

# PREMISSAS PRINCIPIOLÓGICAS E GARANTÍSTICAS INDISPENSÁVEIS A UMA REGULAR ATUAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E O SILÊNCIO ADMINISTRATIVO

*ESSENTIALS PRINCIPLES AND GUARANTEES  
INDISPENSABLE A REGULAR ROLE OF PUBLIC  
ADMINISTRATION AND ADMINISTRATIVE SILENCE.*

*Raimundo Márcio Ribeiro Lima*

*Mestrando em Direito Constitucional pela UFRN.*

*Professor Especialista de Direito Administrativo e Constitucional da UnB.*

*Especialista em Direito Público pela UnB. Especialista em Docência do Ensino Superior pela UnB. Graduado em Direito pela UFC. Procurador Federal/AGU.*

*“O silêncio é pior. As verdades que calamos tornam-se venenosas”.*

*Friedrich Nietzsche*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Breves Considerações sobre a Inatividade Formal da Administração Pública; 2 Os Princípios Constitucionais Expressos; 2.1 Princípio da Legalidade; 2.2 Princípio da Publicidade; 2.3 Princípio da Moralidade; 2.4 Princípio da Eficiência; 2.5 Princípio da Impessoalidade; 3 Os Princípios Infraconstitucionais Expressos; 3.1 Princípio da Finalidade; 3.2 Princípio da Motivação; 3.3 Proporcionalidade; 3.4 Segurança Jurídica; 3.5 Interesse Público; 4 Os Princípios Implícitos do Regime Jurídico Administrativo; 4.1 Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular; 4.2 Princípio da Oficialidade; 4.3 Princípio da Autotutela Administrativa; 4.4 Princípio da Distribuição Equitativa dos Ônus e Encargos Públicos; 5 O Postulado Normativo Aplicativo da Razoabilidade; 6 As Garantias Constitucionais Relacionadas ao Processo Administrativo; 6.1 O Direito de Petição; 6.2 O Dever de Decidir da Administração Pública; 6.3 O Dever de Fundamentar da Administração Pública; 6.4 O Devido Processo Legal; 6.5 A Ampla defesa e o Contraditório; 6.6 A Duração Razoável do Processo; 7 Conclusão; Referências.

**RESUMO:** O artigo objetiva a discussão dos princípios reitores da Administração Pública, sejam os expressamente previstos na Carta Fundamental, sejam os prescritos na legislação ordinária, bem como os decorrentes do Regime Jurídico Administrativo, em face da inatividade formal do Estado. O trabalho visa, ainda, demonstrar a importância da vinculação da Administração Pública às garantias fundamentais dos administrados, de modo a possibilitar uma regular atuação da atividade administrativa, especialmente no processo administrativo.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito Administrativo. Silêncio Administrativo. Princípios. Administração Pública.

**ABSTRACT:** The article aims to discuss the guiding principles of public administration, are expressly provided for in the Fundamental Charter; are those prescribed in ordinary legislation, as well as under the Administrative Legal Regime, due to the inactivity of the State. The work is also intended to demonstrate the importance of linking public administration to the fundamental guarantees of the citizens, to enable performance of a regular management activity, especially in the administrative process.

**KEYWORDS:** Administrative Law. Administrative silence. Principles. Public Administration.

## INTRODUÇÃO

Considerando a temática de estudos encampada, em que se discute a atuação esboçada do Poder Público em benefício da coletividade, bem como a odiosa ocorrência da inatividade formal desta, o que desencadeia o silêncio administrativo, tem-se que a teia principiológica, norteadora das condutas e medidas tomadas pelos servidores públicos, deve ser efetivamente analisada e apreendida neste condensar gráfico, tudo de forma a evidenciar a importância dos princípios na promoção das atividades administrativas, uma vez que eles canalizam a consecução dos fins esperados pela ordem jurídica, bem como afastam a realização de medidas em descompasso com a realidade fático-jurídica existente na relação, por vezes conflituosa, entre o administrado e a Administração Pública.

Para o desenlace da temática apresentada, serão ventiladas, de forma breve, algumas considerações sobre o silêncio administrativo para, só depois, encetar a questão dos princípios em conexão discursiva com a inatividade formal do Estado.

Quanto aos princípios, eles foram aqui divididos em três grandes grupos, a saber, (i) os princípios constitucionais expressos, (ii) os princípios infraconstitucionais expressos; e (iii) os princípios implícitos do Regime Jurídico Administrativo (RJA).

Ademais, tendo em vista a sua relevância para uma precisa atuação administrativa<sup>1</sup>, será objeto de análise em separado, consoante o escólio da melhor doutrina, o postulado normativo aplicativo da razoabilidade, de maneira a demonstrar a sua diferenciação em face das regras e dos princípios.

Já o princípio da proporcionalidade, por ser infraconstitucionalmente expresso (art. 2º, *caput*, da Lei nº 9.784/99), será analisado junto com os demais princípios jurídicos positivados e, notadamente, sob uma perspectiva diversa do postulado normativo aplicativo da razoabilidade, já que não se confundem quanto aos seus propósitos, muito embora sob o aspecto tipológico, como será salientado mais adiante, ambos ostentam o mesmo *status* de postulado normativo aplicativo.

<sup>1</sup> Desde já se impõe um esclarecimento: o silêncio administrativo e a inatividade administrativa são fenômenos que, além de distintos, não estão sempre fadados à ilegalidade, pois o não atuar do Poder Público, em caráter excepcional, pode ser justificável, o que será mais bem explicitado em outro momento. Por outro lado, o silêncio administrativo, quando decorrente de lei (o *silêncio qualificado*, positivo e o negativo, como será demonstrado adiante), obedece a parâmetros do poder de conformação legislativa, sendo que, nessas hipóteses, por evidente, é de bom alvitre analisar a razoabilidade de suas ocorrências em face do caso concreto.

Em outros termos, a rigor, tanto a proporcionalidade como a razoabilidade são postulados normativos aplicativos, todavia, como aquele se encontra expressamente enquadrado como um princípio na Lei Geral do Processo Administrativo Federal (LGPAF), para manter uma consonância com a prescrição legal, logo, por questão de nomenclatura, a proporcionalidade será estudada no mesmo tópico dedicado aos princípios.

Urge mencionar, desde já, que não se preocupou em analisar todos os princípios dos grupos acima mencionados, até mesmo pela inviabilidade metodológica de tal pretensão, mas tão-somente aqueles que possuem uma efetiva relação de pertinência com a linha de estudos desenvolvida.

Ademais, sob a perspectiva das garantias constitucionais, serão ventiladas considerações sobre (a) o direito de petição; (b) o dever de decidir e de fundamentar da Administração Pública; (c) o devido processo legal; (d) a ampla defesa e o contraditório; e (e) a duração razoável do processo.

Por fim, repita-se, cumpre assinalar que toda a análise promovida será centrada na discussão da inatividade formal da Administração Pública, bem como na busca de instrumentos, ainda na seara administrativa, para evitar a sua ocorrência ou, quando não for possível, minorar os seus danosos efeitos aos administrados e à própria Administração Pública.

## 1 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A INATIVIDADE FORMAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Para uma maior precisão do trabalho a ser desenvolvido, insta definir, ainda que de forma aligeirada<sup>2</sup>, o que seja o silêncio administrativo, bem como divisar, para o presente trabalho, a sua ambiência em face do termo Administração Pública.

Assim sendo, o silêncio administrativo constitui uma inatividade formal da Administração Pública, quer dizer, a inatividade desta em face de um dever legal, sendo que tal deve pode ser dividido em três grandes grupos, quais sejam, (a) o de regulamentar; (b) o de controlar; e (c) o de decidir ou de resolver os requerimentos administrativos.

<sup>2</sup> Uma análise mais demorada sobre o instituto do silêncio administrativo será objeto de artigo em apartado.

Em face da amplitude alcançada pela inatividade formal da Administração Pública, o trabalho se prenderá<sup>3</sup> mais especificamente ao silêncio administrativo em face dos petitórios dos administrados, independentemente deles se embasarem num direito fundamental, contudo, isso não quer dizer que se descuidará do *status* qualificado das pretensões baseadas no estribo da fundamentalidade.

Já no que concerne à expressão Administração Pública, à evidência, se refere à atividade administrativa dos Poderes da República, quer dizer, à atividade típica do Poder Executivo e às atividades atípicas do Poder Judiciário e do Poder Legislativo. Contudo, as considerações apresentadas no trabalho se destinam ao Poder Executivo, o que faz dessumir o mesmo entendimento às atividades atípicas dos demais Poderes.

Quanto ao silêncio administrativo, impende apresentar uma elemental classificação, qual seja, (a) silêncio administrativo qualificado, que se divide em positivo e negativo; (b) silêncio administrativo interno; (c) silêncio administrativo externo; (d) silêncio administrativo inominado. Outras divisões, por certo, poderiam ser apresentadas, todavia, em face do trabalho proposto, são despicendas.

Assim sendo, considera-se silêncio administrativo positivo aquele que permite a concessão de efeito ou benefício favorável ao administrado, pelo simples motivo de existir, no prazo legal ou regulamentar, manifestação da Administração Pública sobre o requerimento administrativo protocolado. Portanto, trata-se de silêncio administrativo com efeitos materiais concretos.

O silêncio administrativo negativo, por sua vez, em face da mesma inatividade, apenas gera efeito denegatório do requerimento administrativo por parte da Administração Pública, o que permitirá o uso das vias recursais administrativas, bem como as instâncias judiciais, haja vista a existência da pretensão resistida por efeito legal. Logo, tem-se um silêncio administrativo com efeitos meramente processuais.

O silêncio interno, e não será objeto de maiores considerações neste trabalho, decorre da ausência de manifestação de órgão ou servidor controlador sobre a atividade de órgão ou servidor controlado. O controle, aqui, possui acepção ampla, de modo a comportar toda a atuação administrativa que tenha como fim o exercício da fiscalização do

<sup>3</sup> Todavia, isso não impede que possam ocorrer eventuais considerações, geralmente marginais, sobre o dever de regulamentar e de controlar da Administração Pública.

próprio Poder Público, bem como aquela que não possua tal finalidade de forma precípua, porém, em decorrência de lei, deva exercê-la em determinados casos.

Já o silêncio administrativo externo representa simplesmente a ausência de manifestação do Poder Público em face de uma solicitação, reclamação ou requerimento do administrado. Isto é, na hipótese, não se trata de órgão ou servidor o destinatário da atuação administrativa, mas, tão-somente, o particular estranho à Administração Pública.

Por fim, tem-se o silêncio administrativo inominado ou não qualificado constitui aquele que não possui qualquer efeito legal concreto, seja de caráter processual, seja de caráter material, de maneira que representa, pura e simplesmente, a inatividade formal do Estado sem qualquer expediente legal em benefício da celeridade da atuação administrativa.

Trata-se, infelizmente, da forma mais comum de silêncio administrativo na legislação federal, haja vista a cultura legislativa nacional de não cominar consequências jurídicas à inércia dos órgãos públicos.

## 2 OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS EXPRESSOS

Considerando o roteiro apresentado acima, passa-se à análise dos princípios constitucionais expressos ou *positivados*, *ex vi* art. 37, *caput*, da CF/88, relacionados à proposta de trabalho.

Primeiramente, impende conceituar o que seja princípio jurídico. A doutrina, naturalmente, apresenta várias conceituações, umas mais demoradas, outras mais sintéticas, porém, em linhas ordinárias, sempre apregoam a fundamentalidade, a generalidade e a abstratividade dos seus esteios, tudo de forma nortear à aplicação do direito no caso concreto.

Ademais, não se pode olvidar que o termo princípio é equívoco, haja vista a diversidade de sentidos que ele possa expressar<sup>4</sup>, quais sejam, início, fundamento, mandamento etc. Aqui, não se fará uma exposição demorada sobre os conceitos apresentados pela doutrina, contudo, duas conceituações serão ventiladas, sendo que um delas, a segunda, servirá de diretriz para a compreensão do sentido e alcance dos princípios neste trabalho.

4 SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 91.

Como um dos expoentes da doutrina constitucionalista alemã, vale a pena a seguinte transcrição<sup>5</sup>:

[...] princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas.

Na doutrina pátria, cumpre apresentar um conceito bem analítico<sup>6</sup>:

Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovida e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.

Em face das predileções acima, limita-se a mencionar que os princípios são enunciados normativos que, pela necessária fundamentalidade dos seus propósitos ou fins, norteiam a aplicação do direito com vista a alcançar a plena satisfação dos interesses ou pretensões da sociedade, conquanto que se cumpra uma relação de observância conjuntural ou sistêmica entre as medidas ou decisões a serem tomadas no caso concreto com os limites exigíveis pela ordem jurídica.

Hoje, não se pode negar a imperiosa normatividade dos princípios<sup>7</sup>, isto é, não há mais como concebê-los como diretrizes ou comandos destituídos de densidade jurídica, nem adorná-los com a qualificação de meramente programáticos, o que lhes retiraria pretensamente o império dos seus fins na nossa ordem constitucional<sup>8</sup>. Para melhor compreensão

5 ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 90.

6 ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 9 ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 78-79.

7 Por certo, por não se enquadrar nos propósitos deste trabalho, não será promovido um estudo sobre a teoria dos princípios, de forma que algumas conclusões ou pressupostos, não devidamente explicitados, tais como a sua normatividade, aplicabilidade e eficácia, serão mencionados ou empregados sem maiores tergiversações.

8 Com enfoque na força normativa da Constituição, e em contraposição às considerações de Lassalle (LASSALLE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. Prefácio de Aurélio Wander Bastos. 5 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 17-18 e 23), transcreve-se (HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 15):

do acima mencionado, transcreve-se uma precisa referência doutrinária vanguardista sobre a normatividade dos princípios<sup>9</sup>:

A normatividade dos princípios, afirmada categórica e precursoramente, nós vamos encontrá-la já nessa excelente e sólida conceituação formulada em 1952 por Crisafulli: ‘Princípio é, com efeito, toda norma jurídica, enquanto considerada como determinante de uma ou de muitas outras subordinadas, que a pressupõem, desenvolvendo e especificando ulteriormente o preceito em direções mais particulares (menos gerais), das quais determinam, e, portanto resumem, potencialmente, o conteúdo: sejam, pois, estas efetivamente postas, sejam, ao contrário, apenas dedutíveis do respectivo princípio geral que as contém’.

Numa contribuição mais recente, colhe-se, ainda, a seguinte passagem<sup>10</sup>:

Tanto regras quanto princípios são normas, porque ambos dizem o que deve ser. Ambos podem ser formulados por meio das expressões deonticas básicas do dever, da permissão e da proibição. Princípios são, tanto quanto as regras, razões para juízos concretos de dever-ser, ainda que de espécie muito diferente.

Sobremais, a eficácia jurídica dos princípios é plenamente reconhecida pela melhor doutrina constitucionalista<sup>11</sup>, bem como pela doutrina administrativista<sup>12</sup>, de maneira que, hoje, não mais questiona a sua eficácia, mas sim qual a argumentação jurídica<sup>13</sup> a ser empreendida, e necessariamente responsável, para fazer operar a eficácia dos princípios

---

“A Constituição não configura, portanto, apenas expressão de um ser, mas também de um dever ser; ela significa mais do que o simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, particularmente as forças sociais e políticas. Graças à pretensão de eficácia, a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social. Determinada pela realidade social e, ao mesmo tempo, determinante em relação a ela, não se pode definir como fundamental nem a pura normatividade, sem a simples eficácia das condições sócio-políticas e econômicas. A força condicionante da realidade e a normatividade da Constituição podem ser diferenciadas; elas não podem, todavia, ser definitivamente separadas ou confundidas”.

9 BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 16 ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 257.

10 ALEXY, 2008, p. 87.

11 ÁVILA, 2009, p. 97-102.

12 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Quatro paradigmas do Direito Administrativo pós-moderno. Legalidade. Finalidade. Eficiência. Resultados*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 87-88.

13 Feliz, nesse ponto, é a advertência a seguir transcrita (GÜNTHER, Klaus. Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica. Trad. Juan Carlos Velasco Arroyo. *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. n° 17-18, p. 271-302, p. 298, 1995):

jurídicos no caso concreto, mormente para satisfazer suficientemente a certeza jurídica desejável em face dos problemas do *mundo da vida*<sup>14</sup>.

## 2.1 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

Trata-se de princípio basilar da Administração Pública, e não somente dela, hajam vista os seus largos esteios em toda a nossa ordem jurídica. Aliás, o nosso sistema jurídico se liga inarredavelmente à pretensa força legitimadora da lei em sentido estrito, bem como à coerção estatal decorrente da aplicabilidade dos termos legais no caso concreto<sup>15</sup>.

A lei, no direito público, ostenta precipuamente a idéia de controle do Estado, já que são muitas as prerrogativas a ele afeitos para a promoção dos variados fins ou misteres em prol da sociedade, tudo de forma a evitar o seu desmedido *agigantamento* em face dos seus súditos; todavia, impende lembrar que, para expressar uma denotação de sociologia jurídica, a lei pode se tornar um instrumento não apenas de controle, mas, também, de superposição de interesses da estatalidade

---

“Si la argumentación jurídica presupone la validez de las reglas, los argumentos jurídicos no podrán formular la misma pretensión que aquéllos que se refieren a la validez de una norma polémica. De otro modo mantendríamos un discurso tan sólo sobre interpretaciones y no sobre normas. No tendría sentido fundamentar la corrección práctica de la interpretación de una norma práctica correcta; al menos habría que decir algo más sobre ese ‘plus’ de corrección práctica en la interpretación frente a la norma.

14 AARNIO, Aulis. *Lo racional como razonable*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, p. 28, 1991.

15 Nesse ponto, segue uma breve e esclarecedora assertiva sobre o assunto (DERRIDA, JACQUES. Fuerza de ley: el “fundamento místico de la autoridad”. *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Número 11, p. 129-191, p. 131, 1992):

“Hay ciertamente leyes no aplicadas, pero no hay ley sin aplicabilidad, y no hay aplicabilidad, o ‘enforceability’ de la ley, sin fuerza directa o no, física o simbólica, exterior o interior, brutal o sutilmente discursiva, coercitiva o regulativa, etc”.

E num vislumbre mais demorado, complementa-se a transcrição acima (DERRIDA, ob. cit., p. 139, 1992):

“El surgimiento mismo de la justicia y del derecho, el momento instituyente, fundador y justificador del derecho implica una fuerza performativa, es decir siempre una fuerza interpretativa: esta vez no en el sentido de que el derecho estaría al servicio de la fuerza, instrumento dócil, servil y por tanto exterior, sino en el sentido de que el derecho tendría una relación más interna y compleja con lo que se llama fuerza, poder o violencia. La justicia en el sentido del derecho (right or law) no estaría simplemente al servicio de una fuerza o de un poder social, por ejemplo económico, político ideológico que existiría fuera de ésta o antes que ésta y al que la misma debería someterse o con el que debería ponerse de acuerdo, según la utilidad. El momento mismo de fundación o de institución (que por otra parte no es nunca un momento inscrito en el tejido homogéneo de una historia, puesto que lo que hace es regarlo con una decisión), la operación que consiste en fundar, inaugurar, justificar el derecho, hacer la ley, consistiría en un golpe de fuerza, en una violencia performativa y por tanto interpretativa que no es justa o injusta, y que ninguna justicia ni ningún derecho previo y anteriormente fundante, ninguna fundación preexistente podría garantizar, contradecir o invalidar por definición. Ningún discurso justificador puede ni debe asegurar el papel de metalenguaje con relación a la performatividad del lenguaje instituyente o a su interpretación dominante”.

ou de segmentos privilegiados da ciranda política ou econômica em detrimento dos interesses de toda a coletividade.

Não se olvidando a advertência acima, incumbe à lei a importante missão de conter os possíveis, e em alguns casos efetivos, malefícios da atividade estatal pela via institucional dos regramentos, em tese, legítimos de nossa democracia representativa.

