

**FERNANDA MARINELA**



MANUAL DE  
**DIREITO**  
**ADMINISTRATIVO**

VOLUME ÚNICO

**18<sup>a</sup>**  
**edição**

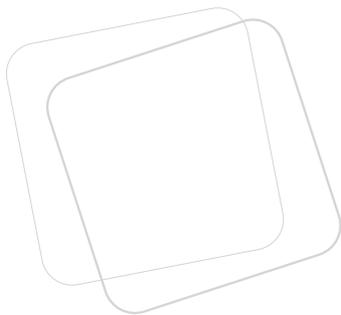
revista  
atualizada  
ampliada

**2024**



**EDITORA**  
*Jus*PODIVM

[www.editorajuspodivm.com.br](http://www.editorajuspodivm.com.br)



# BENS PÚBLICOS

## 1. DOMÍNIO PÚBLICO

A expressão **domínio público** é imprecisa, mas muito importante para a compreensão de outros elementos do tema bens públicos, razão pela qual é relevante esclarecer suas aplicações. Inicialmente, vale considerar que tal expressão é utilizada com enfoques variados: em certas circunstâncias, o foco é o Estado; em outras, refere-se à coletividade, à sociedade usuária de alguns bens públicos ou insuscetíveis de apropriação.

O domínio público em **sentido amplo** é o poder de dominação ou de regulamentação que o Estado exerce sobre os bens do seu próprio patrimônio (sobre os bens públicos), em face dos bens de titularidade privada que sejam importantes para a sociedade (isto é, sobre os bens particulares de interesse público) ou, ainda, atingindo as coisas inapropriáveis individualmente, mas de fruição geral da coletividade.

Nesse sentido genérico, o domínio público abrange não só os bens das pessoas jurídicas de direito público interno como também os demais bens que, por sua utilidade coletiva, merecem a proteção do Poder Público, tais como as águas, as jazidas, as florestas, a fauna, o espaço aéreo e os importantes para o patrimônio histórico e artístico nacional. Observando tal sentido, verificam-se os bens que são de interesse da sociedade, e, por isso, o Estado deve protegê-los e regulamentar o seu uso.

Essa noção de domínio público é mais extensa que a de propriedade, incluindo-se assim os bens que não pertencem à Administração Pública, mas que estão ligados ao exercício da atividade administrativa, por exemplo, via fiscalização. Dessa forma, é indiferente de quem seja a propriedade; o fato é que a Administração exerce o seu poder de administração<sup>1</sup>.

Essa expressão também pode ser utilizada em **sentido estrito**, referindo-se aos bens públicos que são destinados ao uso público individualmente ou em geral, visto

<sup>1</sup> Noção de Rui Cirne Lima, *Princípios de direito administrativo*. 3. ed., Porto Alegre: Sulina, 1954, p. 76.

como o conjunto de bens destinados à coletividade, que mais adiante serão conceituados como bens públicos de uso comum do povo ou bens do domínio público.

## 2. CONCEITO

Definir o conceito de **bem público** também é de suma importância em razão do regime especial que é aplicado a esses bens. Portanto, é indispensável recordar que bens gozam desse tratamento diferenciado.

É assente na doutrina que são bens públicos os **pertencentes às pessoas jurídicas de direito público**, podendo ser corpóreos, incorpóreos, móveis, imóveis, semoventes, créditos, direitos e ações. Assim, os bens da União, dos Estados, Municípios e Distrito Federal, além de suas autarquias<sup>2</sup> e fundações públicas de direito público são todos dessa categoria, independentemente da sua natureza ou de estarem ou não sendo utilizados para a prestação de serviços públicos, sendo a vinculação indiferente nesse caso.

Entretanto esse conceito não é pacífico na doutrina, no que se refere aos bens **pertencentes às pessoas jurídicas de direito privado**.

O atual Código Civil, em seu art. 98, assim define os bens públicos: “São públicos os bens do domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno; todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem”. Seguindo essa orientação, só serão bens públicos os de propriedade das pessoas públicas, estando excluídos os bens das pessoas privadas.

Pactuando da mesma orientação, José dos Santos Carvalho Filho<sup>3</sup> conceitua “bens públicos como todos aqueles que, de qualquer natureza e a qualquer título, pertençam às pessoas jurídicas de direito público, sejam elas federativas, como a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, sejam da Administração descentralizada, como as autarquias, nestas incluindo-se as fundações de direito público e as associações públicas”.

Adotando orientação contrária, ampliando o conceito de bem público às pessoas jurídicas de direito privado, é também possível identificar alguns autores.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>4</sup>, a “noção de bem público, tal como qualquer outra noção em Direito, só interessa se for correlata a um dado regime jurídico”. E continua o autor: “assim, todos os bens que estiverem sujeitos ao mesmo regime público deverão ser havidos como bens públicos. Ora, bens particulares quando afetados a uma atividade pública (enquanto estiverem) ficam submissos ao mesmo regime dos bens de propriedade pública. Logo, têm que estar incluídos no conceito de bem público”.

<sup>2</sup> Nessa lista de pessoas jurídicas de direito público, dentro do conceito de autarquias, é interessante recordar as agências reguladoras, as agências executivas, os conselhos de classe, associações públicas que surgem dos consórcios públicos da Lei n. 11.107/2005 e as autarquias territoriais. Convém lembrar ainda que as fundações públicas de direito público também são espécies de autarquias, as denominadas autarquias fundacionais. Para aprofundar o estudo sobre autarquias, *vide* o Capítulo 3 – Organização da Administração, desta obra.

<sup>3</sup> *Manual de direito administrativo*, 21. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 1.073.

<sup>4</sup> *Curso de direito administrativo*, 26. ed., São Paulo: Malheiros, 2009, p. 904.

A posição adotada neste trabalho não pactua integralmente com nenhuma das duas opiniões apontadas nos parágrafos anteriores. O ideal é um conceito intermediário. Dessa forma, a exclusão por completo dos bens pertencentes às pessoas da Administração Indireta de direito privado do conceito de bens públicos, como padrão absoluto, poderá causar sérios prejuízos para a segurança do patrimônio e para os serviços públicos em inúmeras circunstâncias. De outro lado, a sua inclusão deliberada como bem público também vai gerar para essas pessoas jurídicas privilégios e formalidades exageradas, considerando que são pessoas privadas, o que também não é o adequado.

É fato que as empresas públicas e sociedades de economia mista, apesar de pessoas da Administração Indireta, estão sujeitas a regime jurídico de direito privado, mas que, na verdade, não é absolutamente privado; trata-se de um regime híbrido ou misto (ora público, ora privado). Também é tranquila a orientação de que essas empresas, quando prestadoras de serviços públicos, gozam de um regime mais público, sofrendo uma derrogação de regras do direito privado. Diante desse fato, vale ponderar o regime ideal para os seus bens.

Sábias as palavras de Celso Antonio, na citação anterior, ao afirmar que a noção de bem público, como qualquer outra em Direito, só interessa se for correlata a um dado regime jurídico. Portanto, é nesse regime jurídico que se baseiam as ideias daqui em diante.

Inicialmente, fixa-se a premissa de que são bens privados, em razão da previsão do atual Código Civil, que é bastante claro. Contudo essa regra não é absoluta; é possível identificar outras disposições no ordenamento pátrio que dão tratamento diferenciado para os bens dessas empresas quando prestadoras de serviços públicos, ou ainda, para os bens que estiverem diretamente ligados à prestação dos serviços públicos.

O brilhante Hely Lopes Meirelles já ensinava: “Quanto aos bens das entidades paraestatais (empresas públicas, sociedades de economia mista, serviços autônomos etc.), entendemos que são, também, bens públicos com destinação especial e administração particular das instituições a que foram transferidos para consecução dos fins estatutários”<sup>5</sup>.

Portanto, o autor reconhece a importância do tratamento especial dos bens que pertencem às pessoas privadas, mas que foram transferidos em razão de uma finalidade pública. O Estado, quando descentraliza a atividade administrativa, não se exime das suas responsabilidades sobre o serviço, tendo em vista que ele transfere os bens para que a prestação aconteça e seja eficiente. Não teria sentido, diante disso, a possibilidade de a empresa privada assumir esse patrimônio de forma livre, adotando um regime privado diante de uma finalidade pública. Assim considerando a responsabilidade do Estado e a finalidade específica a que essas pessoas estão vinculadas, nada mais justo que um tratamento de maior proteção para esses bens, inclusive como garantia de uma administração responsável e do cumprimento de sua obrigação.

<sup>5</sup> *Direito administrativo brasileiro*, 28. ed., São Paulo: Malheiros, 2003, p. 428.

Esse raciocínio não deve ser aplicado para as pessoas jurídicas de direito privado que explorem a atividade econômica, porque estão fora da premissa de que o serviço público é um dever do Estado, podendo prestá-lo diretamente ou não, o que não afasta sua responsabilidade para que o serviço aconteça.

