

# A Incidência da Ampla Defesa e do Contraditório em Processos de Apreciação de Atos de Pessoal

*Carlos Henrique Caldeira Jardim*

**Sumário:** Introdução. 1. Breves considerações sobre a *praxis*. 2. O papel do ato administrativo perante a evolução do Direito Administrativo. 3. Processualidade administrativa e legitimidade. 4. A Constituição como aquisição evolutiva e os princípios-garantia como manifestação evolutiva do Estado e da sociedade. 5. Reflexões sobre a incidência do contraditório e da ampla defesa em processos de apreciação de atos de pessoal. 6. Considerações Finais. Referências Bibliográficas.

## **Introdução**

A Constituição Federal de 1988 atribuiu ao Tribunal de Contas da União um notável plexo de competências relacionadas ao exercício do controle externo, como jamais ocorrera em sede de outras Cartas, revelando o caráter preeminente do controle diante da nova concepção de Estado Democrático de Direito. Algumas das tradicionais atribuições experimentaram uma ampliação de seu escopo, a exemplo da apreciação da legalidade, para fins de registro, dos atos de pessoal, ao ser introduzida a admissão de servidores da administração direta e indireta (art. 71, inciso III<sup>1</sup>).

Filiando-se à tendência contemporânea de processualização da atividade administrativa<sup>2</sup>, a Carta Magna consagrou a incidência dos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa no âmbito dos processos judiciais e administrativos

---

<sup>1</sup> Segundo o art. 71, III, da Constituição Federal, compete ao Tribunal de Contas da União “apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo poder público, excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão, bem como a das concessões de aposentadorias, reformas e pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório”.

<sup>2</sup> Dentre outras obras, recomenda-se MEDAUAR, Odete. *A Processualidade no Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

(art. 5º, incisos LIV<sup>3</sup> e LV<sup>4</sup>), de sorte a traduzir um extraordinário valor evolutivo destes princípios-garantia.

Embora ainda presente em teoria uma certa indefinição quanto à natureza administrativa ou jurisdicional<sup>5</sup> das atividades exercidas pelo Tribunal de Contas da União, caracteriza-se o processo no âmbito daquela Corte como tipicamente administrativo, de natureza multiforme, que, informado pelos princípios da oficialidade, do formalismo moderado e da verdade material, cinge-se às garantias constitucionais que asseguram às partes processuais o contraditório e a ampla defesa, consoante esclarece Benjamin Zymler<sup>6</sup>.

Não obstante a sistemática procedimental do Tribunal de Contas de União, de uma forma geral, acolha os princípios da ampla defesa e do contraditório, no que diz respeito especificamente à apreciação de atos de admissão e de concessão, em linha de consonância com a regulamentação específica<sup>7</sup>, a teoria e a jurisprudência consolidaram o entendimento de que nesta hipótese não se configuraria a existência de contraditório.

A questão pertinente à incidência de tais princípios no âmbito dos processos de apreciação dos atos de pessoal (sujeitos a registro) encerra relevantes indagações, sob a ótica da legitimidade da atuação do Estado, por intermédio do Tribunal de Contas, em função dos aspectos quantitativos e qualitativos inerentes aos atos apreciados diante do devido processo legal (substancial e material), mas também sob a perspectiva dos servidores admitidos ou dos beneficiários dos títulos de concessão, haja vista a repercussão da deliberação definitiva sobre a esfera jurídica daqueles<sup>8</sup>.

---

<sup>3</sup> “Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

<sup>4</sup> “Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

<sup>5</sup> Com efeito, o processo dos órgãos de controle externo, tal qual a natureza de suas atividades, encerra peculiaridades *sui generis*, o que sugere uma ontologia própria. A jurisprudência e a teoria têm empregado a expressão jurisdição constitucional de controle ou de sentido equivalente. A questão, não obstante seja de importância secundária para a abordagem presente, pode ser aprofundada in ZYMLER, Benjamin. *Direito Administrativo e Controle*. Belo Horizonte, Fórum, 2005. Recomenda-se, também, o artigo de Carlos Ayres Brito “O Regime Constitucional dos Tribunais de Contas) in *Cadernos de Soluções Constitucionais*. Vol. I. São Paulo: Malheiros (co-edição com ABCD-Associação Brasileira dos Constitucionalistas Democratas), 2003, pp. 20-31.

<sup>6</sup> Benjamin Zymler. Op. cit., p. 387.

<sup>7</sup> Os principais dispositivos pertinentes à matéria são: Lei nº 8.443/92, artigos 39, 40, 34, 45, § 1º, e 48; Regimento Interno do TCU (aprovado pela Resolução nº 155, de 4 de dezembro de 2003), artigos 259/263, 282, 286 e 289; Instrução Normativa TCU nº 44, de 02 de outubro de 2002; Resolução nº 152, de 02 de outubro de 2002 e Resolução TCU nº 36, de 30 de agosto de 1995.

<sup>8</sup> Não se deve perder de vista a expressividade numérica das admissões e das concessões no âmbito da Administração Pública Federal, a materialidade da despesa, o interesse sócio-econômico, as inúmeras situações fáticas e jurídicas apreciadas e o interesse jurídico e econômico dos atingidos pela deliberação do Tribunal:

Tomando por referencial a “processualidade administrativa”<sup>9</sup> como uma necessidade de reação evolutiva do próprio Estado, abordar-se-á o problema posto sob enfoque diverso do consagrado pela dogmática tradicional, na tentativa de vislumbrar horizontes outros que privilegiem a efetividade da incidência dos princípios do contraditório e da ampla defesa, de forma mais abrangente, também, nos processos de atos sujeitos a registro.

### **1- Breves considerações sobre a *praxis***

De acordo com a legislação pertinente e com a sistemática procedimental estabelecida, ao órgão ou entidade a que se vincula o servidor ou beneficiário cabe emitir o correspondente ato de admissão ou de concessão, em conformidade com o respectivo preceito autorizativo ou fundamento legal, e submetê-lo ao Tribunal de Contas, a quem incumbe proceder à apreciação quanto à adequação jurídica dos atos emitidos, sob os mais variados ângulos (forma, competência, conteúdo etc).

O papel do Tribunal de Contas não se restringe simplesmente a homologar ou não os atos de admissão e de concessão. Previamente à deliberação definitiva, há intensa atividade finalística (de controle, propriamente dito) e processual, sobretudo em caso de diligências, realizadas junto ao órgão ou à entidade de origem, nas situações, *a priori*, passíveis de recusa de registro do ato examinado.

Conforme disposto no artigo 260, § 1º, do Regimento Interno, o Tribunal determinará o registro do ato que considerar legal e recusará o registro do ato considerado ilegal. Nesta hipótese, há duas conseqüências jurídicas relevantes para o presente objeto de estudo: no caso de ilegalidade de admissão, “o órgão de origem deverá adotar as medidas cabíveis, fazendo cessar todo e qualquer pagamento decorrente do ato impugnado” (art. 261, *caput*, do Regimento Interno); no caso de concessão, “o órgão de origem fará cessar todo e qualquer pagamento dos proventos ou benefícios no prazo de quinze dias” (artigo 262, *caput*, do Regimento Interno).