Nesse norte, o princípio da legalidade deve ser compreendido como uma ferramenta necessária para a promoção da atividade administrativa livre de arbítrios ou abusos, bem como para fazer seguir os parâmetros que o nosso sistema jurídico impõe para o regular exercício das funções dos agentes públicos. Mas, na essência, o que se deve entender, hoje, por princípio da legalidade, tendo em vista a dinâmica da complexa sociedade em que se vive, assim como, a portentosa teia de relações existente entre a Administração Pública e os administrados?<sup>16</sup>

Em primeiro lugar, o princípio da legalidade não se restringe à lei em sentido estrito, assim como não se confunde com o princípio da reserva legal<sup>17</sup>. Ele vai além das prescrições do poder legiferante, seja por eventual delegação legislativa, seja pela densa relação contratual entre a Administração Pública e os administrados. Assim sendo, o princípio da legalidade deve ser entendido de forma mais extensiva, de maneira a contemplar outros instrumentos de caráter normativo, *v. g.* decretos, bem como outras fontes de irradiação normativa, *v. g.* agências reguladoras no exercício do seu poder normativo técnico.

Em segundo lugar, a lei, ainda que deva ser vista como a ordinária paragem de observação para controle dos atos públicos, não representa mais o mesmo sentido de antes, na medida em que o fluxo das exigências cotidianas, pelo modo dinâmico de ser, requer uma expedita composição de fontes normativas, sob pena de serem inviabilizadas as devidas

16 De início, impende mencionar que (NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. *Administração Pública e o Princípio Constitucional da Eficiência*. Boletim de Direito Administrativo (BDA). Ano XX, p. 38-59, Jan. 2006; NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. *Administração Pública e o Princípio Constitucional da Eficiência*. Boletim de Direito Administrativo (BDA). Ano XX, p. 38-59, Jan. p. 39, 2006:

“[...] o princípio da legalidade, tão caro aos administrativistas, sofreu sensível mutação de perfil. Não mais representa, como compreendeu a doutrina tradicional, a subordinação da Administração à lei formal, elaborada pelo Parlamento, situada no cume das fontes jurígenas. Expressa, ao invés, a ideia de conformação com o Direito”.

17 Aliás, como contraponto, não há falar, a rigor, em reserva de lei no Direito brasileiro, já que toda a atuação estatal decorre dos imperativos estabelecidos em lei, *ex vi* art. 5º, inciso I, *c/c* art. 37, *caput*, todos da CF/88. Ora, se tudo decorre de lei, com efeito, não há falar em reserva dela.

regulações das atividades administrativas, evitando, assim, o colapso da atividade legiferante do Estado.

Em terceiro lugar, sob o palio da ordem constitucional vigente, e considerando a força normativa da Carta Fundamental, ao contrário de antes, em que se vicejava a primazia da lei, o primeiro parâmetro normativo a ser devidamente seguido pela Administração é o insculpido na Constituição da República. Nesse plano, revela-se patente a importância dos princípios constitucionais da Administração Pública, haja vista o destacado perfil norteador para a atividade administrativa, bem como o caráter finalístico dos seus preceitos.

Em quarto lugar, cumprir o princípio da legalidade, tendo por base o acima aventado, requer a observância não só (i) da lei, (ii) mas, também, e principalmente, da Constituição; (iii) dos princípios de cada ramo jurídico; (iv) dos princípios gerais do direito; e (v) dos veículos normativos infralegais decorrentes de delegação legislativa. Nesse ponto, esclarecedoras são as seguintes considerações<sup>18</sup>:

[...] hoje, falar em *princípio da legalidade* significa abranger não só a lei, em sentido formal, mas todos os valores e princípios contidos implícita ou explicitamente no ordenamento jurídico. Esta é uma idéia inerente ao próprio conceito de Estado Democrático de Direito, adotado no ordenamento jurídico brasileiro a partir do ‘Preâmbulo’ da Constituição e em seu art. 1º.

Assim sendo, não se pode mais afirmar que a Administração Pública só pode fazer o que lei autoriza, mas, sim, que só se pode fazer o que a lei (i) autoriza, (ii) prevê, o que constitui um adorno aos cânones principiológicos e valorativos, ou (iii) delega.

Por evidente, costuma-se associar a observância da lei ao cumprimento de uma obrigação, isto é, no caso do Direito Público, de um dever de prestação por parte da estatalidade<sup>19</sup>. Claro que há proibições

18 DI PRIETO, Maria Sylvania Zanella. *Discrecionalidade técnica e discrecionalidade administrativa*. In FIGUEIREDO, Marcelo; PONTES FILHO, Valmir (Orgs.). *Estudos de Direito Público em homenagem a Celso Antônio Bandeira de Mello*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 486.

19 Dentro de uma perspectiva garantística, cumpre transcrever uma precisa advertência doutrinária (FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón*. Teoría del garantismo penal. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez *et alii*. Madrid: Editorial Trotta, 1995. p. 917): “[...] para que las prestaciones que satisfacen los derechos sociales sean impuestas como obligaciones a los poderes públicos y no abandonadas al arbitrio administrativo, es necesario que las leyes prevean unívocamente sus presupuestos vinculantes e identifiquen con claridad sus órganos y procedimientos”.

e possíveis abstenções que refogem desse entendimento, contudo, não se pode negar que o dever prestacional do Estado centra considerável atenção nos controles da atividade estatal.

Agora, quando o Estado se queda inerte, qual o foco de ilegalidade se pode destacar? Diante do silêncio da Administração<sup>20</sup>, e outras formas de inatividade, o princípio da legalidade é afrontado de forma ainda mais lesiva. Pois o *feito* ou *promovido*, ainda que despido de maior ou efetiva concreção normativa, é menos lesivo que a pura e simples não atuação do Poder Público.

Explica-se: o *silêncio* não cria qualquer marco para análise, de forma que se impõe um construir, já o *promovido/decidido*, ainda que viciado, faz exsurgir os possíveis ou manifestos meios de controle ou aperfeiçoamento da medida realizada, quer dizer, o atendimento dos preceitos ou limites legais; sem falar que, em que pesem possíveis malefícios da medida tomada, tende a promover expedientes favoráveis aos administrados.

Logo, deve-se mencionar que o silêncio administrativo, qualificado ou inominado, constitui-se numa das formas mais lesivas e refinadas de ilegalidade; sendo que no primeiro caso, o qualificado, é menos censurável, já que, por decorrência de lei, são criados expedientes para minorar os gravosos efeitos da inatividade formal do Estado.

## 2.2 PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE

A publicidade é vista, quase sempre, com um necessário interesse por quem a observa, daí o seu maior brilho e, ao mesmo tempo, a sua resoluta fraqueza. Brilho, porque revela ou denuncia o que se deseja sem maiores esforços; fraqueza, porque, não raro, ela pode assumir contextos totalmente tendenciosos ou simplesmente levianos.

Naturalmente, com o princípio da publicidade não se deseja o alardeio ou falseamento do objeto publicado, noticiado, evidenciado etc, mas, sim, dentre outras coisas, a revelação do atuar da estatalidade com a publicação dos veículos ou instrumentos

<sup>20</sup> Far-se-á, ligeiramente, uma clara distinção entre o silêncio administrativo e a inatividade da administração pública, esta representa um gênero, aquela uma espécie. O silêncio existe quando há um dever expreso de atuar, o que se pode até mesmo de tachá-lo de inatividade formal, já a inatividade da Administração Pública abarca outras linhas de atuação não impositiva, o que pode incluir também, com as devidas reservas, o tormentoso campo da discricionariedade administrativa. Dessa forma, no terreno das decisões políticas, não há falar na configuração do silêncio administrativo.

que externalizam as manifestações do Poder Público, fazendo com que não se promova a política de segredo, isto é, a *arcana praxis*, nos pórticos da Administração Pública; logo, que o exercício da atividade administrativa tenha em vista a defesa do cidadão por meio da transparência dos atos do Poder Público<sup>21</sup>.

Assim sendo, o princípio possui capital importância no controle da Administração Pública, na medida em que possibilita um controle privado, ou da sociedade, sobre os planos e medidas tomadas pelo Estado na condução da atividade administrativa; ligando, assim, o princípio a uma necessária correlação de esforços para a consolidação dos desideratos da nossa ordem jurídica. A publicidade dos atos públicos faz despertar o *status* político dos administrados, bem como alavanca os processos de controle e de cooperação na gestão da coisa pública.

Agora, que relação se pode promover entre o silêncio administrativo e o princípio da publicidade? Se se observa sem maior vagar a indagação, pode-se expressar, baseado nas proposições materiais da atuação administrativa, o seguinte entendimento: ora, se a publicidade pressupõe a exposição de um atuar, como se pode publicar a não atuação ou o não exercício de um dever.

Por mais que se reconheça a possível lógica do enunciado, a publicidade e o silêncio administrativo apresentam, no mínimo, duas relações indissociáveis, quais sejam: (i) a publicidade da inatividade formal, o que implica o conhecimento por parte do administrado, faz exsurgir o controle dos atos da Administração Pública ou, conforme se enuncia, a ausência deles em detrimento de um dever legal, de forma a possibilitar, posteriormente, a devida regularidade dos procedimentos em face dos servidores ou setores públicos inertes; e (ii) garante o reconhecimento formal da inatividade formal da Administração Pública, o que revela segurança nos trâmites processuais, de forma a propiciar a ocorrência de resultados ou efeitos jurídicos positivos ou negativos para os administrados.

Pelo exposto, tem-se que o princípio da publicidade constitui uma ferramenta de controle da Administração Pública; assim como, por outro lado, permite uma atuação cooperativa ou repressiva dos administrados para a promoção de uma melhor condução da atividade administrativa por parte do Poder Público.

<sup>21</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1.165.

### 2.3 PRINCÍPIO DA MORALIDADE

A moral pode ser compreendida de diversas formas, inclusive, a depender do ponto de vista empregado, assumir diversas qualificações, tais como: subjetiva, objetiva, religiosa etc. Contudo, ocupa-se, aqui, com a moral no direito público, mais precisamente, com a moral administrativa, que, como se percebe, trata-se da qualificadora mais consentânea com as tarefas da estatalidade.

O princípio da moralidade representa uma verdadeira baliza no atuar do agente público, pois vai além dos parâmetros da legalidade e é menos vulnerável a desvios que os sedutores esteios da legitimidade<sup>22</sup>.

O princípio propõe, assim, o atuar reto, quer dizer, a linha certa e objetiva do emprego das melhores condutas dos agentes públicos; enfim, constitui-se num marco de proibidade na condução das atividades do Poder Público, na medida em que o crivo das análises pertinentes à efetivação dos comandos legais é marcado pelo dever de evitar atuações ou manifestações contrárias às ordinárias e esperadas posições de um homem probo; portanto, pode-se destacar que “o princípio constitucional da moralidade (entendido como prescrição de conduta eticamente universalizável de modo satisfatório, num dado contexto histórico) assume lugar nobre no cerne do controle sistemático das relações administrativas”<sup>23</sup>.

Ademais, tendo em vista a normatividade dos princípios, e sua consequente eficácia jurídica, impõe-se uma efetiva observância do princípio da moralidade na consecução das mais diversas atividades administrativas, quer dizer, o mero conclave de disposições alusivas à moralidade não satisfaz a exigência do seu cumprimento, pois se deve imprimir toda a cogência dos termos, tudo de forma a revelar a promoção de condutas probas dos agentes públicos, como bem esclarece a lição a seguir<sup>24</sup>:

22 O que é legitimidade? Não se propõe a responder a tão inquietante pergunta, mas ainda que se pregue que ela, dentre outras coisas, enseje o questionamento e a justificação do poder legal (BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 10 ed. São Paulo: Malheiros, p. 112, 1998) e, por isso, possua uma necessária adequação aos parâmetros de aceitabilidade e de justiça no meio social, por vezes, a legitimidade é falseada pelos eventos ou fatos que refoge da linha ordinária de compreensão das pessoas, *rectius* administrados. Condutas tidas, havidas e reconhecidas como legítimas podem, a bem da verdade, demonstrar apenas uma miopia no entendimento da contextualização dos fatos e dos verdadeiros propósitos dos seus fins.

23 FREITAS, Juarez. O princípio constitucional da moralidade e o novo controle das relações de administração. *Revista Interesse Público - IP*. Belo Horizonte, n. 51, ano 10, p. 13-41, set/out de 2008, p. 13.

24 FREITAS, op. cit., p.14, 2008.

Não se acolhe a mera positivação da moralidade: realiza-se autêntica proclamação da eficácia direta e imediata desse princípio como inerência do direito fundamental-síntese à boa administração pública, de modo que a proibidade tem que ser considerada em toda e qualquer hierarquização tópico-sistemática, vale dizer, em toda justificação consistente da decisão administrativa eficiente, eficaz e moralmente universalizável.

Deve-se atentar que a moralidade não é um princípio de conteúdo pré-definido, pois os fatos definirão a contextura de sua aplicabilidade; nem de precisos termos ou de largos traços de delimitação, pois razões temporais e até mesmo circunstanciais, mas socialmente relevantes, podem expressar um limite pautado na moralidade.

Não obstante tais considerações, isso não retira a necessária solidez dos seus permeios, já que fluída e multifacetada é a situação fática ensejadora de sua aplicabilidade e não o núcleo essencial dos seus comandos; a miríade fática pode conter nuances que implique uma mitigação ou extensão do princípio, mas jamais pode negar a sua essência constitutiva.

Ao contrário da legalidade<sup>25</sup>, a moralidade caminha sobre um terreno amplo, e não menos inóspito, fazendo com que se observe uma maior extensão no âmbito de compreensão do seu sentido e alcance, de forma a divisar condutas que, ainda que legais, ou até mesmo legítimas, afrontem o marco da moralidade.

Em termos mais claros, o ato/medida colidente com o princípio da moralidade não se mede apenas pela inobservância das regras ou fiel cumprimento, nem mesmo pela procedimentalização das externalizações públicas, mas sim no móvel do agente, na intenção imoral que subverte a moldura pretensamente regular dos seus atos. Nesse ponto, são oportunas, ainda, são as seguintes palavras<sup>26</sup>:

O princípio da legalidade exige a adequação do ato à lei, enquanto o da moralidade torna obrigatório que o móvel do agente e o objetivo pretendido estejam em harmonia com o dever de bem administrar.

25 Defende-se, portanto, que a moralidade, por consistir um elemento pautado em valores universais, bem como heterogêneos, está fadada a maior inferência sobre as condutas humanas, especialmente por ir além das prescrições conformativas da atividade legiferante.

26 GARCIA, Emerson. A moralidade administrativa e sua densificação. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, ano 11, n. 43, p. 110-137, abr./jun. p. 122, 2003.

Ainda que os contornos do ato estejam superpostos à lei, será ele inválido se resultar de caprichos pessoais do administrador, afastando-se do dever de bem administrar e da consecução do bem comum.

Com espeque nas considerações acima, indaga-se: o silêncio da Administração pode revelar um traço afrontoso ao princípio da moralidade administrativa? Antes de qualquer resposta, outra pergunta: a moralidade administrativa concebe a existência de um silêncio da Administração? Se a inatividade formal não for diretamente incompatível com o princípio da moralidade, à evidência, pode indiretamente implicar a existência de possíveis conflitos. É que a conduta imoral *pode* se restringir a simples inércia, ou mesmo desídia, do agente público, de forma que, nessas circunstâncias, a inatividade assume um caráter nitidamente afrontoso ao princípio em cotejo. Por isso, afirma-se que não há uma identidade entre inatividade formal e imoralidade administrativa, contudo, a prescrição legal de dever, e não mera faculdade, faz presumir, ainda que em caráter relativo, um ranço de imoralidade.

Olhando a questão por outro prisma, e considerando a existência de inatividade formal qualificadas, *rectius* silêncio administrativo positivo, negativo etc<sup>27</sup>, a própria lei pode estabelecer prescrições que, a depender do caso, faz exsurgir uma possível pecha de imoralidade. Exemplifica-se: o silêncio que concede efeitos positivos em determinado processo administrativo, *v.g.* de licenciamento urbano, pode configurar uma situação imoral em face dos bens jurídicos posto em custódia pela Administração Pública, o que pode ser claramente observado quando há o detrimento do patrimônio histórico, por conta do efeito positivo existente, em face de um empreendimento de caráter meramente especulativo.

Como se pode perceber, a temática revela enormes inquietações, mormente se for considerado que o silêncio administrativo pode veicular, algumas vezes, um patente expediente para malferir os interesses dos administrados, quando a sua ocorrência faz operar o indeferimento do pedido administrativo, o que revela certa preocupação quanto aos efeitos da disposição legal que o acolhe.

27 Impende reafirmar que eles fazem com que, independentemente da atuação ou manifestação estatal, por expressa previsão legal, ainda que se possam vislumbrar hipóteses não tão expressas assim (silêncio administrativo positivo/negativo condicionado), o silêncio da Administração produza efeitos jurídicos favoráveis ou não aos administrados.

## 2.4 PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA

Trata-se de princípio que não constava na redação original do art. 37, *caput*, da CF/88, contudo, não se pode dizer que ele não existia, ao menos implicitamente, na nossa ordem constitucional<sup>28</sup>. Ora, se havia a exigência de economicidade, *ex vi* art. 70, *caput*, da CF/88, naturalmente, não se podia negar, desde os primórdios da Lei Fundamental, o comando constitucional do dever de eficiência dos gestores públicos. E as evidências não param por aí, pois o disposto no art. 74, inciso II, da CF/88, expressa com maior nitidez a existência do princípio da eficiência, na medida em que o controle interno terá como finalidade “comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial dos órgãos e entidades da administração federal bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado”.

Ademais, todos os parâmetros da execução orçamentária, *rectius* Lei de Responsabilidade Fiscal e a Lei n° 4.320/64, existem para possibilitar a maior eficiência possível nos gastos dos recursos Públicos, não apenas para evitar os desvios, o que prestigia a regularidade dos gastos, mas, e principalmente, a necessária economicidade quanto à aplicação dos recursos, tudo de forma a maximizar espectro de realizações da Administração Pública.

Sobremais, e a título de exemplificativo, o instituto da licitação não se destina apenas a velar o princípio da igualdade, mas também envidar esforços para a obtenção da melhor proposta, isto é, a que revele a maior economicidade possível, o que inclui dados técnicos relacionados à qualidade, à quantidade e à exequibilidade do objeto da contratação, *v. g.* arts. 12, inciso III; 15, inciso IV; e 23, § 1º, todos da Lei n° 8.666/93. Gravosas, porém precisas, são as seguintes considerações<sup>29</sup>:

O princípio produz obstáculo inclusive ao desembolso em favor da manutenção de organismos e entidades administrativas ineficientes. Não se legitima o desperdício através do argumento de que o beneficiário da despesa é entidade administrativa “criada para aquele fim específico”. A regra é a Administração desembolsar o mínimo

28 No plano infraconstitucional, o ponto de partida coube ao Dec.-lei n° 200, de 25 de fevereiro de 1967, que estabelecera diretrizes para a reforma da Administração Pública federal, haja vista o disposto nos arts. 13; 25; 26, inciso III; 94, incisos II, III e V (NOBRE JÚNIOR, op. cit., p. 48, 2006).

29 JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 12 ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 306.

possível para obter certa utilidade. Se a iniciativa privada dispõe de ofertas mais vantajosas para executar certo objeto, a Administração não pode realizar despesas mais elevadas, sob a única justificativa de que está recorrendo aos préstimos de entidade administrativa.

Assim sendo, não se discute que inserção do princípio da eficiência, por conta da Emenda Constitucional n° 19/98, também conhecida de “Emenda”<sup>30</sup>, não inovou na ordem constitucional, apenas grafou expressamente o que já se afigurava visível aos olhares mais atentos.

Mas qual o conteúdo jurídico do princípio da eficiência? O que constitui uma conduta eficiente? Tais questionamentos, ainda que elementares, não são de fácil resolução. E a razão é simples desse entendimento: a eficiência assume uma contextualização fluída, e, por natureza, demanda uma análise para cada caso, pois a prática da mesma conduta não implica o alcance da eficiência, mesmo que a tenha alcançado em determinadas situações; enfim, o termo eficiente está relacionado mais ao mundo das contingências econômicas, já que expressa elementos quantitativos que expressam as otimizações aritméticas, e não uma expressão jurídica que revele um propósito seguro quando ao fim normativo a ser alcançado.

Dentro de uma análise mais ácida, e com inegável brilho, transcreve-se<sup>31</sup>:

Quanto ao princípio da eficiência, não há nada a dizer sobre ele. Trata-se, evidentemente, de algo mais do que desejável. Contudo, é juridicamente tão fluido e de tão difícil controle ao lume do Direito, que mais parece um simples adorno agregado ao art. 37 ou o extravasamento de uma aspiração dos que buliram no texto. De toda sorte, o fato é que tal princípio não pode ser concebido (entre nós nunca é demais fazer ressalvas óbvias) senão na intimidade do princípio da legalidade, pois jamais uma suposta busca de eficiência justificaria postergação daquele que é o dever administrativo por excelência.

