

PRINCÍPIOS PROCESSUAIS E PRINCÍPIOS DE DIREITO ADMINISTRATIVO. NO QUADRO DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS

Ada PELLEGRINI GRINOVER*

SUMÁRIO: I. *Objeto e limites do estudo.* II. *A administração e o devido processo legal.* III. *Contraditório e direito à prova.* IV. *Da preclusão administrativa.* V. *Limites cronológicos da preclusão administrativa.* VI. *Continuação: fatos novos a ensejar reabertura de investigação no âmbito administrativo.* VII. *Princípios aplicáveis à administração: imparcialidade e impessoalidade.* VIII. *Continuação: os princípios da segurança jurídica, da boa-fé e da confiança legítima no direito administrativo.* IX. *Conclusão: o entrelaçamento dos princípios processuais e de direito administrativo.*

I. OBJETO E LIMITES DO ESTUDO

O sistema jurisdicional brasileiro é uno, inexistindo o contencioso administrativo. Toda a função jurisdicional é atribuída ao Poder Judiciário. No entanto, existem no Brasil tribunais administrativos, despidos de função jurisdicional, para solucionar litígios entre o cidadão e a administração, em diversos assuntos: para aplicar sanções aos funcionários (processo administrativo punitivo), ou em matérias como a tributária, a ambiental, a relativa ao trânsito, etcétera. Alguns desses tribunais administrativos, sem função jurisdicional, decidem litígios entre empresas, como no campo econômico, para a defesa da concorrência; ou entre cidadãos e empresas públicas, em relaça-

* Profesora de derecho procesal en Brasil; miembro de la Asociación Internacional y del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal.

ão, por exemplo, à concessão de serviços públicos, por meio das agências reguladoras.

Todas as decisões administrativas proferidas pelos referidos tribunais podem ser submetidas ao controle do Poder Judiciário, sob o aspecto da legalidade —entendida esta em sentido amplo, compreensivo, por exemplo, da motivação e do desvio de poder e de finalidade— e, excepcionalmente, até do mérito do ato administrativo.

O presente estudo analisa a atuação da administração nos processos administrativos não jurisdicionais, sendo a expressão “processo administrativo” sempre utilizada, no texto, no sentido de processo (porque banhado pelo contraditório) não jurisdicional.

II. A ADMINISTRAÇÃO E O DEVIDO PROCESSO LEGAL

A análise histórica das garantias do *devido processo legal* demonstra que elas nasceram e foram cunhadas para o processo penal, onde se fazia sentir com mais urgência a preocupação com os direitos do acusado. Mas, a partir do artigo 39 da magna carta de 1215, um longo caminho evolutivo levou, primeiro, ao reconhecimento da aplicabilidade das garantias ao processo civil¹ e, posteriormente, ao processo administrativo punitivo.² Este último passo foi dado graças à generosa tendência rumo à denominada “jurisdicionalização do processo administrativo”, expressão relevante do aperfeiçoamento do Estado de direito, correspondendo ao princípio da legalidade a que está submetida a administração pública e aos princípios do contraditório e da ampla defesa, que devem preceder toda e qualquer imposição de pena.³

A essa evolução não ficou alheio o Brasil. As garantias expressas pelas Constituições para o processo penal foram sendo estendidas ao processo civil até a consagração da aplicabilidade, a este, da cláusula do “devido processo legal”, na interpretação do princípio da proteção judiciária, sole-

¹ Sobre a evolução da cláusula do *due process of law*, nos Estados Unidos, do processo penal ao processo civil, véase Pellegrini Grinover, Ada, *As garantias constitucionais do direito de ação*, São Paulo, RT, 1973, pp. 39-42.

² Sobre a evolução da cláusula, do processo jurisdicional ao processo administrativo, no direito comparado, véase Andréa Ferreira, Sérgio de, “A garantia da ampla defesa no direito administrativo processual disciplinar”, *Revista de Direito Público*, vol. 19, pp. 60 y 61, 1972.

³ *Ibidem*, p. 62.

nemente explicitado pela Constituição de 1946 (artigo 141, § 4) e mantido pelas Cartas de 1967 e 1969.⁴ E, sobretudo a partir de 1946, a recepção de princípios e regras do processo jurisdicional pelo processo administrativo punitivo levou ao reconhecimento, neste, do direito de defesa, pela interpretação dada ao § 15 do artigo 141, argumentando-se, ainda, com a isonomia: em qualquer processo em que haja acusado, deve haver ampla defesa.⁵ A jurisprudência não se afastou desse entendimento.⁶

O coroamento desse caminho evolutivo ocorreu, entre nós, com a Constituição de 1988, que, no artigo 5o., incluiu entre os direitos e garantias individuais:

LVI. Ninguém será privado da sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

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

Assim, as garantias constitucionais do processo desdobram-se hoje em três planos: *a)* no plano jurisdicional, em que elas passam a ser expressamente reconhecidas, diretamente como tais, para o processo penal e para o não-penal; *b)* no plano das acusações em geral, em que a garantia explicitamente abrange todas as pessoas objeto de acusação; *c)* no processo administrativo sempre que haja litigantes. E por litigantes deve-se entender titulares de interesses em conflito. É o que já vinha afirmando em estudos anteriores.⁷

É esta a grande inovação da Constituição de 1988. Com efeito, as garantias que eram extraídas pela doutrina e pela jurisprudência dos textos anteriores, para os acusados em processo administrativo, foram explicitadas pela lei maior, que também inovou ao assegurá-las ao processo administrativo em que haja “litigantes”. E isso não é casual nem aleatório,

⁴ Cfr. Pontes de Miranda, *Comentários à Constituição de 1967*, vol. V, pp. 222 y 223.

⁵ Cfr. Pellegrini Grinover, Ada, *op. cit.*, nota 1, pp. 133-7 e 153-8.

⁶ Cfr. Andréa Ferreira, Sérgio de, *op. cit.*, nota 2, p. 63.

⁷ Cfr. Pellegrini Grinover, Ada, “Garantias do contraditório e da ampla defesa”, *Jornal do Advogado*, São Paulo, OAB, 175-9, nov. 1990; *id.*, “Do direito de defesa em inquérito administrativo”, *O processo em evolução*, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1996, pp. 81 y 82.

mas obedece à profunda transformação que a Constituição operou no tocante à função da administração pública.

Acolhendo as tendências contemporâneas do direito administrativo, tanto em sua finalidade de limitação ao poder e garantia dos direitos individuais perante o poder, como na assimilação da nova realidade do relacionamento Estado-sociedade e de abertura para o cenário sociopolítico-econômico em que se situa, a Constituição de 1988 trata de parte considerável da atividade administrativa, no pressuposto de que o caráter democrático do Estado deve influir na configuração da administração, pois os princípios da democracia não podem se limitar a reger as funções legislativa e jurisdicional, mas devem também informar a função administrativa.⁸

Nessa linha, dá-se grande ênfase, no direito administrativo contemporâneo, à nova concepção da processualidade no âmbito da função administrativa, seja para transpor para a atuação administrativa os princípios do “devido processo legal”, seja para fixar imposições mínimas quanto ao modo de atuar da administração.⁹

Como bem acentua Odete Medauar, entre administrativistas e processualistas, registra-se tendência à aceitação de uma processualidade que vai além daquela vinculada à função jurisdicional, admitida, assim, a processualidade no âmbito da administração. É que os escopos de garantia, de legitimação e controle do poder, de correto desempenho da função, de justiça e de democratização estão presentes tanto no processo jurisdicional, quanto no administrativo, pois num e noutro regula-se o exercício do poder estatal.¹⁰

⁸ Véase entre os administrativistas mais sensíveis a essa nova tendência do direito administrativo, Allegretti, Humberto, “Pubblica amministrazione e ordinamento democratico”, *Il foro italiano*, 1984, pp. 3 y 4; Martin, Sebastian e Baquer, Retortiello, *Administración y Constitución*, Madrid, Leal, 1981, p. 23.