Como consequência desse dever do Estado no tocante à prestação de serviços, vale lembrar que essa deve ser contínua e que vários mecanismos são criados no ordenamento nacional para viabilizar esse preceito. Com o intuito de não comprometer o princípio da continuidade dos serviços públicos, os bens dessas empresas precisam de um regime mais rigoroso, o tratamento peculiar dado aos bens públicos.

Essa construção foi utilizada no art. 28 da Lei n. 8.987/95, que protegeu os bens das concessionárias de serviços, empresas completamente privadas, em razão do princípio da continuidade do serviço público. O dispositivo estabelece que as concessionárias poderão oferecer em garantia os direitos emergentes da concessão até o limite que não comprometa o serviço. Portanto, se a proteção dos bens da empresa privada prestadora de serviço público acontece em razão do princípio da continuidade, com mais razão ainda deve ser aplicado para as empresas que compõem a Administração Pública e que também prestam serviços públicos.

O princípio da continuidade também é entendido como obstáculo à penhora desses bens pertencentes às pessoas jurídicas de direito privado, quando o comprometimento do bem puder gerar interrupção do serviço. Assim é a orientação do STJ:

**EMENTA: TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. EXECUÇÃO FISCAL. POLO PASSIVO OCUPADO POR CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO. PENHORA DE IMÓVEIS. SUBSTITUIÇÃO DE IMÓVEIS POR VEÍCULOS. IMPOSSIBILIDADE. RAZOABILIDADE. ART. 678 DO CPC.** 1. A aplicação dos arts. 10, 11 e 15 da Lei n. 6.830/80 e 656 do CPC deve ser feita com razoabilidade, especialmente quando está em jogo a consecução do interesse público primário (transporte), incidindo na espécie o art. 678 do CPC. 2. **Por isso, esta Corte Superior vem admitindo a penhora de bens de empresas públicas (em sentido lato) prestadoras de serviço público apenas se estes não estiverem afetados à consecução da atividade-fim (serviço público) ou se, ainda que afetados, a penhora não comprometer o desempenho da atividade.** Essa lógica se aplica às empresas privadas que sejam concessionárias ou permissionárias de serviços públicos (como ocorre no caso). Precedentes. 3. O Tribunal de origem, soberano para avaliar o conjunto fático-probatório, considerou que eventual restrição sobre os bens indicados pela agravante comprometeria a prestação do serviço público, o que é suficiente para desautorizar sua penhora. 4. Agravo regimental não provido (AgRg no REsp 1.070.735/RS, STJ – Segunda Turma, rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgamento 18.11.2008, *DJe* 15.12.2008) (grifos da autora).

Para concluir, vale grifar que a impenhorabilidade não acontece para todos os bens de empresas públicas ou sociedades de economia mista porque são bens privados, só estando protegidos os bens que poderão comprometer a prestação do serviço caso sejam retirados.

Também vale lembrar ainda a Lei n. 8.666/93, no seu art. 17 cuidava da alienação de bens públicos. O dispositivo da citada Lei estabelecia regras para a alienação de bens da Administração Pública, não adjetivando quais pessoas jurídicas estão incluídas na regra. O inciso I, do art. 17 da Lei n. 8.666/93 deixava bastante

claro que o tratamento rigoroso para alienação de bens, com o dever de declaração de interesse público, avaliação prévia e de licitação, também é aplicável às pessoas jurídicas de direito privado, citando expressamente as entidades paraestatais<sup>6</sup>.

Entretanto, vale registrar que tal lei foi integralmente revogada em 30/12/2023, conforme previsão da Lei Complementar n. 198/2023, sendo aplicada, no entanto, aos contratos e procedimentos licitatórios que optaram, expressamente, até sua revogação plena. A nova lei, 14.133/2021, exclui expressamente as empresas públicas e as sociedades de economia mista de sua incidência, reconhecendo que para essas empresas estatais a norma que deverá ser observada para alienação de seus bens é a Lei 13.303/2016, também denominada Lei das Estatais. Assim, a alienação dos bens pertencentes às empresas públicas e sociedades de economia mista deverá obedecer às regras estipuladas na Lei n. 13.303/2016 que prevê expressamente normas específicas tanto para a aquisição como para alienação de bens entre os arts. 47 a 50 da nova Lei, não afastando assim os cuidados especiais para alienação desses bens.

Assim, não resta dúvida de que o rigor da alienação dos bens públicos é aplicável às pessoas privadas. Para justificar o rigor desse tratamento, têm-se a proteção do patrimônio público, a gestão responsável dos bens e a continuidade dos serviços, o que também deve ser observado para algumas proteções.

Resta ainda lembrar que, para a criação dessas pessoas jurídicas, há exigência de lei para autorizar, e, muitas vezes, esse diploma institui algumas regras especiais do regime público para seus bens, derogando novamente do regime privado, o que mais uma vez demonstra que alguns bens merecem o tratamento diferenciado e que a regra do regime privado não pode ser absoluta.

E mais, em caso de extinção da pessoa jurídica da Administração Indireta, a mesma norma de criação normalmente estabelece a devolução do patrimônio ao ente que a criou, a denominada cláusula de reversão ao ente público que deu origem a essa empresa. Dessa maneira, a empresa não poderá se desfazer de forma livre desses bens, representando mais uma restrição que diferencia os bens públicos daqueles do regime privado.

Outro tratamento diferenciado foi introduzido pela Lei n. 11.284/2006, que, dispondo sobre a gestão de florestas públicas para a produção sustentável, reconheceu como bem público aquelas florestas localizadas nos entes públicos e nas entidades da Administração Indireta, sem fazer distinção entre as pessoas de regime público e as de regime privado. Nesse caso, para a proteção do meio ambiente, em nome da supremacia do interesse público, os bens das empresas públicas e sociedades de economia mista também estarão protegidos.

Diante das alegações apresentadas, é possível concluir que os bens pertencentes às pessoas privadas são bens privados, seguindo o disposto no Código Civil, mas,

<sup>6</sup> Lei n. 8.666/93: "Art. 17. A alienação de bens da Administração Pública, subordinada à existência de interesse público devidamente justificado, será precedida de avaliação e obedecerá às seguintes normas: I – quando imóveis, dependerá de autorização legislativa para órgãos da administração direta e entidades autárquicas e fundacionais, e, para todos, inclusive as entidades paraestatais, dependerá de avaliação prévia e de licitação na modalidade de concorrência, dispensada esta nos seguintes casos: (...)". No âmbito do atual regime, a previsão se encontra nos arts. 76 e 77 da Lei n. 14.133/2021.

em razão de outras regras do ordenamento jurídico, se esses bens estiverem ligados diretamente à prestação de serviços públicos, ou afetados a outra finalidade pública (por exemplo, a ambiental), eles seguirão o regime de bens públicos. Isso também não significa que sejam efetivamente bens públicos, mas que sigam em algumas situações a proteção e o rigor do regime público. Por fim, vale lembrar que esse tratamento especial está condicionado à manutenção da finalidade pública, à afetação.

### 3. COMPETÊNCIA LEGISLATIVA

---

A competência para legislar sobre bens públicos tem que observar inicialmente o art. 22, I, da CF, em que compete privativamente à União legislar sobre Direito Civil. Além disso, os demais entes podem legislar sobre alguns aspectos como aquisição, uso, administração e alienação desses bens, desde que estejam em seu patrimônio e respeitem as regras gerais.

### 4. CLASSIFICAÇÃO DOS BENS PÚBLICOS

---

Como em qualquer classificação, para os bens públicos a realidade é a mesma, utilizando a doutrina diversos caminhos, inúmeros parâmetros para classificar esses bens. Para facilitar, o tema será restrito às hipóteses mais importantes.

As diversas classificações surgem da necessidade de definir o regime dos bens públicos, o que levou, já nos séculos XVII e XVIII, à divisão em duas categorias: as coisas públicas afetadas ao uso público, em que o rei ficava com direito de guarda ou poder de polícia; e os bens do domínio da coroa, sobre os quais o monarca detinha a propriedade.

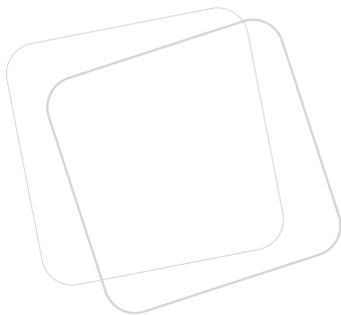
O Código Civil de Napoleão utilizou a classificação entre bens do domínio nacional, para aqueles bens suscetíveis de apropriação privada e produtores de renda, e bens do domínio público, consagrados, por natureza, ao uso de todos e ao serviço geral, sendo inalienáveis, imprescritíveis e insuscetíveis de servidão. Essa classificação é semelhante aos bens de domínio público e aos bens de domínio privado do Estado.