Porém, tais considerações não retiram o sentido desejado pela norma constitucional, já que o dever de eficiência implica, na mais

30 Não só pela sua extensão, mas também pelo *vigor* de suas disposições, por assim dizer, questionáveis do ponto de vista constitucional, *v. g.* o § 8º, do art. 37, e até mesmo quanto aos procedimentos do processo legislativo de caráter formal, tendo em vista a nova redação do *caput* do art. 39, tanto que foi objeto de Ação Direta de Inconstitucionalidade com Medida Cautelar julgada procedente em parte (ADIN n° 2135-4 MC/DF).

31 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 24 ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 117-118.

ordinária compreensão do termo, o uso regular e preciso dos recursos públicos, mormente os de caráter pecuniário, em face das demandas da sociedade complexa de nosso tempo.

Ademais, como já advertido na citação acima, o princípio da eficiência não legitima a atuação da Administrativa descurada da legalidade, uma vez que esta prima não apenas a simpatia dos números ou dados em face dos critérios adotados para divisar a gestão eficiente, vai mais além, cria o necessário marco de uma atuação administrativa que respeite, dentre outras coisas, a liberdade e a propriedade, material ou imaterial, dos administrados; logo, não há como defender no nosso sistema jurídico o alcance da eficiência a qualquer custo.

Em termos ainda mais claros, a redução dos custos da atividade administrativa deve ser pautada na observância de todas as exigências legais, sob pena de malferir a ordem jurídica vigente com o pretexto de obter uma gestão pretensamente eficiente do Estado. Quer dizer, ainda que desejada, por certo, a eficiência não pode de desvincular dos estribos legais.

Deve-se considerar, ainda, que o princípio da eficiência constitui-se num vetor interpretativo de todas as demais normas do direito administrativo pátrio<sup>32</sup>, de maneira que o gestor da coisa pública não poderá olvidar os valores inerentes ou decorrentes do dever de bem promover as realizações administrativas com eficiência.

Destarte, o gestor deve ter sensibilidade para não descurar da qualidade dos bens/produtos adquiridos ou dos serviços a serem prestados, uma vez que a qualidade não constitui um adorno às escolhas talhadas pelo preciosismo do gestor, não mesmo, pois o valor-qualidade é tão exigível quanto o valor-quantidade; explica-se: não se pode mais pautar as escolhas administrativas no critério meramente quantitativo, pois, não raras vezes, se afigura totalmente inadequada para o atendimento do interesse público devidamente salvaguardado pela ordem legal.

De plano, pode-se afirmar que a inatividade estatal não representa uma atuação eficiente, mormente quando há o dever formal de manifestação. Assim sendo, o princípio da eficiência não se ajusta às hipóteses em que o Poder Público campeia no injustificável terreno da

32 MORAIS, Dalton Santos. Os custos da atividade administrativa e o princípio da eficiência. *Revista dos Tribunais*, vol. 837, p. 79-108, p. 95, julho 2005.

letargia institucional, isto é, a eficiência cobra um atuar expedito, um manifestar preciso/conciso e, acima de tudo, uma atuação que prestigie ou possibilite a concreção dos resultados, *rectius* efetividade.

Em outros termos, o agente público deve imprimir uma conduta eficiente mediante meios ou instrumentos eficazes com vista a alcançar os resultados esperados ou desejados pela ordem jurídica. A eficácia dos meios, por sua vez, encontra-se adstrita à viabilidade material da Administração Pública para a consecução dos seus fins, bem como à escolha dos instrumentos mais precisos em cada caso.

Destarte, a conduta do servidor revelar-se-á eficiente quando respeitar os parâmetros lógicos da melhor escolha em face da demanda fática existente. Mas impende advertir que não há como obter eficiência dentro de um contexto de extrema limitação material, pois o dispêndio é inevitável, mormente de recursos humanos, já que exige-la dos agentes públicos não é lhes impor um exercício incomensurável de criatividade ou habilidade técnica. Já a esperada efetividade encontra-se vinculada a regular atuação dos fatores precedentes, *rectius* eficiência e eficácia, pois os resultados demandam uma conjunção de acertos em prol dos fins a serem alcançados pelas medidas ou atos administrativos adotados.

Em termos mais claros, a efetividade não pode ser vista como um fim de alcance isolado, pois não há como afastar a convergência operativa da eficácia e da eficiência para o seu desenlace no âmbito da Administração Pública.

## 2.5 PRINCÍPIO DA IMPESSOALIDADE

O princípio da impessoalidade é uma decorrência lógica do princípio da igualdade, na medida em que impõe o tratamento objetivo e imparcial dos agentes públicos sobre as questões a serem decididas ou sobre as medidas a serem tomadas; busca, assim, preservar uma atuação estatal livre de favorecimentos ilegais ou ilegítimos, isto é, que afronte a igualdade de tratamento dispensada a todos os administrados, ressalvadas as hipóteses em que o tratamento igual ou semelhante afronta o próprio princípio da igualdade.

Todavia, há certos temperamentos, explica-se: o favorecimento para o atendimento dos fins públicos é possível quando a situação fática estiver calcada num parâmetro legal que o permita ou, conforme o caso, a legitimidade do ato a ser promovido sustente a adoção de medida

diferenciada; assim sendo, restará observado o princípio da igualdade, na medida em que, por exemplo, administrados, em face do mesmo petítório, podem se encontrar em situações fáticas consideravelmente diversas e, por conseguinte, aptas a ensejar decisões igualmente diversas; logo, em tais situações inexistem concessões ou favorecimentos indevidos a particulares, mas, tão-somente, a escorreita aplicação da lei, quer dizer, o próprio atendimento do princípio da impessoalidade. Nessa ordem de ideias, em passagem extremamente didática, transcrevem estas percucientes palavras<sup>33</sup>:

Tal princípio, previsto no art. 37, *caput* e § 1.º, da Constituição, deve ser concebido em uma dupla perspectiva. Em um primeiro sentido, estatui que o autor dos atos estatais é o órgão ou a entidade, e não a pessoa do agente (acepção ativa). Sob outra ótica, torna cogente que a Administração dispense igualdade de tratamento a todos aqueles que se encontrem em posição similar, o que pressupõe que os atos praticados gerem os mesmos efeitos e atinjam a todos os administrados que estejam em idêntica situação fática ou jurídica, caracterizando a imparcialidade do agente público (acepção passiva). Com isto, preserva-se o princípio da isonomia entre os administrados e o princípio da finalidade, segundo o qual a atividade estatal deve ter sempre por objetivo a satisfação do interesse público, sendo vedada qualquer prática que busque unicamente a implementação de um interesse particular.

Dessarte, a atuação administrativa não pode promover tratamentos aos administrados ou aos próprios agentes públicos que expressem injustificáveis situações ou posições jurídicas em face da ordem legal vigente e da moral administrativa reinante. Sobre tais considerações, claras e precisas são as advertências da melhor doutrina<sup>34</sup>:

[...] a Administração Pública precisa dispensar tratamento isonômico a todos, sem privilégios espúrios, tampouco manobras persecutórias, sequer as movidas por supostas boas intenções. Intenta-se a instauração, acima de sinuosos personalismos, do governo dos princípios e dos objetivos fundamentais, em lugar do idiossincrático império “emotivistas” dos projetos de cunho faccioso, antagonônicos, por definição, à filosofia da boa administração.

<sup>33</sup> GARCIA, Emerson. O Ministério Público e a Defesa do Princípio da Impessoalidade. *Revista dos Tribunais*, vol. 799, p. 145-157, p. 147, maio 2002.

<sup>34</sup> FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 82.

Com feito, umas das maiores problemáticas na gestão da coisa pública é a personalização das escolhas durante a consecução das tarefas administrativas ou na realização dos investimentos institucionais, quer dizer, não se discute a técnica da decisão tomada, mas a paixão ou gosto do gestor, sendo que isso, por certo, atenta contra o princípio da impessoalidade. Constitui prática muito comum dos Chefes do Poder Executivo, mormente os municipais, imporem à adoção de cores, ou atribuir símbolos indicativos, semelhantes aos usados em campanha eleitoral nas obras realizadas ou nos bens adquiridos pela municipalidade; isso, além de revelar uma afronta ao disposto no art. 37, § 1º, da CF/88, representa uma patente inobservância do princípio da impessoalidade, pois o expediente empreendido, em que pesem os habituais simulacros empregados para demonstrar a lisura do procedimento e demais engodos ou subterfúgios com o mesmo jaez, se presta ao atendimento de interesses meramente particulares ou, melhor dizer, partidários. E, considerando a clareza e elegância conceituais, é de todo pertinente trazer à baila um preciso desfecho de renomado administrativista gaúcho<sup>35</sup>:

[...] o princípio da imparcialidade ou da impessoalidade desvela-se do alto porte para equacionar o *controle sistemático que incentiva e obriga os agentes públicos a praticarem uma gestão desatrelada dos interesses mesquinhos e secundários, no compromisso com o direito fundamental-síntese à boa administração pública, que se traduz como a cabal proibição de qualquer discriminação torpe e como dever simultâneo de efetuar a redução das desigualdades injustas.* (grifo do autor)

Dentro de um contexto mais pragmático-funcional sobre a temática, tem-se que o princípio da impessoalidade guarda uma necessária relação com a teoria do órgão de Otto Friedrich Von Gierke, uma vez que a atividade exercida para a promoção dos misteres da Administração Pública é atribuída ao órgão e não ao servidor<sup>36</sup>, de forma que a atuação administrativa que cause danos a terceiros faz exsurgir o dever de responsabilização do Estado e não do agente que praticou o ato, bem como eventuais vícios relacionados à situação do *servidor* não impõe a invalidade do ato por ele praticado, pois a irregularidade não se encontra na manifestação do órgão<sup>37</sup>, mas sim na contextura fática que cerca o agente, tais como:

35 FREITAS, 2009.

36 MENDONÇA, Maria Lirida Calou de Araújo e. A teoria dos órgãos públicos e o § 8º do artigo 37 da Constituição Federal. *Revista Pensar*. Fortaleza, v. 9, n. 9, p. 97-104, fev. 2004, 99.

37 Naturalmente, impõe-se um esclarecimento: se o ato praticado não apresenta vícios intrínsecos ou extrínsecos, à evidência, não há falar em invalidade porque o agente se encontrava em situação irregular,

- a) servidor de fato,
- b) usurpação de função, e
- c) incompetência administrativa etc.

Considerando o móvel que anima o agente público, sem sombra de dúvida, o silêncio da Administração pode configurar uma ofensa ao princípio da impessoalidade, uma vez que a inércia, dolosa ou culposa, pode acarretar um injustificável tratamento diferenciado em face dos requerimentos administrativos efetivados ou, o que é mais grave, e não raro acontece, a total ausência de tratamento por questões meramente pessoais, o que representa uma conduta criminosa, *ex vi* art. 319 do Código Penal.

Ademais, a impessoalidade não se vincula à indiferença na consecução do serviço público. Ao revés, ela impõe o dever de uma

já que a invalidade não se consubstanciou no ato em per se, contudo, se existir vícios com relação à perfectibilização do ato em si mesmo, por certo, como toda e qualquer manifestação equivocada ou viciada pelo Poder Público, observados os lapsos temporais, deve ser retificado. Em termos mais claros, o que pode invalidar o ato ou procedimento são os seus vícios intrínsecos e não dados ou circunstâncias particulares vinculados ao servidor. Ainda sobre a temática, transcreve-se uma precisa advertência doutrinária (OLIVARES, José Miguel Valdivia. Teoría del Órgano y Responsabilidad Pública en la Ley de Bases de la Administración del Estado. *Revista de Derecho*. Vol. XIX, nº 2, p. 133-159, 141, Diciembre 2006):

“No puede pasarse por alto una observación metodológica: la teoría del órgano deviene [...] una teoría bicéfala. En cuanto sinónimo de imputación (que es su núcleo esencial), hay que distinguir pues entre actos jurídicos y responsabilidad. Pero mientras en materia de actos jurídicos la teoría conserva utilidad, pues delimita la esfera de

quienes pueden comprometer al Estado o las personas públicas, en materia de responsabilidad ninguna limitación es necesaria. La teoría del órgano proporciona el marco general que atribuye a los agentes del Estado la facultad de comprometer a la persona pública, pero ella no ejerce ningún rol técnico: no es necesario determinar concretamente si tal o cual agente es o no un órgano, ya que por definición todos lo son. Uno tiene la impresión de que con ello la teoría pierde su fuerza explicativa general, pues no excluye las particularidades (enormes) de la responsabilidad. Ninguna de las dos concepciones está, en efecto, exenta de limitaciones en cuanto a la responsabilidad”.

E, mais adiante, com notória criticidade, arremata o autor (Op. cit., p. 142, 2006):

“Tal vez el recurso a la teoría se justifica en el derecho privado. El dueño de la empresa, quien la ha creado como persona jurídica, busca sin duda resguardar su patrimonio personal. La teoría del órgano le suministra el útil para desaparecer detrás de la forma societaria. Los empleados, en cambio –en un esquema ajeno a la responsabilidad por riesgo– sólo pueden comprometer la responsabilidad de la firma mediante el artificio de la responsabilidad por hecho ajeno, con la eventualidad de acciones de repetición. Nada de esto está presente en el derecho público, en que por encumbrado que sea el órgano, nunca es “dueño” del aparato estatal. Aunque pueda remontarse del agente autor del daño a su jefe, y de éste a su jefe y así, sucesivamente, nunca podrá llegarse más lejos que a una autoridad comisaria del interés público. En realidad, la teoría puede manifestarse como clasista, porque el alto funcionario, el jefe del servicio es justamente el órgano cuyos actos se identifican con los del servicio”.

atuação prestativa, contudo, e no que se revela importante, sem favorecimento ou benefício sem amparo legal.

### 3 OS PRINCÍPIOS INFRACONSTITUCIONAIS EXPRESSOS

Passada uma rápida alusão aos princípios constitucionais expressos, far-se-á uma ligeira análise dos princípios elencados no art. 2º, *caput*, da Lei nº 9.784/99. Notadamente, a relação legal não é exaustiva, e nem poderia ser, pois a dinâmica das relações jurídicas impediria tal desiderato, mas atende, a contento, aos propósitos do processo administrativo brasileiro, de forma que o estudo de tais princípios é de fundamental importância para a compreensão da Lei Geral do Processo Administrativo Federal, bem como dos nortes a serem seguidos pela Administração Pública na promoção dos seus fins.

#### 3.1 PRINCÍPIO DA FINALIDADE

O princípio da finalidade expressa o dever que se impõe a qualquer agente público, ou de quem lhe faça às vezes, de seguir os fins desejados e esperados pela ordem jurídica, sendo que estes (a) ou serão estritamente públicos; (b) ou, ainda, públicos associados a interesses privados. Isto é, a finalidade pública deve ser perseguida sempre e, quando possível, ser concretamente aferida pelos agentes públicos, sendo que, para tanto, eles deverão se guiar pelas balizas legais e principiológicas que norteiam a aplicação e observância do direito público no caso concreto, cósioante as formas ordinárias de competência, como bem adverte a boa doutrina<sup>38</sup>:

O princípio da finalidade também constitui pedra angular da atividade administrativa. A perseguição de finalidades coletivas é a verdadeira razão de ser da atividade administrativa. O administrador só pode manejar sua competência, só deve praticar ato administrativo se e na exata medida do necessário para cumprir a finalidade prevista na lei que lhe outorgou competência.

Tendo em vista o escopo do princípio em cotejo, indaga-se: em que circunstâncias a finalidade pública se ajusta com a possibilidade da inatividade da Administração Pública?

Naturalmente, somente o caso concreto pode determinar uma resposta precisa à indagação apresentada. Contudo, impende gizar que

38 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Princípios do Processo Administrativo. *Fórum Administrativo* - Direito Público - FA. Belo Horizonte, ano 4, n. 37, p. 3.505-3.512, p. 3.507, mar. 2004.

o exercício da atividade administrativa requer, consoante a nossa ordem jurídica, *ex vi* arts. 48 a 50 da Lei nº 9.784/99, a observância do dever de manifestação quanto aos requerimentos administrativos perpetrados, mesmo nas excepcionais ocorrências dos *silêncios administrativos qualificados*, de maneira que, por esse prisma, a finalidade pública não se contenta com a ausência de decisão, bem como, e não menos importante, de sua fundamentação.

Todavia, a atividade administrativa não se limita à expedição de decisões decorrentes dos petítórios promovidos pelos administrados, já que existe a atividade administrativa voltada à adoção de medidas que independem da manifestação deles; assim sendo, sob essa ótica, não seria desacertado mencionar que a finalidade pública poderia se coadunar com a inércia da Administração, desde que ela, a inércia, represente a posição que melhor atendesse aos desideratos da ordem jurídica como um todo.

Exemplifica-se: a Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF) não admite renúncia tributária, *ex vi* art. 11 da Lei Complementar nº 101/2000, de maneira que o exercício da competência tributária deve ser efetivo e não meramente potencial; contudo, tratando-se de cidade com municípios visivelmente pobres, melhor dizer com reduzidíssima capacidade contributiva, a gestão municipal pode se quedar inerte quanto à atividade arrecadatória da Fazenda Pública por entender que (a) os dispêndios para operar a cobrança regular dos valores decorrentes dos tributos serão maiores que os recursos advindos da cobrança do IPTU; e (b) a medida, ainda que tenha espeque legal, não se ajusta com a finalidade municipal de fazer crescer a sua zona urbana com vista a obter recursos sociais de outras fontes de financiamento<sup>39</sup>.

Como se pode observar a finalidade pública, em casos excepcionalíssimos, pode ser atendida ainda que em claro vislumbre de inatividade administrativa. Em outras palavras a finalidade pública

39 Naturalmente, essa pretensa inatividade formal é passível de crítica, na medida em que a não cobrança do tributo demanda uma análise quanto a sua pertinência, bem como uma fundamentação quanto a sua admissibilidade. Porém, do ponto de vista material, há sim uma inatividade, haja vista a inexistência de qualquer constituição de crédito tributário. Entretanto, ainda que se defenda a ausência de inatividade formal, ela não se opera automaticamente, uma vez que raras são as hipóteses em que a decisão e fundamentação sobre essa matéria são decantadas pela municipalidade. Assim sendo, a não cobrança do tributo, na quase totalidade dos casos dos Municípios detentora dessa particularidade, *rectius* ausência de capacidade contributiva dos municípios, decorre de uma total ausência de manifestação do Poder Público, o que faz consolidar a inatividade formal do Poder Público. Aliás, há, ainda, a questão política da cobrança, já que qualquer imposição tributária produz um preço político considerável, ainda que possuidora de respaldo constitucional.

constitui um conceito aberto e ela sempre deve está afeita às contexturas de cada exigência fática.

### 3.2 PRINCÍPIO DA MOTIVAÇÃO

O princípio da motivação é decorrência lógica do nosso Estado Democrático de Direito, na medida em que o exercício das competências constitucionais, bem como as infraconstitucionais, seria indene de qualquer controle, e porque não de dizer de considerável serventia, se não existisse o dever de motivar as decisões tomadas e as medidas aplicadas, ou seja, não seria um Estado de Direito, e muito menos Democrático, mas *despótico* e entregue às tirânicas formas das gestões opressoras da sociedade que o sustenta.

Segundo o princípio em tela, o exercício da função administrativa, e não apenas esta, mas toda e qualquer expressão do poder estatal, excetuadas as confluências de índole eminentemente políticas ou o legítimo exercício das implicações de foro íntimo, *ex vi* art. 5º, inciso XXXVIII, da CF/88, deve lastrear-se numa exigível e cabal motivação, o que reveste de legitimidade o exercício do poder, bem como possibilita o devido controle do poder concedido aos agentes públicos e por eles exercido, seja pelos órgãos internos de controle, seja pelas instâncias de controle externo, seja, ainda, pela sociedade, que é, ou pelo menos deveria ser, a destinatária de todas as realizações do Poder Público.