Segundo a previsão regulamentar, o servidor admitido e o beneficiário da concessão são qualificados como interessados, ou seja, não integram ordinariamente a relação processual, facultando-se-lhes a possibilidade de se requerer e ser admitido o ingresso no processo, ao se tomar conhecimento da ameaça a direito subjetivo próprio.

---

dados operacionalmente relevantes da realidade que integram a problemática da incidência do contraditório e da ampla defesa em sede de tais processos.

<sup>9</sup> Conquanto se trate de neologismo, a expressão “*processualidade administrativa*” vem sendo bastante empregada na teoria, dentre outros aspectos, para refletir um ponto diferencial em relação à visão clássica burocrática e unilateral, comumente reservada à figura do procedimento administrativo.

A ciência pessoal, por iniciativa da Corte de Contas, dos titulares de tais atos (ou títulos) de admissão ou de concessão ocorre após a prolação do acórdão de ordem definitiva (que determina ou recusa o registro do ato), de tal forma que o ingresso destes tende a se restringir à fase de recursos, em que é facultada a interposição de “pedido de reexame”, com ou sem efeito suspensivo (a depender do aspecto temporal). A *praxis* sugere, portanto, ser apenas parcial a incidência da ampla defesa e do contraditório em sede de tais processos, na medida em que não assegura ao eventual atingido pela deliberação a participação em todo o arco do procedimento.

Benjamin Zymler classifica tal competência como parajudicial<sup>10</sup>, mas ressalta que ela enseja, normalmente, um processo tipicamente gracioso, porquanto “tais procedimentos envolvem a avaliação de atos administrativos marcadamente vinculados, que exigem o preenchimento de pressupostos previstos em lei”<sup>11</sup>. Ou seja, a apreciação levada a efeito incidiria, objetivamente, sobre o ato emanado da autoridade competente.

A atuação do Tribunal de Contas da União privilegia, portanto, a relação jurídica processual junto ao órgão ou entidade de origem dos atos de admissão e de concessão. O entendimento predominante, no âmbito teórico e jurisprudencial, é o de que se trata de atos complexos<sup>12</sup> que prescindem da observância do contraditório e da ampla defesa<sup>13</sup>. O núcleo do fundamento de diversos precedentes do Supremo Tribunal Federal, francamente acolhidos no âmbito da Corte de Contas, pode ser representado pela seguinte ementa:

“Mandado de Segurança. Pensão por morte de ex-militar. Decisão do Tribunal de Contas da União que considerou legal a concessão de pensão à impetrante e determinou o registro do ato respectivo. Decisão impugnada, no prazo legal, pelo Ministério Público, por meio de Pedido de Reexame. Recurso com efeito suspensivo, que impediu se perfizesse o **ato complexo de registro da pensão militar**. Pedido de Reexame provido para tornar insubsistente a decisão anterior e declarar ilegal a concessão da pensão. Art. 71, III, da Constituição. Tribunal de Contas da União. Controle externo. Julgamento de legalidade de concessão de aposentadoria ou pensão. **Inexistência de processo contraditório ou contestatório**. [...]”<sup>14</sup>. (sem grifo no original)

---

<sup>10</sup> Benjamin Zymler. Op. cit., p. 268.

<sup>11</sup> Benjamin Zymler. Op. cit., pp. 424-5

<sup>12</sup> Para o estudo dos atos complexos, recomendam-se as seguintes fontes: CRETELLA JÚNIOR, José. *Dos Atos Administrativos Especiais*. 2. ed. 2. tir. Rio de Janeiro: Forense, 1998; MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 14. ed. rev. e amp. São Paulo: Malheiros, 2002; e STEIN, Joachim Wolfgang. *Ato Administrativo Complexo*. *Revista Justitia*, São Paulo, vol. 89, 2º Trimestre, 1975.

<sup>13</sup> Em monografia de nossa autoria, houve a oportunidade de abordar a natureza destes atos e algumas implicações. In JARDIM, Carlos Henrique Caldeira. *A Apreciação pelo Tribunal de Contas da União dos Atos Sujeitos a Registro*. Monografia para conclusão do Curso de Graduação em Direito da AEUDF. Brasília, 2002.

<sup>14</sup> MS 24728-RJ, Relator Ministro Gilmar Mendes, julgamento em 03/08/2005, Tribunal Pleno, DJ 09/09/2005. Ementa disponível em [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br).

Tal posicionamento, conquanto se sustente em respeitáveis fundamentos teóricos e em consagrada jurisprudência sedimentada ao longo do tempo, assenta-se na dogmática tradicional que atribui ao ato administrativo o papel de elemento central do Direito Administrativo.

## **2 – O papel do ato administrativo perante a evolução do Direito Administrativo**

O ato administrativo, que teve como berço o contencioso administrativo, no qual se originou e germinou a noção de decisão jurídico-pública, como expressão prática do princípio da separação entre Administração e Justiça<sup>15</sup>, representava, no contexto do Estado Liberal, o momento de exteriorização da vontade de uma Administração Pública autoritária e unilateral<sup>16</sup>, baseado na premissa de que a lei, na democracia representativa, porquanto constituía expressão da vontade geral, vinculava e legitimava a atuação administrativa, num primeiro momento como garantia da administração e num momento posterior, como garantia dos particulares.

Santa Maria Pastor<sup>17</sup> indica o aparente paradoxo do desenvolvimento do Direito Administrativo na medida em que os princípios gerais contribuíram de forma mais determinante que as próprias normas escritas para a sua construção (v.g., o propalado binômio princípio da presunção da legitimidade dos atos administrativos e o da supremacia do interesse público sobre o particular), tendo contudo se afastado dos valores ínsitos às constituições democráticas, fenómeno que perdurou mesmo após o advento do Estado Social, por questões várias, quer se examine o ato administrativo sob a ótica de Hauriou (“declaração de vontade dotada de força jurídica própria”), de Giannini (“negócio jurídico para a prossecução de interesses públicos concretos e pontuais”), ou ainda de Otto Mayer (“manifestação da administração autoritária que determina o direito aplicável ao súdito no caso concreto”)<sup>18</sup>.

Mas as modificações experimentadas pelo Estado Social, marcado pela administração prestadora e constitutiva (mediante atos favoráveis ou mesmo constitutivos de direitos), num cenário em que boa parte dos direitos subjetivos resulta de uma determinada

---

<sup>15</sup> SILVA, Vasco Manuel P. D. Pereira da. *Em Busca do Acto Administrativo Perdido*. 1. ed. reimpr. Coimbra: Almedina, 2003, pp. 12 e 43.

<sup>16</sup> BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, pp. 228-30.

