito civil.⁴³

A Lei 8.429/92 veio à tona num momento de turbulência histórica, mas nem por isso deixa de ser um instrumento revolucionário. Repleto de contribuições oriundas de notáveis membros do Ministério Público de São Paulo, lideranças institucionais e intelectuais, a Lei de Improbidade Administrativa – como veio a ser conhecida – tornou-se instrumento sancionador de enorme utilização no meio forense, causando perplexidade no ambiente político, dada sua vagueza semântica, sua amplitude, seu principalismo jurídico, seus conceitos indeterminados.

Sabe-se que o diploma normativo em exame caracteriza-se pela natureza eclética, por encarnar espírito anglo-saxão numa cultura predominantemente continental-européia. A Lei Bilac Pinto já ostentava essa característica com seus tipos excessivamente abertos, ambíguos e suas ferramentas que remetiam ao direito jurisprudencial, e a Lei de Improbidade Administrativa herdou os traços mais marcantes da Lei Bilac Pinto por meio da reprodução de grande parcela de seus tipos sanciona-

43. No plano constitucional: art. 113 da CF/34; art. 141, § 31, da CF/46; art. 153, § 11, da CF/67. Na normativa infraconstitucional: Leis 3.164/57 e 3.502/58 (Lei Bilac Pinto). Há de se recordar, ademais, no âmbito criminal do Dec.-lei 201/67, dispondo sobre a responsabilidade criminal dos prefeitos, prevendo os chamados crimes de responsabilidade e a Lei 4.717/65 (Lei da Ação Popular), que significou gigantesco avanço no combate à improbidade administrativa.

do, embora agregando novas sanções e inéditos mecanismos processuais.

Nesse contexto, sustentamos que a Lei 8.429/92 é uma Lei Geral que se aplica a todos os agentes públicos brasileiros, espécie de Código Geral de Conduta de todos os agentes públicos nacionais. Daí designarmos essa Lei como Lei Geral de Improbidade Administrativa (LGIA). No que interessa saber, a natureza jurídica da Lei em comento remete ao direito administrativo sancionador, visto que se trata de normas de direito administrativo, normas administrativas em jogo, com o que o regime jurídico aplicável aos acusados em geral é o do direito administrativo sancionador, com as garantias inerentes.⁴⁴

Assim sendo, os direitos fundamentais enunciados neste trabalho não podem ser sonegados dos acusados de improbidade administrativa. O fato de as sanções serem aplicadas diretamente na via judicial não inibe seu enquadramento no conceito de sanções administrativas, como já o dissemos anteriormente. Isso, porque não é o fator formal que afeta de modo exclusivo o critério de definição. As normas atinentes

44. Sobre o assunto, veja-se na doutrina: MEDINA OSÓRIO, Fábio. *Direito administrativo... cit. e Improbidade dos fiscalizadores*. Revista Eletrônica – Atualidades Jurídicas do Conselho Federal da OAB, n. 2, OAB Ed., maio-jun. 2008. Ainda na doutrina, recomendamos as obras de: MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. *Probidade administrativa*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006; ALVES, Rogério Pacheco; GARCIA, Emerson. *Improbidade administrativa*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008; e, finalmente: BERTONCINI, Mateus. *Ato de improbidade administrativa – 15 anos da Lei 8.429/1992*. São Paulo: RT, 2007. Na jurisprudência, confirmam-se os seguintes precedentes paradigmáticos: STJ, 1.ª T., REsp 513.576/MG, rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ06.03.2006; STJ, 1.ª T., REsp 885.836/MG, rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ02.08.2007; STJ 1.ª T., REsp 704.570/SP, rel. Min. Francisco Falcão, j. 17.05.2007; STJ, 1.ª T., REsp 807.551/MG, rel. Min. Luiz Fux, j. 25.09.2007.

ao direito da função pública, implicadas no dever de probidade administrativa, dizem respeito ao direito administrativo e tocam fundo no direito administrativo sancionador na esfera judicial.