Como se pode perceber, motivação e controle expressam uma relação concreta de antecedência e necessária consequência para a promoção do dever de boa administração dos agentes públicos. Todavia, atividade de controle, ainda que precisa e pautada nos parâmetros legais, não pode alterar os motivos anteriormente apresentados pela Administração Pública, como bem adverte a melhor doutrina<sup>40</sup>:

A legalidade do ato deve ser apreciada em função dos fundamentos alegados. Substituir a motivação exposta por outra equivaleria a verdadeira reedição do ato, o que só seria possível no âmbito interno da Administração, como consequência do poder de autotutela. Em relação aos demais “poderes” estatais, substituição não seria lícita.

No plano infraconstitucional, o dever de motivar encontra-se devidamente explicitado no art. 50 da Lei nº 9.784/99, tudo de forma

40 ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. *Motivação e controle do ato administrativo*. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 137.

a explicitar a importância da motivação das decisões administrativas no Estado Democrático de Direito, seja para o exercício regular da atividade administrativa, seja pela possibilidade de controle da atuação administrativa no caso concreto.

À evidência, a ausência de decisão da Administração Pública implica a inexistência de motivação, já que não há como motivar o que não foi decidido expressa ou implicitamente. Portanto, o silêncio administrativo constitui uma clara afronta não apenas ao comando legal de decidir, mas, também, de motivar do Poder Público.

### 3.3 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Trata-se de um dos mais importantes princípios<sup>41</sup> para uma regular atuação da Administração Pública, inclusive com largo emprego na jurisprudência pátria no trato das matérias administrativas, mormente no que concerne à aplicação de penalidade aos administrados<sup>42</sup> ou às atividades por eles desenvolvidas.

Compreende-se o princípio da proporcionalidade sob o cotejo de sua divisão em 03 (três) subprincípios, a saber, (a) o da pertinência ou adequação; e (b) o da necessidade; e (c) o da proporcionalidade em sentido estrito.

O subprincípio da pertinência busca balizar o meio empregado, ou seja, se é o mais adequado à situação fática em cotejo. Ou, ainda, se há uma providencial relação de adequação entre a medida a ser adotada e os fins a serem perseguidos pela ordem jurídica, de maneira que a atuação administrativa não se perca na consecução de um atuar que refuja dos fins a serem alcançados ou desejados pela imposição legal ou, o que é pior, sobre o pretexto de justamente cumprir o mandamento legal no caso concreto, vier a promover uma medida que se afigure

41 Ainda que se possa enquadrá-lo como um postulado normativo aplicativo (ÁVILA, ob. cit., 2009, p. 161), por uma questão meramente tipológica, já que se encontra, por decorrência de lei, entre os princípios norteadores da LGPAF, preferiu-se, aqui, o termo princípio ao invés de postulado normativo aplicativo, contudo, não se pode negar que, na sua essência ou substância, a igualdade, a razoabilidade e a proporcionalidade são normas que se destinam à aplicação de outras normas, o que inclui as normas-princípios, e que, portanto, e a rigor, divergem, tranquilamente, destas. Assim sendo, mesmo que se atribua o designativo princípio, não se pode olvidar o seu *status* de postulado normativo aplicativo, sendo que a expressão será devidamente explicado em tópico próprio.

42 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1113200/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 08/09/2009, DJe 06/10/2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 24 de fevereiro de 2010.

danosa ao interesse público. Então, o meio adequado é aquele que permite adoção de medida que não constitua um desvio dos fins que se deseja alcançar, mas sim alcançá-los da maneira esperada ou desejada para o atendimento do interesse público<sup>43</sup>.

Por sua vez, o subprincípio da necessidade tem por fim estabelecer um marco para a atuação da autoridade pública, qual seja, a medida a ser adotada deve se constituir no meio mais suave possível em face das possibilidades fáticas e jurídicas existentes<sup>44</sup>. Em outras palavras, o meio é considerando necessário quando se, e tão-somente, destina a alterar a situação fática de modo a torná-lo conforme a ordem legal sem, contudo, causar maior gravame ou onerosidade em relação a qualquer outra medida concretamente aplicável. Resulta, então, que o subprincípio da proporcionalidade exige uma atuação estatal com observância dos limites indispensáveis ao atendimento dos fins legítimos da medida pretendida. Ou seja, a escolha do meio mais suave procura não descuidar dois pontos importantes para uma regular atuação administrativa: (a) a economia de recursos públicos na promoção da medida escolhida, que não deverá ir além do providencial atendimento dos fins legais; e (b) poupar o administrado de medidas que possam afetar desnecessária e injustificadamente seus direitos e garantias fundamentais.

Por fim, o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito representa a proporção no sentido preciso do termo, pois além de adequada e necessária a medida só será proporcional se atender aos parâmetros que contemplem os interesses albergados na situação fática existente, bem como que não refujam da moldura da proporcionalidade<sup>45</sup>. Em outras palavras, a observância do subprincípio impõe que a adoção da medida não extrapole os limites exigíveis ao atendimento dos fins esperados pela norma jurídica.

Uma lapidar síntese do princípio encontra-se grafada deste modo<sup>46</sup>:

O meio a ser escolhido deverá, em primeiro lugar, ser *adequado* para atingir o resultado almejado, revelando conformidade e utilidade ao fim desejado. Em seguida, comprova-se a *exigibilidade* do

43 BONAVIDES, 2007, p. 396.

44 BONAVIDES, 2007, p. 397.

45 BONAVIDES, 2007, p. 398.

46 GUERRA FILHO, Willis Santiago. Princípio da proporcionalidade e teoria do direito. In GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago. Direito Constitucional. *Estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 270-271. (grifos no original).

meio quando esse se mostra como “o meio mais suave” dentre os diversos disponíveis, ou seja, menos agressivo dos bens e valores constitucionalmente protegidos, que porventura colidem com aquele consagrado na norma interpretada. Finalmente, haverá respeito à proporcionalidade em sentido estrito quando meio a ser empregado se mostra como o mais vantajoso, no sentido da promoção de certos valores com o mínimo de desrespeito de outros, que a eles se contraponham, observando-se, que não haja violação do “mínimo” em que todos devem ser respeitados.

Tendo em vista a preleções acima, pode-se gizar que uma omissão do Poder Público, em casos excepcionais, pode até ser razoável, mas proporcional jamais. Pois, defende-se, aqui, e sob o rigor de eventual e percutiente crítica, que a proporção se aplica às situações em que exige uma atuação positiva da estatalidade, de forma que a ocorrência, fundada ou não, da inércia ou do silêncio administrativo não se coaduna com o atendimento do princípio da proporcionalidade.

Explica-se: o princípio da proporcionalidade possui um comando nuclear bem claro: a medida administrativa deve ser adequada, necessária e que atenda aos interesses em conflitos, de sorte a evitar medidas gravosas à estatalidade e aos administrados, bem como contemplar os parâmetros legais e principiológicos que a seara fática requer. Ora, não há como ponderar ou definir um não agir em face do dever de agir, dessa forma, não há falar em observância ao princípio da proporcionalidade no caso de inatividade do Poder Público. Logo, nessas hipóteses, por existir uma situação conflituosa que exija uma alteração no mundo fático, não há como cotejar a inatividade formal em consonância com o princípio da proporcionalidade.

### 3.4 PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA

O Direito, enquanto ciência, sempre esteve preocupado com a estabilidade nas relações jurídicas e, notadamente, na consolidação de institutos que expressem essa preocupação. Ademais, ao longo do tempo, tendo em vista a dinâmica das relações jurídicas nas sociedades complexas, tem sido notória a importância dos princípios que se destinam a promover meios para a concretização da necessária estabilidade das relações jurídicas nos mais diversos setores do Direito. Assim sendo, a segurança jurídica tem sido uma pauta permanente de discussões, seja pela sua inegável relevância para a pacificação social, seja pela expressiva dificuldade de sua promoção na atualidade, em que

se desencadeiam, a cada momento, disposições legais incomensuráveis e, no caso brasileiro, não raras vezes conflitantes.

Portanto, não há como negar a importância do princípio da segurança jurídica na relação entre a Administração Pública e os administrados. Desde já, pode-se dizer que tal princípio constitui um limite para a atuação estatal justamente para tentar perenizar as relações jurídicas já perpetradas pela Administração ou, ainda, pelos administrados.

O princípio da segurança jurídica, em sentido amplo, pode ser concebido por dois aspectos, a saber, (a) objetivo; e (b) subjetivo.

Primeiramente, sob o prisma objetivo, em que se arvora a segurança jurídica em sentido estrito, as disposições que encerram a estabilidade das relações jurídicas se assentam em fatos, atos ou comandos objetivos, isto é, que refoge de qualquer aferição subjetiva do administrado. Assim sendo, constituem expressões da segurança jurídica no seu aspecto objetivo (a) o ato jurídico perfeito, (b) o direito adquirido, (c) a coisa julgada, tudo nos termos do art. 5º, inciso XXVI, da Carta Fundamental, (d) a prescrição; e (e) a decadência.

Por outro lado, sob a ótica subjetiva, tem-se o princípio da proteção à confiança legítima<sup>47</sup>, que é “um princípio procedente do Direito alemão, em cuja jurisprudência ordinária e constitucional se formou, e daí passou à jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias”<sup>48</sup>, sendo que tal princípio se consubstancia na seguinte explanação: o administrado possui em face do Estado, e por conta de uma conduta anterior deste, uma expectativa legítima quanto a uma posição ou situação jurídica tolerada ou consentida, de maneira que uma alteração de entendimento do Poder Público, sem qualquer alteração no campo fático-jurídico, acaba por causar gravames injustificáveis ao administrado, sem falar na patente contradição na condução da atividade administrativa, o que enseja a devida proteção da confiança legítima *depositada* pelo particular.

Subprincípio em tela, por certo, guarda uma precisa relação com o brocardo *venire contra actum/factum proprium*, quer dizer, a

47 SILVA, Almiro do Couto e. O princípio da segurança jurídica (Proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da Administração Pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei do Processo Administrativo da União (Lei nº 9.784/99). *Revista Brasileira de Direito Público – RBDDP*. Belo Horizonte, ano 2, nº 6, p. 07-58, p. 10-11, jul/set de 2004.

48 ENTERRÍA, Eduardo García de. El principio de protección de la confianza legítima como supuesto título justificativo de la responsabilidad patrimonial del Estado Legislador. *Revista de Administración Pública (RAP)*. Número 159, p. 173-206, p. 175, Septiembre-diciembre, 2002.

Administração não pode agir em desarmonia com os seus próprios atos, uma vez que a tomada de posição num sentido ou a habitual adoção de medida dum modo, à evidência, faz gerar uma expectativa legítima dos administrados em face do Poder Público.

Inclusive, deve-se salientar que, na Espanha, a Lei do Regime Jurídico das Administrações Públicas e do Procedimento Administrativo Comum, Lei nº 30, de 27 de novembro de 1992, no seu artigo 3º, no parágrafo 1º, deixa consignado o seguinte:

[...] 1. Las Administraciones Públicas sirven con objetividad los intereses generales y actúan de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la Constitución, a la Ley y al Derecho. Igualmente, deberán respetar en su actuación los principios de buena fe y de confianza legítima. [...]

Infelizmente, semelhante disposição não se encontra na LGPAF, todavia, por consistir uma expressão do princípio da segurança jurídica, encontra-se, tranquilamente, albergado implicitamente pela LGPAF, mormente quando este abona a boa-fé nas relações entre a Administração e os administrados, *ex vi* art. 2º, inciso IV, da Lei nº 9.784/99; ademais, nas relações privadas, a boa-fé encontra-se devidamente assentada nos art. 113, 187 e 422 do Código Civil brasileiro.

Nesse ponto, é importante destacar um possível conflito entre o poder de autotutela da Administração Pública e o princípio jurídico em cotejo, de forma que se faça uma necessária promoção dum balanceamento<sup>49</sup> em busca da solução *ótima*. Lembrando-se, que a autotutela administrativa não encontra apenas limites temporais (art. 54 da LGPAF), mas também interpretativos, tendo em vista o disposto no art. 2º, inciso XIII, da LGPAF, e, ainda, como na hipótese em cotejo, os relativos à proteção da confiança legítima decorrente de conduta perpetrada pela própria Administração Pública, sem falar, sobremais, em toda uma teia de imposições normativas e principiológicas do sistema jurídico.

49 Sobre o assunto, é de todo pertinente referenciar as seguintes considerações (ALEXY, Robert. Direitos Fundamentais, Balanceamento e Racionalidade. Trad. Menelick de Carvalho Netto. *Ratio Juris*. vol. 16, nº 2, p. 131-140, p. 137, jun. 2003):

“A Lei do Balanceamento demonstra que o balanceamento pode ser dividido em três etapas ou estágios. O primeiro estágio é o do estabelecimento do grau de não-satisfação ou de detrimento do primeiro princípio. Segue-se um segundo estágio, no qual a importância de satisfazer o princípio concorrente é estabelecida. Finalmente, o terceiro estágio responde à questão de saber se a importância de se satisfazer ou não o princípio concorrente justifica o detrimento ou a não-satisfação do primeiro”.

Uma pergunta se impõe, se a confiança é legítima, há possibilidade de empreendê-la quando os seus esteios se assenta numa interpretação e aplicação incorreta da lei? Defende-se, aqui, que não. A confiança legítima não pode se assentar apenas na pretensa legitimidade vislumbrada pelo administrado. Não mesmo. Não devem existir razões fático-jurídicas que empecem a manutenção da situação ou posição jurídica arvorada, sob pena de esvaziar o sentido e alcance da prerrogativa da autotutela administrativa; logo, o princípio da proteção à confiança legítima não pode justificar, respeitados os lapsos temporais em cada caso, porque já seria fulminada pela decadência ou prescrição, a permanência de situação ou posições jurídicas flagrantemente contrárias à ordem legal. Por certo, a nova interpretação e aplicação da lei não poderá ter efeito retroativo, *rectius* retroatividade plena. Então, em que casos se aplicam o princípio da segurança jurídica? Praticamente, na estabilidade das relações jurídicas fulcradas precipuamente na contextura fática, ou seja, quando inexistir o dever legal de reforma da situação ou posição jurídica *irregular*.

Exemplifica-se: num loteamento de solo urbano, o poder público pode até consentir, em certo tempo, com o uso anormal ou irregular de via que se destinava a fim diverso no projeto de loteamento, contudo, não pode permitir a edificação em área com inclinação maior que a permitida (art. 3º, inciso III, da Lei nº 6.766/79) ou em Área de Preservação Permanente (APP).

Ainda que se possa cotejar a teoria do fato consumado<sup>50</sup> para anuir com a possibilidade de afronta à ordem legal, esse fundamento não se fulcra no princípio da proteção da confiança legítima, mas sim, na segurança jurídica no seu aspecto objetivo, mas precisamente no ato jurídico perfeito e, em alguns casos, no direito adquirido.

50 Em sentido favorável à aplicação da teoria:

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, RE 429906 AgR, Relator(a): Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 19/08/2008, DJE-172 DIVULG 11-09-2008 PUBLIC 12-09-2008 EMENT VOL-02332-04 PP-00720. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 26 de fevereiro de 2010.

Em sentido contrário:

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, RE 476783 AgR, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 28/10/2008, DJE-222 DIVULG 20-11-2008 PUBLIC 21-11-2008 EMENT VOL-02342-07 PP-01284. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 26 de fevereiro de 2010.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, RE 573552 AgR, Relator(a): Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 29/04/2008, DJE-092 DIVULG 21-05-2008 PUBLIC 23-05-2008 EMENT VOL-02320-06 PP-01288 JC v. 35, n. 116, 2009, p. 173-176. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 26 de fevereiro de 2010.

Sem maior delonga, não constitui um erro afirmar que o silêncio administrativo pode se constituir num meio, geralmente odioso, por ser cerceador dos direitos dos administrados, para promover o atendimento do princípio da segurança jurídica, lembrando-se que este não se ocupa da justiça das decisões exaradas ou das medidas adotadas, pois, aqui, não se defende o entendimento de que a ausência de manifestação da estatalidade deixa a questão em aberto *ad eternum*. Ora, se não deve existir, salvo os expressamente previstos na Carta Fundamental (art. 37, § 5º), prazos ou direitos imprescritíveis em benefício da estatalidade, em igual medida o mesmo tratamento deve ser dispensado aos administrados.

Contudo, um esclarecimento se impõe: a situação é imensamente desfavorável ao administrado, pois, ainda que se defenda o entendimento de que, enquanto não existir manifestação expressa da Administração Pública, não há prescrição quanto ao petitório apresentado, o tempo não labora a favor do administrado. Melhor seria admitir um prazo máximo de inatividade estatal (art. 205 do Código Civil) ou, ainda, consolidar, *de lege ferenda*, a configuração do silêncio administrativo, que poderia ser positivo ou negativo, tudo de forma a ensejar outras vias para o atendimento do requerido ou desejado pelo administrado, já que, na pior das hipóteses, o silêncio administrativo qualificado traria celeridade na condução do processo administrativo.

Assim sendo, *dos males, o menor*, a configuração do silêncio administrativo que acarrete uma via anômala de manifestação estatal acabaria por legitimar rapidamente o uso de outras vias, ainda administrativas ou judiciais, para o atendimento da pretensão arqueada pelo administrado. Daí a importância do cumprimento dos arts. 48 a 50 da LGPAF, pois dispensaria a necessidade da operatividade do silêncio administrativo em caráter subsidiário.

### 3.5 PRINCÍPIO DO INTERESSE PÚBLICO

A expressão interesse público tem uma acepção bem ampla. Assim sendo, tudo que cogitar um interesse meramente egoístico, sem sombra de dúvida será público quando afetar um círculo não fechado de pessoas, não esquecendo que interesses privados também podem cotejar propósitos decididamente públicos. Na verdade, há *interesses públicos* que são devidamente decantados no caso concreto, de modo a representar o meu interesse à coletividade como um todo. Não há como admitir uma vislumbre unitário à expressão interesse público.

Por evidente, o princípio do interesse público possui uma denotação mais técnica, de maneira que o interesse público não se confunde com o interesse de todos, mas com o interesse que se (a) enquadre na norma legal; e (b) adapte aos fins propostos pela ordem jurídica. Portanto, o interesse não se mede pela extensão dos seus destinatários, mas pelos seus regramentos e fins em face dos misteres da Administração Pública. Costuma-se dividir, consoante os imorredouros escólios de Renato Alessi<sup>51</sup>, o interesse público em (a) primário, e (b) secundário; o primeiro se refere ao interesse da coletividade; o segundo, da estatalidade ou do governo.

O agente público não pode perseguir interesse diverso do público, quer dizer, toda a atividade administrativa, mormente os serviços internos; ou seja, aqueles em que o *cliente* do serviço é a própria Administração Pública, deve persistir no atendimento do interesse público; todavia, repita-se, isso não quer dizer que não possa existir interesse privado no desempenho da atividade administrativa, não mesmo, para tanto, basta que ele esteja associado ao público.

Exemplifica-se de modo bem elementar: a doação de um terreno<sup>52</sup> da municipalidade para a instalação de um fábrica num conjunto industrial, que gerará milhares de empregos diretos e indiretos, por evidente, comporta a conjunção de interesses privados e públicos.

Dessa forma, o princípio do interesse público norteia a atividade administrativa com vista a evitar a prática de atos que revele (a) desvios funcionais tendentes à promoção de uma vantagem pessoal; (b) uma aplicação irregular dos comandos legais, de forma a consolidar pretensões que se afastem do núcleo essencial da norma, tudo de forma a favorecer, ainda que subsidiariamente, um interesse privado indevido.

51 ALESSI, Renato. *Principi di Diritto Amministrativo*. 3 ed. Milano: Giuffrè, 1974. p. 226.

52 Esse ponto merece um esclarecimento: (a) se for observado o que dispõe o art. 17, inciso I, alínea b, da Lei n° 8.666/93, seja na sua redação originária, seja a dada pela Medida Provisória (MP) n° 335/2006, seja a advinda da Lei n° 11.481/2007, seja a decorrente da MP n° 458/2008, seja, ainda, pela redação da Lei n° 11.952/2009, é vedado a qualquer ente político doar imóvel para particulares; contudo, (b) em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN) n° 927, o STF concedeu Medida Cautelar no sentido de que a vedação constante no art. 17, inciso I, alínea b, da Lei n° 8.666/93, se aplica apenas à União; e (c) de sorte que aos Estados e Municípios, bem como o Distrito Federal, é possível, atendido o interesse público, doar imóvel para particulares. Urge mencionar que até a conclusão deste trabalho ainda não tinha sido concluído o julgamento definitivo da ADIN. Vide: BRASIL, Supremo Tribunal Federal, ADI 927 MC, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Tribunal Pleno, julgado em 03/11/1993, DJ 11-11-1994 PP-30635 EMENT VOL-01766-01 PP-00039). Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 26 de fevereiro de 2010.

