

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. DEVIDO PROCESSO LEGAL

ROBERTO ROSAS

1. O agente público é a figura especial na administração e no Direito Administrativo. Seus atos e ações determinam conseqüências para o administrativo, e repercute, até na sociedade. É importante, assim, a pauta da conduta do agente público, aqui dado na generalidade, até chegarmos ao administrativo público. Por isso, útil o exame de duas atitudes do agente na prática do ato — se foi razoável, se foi proporcional. A razoabilidade e proporcionalidade integram o devido processo legal, que tem dupla faceta — material ou processual. O devido processo legal é um dos princípios do Direito Administrativo.

2. A partir da Constituição de 1988 surgiram as aplicações do devido processo legal por força do dispositivo constitucional (art. 5º, LIV) tanto na doutrina, quanto na jurisprudência, e até na legislação (Estatuto da Criança). Entretanto, é importante olhar os passos anteriores na falta de norma constitucional específica sobre o assunto.

3. A partir da criação do Estado brasileiro, formalmente com a Constituição de 1824, esta não serve de exemplo para a pesquisa de avultado instituto como o devido processo legal, mesmo porque nem nos Estados Unidos o direito e a jurisprudência tratavam do tema, ênfase dada já ao início do século XX. A Carta de 1824 padecia da estrutura peculiar concentradora do poder do monarca, no exercício absoluto do Poder Moderado. Como observa Paulo Bonavides, esse poder pessoal ignorava os cânones expressos do texto básico (História Constitucional do Brasil, 1989, pg. 7).

4. Na doutrina tradicional, João Mendes Júnior aproximou-se do devido processo legal, para quem o processo era meio para a segurança constitucional dos direitos, marcado de forma adequada para não haver ofensa da garantia constitucional da segurança dos direitos. Essa orientação era feita segundo princípios filosóficos, concretizados no processo pleno ou ordinário, com atos

imprescindíveis ao procedimento ordinário, chegando-se à efetiva segurança constitucional dos direitos (João Mendes Júnior — Direito Judiciário Brasileiro, 4ª ed., 1954, pg. 197).

5. Desde 1824, todas as Constituições brasileiras ocuparam-se com as garantias processuais penais, mas sem ênfases às garantias civis.

Serviu de consolo aos juristas, a observação sempre constante, e sintetizada por Castro Nunes da falta do princípio do devido processo legal, mas atendido por outros princípios constitucionais inseridos já na Constituição de 1891 (art. 72) — direito à vida (abolida a pena de morte); à liberdade, à propriedade, e especialmente o art. 78 (1891) — “A especificação das garantias e direitos expressos na Constituição não exclui outras garantias e direitos não enumerados, mas resultantes da forma de governa que ela estabelece e dos princípios que consigna”. Aí arrematou Castro Nunes — equivalem, por construção jurisprudencial, à cláusula americana “due process of law” (Teoria e Prática do Poder Judiciário, 1943, pg. 617, nota 21).

Também Lúcio Bittencourt afirmou a presença do “due process of law” no direito brasileiro. Se o regime constitucional brasileiro buscou no americano a sua diretriz, e a incorporação de garantias fundamentais, elas estão protegidas no direito brasileiro segundo o devido processo legal. (C.A. Lúcio Bittencourt — O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis, 1997, pg. 90). José Frederico Marques provou a vigência do due process of law no direito brasileiro segundo dispositivo constitucional da época, e portanto, ninguém seria privado da vida, da liberdade ou da propriedade em o devido processo legal. (José Frederico Marques — A garantia do “due processo of law” no direito tributário — Revista de Direito Público, nº 6, pg. 28, 1968).

6. Com a Constituição de 1946 surgiu nova esperança democrática, e abertura após significativo período dilatorial. Refletiu-se, então nessa carta de grande projeção política e institucional, enfeixada já no art. 141, § 4º de tutela do direito ao processo, o Juiz natural para a garantia da reparação da lesão sem qualquer diminuição ou subtração do seu acesso. Tal direito à tutela jurisdicional foi repetido nas cartas posteriores (1967 — art. 150, § 4º e 1969 — art. 153, § 4º).

7. Como a Carta de 1946 foi a luz institucional depois das trevas ditatoriais, a Carta de 1967 teve o mesmo destino, como representação de mais uma abertura, mas continuam a tutela jurisdicional penal sem grandes esforços com a tutela civil, pelo menos expressamente, apenas o princípio do juiz natural, e do direito de ação faltando o princípio da legalidade. No entanto, como herança de 1891, acertava-se a inserção de outros direitos e garantias além daqueles nominados na Carta inerentes do regime democrático, e dentre eles, está o

princípio da legalidade. Portanto, enfeixaram-se os grandes princípios formadores do devido processo legal.

Assinale-se o pioneirismo dos doutrinadores após 1967 e 1969.

Santiago Dantas elaborou profundo estudo sobre a aproximação do “due process of law” entre sistema americano e brasileiro, especialmente na aplicação da isonomia segundo a lei (F.C. de San Tiago Dantas — Igualdade perante a lei e “due process of law” — Problemas de Direito Positivo, Forense, 1953, pg. 35).