⁹ Véase especialmente Benvenuti, Feliciano, “Funzione amministrativa, procedimento, processo”, *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1952, vol. I, pp. 118-145; entre nós, Medauar, Odete, *A processualidade no direito administrativo*, São Paulo, RT, 1993.

¹⁰ Medauar, Odete, *ibidem*, pp. 61 y ss.

III. CONTRADITÓRIO E DIREITO À PROVA

As garantias da defesa e do contraditório estão à base da regularidade do processo e da justiça das decisões. Como disse Antonio Magalhães Gomes Filho,

É justamente o antagonismo entre as falas dos interessados no provimento final (*contra dicere*) que garante a imparcialidade do juiz, característica inseparável do exercício da jurisdição; daí a universal inclusão do contraditório entre as garantias fundamentais do processo justo, chegando-se mesmo a afirmar que se trata de uma espécie de *direito natural*. Trata-se, portanto, de *garantia fundamental de imparcialidade, legitimidade e correção da prestação jurisdicional*; sem que o diálogo entre as partes antecedida ao pronunciamento estatal, a decisão corre o risco de ser unilateral, ilegítima e injusta; poderá ser um ato de autoridade, jamais de verdadeira justiça.

Dessa forma, observou aludido processualista, “Exigência prévia para o exercício do complexo de atividades processuais próprio das partes é a *ciência efetiva a respeito de tudo o que se passa no processo*”¹¹ (cursivas del autor).

Nesse contexto é que se insere o *direito à prova* que, à evidência, nada mais é do que uma resultante do contraditório. A esse propósito, já tive a oportunidade de escrever:

Não pode ficar imune a tais garantias o *direito à prova*, que nada mais é do que uma resultante do contraditório: *o direito de contradizer provando*. E assim como o contraditório representa o momento da verificação concreta e da síntese dos valores expressos pelo sistema de garantias constitucionais, *o modelo processual informado nos princípios inspiradores da Constituição não pode abrir mão de um procedimento probatório que se desenvolva no pleno respeito do contraditório*¹² (cursivas del autor).

Na relação entre *contraditório* e *prova*, aquele emerge como verdadeira *condição de eficácia* desta. Conforme já tive a oportunidade de assina-

¹¹ Cfr. Magalhães Gomes Filho, Antonio, *Direito à prova no processo penal*, São Paulo, RT, 1997, pp. 169 y 170.

¹² Cfr. Pellegrini Grinover, Ada, *O processo em evolução*, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1996, p. 54.

lar, tanto será viciada a prova colhida sem a presença do juiz, quanto aquela colhida sem a presença das partes. Daí, inclusive, poder afirmar-se que, ao menos em princípio, não têm eficácia probatória os elementos informativos se a respectiva colheita não contar com a possibilidade real e efetiva de participação dos interessados, em relação aos quais se pretende editar provimento de caráter vinculante que possa atingir a esfera jurídica de terceiros.¹³ Tomo a liberdade de voltar a invocar minha anterior manifestação: “E é importante salientar que o princípio da ineficácia das provas que não sejam colhidas em contraditório não significa apenas que a parte possa defender-se em relação às provas contra ela apresentadas: exige-se, isso sim, que *seja posta em condições de participar, assistindo à produção das mesmas enquanto ela se desenvolve*”¹⁴ (cursivas del autor).

Nessa mesma linha, já tive oportunidade de destacar a relevância do contraditório, “entendido como participação das partes no momento da produção das provas. Trata-se, agora, das atividades dirigidas à Constituição do material probatório que vai ser utilizado pelo órgão jurisdicional na formação de seu convencimento”. Lembramos, então, que a relevância de tais atividades tem sido posta em destaque pela doutrina universal, de que é ilustração o pensamento de Franco Cordero segundo quem “il contraddittorio (seriamente inteso come partecipazione dei contendenti alla formazione delle prove) è condizione di ogni atto di formazione della prova’ porque ‘*non sono prove quelle formate fuori del contraddittorio*” (cursivas del autor). Ou, ainda, a lição de Luigi Paolo Comoglio, para quem “L’ accertamento e la valutazione dei fatti dedotti in giudizio a fondamento di una pretesa *devono scaturire dal contraddittorio dinanzi all’organo giudicante*”¹⁵ (cursivas del autor).

Ainda afirmei que “a exigência do contraditório, na formação e produção das provas, vem desdobrada, na experiência jurisprudencial e na lição doutrinária de diferentes países, em diversos aspectos, assim resumidos por Giuseppe Tarzia: a) a proibição de utilização de fatos que não tenham sido previamente introduzidos pelo juiz no processo e submeti-

¹³ Nesse sentido, meu trabalho “O conteúdo da garantia do contraditório”, *Novas tendências do direito processual*, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1990, especialmente núms. 3.1 e 3.2, pp. 22-25.

¹⁴ Cfr. *ibidem*, p. 24.

¹⁵ Cfr. *ibidem*, p. 25.

dos a debate pelas partes; b) a proibição de utilizar provas formadas fora do processo ou de qualquer modo colhidas na ausência das partes; c) a obrigação do juiz, que disponha de poderes de ofício para a admissão de um meio de prova, de permitir às partes, antes da sua produção, apresentar os meios de prova que pareçam necessários em relação aos primeiros; d) a obrigação de permitir a participação dos interessados na produção das provas.¹⁶ E mais:

Também nesse ponto *é expreso o Código de Processo Civil alemão, ao estatuir, nos §§ 357 e 397, que às partes assiste o direito de participar da produção da prova. A esse fundamental princípio, doutrina e jurisprudência alemã dão o nome de *Parteöffentlichkeit*, reconhecendo-o como uma das garantias fundamentais do processo em geral e extraindo de sua inobservância a proibição de utilização das provas produzidas.*

...

Foi salientado, aliás, que a garantia não significa apenas que a parte possa defender-se contra as provas apresentadas contra si, *exigindo-se, ainda, que seja colocada em condições de participar, assistindo às que forem colhidas de ofício pelo juiz. É que tudo que for utilizado sem prévia intervenção e participação das partes acaba sendo reduzido a conhecimento privado do juiz. Expreso, nesse sentido, Trocker..., com referências às copiosas doutrina e jurisprudência alemã e italiana*¹⁷ (cursivas del autor).

Na doutrina sul-americana, Hernando Devis Echandía destacou que:

la parte contra quien se opone una prueba debe gozar de oportunidad procesal para conocerla y discutirla, incluyendo en esto el ejercicio de su derecho de contraprobar, es decir, que debe llevarse a la causa con conocimiento y audiencia de todas las partes; se relaciona con los principios de la unidad y la comunidad de la prueba, ya que si las partes pueden utilizar a su favor los medios suministrados por el adversario, es apenas natural que gocen de oportunidad para intervenir en su práctica, y con el de la lealtad en la prueba, pues ésta no puede existir sin la oportunidad de contradecirla.¹⁸

¹⁶ Veja-se nosso *Novas tendências do direito processual*, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1990, pp. 21 y 22, com indicação das fontes doutrinárias citadas.

¹⁷ Cfr. Pellegrini Grinover, Ada, *op. cit.*, nota 12, p. 24.

¹⁸ Cfr. Devis Echandía, Hernando, *Teoría general de la prueba judicial*, 6a. ed., Buenos Aires, Zavalia, 1988, t. I, p. 123.

