



RELEITURA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL NA ESFERA ADMINISTRATIVA¹

REREADING OF DUE PROCESS OF LAW IN THE ADMINISTRATIVE SPHERE

Ricardo Perlingeiro²

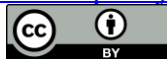
RESUMO: O presente texto discorre sobre o alcance da cláusula constitucional do devido processo legal no direito administrativo brasileiro, lastreando-se na análise das Constituições brasileiras, das Emendas V de 1791 e XIV de 1868 da Constituição dos Estados Unidos da América, do Pacto Internacional relativo aos Direitos Civis e Políticos e dos sistemas europeu e interamericano de direitos humanos. O autor conclui que, tendo a cláusula do devido processo legal (art. 5º LIV da Constituição) sido inspirada no direito constitucional americano, a sua integral implementação no direito brasileiro dependeria de o legislador exercer sua discricionariedade política para adequar a realidade da Administração Pública brasileira à experiência das autoridades quase-independentes que exercem a função de julgar no direito administrativo norte-americano.

PALAVRAS-CHAVE: tutela judicial efetiva; processo administrativo; Administração Pública.

ABSTRACT: This text discusses the scope of the constitutional due process clause in Brazilian administrative law, based on an analysis of the Brazilian Constitution and of the Fifth (1791) and Fourteenth Amendments (1868) to the U.S. Constitution, the International Covenant on Civil and Political Rights, and the European and Inter-American human rights

¹ Artigo recebido em 04/01/2022 e aprovado em 05/02/2022.

² Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense e Professor Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) da Universidade Estácio de Sá. Professor visitante da *Birmingham City University*, Reino Unido. Pesquisador colaborador do Centro de Investigação Jurídico-Econômica da Faculdade de Direito da Universidade do Porto. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual, do Instituto Ibero-americano de Direito Processual e da Associação Internacional de Direito Processual. Desembargador Federal do Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Rio de Janeiro/RJ, Brasil. E-mail: r.perlingeiro@hotmail.com



systems. The author concludes that since the due process clause (Brazilian Constitution Article 5 (54), .i.e. “no one shall be deprived of liberty or property without due process of law”) was inspired by the U.S. Constitution, Brazilian legislators should exercise their powers of discretion to adapt the clause to the realities of the Brazilian public administrative authorities and taking into account the experience acquired by the quasi-independent authorities that perform the adjudicative function under U.S. administrative law.

KEYWORDS: fair trial; administrative proceedings; public administrative authorities.

1. INTRODUÇÃO

O estudo sobre a aplicação do devido processo legal às decisões administrativas no direito constitucional brasileiro requer uma releitura de três normas-chave. De acordo com a metodologia adotada pelo autor, no Brasil, o princípio da tutela judicial efetiva está situado no art. 5º da Constituição Federal, encontrando previsão no inciso XXXV, quanto ao acesso ao Judiciário para a proteção de direitos, no inciso LV, quanto às garantias processuais jurisdicionais, e no inciso LIV, quanto ao devido processo legal.³

De fato, a partir de uma interpretação gramatical dos citados dispositivos, pode-se chegar à conclusão de que o processo perante a Administração Pública deve ter as mesmas características do processo perante o Judiciário. Ocorre que, prevalecendo essa exegese, as consequências seriam nefastas.

Isso porque, invocar o devido processo legal na seara administrativa, com tal perspectiva abrangente, implicaria condicionar o exercício dos poderes sancionatórios e regulamentares ao oferecimento de garantias processuais que não estão ao alcance da Administração Pública brasileira. Como proceder a Administração diante de uma demanda que a obrigue a atuar com observância ao princípio do juiz natural? Como reagir diante da alegação de que a autoridade que preside um processo disciplinar não é inamovível e, por isso, não seria imparcial? São questões que, quando enfrentadas sob a ótica do devido processo legal vigente no âmbito judicial, levariam à paralisação da Administração Pública.

³ Art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.



Nesse contexto, o presente ensaio busca em fontes históricas e comparadas, especialmente nos sistemas internacionais de direitos humanos, expor a verdadeira origem e o alcance, no Brasil, do devido processo legal na seara administrativa, apresentando ainda as razões pelas quais ele não se presta a exigir da Administração Pública brasileira deveres que são típicos do Poder Judiciário no exercício da jurisdição.

2. PARTICULARIDADES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA

A Constituição Federal de 1988, no art. 5º, XXXV, dispõe que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Tal previsão foi introduzida no direito constitucional brasileiro pela Constituição de 1946⁴ e mantida pelas Constituições de 1967⁵ e de 1969.⁶

Conhecido como “princípio da inafastabilidade da jurisdição”, a norma considera o Poder Judiciário a esfera decisória jurisdicional final. Sendo assim, a lei não estará impedida de criar tribunais administrativos ou órgãos similares para a solução de conflitos no âmbito da Administração Pública, porém, das decisões proferidas por tais órgãos, caso haja lesão ou ameaça a direito, sempre será cabível impugnação ao órgão judicial competente segundo as regras processuais vigentes.