Atualmente, a classificação mais comum divide os bens públicos considerando-os quanto à titularidade e à destinação, pontos que serão tratados nos itens seguintes.

#### I) Quanto à titularidade:

Contemplando a **titularidade** ou propriedade dos bens públicos, o atual texto Constitucional enumera no art. 20 os bens pertencentes à União e no art. 26, incisos I a IV, os bens dos Estados, sem especificar-lhes as respectivas naturezas ou modalidades, como também não faz menção aos bens dos Municípios e do Distrito Federal. Observe que essa enumeração não é taxativa, tendo na verdade o objetivo de uma partilha mínima dos bens de caráter especial.

Para a **União**, a enumeração está no art. 20 da CF, sendo esse rol ligado a questões de interesse nacional, levando-se em conta aspectos como a segurança



# PROCESSO ADMINISTRATIVO

## 1. CONCEITO

---

O tema processo administrativo, como instrumento de legitimação da conduta dos Administradores, para documentar e padronizar as atividades administrativas, tem bastante amplitude e grande importância, não só para o Direito Administrativo como também para os demais setores da ordem jurídica.

Para fins teóricos, é interessante distinguir o processo do procedimento administrativo.

O **processo administrativo** constitui uma sucessão formal de atos realizados por previsão legal ou pela aplicação de princípios da ciência jurídica para praticar atos administrativos. Esse instrumento indispensável ao exercício da atividade de administrar tem como objetivo dar sustentação à edição do ato administrativo, preparando-o, fundamentando-o, legitimando-lhe a conduta, uniformizando-o, enfim, possibilitando-lhe a documentação necessária para sua realização de forma válida.

Já o **procedimento administrativo** é o modo pelo qual o processo anda, ou a maneira de se encadearem os seus atos, o **rito** a forma pela qual os atos são realizados.

Apesar de tal diferença, o legislador utiliza essas duas palavras de maneira indiferente, sem qualquer rigor técnico. A doutrina processual realiza a distinção, mas os Administrativistas utilizam as duas expressões de forma acrítica.

## 2. FONTES DO PROCESSO ADMINISTRATIVO

---

Para fundamentar o processo administrativo, algumas normas servem como fonte. A primeira e mais importante das regras, que inovou consideravelmente nessa matéria, é a Constituição Federal. O texto estabelece as bases do Direito Administrativo, o segredo é observá-lo com cautela.

Também há algumas leis federais enfrentando o assunto, como ocorre com a norma geral de processo, a Lei n. 9.784/99 e a Lei n. 8.112/90, que disciplinam

mais especificamente o regime jurídico dos servidores e com isso o processo administrativo disciplinar.<sup>1</sup>

No regime administrativo, também é interessante lembrar os atos normativos, os regulamentos, além da praxe administrativa, que, com certeza, ainda faz muita diferença. Os princípios gerais do Direito e os princípios próprios do Direito Administrativo também estão na base do processo administrativo.

Em razão da ausência de codificação de Direito Administrativo, há inúmeras dificuldades para a doutrina e a jurisprudência na sua construção e uniformização. A legislação fragmentada e esparsa gera inúmeros problemas para o Estado. Para suprir essa deficiência legislativa, aplicam-se subsidiariamente os Códigos Civil e de Processo Civil, além dos Códigos Penal e de Processo Penal.

### 3. OBJETIVOS E OBRIGATORIEDADE

Para estudar o processo administrativo, é relevante definir seus objetivos com o propósito de lhe dar a verdadeira importância frente à atual realidade constitucional, o que permite uma melhor compreensão das orientações jurisprudenciais a respeito do tema.

O Administrador Público exerce função pública, isto é, exerce as atividades em nome e no interesse do povo, o verdadeiro titular do direito, motivo pelo qual o processo se apresenta com inúmeras finalidades.

Dessa maneira, vale lembrar que o agente público exerce suas funções por um determinado período de tempo e depois vai embora (aposenta-se, falece, termina o mandato etc.), mas a Administração fica com seus bens e os vínculos celebrados a longo prazo, sendo indispensável o processo como **mecanismo de documentação** da atuação estatal. Enquanto instrumento de documentação, o processo explica as decisões de um dado momento histórico, descreve as razões que justificaram certa providência à época em que foi tomada, permitindo muitas vezes a compreensão da atual realidade.

O processo também representa instrumento para a **transparência na ação estatal**. São providências públicas que dão clarividência às decisões tomadas pelo Administrador, permitindo ao titular do direito conhecer as reais razões das medidas exercidas para protegê-lo. Com isso, além de dar conhecimento ao titular do direito, também viabiliza a fiscalização da atividade, portanto o processo também é **mecanismo de controle**.

É no processo que o Administrador vai explicar e fundamentar a realização do ato, demonstrando a conveniência e oportunidade, a urgência, a gravidade da medida necessária ao caso concreto, o excepcional interesse público, além de outras razões, o que o torna também instrumento de **fundamentação da conduta**, de legitimação **da atividade administrativa**. Por exemplo, tratando-se de uma hipótese de contratação direta, com dispensa ou inexigibilidade de licitação, é no processo que o Administrador deve apontar o fundamento, qual a hipótese de dispensa ou inexigibilidade é aplicável, com todos os elementos para demonstrar a veracidade

<sup>1</sup> A Lei 9.784/99 foi alterada pela Lei n. 14.210/2021 introduzindo no âmbito dos processos administrativos federais a denominada "decisão coordenada" que o leitor pode verificar mais detalhes no Capítulo de Atos Administrativos.

do ato (se urgência, se serviço singular prestado com exclusividade, o valor baixo, o fornecedor exclusivo, a necessidade excepcional como nas locações, além de outras).

Com todos esses cuidados, quando o Administrador tem a obrigação de escrever suas razões, reduzir a termo, guardar a história para sempre, o processo também passa a servir como **instrumento para inibir as condutas arbitrárias**. Descrever o abuso é sempre mais difícil, não que isso não aconteça, mas, com certeza, representa um elemento a mais na construção de uma Administração responsável e legal.

Na história, o processo nem sempre foi utilizado para o bem. Muitas vezes apareceu como mecanismo de perseguição, usado como instrumento de vingança, de enriquecimento ilícito, de disfarce para os abusos do Estado. Hoje os novos modelos de processo representam uma forma de superação da atuação estatal autoritária, tendo uma nova face baseada nos princípios da responsabilidade pelos atos praticados atrelados ao princípio da moralidade administrativa.

Representa elemento importante para a **segurança jurídica** e deve ser praticado conforme o modelo constitucional. O processo com o perfil atual retrata o homem e sua luta pela democratização, a conveniência estatal civilizada, constituindo um meio para consolidar a segurança social, e não um fim em si mesmo. É uma certeza a mais da Democracia realizável pelo Direito, ao garantir ao homem que a justiça pelas próprias mãos é desnecessária porque o Estado a fará por meio do processo, justificando sua própria existência.

Sob esse prisma, o processo é também utilizado como **mecanismo de defesa**, quando, frente a todas as considerações anteriores, ele serve para defender os administrados e os próprios servidores públicos das arbitrariedades dos administradores.

Para a orientação mais moderna do Direito Administrativo, o processo é **condição para formalização dos atos administrativos**. É elemento indispensável, pois, com a formalização dos comportamentos, afasta-se o elemento de surpresa permanente para que a atuação estatal não represente um elemento de tensão social. É condição prévia do ato e não se confunde com ele.

Portanto, a Corte Suprema hoje decide que a regra é a adoção do processo como medida indispensável à atuação da Administração, condição de estabilidade social compatível com o Estado Democrático de Direito. E mais, não se discute a sua obrigatoriedade quanto se tratar de ato que atinja a esfera de direitos dos administrados, especialmente no que tange ao processo disciplinar e aos restritivos de direitos. Observe que a matéria já foi discutida em sede de repercussão geral, por meio do RE 594.296, e teve o mérito julgado em setembro de 2011, para reforçar a posição da casa quanto a necessidade de instauração de procedimento administrativo sob o rito do devido processo legal e com a obediência aos princípios do contraditório e da ampla defesa quando da formalização de atos administrativos que repercutem no campo de interesses individuais. Observe a ementa abaixo:

(...) 1. Ao Estado é facultada a revogação de atos que repute ilegalmente praticados; porém, se de tais atos já decorreram efeitos concretos, seu desfazimento deve ser precedido de regular processo administrativo. 2. Ordem de revisão de contagem de tempo de serviço, de cancelamento de quinquênios e de devolução de valores tidos por indevidamente recebidos apenas pode ser imposta ao servidor depois de submetida a questão ao devido processo administrativo, em que se mostra de obrigatória observância o respeito ao princípio do contraditório e da ampla

defesa. (...) (RE 594.296, STF – Tribunal Pleno, rel. Min. Dias Toffoli, julgamento 21-09-2011, Repercussão Geral – Mérito Acórdão Eletrônico, 13-02-2012).