Ainda nas palavras desse prestigioso processualista,

Este principio rechaza la prueba secreta practicada a espaldas de las partes o de una de ellas y el conocimiento privado del juez sobre hechos que no constan en el proceso ni gozan de notoriedad general, e implica el deber de colaboración de las partes con el juez en la etapa investigativa del proceso. Es tan importante, que debe negársele valor a la prueba practicada con su desconocimiento, como sería la que no fue previamente decretada en el procedimiento escrito, e inclusive, el dictamen de peritos oportunamente ordenado, o al menos simultáneamente en el oral, pero que no fue puesto en conocimiento de las partes para que éstas ejercitaran su derecho de solicitar aclaraciones o ampliaciones. Los autores exigen generalmente la contradicción de la prueba como requisito esencial para su validez y autoridad.¹⁹

Echanda também ressaltou a importância do princípio da *publicidade da prova*. Segundo asseverou, ele é:

consecuencia de su *unidad y comunidad, de la lealtad, la contradicción y la igualdad de oportunidades que respecto a ella se exigen*. Significa que debe permitirse a las partes conocerlas, intervenir en su práctica, objetarlas si es el caso, discutir las y luego analizarlas para poner de presente ante el juez el valor que tienen, en alegaciones oportunas; pero también significa que el examen y las conclusiones del juez sobre la prueba deben ser conocidas de las partes y estar al alcance de cualquier persona que se interese en ello, cumpliendo así la función social que les corresponde y adquiriendo el ‘carácter social’ de que habla Frammarino dei Malatesta²⁰ (cursivas del autor).

Entre nós, esse último aspecto foi bem examinado por Antonio Carlos de Araújo Cintra, para quem:

O princípio da publicidade tende a garantir a tranqüilidade das partes, *afastando as dúvidas e desconfianças que geralmente cercam as atividades secretas, senão furtivas, propiciadoras de ilegalidade e quebras da honestidade ou do decoro*. De outro lado, a publicidade ensina o controle social do desempenho, pelos juízes, de suas atribuições. Nessa perspectiva

¹⁹ *Idem*.

²⁰ *Ibidem*, pp. 124 y 125.

é de recordar a lição de Hélio Tornaghi no sentido de que “o contraste da atividade judicial pela opinião pública é uma garantia: para o jurisdicionado, contra a prepotência e o arbítrio; para o juiz, contra a suspeita e a maledicência”. Ou seja, “*o sistema da publicidade dos atos processuais situa-se entre as maiores garantias de independência, imparcialidade, autoridade e responsabilidade do juiz*”²¹ (cursivas del autor).

Ainda na doutrina nacional, Antonio Magalhães Gomes Filho bem observou que:

Se num primeiro momento o respeito ao contraditório, como expressão dos direitos de ação e de defesa, impõe o reconhecimento a cada uma das partes de um *direito à introdução da prova*, e também, inversamente, à parte contrária, de um *direito de exclusão*, no sentido de só ver admitidas as provas lícitas, pertinentes e relevantes, *essa mesma garantia do contraditório deve ser observada quanto aos modos de admissão, introdução e valoração das provas no processo*²² (cursivas del autor).

A *introdução* contraditória da prova:

significa que, admitida uma prova por decisão judicial, a participação dos interessados nos procedimentos de sua produção deve ser ativa e efetiva. Assim, se se tratar de provas pré-constituídas, suficiente será a possibilidade de manifestação sobre a legalidade ou idoneidade do material probatório introduzido; mas, *no caso de provas que se formam no próprio procedimento, as partes devem ter oportunidade de acesso a todos os atos de sua elaboração, formulando questões às testemunhas ou peritos, obtendo e contestando informações e, ainda, podendo oferecer a contraprova*²³ (cursivas del autor).

Além disso, prosseguiu Magalhães,

manifesta-se também o contraditório no momento da *valoração* das provas, envolvendo não somente o seu momento argumentativo anterior, com a oportunidade que devem ter as partes de criticar os resultados dos procedimentos probatórios —seja nas alegações finais, seja posteriormente,

²¹ Cfr. Araújo Cintra, Antonio Carlos de, *Comentários ao Código de Processo Civil*, (artigos 332 a 475), Rio de Janeiro, Forense, 2000, vol. IV, p. 244.

²² Cfr. Magalhães Gomes Filho, Antonio, *op. cit.*, nota 11, pp. 169 y 170.

²³ *Idem.*

sempre que novas provas venham aos autos—, mas principalmente a efetiva apreciação, pelo juiz, das provas introduzidas em observância ao *direito a prova* e, em contrapartida, a *não consideração, para fins de decisão, das provas inadmissíveis ou daquelas introduzidas sem respeito ao contraditório*²⁴ (cursivas del autor).

De forma correta e abrangente, referido processualista também observou que:

casos há em que a violação do contraditório representa somente um aspecto do *quomodo* da prova, ou seja, trata-se de irregularidade relacionada apenas à forma com que se realizaram os atos procedimentais probatórios; em outras situações, ao contrário, o *desrespeito à contraditoriedade atinge a própria essência da prova considerada na decisão; aqui não se tem uma prova simplesmente irregular, mas, na verdade, uma não-prova, ato sem a mínima aptidão para fundar o raciocínio judicial.*

E mais:

Se se tratar de uma infringência ao contraditório que atinge a própria natureza do ato tido como probatório, sua própria *existência*, a solução deve ser a mesma reservada para as provas *inadmissíveis*, que *jamaiz podem ser utilizadas pela sentença.*

Pense-se, como exemplo dessa categoria, na utilização de dados colhidos no inquérito policial, que não podem fundar o convencimento judicial porque não obtidos sob o contraditório; ou ainda, naquela situação já mencionada, em que o Ministério Público pretende juntar aos autos, como prova, *testemunho colhido irregularmente, em seu gabinete; aqui a impossibilidade de consideração da prova é absoluta, uma vez que uma renovação do ato, com observância do contraditório, é simplesmente inviável*²⁵ (cursivas del autor).

Tudo isso, como dito, afigura-se válido tanto para o processo no âmbito jurisdicional quanto na seara administrativa. Na lição de Celso Antonio Bandeira de Mello, vigora perante a administração o chamado princípio “da ampla instrução probatória, o qual significa, como muitas vezes observam os autores, *não apenas o direito de oferecer e produzir provas,*

²⁴ *Ibidem*, pp. 147 y 148.

²⁵ *Ibidem*, pp. 169 y 170.

*mas também o de, muitas vezes, fiscalizar a produção de provas da Administração, isto é, o de estar presente, se necessário, a fim de verificar se efetivamente se efetuaram com correção ou adequação técnica devidas*²⁶ (cursivas del autor).

Mais recentemente, Odete Medauar observou que, no âmbito administrativo, vigora o direito à “informação geral”, isto é,

direito de obter conhecimento adequado dos fatos que estão na base da formação do processo, e de todos os demais fatos, dados, documentos e provas que vierem à luz no curso do processo. Daí resultam as *exigências impostas à Administração no tocante à comunicação aos sujeitos de elementos do processo em todos os seus momentos*. Como é evidente, a *comunicação deve abranger todos os integrantes da relação processual administrativa. Vincula-se, igualmente à informação ampla, o direito de acesso a documentos que a Administração detém ou a documentos juntados por sujeitos contrapostos*. E a vedação ao uso de elementos que não constam do expediente formal, porque deles não tiveram ciência prévia os sujeitos, tornando-se impossível eventual reação a tais elementos²⁷ (cursivas del autor).

Segundo referida jurista,

Sob o ângulo técnico, evidencia-se a finalidade instrutória, de busca da verdade, de conhecimento mais preciso dos fatos, de coleta de informações para a decisão correta. O confronto entre a autoridade administrativa e as partes envolvidas no processo contribui para fornecer ao órgão chamado a decidir um panorama completo da situação de fato, de direito e dos interesses envolvidos, de modo que a decisão poderá ser mais ponderada e mais aderente à realidade.