No passado, foi essa a intenção da Emenda Constitucional nº 7/1977,⁷ que, alterando a Constituição de 1969, autorizou a criação de contenciosos administrativos e instituiu recursos diretamente para os tribunais contra as suas decisões, sem passar pelos juízes de primeiro grau.⁸

Sendo amplo o controle jurisdicional sobre a decisão administrativa, é unicamente sobre o Poder Judiciário que recaem os deveres internacionais de manter um órgão competente, independente e imparcial para assegurar um processo justo, conforme consta do

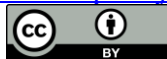
⁴ Art. 141, § 4º, da Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946: “A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual”.

⁵ Art. 150, § 4º, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1967: “A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual”.

⁶ Art. 153, § 4º, Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969: “A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual”.

⁷ BRASIL. Emenda Constitucional nº 7, de 13 de abril de 1977.

⁸ CRETELLA JÚNIOR, José. O contencioso administrativo na Constituição de 1969. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 104, p. 30-48, out. 1971.



art. 8.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) e do art. 14.1 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP). Dessa forma, do ponto de vista do direito internacional de direitos humanos, a atribuição de competência, independência e imparcialidade aos órgãos administrativos destinados à solução de conflitos será uma discricionariedade política do legislador do Estado brasileiro.

O dever de “competência” para o exercício de uma jurisdição efetiva e justa pelo Estado deve ser compreendido como a expertise e qualificação adequadas sobre a questão posta em julgamento. Em geral, tal característica está presente nos órgãos administrativos decisórios brasileiros.

No entanto, não é o que se passa com o dever de “independência” - pressuposto da denominada “imparcialidade objetiva”. Dificilmente, os órgãos administrativos que solucionam conflitos são dotados de funcionários públicos com prerrogativas para uma atuação independente, tal como a inamovibilidade no cargo decisório. Como corolário lógico, é natural que, aos olhos da sociedade, o julgador não seja imparcial.

A exceção fica por conta do Tribunal Marítimo, que se revela um importante exemplo no direito brasileiro de órgão administrativo destinado à solução de conflitos em que os julgadores detêm prerrogativas semelhantes à dos magistrados judiciais. Ele foi instituído pela Lei nº 2.180/1954 e está vinculado ao Ministério da Marinha.⁹

A propósito, a ausência de independência da Administração Pública é considerada justamente o ponto de diferenciação entre as funções jurisdicionais do Judiciário e as funções da Administração voltadas à solução de conflitos.

Em sistemas jurídicos em que as autoridades administrativas solucionam conflitos com independência e imparcialidade, é compreensível que haja uma distribuição de poderes decisórios jurisdicionais entre o Judiciário e o Executivo, sem que isso implique restrição indevida ao direito humano fundamental de acesso a uma prestação jurisdicional para a proteção de direitos. Assim, se a própria Administração Pública assegura aos indivíduos um procedimento com características de um processo jurisdicional, conduzido por autoridades *quasi-judicial*s, admite-se que a norma imponha como condição para acesso ao Judiciário o esgotamento dos meios de impugnação na esfera administrativa. O mesmo se diz quanto ao

⁹ BRASIL. Lei nº 2.180, de 5 de fevereiro de 1954. Dispõe sobre o Tribunal Marítimo.



poder de revisão judicial sobre uma decisão administrativa que, em tal circunstância, pode ser limitado a questões jurídicas e não alcançar as questões fáticas que tenham dado suporte a decisão administrativa impugnada.

No Brasil, a *contrario sensu*, sendo a atuação administrativa de solução de conflitos desprovida de independência e de imparcialidade (objetiva), é certo que o poder de revisão judicial sobre a decisão administrativa é amplo, incidindo sobre os seus aspectos de forma, de conteúdo fático e jurídico,¹⁰ bem como sobre os seus poderes discricionários e sua aferição acerca dos conceitos jurídicos indeterminados.¹¹ Em tal contexto, a impugnação na esfera administrativa revela-se como simples faculdade do interessado, que, ante uma lesão ou ameaça a direito, poderia desde logo optar por buscar a prestação jurisdicional perante um órgão judicial,¹² ou renunciar à via administrativa inicialmente escolhida em prol de uma demanda judicial.¹³ Portanto, somente a inocorrência de lesão ou ameaça a direito seria um obstáculo ao acesso ao órgão judicial brasileiro.

Destaca-se, contudo, que alguns deveres de prestação do Estado, para se tornarem exigíveis, sujeitam-se a uma interpelação prévia do interessado. Isso porque, em tais casos, o Estado não teria como identificar o alcance e o destinatário do dever de prestação. É o que ocorre, por exemplo, com o benefício previdenciário de aposentadoria voluntária, que somente será devido pelo Estado se o interessado indicar previamente que pretende exercer o seu direito.¹⁴

Nesse ponto, nota-se que, ao contrário do que ocorre no direito privado, em que a citação em processo judicial implica interpelação bastante para instituir a *mora ex persona*, nos conflitos administrativos, o requerimento do interessado deve ser apresentado unicamente na esfera administrativa. A via judicial não é a mais adequada, porque ali não se

¹⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Barbani Duarte y otros vs. Uruguay, de 13 de outubro de 2011, § 204.

¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). RMS 24.699. Relator: Min. Eros Grau, 30 de novembro de 2004.

¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). RE 549.238 AgR. Relator: Min. Ricardo Lewandowski de 5 de maio de 2009; Supremo Tribunal Federal (2. Turma). RE 549.055 AgR. Relator: Min. Ayres Britto, de 5 de outubro de 2010.

¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). RE 233.582. Rel. p/o ac. min. Joaquim Barbosa, 16 de agosto de 2007; Supremo Tribunal Federal (1. Turma). RE 469.600 AgR. Relatora: Min. Carmém Lúcia, 08 de fevereiro de 2011.

¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). RE 631.240. Relator: Min. Roberto Barroso, 03 de setembro de 2014.



detém qualificações específicas à avaliação inicial de um requerimento.¹⁵ A exceção fica por conta de três situações excepcionais em que o interessado pode buscar diretamente o Judiciário sem que haja um requerimento administrativo prévio ou uma resposta a ele: a demora desproporcional da Administração Pública em responder ao requerimento administrativo; a certeza *ab initio* por parte do interessado de que a Administração negará o seu requerimento; e o risco de dano irreparável a autorizar uma medida jurisdicional urgente.¹⁶

3. GARANTIAS PROCESSUAIS NO PROCESSO JURISDICIONAL ADMINISTRATIVO

A Constituição Federal de 1988 prevê no art. 5º, LV, que “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”. O dispositivo vem sendo considerado pela jurisprudência como o que estabeleceu no direito brasileiro o devido processo legal na esfera administrativa.¹⁷

Com efeito, as Constituições anteriores nunca se referiram a “litigantes, em processo judicial ou administrativo”, mas apenas ao direito de defesa contra uma acusação e ao direito aos recursos correspondentes perante tribunais.

Encontravam-se assim redigidas as normas constitucionais anteriores:

Constituição de 1891, art. 72, § 16. Aos acusados se assegurará na lei a mais plena defesa, com todos os recursos e meios essenciais a ela, desde a nota de culpa, entregue em 24 horas ao preso e assinada pela autoridade competente com os nomes do acusador e das testemunhas.¹⁸

Constituição de 1934, art. 113, número 24. A lei assegurará aos acusados ampla defesa, com os meios e recursos essenciais a esta.¹⁹

¹⁵ COSTA RICA. Corte Suprema de Justicia de San José de Costa Rica, Exp Exp. 04-005845-007-CO, Res. No. 6866-2005, parágrafo VIII, A. San José, 1º de junho de 2005.

¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). RE 631.240. Relator: Min. Roberto Barroso, 03 de setembro de 2014.

¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AI 207.197 AgR/PR. Relator: Min. Octavio Gallotti, 05 de junho de 1998; Supremo Tribunal Federal. RE 244.027 AgR/SP. Relatora: Min. Ellen Gracie, 28 de junho de 2002; Supremo Tribunal Federal (Pleno). MS 24.961. Relator: Min. Carlos Velloso, 24 de novembro de 2004.

¹⁸ Art. 72, § 16, da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891.

¹⁹ Art. 113, número 24, da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934.



Constituição de 1937, art. 122, 11). (...) a instrução criminal será contraditória, asseguradas antes e depois da formação da culpa as necessárias garantias de defesa.²⁰

Constituição de 1946, art. 141, § 25. É assegurada aos acusados plena defesa, com todos os meios e recursos essenciais a ela, desde a nota de culpa, que, assinada pela autoridade competente, com os nomes do acusador e das testemunhas, será entregue ao preso dentro em vinte e quatro horas. A instrução criminal será contraditória.²¹

Constituição de 1967, art. 150, § 15. A lei assegurará aos acusados ampla defesa, com os recursos a ela inerentes.²²

Constituição de 1969, art. 153, § 15. A lei assegurará aos acusados ampla defesa, com os recursos a ela inerentes.²³

Como se vê, tais normas continham prescrições que não autorizavam uma interpretação que ultrapassasse o direito processual penal.

Note-se que, na atual Constituição, permanece a essência do comando normativo: “[...] aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” (art. 5º, LV). Da forma em que se encontra redigido o dispositivo, referindo-se, primeiramente, “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo” e, na sequência, “aos acusados em geral”, fica claro que ele se dirige apenas os “acusados” no processo penal. Essa ressalva ao direito de defesa contra uma acusação penal é hoje redundante, porque o art. 5º, LIV, da Constituição prevê expressamente o direito ao devido processo legal, que, naturalmente, abarca o processo penal.