Muitos dos abusos e transgressões na esfera acusatória, praticados no manejo irresponsável da LGIA, repousam na incompreensão de sua natureza jurídica e do regime aplicável aos acusados em geral. Pensando tratar-se de normas puramente civis, os acusadores imaginam que resultaria possível manusear presunções, ficções, e responsabilidades objetivas contra pessoas cujos patrimônios éticos, morais, financeiros e econômicos podem ser jogados no “lixo” por meio de uma ação civil pública punitiva descompromissada.

O direito administrativo sancionador aproxima-se do direito penal e com ele guarda perfeita sintonia e simetria. Daí a equivalência, cada vez maior, das garantias. Não se pode esquecer essa visão de equilíbrio do sistema sancionatório.

4. Conclusão

Em síntese, pode-se dizer que o devido processo legal sancionador contempla pelo menos os seguintes direitos fundamentais aos acusados em geral, todos permeados pelos postulados da proporcionalidade, razoabilidade, pelos princípios do Estado de Direito, segurança jurídica (arts. 5.º, XXXVI, da CF e 2.º da Lei 9.784/99) e isonomia:

a) garantia de que a Administração Pública só poderá fazer o que a lei permitir (princípio da legalidade, art. 5.º, II, da CF);

b) acesso à ordem jurídica justa (art. 5.º, XXXV, da CF);

c) proteção ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada (art. 5.º, XXXVI, da CF);

d) garantia de ser processado e sentenciado somente por autoridade competente (art. 5.º, XXXVII e LIII, da CF);

e) individualização da pena (art 5.º, XLV e XLVI, da CF);

f) presunção de inocência (art. 5.º, LVII, da CF);

g) garantia de que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal (art. 5.º, LIV e LV, da CF);

h) imparcialidade do juiz garantida pelo dever de motivação das decisões (arts. 5.º, LX, e 93, IX, da CF e 50 da Lei 9.784/99);

i) razoável duração do processo (art. 5.º, LXXVIII, da CF);

j) garantia de igualdade perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (art. 5.º, *caput* e I, da CF).

As garantias inerentes ao direito administrativo sancionador aplicam-se, no regime constitucional vigente, aos acusados da prática de improbidade administrativa definida no art. 37, § 4.º, da CF/88. As sanções previstas aos atos ímprobos são materialmente administrativas e, portanto, estão submetidas ao regime jurídico do direito administrativo sancionador.

Vivemos num Estado Democrático de Direito. O sistema punitivo, com o advento da Constituição de 1988, tornou-se mais exigente em termos de garantias individuais e, por isso mesmo, também em matéria de eficiência funcional do Estado. Não basta que o Poder Público se valha de presunções, ficções, atos unilaterais, métodos ultrapassados, ferramentas obsoletas, para colher provas ou ditar condenações. É necessário que o Estado atue eficientemente, amparado em novas tecnologias, em recursos humanos capacitados, ágeis, bem estruturados, comprometidos com a busca da verdade e com o respeito aos direitos dos jurisdicionados e administrados. A eficiência é princípio inscrito expressamente no art. 37, *caput*, da Carta Magna, e traduz uma série de obrigações ao Poder Público como um todo. Não se pode ignorar que um Estado eficiente é um Estado respeitador, garantidor e implementador dos direitos fundamentais de todos. O sistema punitivo existe para proteger não apenas as vítimas dos ilícitos, mas também a cidadania em geral contra o arbítrio do Poder.⁴⁵

45. García de Enterría, quando trata dos direitos fundamentais como direitos subjetivos, destaca que: "hay que resaltar que las libertades básicas están primariamente dirigidas a imponer límites materiales a la acción administrativa, precisamente, y más en concreto a la actividad de policía, tanto en el sentido específico de la policía de orden público o de la libertad personal, como en el más general de la actividad administrativa de limitación" (*Curso de derecho administrativo*. Madrid: Civitas, 2000. v. 1, p. 64).