Complementa ainda que a exigência do processo também está para os que exercem função pública fora da Administração Direta, como, por exemplo, os conselhos de classe, as empresas públicas, além de outras.

Entretanto, vale lembrar que a própria doutrina reconhece que em algumas circunstâncias esse processo fica mitigado, reduzido a um simples mecanismo de documentação, mas não deixa de existir como requisito formal, fato observado nas situações urgentes.

Importante ainda anotar que a Lei n. 13.655, de 25-04-2018, que modificou a Lei de Introdução ao Direito Brasileiro visando a maior segurança jurídica e eficiência na criação e aplicação do direito público, tem grande espectro de incidência, considerando que tal diploma constitui uma “norma de supradireito”, influenciando o ordenamento jurídico em sua totalidade. O diploma estabelece em vários dispositivos regras sobre processo administrativo, o que muito interessa a esse capítulo. A nova regra afasta decisões com valores abstratos e sem observar as consequências práticas, além de reforçar a sua necessidade de motivação, prestigia o consequencialismo e valoriza a previsibilidade, estabelece o primado da realidade exigindo a consideração dos obstáculos e dificuldades reais e as circunstâncias práticas, além de outras.

O que se pretende é a ideia de que a realização humana de justiça, já implementada pelo Poder Judiciário, também seja aplicada na via administrativa, observando para o processo administrativo os mesmos paradigmas comuns ao ramo do processo penal e do processo civil, que são aspectos já sedimentados. Na verdade percebeu-se que a mesma vulnerabilidade existente nos processos judiciais colocando o cidadão à mercê da vontade do Estado também aparece no processo administrativo, dependendo, assim, de certas cautelas, de limites a essa atuação.

Portanto, consolida-se hoje na jurisprudência nacional o processo como um direito fundamental do indivíduo. Isso significa dizer que não basta um processo qualquer, um simples direito formal, mas aquele que se submete aos princípios constitucionais, devendo obedecer às regras previstas no modelo constitucional como condição para a eficiência da função estatal, que é essencial, e a eficácia da decisão proferida pelo Estado.

Assim, a existência do processo e a aplicação de seus princípios são garantias inafastáveis, sob pena de nulidade do ato administrativo praticado, o que justifica um estudo detalhado desse ponto a ser feito no tópico seguinte.

#### **4. PRINCÍPIOS DO PROCESSO ADMINISTRATIVO**

Para o processo administrativo, aplicam-se todos os princípios definidores do Direito Administrativo, além dos princípios específicos previstos no texto constitucional e na lei geral do processo administrativo, tais como: devido processo legal, ampla defesa, contraditório, verdade real, legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, oficialidade, segurança jurídica, do interesse público, e da eficiência e outros.

A Constituição de 1988 desenhou um novo processo administrativo mais democrático, seguro e com ampla garantia de contraditório e ampla defesa, o que não ocorria nos textos anteriores. Tal garantia, com todos os recursos cabíveis, significa dar a mesma tutela jurídica dos processos judiciais à via administrativa, o que depende da garantia de informação do ato praticado no processo e de seu conteúdo; direito à manifestação e à certeza de ver seus argumentos sendo considerados pelo julgador, além de outros desdobramentos.

#### 4.1. Princípio do devido processo legal

O devido processo legal é referência como regra constitucional desde a CF de 1824, entretanto a sua aplicação restringia-se à via judicial, até que a Constituição de 1988 trouxe a grande novidade ao estendê-lo ao processo administrativo.

Representa um superprincípio norteador de todo o ordenamento jurídico. Um direito fundamental previsto no art. 5º, LIV, da CF, segundo o qual: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”, regra imune à alteração constitucional e de aplicabilidade imediata. Fazer processo conforme determina a lei é um princípio que rege todo o sistema jurídico, fundamentado no princípio da legalidade, que informa a maneira de serem realizados todos os procedimentos judiciais, assim como os administrativos. O processo, conforme estabelece a previsão legal, assegura que as relações estabelecidas pelo Estado sejam participativas e igualitárias. Traz a certeza de que o processo de tomada de decisão pelo Poder Público não seja um procedimento arbitrário, mas um meio de afirmação da própria legitimidade e de afirmação perante o indivíduo.

Por tais razões, tendo em vista a ligação substancial entre o devido processo legal e o Estado Democrático de Direito, eis que um Estado não pode ser de direito e muito menos democrático se não confere ao cidadão os instrumentos necessários ao exercício dos mais diversos direitos, sejam eles coletivos ou individuais, que a Lei Fundamental consagra. É evidente que o Estado, entendido na sua mais abrangente acepção, está adstrito à observância dos preceitos inerentes ao devido processo legal, pois este não constitui uma mera faculdade, mas sim um dever, uma regra imperativa.

Portanto, hoje não resta dúvida de que a Administração Pública para praticar os seus atos deve atender à exigência de processo administrativo prévio cuja realização se deve observar o devido processo legal. A orientação do STF, nesse sentido, é pacífica: “Concurso público. Nomeações. Anulação. Devido processo legal. O Supremo Tribunal Federal fixou jurisprudência no sentido de que é necessária a observância do devido processo legal para a anulação de ato administrativo que tenha repercutido no campo de interesses individuais” (RE 501.869 AgR/RS, STF – Segunda Turma, rel. Min. Eros Grau, julgamento 23-09-2008, *DJe* 206, 30-10-2008).

Dois pontos são fundamentais nessa exigência: primeiro, o devido processo legal é indiscutível quando o ato atingir a órbita de direitos dos administrados, fazendo-se necessário garantir ao atingido o direito de participar; segundo, a sua observância é fundamental para a desconstituição das relações já consolidadas.

**EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADMINISTRATIVO. COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA. IMPOSSIBILIDADE DA ANÁLISE DA LEGISLAÇÃO ESTADUAL (SÚMULA N. 280). OFENSA CONSTITUCIONAL IN-**

**DIRETA. POSSIBILIDADE DE A ADMINISTRAÇÃO ANULAR OU REVOGAR SEUS ATOS. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.** A jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de que a Administração Pública pode anular os seus próprios atos quando ilegais, conforme o disposto na Súmula n. 473 do Supremo Tribunal, desde que observado o devido processo legal, para desconstituir as situações jurídicas consolidadas que repercutem no âmbito dos interesses individuais dos administrados (AI 730.928 AgR/SP, STF – Primeira Turma, rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento 26-05-2009, *DJe* 121, 30-06-2009).

Seguir o devido processo legal significa observar todos os demais princípios apontados no texto constitucional e na forma infraconstitucional, aspectos que também merecem estudo.

#### **4.2. Princípio do contraditório**

Os princípios do contraditório e da ampla defesa estão previstos no art. 5º, LV, da CF, que dispõe o seguinte: “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”. São corolários do princípio do devido processo legal, caracterizados pela possibilidade de resposta e a utilização de todos os meios de defesa em Direito admitidos.

Esses princípios, bastante antigos para os processos judiciais, já estão cristalizados e sedimentados, o que se faz impossível imaginar na via judicial alguém ser condenado sem ter tido ciência do processo ou sem direito de defesa, vícios esses que seriam plenamente rechaçados. Entretanto, como na via administrativa são novidades da CF de 1988, os administradores ainda estão aprendendo os seus significados, estão “começando” a acolher a determinação constitucional, daí por que a ausência deles ainda representa um grande índice de nulidades em processos administrativos. Isso denota a necessidade de eles serem consolidados.

O contraditório é inerente ao direito de defesa; é fundamental para a constituição da relação jurídica processual. Esse princípio tem fulcro em duas bases: de um lado, a base lógica que representa a condição bilateral da relação e do outro, a política, considerando que ninguém pode ser processado e julgado sem ter conhecimento do processo e sem ser ouvido.

Reconhece-se que o contraditório é a democracia no processo, que consiste no direito à participação, o que se opera com a realização de tal regra. Esse princípio deve ser visto como manifestação do exercício democrático de um poder. Significa dizer que o processo exige que seus sujeitos tomem conhecimento de todos os fatos que venham a ocorrer durante seu curso, podendo ainda se manifestar sobre tais acontecimentos. Vários instrumentos são utilizados para viabilizar essa participação: a citação (garantia de informação da existência do processo), prazo para apresentar a defesa, direito de juntar documentos e manifestar-se sobre os juntados pela outra parte.

A doutrina o define como um binômio: informação + possibilidade de manifestação.

Essa garantia conta com dois aspectos diferentes: o aspecto formal, que é a condição de participar, de falar no processo quando dele se toma ciência; o substancial, que significa o “poder de influência”, de interferir no convencimento do julgador.