Assim, prossegue,

No perfil colaborativo, sobressai o objetivo de propiciar a impessoalidade, pela igual oportunidade, dada aos sujeitos entre si, e a sujeitos ante a Administração, de apresentar alegações, provas, pontos de vista, etcétera. Expostos, às claras, todos os elementos de uma situação, torna-se mais fácil a tomada de decisões objetivas, sem conotações pessoais; caso estas

²⁶ Cfr. Bandeira de Mello, Celso Antônio, *Curso de direito administrativo*, 6a. ed., São Paulo, Malheiros, 1995, p. 283.

²⁷ Cfr. Medauar, Odette, *op. cit.*, nota 9, p. 104.

predominem, o cotejo dos dados expostos permitirá que sejam detectadas com mais nitidez.

E mais: “Com isso se amplia a transparência administrativa. *O contraditório não pode realizar-se em regime de ‘despotismo administrativo’ que pressupõe e impõe o segredo de ofício.* Daí estar o contraditório vinculado à exigência de democracia administrativa, sob o ângulo da *visibilidade dos momentos que antecederam à decisão*”²⁸ (cursivas del autor).

Nessa mesma linha, já tive oportunidade de realçar que “o caráter processual da formação do ato administrativo *contrapõe-se a operações internas e secretas, à concepção dos arcana imperii dominantes nos governos absolutos e lembrados por Bobbio ao discorrer sobre a publicidade e o poder invisível, considerando essencial à democracia um grau elevado de visibilidade do poder*” (cursivas del autor). E para a enumeração dos preceitos que formam o mínimo denominador comum da ação administrativa, entre as linhas fundamentais dos procedimentos administrativos foram explicitamente apontados os seguintes: a) a publicidade dos procedimentos; b) o direito de acesso aos autos administrativos; c) a condenação do silêncio, com sanções aos responsáveis; d) a obrigação de motivar; e) a obrigatoriedade de contraditório, e defesa na formação de atos pontuais restritivos de direitos e de atos compositores de conflitos de interesses.²⁹ E disse mais:

Uma vez constatado o emprego, na motivação da sentença, desses elementos de convicção claramente espúrios, cabe indagar, finalmente, qual a consequência processual que se pode extrair desse fato.

Desde logo é necessário *excluir a possibilidade de entender-se que a decisão poderia subsistir, mesmo sem os referidos elementos, pois está igualmente assentada em provas colhidas sob o contraditório.*

Assim, a solução para o caso seria, em primeiro lugar, a *invalidação* da sentença, para que outra possa ser proferida, com base exclusivamente nas provas colhidas sob a garantia do contraditório. Ou então, *constatando o*

²⁸ Cfr. Medauar, Odette, *Processualidade no direito administrativo*, São Paulo, RT, 1993, p. 103.

²⁹ Cfr. Pellegrini Grinover, Ada, *O processo em evolução*, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1996, pp. 81-84.

*próprio tribunal, de pronto, a precariedade da prova validamente obtida, melhor ainda seria a absolvição*³⁰ (cursivas del autor).

IV. DA PRECLUSÃO ADMINISTRATIVA

Conquanto se saiba que a coisa julgada —manifestação mais aguda do fenômeno da preclusão— não é atributo da atividade administrativa, é certo que algum grau de estabilidade também deve ser alcançado por suas decisões. Seria inegável fator de insegurança —e verdadeiro desprestígio ao processo administrativo— pudessem as partes submeter a mesma questão, indefinidamente, à apreciação do administrador, sempre com novas alegações relativas aos mesmos velhos fatos.

Como ensinou Cândido Rangel Dinamarco, *a imunização das decisões* é essencial à mecânica do poder: “assegurada a participação na gestão do ato, quando este se realiza e com isso é exercida a capacidade de decidir, tem-se a afirmação de uma decisão, isto é, o recrudescimento de um sistema que toma a decisão de não consentir com a chegada de novas informações que possam levar a uma modificação da decisão”. Embora o grau mais elevado de recrudescimento —a coisa julgada— só se aplique aos provimentos judiciais definitivos, isso não significa que apenas essa categoria de decisão está sujeita a imunização:

Os provimentos gerados no processo administrativo podem ser revistos pela própria administração (anulação, revogação), ou por via jurisdicional. Mas as decisões administrativas, que também constituem provimentos, *não deixam de ficar em alguma medida cobertas pela preclusão, ou ‘efeito preclusivo’, especialmente após superadas as possibilidades recursais e nos casos em que direitos haja sido adquiridos*³¹ (cursivas del autor).

Cuida-se, aqui, da chamada *preclusão administrativa* —para alguns chamada impropriamente de coisa julgada administrativa—³² pela qual o

³⁰ Cfr. Pellegrini Grinover, Ada, *A marcha do processo*, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2000, pp. 442 y 443.

³¹ Cfr. Rangel Dinamarco, Cândido, *A instrumentalidade do processo*, São Paulo, Malheiros, 1996, p. 93.

³² Não se trata, evidentemente, quer pela sua natureza, quer pelos seus efeitos, de coisa julgada. Mas impõe, em grande medida, a irretratabilidade do provimento (Cfr. Araújo Falcão, Amílcar de, *Introdução ao direito administrativo*, Rio de Janeiro, 1960, p. 60).

ato administrativo, esgotados ou inexistentes os recursos contra ele, adquire estabilidade, e não mais pode ser modificado pela administração. Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello, “Preclusão é a perda de uma oportunidade processual (logo, ocorrida depois de instaurada a relação processual), pelo decurso do tempo previsto para seu exercício, *acarretando a superação daquele estágio do processo (judicial ou administrativo)*”³³ (cursivas del autor). Embora não tenha autoridade de coisa julgada, a ocorrência da preclusão administrativa impede que a questão venha a ser ali rediscutida, conforme autorizada lição de Hely Lopes Meirelles:

Realmente, o que ocorre nas decisões administrativas finais é, apenas, preclusão administrativa, ou a irretratabilidade do ato perante a própria Administração. *É sua imodificabilidade na via administrativa, para estabilidade das relações entre as partes.* Por isso, não atinge nem afeta situações ou direitos de terceiros, mas *permanece imodificável perante a Administração e o administrado destinatário da decisão interna do Poder Público.*

...

Essa imodificabilidade não é efeito da coisa julgada administrativa, mas é consequência da preclusão das vias de impugnação interna (recursos administrativos) dos atos decisórios da própria Administração. Exauridos os meios de impugnação administrativa, torna-se irretratável, administrativamente³⁴ (cursivas del autor).

A jurisprudência vem reconhecendo a existência de uma “coisa julgada administrativa” (*rectius*=preclusão administrativa), “no sentido de exaurir as instâncias administrativas, não sendo mais suscetível de revisão naquele âmbito”.³⁵

Nem se diga que o princípio da revisão, pela administração, de seus próprios atos, por conveniência e oportunidade, autorizaria a administração a rever as decisões já cobertas pela preclusão, fora dos casos expressamente previstos. Não pode o órgão da administração, após a preclusão administrativa, rever suas decisões. Isso vulneraria o próprio processo

³³ Cfr. Bandeira de Mello, Celso Antônio, *Curso de direito administrativo*, 9a. ed., São Paulo, Malheiros, 1997, p. 91.

³⁴ Cfr. Lopes Meirelles, Hely, *Direito administrativo brasileiro*, 28a. ed., São Paulo, Malheiros, 2003, p. 653.

³⁵ Cfr. STJ, RESP 472.399-AL, Rel. Min. José Delgado.

administrativo, que fixa um procedimento a ser rigorosamente observado e desmoralizaria as decisões finais da própria administração.