CONSTITUIÇÃO FEDERAL: RELAÇÕES INTERNACIONAIS E DIREITOS HUMANOS

FLÁVIA PIOVESAN

Professora doutora em Direito Constitucional e Direitos Humanos da PUC-SP. Professora de Direitos Humanos dos Programas de Pós-Graduação na PUC-SP, na PUC-PR e na Universidade Pablo de Olavide (Sevilha, Espanha). *Visiting fellow* do Human Rights Program da Harvard Law School (1995 e 2000). *Visiting fellow* do Centre for Brazilian Studies da Universidade de Oxford (2005). *Visiting fellow* do Max Planck Institute (Heidelberg, 2007 e 2008). Procuradora do Estado de São Paulo. Membro do Conselho Nacional de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana e membro da SUR - Human Rights University Network.

Sumário: 1. Introdução – 2. Direito comparado – 3. Relações internacionais e direitos humanos: inovações do art. 4.º da CF/88: 3.1 Art. 4.º, II – Prevalência dos direitos humanos; 3.2 Art. 4.º, III – Autodeterminação dos povos; 3.3 Art. 4.º, VIII – Repúdio ao terrorismo e ao racismo; 3.4 Art. 4.º, IX – Cooperação entre os povos para o progresso da humanidade; 3.5 Art. 4.º, X – Concessão de asilo político – 4. Conclusão.

1. Introdução

A Constituição Federal de 1988 simboliza o marco jurídico da transição democrática e da institucionalização dos direitos humanos no País. O valor da dignidade da pessoa humana, como fundamento do Estado Democrático de Direito (art. 1.º, III, da Constituição), impõe-se como núcleo básico e informador de todo ordenamento jurídico, como critério e parâmetro de valoração a orientar a interpretação do sistema constitucional.

Introduz a Carta de 1988 um avanço extraordinário na consolidação dos direitos

e garantias fundamentais, sendo a primeira Constituição brasileira a consagrar, entre os princípios a reger o Brasil no plano internacional, o princípio da prevalência dos direitos humanos.

De todas as Constituições brasileiras, foi a Carta de 1988 a que mais assegurou a participação popular em seu processo de elaboração, a partir do recebimento de elevado número de emendas populares. É, assim, a Constituição que apresenta o maior grau de legitimidade popular. Foram ainda realizadas dezenas de audiências públicas, com a participação de especialistas e da sociedade civil organizada.

No que se refere aos princípios elencados no art. 4.º, a participação ativa de destacados internacionalistas, em particular dos professores Antônio Augusto Cançado Trindade e Celso Albuquerque de Mello, ao longo do processo constituinte, notadamente nas audiências públicas, foi relevante fator a contribuir para a inserção daquele dispositivo constitucional. Ambos defenderam com ênfase a necessidade de previsão de dispositivo ou mesmo título específico concernente às relações internacionais. Argumentaram pela exigência de democratização não apenas no âmbito interno, mas também no âmbito da política internacional.¹

1. A respeito, ver *Diário da Assembléia Nacional Constituinte*, de 27 maio 1987, na parte dedicada à Subcomissão da nacionalidade, soberania e relações internacionais, em que se destaca a participação de Celso Albuquerque de Mello, em audiência pública realizada em 28 de abril de 1987: "O tema de que trata esta Subcomissão é, a meu ver, um dos mais importantes, porque imprime a democratização, ou não, da política externa de um país. Defendo a idéia de que deve haver na Constituição um título sobre relações exteriores". Consultar ainda Antônio Augusto Cançado Trindade,

sistemático desrespeito a direitos, enquanto se passam anos e décadas para pagamento de precatórios, registra-se *deficit* de efetividade da Constituição-cidadã. Todas as pes-

soas físicas e jurídicas devem assumir um compromisso de exigência da efetividade constitucional na atuação da Administração e dos poderes públicos em geral.