<sup>17</sup> *Apud* Vasco Manuel Pascoal da Silva. *Op. cit.*, p. 38

relação jurídica com a Administração, desembocam inexoravelmente num modelo participativo. Neste contexto, é nítida, nos tempos mais recentes, a evolução do princípio da legalidade, outrora centrado na vinculação positiva à lei, para um cenário em que a atuação administrativa assenta-se em bases valorativas emanadas de todo o ordenamento, notadamente dos princípios e preceitos constitucionais, ganhando assim a conotação de um princípio da juridicidade<sup>19</sup>.

No início dos anos 80 do século passado, dentre os teóricos que vislumbravam a transformação em curso, Tércio Sampaio Ferraz Júnior fazia referência explícita à mudança do eixo do princípio da legalidade: “o valor do princípio da legalidade mudou, sendo mais que uma regra do conteúdo da atividade administrativa, uma regra do seu limite, inserindo-se na dialética da autoridade e da liberdade”<sup>20</sup>. Porquanto a dialeticidade não é resultante da positivação em si, mas decorrência de uma verdadeira imposição da sociedade complexa e plural.

A crescente transferência de funções normativas ao Poder Executivo e até mesmo a crise da legalidade, dentre outros fatores, contribuíram decisivamente para abalar a estrutura do Direito Administrativo fundada na decantada presunção de legitimidade do ato administrativo, cedendo terreno a outras formas de materialização do exercício da função administrativa, tais como a contratualização, a via do consenso, além de várias outras exteriorizações jurídicas possíveis daquela atividade<sup>21</sup>.

É bem verdade que não há consenso teórico quanto a *capitis deminutio* do ato administrativo, mas há quase unanimidade quanto ao diagnóstico da crise do ato administrativo clássico, dando ensejo à tendência de o procedimento administrativo e a relação jurídica administrativa convergirem para o centro da dogmática administrativa.

A relação jurídica administrativa corresponde a um esquema relacional, caracterizado pelos vínculos jurídicos que ligam a Administração e os administrados – particulares, servidores, interessados –, assim como as autoridades administrativas, umas às outras. O ato administrativo, neste esquema relacional, é concebido como um dos fatos suscetíveis de criar, modificar ou até mesmo extinguir as relações jurídicas, o que permitiria

---

<sup>18</sup> Procurou-se sintetizar a idéia central dos consagrados autores, cuja importância para a consolidação da teoria sobre o ato administrativo e da própria ciência do Direito Administrativo é incontestável.

<sup>19</sup> Neste sentido, posiciona-se, entre outros: Patrícia Baptista, op. cit. e Cármen Lúcia Antunes Rocha *in* *Princípios Constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

<sup>20</sup> FERRAZ JR., Tércio Sampaio. A Relação Meio/Fim na Teoria Geral do Direito Administrativo. *Revista de Direito Público*, vol. 61, 1982, p.27.

<sup>21</sup> Patrícia Baptista. Op. cit., pp. 108-11 e 232.

explicar os vínculos jurídicos existentes entre a Administração e os administrados, inclusive anteriores ou posteriores à prática do ato administrativo.

Em última análise, a noção da relação jurídica como elemento central da dogmática administrativa encerra o reconhecimento dos administrados como titulares de direitos subjetivos perante a Administração, dando ensejo a uma posição de igualdade, fundada na Constituição, entre os sujeitos envolvidos nas relações jurídicas multilaterais<sup>22</sup>.

O reconhecimento da titularidade de direitos subjetivos perante a Administração Pública, como instrumento de proteção jurídica da dignidade da pessoa humana, constituiria um princípio essencial do Estado de Direito Democrático<sup>23</sup>. Vasco Pereira da Silva ressalta, entretanto, que, mesmo diante do contexto de estado pós-social, não se trata de uma evolução contraditória, marcada pelo predomínio da vertente garantista dos direitos individuais, mas de uma certa comunhão desta com a vertente social destes direitos na medida em que se obrigam os Poderes Públicos a atuarem no sentido de facilitar a sua concretização<sup>24</sup>.

Consoante explicitado, segundo a *praxis*, a inexistência de um processo contraditório, no âmbito da apreciação de atos de pessoal sujeitos a registro, assentar-se-ia na natureza complexa ínsita à espécie, vale dizer, somente após a manifestação da Corte de Contas surgiria, se fosse o caso, a contraposição de interesses. Todavia o reconhecimento da existência de uma relação jurídica administrativa e, por conseguinte, da posição de igualdade entre os sujeitos envolvidos revela um cenário em que a discussão acerca dos interesses juridicamente contrapostos devem ser compartilhados desde o nascedouro da controvérsia, seja na órbita do órgão de origem, seja no âmbito do órgão de controle.

### **3 – Processualidade administrativa e legitimidade**

Como reconhece Otto Bachof<sup>25</sup>, as ligações jurídicas entre os interessados e a Administração devem ser qualificadas como relações jurídicas e, conseqüentemente, a relação jurídica abrange também o procedimento. Em outros termos, há que se considerar uma relação jurídica procedimental, ao lado da relação jurídica substantiva. Daí ser o processo “o espaço preferencial para o desenrolar das relações jurídicas administrativas”, de modo a propiciar a recondução das diversas manifestações da atividade administrativa a um elemento comum e, ainda, a de “ensejar a análise da atuação da Administração e de suas relações com os

---

<sup>22</sup> Patrícia Baptista. Op. cit., pp. 234-6.

<sup>23</sup> Vasco Pereira da Silva. Op. cit., p. 213

<sup>24</sup> Vasco Pereira da Silva. Op. cit., pp. 178-9.

particulares como um fenômeno dinâmico e não meramente estático”<sup>26</sup>. Esta transformação é reconhecida na teoria pátria, entre outros, por Odete Medauar<sup>27</sup> e Benjamin Zymler<sup>28</sup>:

“Observa-se, no mundo e também no Brasil, uma transformação significativa do Direito Administrativo. Este abandona o paradigma do ato administrativo e unilateral como meio de expressão da Administração, porque representante de um interesse coletivo superior aos interesses privados e passa a utilizar o processo administrativo como forma de elaboração prévia de atos administrativos, que defluem de uma interação dialética entre os interesses públicos e privados contrapostos”.

A teoria oferece substrato para sustentar que a mudança do eixo para a processualidade (calcada no reconhecimento da relação jurídica administrativa) pode proporcionar a elevação do patamar de legitimidade e até mesmo da efetividade da atuação administrativa.

Niklas Luhmann sustenta não ser função primordial do procedimento (judicial, legislativo e administrativo) a aplicação da justiça incontestável, senão a de conferir legitimidade às decisões e posições tomadas, porquanto o “objetivo do procedimento juridicamente organizado consiste em tornar intersubjetivamente transmissível a redução de complexidade, quer com a ajuda da verdade, quer através da criação do poder legítimo”<sup>29</sup>. Em outras palavras, a legitimação pelo procedimento não é uma justificação pelo direito processual, mas transformação estrutural da expectativa, por intermédio de um processo efetivo de comunicação, em conformidade com a regulamentação jurídica.