Trata-se do tema da estabilidade das decisões proferidas pelos tribunais administrativos, chegando parte da doutrina a fazer verdadeira analogia entre a imutabilidade decorrente do pronunciamento jurisdicional e o administrativo. Ao esposar essa visão, Kiyoshi Harada escreveu que “A chamada coisa julgada administrativa *vincula a fazenda pública que proferiu a decisão*. Permitir que ela pleiteie sua revisão judicial seria *atentar contra o princípio da moralidade administrativa*, pois implicaria autodestruição do poder que ela exercitou validamente”³⁶ (cursivas del autor). Assim também Maria Teresa de Carcomo Lobo, para quem “À evidência, é defeso à Fazenda Pública ir a juízo pedir a anulação da decisão que, na esfera administrativa de julgamento, lhe foi contrária”. E mais:

A insuscetibilidade da revisão judicial decorre em linha reta da estrutura organizativa da Administração, da obrigação funcional que lhe incumbe de respeitar e executar as decisões definitivas tomadas no âmbito da esfera judicante.

A decisão definitiva da Administração judicante, se não constitui coisa julgada material, dada a possibilidade da sua revisão judicial, garantia constitucional conferida ao contribuinte, configura, todavia, coisa julgada formal, no sentido da sua *imutabilidade para a Administração dado o caráter vinculante da decisão administrativa*³⁷ (cursivas del autor).

Conforme acentuou Elody Nassar,

Embora não haja paralelismo entre sentença judicial e coisa julgada administrativa entende-se que o ato definitivo da administração goza de *uma imutabilidade que se expressa na autovinculação da Administração como consequência da obrigatoriedade do ato, bem como na noção de irrevogabilidade pela própria Administração, a fim de salvaguardar os interesses dos particulares destinatários do ato (proteção da confiança e da segurança)*.

³⁶ Cfr. Harada, Kiyoshi, “Processo administrativo tributário”, em Silva Martins, Ives Gandra da (coord.), *Processo administrativo tributário, Revista dos Tribunais*, (Pesquisas Tributárias, Nova Série, núm. 5, 1999, p. 374.

³⁷ Cfr. Cárcomo Lobo, Maria Teresa, *ibidem*, p. 252.

Assim, Quando inexistente, no âmbito da administração, possibilidade de reforma da decisão prolatada pela autoridade administrativa, está-se diante da *cosa julgada administrativa*. Essa imodificabilidade é consequência da *preclusão* das vias de impugnação interna (recursos administrativos)”. Dessa forma, conclui-se que “*a coisa julgada administrativa opera a prescrição administrativa*”³⁸ (cursivas del autor).

V. LIMITES CRONOLÓGICOS DA PRECLUSÃO ADMINISTRATIVA

O exame do fenômeno da preclusão no campo administrativo, a partir do confronto com o que se verifica no âmbito jurisdicional, permite avançar para a análise dos limites da preclusão no tempo. Por outras palavras, há que se determinar até quando uma dada decisão permanece imutável e, assim, se, quando e por quais razões, pode eventualmente ser revista e alterada.

No âmbito jurisdicional, vigora a idéia — muito bem exposta no campo doutrinário por Sergio Menchini— de que “l’*autorità del giudicato impedisce il riesame o la deduzione di questioni anteriori ad esso, che tendono ad una nuova decisione della controversia già risolta con provvedimento definitivo*”. Em princípio, lembra Menchini, a autoridade do julgado “non é ostacolo alla allegazione di *nuovi e posteriori eventi*, i quali incidono sul modo di essere del diritto deciso”, de tal maneira que, realmente, “ogni successiva modificazione concernente l’effetto giuridico accertato esula dai confini della cosa giudicata”³⁹ (cursivas del autor).

A questão, portanto, consiste em determinar quais seriam, em tese, os eventos supervenientes capazes de produzir efeitos juridicamente relevantes sobre a relação jurídica objeto do julgamento. E, seguindo ainda a linha de pensamento do supra mencionado processualista, tais eventos seriam, de um lado, os fatos novos e, de outro lado, a lei nova (a que se equipara, para fins de raciocínio, a declaração de inconstitucionalidade de lei em via direta e concentrada).

Sobre isso, Menchini observou que “se molte situazioni giuridiche si presentano esaurite al momento della pronuncia del giudice, ve ne sono

³⁸ Cfr. Nassar, Elody, *Prescrição na administração pública*, São Paulo, Saraiva, 2004, pp. 51, 52 y 57.

³⁹ Cfr. Menchini, Sérgio, *Il giudicato civile*, Turín, Unione Tipografico Editrice Torinese, 1988, p. 204.

però alcune che continuano a vivere e ad avere un loro svolgimento anche dopo la sentenza”, acentuando que “*il giudice pronuncia, in base ad una fattispecie attuale, su conseguenze giuridiche che sono destinate ad esplicarsi anche in futuro*”. Certo, ressalvou Menchini, que “il giudicato protegge il contenuto della decisione; esso però non può impedire che in futuro, *variando il regime giuridico e l’assetto sostanziale del rapporto accertato*, si possa nuovamente pronunciare in ordine a esso, con effetti per il periodo posteriore alla precedente sentenza, in presenza della nuova normativa sostanziale”⁴⁰ (cursivas del autor).

Antes dele, Carnellutti já observara que:

Il presupposto della reviosione è il mutamento della situazione, sulla quale si è svolto il giudizio; *qualora tale mutamento avvenga, cessa la cosa giudicata formale*; in altri termini, il divieto per il giudice di tornare a giudicare è limitato alla premanenza di tale situazione, onde vien fatto di pensare a una specie di clausola *rebus sic stantibus* stabilita dalla legge. Che la potestà di *rivedere* la decisione sia attribuita allo stesso giudice, che la ha pronunciata, o a un giudice diverso è un particolare di struttura del processo di revisione può consistere in un mutamento dello *stato di diritto* o dello *stato di fatto*⁴¹ (cursivas del autor).

Entre nós, Moacyr Amaral Santos também assinalou que “a sentença traz implícita a cláusula *rebus sic stantibus*. Se, no desenvolvimento da relação no tempo, após a prolação da sentença, *verificar-se a mutação do estado de fato* ou de direito, a essa a sentença terá que se adaptar”⁴² (cursivas del autor). De forma análoga, Cândido Rangel Dinamarco, partindo da lição de Liebman, afirmou que a “autoridade da coisa julgada material sujeita-se sempre à regra *rebus sic stantibus*, de modo que, *sobrevindo fato novo, o juiz, na nova decisão, não altera o julgado anterior, mas, exatamente para atender a ele, adapta-o ao estado de fato superveniente*”⁴³ (cursivas del autor).

⁴⁰ *Ibidem*, p. 222.

⁴¹ *Cfr.* Canelutti, Francesco, *Sistema di diritto processuale civile*, Padova, Cedam, 1936, pp. 309 y 310.

⁴² *Cfr.* Amaral dos Santos, Moacyr, *Comentários ao código de processo civil*, artigos 332 a 475, Rio de Janeiro, Forense, 1976, vol. IV, pp. 483 y 484.

⁴³ *Cfr.* Rangel Dinamarco, Cândido, *Fundamentos do processo civil moderno*, São Paulo, Malheiros, 2001, vol. II, p. 1044.

O tema, como se pode perceber, se entrelaça com o dos limites objetivos da coisa julgada. Como se sabe, a autoridade da coisa julgada recai apenas sobre o dispositivo da sentença e não sobre a motivação. Mas, além disso, é sabido que a coisa julgada se sustenta sobre a chamada *eficácia preclusiva da coisa julgada*, pela qual a imutabilidade se estende a todas as questões decididas e, bem ainda, a toda matéria que poderia ser oposta tanto ao acolhimento, quanto à rejeição do pedido (CPC, artigo 474).