OUTRAS QUESTÕES POLÊMICAS

OBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL NA FORMAÇÃO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

ARAKEN DE ASSIS

Doutor em Direito pela PUC-SP. Professor Titular da PUC-RS. Desembargador (aposentado) do TJRS. Advogado.

Sumário: 1. Introdução – 2. Devido processo legal e seus dois aspectos – 3. Conteúdo do devido processo procedimental – 4. Aplicação do devido processo legal ao processo administrativo e à formação – 5. Conclusão.

1. Introdução

A exigência do respeito ao conjunto de garantias que formam o devido processo legal no âmbito administrativo constitui elevado mérito da Constituição Federal de 1988. O alcance da garantia evoluiu no sentido de presidir a formação dos atos administrativos com repercussão na esfera dos administrados, em particular dos servidores públicos. É um importante estágio alcançado na interpretação da Constituição pelo STF e que merece considerações acerca do seu fundamento. Este assunto ocupava-nos no TJRS e há muito alinhávamos em acórdãos os argumentos que se seguem, agora acrescidos de notas.

2. Devido processo legal e seus dois aspectos

O inc. LIV do art. 5.º da CF/88 proclamou que “ninguém será privado da liberdade ou dos seus bens sem o devido processo legal”. Ao mesmo tempo, o inc. LV assegu-

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

Em realidade, há certa superposição normativa nessas enunciações de direitos fundamentais a favor dos litigantes e dos acusados. A simples formulação da cláusula do devido processo legal, interpretada de acordo com a sua abrangência histórica, já implicaria a estrita observância do contraditório e da ampla defesa.¹

E isso porque a expressão *due process of law*, utilizada pela primeira vez em lei inglesa de 1354, e objeto de extraordinária evolução na *Common Law*, representa a cláusula que assegura os direitos fundamentais, entre nós consagrados no amplo catálogo do art. 5.º da CF/88. Inicialmente aplicado à vida, à liberdade e à propriedade, evoluiu, firmemente, graças à atuação da Suprema Corte dos Estados Unidos da América, em outras direções, assegurando, por exemplo, o ensino de outras línguas que não o inglês nas escolas de Nebraska. Também direitos fundamentais de origem diversa, como a prussiana liberdade de cátedra (*Lehrfreiheit*), passaram a merecer tutela neste contexto, assumindo a estatura de liberdade acadêmica (*academic freedom*).²

1. Nelson Nery Jr. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 2. ed. São Paulo: RT, 1995. n. 3, p. 27.
2. V. Leda Boechat Rodrigues. *A Corte de Warren*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991. p. 246. Em relação ao papel da *U. S. Supreme Court*, bem como suas diferentes competên-

Em sua aplicação, é atitude comum distinguir o devido processo procedimental (*procedural due process of law*) do devido processo material (*substantive due process of law*). Os dois lados da mesma moeda retratam a modificação do alcance da garantia ao longo do tempo, justamente para tutelar os direitos fundamentais fora do processo.

Além de assegurar os direitos dos litigantes a um processo justo, entre nós a conjugação dos incs. LIV e LV do art. 5.º da CF/88 também garante a pessoa contra os abusos da administração e do legislador.

Quanto ao primeiro aspecto, urge proclamar que, enquanto as pessoas no âmbito da respectiva autonomia privada podem obrar livremente, salvo no que a lei proíbe (art. 5.º, II, da CF/88), a Administração só pode obrar nos termos da expressa e prévia autorização legal. Por conseguinte, à atividade administrativa, do modo mais amplo e genérico concebível, aplica-se a cláusula do devido processo.