A legitimação pelo procedimento e pela igualdade das probabilidades de obter decisões satisfatórias substitui, segundo o autor, os antigos fundamentos jusnaturalistas ou os métodos de consenso, de modo que os procedimentos encontram um reconhecimento generalizado independente do valor do mérito de satisfazer a decisão isolada, arrastando consigo a aceitação e consideração de decisões obrigatórias. Trata-se, assim, de um acontecimento real, mas não de uma relação mental normativa. Representaria o processo uma aquisição evolucionária, posição também partilhada por Talcott Parsons<sup>30</sup>.

---

<sup>25</sup> *Apud* Vasco Pereira da Silva. Op. cit., p. 209.

<sup>26</sup> Patrícia Baptista. Op. cit., pp. 237-242.

<sup>27</sup> Recomenda-se a obra da autora: *O Direito Administrativo em Evolução*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

<sup>28</sup> ZYMLER, Benjamin. *Política e Direito: uma visão autopoietica*. 1. ed., 2. tir., Curitiba: Juruá, 2003, p. 108.

<sup>29</sup> LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo Procedimento*. Trad. Maria da Conceição Côrte-Real, Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1980, pp. 26-27 e 31-32. Sobre legitimidade e processo, recomenda-se também o trabalho do mesmo autor *in Sociologia do Direito*, trad. Gustavo Bayer, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985. 2 v., p. 177 e s. (vol. I) e pp. 61-70 (vol. II).

<sup>30</sup> LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo Procedimento*. Op. Cit., pp. 31-2

Jürgen Habermas<sup>31</sup> ressalta a necessidade de dois possíveis filtros de legitimação para a Administração: a orientação pelos princípios constitucionais e a via procedimental<sup>32</sup>. O argumento decisivo para a função legitimadora dos processos reside, num contexto de plena comunicação participativa, na ampliação das chances de que os pontos de vista relevantes venham à tona e aumentem a probabilidade de uma justificação racional da decisão<sup>33</sup>.

Não se perca de vista que Habermas substitui a razão prática pela razão comunicativa, acoplando o conceito de racionalidade ao “médium linguístico” e introduzindo ainda o conceito de validade falível. Na esfera processual de entendimento, o *medium* de integração social caberia aos horizontes de sentidos compartilhados intersubjetivamente, uma vez que na relação discursiva há uma interação que exige a exposição das razões que validem as convicções. A validade precária (falível), por seu turno, afasta o risco de uma socialização totalizante que implicaria perda de identidade. Daí se falar em uma racionalidade processual que supera os limites factuais históricos, porquanto transcenderia a partir de dentro<sup>34</sup>.

Peter Häberle, numa abordagem que propugna pela adoção de uma hermenêutica constitucional adequada à sociedade pluralista, toma a participação no processo como influência qualitativa e de conteúdo dos participantes sobre a própria decisão, um verdadeiro aprendizado destinado aos Tribunais<sup>35</sup>. Essa visão pode ser transportada para o âmbito da Administração, mesmo porque, para esse autor, o processo administrativo é um veículo de realização dos direitos fundamentais junto ao estado-prestador<sup>36</sup>.

Constata-se, enfim, uma verdadeira extrapolação do perfil do processo administrativo, ao se transmutar de um plano eminentemente interno para perspectivas sociais e políticas da processualidade administrativa, conduzida não apenas pelo contraditório e

<sup>31</sup> neste ensejo, vem a propósito marcar a posição de M. Kriele, citado por Habermas, em contraponto a Luhmann: “parece que Luhmann desconhece o argumento decisivo para a função legitimadora dos processos: ... Eles aumentam a chance de que todos os pontos de vista relevantes venham à tona e de que a ordem temporal e objetiva de prioridades seja discutida da melhor maneira; e, por isso, eles aumentam a chance de uma justificação racional da decisão. A institucionalização continuada de processos aumenta as chances de que as decisões do poder do Estado tenham sido justificadas no passado e venham a ser justificadas no futuro”. (in HABERMAS, Jürgen, *Direito e Democracia entre Facticidade e Validade*, vol. II. Trad. de Flávio Beno Siebeneichler. 2ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 278).

<sup>32</sup> *Apud* Patrícia Baptista. Op. cit., pp. 115-6. 2ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. 2 v.

<sup>33</sup> *Apud* Benjamin Zymler. *Política e Direito: uma visão autopoietica*. Op. cit., pp. 117-8.

<sup>34</sup> MOREIRA, Luiz. *Fundamentação do Direito em Habermas*. 3ª ed., ver., atual. e amp. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, pp. 128-9.

<sup>35</sup> HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997, Reimpr. 2002, p. 31.

<sup>36</sup> *Apud* Vasco Pereira da Silva. Op. cit., p. 334.

ampla defesa, vistos do ângulo do indivíduo, mas também com o intento de sopesar os vários interesses<sup>37</sup>, na medida em que “o processo, enquanto situação – em movimento – dá origem a expectativas, perspectivas, chances, cargas [probatórias e argumentativas] e liberação de cargas”<sup>38</sup>. O que pode ser traduzido pela contundente afirmação de Adolf Merkl: “a mais eficaz das garantias é realizada pela colaboração no procedimento administrativo daquelas pessoas cujos direitos e obrigações vão restar por ele afetados”<sup>39</sup>.

O grande desafio para a atividade administrativa, calcada nos valores democráticos, dentre os quais se insere a processualidade administrativa, reside, portanto, em conciliar abertura procedimental, apaziguamento dos conflitos e filtragem da relevância dos elementos introduzidos pela via participativa<sup>40</sup>, tendo por norte assegurar o respeito à dignidade da pessoa humana, aos direitos fundamentais e à observância dos chamados direitos-garantia, marcha aparentemente irreversível num ambiente caracterizado por uma sociedade plural e complexa. Neste contexto, exerce a Constituição papel primordial, ao fundar e nortear a processualidade.

#### **4 – A Constituição como aquisição evolutiva e os princípios-garantia como manifestação evolutiva do Estado e da Sociedade**

O referencial teórico do sistema social autopoietico, proposto por Niklas Luhmann<sup>41</sup>, fornece os substratos para a compreensão de que as constituições adotadas pelos estados modernos representam verdadeiramente uma aquisição evolutiva<sup>42</sup>, na medida em que é a constituição que dá fechamento ao sistema jurídico, constituindo uma reação à diferenciação entre direito e política, à total separação de ambos os sistemas de funções e à

---

<sup>37</sup> MEDAUAR, Odete. *A processualidade no Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, pp. 62-9.

<sup>38</sup> LOPES JÚNIOR, Aury. *Processo Penal, Tempo e Risco: quando a urgência atropela as garantias. Processo Penal: leituras constitucionais*. Gilson Bonato (Org.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 16.

<sup>39</sup> *Apud* Patrícia Baptista. *Op. cit.*, p. 248.

<sup>40</sup> Cf. David Duarte *apud* Patrícia Baptista. *Op. cit.*, p. 247.