Como se pode observar, a inatividade formal do Estado<sup>53</sup> não se coaduna com o princípio do interesse público, já que o interesse público impõe uma atuação estatal com vista ao atendimento das prescrições constitucionais ou infraconstitucionais relacionados ao dever de prestação social do Poder Público.

Ademais, mesmo quando o interesse público se concretize com uma conduta de abstenção de uma autoridade pública, tal conduta, geralmente, encontra-se relacionada ao dever de lealdade ou probidade; portanto, não se vincula a uma exigência de se manter inerte em face das prescrições positivas da ordem jurídica.

#### 4 OS PRINCÍPIOS IMPLÍCITOS DO REGIME JURÍDICO ADMINISTRATIVO

O fato de um princípio não se encontrar positivado na nossa ordem jurídica, à evidência, não lhe retira a necessária densidade e eficácia jurídicas, já que decorre do sistema jurídico racionalmente operável, e, muito menos, não empeça a sua observância ou aplicabilidade; todavia, a positivação acaba por emprestar-lhe maior segurança e clareza quanto aos seus propósitos, como bem salienta a boa doutrina<sup>54</sup>:

Distintamente dos *preceitos*, é logicamente irrelevante se venham ou não, os *princípios*, expressados explicitamente na ordem jurídica positiva, bastando que nela o sejam implicitamente. Não obstante essa desnecessidade, em teoria, a de conferir-se *positivação* a um princípio, é inegável que o fazê-lo sempre será benéfico e desejável no âmbito da ordem jurídica, não apenas pela clareza, como e sobretudo por que tal prática produz um saudável efeito irradiante, de *abertura sistêmica*, com elevadíssimo cunho didático-pedagógico, ao emprestar relevo e nitidez aos *valores* e fins que porta.

Os princípios implícitos ou decorrentes do Regime Jurídico Administrativo (RJA) representam uma clara evidência dos valores que regem a nossa ordem jurídica com vista à promoção dos fins do Estado, daí inarredável instrumentalidade deles para a execução da atividade administrativa.

53 Vide nota de rodapé n° 29, no que expressa uma antiga preocupação do legislador com a eficiência no serviço público.

54 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Quatro paradigmas do Direito Administrativo pós-moderno. Legalidade. Finalidade. Eficiência. Resultados*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 87. (grifos no original).

Ainda que se questione o caráter principiológico de algum dos princípios a seguir elencados, não se pode negar a existência e importância deles para a realização das mais diversas atividades da Administração Pública, vez que constituem verdadeiros alicerces para a compreensão dos fundamentos que norteiam a atuação administrativa. Assim sendo, se afigura justificável uma análise, ainda que ligeira, de tais princípios, até mesmo para promover os necessários vínculos com os expressos ou positivados acima já divisados ou comentados.

#### 4.1 PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO SOBRE O PARTICULAR

O que seria mesmo a supremacia do interesse público, um princípio, um postulado ou um axioma jurídico? Em que consistiria os seus fins? Essas inquietações foram tratadas, com certo vanguardismo, por Humberto Ávila<sup>55</sup> em primoroso artigo, no qual aventa a existência de limites conceituais e normativos para considerá-lo como um princípio, sendo que no mais, apesar de não concordar plenamente com as suas conclusões, reconhece-se o mérito de alertar para o uso abusivo do *principio* da supremacia do interesse público sobre o particular, transcreve-se<sup>56</sup>:

Não se está a negar a importância jurídica do interesse público. Há referências positivas em relação a ele. O que deve ficar claro, porém, é que, mesmo nos casos em que ele legitima uma atuação estatal restritiva específica, deve haver uma ponderação relativamente aos interesses privados e à medida de sua restrição. E essa ponderação para atribuir máxima realização aos direitos envolvidos é o critério decisivo para a atuação administrativa. E antes que esse critério seja delimitado, não há cogitar sobre a referida supremacia do interesse público sobre o particular.

Com efeito, o princípio propugna a existência de uma supremacia do interesse público no caso concreto e não em abstrato, quer dizer, o interesse público somente será *supremo* em face do particular se a contextura fática permitir ou mesmo exigir, sempre considerando os limites da ordem jurídica.

55 ÁVILA. Humberto Bergmann. Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo: Malheiros, nº 24, p. 159-180, p. 164-167, 1998.

56 ÁVILA, 1998, p. 178.

Mas, voltando às interrogações inicialmente formuladas, e de forma bem simplória, já que uma conceituação mais precisa de axioma e postulado será apresentada no item 6 deste trabalho, pode-se afirmar que nada impede que se compreenda a supremacia do interesse público sobre o privado como um axioma, uma vez que a proposição é evidente e prescinde de comprovação, ou seja, é aceita por todos sem questionamentos.

Por outro lado, um postulado também impescinde de comprovação, todavia, não é evidente, isto é, carece de uma necessária perquirição do seu sentido, razão pela qual o *principio* da supremacia do interesse público sobre o privado não pode ser tratado com um postulado.

E, dentro dessa concepção filosófica, o que é um princípio? Uma resposta pode ser arvorada satisfatoriamente nesses termos<sup>57</sup>:

[...] aunque un principio es un “punto de partida”, no parece que todo “punto de partida” puede ser un principio. Por este motivo se ha tendido a reservar el nombre de “principio” a un “punto de partida” que no sea reducible a otros puntos de partida, cuando menos a otros puntos de partida de la misma especie o pertenecientes al mismo orden. Así, si una ciencia determinada tiene uno o varios principios, éstos serán tales sólo en cuanto no haya otros a los cuales puedan reducirse.

Naturalmente, a concepção de princípio para os fins deste trabalho, à evidência, não se entrega a tais rigores, uma vez que o compreende como uma proposição fundamental de uma determinada área do saber humano, de maneira que, na Ciência Jurídica, cada princípio jurídico carrega uma proposição fundamental para a compreensão do ordenamento jurídico vigente.

Considerando os posicionamentos acima, em relação ao *principio* da supremacia do interesse público sobre o privado, e tendo em vista a perspectiva de que a função administrativa deve pautar os seus fins na proteção do cidadão, têm-se as seguintes proposições: (a) independentemente do nome que se lhe atribua, se axioma ou princípio, não há como olvidar o caráter fundamental de suas prescrições para a atuação administrativa; (b) a sua observância não pode representar uma afronta aos direitos e garantias fundamentais do cidadão, ressalvadas as restrições ou supressões de direitos ou garantias

57 MORA, José Ferrater. *Diccionario de Filosofía*. 5. ed. Buenos Aires: Sudamericana. Tomo II, 1964. p. 480.

devidamente explicitadas no texto constitucional; e (c) não há como empreender a sua aplicação sob uma perspectiva autoritária, quer dizer, baseada no poder estatal sem limites e, sobretudo, portador de um ideário limitador da liberdade dos administrados, de maneira que, no contexto atual, a pretensa supremacia deve ser exaustivamente demonstrada em face do caso concreto e não abstratamente acolhida e imposta aos cidadãos.

Tendo em vista o Estado Democrático de Direito, em que se prestigia o primado da pessoa humana, não há como conceber a função administrativa centrada na consecução dos fins do Estado em si mesmos considerados; quer dizer, a função administrativa deve se destinar ao atendimento dos fins da sociedade, pois o eixo da atuação administrativa não deve ser o Estado, mas, sim, toda a coletividade.

Destarte, todo o engendro da atuação estatal deve primar, em todas as suas realizações, no cumprimento das pautas constitucionais com vista à satisfação dos anseios dos cidadãos, de forma que inexistente uma supremacia do interesse público que fundamente o exercício das atividades estatais que afrontem os direitos e garantias fundamentais dos cidadãos, ressalvadas as legítimas, melhor dizer politicamente conformadoras, exceções que a própria Constituição impuser.

Geralmente, a supremacia do interesse público sobre o particular é aventada pelo Poder Público nas situações em que há restrição à propriedade e à liberdade<sup>58</sup> dos administrados, sendo que, nessas hipóteses, o fundamento para a efetivação das restringidas deve se vincular à concreta existência de benefício à coletividade em face das limitações suportadas pelo particular, do contrário, ter-se-á uma indevida supremacia.

Tendo em vista o dever de agir da Administração Pública que, no caso, se pauta em eventuais limitações impostas aos particulares, o silêncio administrativo, por certo, não encontra guarida em tal princípio. Talvez legitime, e a título de política administrativa, em que se imponha um tratamento legislativo específico para a inatividade formal do Estado, a defesa da normatização do silêncio administrativo negativo ao invés do silêncio administrativo positivo.

<sup>58</sup> A rigor, não se restringe direitos, mas os planos materiais a que eles tutelam (BANDEIRA DE MELLO, op. cit., p. 794, 2007); daí se preferiu mencionar a expressão *restrição à propriedade e à liberdade* ao invés de *restrição ao direito de propriedade e ao direito de liberdade*.

## 4.2 PRINCÍPIO DA OFICIALIDADE

O princípio da oficialidade é de fácil compreensão, contudo, a sua observância desperta algumas importantes considerações.

Tem-se que o princípio da oficialidade impõe a todos os agentes públicos, no exercício das suas competências o cumprimento das determinações legais e regulamentares previstas em cada caso; quer dizer, sem a necessidade de intervenção ou de requerimento de terceiros.

Portanto, os comandos pertinentes às mais diversas tarefas administrativas devem ser promovidas consoante os procedimentos esperados ou desejados pela ordem jurídica. Então, cumprir o princípio da oficialidade é levar a cabo as determinações legais, isto é, observar a proceduralização exigível pela regulamentação relacionada à atividade administrativa exercida.

Assim sendo, o princípio da oficialidade é observado quando o servidor pratica a conduta legal em atendimento a uma intervenção do administrado, bem como quando não há qualquer manifestação do interessado. Portanto, o princípio da oficialidade não se limita apenas aos casos em que a atuação administrativa deve ser levada a cabo independentemente de manifestação de terceiros, senão a observância do princípio se resumiria a uma pequena parcela das atividades desenvolvidas pela estatalidade.

Agir de ofício, portanto, é promover o cumprimento da lei, dos regulamentos e de todos os princípios norteadores da Administração Pública, mormente o princípio da eficiência, pois a celeridade e a regularidade no trâmite dos processos administrativos configuram uma clara expressão de conduta eficiente dos servidores envolvidos. Dessarte, se as competências administrativas estão previstas em lei, exercê-las é agir de ofício. E mais: não basta o mero agir, mas uma atuação em conformidade com ordem jurídica e tudo dentro dos parâmetros regulares da competência exercida.

Todavia, o acima apresentado é apenas um quadro bem geral do princípio no seu aspecto ativo, quer dizer, de impor uma atuação do agente público. Dentro de uma perspectiva mais acurada, há de serem observados alguns possíveis limites à atuação de ofício dos servidores. A digressão limitar-se-á a dois pontos: (a) a reforma para pior; e (b) inadequação material da norma.

A reforma para pior<sup>59</sup> é admitida no direito administrativo pátrio<sup>60</sup>, haja vista a função interpretativa decorrente dos princípios (a) da autotutela administrativa, (b) da legalidade e, claro, (c) da oficialidade, soma-se, ainda, o disposto no art. 64, § único, da LGPAF; todavia, outros princípios são elencáveis em sentido contrário a esse entendimento, quais sejam, (a) do contraditório e da ampla defesa; (b) da segurança jurídica; e, por evidente, o princípio da proibição da *reformatio in pejus*.

Contudo, observando a questão com foco na atuação do administrado, tem-se que o princípio dispositivo, amplamente agraciado pelo direito processual civil e penal, não contempla os mesmos esteios no direito administrativo, na medida em que a vontade das partes é irrelevante para a condução dos misteres dos servidores públicos; logo, não há como propugnar o entendimento de que a reforma para pior seja vedado no processo administrativo brasileiro, de maneira que a observância do princípio da oficialidade não encontra limite no princípio da proibição da *reformatio in pejus*. Não obstante isso, a reforma para pior não pode implicar uma atuação despótica da Administração Pública, já que, nesse caso, ter-se-á o abuso ou arbítrio e não a reforma para pior em cotejo às exigências legais.

Já a inadequação material da norma, defende-se, constitui um claro limite ao cumprimento irrestrito dos comandos legais, *rectius* cumprimento de ofício do procedimento previsto abstratamente.

59 Sobre a temática em referência, colhe-se a seguinte passagem (RIBEIRO LIMA. Raimundo Márcio. O princípio da proibição da *reformatio in pejus* e os princípios do regime jurídico-administrativo: uma improvável conciliação! *Boletim de Direito Administrativo (BDA)*. Ano XXV, n° 6, p. 683-704, p. 698, jun. 2010):

“[...] d) defender a proibição da *reformatio in pejus* por razão de segurança jurídica, no caso do art. 64 da LGPAF, é simplório e cômodo, uma vez que tal entendimento não deita empenho na compreensão dos princípios do regime jurídico-administrativo; tudo se limita a afirmar que a reforma traz insegurança jurídica. Ora, a segurança jurídica já se encontra adornada no art. 65 da mesma lei, uma vez que lá existe, ao contrário do disposto no art. 64, uma situação já consolidada, inclusive com sanção já aplicada, na qual inexistem os regulares prazos para interposição de recurso ou levante processual equivalente para discussão da matéria, o que demonstra que tudo se encontra devidamente encerrado. Todavia, ainda passível de reanálise por conta de fatos novos ou circunstâncias tidas como relevantes e, à evidência, capazes de demonstrar a inadequação da penalidade aplicada. Aqui, não há negar, a revisão promovida não pode piorar a situação do apenado, tendo em vista o disposto no parágrafo único do artigo em referência. Por outro lado, não há isso no art. 64, pois tudo se encontra em aberto, não concluído, e a voluntariedade do recurso não poderá fazer sucumbir à exigência de observar a lei e os princípios do regime jurídico-administrativo; [...]”

60 Vide: BUENO, Cassio Scarpinella. Os recursos nas leis de processo administrativo federal e paulista: uma primeira aproximação. In SUNDFELD, Carlos Ari; MUÑOZ, Guillermo Andrés (Coords.). *As leis de processo administrativo (Lei Federal 9.784/99 e Lei Paulista 10.177/98)*. 1 ed. 2. tiragem. São Paulo: Malheiros, p. 212, 2006; CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Processo Administrativo Federal. Comentários à Lei nº 9.784 de 29/1/1999*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 304, 2005.

Explica-se: em que pese ser dever dos servidores o cumprimento das leis ou dos regulamentos, *ex vi* art. 116, inciso III, da Lei nº 8.112/90, tal dever, que é de uma coerência lógica inarredável, pode não se ajustar à situação fática relacionada ao comando legal a ser adotado, haja vista a existência de medida que melhor atenda aos princípios da Administração Pública do que a própria prescrição legal. Nessas hipóteses, se afigura mais sensato a observância dos princípios constitucionais norteadores da Administração Pública que aplicar friamente a norma que não se ajusta eficientemente à situação.

Em outras palavras, do cômodo<sup>61</sup> plano de aplicação da disposição legal inadequada, o servidor deve expressar, fundamentadamente, o motivo da inadequação material da norma; seja porque acarreta maiores dispêndios ao Erário; seja, ainda, porque não resolve minimamente a situação material conflituosa ou prejudicial às partes. Adverte-se: no Estado Gerencial deve se prestigiar a eficiência funcional dos servidores<sup>62</sup> e não aplicação irrefletida das disposições legais.

Por fim, seguindo a trilha do princípio da oficialidade, inexistirá a configuração do silêncio administrativo, uma vez que a lei não será olvidada quanto ao dever de decidir e de fundamentar do Poder Público.

#### 4.3 PRINCÍPIO DA AUTOTUTELA ADMINISTRATIVA

Trata-se de princípio importantíssimo para a manutenção ou restauração da regularidade dos atos e procedimentos administrativos. A autotutela administrativa é fundamental para o desempenho das atividades administrativas, na medida em que possibilita o controle da legalidade/legitimidade dos atos praticados pela Administração Pública; ademais, expressa agilidade e praticidade na realização de tal tarefa, já que prescinde da intervenção do Poder Judiciário; isto é, a própria

61 Cômodo porque afasta, consoante a possível estultice dos órgãos de correição, a possibilidade de aplicação de penalidade, já que seguiu os parâmetros legais ou regulamentares, ainda que ineficientes, relacionados aos casos. Ora, essa perspectiva de atuação administrativa deve ser alterada, o servidor, dentro do seu complexo de competências, desde que haja fundamentadamente, e expresse a razão do melhor entendimento ao caso, não pode ser penalizado, justamente por melhor conhecer a situação fática e o caminho a seguir.

62 Como se pode observar na ligeira passagem doutrinária (GUERRERO, Omar. *Del Estado Gerencial al Estado Cívico*. México- DF: UNEM, 1999. p. 149.):

“En el modelo del nuevo manejo público la eficiencia es considerada más importante que la obediencia, y la efectividad va por delante de la legalidad. Efectivamente, la flexibilidad y la adaptación son tan importantes como la previsibilidad y la responsabilidad; pero el neomanejo público no es refractario del interés público, y la rentabilidad es una meta muy alta junto con el interés público al cual sirve”.

Administração, observada a prescrição legal em cada caso, levará a cabo todos os procedimentos para restabelecer a ordem jurídica.

O princípio da autotutela administrativa representa uma *ferramenta* para a observância do direito no setor público, pois (a) faz empreender a atividade revisional com relação aos procedimentos adotados pela Administração Pública, de forma a assegurar-lhes a devida regularidade, ou seja, observância à ordem jurídica; (b) possibilita, em momento posterior, a adoção de medidas ou penalidades para fazer cessar a conduta irregular anteriormente praticada; e (c) conforme o caso, aferir a oportunidade e conveniência da manutenção do ato praticado ou da medida adotada.

Como se pode observar, a autotutela administrativa permite o exame dos aspectos de legalidade e de mérito da atuação administrativa<sup>63</sup>, tudo de forma a coibir a prática ou a permanência de atos ou medidas que se contraponha ao dever de boa administração.

Em sede jurisprudencial, há duas vestutas Súmulas não vinculantes do Supremo Tribunal Federal (STF) sobre o assunto, quais sejam, (a) a de número 473, que remonta ao ano de 1969<sup>64</sup>; e (b) a de número 346, que exsurgiu no ano de 1963<sup>65</sup>. Notadamente, elas foram editadas num contexto constitucional diverso, sem falar na cultura existente de superposição do Estado em face do particular. Não obstante isso, e promovendo-se os devidos ajustes à nova ordem constitucional, tais súmulas se mantêm incólumes e, de certa forma, atuais, pelos menos no que concerne ao seu aspecto permissivo, já que os seus limites não poderiam ser exaustivamente elencados num breve enunciado jurídico.

Explica-se, a autotutela, que é amplamente permitida, deve guardar, dentre outros pormenores infraconstitucionais, uma precisa observância aos princípios da segurança jurídica, da finalidade e da legitimidade, sob pena de representar uma medida desajustada e, portanto, afrontosa a toda a nossa ordem jurídica.

63 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 14. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 24.

64 Súmula 473: "A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial". Aprovada em Seção Plenária de 03.12.1969. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 03 de março de 2010.

65 Súmula 346: "A administração pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos". Aprovada em Seção Plenária de 13.12.1963. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 03 de março de 2010.

Destarte, impende mencionar que o exercício da autotutela administrativa deve observar sempre o *limite temporal* disposto no art. 54 da Lei nº 9.74/99, como uma clara expressão do princípio da segurança jurídica, *rectius* decadência, pois o prazo de 05 (cinco) anos representa, *a priori*, um marco decisivo para a estabilidade da relação jurídica. Há, também, o *limite interpretativo* constante no art. 2º, inciso XIII, da LGPAF.

Assoma-se, ainda, como expressão de limite ao dever-poder de autotutela, toda a principiologia reinante na nossa ordem constitucional que, dentre tantos princípios específicos ou setoriais, alberga com primazia, já que constitui dois dos fundamentos da nossa República (art. 1º, incisos I e III, da CF/88), a cidadania e a dignidade da pessoa humana, de maneira que elas não podem ser fustigadas a pretexto de bem cumprir as disposições legais.