No que tange ao segundo aspecto, a cláusula do devido processo legal substantivo oferece guarida à pessoa contra leis injustas e arbitrárias. Em última análise, este direito fundamental, por si só, institui o chamado princípio da razoabilidade das leis.³

Uma aplicação dessa garantia, no âmbito local, esclarece perfeitamente as bases de aplicação desse direito fundamental num viés pouco explorado, porque as análises corriqueiras concentram-se no STF. Após o advento da EC 20/98, várias leis municipais que fixaram o valor dos subsídios dos agentes políticos locais – Prefeito, Vereadores e Secretários – sujeitaram-se a controle

cias: Henry J. Abraham. *The judicial process*. 7. ed. Nova Iorque-Oxford: Oxford University Press, 1998. p. 186-206.

3. Carlos Roberto de Siqueira de Castro. *O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1989. p. 369-381.

concentrado de constitucionalidade, suscitando controvérsia sob dois fundamentos. Primeiro, a insubsistência da eliminação da regra da anterioridade da legislatura na nova redação do art. 29, V, da CF/88, apesar da respectiva manutenção nas Cartas dos Estados-membros, ensejando aos edis legislares em causa própria, já conhecidos os resultados das eleições locais, e, principalmente, os eleitos, distorção evidente que o princípio da anterioridade visava erradicar. Segundo, a fixação do subsídio – designação técnica da respectiva remuneração – de tais agentes políticos em valores incompatíveis com a realidade local. De acordo com as circunstâncias, a remuneração dos agentes políticos não pode afrontar a sensibilidade dos munícipes, prevendo retribuição alta e incompatível com as necessidades básicas da população na área da saúde ou na da educação. E, como os limites expressos dos incs. VI e VI do art. 29 da CF/88 não asseguram semelhante adequação, de modo direto e automático, o princípio da razoabilidade serviu como parâmetro de constitucionalidade de várias leis locais.⁴

O devido processo legal substantivo propagou-se, destarte, como freio contra os abusos do aparelho estatal, sejam as ofensas originárias do Executivo, sejam do Legislativo.

3. Conteúdo do devido processo procedimental

O *procedural due process of law*, nos processos judiciais, implica a observância de um conjunto mínimo de garantias.

Excelente resenha a respeito indica a composição mínima do direito fundamental, cuja presença é obrigatória para um processo justo em cada caso concreto: o direito de ser julgado pelo órgão legalmente competente, o direito de ser citado (*right to adequate notice*),

4. TJRS, Pleno, Adin 70000802181, rel. Des. Sérgio Pilla da Silva, 05.06.2000.

o direito de ser ouvido (contraditório), o direito à representação técnica no curso do julgamento, o direito à prova, incluindo o de participar de sua coleta.⁵

É claro que essas garantias se descompõem, por sua vez, em requisitos específicos; a *opportunity to be heard* requer a notícia da pendência do processo, papel desempenhado entre nós pela citação no processo civil (art. 213 do CPC), cercada dos seguintes cuidados: "(1) fair notice must be suitably formal in tenor and informative in context; (2) fair notice must be either (a) actual notice or (b) notice that is reasonably calculated to result in actual notice; and (3) fair notice must afford a reasonable opportunity to be heard".⁶

Não é diferente a abrangência da cláusula para a doutrina brasileira. A enumeração dos requisitos básicos do processo justo abrange: (a) o direito de ser citado e tomar conhecimento do teor da imputação; (b) o direito a julgamento público e num prazo razoável; (c) o direito de arrolar testemunhas e de exigir o respectivo comparecimento em juízo; (d) o direito a um procedimento contraditório; (e) o direito de não ser processado, julgado ou condenado por leis promulgadas após o fato; (f) o direito de iguais oportunidades para a acusação e defesa; (g) o direito de repelir provas ilegalmente obtidas; (h) o direito à assistência judiciária gratuita, no caso de necessidade; (i) o direito de não se auto-incriminar.⁷

5. Hans Smit. Constitutional guarantees in civil litigation in the United States of America. In: Mauro Cappelletti; Denis Tallon. *Fundamental guarantees of the parties in civil litigation*. Milão e Nova Iorque: Giuffrè e Dobbs Ferry, 1973. p. 447-461.