<sup>41</sup> Segundo Luhmann, o Direito é um sistema operativamente fechado e cognitivamente aberto: “a auto-referência de base do sistema comporta auto-referência no que se refere às normas, e hetero-referência no que tange aos fatos”, *in* NICOLA. Daniela Ribeiro Mendes. *Estrutura e função do Direito na Teoria da Sociedade. Paradoxos da Auto-Observação: percursos da teoria jurídica contemporânea*. Leonel Severo Rocha (Org.). Curitiba: JM, 1997, p. 236.

<sup>42</sup> LUHMANN, Niklas. “La costituzione come acquisizione evolutiva”. *In*: ZAGREBELSKY, G. PORTINARO, P. P. LUTHER, J. (Org.). *Il futuro della costituzione*. Tradução inédita para uso acadêmico de: Menelick de Carvalho Netto. Torino: Einaudi, 1996.

conseqüente necessidade de religação entre eles por meio do acoplamento estrutural. É ela, portanto, que autonomiza o Direito.

A Constituição, destarte, torna possível uma solução jurídica para o problema da autoreferenciabilidade do sistema político (mediante a submissão ao Estado Constitucional e a um instituto jurídico de conteúdos indeterminados: o poder constituinte do povo) e uma solução política para o problema da referenciabilidade do sistema jurídico (mediante a subordinação das normas à lei constitucional).

Quanto a esse acoplamento estrutural entre o direito e a política realizado pela Constituição, é de se destacar que entre as principais reivindicações levadas a termo na luta pela independência norte-americana estava a pretensão de estabelecer um governo limitado. Ainda que tal premissa conste da versão inglesa do liberalismo político, na realidade norte-americana ela assume uma dimensão mais alargada.

É em sede da Declaração de Independência da América de 1776 que o texto escrito, sob a forma de Constituição, proporciona uma espetacular inovação no mundo jurídico: uma lei que funda todo o direito e até o legislativo e o governo: “no passado, havia claramente a idéia de leis particularmente importantes e fundamentais, mas não a idéia de que existisse uma lei utilizável como critério de legitimidade ou ilegitimidade de todas as outras leis e atos jurídicos”<sup>43</sup>.

No âmbito da semântica histórica, verifica-se, ainda, que o conceito de constituição insere razão intencional e não-intencional. Intencional, pelo fato de as controvérsias com a Coroa Britânica terem ensejado um ordenamento autônomo do poder de governo. Não intencional, porque, por motivos somente esclarecidos na prática, redundou na divisão do direito em constitucional e nos demais ramos (àquele submetidos) e, ainda, numa constituição autológica que interpreta a si mesma. Neste sentido, Luhmann descreve a constituição como “resultado de um desenvolvimento evolutivo, uma aquisição evolutiva que nenhuma intenção pode apreender com precisão”.

Dentro desse processo evolutivo, salienta-se a incorporação da cláusula do devido processo legal (*due process of law*), a reafirmação do *rule of law* e a grande contribuição da

---

<sup>43</sup> As citações presentes neste capítulo extraídas da obra citada (com as adaptações consideradas apropriadas) não fazem referência à localização (página), tendo em vista o objetivo puramente acadêmico da tradução.

*Petition of Right*, na medida em que inaugura uma estratégia perseguida ao longo dos tempos: a positivação dos direitos subjetivos mediante cartas de direitos<sup>44</sup>.

A abertura às interpretações que encerra, implicitamente, a transferência de poder do constituinte para os intérpretes (um risco necessário em face da complexidade e da dinâmica da sociedade pós-moderna) envolve, segundo Luhmann, uma atividade “parcialmente autológica”, tendo em vista que a “própria constituição estabelece como os observadores devem observar e o que devem considerar válido ou inválido”.

Sob hipótese, deve-se ignorar o componente intencional presente na revisão ou na interpretação da constituição, contexto em que sobressai o papel fundamental dos princípios constitucionais<sup>45</sup>, os quais constituem o norte e, de certo modo, o limite<sup>46</sup> para a construção de uma hermenêutica legítima perante a Constituição.

Carmen Lúcia Antunes Rocha ressalta que são os princípios que permitem a evolução do sistema constitucional pela criação ou recriação do sentido e da aplicação de suas normas, sem necessidade de modificação de sua letra, porquanto a sua opção ético-social antecede a sua caracterização normativo-jurídica<sup>47</sup>.

Em uma abordagem mais orientada para a aplicação, é bem-vinda a visão teórica de Clémerson Merlin Cléve no sentido de que os princípios cimentam a unidade da constituição e experimentam uma eficácia mínima: se não podem sofrer aplicação direta e imediata, pelo menos cumprem eficácia derogatória da legislação posterior, o que não corresponde ao caso dos princípios-garantia, os quais gozariam de maior efetividade<sup>48</sup>.

---

<sup>44</sup> BARRETO, Herman Nébias. *A Petition of Right e o Rule of Law*. Dissertação apresentada ao Curso de mestrado da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte: 2001 (manuscrito inédito), pp. 188-191.

<sup>45</sup> A questão sempre em voga e em estado aberto da teoria dos princípios comporta, como é cediço, um infinito universo de reflexão e prospecção. Neste trabalho, as principais fontes de consulta foram: BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003; BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004; ROTHENBURG, Walter Claudius. *Princípios Constitucionais*. 1ª ed. 2ª tir. (com acréscimos). Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2003; e BERBERI, Marco Antonio Lima. *Os Princípios na Teoria do Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

<sup>46</sup> A noção de limite não comporta, evidentemente, a idéia de clausura dos princípios. Ao contrário, reconhece-se a estrutura aberta e o estado de virtualidade que eles encerram, conforme, dentre outros, Jean Boulanger, citado in Paulo Bonavides. Op. cit., pp. 266-9.

<sup>47</sup> ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Princípios Constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, pp.22-3.

<sup>48</sup> *Apud* ROTHENBURG, Walter Claudius. *Princípios Constitucionais*. 1. ed. 2 tir. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003, p. 45.

Com efeito, os princípios-garantia, como sustenta Canotilho, apresentam maior densidade normativa (e menor grau de vagueza), o que os aproxima com maior intensidade da regra, permitindo o imediato estabelecimento direto de garantias para os cidadãos<sup>49</sup>.

Sob a perspectiva histórica, há de se ver que os princípios processuais nos sistemas constitucionais positivos surgiram, inicialmente, em face de aspectos de natureza civil e penal. Posteriormente, consoante anota Cármen Lúcia Antunes Rocha<sup>50</sup>, o reconhecimento de que também o processo administrativo poderia provocar ablação a direitos, inclusive direitos fundamentais, como aqueles relativos ao patrimônio jurídico e à própria liberdade do indivíduo, fez com que a matéria tivesse assento constitucional.

A participação dos atingidos por ações administrativas, com as devidas reservas, assemelha-se, no direito inglês ao chamado *right to a fair hearing* (que contempla o direito à adequada notificação e oitiva pela Administração) que, por sua vez, assemelha-se à faceta procedimental do *due process of law*, o denominado *procedural due process* americano<sup>51</sup>.