Portanto, o que atualmente interessa investigar é o alcance da outra parte do art. 5º, LV (“[...] aos litigantes, em processo judicial ou administrativo [...]”). O entendimento desse trecho pressupõe uma análise histórica da noção de tutela judicial efetiva, mediante uma contextualização no cenário internacional de direitos humanos.

Essa noção é originada na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789²⁴ e, a partir das normas internacionais de direitos humanos subsequentes, passou a ser acompanhada da referência em separado a “determinação de direitos e obrigações de caráter

²⁰ Art. 122, 11), da Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937.

²¹ Art. 141, § 25, da Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946.

²² Art. 150, § 15, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1967.

²³ Art. 153, § 15, da Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969.

²⁴ FRANÇA. Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.



civil”. Não obstante seu embrião possa estar associado às Declarações das colônias norte-americanas,²⁵ o fato é que a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 não consagrou o julgamento prévio e limitou-se, no seu art. 7º, a dispor sobre a reserva da lei como condição prévia a prisões.²⁶

No art. 10 da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, por sua vez, o julgamento prévio como condição clara aos efeitos de uma atuação estatal restritiva de direitos individuais passa a ter previsão apenas no que diz respeito a acusações criminais:

*Everyone is entitled in full equality to a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal, in the determination of his rights and obligations and of any criminal charge against him*²⁷

A Convenção Europeia de Direitos Humanos (CEDH) avança, prescrevendo no art. 6.1 que:

[...] qualquer pessoa tem o direito que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável, por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela.²⁸

No art. 14 do PIDCP, consta que

[...] toda pessoa terá o direito de ser ouvida publicamente e com as devidas garantias por um tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido por lei, na apuração de qualquer acusação de carácter penal formulada contra ela ou na determinação de seus direitos e obrigações de carácter civil.²⁹

Finalmente, a CADH, no art. 8.1, sobre as garantias judiciais, dispõe que:

[...] toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de carácter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.³⁰ (grifo nosso)

²⁵ JELLINEK, Georg. *The declaration of the rights of man and of citizens: a contribution to modern constitutional history*. New York: Henry Holt and Co., 1901, p. 2-7 e 13-21.

²⁶ Art. 7º da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789: “*Nul ne peut être homme accusé, arrêté, ni détenu que dans les cas déterminés par la loi et selon les formes qu'elle a prescrites. Ceux qui sollicitent l'expédient, exécutent ou font exécuter des ordres arbitraires, doivent être punis; Mais tout citoyen appelé ou saisi en vertu de la loi doit obéir à l'instant; il se rend coupable par sa résistance*”.

²⁷ Art. 10 da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.

²⁸ Art. 6.1 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

²⁹ Art. 14 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos.

³⁰ Art. 8.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos.



Embora, em um primeiro momento, pareçam equivalentes, há uma sutil diferença entre as causas penais e as de outra natureza no que toca à forma de incidência da cláusula da tutela judicial efetiva, constante do art. 8.1 da CADH e do art 14 do PIDCP (e do art. 6.1 da CEDH). Ao incluírem o trecho “determinação dos seus direitos e obrigações”, os diplomas visam assegurar aos particulares o acesso à uma prestação jurisdicional justa para fazerem valer os seus direitos subjetivos. Diferentemente, ao atrelar a “apuração de qualquer acusação penal” às garantias processuais, não têm como propósito conferir um direito de ação ao acusado, mas sim impor amarras ao Estado, obrigando-o a abster-se de uma condenação penal sem que haja um prévio processo.

Dito isso, é inegável o paralelo entre as duas normas internacionais em vigor no Brasil (PIDCP e CADH) e a sua Constituição. Referem-se igualmente ao direito humano fundamental a garantias processuais para a proteção de direitos subjetivos os seguintes trechos das normas comparadas:

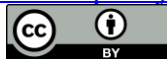
[...] aos litigantes, em processo judicial ou administrativo [...] são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” (Constituição de 1988, art. 5º, LV); [...] na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil [...] (art. 14 do PIDCP); [...] na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza [...] (art. 8.1 da CADH)

Por outro lado, referem-se ao devido processo legal quando diante de uma acusação penal:

[...] e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes [...] (Constituição de 1988, art. 5º LV); [...] na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela [...] (art. 14 do Pacto Internacional relativo aos Direitos Cíveis e Políticos); [...] na apuração de qualquer acusação de caráter penal formulada contra ela [...] (Convenção Americana de Direitos Humanos, art. 8.1)

É importante assinalar que a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH) interpretou que o trecho “[...] determinação dos seus direitos e obrigações de caráter civil [...]”, contido no art. 6.1 da CEDH, alcança as causas de direito administrativo.³¹ O mesmo se passa com a jurisprudência da Corte Interamericana de

³¹ TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS HUMANOS. Sentença Olekasandr Volkov v. Ukraine, de 30 de maio de 2013. No mesmo sentido (como paradigma): Decisão do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, Sentença Vilho Eskelinen v. Finlândia, de 19 de abril de 2007. Ver CHAPUS, René. *Droit du contentieux administratif*. 12. ed. Paris: Montchrestien, 2006, p. 136-138; BARTOLE, Sergio; DE SENA, Pasquale; ZAGREBELSKY, Vñadimiro. *Commentario breve alla Convenzione Europea per la salvaguardia dei Diritti*



Direitos Humanos (Corte I.D.H.), que considera as causas de direito administrativo incluídas no trecho “[...] ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza [...]” do art. 8.1 da CADH.