Como se pode observar o exercício da autotutela administrativa é incompatível com a ocorrência do silêncio administrativo, uma vez que esse modo de atuação administrativa é, por excelência, comissiva, de maneira que inexistente qualquer ranço de inatividade, inclusive, a ausência de atividade é que pode representar um posterior exercício do poder-dever de autotutela administrativa.

#### 4.4 PRINCÍPIO DA DISTRIBUIÇÃO EQUITATIVA DOS ÔNUS E ENCARGOS PÚBLICOS

Não raras vezes os administrados são instados a tolerar determinadas medidas do Poder Público, algumas até supressivas de direitos de considerável relevo para o cidadão, *rectius* desapropriação de imóvel urbano ou rural, com vista ao atendimento dos fins públicos no caso concreto, de forma que, e isso é patente, alguns administrados suportam maiores ônus do que outros na promoção dos desideratos da estatalidade.

Nesse contexto, não se afigura desarrazoada a realização de medidas que empreenda uma distribuição equitativa dos ônus ou encargos públicos, ou seja, que permita ou justifique (a) o direito de indenização a favor do administrado quando a situação imposta pela Administração Pública cause um gravame de considerável monta; e (b) a concessão de sanções premiais em decorrência de restrições, por conta de uma particular situação fática, ao exercício de uma atividade, *a priori*, extensível a todos os agentes econômicos etc.

Portanto, o princípio da distribuição equitativa dos ônus e encargos públicos se preocupa com a observância do princípio da isonomia, quer dizer, a atividade administrativa quando beneficia toda a coletividade não pode impor um encargo enormado a apenas um cidadão, ou mesmo alguns, sob pena de malferir a ordem principiológica vigente, de forma que a efetivação da medida implica o dever de reparar o dano sofrido, que é pago por todos, ou seja, pela coletividade beneficiada pela realização estatal<sup>66</sup>.

Assim sendo, o princípio promove uma devida e esperada expressão do dever de boa administração, na medida em que, realizadas as escolhas do Poder Público, e efetivadas as medidas para empreendê-las, devem ser sanadas eventuais inconveniências decorrentes da legítima insurgência dos administrados em face da execução dos objetivos da Administração Pública, que somente serão removidas se for cotejada a devida distribuição equitativa dos ônus e encargos públicos, quer dizer se respeitados os devidos parâmetros de reparabilidade do administrado por conta das realizações da Administração Pública.

Percebe-se que, sem nenhum esforço, o princípio em cotejo representa um claro instrumento contra a ocorrência do silêncio administrativo, vez que constitui um substrato para a exigência de uma atuação mais equânime do Poder Público, quando da promoção das suas realizações materiais, o que facilita a sua atuação, bem como um claro subsídio para as insurgências administrativas ou judiciais dos particulares.

## 5 O POSTULADO NORMATIVO APLICATIVO DA RAZOABILIDADE

A primeira indagação que se pode fazer é a seguinte: não seria a razoabilidade um princípio? Outra ainda se impõe: e qual a relevância de tratá-la como um postulado normativo aplicativo? E o que é um postulado e o que difere de um axioma ou princípio? Com o

66 Sobre o princípio em cotejo, em outra oportunidade, asseverou-se (RIBEIRO LIMA, Raimundo Márcio. Direitos Fundamentais e os Princípios do Processo Administrativo Federal. *Boletim de Direito Administrativo (BDA)*. Ano XXIV, p. 1.028-1.046, set. 2009. p. 1.042):

“Em termos mais claros, não há como conceber a oneração excessiva de um administrado, para a promoção de um fim público, sem a devida compensação material ou imaterial pelo ônus suportado”. [...]

“O exemplo mais comum de aplicação de tal princípio ocorre no processo administrativo de desapropriação de terrenos urbanos, no qual, para fins de indenização, é levada em consideração a peculiar situação dos proprietários urbanos em face da obra ou serviço público a ser promovido em prol da coletividade”. [...]

“No âmbito judicial, o princípio tem ampla aplicação, seja como parâmetro de equidade, seja como expressão do princípio da isonomia, ou mesmo com o emprego dessa terminologia”.

intuito de promover os devidos esclarecimentos, transcreve-se uma autorizada fonte doutrinária<sup>67</sup>:

En los *Elementos* de Euclides la noción de postulado recibió una formulación que ha sido vigente durante muchos siglos: el postulado es considerado en ellos como una proposición de carácter fundamental para un sistema deductivo que no es (como el axioma) evidente por sí misma y no puede (como el teorema) ser demostrada.

Ora, considerando o transcrito acima, não há como negar que a razoabilidade bem se ajusta a essa conceituação, uma vez que ela norteia a aplicação de outras normas, daí o seu caráter fundamental para o sistema jurídico que, por excelência, parte das generalizações para alcançar as particularidades de cada situação fática; ademais, em que pese toda a amplitude que carrega na expressão razoabilidade, ela não é evidente por si mesma e, por certo, não pode ser demonstrada, pelo menos no sentido euclidiano, mas apenas e tão somente observada<sup>68</sup>.

Seguindo a mesma senda doutrinária, extrai-se, agora, o conceito de axioma<sup>69</sup>:

Un significado originario del término ‘axioma’ (ἀξίωμα) es *dignidad*. Por derivación ‘axioma’ significa ‘lo que es digno de ser estimado, creído o valorado’. Así, en su acepción más clásica el axioma equivale al principio que, por su dignidad misma, es decir, por ocupar un cierto lugar en un sistema de proposiciones, debe ser estimado como verdadero. [...] El axioma posee, por así decirlo, un imperativo que obliga al asentimiento una vez es enunciado o entendido. [...] Las proposiciones que podían ser demostradas y no eran evidentes se llamaron *teoremas*. Y las que ni podían ser demostradas ni eran evidentes por sí mismas recibieron el nombre de *postulados* (como el postulado de las paralelas).

67 MORA, 1964. p. 548.

68 A conceituação de postulado é controvertida, como, mais adiante, bem se adverte (MORA, op. cit., tomo II, p. 458-459, 1964):

“La mayor parte de los autores consideran hoy que no puede mantenerse la diferencia clásica entre axioma y postulado y aun entre postulado y teorema en sentido general. En primer lugar, lo que se califica de axioma puede igualmente llamarse postulado; basta para ello descartar la dudosa expresión ‘evidente por sí mismo’. En segundo término, los postulados pueden ser considerados simplemente como teoremas iniciales en su cadena deductiva. Finalmente, los postulados pueden ser equiparados a definiciones implícitas”.

69 MORA, José Ferrater. *Diccionario de Filosofía*. 5 ed. Buenos Aires: Sudamericana, Tomo I, 1964. p. 167.

Da transcrição acima, deduz-se que: (a) os axiomas são indemonstráveis; (b) e também evidentes; e (c) que, por outro lado, os postulados não são evidentes, embora também sejam indemonstráveis.

Em que pese toda a crítica que se possa levantar quanto ao uso desses termos, principalmente no que concerne ao *postulado* e seu qualificador *normativo aplicativo*, e mesmo considerando o uso corrente do termo princípio para tais significações; prefere-se endossar a linha distintiva, - com arrimo nas lições de Humberto Ávila<sup>70</sup>, tendo em vista o caráter particular do termo razoabilidade se comparado aos princípios explícitos ou implícitos acima comentados -, entre princípios jurídicos e postulados normativos aplicativos. Assim sendo, transcreve-se a distinção empreendida pelo renomado jurista gaúcho<sup>71</sup>:

Os postulados funcionam diferentemente dos princípios e das regras. A uma, porque não se situam no mesmo nível: os princípios e as regras são normas objeto da aplicação; os postulados são normas que orientam a aplicação de outras. A duas, porque não possuem os mesmos destinatários: os princípios e as regras são primariamente dirigidos ao Poder Público e aos contribuintes; os postulados são frontalmente dirigidos ao intérprete e aplicador do Direito. A três, porque não se relacionam da mesma forma com outras normas: os princípios e as regras, até porque se situam no mesmo nível do objeto, implicam-se reciprocamente, quer de modo preliminarmente complementar (princípios), quer de modo preliminarmente decisivo (regras); os postulados, justamente porque se situam num metanível, orientam a aplicação dos princípios e das regras sem conflituosidade necessária com outras normas.

Ainda que se possa promover uma objeção contra a segunda distintiva encetada, já que a razoabilidade também deve ser observada, quando da adoção das políticas públicas em sentido amplo, pelo governante<sup>72</sup>; não se pode olvidar a diferenciação realizada pelo autor, especialmente quando assim dispõe em outra lúcida lição<sup>73</sup>:

[...] os postulados não são normas imediatamente finalísticas, mas metódicas; não são normas realizáveis em vários graus, mas estruturam

70 ÁVILA, 2009, p. 151-160.

71 ÁVILA, 2009, p. 122.

72 E não se diga que, nessa hipótese, ele seja apenas um destinatário da norma e não um intérprete do Direito, de modo que, por certo, fará uso dos postulados normativos aplicativos.

73 ÁVILA, 2009, p. 123.

a aplicação de outras normas com rígida racionalidade, e não são normas com elevado grau de abstração e generalidade, mas normas que fornecem critérios bastante precisos para a aplicação do Direito.

Considerando o conceito de princípio adotado neste trabalho, devidamente apresentado quando da análise dos princípios constitucionais expressos, tem-se que os fundamentos distintivos apresentados pelo jurista pátrio possuem uma inegável rigidez científica.

Devidamente explicitados os elementos distintivos dos postulados em face dos princípios, cumpre, agora, apresentar os esteios do postulado normativo aplicativo da razoabilidade.

A razoabilidade não possui um conteúdo definido e nem se assenta numa moldura concreta e absoluta de valores, de maneira que, a depender da situação fática, a aferição do razoável pode aproximar-se pela indicação de certa expressão axiológica ou; por outro lado, afastar-se dela por acolher uma deferência a outro círculo de valores, tudo em cotejo para salvaguardar os interesses envolvidos da melhor forma possível. Assim sendo, a razoabilidade, como metanorma que é, pode encetar o jugo de certos princípios sob a ótica da equidade, da congruência e da equivalência.

Dessarte, o postulado da razoabilidade como equidade “exige a harmonização da norma geral com o caso individual”<sup>74</sup>, fazendo com que seja observada a particularidade do caso em face de norma geral e abstrata, de forma a realizar as possíveis aproximações para contemplar uma solução justa e aceitável em face dos limites impostos pela ordem jurídica.

Também não se pode descurar que a razoabilidade impõe uma “harmonização das normas com suas condições externas de aplicação”<sup>75</sup>, isto é, não há como contemplar uma decisão razoável se ela estiver apenas dentro dos limites da previsão meramente normativa, quer dizer, circunscrita apenas ao elemento eminentemente jurídico da questão, uma vez que a contextura fática tem muito a revelar para a promoção de uma decisão que resolva o conflito de modo satisfatório, porque observou os ângulos externos à norma. Por tudo, implica dizer que os elementos empíricos que cercam o caso devem ser observados com argúcia e considerados para o deslinde da solução a ser apresentada.

74 ÁVILA, 2009, p. 152.

75 ÁVILA, 2009, p. 155.

Ademais, a razoabilidade impõe “uma relação de equivalência entre a medida adotada e o critério que a dimensiona”<sup>76</sup>; em outros termos, a medida adotada não pode fugir do parâmetro utilizado para a sua adoção, sob pena de configurar uma desatada estultice, pois o que representa a definição da medida adotada exige um inarredável dever de equivalência, de forma que o critério utilizado seja respeitado no campo fático-jurídico da solução empreendida.

Tendo em vista as considerações acima, não há como confundir o princípio da proporcionalidade<sup>77</sup> com o postulado normativo aplicativo da razoabilidade; enquanto esta se encontra relacionada aos deveres congruência, equivalência e equidade; por outro lado, a proporcionalidade guarda relação entre um meio e um fim; de maneira que, objetivamente considerada, a razoabilidade possui um lastro de aplicabilidade diverso da proporcionalidade, pois não converge os seus esteios na *proporção* entre coisas, mas, sim, na definição de critérios diversos<sup>78</sup> que se assenta plausível no caso concreto para resolução dos conflitos.

## 6 AS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS RELACIONADAS AO PROCESSO ADMINISTRATIVO

Num Estado Democrático de Direito a procedimentalização das decisões administrativas devem ser partejadas com vista ao cumprimento das pautas constitucionais; assim sendo a Administração Pública, na consecução dos imperativos prestacionais do Estado, deve fazer com que as suas realizações sejam tomadas de forma a possibilitar o seu controle por parte dos cidadãos, bem como pelos órgãos de controle interno e externo, já que a atuação estatal sem controle tende a consolidar a ocorrência de arbitrariedades.

Dessarte, o controle privado ou social, que é exercido pela sociedade, depende, dentre outras coisas, do exercício pleno do direito de petição, bem como do direito de impor uma decisão célere da Administração Pública jungida, ainda, a uma providencial exigência de bem fundamentá-la.

<sup>76</sup> ÁVILA, 2009, p. 158.

<sup>77</sup> Lembrando-se que a proporcionalidade pode ser considerada também como um postulado normativo aplicativo, como já explicado anteriormente.

<sup>78</sup> Já que a proporcionalidade, como já ventilado, possui os seus, quais sejam, a pertinência ou adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.

Dessa forma, tem-se geralmente como pressuposto do exercício do controle social o seguinte *iter*: (a) o exercício do direito de petição por parte do administrado, de forma a provocar uma manifestação estatal; (b) o dever de decidir do Poder Público em face do requerimento formulado; e (c) o dever de fundamentar o decidido.

A partir daí, já que não há como esconder, em tese, os vícios da manifestação apresentada, é possível identificar e combater eventuais inconsistências ou desvios praticados pela Administração Pública, conforme a ferramenta administrativa ou judicial a ser empregada, e desde que se utilize dos meios mais eficazes para o caso.

Por outro lado, muitas vezes, como se sabe, a atuação estatal independe de qualquer manifestação do administrado; seja porque se encontra no sempre discutível campo da discricionariedade administrativa; seja porque há um dever de atuar no atendimento dum prescrição legal.

Nesses casos, o direito de petição é exercido posteriormente com vista a efetuar (a) um pedido de explicação, ou solicitação equivalente, sobre determinada medida adotada pelo Poder Público; ou (b) o desencadeamento de um processo de controle privado da Administração Pública.

Porém, não se pode olvidar que o exercício do direito de petição, por si só, não alcança os desejados fins da pretensão nele carreada se a Administração Pública não se manifestar expressamente sobre o requerido no prazo legal ou razoável.

Assim sendo, deve-se munir a ordem jurídica de instrumentos legais que combata, ainda na seara administrativa, a inatividade formal do Poder Público ou que imponha uma solução prática e razoável para os casos de sua ocorrência, o que desponta a importância, em certos casos, do silêncio administrativo positivo ou negativo.

Não obstante eventuais empecos materiais, não há como não conceber tais direitos dos administrados, *rectius* de pedir algo e de exigir uma decisão fundamentada, como garantias da nossa ordem constitucional, mormente por secundar imposições que o texto constitucional revela expressamente, *ex vi* arts. 5º, inciso XXXIV, alínea a e b; 58, § 2º, inciso IV; e 93, inciso X.

Mas, agora, uma pergunta é necessária: o que é uma garantia<sup>79</sup> e o que ela representa para a consolidação dos anseios dos administrados em face da Administração Pública?

Antes da formulação de qualquer resposta impende esclarecer que de nada serviria todo o rol de direitos elencados na Carta Fundamental<sup>80</sup> se não existissem mecanismos para satisfazê-los, daí o maior sentido da palavra garantia, ou seja, ela existe justamente para assegurar a concreção dos direitos.

Naturalmente, da ordinária compreensão sobre a matéria, extrai-se que: a existência de um direito abstratamente considerado, *a priori*, implica a imposição de um dever concretamente aferível, sendo certo que os agentes dessa relação jurídica modificam-se em face da contextura fática regulada<sup>81</sup>.

79 Com inegável didática, colhe-se a seguinte resenha doutrinária (MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica Jurídica e Direitos Fundamentais*. Brasília-DF: Brasília Jurídica, 2000. p. 158.):

“Há, no Estatuto Político, direitos que têm como objeto imediato um bem específico da pessoa (vida, honra, liberdade física). Há também outras normas que protegem esses direitos indiretamente, ao limitarem, por vezes procedimentalmente, o exercício do poder. São estas normas que dão origem aos direitos-garantia, às chamadas garantias fundamentais”.

“As garantias fundamentais asseguram ao indivíduo a possibilidade de exigir dos poderes públicos o respeito ao direito que instrumentalizam. Vários direitos previstos nos incisos do art. 5º da Constituição se ajustam a esse conceito. Vejam-se, por exemplo, as normas ali consignadas de direito processual penal”.

Interessante destacar que a própria Constituição deve possuir uma *garantia imanente*, haja vista que ela não se encontra garantida pelo ordenamento jurídico, muito menos por um sistema jurídico externo ou acima dela, senão pela sua própria força e, claro, pelas próprias garantias (HESSE, Konrad. *Constitución y Derecho Constitucional*. In BENDA; HEYDE; HESSE; MAIHOFER; e VOGEL. *Manual de Derecho Constitucional*. Trad. Antonio López Pina. 2 ed. Madrid: Marcial Pons, p. 08, 2001); quer dizer, pelos próprios instrumentos que viabilize a sua defesa e consolidação.

80 Contudo, transcreve-se uma clara advertência doutrinária (COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo) constitucionalismo: um análisis metateórico. In CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, p. 79, 2005): “La función principal de la Constitución no es la de asegurar los derechos individuales y universales, sino de ofrecer sanción jurídica a un compromiso político estipulado por facciones que luchan para mantener o para conquistar el poder”.

81 Sobre a temática, percutientes são as palavras de Michelangelo Bovero (BOVERO, Michelangelo. *Derechos, deberes, garantías*. In CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro. *Garantismo. Estudios sobre o pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. Madrid: Trotta e UNAM, p. 234, 2005) ao analisar os posicionamentos de FERRAJOLI e GUASTINI:

“O sea, que adscribir un derecho (a alguien) *implica* imponer un deber (a algún otro): precisamente, el deber de satisfacer la pretensión o expectativa en la que consiste el derecho. Pero, a partir de esto, Guastini deduce que cuando no ‘existe’ (jurídicamente) el deber, no existe tampoco (propriamente) el derecho, es decir, que un derecho conferido a un sujeto por una norma, pero no garantizado por la misma o por otra norma que imponga a otro sujeto un deber correspondiente, mediante la previsión de sanciones, no es un derecho ‘verdadero’. Al contrario, Ferrajoli, sostiene que un derecho ‘existe’ (jurídicamente) en cuanto

No direito público, e mais precisamente no Direito Administrativo, a questão ganha um colorido mais específico, qual seja, de pouco serviria a extensa pauta de deveres prestacionais do Estado se não existissem disposições que imprimissem o seu cumprimento. Assim sendo, uma garantia se consubstancia como um mecanismo não apenas para a concreção das prestações constitucionais fáticas, mas, e tão importante quanto, como manifesta ferramenta para possibilitar o controle do *modus operandi* de toda e qualquer prestação, quer dizer, para aferir a regularidade da atuação administrativa. E, seguindo esse norte, não há como não conceber o dever de decidir e de fundamentar como garantias constitucionais, pois tais prescrições não apenas possibilitam a concreção dos direitos dos administrados, como também permitem o controle do cumprimento dos deveres estatais.

Dessa forma, compreende-se que a garantia possui um caráter assecuratório, ou seja, faz com que a constituição de direitos na ordem jurídica esteja compromissada com a consolidação de instrumentos ou meios que, ainda que tardiamente em alguns casos, permita o efetivo alcance dos efeitos da prescrição legal aos seus destinatários.

Por certo, as considerações acima partem de uma concepção usual, e naturalmente acertada, sobre o termo garantia. Agora, numa contextualização mais ampla, e sob um enfoque pautado em planos de atuação diversos e também dilargados, ressoa com notória vivacidade a festejada doutrina de Luigi Ferrajoli sobre a *teoria do garantismo*<sup>82</sup>.