O regime das garantias constitucionais condiciona a atividade administrativa, ao prescrever normas que procuram dar efetiva consistência ao princípio da legalidade na órbita da atividade estatal, o que requer a passagem pela afirmação dos princípios do devido processo legal do e do contraditório em processo administrativo<sup>52</sup>, com a inegável ascendência do *due process of law*, do *rule of law* e da *petition of right*.

A incorporação destes princípios-garantia no âmbito do processo administrativo no ordenamento pátrio encerra, assim, uma extraordinária evolução, quer como mecanismo de ampliação da incidência *due process of law* (que em seu sentido mais amplo encerra um dos princípios vetores que orientaram a consolidação das constituições modernas e democráticas ocidentais, exercendo um peso decisivo para a autonomia do sistema jurídico, na medida em instrumentalizou uma das formas de limitação do governo e de garantia de manifestação e de participação dos sujeitos interessados na preservação da sua esfera de direito), quer como via de legitimidade do processo administrativo, numa realidade sócio-jurídica que o toma como “espaço preferencial para o desenrolar das relações jurídicas administrativas”<sup>53</sup>.

---

<sup>49</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993, p. 170 e s.

<sup>50</sup> ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Princípios Constitucionais do Processo Administrativo no Direito Brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, outubro-dezembro de 1997, pp. 5-28.

<sup>51</sup> Patrícia Baptista. Op. cit., pp. 149-50.

<sup>52</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 407.

## 5 – Reflexões sobre a incidência do contraditório e da ampla defesa em processos de apreciação de atos de pessoal

A exigência da atuação administrativa mediante a ampla defesa e o contraditório, previstos no inciso LV do artigo 5º da Constituição Federal, vincula-se profundamente à cláusula do devido processo legal, prevista no inciso LIV do mesmo dispositivo: “o devido processo legal desdobra-se, sobretudo, nas garantias do contraditório e ampla defesa, aplicadas ao processo administrativo”, revelando a sua face substantiva<sup>54</sup>.

Ada Pellegrini Grinover observa que a previsão da ampla defesa e do contraditório no processo administrativo não é casual nem aleatória, mas obedece à profunda transformação operada pela Constituição, ao estender o caráter democrático do Estado à configuração da Administração Pública. Neste ensejo, a introdução do termo “litigantes” no comando constitucional conferiu aos princípios em tela novo e amplo alcance, de modo a abarcar as situações em que presentes interesses contrapostos<sup>55</sup>.

Contornos igualmente abrangentes ao princípio da ampla defesa são atribuídos por Sérgio Ferraz e Adilson Dallari: assegurar essa garantia a todos aqueles contra qual se faça uma irrogação, na qual se estabeleça uma apreciação desfavorável, ainda que implícita, de tal sorte que até mesmo o poder-dever de revisão do ato ilegal há de ser meditado à luz da processualística administrativa, com seu escudo de garantias<sup>56</sup>.

Entretanto, conforme enunciado anteriormente, o Supremo Tribunal Federal tem firmado a posição de que o Tribunal de Contas, no julgamento da legalidade das aposentadorias, não está submetido a um processo contraditório ou contencioso. Dentre os julgados que refletem a reiterada jurisprudência, sobressai o seguinte, cujo excerto do voto revela uma visão predominantemente objetivista da relação administrado x administração:

“o registro das concessões de pensões, como de aposentadorias e reformas, e ainda o dos atos de admissão de pessoal (art. 71, III, da Constituição) é uma atividade de auditoria, assinada pelo caráter exaustivo do controle de legalidade. Desenrola-se o respectivo procedimento, entre os órgãos de fiscalização e de gestão, sem margem para a participação ativa de eventuais credores da Fazenda, que possam vir a sofrer efeitos das glosas ou correções impostas”<sup>57</sup>.

---

<sup>53</sup> Cf. Patrícia Baptista. Op cit., p. 252.

<sup>54</sup> Odete Medauar *in* *A Processualidade no Direito Administrativo*. Op. cit., pp. 77-83.

<sup>55</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. Do Direito de Defesa em Inquérito Administrativo. *Revista do Direito Administrativo*. n. 183, 1991, p. 10.

<sup>56</sup> FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. *Processo Administrativo*. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2002, pp. 46 e 71.

<sup>57</sup> Voto proferido em sede do MS 21.449/SP, relator para o acórdão Ministro Octavio Gallotti, em Sessão de 27/09/95, DJ 17/11/1995. Disponível em <http://www.stf.gov.br>. Acesso em 12.01.2006. Brasília: STF, 2006.

O excerto do voto seguinte revela que fatores outros extraídos da realidade fática encerram significativo valor na ponderação do problema concernente à feição objetiva da apuração levada a efeito no âmbito daquela Corte de Contas:

“Não cabe ao Tribunal, portanto, provocar a participação de interessados na relação processual, a despeito de a decisão a se proferir ser capaz de, por via reflexa, trazer-lhes algum ônus. Exceção se verifica na hipótese de o chamamento de interessado não obstruir o exercício do controle, a exemplo da anulação de contratos administrativos, relativamente às empresas contratadas, facilmente identificáveis e cujos interesses, em tese, não serão defendidos pela entidade (...)”<sup>58</sup>.

Todavia, em uma sociedade plural e complexa, perde aderência o paradigma da objetividade dos atos apreciados e, por conseguinte, das normas incidentes (que permeia a construção teórica e jurisprudencial dominante), uma vez que “não existe norma jurídica, senão norma jurídica interpretada na medida em que interpretar um ato normativo nada mais é do que colocá-lo no tempo ou integrá-lo na realidade pública”<sup>59</sup>.

Não se perca de vista que os requisitos para admissão ou concessão, no plano fático são constituídos pelo próprio servidor ou beneficiário da concessão (v.g., a investidura, o tempo de serviço público e em outros regimes, vantagens individuais variadas, dependência econômica, sentença declarativa de um direito, união estável, adoção etc), mas não pela Administração.

Constata-se, em primeiro plano, a existência de uma relação jurídica entre o interessado e a competente pessoa jurídica que os remunera (União ou entidade da administração indireta), mas, também, segundo a abordagem de Otto Bachoff, uma relação jurídica administrativa para com as autoridades administrativas competentes. Em segundo plano, evidencia-se a relação processual administrativa entre o servidor/beneficiário e os órgãos da administração que concretizam (ou não) o direito subjetivo, evidentemente, ao longo de todo o arco do procedimento.

Os bens jurídicos envolvidos (remuneração, vínculo funcional, proventos, benefícios e vínculo previdenciário etc) são absolutamente relevantes, o que certamente legitimaria a atuação concreta dos interessados a partir do momento em que configurada a possibilidade de recusa de registro do ato de admissão ou de concessão, previamente, portanto, à deliberação definitiva que importe, potencialmente, deletérios prejuízos ao interessado no plano material: a cessação do pagamento da remuneração, provento ou benefício.