Nota-se que tanto o TEDH quanto a Corte I.D.H. entendem que a aplicação do princípio da tutela judicial efetiva às causas de direito administrativo se restringe aos processos materialmente jurisdicionais sobre uma questão de direito administrativo.³² Ademais, lembre-se que, no direito administrativo ibero-americano, excluído o direito brasileiro, a expressão “processo administrativo” se refere inegavelmente a um processo jurisdicional sobre uma causa de direito administrativo conduzido por órgãos dotados de competência, independência e imparcialidade.

Nesse passo, vale questionar a intenção do constituinte brasileiro quando se refere a “processo judicial ou administrativo” no art. 5º, LV. O objetivo não teria sido limitar a incidência do dispositivo apenas ao processo jurisdicional sobre as causas de direito administrativo, que no Brasil correm unicamente perante o Judiciário? O mesmo questionamento deve ser feito em relação ao art. 15 do Código de Processo Civil brasileiro³³, que dispõe que “na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente”.³⁴ O Código não estaria se referindo ao processo jurisdicional das causas de direito administrativo ao lado das causas eleitorais e trabalhistas? Em caso positivo, admitir-se-ia a aplicação subsidiária da legislação processual civil ao processo de mandado de segurança, dos juizados federais de pequenas causas, da ação de improbidade, da ação popular etc. De outro lado, sendo negativa a resposta, seria difícil imaginar que um processo perante a Administração Pública brasileira observasse os mesmos princípios e regras processuais de um processo judicial.

dell'Umo e delle libertà fondamentali. Milano: CEDAM, 2012, p. 176; BARRETO, Ireneu Cabral. *A convenção europeia dos direitos do homem anotada*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 150.

³² CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Vélez Loor Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, de 23 de novembro de 2010, Serie C No. 218, § 108.

³³ Art. 15 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil.

³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 5492/DF. Relator: Min. Dias Toffoli, pendente de julgamento.



4. ORIGEM E ALCANCE DO DEVIDO PROCESSO LEGAL NA ESFERA ADMINISTRATIVA

A Constituição de 1988 se refere expressamente ao devido processo legal, no art. 5º, LIV, *in verbis*: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Trata-se de prescrição sem precedentes no direito constitucional brasileiro. A redação utilizada para a cláusula foi claramente influenciada pelo conteúdo das normas que dão lastro ao preceito nos Estados Unidos da América.

A Emenda V de 1791 da Constituição dos Estados Unidos encontrava-se assim disposta:³⁵

*[...] no person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a Grand Jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the Militia, when in actual service in time of War or public danger; nor shall any person be subject for the same offence to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, **nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law**; nor shall private property be taken for public use, without just compensation.* (grifo nosso)³⁶

Com análoga orientação, de acordo com Emenda XIV de 1868, Seção 1:

*[...] No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; **nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law**; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws.*³⁷ (grifo nosso)

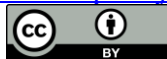
Observe-se que, no direito constitucional norte-americano, a cláusula do devido processo é aberta à proteção da vida, liberdade e propriedade. Do mesmo modo, hoje, a Constituição brasileira se reporta à liberdade e à propriedade ao tratar do devido processo legal.

Na verdade, para compreender o devido processo legal na esfera administrativa e perceber o seu real alcance é preciso regressar ao art. 39 da Carta Magna de 1215, considerada precursora do devido processo legal:

³⁵ Emenda V da Constituição dos Estados Unidos da América.

³⁶ Antes da Constituição de 1787, leis já previam regra semelhante: Acts of Connecticut (Revision of 1784, p. 198), of Pennsylvania, 1782 (2 Laws of Penn. 13); of South Carolina, 1788 (5 Stats. of S.C. 55); New York, 1788 (1 Jones & Varick's Laws, 34).

³⁷ Emenda XIV da Constituição dos Estados Unidos da América.



*No free man shall be seized or imprisoned, or stripped of **his rights or possessions**, or outlawed or exiled, or deprived of his standing in any way, nor will we proceed with force against him, or send others to do so, except by the lawful **judgment** of his equals or by the law of the land^{38 39} (grifo nosso)*

Desde então, o que se busca com o devido processo legal é estabelecer um julgamento prévio a qualquer ato executório do Estado que restrinja direitos subjetivos. Naturalmente, tratando-se de uma época em que não se pensava no direito administrativo, a cláusula em questão se voltava contra mandamentos executivos do Estado de natureza penal, que além da liberdade individual, irradiava efeitos patrimoniais.