Numa ligeira alusão à teoria mencionada, pode-se dizer que ela se assenta em três acepções, quais sejam, (a) *modelo normativo de direito*, tem-se que, precisamente, no que concerne ao direito penal, modelo de

conferido a un sujeto por una norma (jurídica, ejemplo la constitución), aun cuando no exista la garantía respectiva –la cual, sin embargo, *debería* existir-, por no haber sido dispuesta o predispuesta por otra norma (jurídica, por ejemplo ordinaria) que imponga a otro sujeto el deber (sancionado) correspondiente”. Mais adiante, em trecho elucidante, complementa o autor (BOVERO, op. cit., p. 237, 2005):

“La introducción de un derecho subjetivo en un ordenamiento jurídico –esto es, la creación positiva de una expectativa normativa o, si se prefiere, el reconocimiento jurídico de una pretensión moral- me parece que no pude tener otro sentido sino el de que el propio ordenamiento asume la obligación (imponiéndola a los poderes públicos) de cuidar la satisfacción de la expectativa o pretensión en la que consiste aquel derecho. Esto, a través de una específica producción normativa destinada a tal finalidad”.

Dentro de uma perspectiva tipológica, podem-se distinguir os direitos em: perfeitos, quando contam com a existência das obrigações correspondentes; e imperfeitos, quando não existem tais obrigações (COMANDUCCI, op. cit., p. 89, 2005).

82 Do termo garantismo extraem-se outras expressões correlatas ou associadas aos seus fins, tais como: garantista, garantístico etc.

estrita legalidade, próprio do *estado de direito*, no plano epistemológico se caracteriza por um sistema cognoscitivo ou de poder mínimo; no plano político por uma técnica de tutela capaz de minimizar a violência e de maximizar a liberdade; e, por fim, no plano jurídico como um sistema de vínculos impostos ao poder punitivo do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos<sup>83</sup>; (b) *teoria jurídica* da validade e da efetividade como categorias distintas, não apenas entre si, mas também em relação à existência ou vigência das normas<sup>84</sup>; e (c) *filosofia política* que impõe ao Direito e ao Estado o ônus da justificação externa, tudo conforme os bens e interesses cuja tutela e garantia constituem precisamente a finalidade de ambos<sup>85</sup>.

Observadas as devidas adequações quanto às inferências da teoria assinalada, apesar da notória proximidade das prescrições da seara penal com as de natureza administrativa de caráter punitivo, o mesmo se diga quanto às restritivas de direitos, impende mencionar que o garantismo vai além das confluências da doutrina penal e se aplica ao Direito como um todo, especificamente por tutelar os bens ou interesses dos cidadãos, seja qual for o contexto em que eles se encontrem, em face da atuação do aparelho estatal, a despeito das legítimas pretensões do Estado.

## 6.1 O DIREITO DE PETIÇÃO

O direito de petição, do ponto de vista histórico, se for considerado para tanto o *Petition of Rights* de 1628, exsuruiu como uma via de relacionamentos entre a Coroa e o Parlamento inglês; em outros termos, na sua concepção originária, não se prestou a viabilizar os reclames do povo inglês, mas apenas aos interesses de relações entre instituições inglesas; por outro lado, se for vislumbrado dentro da concepção atual de tal garantia, o direito de petição teve origem em outro momento, como bem salienta a passagem doutrinária abaixo<sup>86</sup>:

Ao contrário do que habitualmente se lê, o *direito de petição* – isto é, poder de requerer ou reclamar contra autoridades, perante o Poder Público – não nasceu na Magna Carta de 1215. Sua geratriz é o notável *Bill of Rights* inglês, de 1688 (há quem prefira remontá-lo à *Petition of Rights* de 1628 – o que, *data vênia*,

83 FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez et ali. Madrid: Editorial Trotta, 1995. p. 851-852.

84 FERRAJOLI, 1995, p. 852.

85 FERRAJOLI, 1995, p. 853.

86 FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. *Processo Administrativo*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p.118-119.

descabe, eis que esse diploma é concernente a relações apenas interinstitucionais Parlamento/Coroa), aí surgindo como direito de pedir ao rei, com amplíssimo espectro (desde postulações de cunho individual até o requerimento, pelo Parlamento, de sanção à lei ali votada).

A garantia constitucional do direito de petição, *rectius* art. 5º, inciso XXXIV<sup>87</sup>, constitui uma das mais concretas e efetivas formas de consolidação do Estado Democrático de Direito, na medida em que o seu exercício possibilita a concreção de toda uma plêiade de direitos salvaguardados na ordem constitucional vigente, mormente os fundamentais, bem como faz exsurgir uma ideia de Estado pautada numa perspectiva democrática e cravada sobre o império da lei e da legitimidade.

Tal garantia<sup>88</sup> possui uma vasta amplitude jurídica, tanto que o STF considera o instituto da reclamação, e não se questiona aqui o mérito ou a contextura política que justificou esse entendimento, como uma expressão do direito de petição<sup>89</sup>, o que denota a sua enorme envergadura processual.

Uma decorrência lógica do direito de petição, dentro de uma condução racional da atividade administrativa, é o direito de exigir da Administração Pública uma decisão<sup>90</sup>, com a devida fundamentação, sobre o petitório levantado pelo administrado; ou seja, o direito de petição impõe o transcorrer duma necessária procedimentalização da matéria requerida com vista à obtenção de uma decisão que atenda às prescrições legais e que não resulte em um atuar ilegítimo do Poder Público.

87 Tratando-se especificamente sobre a alínea b, do inciso em cotejo, não se pode olvidar o disposto nos arts. 1º e 2º da Lei nº 9.051, de 18 de maio de 1995.

88 Empregar, por vezes, a terminologia direito de petição, que é a mais usual, não lhe retira o caráter garantístico.

89 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 2212, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 02/10/2003, DJ 14-11-2003 PP-00011 EMENT VOL-02132-13 PP-02403. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 08 fev. 2010.

90 Com bem adverte a melhor doutrina (MOREIRA, Egon Bockmann. O direito à prova no processo administrativo. *Fórum Administrativo – Direito Público – FA*. Belo Horizonte, ano 4, n. 39, p. 3.793-3.803, p. 3.796, maio 2004):

“Isso porque o direito de petição contém não apenas a garantia a ‘protocolar uma petição’, mas todos os desdobramentos fático-processuais dele oriundos. Corolário desse direito é o dever de que o pedido do particular seja examinado, as providências por ele solicitadas sejam adotadas (inclusive a produção de provas), ele seja intimado de todos os atos e fatos do processo, e que uma conclusão final seja proferida. A Administração tem o dever de, uma vez recebida a petição, instalar o respectivo processo administrativo e instruí-lo adequadamente, a fim de proferir uma decisão final imparcial e justa”.

Com efeito, de que serviria a possibilidade de requerer algo à Administração Pública, se esta não estivesse obrigada a se manifestar sobre o requerido no prazo legal ou razoável.

Logo, o direito de petição, por uma decorrência lógica, impõe o dever de decidir fundamentadamente por parte do Poder Público. Isto é, tem-se o dever de agir de ofício, *rectius* de decidir e bem fundamentar sobre o decidido.

Assim sendo, a oficialidade imprime uma necessária operacionalidade ao direito de petição, já que os petítórios serão invariavelmente<sup>91</sup> processados e ultimados com uma decisão, como destaca os escólios a seguir<sup>92</sup>:

[...] o certo é que o Poder Público não pode deixar de receber e processar o pedido, só lhe cabendo denegar a postulação se carecedora de amparo legal. Uma vez desencadeado o processo (de ofício ou mediante provocação do interessado), sua nota de oficialidade o impele inevitavelmente a seu destino vocacional (a decisão), de sorte que o andamento ininterrupto do processo administrativo é, sobretudo, um ônus da Administração, 'cabendo a ela e não um terceiro o empenho e desdobramento da sequencia de atos que o compõem até a produção de seu ato conclusivo'.

Destarte, o direito de petição representa o canal no qual escoam todos os reclames da sociedade civil, de maneira que nele são supedaneados desde os simples pedidos, e geralmente individualizados, até demoradas manifestações de caráter coletivo. Assim sendo, o direito de petição constitui uma das felizes expressões dos Estados Democráticos, na medida em que prestigia a atuação dos cidadãos, seja para a manifestação de interesses meramente individuais, seja para a promoção de reclamações com vista à salvaguarda de interesses da coletividade.

Dito de outro modo, o direito de petição é uma garantia que possibilita uma boa gestão da atuação administrativa, na medida em que

91 Quando restar inexistosa a exposição da autoridade pública quanto à ausência de fundamento do petítório do particular, mesmo assim os pedidos absurdos ou teratológicos devem ser processados, *rectius* formalização dos autos, uma vez que a Administração Pública não poderá se esquivar de receber o requerimento, porque o direito de petição não pressupõe a razoabilidade ou a pertinência do requerimento, contudo, a decisão, nesses casos, é liminarmente exarada, já que não demanda uma análise aprofundada, mas uma simples e precisa demonstração do assombro do pedido lancetado, assim sendo, diverge-se, em parte, precisamente da primeira frase, da transcrição promovida.

92 FERRAZ; DALLARI, 2007, p. 119-120.

não somente dá vazão aos desideratos dos administrados, pelo menos enquanto perspectiva peticional, como também sinaliza ou sintetiza as confluências dos anseios sociais, o que, certamente, contribui para a tomada de decisão da Administração Pública, mormente quando ele se encontra associado aos instrumentos de participação administrativa, *rectius* consulta pública, audiência pública etc, o que reveste de legitimidade e de consensualidade a medida tomada pelo Poder Público.

Ademais, o direito de petição representa uma evidente meio de acesso à justiça<sup>93</sup>, enquanto valor a ser observado e perseguido pelos administrados, na medida em que os conflitos ou controvérsias podem ser resolvidos satisfatoriamente ainda em sede administrativa.

## 6.2 O DEVER DE DECIDIR COMO UMA GARANTIA CONSTITUCIONAL

A Carta Fundamental chancela o entendimento de que a atuação do Estado não pode se desvincular do dever de decidir, mesmo quando inexistir qualquer manifestação ou requerimento da sociedade, na medida em que dispõe demoradamente sobre as competências administrativas dos entes políticos, tudo de forma imprimir-lhes o cumprimento das prestações positivas insculpidas no texto constitucional que, dentre outras coisas, impõe a tomada de decisão em face das diversas contexturas fáticas do *mundo da vida*.

Considerando, ainda, os fundamentos da República Federativa do Brasil, em que se prestigia a cidadania (art. 1º, inciso II) e a dignidade da pessoa humana (art. 1º inciso III), à evidência, a atuação estatal deve alcançá-los ou observá-los em qualquer caso; sendo que, para tanto, não pode se abster do dever decidir as questões expostas expressamente pela ordem jurídica<sup>94</sup>, bem como as decorrentes dos petítórios dos

93 O acesso à justiça não pode ser confundido com o acesso ao Poder Judiciário, haja vista que a justiça pode ser alcançada em qualquer sede pública, ou mesmo privada, de resolução de conflitos.

94 As disposições advindas da *norma de tessitura aberta* prevista no art. 5º, § 2º, da Carta Fundamental, por certo, se incluem, *a priori*, entre as expressas, pelo menos o que se pode deduzir da expressão "não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte", mormente quando as normas a serem consideradas advêm de tratados internacionais. Aqui, tem-se "o princípio da abertura material do catálogo de direitos fundamentais da Constituição, no sentido de que o rol dos direitos expressamente consagrados como fundamentais pelo Constituinte, apesar de analítico, não tem caráter taxativo" da seguinte transcrição (SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais, a reforma do judiciário e os tratados internacionais de direitos humanos: notas em torno dos §§ 2º e 3º do art. 5º da Constituição de 1988. *Revista de Direito do Estado*. Rio de Janeiro, ano 1, nº 1, p. 59-88, p. 68, jan/mar 2006).

administrados, com ou sem embasamento legal; assim como, as implicitamente exigíveis pela ordem constitucional ou legal.

Observados esses parâmetros, mormente no que concerne à cadência das garantias salientadas na Carta Fundamental dedicadas à efetivação dos direitos fundamentais, tem-se que a toda atividade administrativa impõe-se, acima de tudo, a tomada de decisão para a consecução regular dos seus fins.

Em outras palavras, o dever de decidir é uma decorrência lógica da necessária correlação de esforços dos órgãos públicos para mover a máquina administrativa, bem como um imperativo na condução das relações existente entre a Administração Pública e os administrados.

Naturalmente, o que sempre tem preocupado o cidadão não é apenas o cumprimento do dever de decisão, mas, também, a qualidade dela; logo, em face de tal problemática, impõe-se, como será demonstrada no próximo subitem, uma providencial fundamentação que permita uma aferição da inafastável correspondência entre a situação fática cotejada e os fins esperados pela norma jurídica com a medida tomada ou com a decisão exarada.

Como se pode perceber, o dever de decidir não se ajusta com a ocorrência do silêncio administrativo, já que qualquer petição dos administrados, independentemente do seu mérito ou da inviabilidade do seu atendimento, ou dos efeitos jurídicos que a inatividade administrativa possa acarretar em cada caso, comporta a exigência de uma decisão da Administração Pública.

Não se pode negar que o dever de decidir é uma garantia que permite não apenas a consecução de um atuar da Administração Pública e seu posterior controle, mas, e não menos importante, faz com que a atuação do Poder Público possibilite o desenvolvimento e melhoramento da gestão administrativa como um todo; quer dizer, sem uma decisão necessária e precisa sobre os requerimentos dos administrados ou sobre fatos que independem de manifestação de terceiros, não há como empreender uma gestão segura e evolutiva da Administração Pública, já que as decisões anteriores costumam gerar um referencial teórico às futuras tomadas de decisão, de maneira que tudo ganhe uma necessária consistência e racionalidade. Daí, a origem dos precedentes administrativos.

Quando se observa a legislação infraconstitucional, mormente a Lei Geral do Processo Administrativo Federal (LGPAF), não resta

dúvida que a decisão administrativa, ainda que tardia, deve ser promovida, pois a nossa ordem jurídica não se ajusta à ideia de inatividade formal como uma forma regular de não atuação do Poder Público. A matéria é tratada na Lei nº 9.784/99 (LGPAF) nestes termos:

Art. 48. A Administração tem o dever de explicitamente emitir decisão nos processos administrativos e sobre solicitações ou reclamações, em matéria de sua competência.

Art. 49. Concluída a instrução de processo administrativo, a Administração tem o prazo de até trinta dias para decidir, salvo prorrogação por igual período expressamente motivada.

Veja-se que o texto legal não admite exceções. E mais: em se tratando de processo administrativo, concluída a instrução processual, a autoridade competente tem 30 (trinta) dias para decidir, admitida apenas uma prorrogação, devidamente fundamentada, e por igual período. Em pese não constar na disposição legal, e seria mesmo despicando, por se tratar de lei geral, o prazo pode ser menor ou maior, a depender da legislação específica.

A LGPAF, contudo, é passível de crítica, a saber, há um dever de emitir uma decisão, mas se ela não vier que consequência será imputada à Administração Pública? Ou melhor, o que poderá fazer o administrado? Essas indagações bem expressam a inexistência de regulamentação do instituto do silêncio administrativo na Lei nº 9.784/99.

A maioria dos doutrinadores pátrios não toca nesse assunto<sup>95</sup> quando versam sobre processo administrativo, de maneira que geralmente não é discutida a ocorrência da inatividade formal da

<sup>95</sup> Apenas para citar alguns: CRETELLA JÚNIOR, José. *Prática do Processo Administrativo*. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, *passim*; MEDAUAR, Odete. *A processualidade no Direito Administrativo*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, *passim*; e CARVALHO FILHO, ob. cit., 2005, *passim*. Todavia, impõe-se um merecido registro em sentido contrário (FERRAZ; e DALLARI, op. cit., p. 48, 2007):

“De se lastimar, contudo, tenham sido até criados alguns mecanismos de frontal contrariedade à duração razoável do processo. Nesse sentido, para exemplificar: (a) nada se prevê, em termos de prosseguimento do processo, quando um parecer, embora obrigatório e de efeito vinculante, requerido a um órgão consultivo, não seja emitido (art. 42, § 1º), (b) o mesmo praticamente ocorrerá se, reiterada e sucessivamente, diversos órgãos administrativos se esquivarem à produção de laudo técnico requerido pela autoridade competente, (c) tampouco ousou o legislador enfrentar aberta e frontalmente a questão da consequência processual na hipótese de omissão do dever de decidir, dentro dos prazos consignados no diploma (arts. 49 e 59)”.

Administração Pública, mas, tão-somente, uma exposição consistente quanto ao cumprimento dos deveres de decidir e fundamentar<sup>96</sup>.

Todavia, não raras vezes, a Administração Pública se mantém inerte em face de um dever legal, o que pode gerar consideráveis danos aos administrados e à própria Administração Pública. Assim sendo, sob esse prisma, o dever decidir, além de expressar uma condução regular da atividade administrativa, evita o surgimento ou agravamento dos danos advindos com a demora injustificável no desfecho do processo administrativo. Nunca se deve perder de vista que a tal indefinição revela uma forma cristalina de ilegalidade, pois, se as leis do país acenam pelo dever de decidir, cabe à Administração Pública envidar esforços para contemplar o atendimento da lei, *rectius* decidir conforme determina o fim legal em cada caso, sob pena de patente afronta aos comandos legais.

Destarte, o dever de decidir representa um antecedente normativo à própria ocorrência da inatividade formal da Administração Pública, e esta constitui um pressuposto lógico para a configuração do silêncio administrativo positivo ou negativo; quer dizer, do silêncio administrativo com possíveis efeitos jurídicos concretos e imediatos, bem como do silêncio administrativo sem possíveis efeitos jurídico concreto e imediato, o silêncio administrativo inominado.

Donde, conclui-se que toda ausência de decisão, quanto legalmente exigível, constitui uma inatividade formal da Administração Pública que, por sua vez, pode ensejar a ocorrência do silêncio administrativo com possíveis efeitos jurídicos concretos e imediatos, *rectius* silêncio positivo ou negativo; ou, ainda, do silêncio administrativo sem efeitos jurídicos concretos e imediatos, *rectius* silêncio inominado.

<sup>96</sup> Quicá, por entenderem despiendo algo nesse sentido, já que existem outros instrumentos legais que possam reprimir a inatividade formal do Poder Público. Lego engano. A representação contra servidor, *ex vi* art. 1º da Lei nº 4.898/65, se dá apenas quando há abuso de autoridade, sendo que, geralmente, inatividade formal da Administração Pública não decorre de eventual cometimento de abusos dos servidores públicos, mas, sim, da ausência de planejamento na coordenação dos trabalhos administrativos ou, ainda, e não menos grave, em decorrência da falta de recursos humanos ou mesmo de material por parte do Estado. E mesmo que o silêncio administrativo decorra de abuso de autoridade, a mera representação em face do servidor não fará qualquer efeito material ou processual favorável aos administrados, mas, tão-somente, a devida repressão ao servidor envolvido na conduta indevida. Até mesmo a interposição de demanda judicial, em se tratando de decisão que decorra de apreciação discricionária quanto aos requisitos do ato administrativo, não fará qualquer efeito jurídico imediato, já que o magistrado não poderá substituir o mérito do gestor da coisa pública. Sem falar que a judicialização do conflito faz com que, em certos casos, torne ainda mais sofrível à situação.

### 6.3 O DEVER DE FUNDAMENTAR COMO UMA GARANTIA CONSTITUCIONAL

Na nossa Carta Política o dever de fundamentar encontra-se expressamente disposto no arts. 5º, inciso LXI; 93, incisos II, alínea d, IX e X. Claro que tal exemplificação não exaure a lista de dispositivos que impõem o dever de motivar ou de fundamentar as decisões do Poder Público, uma vez que tal dever é deduzido do próprio texto sob análise (arts. 58, inciso VI; 71, inciso I) ou, de forma sistêmica, por conta dos fins que impõe a disposição constitucional no caso concreto.

A fundamentação das decisões da estatalidade decorre justamente do dever cumprir fielmente as disposições legais no caso concreto, bem como permitir o controle de legalidade e de legitimidade da gestão pública; ou seja, não há como vicejar uma atuação administrativa transparente sem possibilidade de prospectar os motivos que ensejaram a adoção da medida tomada ou da decisão exarada, todos devidamente explicitados na justificação ou motivação do ato.