---

<sup>58</sup> Decisão nº 864/2002–TCU–Plenário, Relator Ministro Marcos Vilaça, DOU 26/07/2002. Disponível em [www.tcu.gov.br](http://www.tcu.gov.br). Acesso em 12/01/2006. Brasília: TCU, 2006.

Se há interesses contrapostos, há, certamente, litígio. Este é o norte de um dos raros julgados do Excelso Pretório que privilegiam a ampla defesa e o contraditório em curso de processos da espécie, cuja ementa apresenta-se:

“O Tribunal, por maioria, concedeu mandado de segurança impetrado contra ato do TCU, que indeferira o registro de pensão vitalícia concedida à impetrante e determinara a devolução das quantias recebidas, sob o fundamento de má-fé, ante a inexistência de provas da sua condição de companheira do instituidor do benefício [...]. Quanto ao mérito, tendo em conta o longo período em que a pensão vinha sendo concedida (4 anos) e o resultado gravoso do ato impugnado, entendeu-se que a impetrante tinha o direito líquido e certo de ser ouvida, no procedimento administrativo, por força dos princípios do contraditório e da ampla defesa, antes de a autoridade decidir ou não sobre a legalidade ou não da pensão percebida.[...]. *Writ* deferido para suspender a ordem de cancelamento do pagamento do benefício até que, com observância do contraditório e da ampla defesa, seja ouvida a impetrante no processo administrativo, ficando cassada a decisão impugnada”<sup>60</sup>.

Na linha deste precedente, verifica-se a existência de outros julgados, a exemplo da decisão proferida em sede do MS nº 24.268/MG<sup>61</sup>, em que o Supremo Tribunal enfatizou que os princípios do contraditório e da ampla defesa aplicam-se a todos os procedimentos administrativos, o que não se limitaria à alegação oportuna e eficaz a respeito de fatos, por parte do atingido, mas implicaria a possibilidade de ser ouvido, também, em matéria jurídica, vale dizer, o direito do interessado de ver seus argumentos fáticos e jurídicos contemplados pelo órgão julgador.

Por outro lado, a negação do direito de participação por motivo do caráter exaustivo da fiscalização distancia-se dos fundamentos da processualidade e da legitimidade da atividade administrativa, até mesmo porque não funda a jurisprudência, pelo menos expressamente, em suposta colisão entre princípios ou normas constitucionais.

Ainda que em tese se admita um suposto choque entre os princípios da ampla defesa e do contraditório diante do princípio da eficiência, não há fundamento apriorístico para a prevalência deste último, que há de ser aplicado em equilíbrio e harmonia com os demais princípios informativos da processualidade administrativa.

Igualmente, não se vislumbra a ocorrência de colisão com o princípio da celeridade processual, agora expresso no inciso LXXVIII do artigo 5º da Constituição

---

<sup>59</sup> Gilmar Mendes *in* Prefácio de Peter Häberle *in* *Hermenêutica Constitucional* [...]. Op cit, pp. 9-10.

<sup>60</sup> MS 24927/RO, relator Ministro Cezar Peluzo, 28/09/2005, disponível em <http://www.stf.gov.br>. Acesso em 12.01.2006. Brasília: STF, 2006.

<sup>61</sup> MS 24268/MG, Rel. para o acórdão Ministro Gilmar Mendes, 05/02/2004, *in* DJ de 17/09/2004. Disponível em [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br). Acesso em 12/01/2003. Brasília: STF, 2006.

Federal<sup>62</sup>. Embora a celeridade tenha de se harmonizar com a eficiência e a efetividade da prestação jurisdicional e administrativa, aquela garantia de celeridade (duração razoável do processo) destina-se, num primeiro momento, ao demandante do Estado prestador, de sorte que não se legitimaria uma construção exegética orientada pela supressão dos outros direitos-garantia (devido processo legal, ampla defesa e contraditório), igualmente relevantes.

Como ressalta José Afonso da Silva, cada norma constitucional é sempre executável por si mesma até onde seja susceptível de execução e o problema reside justamente na determinação desse limite<sup>63</sup>. Tendo em vista o caráter evolutivo e a máxima efetividade que encerram os princípios-garantia, o sacrifício destes somente se justificaria por intermédio de critérios técnico-jurídicos de ponderação de princípios.

Neste ensejo, emerge a importância do referencial teórico de Jorge Miranda<sup>64</sup> acerca do regime geral dos direitos fundamentais (teoria unitária)<sup>65</sup>, embasado nos seguintes postulados<sup>66</sup>: caráter incidível dos direitos fundamentais, decorrente da unidade de sentido constitucional; inexistência de diferenças estruturais entre os distintos tipos de direitos fundamentais, dada a presença das diferentes expectativas (positivas e negativas) em todos eles; interligação sistêmica e dialética entre todas as espécies de direitos fundamentais, contexto em que se insere a chamada “reserva do possível”, em que a medida exata do devido, em concreto, depende das possibilidades reais e jurídicas, elemento este que integra todos os direitos fundamentais, mas não apenas os direitos prestacionais, como quer fazer crer a teoria dualista<sup>67</sup>.

---

<sup>62</sup> “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

<sup>63</sup> SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 6. ed. 3. tir. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 76.

<sup>64</sup> Para maior aprofundamento, são recomendáveis as seguintes obras do autor *in Teoria do Estado e da Constituição*. 1. ed. 2. tir. Rio de Janeiro: Forense, 2003; *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, além de outros artigos de sua autoria orientados para o tema.

<sup>65</sup> Em abreviada consideração, a concepção da teoria unitária compreende os direitos fundamentais de modo unitário, como caminho para a ampliação da dimensão pragmática de concretização social e jurisdicional (em sentido lato) destes direitos.

<sup>66</sup> Cf. SCHÄFER, Jairo. *Classificação dos Direitos Fundamentais: do sistema geracional ao sistema unitário – uma proposta de compreensão*. Porto Alegre: Livraria do Advogado: 2005, pp. 51-67.

<sup>67</sup> A teoria dualista, que encontra em Robert Alexy um dos seus principais expoentes, em síntese apertada, sustenta que os direitos a ações negativas do Estado (direitos de defesa, como “não-impedimento de ações” e “não-afetação de propriedades”) encerram maior eficácia, ao passo que os direitos a ações positivas do Estado (direitos prestacionais, como os direitos à proteção e os de organização e de procedimento) apresentam inferior grau de eficácia, na medida em que a Constituição ordena os fins, mas não necessariamente garante os meios ou determina os modos de ação apropriados. Neste sentido: Jairo Schäfer. *Op. cit.*, pp. 41-50.

## 6 – Considerações finais

A concreta incidência do devido processo legal, guiado pelo contraditório e pela ampla defesa, é uma conquista resultante de um processo evolutivo de uma sociedade plural e complexa e do próprio Estado que se pretende Democrático, que encontra no procedimento uma inquestionável fonte de legitimidade.