No mesmo sentido, o art. 12 da Declaração de Direitos de Massachusetts de 1780 proibia a **restrição de bens** sem que houvesse um julgamento prévio:

*No subject shall be held to answer for any crimes or no offence until the same is fully and plainly, substantially and formally, described to him; or be compelled to accuse, or furnish evidence against himself; and every subject shall have a right to produce all proofs that may be favorable to him; to meet the witnesses against him face to face, and to be fully heard in his defence by himself, or his counsel at his election. And no subject shall be arrested, imprisoned, despoiled, **or deprived of his property**, immunities, or privileges, put out of the protection of the law, exiled or deprived of his life, liberty, or estate, but by the judgment of his peers, or the law of the land.⁴⁰ (grifo nosso)*

Não à toa as matrizes europeias do direito administrativo são rotuladas sistema de tipo francês ou de administração executiva e sistema de tipo britânico ou de administração judiciária.⁴¹ Na origem do direito francês, prevalecia a ideia de autoexecutoriedade das decisões administrativas, enquanto que, no modelo inglês, as decisões administrativas, para serem concretizadas contra indivíduos, dependeriam do oferecimento do direito de defesa em um julgamento judicial prévio.

³⁸ Art. 39 da Carta Magna de 1215. Texto original em latim: “Nullus liber homo capiatur vel imprisonetur, aut disseisiatur, aut utlagetur, aut exuletur, aut aliquo modo destruatur, nec super eum ibimus, nec super eum mittemus, nisi per legale iudicium parium suorum vel per legem terrae”.

³⁹ Ver MCKECHNIE, William Sharp. *Magna Carta: A commentary on the great charter of King John, with an historical introduction*. Glasgow: Maclehose, 1914, p. 377. Sobre a origem da Emenda 5 de 1791 na Carta Magna, ver decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos, *Murray's Lessee v. Hoboken Land & Improvement Co.* 59 U.S. 272 (1856).

⁴⁰ Art. 12 da Declaração de Direitos de Massachusetts de 1780.

⁴¹ COUTINHO, Juliana Ferraz. Introdução. In: COUTINHO, Juliana Ferraz; Ricardo PERLINGEIRO (org.). *Direito administrativo de garantia: contributos sobre os mecanismos de proteção dos administrados*. Porto: Biblioteca Red, 2018, p. 117-118.



A evolução do direito administrativo dos países com sistema jurídico vinculado ao *common law* foi realmente na direção de implementar um “devido processo legal” na esfera administrativa.⁴²

Nos Estados Unidos, em 1970, no Caso *Goldberg v. Kelly*, a Suprema Corte confirmou que a cláusula do devido processo era aplicável à esfera administrativa, a partir de uma reinterpretação das Emendas V e XIV à Constituição americana.⁴³ Em paralelo, os *Administrative Law Judges* dos Estados Unidos e os *tribunals* do Reino Unido e da Austrália conspiraram a favor de um devido processo na seara administrativa que se aproximasse do devido processo na esfera judicial.

Porém, no direito brasileiro, como explicado no item 2, a realidade é absolutamente distinta, inexistindo um julgamento independente perante a própria Administração que seja condição prévia à eficácia de uma decisão administrativa restritiva de direitos subjetivos. A propósito, o entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF) é “no sentido de que o princípio do devido processo legal, de acordo com o texto constitucional, também se aplica aos procedimentos administrativos”,⁴⁴ assinalando, porém, ser “certo que a extensão da garantia do contraditório aos procedimentos administrativos não exige a adoção da normatividade própria do processo judicial”.⁴⁵

Ademais, segundo a Corte I.D.H.,

118. El artículo 8.1 de la Convención no se aplica solamente a jueces y tribunales judiciales. Las garantías que establece esta norma deben ser observadas en los distintos procedimientos en que los órganos estatales adoptan decisiones sobre la determinación de los derechos de las personas, ya que el Estado también otorga a autoridades administrativas, colegiadas o unipersonales, la función de adoptar decisiones que determinan derechos.
119. De esta forma, las garantías contempladas en el artículo 8.1 de la Convención son también aplicables al supuesto en que alguna autoridad pública adopte decisiones que determinen tales derechos, tomando en

⁴² Ver decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos da América, *Murray's Lessee v. Hoboken Land & Improvement Co.* 59 U.S. 272 (1856). Ver também APA / Administrative Procedure Act (5 U.S.C. Subchapter II).

⁴³ ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. *Goldberg v. Kelly*, 397 US 254 (1970). Ver MERRILL, Thomas W. Jerry L. Mashaw, the due process revolution, and the limits of judicial power. In: PARRILLO, Nicholas R. (org.). *Administrative law from the inside out*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017, p. 40.

⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). AI 592.340 AgR. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 20 de novembro de 2007.

⁴⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AI 207.197 AgR/PR. Relator: Min. Octavio Gallotti, 5 de junho de 1998; Supremo Tribunal Federal. RE 244.027 AgR/SP. Relatora: Min. Ellen Gracie, 28 de junho de 2002; Supremo Tribunal Federal (Pleno). MS 24.961. Relator: Min. Carlos Velloso, 24 de novembro de 2004.



cuenta que no le son exigibles aquellas propias de un órgano jurisdiccional, pero sí debe cumplir con aquellas garantías destinadas a asegurar que la decisión no sea arbitraria.