Sobre o tema, vale citar o trecho do voto do Min. Gilmar Mendes no julgamento do Tema 445 que discutia o prazo decadencial de 5 anos para as decisões do Tribunal de Contas, o Ministro reconheceu que em razão do princípio do contraditório “há que se entender não só o direito de manifestação e o direito de informação sobre o objeto do processo, mas também o direito de ver os seus argumentos contemplados pelo órgão incumbido de julgar”, “não sendo suficiente apenas a notificação após já proferida a decisão que declarou a ilegalidade do ato”. (STF - RE 636886, Rel. Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, julgamento 20-04-2020, *DJe* 24-06-2020) (grifos nossos)

Para a aplicação verdadeira desse princípio, é, portanto, indispensável a possibilidade de interferir no convencimento do julgador, a certeza da paridade inicial entre as partes, evitando impedir que a igualdade de direitos se transforme em desigualdade de fato por causa da inferioridade de cultura ou de meios econômicos entre os participantes. Com isso torna-se fundamental: a notificação dos atos processuais à parte interessada; a possibilidade de exame das provas constantes do processo; o direito de participar da construção da prova, além de apresentar defesa escrita, aspectos que também estão presentes no princípio da ampla defesa, considerando que esses princípios estão sempre interligados.

### 4.3. Princípio da ampla defesa

O princípio da ampla defesa é uma exigência indispensável para um Estado Democrático. Esse princípio é inerente ao direito de ação, à garantia à tutela jurisdicional, uma consequência do devido processo legal, porém tem características próprias.

Para efetivação do princípio da ampla defesa, há algumas **exigências, alguns desdobramentos**, condições indispensáveis<sup>2</sup>. O primeiro aspecto é o **caráter prévio da defesa**, característica imprescindível para o exercício da garantia. É preciso lembrar que, para que essa regra seja verdadeiramente implementada, os procedimentos e as possíveis penalidades aplicáveis ao caso devem estar predeterminados, e essa normatização deve anteceder ao exercício da defesa. Afinal, ninguém pode efetivamente se defender, escolher as melhores estratégias e fundamentações, sem antes conhecer as etapas do procedimento e as consequências possíveis.

Exige-se ainda a total observância ao **direito à informação geral**, decorrente dos princípios do contraditório e da publicidade, tornando-se fundamental o conhecimento do conteúdo do processo, de seus documentos, decisões e provas. Essa regra é óbvia, pois não é possível imaginar ampla defesa se o interessado sequer sabe da existência do processo, ou já dele tomou ciência, mas desconhece o seu conteúdo. Enfim, ninguém pode se defender do que desconhece, o que também inviabiliza o controle pelo Poder Judiciário.

<sup>2</sup> Essas exigências tornam-se ainda mais importantes nos processos administrativos disciplinares.

O **direito de vistas** do processo deve ser exercido na própria repartição e com a companhia do servidor responsável, normalmente membro da comissão processante. A depender da lei que regulamenta cada processo, a regra é que não é possível fazer carga de processo administrativo (retirá-lo da repartição). Tal direito não pode ser violado, entretanto a Administração Pública pode, de acordo com a sua conveniência, definir a forma de exercê-lo. Assim já decidiu o STF sobre o direito de informação nos processos administrativos que tramitam no TCU:

**EMENTA:** Tribunal de Contas da União: direito de acesso a documentos de processo administrativo. CF, arts. 5º, XXXIII, XXXIV, “b”, e LXXII, e 37. Processo de representação instaurado para apurar eventual desvio dos recursos arrecadados com a exploração provisória do Complexo Pousada Esmeralda, situado no arquipélago de Fernando de Noronha/PE: direito da empresa-impetrante, permissionária de uso, **ter vista dos autos da representação mencionada, a fim de obter elementos que sirvam para a sua defesa em processos judiciais nos quais figura como parte.** Não incidência, no caso, de qualquer limitação às garantias constitucionais (incisos X e XXXIII, respectivamente, do art. 5º da CF). **Ressalva da conveniência de se determinar que a vista pretendida se restrinja ao local da repartição, ou, quando permitida a retirada dos autos, seja fixado prazo para tanto** (MS 25.382/DF, STF – Tribunal Pleno, rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento 15-02-2006, DJ 31-03-2006) (grifos da autora).

Quanto ao **direito de cópias** dos autos, é ele uma consequência do direito de informação, todavia não é assegurada a gratuidade, podendo a Administração exigir prévio recolhimento em guia própria, somente com o objetivo de custear as despesas. Caso a administração não tenha equipamentos para produzir as cópias, ela deve estabelecer um procedimento para que o interessado as obtenha, por exemplo, determinando que um servidor o acompanhe até uma loja especializada. Segundo orientação de diversos órgãos públicos, advogado sem procuração não pode requerer cópias, especialmente no tocante a processos disciplinares em que a publicidade é vista com reservas, devendo essa ocorrer para quem tem interesse no processo.

No que tange à **produção de provas**, esse direito não pode se apresentar somente como uma condição formal. A parte tem direito à produção das provas que entender necessárias à sua defesa, mas não basta a produção; esse princípio exige que a prova seja avaliada, que possa interferir e participar da construção do convencimento do julgador, ressalvadas, é claro, as práticas abusivas, as provas com fins procrastinatórios ou para tumultuar o processo, além das provas obtidas por meios ilícitos.

Um desdobramento que foi objeto de muita discussão na jurisprudência é a **exigência de defesa técnica nos processos administrativos**, especialmente nos disciplinares, no qual se discute se a presença do advogado é ou não obrigatória.

Para os processos disciplinares, no âmbito federal, a **presença do advogado** é uma faculdade de que o servidor público dispõe, conforme prevê o art. 156 da Lei n. 8.112/90 (Estatuto dos Servidores Públicos da União). Dessa forma, a lei não exige a defesa elaborada por profissional da área jurídica. Entretanto, a orientação na doutrina e na jurisprudência é a de que o administrador não pode prejudicar a realização dessa defesa, devendo, inclusive, viabilizar a sua realização como medida de justiça. No entanto, algumas exceções são reconhecidas, como, por exemplo, o caso de servidor que, submetido a tal processo, encontre-se em lugar incerto e não sabido, situação

em que cabe ao órgão público a que pertence designar um procurador; e, ainda, o fato de o assunto objeto do processo ser muito complexo e fugir à compreensão do servidor para ele próprio defender-se. Nesse caso, se ele não dispuser de recursos para contratar um advogado, cabe ao órgão público colocar um defensor à sua disposição.

Com o passar dos anos, o fortalecimento das garantias constitucionais, o reconhecimento e a necessidade de aplicação do princípio da ampla defesa levaram o Superior Tribunal de Justiça a reconhecer a importância da defesa técnica nesses processos. Para o STJ, a presença do advogado colabora com a regularidade do processo, garantindo o equilíbrio entre as partes e a segurança jurídica. Consolidada a orientação nesse Tribunal, a matéria foi objeto de súmula, a Súmula n. 343, que estabelece: “É obrigatória a presença de advogado em todas as fases do processo administrativo disciplinar” (editada em 21-09-2007).

Porém, essa orientação não prevaleceu no Supremo Tribunal Federal, que, no ano passado, editou a Súmula Vinculante n. 5, reconhecendo ser dispensável a presença do advogado, ao dispor que: “A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição”<sup>3</sup>. Não resta mais o que discutir, considerando os efeitos vinculantes dessa medida. Em maio de 2021, o STJ, cancela formalmente o enunciado da Súmula 343<sup>4</sup>.

Também é necessária a fiel obediência ao **direito de recurso**. Essa garantia viabiliza a revisão de uma decisão, buscando a correção de qualquer injustiça ou abuso praticado pela autoridade julgadora. Esse direito independe de previsão explícita em lei, tendo em vista que o mesmo art. 5º, LV, em sua parte final, diz que há ampla defesa com meios e recursos a ela inerentes. Mesmo para aqueles que interpretam esse dispositivo de forma diferente, há possibilidade de interposição de recurso, sem

<sup>3</sup> Infelizmente a edição dessa nova súmula vinculante representa um retrocesso na evolução dos princípios constitucionais e na consolidação do direito de ampla defesa. Aparentemente a medida respaldou-se mais em fins econômicos do que jurídicos propriamente ditos. Quando do julgamento, o Advogado-Geral da União, José Antônio Dias Toffoli, advertiu quanto aos riscos da consolidação do entendimento do STJ, alertando para os custos que isso iria gerar para o Estado. Na verdade, não se pode desconsiderar o fato de que, com a orientação da Súmula n. 343, muitos servidores demitidos do serviço público, sem a presença do advogado em seus processos, teriam o direito de voltar a seus cargos com o reconhecimento da nulidade, o que representaria um prêmio aos servidores infratores. Entretanto, acredita-se que essa situação poderia ser evitada com a edição de uma súmula vinculante que determinasse um limite temporal para a aplicação dessa garantia, mas infelizmente não foi isso que ocorreu. Diante de tal cenário, a Súmula n. 343 perde o seu sentido, considerando que a Súmula Vinculante n. 5 obriga todos os demais órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública.