Não se ignoram as prováveis dificuldades operacionais decorrentes de uma eventual ampliação da incidência dos princípios-garantia em sede da atuação judicial e administrativa, sobretudo no âmbito do controle, de onde se espera o máximo de efetividade e celeridade. Igualmente, não são desconhecidos os limites e riscos inerentes à participação administrativa (*overintrusion*, *underprotection* e o efeito conservador da participação)<sup>68</sup>.

Ainda no tocante ao risco de comprometimento da efetividade do controle exercido pelo Tribunal de Contas, há de se refletir se a situação se enquadraria na “reserva do possível”, a ponto de inviabilizar o exercício do controle externo, como assentado na jurisprudência<sup>69</sup>.

O caráter exaustivo da apreciação dos atos sujeitos a registro não é um dado desprezível da realidade, contudo a orientação pela instrumentalidade do processo indica que a convocação do interessado só restaria justificada nas hipóteses de litígio, ou seja, perante a existência de potencial prejuízo no plano material do servidor ou beneficiário. Portanto, o chamamento aos autos dos servidores admitidos ou beneficiários das concessões restringir-se-ia às situações em que o ato sob apreciação, segundo a análise preliminar e unilateral do Tribunal, seja passível de impugnação. Nesta hipótese, presume-se factível a conciliação entre os valores em jogo que propugna pela concretização da incidência do contraditório e da ampla defesa, princípios que encerram inegável pretensão de eficácia à luz dos fundamentos teóricos aduzidos.

A pretensão de eficácia da norma constitucional, resultante da força normativa da Constituição, como sugere Konrad Hesse<sup>70</sup>, encerra a idéia de vontade da constituição, que não deve deixar de contemplar as condições naturais, técnicas, econômicas, sociais e o próprio substrato espiritual que se consubstancia na sociedade. As inovações tecnológicas, as

---

<sup>68</sup> Para a melhor compreensão deste tópico, recomenda-se Patrícia Baptista. Op. cit., pp. 156-67

<sup>69</sup> Em 2002, foram apreciados 101.853 atos, dos quais 1.028 (cerca de 1,0%) foram julgados ilegais; em 2003, foram apreciados 87.345 atos, dos quais 1.108 (cerca de 1,3%) foram julgados ilegais; e, finalmente, em 2004, foram apreciados 53.015 atos, dos quais 4.932 (cerca de 9,3 %) foram julgados ilegais, ressalvando-se, neste caso, a prioridade conferida ao exame de atos com indícios de ilegalidade (Fonte: Relatório de Atividades do TCU–2004. Disponível em [www.tcu.gov.br](http://www.tcu.gov.br). Acesso em 13/01/2006).

modernas técnicas de racionalização administrativa, mas sobretudo a crença na possibilidade de conciliação entre abertura procedimental, apaziguamento dos conflitos e filtragem da relevância dos elementos introduzidos pela via participativa, podem concorrer para um novo panorama em que se insira a concreta incidência da ampla defesa e do contraditório em sede da apreciação de atos de admissão e de concessão, sem prejuízo à instrumentalidade do processo e sem o sacrifício extremo da efetividade do controle externo.

### Referências Bibliográficas

- BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- BARRETO, Herman Nébias. *A Petition of Right e o Rule of Law*. Dissertação apresentada ao Curso de mestrado da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte: 2001 (manuscrito inédito).
- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BERBERI, Marco Antonio Lima. *Os Princípios na Teoria do Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito constitucional*. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003.
- BRITTO, Carlos Ayres. O Regime Constitucional dos Tribunais de Contas. *Cadernos de Soluções Constitucionais*. Vol. I. São Paulo: Malheiros (co-edição com ABCD-Associação Brasileira dos Constitucionalistas Democratas), 2003.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.
- CRETELLA JR., José. *Dos atos administrativos Especiais*. 2. ed. 2. tir. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio. *Processo Administrativo*. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2002.
- FERRAZ JR., Tércio Sampaio. A Relação Meio/Fim na Teoria Geral do Direito Administrativo. *Revista de Direito Público*, vol. 61, 1982.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. Do direito de defesa em inquérito administrativo. *Revista do Direito Administrativo*. n. 183, 1991.
- HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da*

---

<sup>70</sup> HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

*Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997, Reimpr. 2002.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia entre Facticidade e Validade*. 2. ed. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, 2v.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

JARDIM, Carlos Henrique Caldeira. *A Apreciação pelo Tribunal de Contas da União dos Atos Sujeitos a Registro*. Monografia para conclusão do Curso de Graduação em Direito da AEUDF. Brasília. 2002 (mimeografado).

LOPES JR., Aury. Processo Penal, Tempo e Risco: quando a urgência atropela as garantias. *In Processo Penal: leituras constitucionais*. Gilson Bonato (Org.). Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2003.

LUHMANN, Niklas. “La costituzione come acquisizione evolutiva”. In: ZAGREBELSKY, G. Portinaro, P. P. LUTHER, J. (Org.). *Il futuro della costituzione*. Tradução inédita para uso acadêmico de: Menelick de Carvalho Netto. Torino: Einaudi, 1996.

\_\_\_\_\_. *Legitimação pelo Procedimento*. Trad. Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980.

\_\_\_\_\_. *Sociologia do Direito*. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1985. 2 v.

MEDAUAR, Odete. *A Processualidade no Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

\_\_\_\_\_. *O Direito Administrativo em Evolução*. 2. ed. rev. at. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 14. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2002.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

\_\_\_\_\_. *Teoria do Estado e da Constituição*. 1. ed. 2. tir. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MOREIRA, Luiz. *Fundamentação do Direito em Habermas*. 3. ed., rev., atual. e amp. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

NICOLA, Daniela Ribeiro Mendes. *Estrutura e Função do Direito na Teoria da Sociedade. Paradoxos da Auto-Observação: percursos da teoria jurídica contemporânea*. Leonel Severo Rocha (Org.). Curitiba: JM, 1997.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios Constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

\_\_\_\_\_. *Princípios Constitucionais do Processo Administrativo no Direito Brasileiro*. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, jul/set. 1997.

ROTHENBURG, Walter Claudius. *Princípios Constitucionais*. 1. ed. 2. tir. (com acréscimos). Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2003.

SCHÄFER, Jairo. *Classificação dos Direitos Fundamentais: do sistema geracional ao sistema unitário – uma proposta de compreensão*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

\_\_\_\_\_. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 6. ed. 3. tir. São Paulo: Malheiros, 2004.

SILVA, Vasco Manuel P. D. Pereira da. *Em Busca do Acto Administrativo Perdido*. 1. ed. reimpr. Coimbra: Almedina, 2003.

STEIN, Joachim Wolfgang. Ato Administrativo Complexo. *Revista Justitia*, São Paulo, vol. 89. 2º Trimestre, 1975.

ZYMLER, Benjamin. *Direito Administrativo e Controle*. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

\_\_\_\_\_. *Política e Direito: uma visão autopoietica*. 1. ed. 2. tir. Curitiba: Juruá, 2003.