*120. La Corte ha establecido que las decisiones que adopten los órganos internos que puedan afectar derechos humanos deben estar debidamente fundamentadas, pues de lo contrario serían decisiones arbitrarias. [...]*⁴⁶
(grifo nosso)

A Lei nº 9.784/1999,⁴⁷ que cuida do procedimento administrativo federal, concretiza a orientação do STF e da Corte I.D.H., na medida em que submete os poderes administrativos sancionatórios e fiscalizatórios à observância das regras ali estabelecidas sobre direito à defesa e outras garantias processuais, mas que não se igualam necessariamente às regras e princípios processuais pertinentes ao processo jurisdiccional de competência privativa dos órgãos judiciais.

Nesse sentido, pode-se dizer que, na realidade brasileira, o denominado “devido processo legal” na esfera administrativa impõe às autoridades públicas o dever de fundamentação de suas decisões, conforme jurisprudência da Corte I.D.H., e exige a aplicação das regras previstas por cada ente federativo nas suas leis de procedimento administrativo (art. 24, XI, da Constituição), sujeitando-se a decisão administrativa, de todo modo, a uma revisão judicial plena.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir de uma releitura das normas internacionais de direitos humanos, no que diz respeito à exegese construída em torno da tutela judicial efetiva, extraem-se três conclusões quanto à origem e ao alcance, no Brasil, do devido processo legal na esfera administrativa.

Em primeiro lugar, desmente-se a afirmação de que o devido processo administrativo encontra fundamento no art. 5º, LV, da Constituição. É que, na realidade, o referido dispositivo foi inspirado em normas internacionais concernentes à tutela judicial efetiva que são interpretadas pelas Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos no sentido

⁴⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Claude-Reyes y otros vs. Chile, de 19 de setembro de 2006.

⁴⁷ BRASIL. Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal.



de que se referem unicamente a processos administrativos jurisdicionais presididos por órgãos competentes, independentes e imparciais.

Em segundo lugar, observa-se que o devido processo legal na esfera administrativa está baseado unicamente no inciso LIV do art. 5º da Constituição. Registra-se que, à luz da realidade do direito administrativo brasileiro, sua extensão não se confunde com aquela exigível dos juízes e tribunais na esfera jurisdicional. Na prática, o devido processo administrativo se limita ao dever de fundamentação das decisões e à observância das regras dos procedimentos administrativos vigentes.

Por fim, conclui-se que, tendo a cláusula do devido processo legal (art. 5º LIV da Constituição) sido inspirada no direito constitucional americano, a sua integral e verdadeira implementação no direito administrativo brasileiro dependeria de o legislador exercer sua discricionariedade política para adequar a realidade da Administração Pública brasileira à experiência das autoridades quase-independentes que exercem a função de julgar no direito administrativo norte-americano. Tal providência não se distanciaria do princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição, contido no art. 5º, XXXV, da Constituição, na medida em que o Judiciário sempre poderia ser instado a uma decisão final sobre a Administração Pública. Pelo contrário, a medida traria ainda como vantagem a diminuição das atribuições judiciárias, pois instituições e interessados depositam maior confiança em autoridades públicas que exercem suas funções com independência.

REFERÊNCIAS:

- BARRETO, Ireneu Cabral. *A convenção europeia dos direitos do homem anotada*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.
- BARTOLE, Sergio; DE SENA, Pasquale; ZAGREBELSKY, Vñadimiro. *Commentario breve alla Convenzione Europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Umo e delle libertà fondamentali*. Milano: CEDAM, 2012.
- BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm. Acesso em: 25 nov. 2020.



BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm. Acesso em:
25 nov. 2020.

BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934. Disponível em
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em:
25 nov. 2020.

BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm. Acesso em
25 nov. 2020.

BRASIL [Constituição (1967)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1967.
Disponível em
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm. Acesso em:
25 nov. 2020.

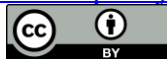
BRASIL [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.
Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 25
nov. 2020.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm. Acesso em: 25 nov. 2020.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 7, de 13 de abril de 1977. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc07-77.htm. Acesso em: 25 nov. 2020.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso
em: 25 nov. 2020.

BRASIL. Lei nº 2.180, de 5 fevereiro de 1954. Dispõe sobre o Tribunal Marítimo.
Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l2180.htm. Acesso em: 25
nov. 2020.