<sup>4</sup> Interessante registrar a discussão acerca da previsão na nova Lei de Licitações (Lei n. 14.133/2021) acerca da promoção da defesa dos agentes públicos pela advocacia pública daqueles atuantes no processo de contratação (art. 10). O dispositivo prevê a possibilidade de representação judicial ou extrajudicial pela advocacia pública, de autoridades competentes e agentes públicos que tiverem participado dos procedimentos relacionados a licitações e contratos, para a defesa nas esferas administrativa, controladora ou judicial, em razão de ato praticado com estrita observância de orientação constante em parecer jurídico elaborado na forma do § 1º do art. 53 daquela lei. Afastou a possibilidade de tal representação na hipótese de haver provas da prática de atos ilícitos dolosos pelos referidos agentes. O tema está sendo discutido na ADI 6915, tendo em vista o questionamento acerca de que tal imposição estaria por violar a autonomia dos Estados e Municípios. A Procuradoria Geral da República ao manifestar-se nos autos, opinou pela “inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto, do art. 10 da Lei 14.133/2021, de maneira que o dispositivo não configure a obrigatoriedade de defesa judicial do agente público atuante em licitações e contratos pelos órgãos da advocacia pública, mas represente apenas a possibilidade de se autorizar a realização dessa representação judicial, por parte da assessoria jurídica que emitiu o parecer atestando a legalidade prévia do ato”.

previsão específica em lei, em razão do direito constitucional de petição, definido no art. 5º, XXXIV, alínea “a”, da CF.

Para o efetivo direito de recorrer, a decisão deve cumprir o princípio da motivação, e a parte tem que ter ciência dessas razões. Nesse ponto, relevante é o art. 20, parágrafo único da Lei n. 13.655 que alterou a Lei de Introdução do direito Brasileiro que exige a motivação nas decisões nas esferas administrativa, controladora e judicial, devendo a autoridade demonstrar a necessidade e a adequação da medida imposta, inclusive em face das possíveis alternativas.

A jurisprudência brasileira já consolidou entendimento no sentido de que o recurso administrativo não pode ser condicionado ao depósito prévio. Assim, orienta o STF que *“a exigência de depósito ou arrolamento prévio de bens e direitos como condição de admissibilidade de recurso administrativo constitui obstáculo sério (e intransponível, para consideráveis parcelas da população) ao exercício do direito de petição, além de caracterizar ofensa aos princípios do contraditório e ampla defesa. Em determinadas situações, segundo os Ministros, essa exigência pode converter-se em supressão do direito de recorrer, constituindo, assim, nítida violação do princípio da proporcionalidade”* (RE 388.359/PE, STF – Tribunal Pleno, rel. Min. Marco Aurélio, julgamento 28-03-2007, DJ 22-06-2007, p. 17) (grifos da autora).

Essa matéria também já foi objeto de discussão em sede de repercussão geral no STF, no julgamento do Agravo de Instrumento 698.626, e hoje é objeto da Súmula Vinculante n. 21, que define: *“É inconstitucional a exigência de depósito ou arrolamento prévios de dinheiro ou bens para admissibilidade de recurso administrativo”*. Observe a ementa que levou a edição da tese:

**“EMENTA: QUESTÃO DE ORDEM. AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONVERSÃO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO (CPC, ART. 544, §§ 3º E 4º). EXIGÊNCIA DE DEPÓSITO PRÉVIO EM RECURSO ADMINISTRATIVO. RELEVÂNCIA ECONÔMICA, SOCIAL E JURÍDICA DA CONTROVÉRSIA. RECONHECIMENTO DA EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL DA QUESTÃO DEDUZIDA NO APELO EXTREMOINTERPOSTO. PRECEDENTES DESTA CORTE A RESPEITO DA INCONSTITUCIONALIDADE DA EXIGÊNCIA COMO REQUISITO DE ADMISSIBILIDADE DE RECURSO ADMINISTRATIVO. RATIFICAÇÃO DO ENTENDIMENTO. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DOS PROCEDIMENTOS DA REPERCUSSÃO GERAL (CPC, ART. 543-B).** 1. Mostram-se atendidos todos os pressupostos de admissibilidade, inclusive quanto à formal e expressa defesa pela repercussão geral da matéria submetida a esta Corte Suprema. Da mesma forma, o instrumento formado traz consigo todos os subsídios necessários ao perfeito exame do mérito da controvérsia. Conveniência da conversão dos autos em recurso extraordinário. 2. A exigência de depósito prévio como requisito de admissibilidade de recurso administrativo – assunto de indiscutível relevância econômica, social e jurídica – já teve a sua inconstitucionalidade reconhecida por esta Corte, no julgamento do RE 388.359, do RE 389.383 e do RE 390.513, todos de relatoria do eminente Ministro Marco Aurélio. 3. Ratificado o entendimento firmado por este Supremo Tribunal Federal, aplicam-se aos recursos extraordinários os mecanismos previstos no § 1º do art. 543-B, do CPC. 4. Questão de ordem resolvida, com a conversão do agravo de instrumento em recurso extraordinário, o reconhecimento da existência da repercussão geral da questão constitucional nele discutida, bem como ratificada a jurisprudência desta Corte a respeito da matéria, a fim de possibilitar a aplicação do art. 543-B, do CPC” (AI 698.626 RG-QO/SP, STF – Repercussão Geral, rel. Min. Ellen Gracie, julgamento 02-10-2008, DJe 232, 04-12-2008).

Para o Superior Tribunal de Justiça, a matéria foi objeto de edição da Súmula n. 373, que dispõe: “É ilegítima a exigência de depósito prévio para admissibilidade de recurso administrativo”, publicada em 30-03-2009.

Em **resumo**:

SÃO EXIGÊNCIAS PARA A VERDADEIRA AMPLA DEFESA:
a) defesa prévia, com procedimentos e penas preestabelecidos;
b) direito às informações do processo;
c) direito à produção de provas (prova produzida e prova participando do convencimento do julgador);
d) viabilização de defesa técnica (não é obrigatória, mas não deve ser prejudicada);
e) direito a recurso.

Não é demais salientar que os princípios do contraditório e da ampla defesa, apesar da grande força e exigência constitucional, estão sempre sendo debatidos perante os Tribunais. Em frequente discussão, principalmente no âmbito dos órgãos de controle como no Tribunal de Contas, alguns pontos foram levados à Suprema Corte, que buscando estancar algumas dúvidas editou a **Súmula Vinculante n. 3** cujo texto garante: “Nos processos perante o Tribunal de Contas da União asseguram-se o contraditório e a ampla defesa quando da decisão puder resultar anulação ou revogação de ato administrativo que beneficie o interessado, excetuada a apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão”.

É necessário compreender o enunciado da súmula sob dois enfoques distintos: a primeira parte garante, nos processos perante o Tribunal de Contas da União, o direito ao contraditório e à ampla defesa quando da decisão puder resultar anulação ou revogação de ato administrativo que beneficie o interessado. Conforme já mencionamos no Capítulo 2, tal regra é bastante simples e facilmente justificável, não sendo possível admitir que alguém possa ser atingido por uma decisão (no caso do TCU) e não tenha direito de participar da sua construção. Na prática isso ocorria porque a relação era constituída entre o Tribunal e o Administrador que prestou contas, e dela poderia surgir um resultado que viria a atingir terceiros que não tinham participado da relação, o que é incoerente e viola o modelo constitucional do processo administrativo, ficando essa prática afastada com a edição da súmula.

Limitando o alcance da Súmula, o STF na segunda parte do enunciado exclui o contraditório e ampla defesa da análise do ato complexo de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão. Importante lembrar que, para aperfeiçoamento do ato complexo, são necessárias duas manifestações de vontade advindas de órgãos diferentes: da autoridade do órgão de origem do servidor e do Tribunal de Contas. O ato somente vai estar pronto para o mundo jurídico após as duas manifestações. Assim, quando o TCU manifesta-se nesse tipo de ato, não há ainda para o servidor um direito constituído, considerando que a situação ainda não está aperfeiçoada. Por essa razão, a decisão do TCU não vai atingir um direito, afastando o STF, com isso, a necessidade de contraditório e ampla defesa para o interessado.

Ainda sobre o controle do Tribunal de Contas na apreciação dos atos concessivos da aposentadoria durante muitos anos se discutia se tais tribunais teriam prazo para análise dos pedidos de concessão inicial de aposentadoria que chegavam até a corte. O STF para resolver tal questão decidiu, em sede de repercussão com o Tema n. 445, que:

TESE 445: “Em atenção aos princípios da segurança jurídica e da confiança legítima, os Tribunais de Contas estão sujeitos ao prazo de cinco anos para o julgamento da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma ou pensão, a contar da chegada do processo à respectiva Corte de Contas.” (RE 636553/RS - STF. Plenário. Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento 19. 02. 2020).