Em 1986 o saudoso Antônio Roberto Sampaio Dória tratou da aplicação do due process of law no Direito Tributário, indicando postulados cardiais da tributação (limitação da competência tributária, igualdade perante os tributos, vedação de tributos impeditivos de atividades lícitas, proibição de tributos confiscatórios) (A. R. Sampaio Dória — Direito Constitucional Tributário e “Due Process of Law”, Forense, 1986). Destaque-se a aplicação do devido processual substancial.

Em 1973, Ada Pellegrini Grinover publicou importante trabalho sobre o devido processo legal, com ênfase no processual. (As garantias constitucionais de direito de ação, RT).

Também de assinalar-se o estudo de Humberto Theodoro Jr. (1987) — A execução de sentença e a garantia do devido processo legal (Ed. AIDE).

8. A jurisprudência enunciou expressamente o devido processo legal antes de 1988. Como se vê em acórdãos do extinto Tribunal Federal de Recursos. (AMS 78673 — Rel. Min. Carlos Velloso — Rev. TFR 56/218).

9. Na Constituinte de 1987, o devido processo legal veio forte por sugestão do então Ministro Carlos Mário Velloso (TFR) ao Deputado Michel Temer, que levou ao debate, passando pelas várias fases legislativas, e redacionais até se converter no texto do art. 5º, LIV — “Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (Carlos Roberto de Siqueira Castro — O Devido Processo Legal e a Razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil — Forense, 1989, pg. 376).

10. O exame histórico anterior a 1988 tem grande significado, porque se a Suprema Corte americana desde o início do século XX debateu o “due process of law”, não só o processual, mas principalmente o substancial, explica-se o grande silêncio introdutório do instituto no Brasil. Ainda que a Carta de 1891 fosse fundada no direito constitucional americano, os doutrinadores não tinham interesse no direito americano, e sim no direito francês e italiano, à exceção de Rui Barbosa, grande iniciador da temática americana jurídica no Brasil, principalmente a doutrina de John Marshall.

Na jurisprudência clássica sobre o poder de tributar, há famoso acórdão do STF, relatado por Orosimbo Nonato, onde se entreve o devido processo legal (substancial) na aplicação da proporcionalidade em relação à tributação. O excesso não pode chegar à destruição, e o exercício do poder de tributar fica nos limites do exercício do direito de propriedade, da liberdade de trabalho, comércio e indústria. No caso concreto, a municipalidade aumentou tributo desmensuradamente, tornando impossível a utilização de um serviço (RE 18331, julgado em 1951 — RF 145/164)

11. O princípio da razoabilidade na esfera administrativa tem alcance importante, porque a decisão administrativa deve a sua pauta de certeza a esse princípio. Há lógica ente o fato e a decisão administrativa, suportada no razoável. Os interesses individuais podem ser superados se for razoável esse prejuízo, essa superação (sobre razoabilidade na fixação de tarifas, Caio Tácito — *Temas de Direito Público, Renovar, I/226*, e sobre motivo e fim, Caio Tácito, RDA 204).

A finalidade da lei não pode ser aplicada de forma desarrazoada. Extrai-se do princípio da legalidade (CF — art. 5º, II, 37 e 84) e o princípio da moralidade. Em último ponto, a função administrativa obedece ao princípio geral do devido processo legal, baseando-se no princípio da razoabilidade (Caio Tácito, *Temas de Direito Público, Renovar, I/327*; Carlos Mário Velloso, *Temas de Direito Público*, pg. 208).

A administração não fica inibida na sua atividade, admitidas restrições administrativas, porém, sempre obedecendo ao devido processo legal.

Levanta-se possível objeção ao exame judicial do ato acusado de não razoável, como intangível quanto ao mérito, nos limites da liberdade de decidir. Essa liberdade é a legal, dentro da lei, e segundo seus parâmetros (Celso Antônio Bandeira Mello, *Curso, 9ª ed.*, pg. 67).

Como importante, por sua objetividade, invocamos Augustin Gordillo sobre as ocorrências de irrazoável: “quando: a) não dê os fundamentos de fato ou de direito que a sustentam ou; b) não leve em conta os fatos constantes do expediente ou públicos e notórios; ou se funde em fatos ou provas inexistentes; ou c) não guarde uma proporção adequada entre os meios que emprega e o fim que a lei deseja alcançar, ou seja, que se trate de uma medida desproporcionada, excessiva em relação ao que se quer alcançar. (*Princípios Gerais de Direito Público*, pg. 184).

A Constituição do Estado de São Paulo impõe à Administração Pública obediência aos princípios da razoabilidade (art. 111)

A proporcionalidade é tomada na razão da finalidade do interesse público, isto é, o ato administrativo é válido na extensão e na repercussão proporcionais.

om O limite da discricionariedade administrativa está submetido à razoabilidade e à proporcionalidade dos meios, não podendo ser imoderados (Caio Tácito, *Temas de Direito Público*, Renovar, 2º/1114).