Fala-se, dessa forma, que a eficácia preclusiva da coisa julgada atinge o “*deduzido*” e o “*dedutível*”. Conforme oportuna observação de José Carlos Barbosa Moreira, “para que a *quaestio facti* fique coberta pela eficácia preclusiva não é necessário, pois, que o fato seja conhecido pela parte”. Mas ressalva: “*é necessário, contudo, que já tivesse acontecido. A eficácia preclusiva não apanha os fatos supervenientes*”⁴⁴ (cursivas del autor). Assim, ensina Barbosa Moreira,

importa precisar o termo final do período abrangido pela eficácia preclusiva, ou, em outras palavras, o momento até o qual há de ter sucedido o fato para que fique preclusa a respectiva arguição. À primeira vista, poderia supor-se que fosse o do próprio trânsito em julgado da sentença. Cumpre, porém, considerar que não se estende até esse momento a oportunidade concedida à parte para suscitar questões. Basta pensar nas restrições severas fixadas pelo ordenamento processual, aos menos entre nós, à dedução de matéria nova no procedimento recursal.

E acrescenta:

Se ocorridos os fatos em ocasião na qual já *não teria o interessado, ainda in abstracto, como alegá-los, não se sujeitam eles à eficácia preclusiva*. O plano divisório entre fatos preclusos e fatos não preclusos, quanto à época da respectiva ocorrência, corta o processo *no último instante em que, objetivamente, era lícita a arguição*⁴⁵ (cursivas del autor).

Ora, partindo-se da premissa, já demonstrada, de que também no âmbito administrativo é correto divisar-se o fenômeno da preclusão, as

⁴⁴ Cfr. Barbosa Moreira, José Carlos, “A eficácia preclusiva da coisa julgada no sistema processual civil brasileiro”, *Temas de direito processual civil*, São Paulo, Saraiva, 1988, p. 107.

⁴⁵ *Idem*.

considerações acima tecidas a propósito do processo no âmbito jurisdicional têm substancial aplicação àquele outro âmbito. Assim, há que se entender que as decisões administrativas ficam sujeitas a uma *estabilização* ou *imunização* que atinge os fatos que lhe são anteriores e somente fatos efetivamente novos é que justificam a desconsideração do que antes se decidiu. Se é certo que a preclusão —também a administrativa— não apanha fatos supervenientes, é igualmente correto que os fatos pretéritos ficam incluídos nos limites objetivos da imutabilidade da decisão.

Muito embora os escopos das atividades jurisdicional e administrativa sejam sabidamente diversos, também se sabe que ambas têm em comum a atuação da lei por dado agente do Estado. Portanto, esse ponto de identidade entre as duas formas de atuação estatal não apenas permite dizer, como já demonstrado à saciedade, que existe preclusão perante e para a administração, como ainda dizer que a preclusão administrativa, no essencial, deve se pautar pelos mesmos cânones que regem o fenômeno na seara jurisdicional.

VI. CONTINUAÇÃO: FATOS NOVOS A ENSEJAR REABERTURA DE INVESTIGAÇÃO NO ÂMBITO ADMINISTRATIVO

Ligado, no plano da técnica processual, aos temas da preclusão administrativa e dos princípios nos quais esse fenômeno está inserido (segurança jurídica, boa-fé e confiança legítima) está o do encerramento de dada investigação acerca de fatos juridicamente relevantes e da posterior reabertura de tais atividades em função da superveniência de novos elementos de fato.

No âmbito do inquérito policial, é conhecida a regra do artigo 80. do Código de Processo Penal, segundo a qual “Depois de ordenado o arquivamento do inquérito pela autoridade judicial, por falta de base para a denúncia, a autoridade policial poderá proceder novas pesquisas, *se de outras provas tiver notícia*”; a propósito da qual se consolidou a jurisprudência do STF nos termos da súmula 524: “Arquivado o inquérito policial, por despacho do juiz, a requerimento do promotor de justiça, não pode a ação penal ser iniciada sem *novas provas*” (cursivas del autor).

No âmbito doutrinário, há mesmo quem sustente que a decisão de arquivamento não seria mero ato administrativo pois, se assim fosse, asseverou Jacinto Nelson de Miranda Coutinho,

não haveria razão para o legislador impor obstáculos ao desarquivamento do inquérito policial, como o fez, exigindo novas provas, o que acabou se refletindo na Súmula 524”. Daí porque, segundo tal entendimento, extrair-se-ia da regra do CPP que “a decisão adquire uma estabilidade provisória, isto é, mantém-se imutável até que apareçam novas e melhores provas. É, assim, uma decisão gravada com efeitos análogos aos da cláusula *rebus sic stantibus*, da qual, nessas condições, é lícito dizer que faz *res judicata*”⁴⁶ (cursivas del autor).

Sem a necessidade de discutir a natureza jurídica da decisão de arquivamento, convém, contudo, determinar *o quê* justifica a reabertura das investigações. E, a propósito, a doutrina é firme no sentido de que tal providência somente se justifica diante de elementos substancialmente novos. A propósito, Vicente Greco Filho, observou que “novas provas referem-se a *elementos novos pertinentes ao fato e à autoria e não a circunstâncias acidentais internas ou externas, que não influenciem nesses elementos*”⁴⁷ (cursivas del autor).

Da mesma forma, Guilherme de Souza Nucci escreveu que “Para reavivar o inquérito policial, desarquivando-o, cremos ser necessário que as provas coletadas *sejam substancialmente novas* —aquelas realmente desconhecidas anteriormente por qualquer das autoridades—, sob pena de se configurar um constrangimento ilegal”⁴⁸ (cursivas del autor). É lição referendada pelas palavras de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, ao lembrar que:

de acordo com o STF, constitui constrangimento ilegal o desarquivamento de inquérito policial e conseqüentemente oferecimento de denúncia e seu recebimento sem novas provas (RTJ 63/620, 47/53, 33/618, 32/35 e 40/111) que são *somente aquelas que produzem alteração no panorama probatório dentro do qual fora concebido e acolhido o arquivamento*, segundo o STF. A nova prova *há que ser substancialmente inovadora e não apenas formalmente nova* (RTJ 91/831 e RTJ 549/393)⁴⁹ (cursivas del autor).

⁴⁶ Cfr. Miranda Coutinho, Jacinto Nelson de, “A natureza cautelar da decisão de arquivamento do inquérito policial”, *RePro* 70/53-55.

⁴⁷ Cfr. Greco Filho, Vicente, *Manual de processo penal*, São Paulo, Saraiva, 1991, p. 89.

⁴⁸ Cfr. Souza Nucci, Guilherme de, *Código de processo penal*, 2a. ed., São Paulo, RT, 2003, p. 93.

⁴⁹ Cfr. Miranda Coutinho, Jacinto Nelson de, *op. cit.*, nota 46.

Em abono de tudo quanto se disse, Rogério Lauria Tucci, tratando embora do oferecimento de denúncia no caso específico do Procurador Geral da República, após a promoção do arquivamento dos autos de inquérito penal ou de peças de informação, assinalou que a reabertura da atividade de persecução “somente pode ocorrer quando após a determinação de acolhimento, obrigatória para o STF, fato ou fatos novos, substanciados em outras provas (na dicção da lei), tiverem lugar”. Caso contrário, asseverou Tucci, “o oferecimento de proposição acusatória restará, como de fato resta, maculado por grave defeito, determinante de sua nulidade, não tendo, conseqüentemente, como vingar”. E concluiu:

Além disso, manifesta a contradição (*contradictio in re ipsa*), decorrente de duas atuações absolutamente antagônicas, *a derradeira proposição ministerial tem a obstaculizá-la, de modo inexorável, a preclusão consumativa, dada a regular prática de ato funcional pelo ‘promotor natural*.

Com efeito, a primeira delas, consistente na promoção do arquivamento, *exauriu, de maneira peremptória, e si et in quantum, a conformação da opinio delicti*⁵⁰ (cursivas del autor).