- BRASIL. Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19784.htm. Acesso em: 25 nov. 2020.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). AI 592.340 AgR. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 20 de novembro de 2007.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). RE 469.600 AgR. Relatora: Min. Cármen Lúcia, 8 de fevereiro de 2011.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). RE 549.238 AgR. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 05 de maio de 2009.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). RMS 24.699. Relator: Min. Eros Grau, 30 de novembro de 2004.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). RE 549.055 AgR. Relator: Min. Ayres Britto, 05 de outubro de 2010.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). MS 24.961. Relator: Min. Carlos Velloso, 24 de novembro de 2004.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). RE 233.582. Rel. p/ o ac. Min. Joaquim Barbosa, 16 de agosto de 2007.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). RE 631.240. Relator: Min. Roberto Barroso, 03 de setembro de 2014.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 5492/DF. Relator: Min. Dias Toffoli, pendente de julgamento. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4959031>. Acesso em: 25 nov. 2020.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AI 207.197 AgR/PR. Relator: Min. Octavio Gallotti, 05 de junho de 1998.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 244.027 AgR/SP. Relatora: Min. Ellen Gracie, 28 de junho de 2002.
- CHAPUS, René. *Droit du contentieux administratif*. 12. ed. Paris: Montchrestien, 2006.
- CONNECTICUT. Acts of Connecticut (Revision of 1784, p. 198), of Pennsylvania, 1782 (2 Laws of Penn. 13).



- CONSELHO DA EUROPA. *Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 1950.
Disponível em: https://www.echr.coe.int/documents/convention_por.pdf. Acesso em: 25 nov. 2020.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Barbani Duarte y otros vs. Uruguay, de 13 de outubro de 2011.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Claude-Reyes y otros vs. Chile, de 19 de setembro de 2006.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Vélez Loor Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, de 23 de novembro de 2010, Serie C No. 218, § 108. Disponível em: <http://bit.ly/1D9AWKS>. Acesso em: 25 nov. 2020.
- COSTA RICA. Corte Suprema de Justicia de San José de Costa Rica. Exp Exp. 04-005845-007-CO, Res. No. 6866-2005, parágrafo VIII, A. San José, 1º de junho de 2005.
- COUTINHO, Juliana Ferraz. Introdução. In: COUTINHO, Juliana Ferraz; Ricardo PERLINGEIRO (org.). *Direito administrativo de garantia: contributos sobre os mecanismos de proteção dos administrados*. Porto: Biblioteca Red, 2018. p. 117-118.
- CRETELLA JÚNIOR, José. O contencioso administrativo na Constituição de 1969. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 104, p. 30-48, out. 1971.
- ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Administrative Procedure Act (APA) (5 U.S.C. Subchapter II). Disponível em: <http://1.usa.gov/1xXIIdYG>. Acesso em: 25 nov. 2020.
- ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Emenda V da Constituição dos Estados Unidos da América. Disponível em: <http://1.usa.gov/1bA2RpE>. Acesso em: 25 de nov. 2020.
- ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Emenda XIV da Constituição dos Estados Unidos da América. Disponível em: <http://1.usa.gov/JIDkjF>. Acesso em: 25 nov. 2020.
- ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. Goldberg v. Kelly, 397 US 254 (1970).
- ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. Murray's Lessee v. Hoboken Land & Improvement Co. 59 U.S. 272 (1856).



- FRANÇA. Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000000697056/1789-08-26/>. Acesso em: 25 nov. 2020.
- INGLATERRA. Carta Magna de 1215. Disponível em: <http://bit.ly/1zrb39q>. Acesso em: 25 nov. 2020.
- JELLINEK, Georg. *The declaration of the rights of man and of citizens: A contribution to modern constitutional history*. New York: Henry Holt and Co., 1901. Disponível em: <http://oll.libertyfund.org/titles/1176>. Acesso em: 25 nov. 2020.
- MASSACHUSETTES. Declaração de Direitos de Massachusettes de 1780. Disponível em: <https://blog.mass.gov/masslawlib/legal-history/massachusetts-declaration-of-rights-article-12/>. Acesso em: 25 nov. 2020.
- MCKECHNIE, William Sharp. *Magna Carta: A commentary on the great charter of King John, with an historical introduction*. Glasgow: Maclehose, 1914.
- MERRILL, Thomas W.. Jerry L. Mashaw, the due process revolution, and the limits of judicial power. In: PARRILLO, Nicholas R. (org.). *Administrative law from the inside out*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017. p. 39-62.
- NEW YORK. Acts of New York, 1788 (1 Jones & Varick's Laws, 34).
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Paris, 1948. Disponível em: <https://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/>. Acesso em: 25 nov. 2020.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Pacto Internacional sobre Direitos civis e Políticos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 25 nov. 2020.
- ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Convenção Americana de Direitos Humanos, de 22 de novembro de 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 25 nov. 2020.
- SOUTH CAROLINA. Acts of South Carolina, 1788 (5 Stats. of S.C. 55).
- TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS HUMANOS. Olekasandr Volkov v. Ukraine, de 30 de maio de 2013. Disponível em: <http://bit.ly/1J2UjHc>. Acesso em: 25 nov. 2020.



TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS HUMANOS. Vilho Eskelinen v. Finlândia, de 19 de abril de 2007. Disponível em: <http://bit.ly/1CwgcKK>. Acesso em: 25 nov. 2020.