É importante o destaque ao equilíbrio no contraditório, no contraditório, no processo administrativo, dando-se ao acusado instrumentos de contraposição à autoridade (Romeu Felipe Bacellar Filho, *Princípios Constitucionais do Processo Administrativo Disciplinar*, Max Limond, pg. 203; em relação ao estágio probatório do servidor — Lúcia Valle Figueiredo, *Curso de Direito Administrativo*, XVIII, 10).

Como observa Celso Antônio a privação da liberdade ou da propriedade não é simplesmente a eliminação, também a suspensão ou o sacrifício de quaisquer atributos inerentes a elas (Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso*, pg. 72).

12. É importante uma visão da jurisprudência sobre o devido processo legal, porque cada vez mais os tribunais, principalmente o Supremo Tribunal e o Superior Tribunal de Justiça, na seara administrativa, decidem amparados no devido processo legal, na razoabilidade e na proporcionalidade.

Antes de 1988 o Supremo Tribunal já aplicava o devido processo legal para exigir, na desapropriação, a notificação prévia aos interessados na vistoria do imóvel (STF — MS 20656 — RTJ 121/967). Aplica-se a qualquer processo administrativo no qual o patrimônio do administrado possa vir a ser atingido (STF — RE 158543 — RTJ 156/1045 — voto do Min. Carlos Velloso). O legislador pode estabelecer requisitos para a investidura em cargo ou função, ex. curso universitário. É o princípio razoabilidade (STF — ADIN 1326 — Rel. Min. Carlos Velloso). A fixação da pontuação dos títulos, sem possibilitar a reprovação do candidato em concurso, é razoável (STF — Ag.Reg. Ag. 194188-8 — Rel. Min. Marco Aurélio, RT 754/191). Assegura-se ao praça de corporação militar o devido processo legal, na exclusão das corporações, por ato incompatível com a função (STF — RE 168612 — Rel. Min. Carlos Velloso).

No Superior Tribunal de Justiça há muitas aplicações do princípio do devido processo legal, na área administrativa.

A exoneração do cargo preenchido mediante concurso, exige a obediência ao devido processo legal (Rev. STJ 15/157 e 19/245).

Examine-se o excelente voto do Min. José Delgado sobre o exercício do contraditório, no exame de documentos em processo administrativo (Resp 175738).

13. Cabe uma palavra de importância na exigência da motivação dos atos. Está implícita no devido processo legal a transparência da decisão concretizada

no ato da administração. Sem justificação, o destinatário do ato, não tem como impugná-lo. Apresentam-se aqui, as mesmas razões exigidas para a motivação das sentenças (Roberto Rosas, *Direito Processual Constitucional*, 3ª ed., RT, pg. 43).

14. Todas as observações acima foram feitas especialmente para entendermos o relevante procedimento para apuração da improbidade administrativa, porque sem ele não é possível atingir as conseqüências previstas na Lei 8429/92, como aliás pregou em, consulta, Marcelo Figueiredo (*Responsabilidade por ato de improbidade (O Interesse Público*, 5, 2000).

A referida lei tem como principal vetor o respeito ao princípio da legalidade (art. 4º). Isso significa, uma obediência estrita aos ditames legais na prática dos atos da administração, e o seu desrespeito caracteriza a improbidade administrativa (art. 11).

A lesão ao patrimônio público ou o enriquecimento ilícito derivado de improbidade administrativo, permite à autoridade representar ao Ministério Público para a indisponibilidade dos bens do indiciado (art. 7º). Aqui, volvemos nossas reflexões para o devido processo legal em relação ao direito de propriedade. Não é possível a indisponibilidade inaudita altera parte, ou abujtamente sem estabelecido o due process.

Outra aplicação desse princípios reflete-se na aplicação de comunicações (art. 12), que deve obedecer ao princípio da razoabilidade ente a extensão do dano e o proveito (art. 12, § único). Não é possível demitir-se o o servidor que aplicou bem determinada verba, que era destinada a outra rubrica. Aplica-se, ainda à condição de servidor público, o razoável na apenação do servidor público (Lei 8112 — art. 128; ou na Lei 9784/99 que regula o processo administrativo com obediência à adequação entre meios e fins, vedadas sanções em medida superior às estritamente necessárias ao atendimento de interesse público — art. 2ª, VI. A gradação já é exigida na Constituição — art. 37, § 4º.

Por tudo, a lei abre capítulo específico sobre o procedimento administrativo e o processo judicial (art. 14), a denotar a exigência da obediência ao princípios do devido processo legal.

Tudo isso, como devido processo legal, já está assegurado, como princípios, na Constituição: só há perda de cargo pelo servidor estável com sentença judicial transitada em julgado (art. 41, § 1º, I), ou mediante processo administrativo com ampla defesa (art. 41, § 1º, II).

15. Podemos resumir todas essas observações, com a vigilante aplicação do princípio do devido processo legal na caracterização da improbidade administrativa.