Portanto, de forma rigorosamente coerente com todas as considerações anteriormente feitas, é lícito dizer que a desconsideração do ato de arquivamento de dada investigação —ainda que dele não se possa dizer ser apto à formação de “coisa julgada”— somente se justifica diante de elementos substancialmente novos. A senso contrário, é vedado revitalizar a atividade de persecução a propósito de fatos pretéritos, já objeto da devida investigação e, mais do que isso, da devida decisão por parte da administração (de encerramento, por meio do arquivamento).

VII. PRINCÍPIOS APLICÁVEIS À ADMINISTRAÇÃO: IMPARCIALIDADE E IMPESSOALIDADE

Da administração há que se exigir, se não imparcialidade, quando menos o atributo da *impessoalidade*, para que o resultado da atividade estatal não acabe resultando em desvio de poder e de finalidade.

⁵⁰ *Cfr.* Lauria Tucci, Rogério, “Pedido de arquivamento de inquérito policial e preclusão consumativa”, *RT 803/516*.

Falando do tema, Celso Antonio Bandeira de Mello ensinou que nesse princípio:

se traduz a idéia de que a administração tem que tratar a todos os administrados sem discriminações, benéficas ou detrimetosas. Nem favoritismo nem perseguições são toleráveis. *Simpatias ou animosidades pessoais, políticas ou ideológicas não podem interferir na atuação administrativa e muito menos interesses sectários, de facções ou grupos de qualquer espécie.* O princípio em causa não é senão o próprio princípio da igualdade ou isonomia⁵¹ (cursivas del autor)

Assim também Odete Medauar, para quem:

Impessoalidade, imparcialidade, objetividade envolvem tanto a idéia de funcionários que atuam em nome do órgão, não para atender objetivos pessoais, como de igualdade dos administrados e atuação norteada por fins de interesse público. Trata-se de ângulos diversos do intuito essencial de *impedir que fatores pessoais, subjetivos, sejam os verdadeiros móveis e fins das decisões administrativas.* Com o princípio da impessoalidade, a Constituição *visa a obstaculizar atuações geradas por antipatias, simpatias, objetivos de vingança, represálias, 'trocós', nepotismo, favorecimentos diversos, muito comuns em concursos públicos, licitações, processos disciplinares, exercício do poder de polícia.* Busca, desse modo, fazer predominar o sentido de função, isto é, o caráter objetivo nas atuações dos agentes, pois, sob tal enfoque, os poderes atribuídos não se destinam a atender interesses e móveis subjetivos e pessoais; finalizam-se ao interesse de toda a coletividade, portanto a resultados desconectados de razões pessoais⁵² (cursivas del autor).

Ainda nas palavras de Celso Antonio Bandeira de Mello,

a administração, ao atuar no exercício de discricção, terá de obedecer a critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o senso normal de *pessoas equilibradas e respeitosas das finalidades que presidiram a outorga da competência exercida.* Vale dizer: pretende-se colocar em claro que não serão apenas inconvenientes, mas também ilegítimas — e portanto jurisdicionalmente invalidáveis — as *condutas desarrazoadas, bi-*

⁵¹ Cfr. Bandeira de Mello, Celso Antônio, *Curso de direito administrativo*, 14a. ed., São Paulo, Malheiros, 2002, p. 96.

⁵² Cfr. Medauar, Odete, *op. cit.*, nota 28, pp. 89 y 90.

*zarras, incoerentes ou praticadas com desconsideração às situações e circunstâncias que seriam atendidas por quem tivesse atributos normais de prudência, sensatez e disposição de acatamento às finalidades da lei atributiva da discricção manejada*⁵³ (cursivas del autor).

VIII. CONTINUAÇÃO: OS PRINCÍPIOS DA SEGURANÇA JURÍDICA, DA BOA-FÉ E DA CONFIANÇA LEGÍTIMA NO DIREITO ADMINISTRATIVO

Também se entrelaçam com o instituto da preclusão administrativa os princípio da segurança jurídica, da boa fé e da confiança legítima.

Consoante lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, o princípio da segurança jurídica “não pode ser radicado em qualquer dispositivo constitucional específico. É, porém, da essência do próprio Direito, notadamente de um Estado Democrático de Direito, de tal sorte que faz parte do sistema constitucional como um todo”. Assim, prossegue o autor,

a ordem jurídica corresponde a um quadro normativo proposto precisamente para que as pessoas possam se orientar, sabendo, pois, de antemão, o que devem ou o que podem fazer, tendo em vista as ulteriores consequências imputáveis a seus atos. *O Direito propõe-se a ensejar uma certa estabilidade, um mínimo de certeza na regência da vida social. Daí o chamado princípio da ‘segurança jurídica’, o qual, bem por isto, se não o mais importante dentro todos os princípios gerais de Direito, é, indiscutivelmente, um dos mais importantes entre eles*⁵⁴ (cursivas del autor).

Falando ainda do tema, Bandeira de Mello ressaltou que:

um dos interesses fundamentais do Direito é a estabilidade das relações constituídas. *É a pacificação dos vínculos estabelecidos a fim de se preservar a ordem. Este objetivo importa muito mais no direito administrativo do que no direito privado. É que os atos administrativos têm repercussão mais ampla, alcançando inúmeros sujeitos, uns direta, e outros indiretamente, como observou Seabra Fagundes.*⁵⁵

⁵³ Cfr. Bandeira de Mello, Celso Antônio, *op. cit.*, nota 26, pp. 54-56.

⁵⁴ Cfr. Bandeira de Mello, Celso Antônio, *op. cit.*, nota 51, pp. 104 y 105.

⁵⁵ Cfr. Bandeira de Mello, Celso Antônio citado por Mauro Roberto Gomes de Matos, em “Princípio do fato consumado no direito administrativo”, *Revista de Direito Administrativo*, vol. 220, 2000, pp. 199 y 200.

E mais:

A estabilidade —e é este o exemplo extremo— não tem outro significado, outro sentido, outra expressão lógica, senão proteger para o futuro os beneficiários dela. Afinal, estabilidade quer dizer permanência no tempo! *Se uma disposição concessiva de estabilidade não for compreendida como a outorga de garantia de permanência no tempo, não tem como ser compreendida*⁵⁶ (cursivas del autor).

De forma análoga, Maria Sylvia Zanella Di Pietro lembrou que “O princípio da segurança jurídica, que não tem sido incluído nos livros de direito administrativo entre os princípios da administração pública, foi inserido entre os mesmos pelo artigo 2o., *caput*, da Lei núm. 9.784/99”. Tal princípio:

se justifica pelo fato de ser comum, na esfera administrativa, haver mudança na interpretação de determinadas normas legais, com a conseqüente mudança de orientação, em caráter normativo, *afetando situações já reconhecidas e consolidadas na vigência de orientação anterior*. Essa possibilidade de mudança de orientação é inevitável, porém gera insegurança jurídica, pois os interessados nunca sabem quando a sua situação será passível de contestação pela própria administração pública. Daí a regra que veda a aplicação retroativa.

E destaca:

A segurança jurídica tem *muita relação com a idéia de respeito à boa-fé*. Se a Administração adotou determinada interpretação como a correta e a aplicou a casos concretos, não pode depois vir a anular atos anteriores, sob o pretexto de que os mesmos foram praticados com base em errônea interpretação. *Se o administrado teve reconhecido determinado direito com base em interpretação adotada em caráter uniforme para toda a Administração, é evidente que a sua boa-fé deve ser respeitada*. Se a lei deve respeitar o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, por respeito ao princípio da segurança jurídica, *não é admissível que o administrado*

⁵⁶ Cfr. Bandeira de Mello, Celso Antônio, “Aplicação da lei no tempo em direito administrativo”, *Revista de Direito Administrativo*, vol. 134, 1978, p. 18.

*tenha seus direitos flutuando ao sabor de interpretações jurídicas variáveis no tempo*⁵⁷ (cursivas del autor).