Durante o julgamento, na íntegra do voto, ao citar a Súmula Vinculante n. 03, o relator, esclarece que:

“(…) Nas hipóteses em que existe ato jurídico perfeito – isto é, já julgado e devidamente registrado pelo Tribunal de Contas – que concede aposentadoria ou pensão, entende esta Corte que a sua posterior anulação pelo próprio Tribunal de Contas, após decorrido um extenso lapso temporal e criada situação de estabilidade jurídica para o administrado, deve ser precedida de processo administrativo com plena participação dos interessados, assegurados o contraditório e a ampla defesa. Nos demais casos, considera-se que o julgamento pelo Tribunal de Contas da legalidade dos atos administrativos concessivos de aposentadorias ou pensões realiza-se sem a participação dos interessados e não se submete a prazo decadencial. Entretanto, é preciso observar esse entendimento à luz da ponderação entre o princípio da segurança jurídica, como “subprincípio” do Estado de Direito, e o princípio da legalidade dos atos da Administração Pública, levando em conta as garantias fundamentais da ampla defesa e do contraditório e sua incidência no âmbito dos processos administrativos. (...) O Tribunal de Contas da União não está adstrito ao prazo decadencial previsto no art. 54 da Lei 9.784/99 para o julgamento da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma ou pensão. Todavia, caso ultrapassados mais de cinco anos do recebimento pela Corte de Contas do referido procedimento, sem que tenha havido a apreciação de sua legalidade, deve ser assegurado aos interessados o uso das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa. (...)”

#### **4.4. Princípio da verdade real**

A dicotomia entre a verdade real e a verdade formal surgiu da contraposição entre o processo civil e o processo penal. Era muito frequente entre os processualistas a afirmação de que no processo penal buscava-se a verdade real, o que significa a mais pura verdade, aquilo que realmente aconteceu, a verdade absoluta. E de outra parte, para o processo civil, reservava-se a verdade formal, aquela produzida no processo, construída pelas partes. Para o processo administrativo, a doutrina reconhece a aplicação da verdade real.

Entretanto, com a evolução do processo, a verdade formal se tornou inconsistente e vem perdendo seu prestígio já que as partes não podem se contentar em perder os seus bens e os seus direitos com uma verdade produzida, ou melhor, uma “meia verdade” ou uma “quase mentira”. Também a verdade real demonstra-se, com o passar dos anos, uma utopia, já que ter a verdade absoluta é praticamente impossível, primeiro, em razão do tempo, segundo, por imaginar que a mente humana é sempre um mistério muito difícil de ser desvendado, portanto constata-se que nem uma nem outra podem resolver satisfatoriamente a questão.

Frente a esses fatos, hoje os doutrinadores mais modernos defendem a busca de um ponto de equilíbrio entre essas duas propostas, buscando-se a maior aproximação da verdade possível, atendendo uma ordem de aproximação e probabilidade, denominada verossimilhança.

Para o processo administrativo, essa também é a realidade. Apesar de os doutrinadores clássicos continuarem defendendo a verdade material ou real, ela continua sendo um mito. Também se deve reconhecer a necessidade de um processo pontuado por limites temporais e materiais, a exigência de uma decisão produzida em tempo razoável, além dos desafios da falta de estrutura estatal. São todos estes aspectos que justificam a mitigação da verdade absoluta frente a outros princípios e regras constitucionais e legais que também são importantes no atendimento do interesse público, tais como a celeridade, a razoabilidade, a eficiência do provimento, além de outros.

#### 4.5. Princípio da legalidade e princípio da finalidade

O princípio da legalidade, que já foi amplamente tratado no Capítulo do Regime Jurídico Administrativo, também deve ser lembrado dentro do processo administrativo. O objetivo nesse ponto não é aprofundar, mas somente lembrar que o dever de legalidade, do qual decorre o fato de o Administrador só poder fazer o que a lei autoriza ou determina também é alicerce na construção dos diversos processos administrativos.

Vale lembrar que o princípio da legalidade, previsto no art. 5º, II, e no art. 37, *caput*, da CF está na base do Estado Democrático de Direito e garante que todos os conflitos sejam resolvidos pela lei. Esse princípio traduz o primado de que toda a eficácia da atividade administrativa fica condicionada à lei, estando o administrador, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum.

Para atender ao objetivo maior da lei (o seu espírito), a doutrina moderna reconhece o princípio da finalidade, inerente ao princípio da legalidade. O Administrador deve atender ao propósito da norma como um elemento da própria lei, fator que proporciona compreendê-la. Esse princípio representa a obediência não apenas à finalidade própria de todas as leis, que é o interesse público, mas também à finalidade específica abrangida na lei a que esteja dando execução, ao fim específico de cada norma. O desrespeito a tal propósito pode caracterizar desvio de finalidade com conseqüente nulidade do ato.

#### 4.6. Princípio da motivação

A motivação exige da Administração o dever de justificar seus atos, apontando-lhes os fundamentos de direito e de fato, assim como a correlação lógica entre esses fatos ocorridos e o ato praticado, demonstrando a compatibilidade da conduta com a lei. Enfim, exige um raciocínio lógico entre o motivo, o resultado do ato e a lei.

Hoje, prevalece na doutrina e na jurisprudência, apesar de certa divergência<sup>5</sup>, o dever de motivação dos atos e decisões administrativas<sup>6</sup>. O texto constitucional

<sup>5</sup> Vide Capítulo 6 – Ato Administrativo.

<sup>6</sup> Observe orientação jurisprudencial nesse sentido: "(...) 1. O motivo é requisito necessário à formação do ato administrativo e a motivação, alçada à categoria de princípio, é obrigatória ao exame da legalidade, da finalidade e da moralidade administrativa. (...)" (AgRg no RMS 15.350/DF, rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJ 08-09-2003, p. 367).

estabelece essa exigência de forma implícita em diversos dispositivos importantes e de forma expressa em outros.

A previsão decorre do art. 1º, II, da CF, que reconhece como fundamento para a República Federativa do Brasil a cidadania, além de seu parágrafo único, que atribui ao povo a titularidade do poder. Dessa maneira, é fundamental que o titular do poder tenha conhecimento das razões que justificam os diversos atos praticados por seus representantes, os atos administrativos.

A Constituição, visando proporcionar o exercício da titularidade ao povo, também instituiu, como garantia fundamental, o direito de informação, previsto no art. 5º, “b”, XXXIII, uma vez que, se assim não fosse, restariam prejudicados completamente os seus instrumentos de controle, assim como o próprio voto. No mesmo sentido, o art. 5º, XXXIV, alínea “b”, garante a obtenção de certidões em repartições públicas para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal.

É possível ainda fundamentar a exigência de motivação no art. 5º, XXXV, da CF, que assegura a análise pelo Poder Judiciário de qualquer lesão ou ameaça de lesão. Contudo, esse controle só é possível quando se conhecem as razões do ato, pois, caso contrário, o juiz não poderá avaliar se o administrador obedeceu às regras legais e aos princípios constitucionais, como os da eficiência, moralidade, razoabilidade e proporcionalidade, além de outros.

O art. 93, X, da CF estabelece o dever de o Poder Judiciário motivar suas decisões administrativas. Portanto, se o Judiciário, no exercício de uma função atípica, a administrativa, deve motivar os seus atos, com mais razão ainda devem fazê-lo os diversos administradores públicos que exercem tipicamente a função de administrar, devendo a regra ser aplicada por analogia a todos os atos administrativos, independentemente do Poder. Tal exigência de motivar para os demais Poderes, não só para o Poder Judiciário, justifica-se ainda em razão do princípio da isonomia, que não admite tratamento diferenciado quando se trata do exercício da mesma função administrativa.

No plano infraconstitucional, a Lei n. 9.784/99, no art. 2º, parágrafo único, VII, instituiu o dever de indicar os pressupostos de fato e de direito que justificam a atuação do administrador, enquanto no art. 50 se configura a obrigatoriedade de motivação para um rol muito amplo de atos administrativos.

Esse último dispositivo, ao contrário do defendido por alguns doutrinadores, instituiu o dever geral de motivar, considerando que a sua enumeração é tão ampla que acaba incluindo praticamente todos os atos administrativos.

Reforçando o dever geral de motivar as decisões administrativas hoje nos temos a Lei 13.655, de 25.04.2018 que modificou a Lei de Introdução ao Direito Brasileiro estabeleceu no seu art. 20, parágrafo único, a exigência da motivação nas decisões nas esferas administrativa, controladora e judicial, devendo a autoridade demonstrar a necessidade e a adequação da medida imposta, inclusive em face das possíveis alternativas. Norma que tem grande abrangências em todos os ramos do direito não restando mais dúvida quanto a essa exigência nos dias de hoje.