6. Kevin M. Clermont. *Principles of civil procedure*. Saint Paul (Min): Thompson-West, 2005. § 4.3, B, p. 278.

7. José Celso de Mello Filho. A tutela judicial da liberdade. RT 526/298, São Paulo: RT, 1979.

4. Aplicação do devido processo legal ao processo administrativo e à formação

O conjunto de garantias contempladas no art. 5.º, LV, da CF/88 incide no procedimento administrativo. Essa disposição inova relativamente à disciplina da Constituição Federal de 1967, que o contemplava, exclusivamente, para o processo penal.⁸ É entendimento firme do STF que o devido processo governa todo procedimento administrativo.⁹

Por conseguinte, nos casos em que o resultado desejado pela Administração resulta de uma série de atos interligados e dirigidos a certa finalidade, ou seja, quando há processo administrativo, caracterizado por essa serialização,¹⁰ aplicam-se as garantias procedimentais do devido processo. Assim, não é mais admissível, no direito pátrio, a aplicação de pena ao servidor com base na chamada verdade sabida (vg., por falta ou atraso, constatado com base no meio ordinário de controle da presença). É preciso assegurar, previamente, a defesa do servidor.¹¹ Também a exoneração, durante o estágio probatório, que não é pena, e, portanto, jamais se confundirá legitimamente com a demissão, há de ser precedida dos requisitos mínimos do devido processo processual, ensejando a audiência do servidor, seu direito à prova e a uma decisão fundamentada (Súmula 21 do STF).¹²

No mesmo sentido, Nelson Nery, op. cit., n. 6, p. 37.

8. Nelson Nery Jr. Op. cit., n. 20, p. 123.

9. STF, 1.ª T., AI-Ag 592.340/PR, 20.11.2007, rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJU 14.12.2007, p. 58.

10. Diógenes Gasparini. *Direito administrativo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 91.

11. Edmir Netto de Araújo. *O ilícito administrativo e seu processo*. São Paulo: RT, 1993. n. 16.2.1, p. 129.

12. Hely Lopes Meirelles. *Direito administrativo brasileiro*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 384.

O procedimento administrativo é imposto "com maior rigidez quando esteja envolvido não só o interesse público, mas também os direitos dos administrados, como ocorre na licitação, nos cursos, nos processos disciplinares".¹³ Seja como for, tratando-se de procedimento administrativo, há que respeitar o contraditório e a bilateralidade da audiência.¹⁴

Por outro lado, a circunstância de a lei não exigir expressamente o procedimento administrativo para outorgar perfeição ao ato, ou seja, para definir-lhe a existência, não elimina, por si só, a aplicação do devido processo procedimental. Nesta contingência, cabe investigar a pertinência do conjunto de requisitos na formação dos atos administrativos em geral.

O estudo clássico de Celso Antônio Bandeira de Mello situa,¹⁵ entre os pressupostos objetivos do ato administrativo, ao lado do motivo, os requisitos procedimentais. Sobre tal noção, ensina o seguinte:¹⁶

"Requisitos procedimentais são os atos que devem, por imposição normativa, preceder a um determinado ato. Consistem em outros atos jurídicos, produzidos pela própria Administração ou por um particular, sem os quais um certo ato não pode ser praticado. Assim, por exemplo, o ato de nomeação de um funcionário para cargo efetivo só poderá ser expedido depois da série de atos que compõem o concurso público no qual o interessado se classificou. Igualmente, o ato de adjudicação em uma concorrência só pode ocorrer após o

ato de classificação do licitante colocado em primeiro lugar. A seu turno, o ato de classificação não pode ser produzido antes do ato de habilitação do concorrente. O ato substanciado no alvará de licença para edificar depende, para ser expedido, de um ato do particular solicitando licença. Este pedido, portanto, é condição para a prática do ato que expede a licença".