Já Hely Lopes Meirelles ensinara que:

O *princípio da segurança jurídica* é considerado como uma das vigas mestras da ordem jurídica, sendo, segundo J. J. Gomes Canotilho,⁵⁸ um dos subprincípios básicos do próprio conceito de Estado de direito. Para Almiro do Couto Silva, um dos temas mais fascinantes do direito público neste século é o crescimento da importância do princípio da segurança jurídica, entendido como *princípio da boa-fé dos administrados ou da proteção da confiança*. A ele está visceralmente ligada a exigência de maior estabilidade das situações jurídicas, mesmo daquelas que na origem apresentam vícios de ilegalidade. A segurança jurídica é geralmente caracterizada como uma das vigas mestras do Estado de Direito. É ela, ao lado da legalidade, um dos sub-princípios integradores do próprio conceito de Estado de direito⁵⁹ (cursivas del autor).

Para Lúcia Valle Figueiredo o princípio da boa-fé guarda estreita simbiose com o da moralidade. Para ela, “O princípio da boa-fé encontra agasalhado expresso, isto é, está expressamente mencionado no texto constitucional em seu artigo 231, § 6, como também em diversas leis reedoras da atividade administrativa”. Na verdade, diz ela, “*a boa-fé é conatural, implícita ao princípio da moralidade administrativa*. Não poderá a administração agir de má-fé e, ao mesmo tempo, estar a respeitar o princípio da moralidade. Deveras, não poderá a Administração desrespeitar a boa-fé do administrado, não lhe dar importância, ignorá-la”⁶⁰ (cursivas del autor).

Nesse mesmo diapasão, Danilo Knijnik observou ser “preciso proteger a confiança do interessado nas atitudes administrativas”, lembrando que “de um ato administrativo eivado de nulidade, possam derivar direitos subjetivos para os administrados, os quais *não são passíveis de simples*

⁵⁷ Cfr. Zanella Di Pietro, Maria Sylvia, *Direito administrativo*, 15a. ed., São Paulo, Atlas, 2003, pp. 84 y 85.

⁵⁸ Cfr. Canotilho, J. J., *Direito constitucional*, Coimbra, Almedina, 1991, p. 384.

⁵⁹ Cfr. Lopes Meirelles, Hely, *Direito administrativo brasileiro*, 26a. ed., São Paulo, Malheiros, 2001, pp. 90 y 91.

⁶⁰ Cfr. Valle Figueiredo, Lucia, *Curso de direito administrativo*, 5a. ed., São Paulo, Malheiros, pp. 52-54.

desconstituição unilateral por parte da administração". Destacou esse autor que "a fluência de um longo período pode acarretar a perda, por parte da administração, da faculdade de anular o ato". Assim,

o princípio da segurança jurídica, antes de opor-se ao valor justiça —como levemente se tem afirmado— é já, ele próprio uma forma prática de justiça. Com efeito, seria absolutamente incompatível uma modalidade de segurança jurídica totalmente divorciada das aspirações de uma ordem justa, sob pena de converter-se, ela mesma, na própria insegurança, não querida nem desejada pelo ordenamento. Da mesma forma, *um princípio da legalidade que conduzisse à insegurança jurídica, implicaria de tal forma na negação de seu substrato histórico e filosófico, que restaria descaracterizado enquanto tal*⁶¹ (*cursivas del autor*).

Também digna de nota a lição de Almiro do Couto e Silva, para quem "quando se diz que em determinadas circunstâncias a segurança jurídica deve preponderar sobre a justiça, o que se está afirmando, a rigor, é que *o princípio da segurança jurídica passou a exprimir, naquele caso, diante das peculiaridades da situação concreta, a justiça material*"⁶² (*cursivas del autor*).

Dentre os constitucionalistas, Manoel Gonçalves Ferreira Filho tem dado grande destaque à idéia de *confiança legítima*. Examinando a doutrina estrangeira mais recente, Ferreira Filho escreveu que "Bertrand Mathieu, jovem e eminente professor da Faculdade de Paris I —*Panthéon-Sorbonne*— analisou em profundidade o tema da segurança jurídica, desdobramento do princípio e direito de segurança *tout court*.⁶³ Mostra ele que a segurança jurídica tem duas vertentes. Uma, a da 'qualidade do direito'; outra, a 'exigência de previsibilidade do direito'. Registra esse jurista ser este princípio uma criação do direito germânico, adotado pelo direito comunitário e hoje consagrado nos países europeus, sobretudo

⁶¹ *Cfr.* Knijnik, Danilo, "O princípio da segurança jurídica no direito administrativo e constitucional", *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, núm. 35, 1996, pp. 241, 243, 245 y 247.

⁶² *Cfr.* Couto e Silva, Almiro, "Princípios da legalidade da administração pública e da segurança jurídica no estado de direito contemporâneo", *Revista de Direito Público*, núm. 84/46, 1987, pp. 46 y 47.

⁶³ Parecer inédito cedido à subscritora deste trabalho. A citação contida no parecer foi extraída do *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, 1999, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1999, pp. 155 y ss.

do França e Itália. Assinala: “O princípio de confiança legítima constitui uma expressão particular da exigência de previsibilidade imposta pelo princípio de segurança jurídica. *Quando o direito se torna instável, a necessidade de proteger as vítimas da instabilidade é assegurada pelo princípio da confiança legítima*”⁶⁴ (cursivas del autor).

Invocando a jurisprudência da Corte de Justiça da Comunidade Europeia, lembra o professor⁶⁵ que “O princípio da confiança legítima pode ser invocado quando um ‘particular... se acha numa situação a respeito da qual a administração fez nascer esperanças fundadas’ (*‘espérances fondées’*)”⁶⁶. Lembra ainda Ferreira Filho que “Não é diferente o posicionamento de Alessandro Pizzorusso e Paulo Passaglia, abordando o tema do ângulo italiano.⁶⁷ Mostram estes que a proteção da confiança legítima (*legittimo affidamento*) tem, no direito italiano, raízes na noção de boa fê”⁶⁸.

IX. CONCLUSÃO: O ENTRELAÇAMENTO DOS PRINCÍPIOS PROCESSUAIS E DE DIREITO ADMINISTRATIVO

Dessa maneira, percebe-se que, ao final, *se entrelaçam os princípios e garantias examinados*: do administrador exige-se que observe e que faça observar —inclusive na instrução— a garantia do contraditório, porque, dentre outros, essa garantia, como visto à saciedade, é fator assecuratório de imparcialidade (ou de impessoalidade, pensando na administração), bem como da validade e da eficácia da prova. Violando-se, na colheita da prova, o contraditório e outros postulados que integram a cláusula do devido processo legal, comprometem-se a isenção e a impessoalidade de quem preside a instrução e, conseqüentemente, de quem há de julgar com base em tais elementos assim viciados. Por sua vez, o instituto da pre-

⁶⁴ *Ibidem*, p. 162.

⁶⁵ CJCE, 19 de maio de 1983, Mavridis c. Parlement, Rec., p. 1731.

⁶⁶ Matthieu, trabajo *cit.*, p. 163. O caso julgado pela Corte era a relativa ao “particular”, o servidor, o qual tinha do direito constitucional legislado a fundada esperança de poder perceber, independentemente de “teto”, a remuneração legal e legitimamente estabelecida para seu cargo ou função, incluída a hipótese de acumulação, o mesmo se dizendo quanto a pensões, vantagens pessoais, etcétera. Pena que o Brasil não seja membro da Comunidade Europeia...

⁶⁷ *Op. cit.*, nota 63, pp. 215 y ss.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 215.

clusão administrativa funda-se nos princípios da segurança jurídica, da previsibilidade e da confiança legítima que, se desrespeitados, vulneram o Estado de direito. Assim, princípios processuais e de direito administrativo complementam-se no quadro da atuação da administração em face do sistema constitucional, sendo que sua infringência importa em desvios que podem e devem ser corrigidos pelo Poder Judiciário.