A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações,

decisões ou propostas, que, nesse caso, serão parte integrante do ato. Na solução de vários assuntos da mesma natureza, pode ser utilizado meio mecânico que reproduza os fundamentos das decisões, desde que não prejudique direito ou garantia dos interessados (art. 50, §§ 2º e 3º, da Lei n. 9.784/99).

É também imprescindível que essa motivação seja prévia ou contemporânea à prática do ato. E, ainda, a motivação das decisões de órgãos colegiados e comissões ou de decisões orais constará da respectiva ata ou de termo escrito.

Por fim, vale lembrar que a ausência de motivação gera a ilegalidade do ato administrativo e, conseqüentemente, a sua retirada do ordenamento jurídico, via anulação.

#### **4.7. Princípio da razoabilidade e princípio da proporcionalidade**

O princípio da razoabilidade exige dos administradores públicos a atuação de forma coerente, lógica e ponderada. Para os administrativistas, embutido nesse conceito de congruência está o princípio da proporcionalidade, que exige o equilíbrio entre os benefícios e os prejuízos obtidos com a prática do ato – e mais, o equilíbrio entre os atos e as medidas aplicadas, o que também representa agir de forma razoável.

Esses dois princípios estão implícitos no texto constitucional, mas estão expressos na norma infraconstitucional, regra que decorre do art. 2º da Lei n. 9.784/99, que disciplina o processo administrativo.

Vale ainda ressaltar que hoje esses dois princípios exercem papel importantíssimo no exercício da atividade administrativa, porque representam limites à liberdade do Administrador Público. Dessa forma, o agente tem discricionariedade, mas condicionada ao que é razoável e proporcional, não dispondo de liberdade total. Essas, portanto, são regras que limitam a discricionariedade do Poder Público. E mais, o controle na aplicação desses princípios é controle de regra constitucional, o que significa controle de legalidade em sentido amplo, podendo, por isso, ser realizado pelo Poder Judiciário.

#### **4.8. Princípio da oficialidade**

O princípio da oficialidade impõe à autoridade administrativa competente a obrigação de ordenar, de impulsionar os processos administrativos, agindo com o propósito de resolver adequadamente as questões. A oficialidade desdobra-se nos seguintes elementos:

- a) impulso oficial, que significa impulsionar, dar andamento ao processo independentemente da participação da outra parte;
- b) busca da verdade material, não se limitando à verdade formal, dado o caráter de indisponibilidade dos interesses públicos;
- c) poder de iniciativa investigatória, podendo produzir provas para proteger os direitos dos administrados, tendo em vista o satisfatório esclarecimento da matéria versada.

A doutrina também aponta o **informalismo em favor do administrado** como medida decorrente da oficialidade. Entenda-se que o informalismo não é total; é benefício somente para o administrado e nunca para a Administração. Desse modo, é possível a sua definição nas seguintes palavras: *informalismo para o administrado, formalismo para a Administração*. Nesse contexto, o art. 22 da Lei n. 9.784/99 reforça essa característica dispondo que “os atos do processo administrativo não dependem de forma determinada, senão quando a lei expressamente a exigir”.

Essa liberdade decorre do caráter democrático do Estado e visa garantir o acesso efetivo de todos os administrados ao processo administrativo, permitindo a solução de seus direitos e a segurança social pelo Direito, e não pela força, o que justifica a própria existência do Estado. A ideia é afastar todo formalismo que obstaculize ou impeça a participação do interessado, flexibilizando, dentro do possível, os requisitos de acesso do administrado à via administrativa.

Tal exigência se faz ainda mais importante quando se tem em conta as diferenças socioeconômicas dos administrados em nosso país, marcado por profundas desigualdades regionais e sociais, assim para reduzir esse quadro e permitir que todos tenham acesso ao direito, a lei prevê a “adoção de formas simples, suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados” (art. 2º, parágrafo único, IX, da Lei n. 9.784/99).

#### 4.9. Princípio da autotutela

Pelo princípio da autotutela, a Administração tem a possibilidade de rever os seus próprios atos, sejam quando eivados de vícios, utilizando-se da anulação, ou em razão de inconveniência e inoportunidade, via revogação de atos. Tais hipóteses estão consolidadas nas Súmulas ns. 346 e 473, ambas do STF<sup>7</sup>, e também nas diversas decisões da casa, observe a ementa abaixo:

**EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. INCORPORAÇÃO NO SERVIÇO ATIVO DA AERONÁUTICA APÓS A EDIÇÃO DA PORTARIA 1.104/GM3-64. AUSÊNCIA DO DIREITO À ANISTIA. PODER DE AUTOTUTELA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. TEMPESTIVIDADE. RECURSO ORDINÁRIO DESPROVIDO.** I – Em razão do poder de autotutela, a Administração Pública pode declarar a nulidade de seus próprios atos, quando eivados de vícios que tornem ilegais, ou revogá-los, por motivo de conveniência e oportunidade. II – Agravo regimental improvido (RMS 25.596/DF, STF – Primeira Turma, rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento 1º.04.2008, *DJe* 104, 04-06-2009).

No mesmo sentido, confira decisão mais recente sobre a autotutela do poder público:

**EMENTA: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. ANULAÇÃO DE ANISTIA. DECADÊNCIA. INEXISTÊNCIA. REVISÃO DE ENTENDIMEN-**

<sup>7</sup> A Súmula n. 346 orienta que: “A Administração pode anular os seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos”. Enquanto a Súmula n. 473 diz que: “A Administração pode anular os seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial”.

TO DO STJ. APLICAÇÃO DA ORIENTAÇÃO FIRMADA PELO STF SOB O REGIME DA REPERCUSSÃO GERAL. TEMA 839/STF. SEGURANÇA DENEGADA. 1. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 817.338, submetido ao rito da repercussão geral, definiu a tese segundo a qual, “no exercício do seu poder de autotutela, poderá a Administração Pública rever os atos de concessão de anistia a cabos da Aeronáutica com fundamento na Portaria n. 1.104/1964, quando se comprovar a ausência de ato com motivação exclusivamente política, assegurando-se ao anistiado, em procedimento administrativo, o devido processo legal e a não devolução das verbas já recebidas” (Tema 839/STF). 2. De acordo com a orientação do Pretório Excelso, ocorrendo violação direta do art. 8º da ADCT, é possível a anulação do ato de anistia pela administração pública, mesmo quando decorrido o prazo decadencial contido na Lei N. 9.784/1999. 3. No caso, a impetração procura demonstrar a decadência administrativa para o processo de revisão da anistia e a necessidade de ser observado o princípio da segurança jurídica. A inicial não traz argumentação específica no tocante à existência de vício do processo administrativo instaurado em relação ao impetrante, o que impossibilita, na presente seara, o avanço sobre a existência ou não de violação do princípio do devido processo legal. 4. Segurança denegada. (STJ - MS 19.070/DF, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Rel. p/ Acórdão Min. Og Fernandes, PRIMEIRA SEÇÃO, julgamento 12-02-2020, DJe 27-03-2020)

Esse princípio é amplamente tratado no Capítulo 6 – Ato Administrativo, e também é utilizado no processo administrativo, quando da revisão de seus atos<sup>8</sup>.

#### 4.10. Princípio da celeridade

O princípio da celeridade dos processos administrativos e judiciais está hoje expresso no texto constitucional, no art. 5º, LXXVIII, regra introduzida pela Emenda Constitucional n. 45/2004, a denominada “Reforma do Poder Judiciário”. Segundo a regra, “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Esse inciso descreve toda a preocupação do constituinte durante as discussões da Reforma do Judiciário e a tentativa de aplicação da celeridade para os diversos processos. Entretanto a efetiva aplicação dessa regra exige uma reestruturação da legislação infraconstitucional, eliminando expedientes procrastinatórios, o que viabilizará uma prestação estatal eficaz.

Todavia, é necessário observar que, apesar da regra constitucional expressa, a aplicação desse princípio ainda não é tarefa fácil em razão da subjetividade do termo “prazo razoável” e do que deve ser observado para definir o conteúdo dessa expressão, tais como: a falta de estrutura do Estado para prestar os serviços, a participação muitas vezes tumultuada das partes, o número de envolvidos, as dificuldades na produção das provas, além de outros aspectos. O fato é que o cálculo não é aritmético, cada caso deve ser analisado individualmente, o que dificulta sua aplicação.

<sup>8</sup> A Suprema Corte está discutindo especificadamente a aplicação do art. 54 da Lei n. 9.784/99 nos casos de revisão de atos de aposentadoria. A Repercussão Geral tem como tema: “Segurança jurídica e decadência para o Instituto Nacional do Seguro Social proceder à revisão do critério de reajuste de aposentadoria e pensão por morte, em virtude de alegado erro da Administração” (Tema n. 632). O RE 699.535 ainda está em trâmite e até o fechamento desta edição não havia sido julgado o mérito.