Em princípio, as formalidades do procedimento na formação dos atos administrativos não mereceram da doutrina brasileira, segundo certo alvitre,¹⁷ estudos de maior vulto. No entanto, Carlos Roberto de Siqueira Castro, por exemplo, relaciona as etapas formativas ao princípio da publicidade: "Para que o direito à ampla defesa seja exercido em sua plenitude, é necessário que o interessado tenha prévia e perfeita ciência dos atos administrativos que intercedam direta ou indiretamente com sua esfera jurídica. Fala-se, aqui, do princípio da "publicidade" das decisões do Poder Público, que é, também, corolário do "devido processo legal...".¹⁸

Ora, semelhante noção somente se harmoniza com a forma do ato administrativo, originada da sua publicidade, por sua vez dividida em duas modalidades – publicação e comunicação –, conforme realça Celso Antônio Bandeira de Mello, porque antes disso o ato não ingressa no mundo jurídico.¹⁹

Tal concepção, no que tange aos atos administrativos que restringem direitos dos administrados, infringe o devido processo legal. É preciso garantir a prévia audiência do interessado. A esse propósito, Paulo Fernando Silveira outorgou exata dimen-

são à estatura constitucional desse direito fundamental, assentando o seguinte: "No confronto do ato administrativo com a regra matriz, resulta que toda vez que aquele extinguir um direito já constituído, ou deixar de criar um, observado o princípio da igualdade – ou para evitar a discriminação, nesse caso mediante uso de ações afirmativas, pelas quais se alcança a igualdade, mediante a implementação momentânea de um fator de desigualdade (*affirmative action*) –, ele deve ser anulado por molestar o princípio do devido processo legal (aspecto procedimental)".²⁰

Essa frisante aplicação do devido processo governa o poder de anular da Administração. Toda vez que a anulação do ato repercute na esfera individual de alguém, o administrado em geral, e o servidor público, em particular, é preciso assegurar a bilateralidade da audiência. E tal garantia só pode ocorrer em procedimento administrativo. Por exemplo, a redução dos proventos

da aposentadoria há de ser precedida de notícia adequada ao servidor, conforme proclamou o STF: "A Administração Pública somente pode anular seus atos, sem a instauração do procedimento administrativo, caso essa alteração não repercuta no campo de interesses individuais".²¹

Os precedentes atuais do STF, nessa matéria, representam saudável reviravolta no entendimento anterior, que dispensava a instauração de procedimento administrativo sempre que não existisse imputação.²²

5. Conclusão

A aplicação do direito fundamental consagrado no art. 5.º, LV, da CF/88 no procedimento administrativo abrange, por identidade de motivos, a formação de atos administrativos que repercutem na esfera jurídica individual. Trata-se de singular evolução na jurisprudência do STF e se deve, sem dúvida, à melhor compreensão da cláusula do *due process of law* processual.

13. Maria Sylvia Zanella Di Pietro. *Direito administrativo*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1995. n. 13.4, p. 397.

14. Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso de direito administrativo*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 256.

15. Celso Antônio Bandeira de Mello. *Ato administrativo e direito dos administrados*. São Paulo: RT, 1981. n. 9, p. 36.

16. *Idem*, n. 108, p. 77.

17. Lúcia Valle Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 109.

18. Carlos Roberto Siqueira de Castro. *Op. cit.*, p. 344-345.

19. Celso Antônio Bandeira de Mello. *Ato administrativo... cit.*, n. 39, p. 48-49.

20. Paulo Fernando Silveira. *Devido processo legal*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 77.

21. STF, 2.ª T., AI-AgR 627.635/Pl, rel. Min. Eros Grau, 27.11.2007, DJU 1.º.02.2008, p. 18.

22. STF, 1.ª T., RE 213.513/SP, rel. Min. Ilmar Galvão, 08.06.1999, DJU 24.09.1999, p. 43.