A fundamentação também reveste de legitimidade o ato perpetrado ou a decisão exarada, pois, não partindo apenas do convencimento íntimo da autoridade pública, mas centrada nos parâmetros estabelecidos pelo Regime Jurídico Administrativo (RJA), acaba por irmanar toda uma teia de consequências para o mundo do direito, tais como:

- (a) maior possibilidade de consenso por parte dos administrados, na medida em que os seus termos podem espancar possíveis resistências internas quanto à precisão e à justiça da atuação administrativa;
- (b) permite uma atuação mais efetiva dos órgãos de controle da atividade administrativa, pois a justificação não pode, em tese, deixar inobjetáveis possíveis vícios nos procedimentos promovidos pela Administração Pública;
- (c) expressa transparência na condução da gestão administrativa, uma vez que a justificativa tende sempre, *ex vi* art. 50, § 1º, da LGPAF, a demonstrar clareza e concisão sobre o decidido, bem como retidão de conduta do agente público;
- (d) cria mecanismos para consolidar posicionamentos sobre as mais diversas matérias, fazendo, assim, as bases para

a formação de precedentes vinculantes ou não sobre matérias administrativas;

- (e) permite um *judgamento* da sociedade sobre os argumentos apresentados para sustentar a medida tomada ou a decisão exarada, o que pode alavancar expedientes de participação administrativa, conforme o *status activus civilis* dos cidadãos etc; e
- (f) facilita os trabalhos em sede judicial, já que se podem aferir, sem maiores esforços, eventuais irregularidades perpetradas pelo agente público.

O caráter garantístico da fundamentação se deve precipuamente à instrumentalização das vias que assegurem o cumprimento dos direitos dos administrados, na medida em que, com apresentação da motivação, podem ser devidamente sopesados os aspectos objetivos que cercam a análise técnica de cada caso, bem como os aspectos subjetivos que vicejaram a escolha pública em face do caso concreto apresentado, tudo de forma a evidenciar os eventuais erros, abusos ou desvios no exercício da função administrativa.

Dessarte, a fundamentação, além de representar uma garantia constitucional, constitui um expediente para apuração de eventuais irregularidades perpetradas pelos agentes públicos, o que pode resultar, e talvez por isso ela seja tão olvidada, em aplicação de penalidade.

Insta mencionar que o dever de fundamentar, por expressar uma garantia constitucional, bem como um dever legal, não se ajusta com a ocorrência do silêncio administrativo, já que a exposição ou justificação da medida tomada faz romper o vezo vicioso da inatividade administrativa. Isto é, ela, a fundamentação, já constitui parte da manifestação expressa e necessariamente precisa da Administração Pública. E não se ajustando, implica dizer que o silêncio administrativo *geralmente* pressupõe, dentre outras coisas, a ausência de fundamentação ou justificação do ato.

Então, desde já, defende-se que a ausência de manifestação compreende a falta de fundamentação, muito embora a inexistência de justificação não implique a falta de decisão; todavia, manifestação sem motivação não afasta a inatividade formal do Poder Público, já que parcial, porém não enseja a possibilidade da ocorrência do silêncio

administrativo, uma vez que este tem como requisito a total falta de pronunciamento da Administração Pública.

No plano infraconstitucional, impede mencionar que a LGPAF, no seu art. 50, avançou bastante quanto ao dever de fundamentar as decisões do Poder Público, pois, basicamente, é exigida fundamentação sobre todas as matérias de considerável relevo.

Não se propõe, aqui, comentar os dispositivos legais que exigem fundamentação, mas, por considerar mais pertinente, analisar se a enumeração legal é exaustiva ou, melhor ainda, se o alcance das disposições legais comporta as exigências da nossa ordem constitucional.

Para início, insta registrar que a LGPAF constitui uma regulamentação geral<sup>97</sup>, logo, não exclui as exigências de fundamentar elencadas em leis específicas. Contudo, isso não responde o questionamento acima, pois dizer que uma numeração é exaustiva não implica afirmar que não possa existir outra no mesmo sentido na legislação esparsa. Já que a exaustividade, *in casu*, se encontra dentro da lei e não do sistema jurídico. Dessarte, seria imprópria a seguinte indagação: fora das hipóteses do art. 50, haveria alguma obrigação de fundamentar os atos administrativos emanados pelo Poder Público federal?

Assim, pela mera leitura do *caput* do art. 50, da Lei nº 9.784/99, não se pode extrair outro entendimento, qual seja, de que os seus termos encerra uma relação exaustiva<sup>98</sup>. Agora, o que isso implica dizer? Que inexistente obrigação de fundamentar em outras situações. E quais seriam as outras situações que dispensam motivação? As que não encerrem uma ofensa aos direitos e garantias fundamentais dos administrados e as que, por sua natureza, constituam atos meramente procedimentais e sem carga decisória.

Ora, o inciso I, do art. 50, à evidência, constitui a matriz de todos os demais incisos do artigo<sup>99</sup>, de maneira que uma afronta aos demais incisos, por certo, constitui uma ofensa direta ao referido inciso, na medida em que representa uma contraposição ao dever

97 Mas não se trata de lei nacional, já que ela se aplica apenas à União.

98 CARVALHO FILHO, 2005, p. 227.

99 No mesmo sentido, são as seguintes ponderações (ARAÚJO, ob. cit., 2005, p. 115): "A Lei nº 9.784/99 incluiu entre os atos que devem ser motivados aqueles que 'afetem direitos ou interesses'. Esta hipótese é de tal modo abrangente, que talvez pudesse substituir toda enumeração restante, já que se apresentam como manifestações particulares daquela ideia mais ampla".

de fundamentar os atos administrativos que “neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses”.

Se atos que neguem, limitem ou afetem direitos e interesses precisam ser fundamentados, o que dizer dos direitos e garantias fundamentais consagrados na nossa Carta Política. Portanto, com já apontado inicialmente, todas as questões de relevo, dentro ou fora do processo administrativo, carecem de fundamentação.

Do acima afirmado, tem-se que nem todo ato administrativo deve ser motivado, – *rectius* uma ordem de agente de trânsito para que veículos sigam um caminho determinado e não habitual –, mas, tão-somente, apenas aqueles que tenham uma carga decisória que possam negar, impedir ou afetar direitos e interesses dos administrados. Nesse ponto, simples e precisa é a seguinte passagem doutrinária<sup>100</sup>: (grifo do autor)

[...] exigindo a motivação apenas para os atos que enumera, a lei considera que *outros atos administrativos, praticados no processo, independem de menção expressa às razões administrativas*. Adotou, portanto, o legislador a teoria da *obligatoriedade mitigada*, segundo a qual não há como obrigar a que se mencione (*sic*) sempre as razões do ato, com pensam alguns especialistas com pensamento mais radical. Atos de maior relevância devem ter essa explicitação, mas se forem atos de rotina administrativa, sem qualquer efeito significativo na esfera dos administrados, não precisarão ter a justificativa expressa, embora, é claro, sempre seja exigido que tenham tido motivo, este sim, requisito de validade substancial dos atos administrativos.

Com o mesmo matiz, em que pese o rigor das colocações, colhem-se as seguintes palavras<sup>101</sup>: (grifo do autor)

Na era do direito administrativo da racionalidade aberta, o bom administrador público cumpre o dever de indicar, na prática dos atos vinculados e discricionários, *os fundamentos de fato e de direito, em face da inafastável margem de apreciação, presente no mais vinculado dos atos*. Imperativo, pois, que *todos os atos administrativos sobremodo se afetarem direitos, ostentem uma explícita justificação, em analogia com o que sucede com os atos jurisdicionais, excetuados os de mero expediente, os*

100 CARVALHO FILHO, 2005, p. 225.

101 FREITAS, Juarez. *Discricionariedade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 49.

*ordinatórios de feição interna e, ainda, aqueles que a Carta Constitucional admitir como de motivação dispensável*.

Considerando a fundamentação em si mesma, tem-se que ela deve conter os fatos e os fundamentos jurídicos, bem como ser “explícita, clara e congruente” (art. 50, § 1º, da LGPAF).

Com efeito, a fundamentação deve ser coerente de forma a sempre encontrar relações que a justifique no sistema jurídico; quer dizer, quanto mais as justificações de um sistema forem fundamentadas por outras justificações desse mesmo sistema, mais coerente será a fundamentação apresentada em cada caso, já que “devem ser justificadas tantas declarações quanto possível de um sistema por outras declarações desse sistema”<sup>102</sup>.

Ademais, a fundamentação deve ser clara e explícita, quer dizer, deve ser expressa e suficientemente precisa, de maneira que o seu conteúdo seja inteligível e suas conclusões facilmente deduzidas do texto, tudo com vista a empreender a máxima racionalidade à atividade decisória do Estado.

## 6.4 O DEVIDO PROCESSO LEGAL

Trata-se de garantia constitucional, *ex vi* art. 5º, inciso LIV, da CF/88, de inobjetével importância para a processualidade administrativa, judicial e legislativa. A regularidade dos trabalhos administrativos impõe, quanto às atividades que demandam uma necessária perfectibilização processual, a observância do devido processo legal.

Nada mais acertado. Não há como fazer observar toda a ordem principiológica reinante no nosso sistema jurídico se o veículo que externaliza a manifestação estatal possa ser levada a cabo de qualquer modo ou mesmo sem modo algum.

Por isso, é sempre bom mencionar que o devido processo legal impõe o dever de seguir uma processualidade que se ajuste aos comandos constitucionais, pois de nada serviria cumprir as fórmulas processuais se elas fossem, na sua contextura, materialmente inconstitucionais;

102 ALEXY, Robert. Fundamentação jurídica, sistema e coerência. *Revista de Direito Privado*. São Paulo, v. 25. p. 297-311, p. 299, jan./mar. de 2006.

quer dizer, que se constituíssem em expedientes arbitrários ou, simplesmente, despóticos<sup>103</sup>.

O princípio do devido processo legal representa uma das mais sérias e proveitosas conquistas dos nossos tempos, na medida em que não apenas aperfeiçoa e faz observar as fórmulas processuais, mas, também, porque cria mecanismos para o cumprimento das disposições substantivas nos processos judiciais, administrativos ou legislativos.

Infelizmente, os processos administrativos, não raras vezes, apresentam falhas quanto à observância do princípio do devido processo legal, fato que ocasiona consideráveis gravames aos administrados, pois inviabiliza a formação de uma decisão centrada nos parâmetros legais.

Notadamente, vários são os possíveis motivos da promoção canhestra desses processos, desde a herança arbitrária ou despótica dos serviços administrativos no Brasil até a ausência de servidores devidamente capacitados para conduzi-los. De toda sorte, com nova ordem constitucional, tem-se observado uma considerável melhora nos planos da processualidade administrativa, mormente após o advento da Lei nº 9.784/99, pois restaram disciplinados alguns assuntos importantes, tais como (a) os limites da competência administrativa, (b) os casos de suspeição e impedimento de servidores, (c) a comunicação dos atos processuais, e (d) a instrução processual.

Agora, o que seria a essência do princípio do devido processo legal? De forma bem simplória, pode-se afirmar que o devido processo legal exige a condução do processo conforme os ordinários parâmetros de legalidade do caso em análise, *rectius* objeto da demanda processual, tudo de forma a consolidar uma plêiade de determinações jurídicas consentâneas com a regularidade da decisão a ser exarada pelo Poder Público.

103 Nesse sentido, tem-se o seguinte excerto de julgado STF:

“A imposição de restrições de ordem jurídica, pelo Estado, quer se concretize na esfera judicial, quer se realize no âmbito estritamente administrativo, supõe, para legitimar-se constitucionalmente, o efetivo respeito, pelo Poder Público, da garantia indisponível do ‘due process of law’, assegurada, pela Constituição da República (art. 5º, LIV), à generalidade das pessoas, inclusive às próprias pessoas jurídicas de direito público, eis que o Estado, em tema de limitação ou supressão de direitos, não pode exercer a sua autoridade de maneira abusiva e arbitrária”. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ACO 1576 Ref-TA, Relator: Ministro CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 23/06/2010, DJe-154, Divulg. 19-08-2010, Public. 20-08-2010, Ement. Vol. 02411-01, p. 00036. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 21 ago 2010)

Assim, o núcleo essencial do princípio se vincula ao atendimento da ordem legal processual, bem como as disposições de caráter bifronte, *rectius* material e formal, fazendo com que sejam salvaguardados os interesses, - bens e direitos -, dos administrados em eventual controvérsia com o Poder Público.

Por certo, o silêncio administrativo qualificado, quando admitido pela ordem jurídica, não ofende o princípio do devido processo legal, já que abre as vias processuais ou materiais pertinentes ao processo administrativo; contudo, a sua concreção deve respeitar os rígidos parâmetros legais definidos para a sua ocorrência, senão ele não passará de uma manifesta afronta aos cânones processuais da nossa ordem constitucional. Quer dizer, representa uma refinada forma de ilegalidade, pois a inatividade formal da Administração Pública faz sucumbir qualquer ideário protetivo das disposições do art. 5º, inciso LIV, da Carta Política brasileira.

Mas cumpre frisar o seguinte: a garantia do devido processo legal não impõe uma atuação administrativa vinculada à diligência do administrado; isto é, observadas as fórmulas legais, a ausência de manifestação ou interesse do particular não pode constituir um empeco ao ordinário desempenho da atividade administrativa, mesmo quando esta venha apenas a piorar a situação do administrado<sup>104</sup>.

## 6.5 A AMPLA DEFESA E O CONTRADITÓRIO

A garantia da ampla defesa e do contraditório representa a mais nítida consolidação de um Estado Democrático de Direito, pois, do ponto de vista processual, e sem nenhum exagero, a observância de tais garantias constitui uma capital exigência para a condução regular da atividade decisória do Estado, haja vista que sem a

104 É o que se pode ser observado da seguinte ementa de julgado do STF:

“EMENTA: SERVIDOR PÚBLICO. Militar. Anulação de anistia política. Procedimento administrativo. Cerceamento de defesa. Não ocorrência. Interessado que, notificado, não apresentou defesa oportuna. Segurança denegada. Recurso ordinário não conhecido. Improvimento ao agravo. Inteligência do art. 5º, LIV e LV, da CF. Não há ofensa à garantia do contraditório e da ampla defesa, inerente ao devido processo legal, quando, em procedimento administrativo, o interessado, notificado, deixa, sem justa causa, de apresentar defesa no prazo legal”. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, RMS 26027 AgR, Relator: Ministro CEZAR PELUSO, Segunda Turma, julgado em 02/06/2009, DJe-148 Divulg. 06-08-2009 PUBLIC 07-08-2009, Ement., Vol. 02368-02 pp 00379. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 18 abr. 2010)

possibilidade de uma defesa efetiva, o que inclui o contraditório<sup>105-106</sup>, a atividade processual não passa de um emaranhado de fórmulas e procedimentos<sup>107</sup> sem qualquer caráter protetivo, e pode se concretizar em vexado expediente de injustiças.

Primeiramente, impende esclarecer que a ampla defesa encontra-se relacionada aos instrumentos ou meios processuais pelos quais o administrado pode alcançar a sua pretensão em face do Estado ou até mesmo de outro administrado. Entende-se, aqui, a ampla defesa como amplitude ou extensão de meios ou instrumentos processuais em face das fórmulas legais existentes.

Contudo, não se quer pregar o equivocado entendimento de que a ampla defesa só existe nos processos de cognição exauriente, mas, tão-somente, gizar que: sendo a defesa ampla, e se os trâmites processuais permitem, ou melhor, devem permitir, o administrado não pode ser obstaculizado na promoção dos levantes processuais legalmente previstos e legitimamente aceitáveis.

Então, o princípio da ampla defesa possui um sentido muito claro: na relação entre a Administração Pública e os administrados, aquela deve prescrever todas as vigas processuais para uma efetiva defesa das partes, bem como deve se abster de causar qualquer empeco na utilização dos expedientes processuais disponíveis; estes podem fazer uso, e exigirem o seu processamento, dos instrumentos viáveis em face da ordem jurídica vigente, bem como devem agir com lealdade processual, tudo de forma a evitar o exercício abusivo, *rectius* protelatório, dos recursos e demais expedientes processuais.

<sup>105</sup> CARVALHO FILHO, 2005, p. 57.

<sup>106</sup> Em sentido diverso, tem-se a seguinte passagem (CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 61.):

“No Brasil, o contraditório na instrução criminal vinha tradicionalmente erigido em expressa garantia constitucional, sendo deduzido da própria Constituição, indiretamente embora, para o processo civil. Idêntica postura era adotada quanto à garantia da ampla defesa, que o contraditório possibilita e que com este mantém íntima ligação [...]”.

<sup>107</sup> Sobre procedimento, seguem as seguintes considerações de renomado processualista italiano (FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*. Padova: Cedam, p. 60, 1992):

“[...] procedimento se coglie quando ci si trova de fronti ad una serie di norme ciascuna delle quali regola una determinata condotta (qualificandola come lecita o doverosa), ma enuncia come presupposto della propria incidenza el compimento di un'attività regolata da altra norma della serie, e così via fino a la norma regolatrice de un atto finale”.

Sob esse prisma, não há negar, a ampla defesa já contempla o próprio contraditório, uma vez que a faculdade de uso dos meios e instrumentos processuais faz operar a possibilidade do contraditório; isto é, de se contrapor aos fatos mencionados pela Administração Pública; de contra-argumentar as fundamentações apresentadas por terceiros ou pela autoridade; de exigir explicações quanto às decisões tomadas no curso do processo; de apresentar provas ou promover o requerimento delas etc.

Por sua vez, o princípio do contraditório consiste, grosso modo, na observância do seguinte binômio: (a) informação necessária; e (b) participação eventual. A informação é necessária porque o administrado é obrigado a prestar, observados os limites materiais e pessoais em cada caso, o que inclui o sigilo profissional e a escusa de consciência, todos os dados disponíveis para a formação da decisão administrativa, tudo em beneplácito ao princípio da verdade material; e a participação é eventual porque o administrado, quando instado a se manifestar nos autos, consoante a sua lógica processual ou mesmo o exercício do direito ao silêncio, pode preferir simplesmente manter-se calado ou inerte.

O princípio do contraditório possui uma importante perspectiva a ser destacada: como o administrado consagra, *não raras vezes*, interesses distintos da Administração Pública, seria de todo inconsequente que a condução do processo fosse promovida sem uma possível intervenção instrutória do administrado, mormente nos pontos determinantes da demanda administrativa, o que poderia fomentar desvios por parte do Poder Público<sup>108</sup>.

Ademais, em continuidade ao acima mencionado, o princípio do contraditório acaba por possibilitar um controle da atuação administrativa, na medida em que os procedimentos serão devidamente *vigiados* pelos administrados, de forma que eles poderão aferir não só a defesa ou o *desempenho* do seu direito, mas também a regularidade dos procedimentos adotados para a consecução da própria atividade decisória do Estado.

<sup>108</sup> Nessa mesma ótica, transcreve-se uma ligeira e precisa exposição doutrinária (MEDAUAR, ob. cit., p. 103, 2008): “A idéia de contraditório em procedimentos administrativos ganha terreno também à medida em que a atenção se volta para a relação Administração-administrados e que se buscam meios para circunscrever a atuação administrativa dentro de parâmetros, com o fim de refrear abusos”.

Por tudo isso, tem-se que o princípio constitui uma ferramenta para promoção da transparência na atividade administrativa, pois os procedimentos adotados pela estatalidade passarão pelo crivo dos administrados, seja para a defesa de interesses individuais, seja para a promoção de medidas de cunho coletivo, de acordo com as vias possíveis de participação administrativa numa Administração Pública democrática ou pretensamente democrática.

Tendo em vista o sentido e o alcance dos princípios em cotejos, dessume-se que não há como admitir a inatividade formal da Administração Pública, *v. g.* art. 3º, incisos III e IV, da Lei nº 9.784/99, sem ofensa efetiva à ordem jurídica, haja vista que a inércia na concessão de prazos, com as respectivas intimações, que permitam o uso dos meios e instrumentos processuais por parte dos administrados num processo administrativo, configura um desatado atentado aos princípios da ampla defesa e do contraditório.

Em outras palavras, as garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório seriam feridas de morte se a Administração Pública pudesse se manter inerte quanto ao seu dever de cumprir e fazer cumprir as fórmulas processuais que possibilite uma efetiva defesa dos administrados; logo, a toda lógica, tal inatividade constituiria uma verdadeira contraposição aos comandos constitucionais, de maneira que, em assim agindo, restaria afrontada não apenas a ordem legal, mas também a constitucional.

## 6.6 A RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO

A atuação do Estado deve ser permeada num prazo razoável, conforme a natureza da atividade desenvolvida.

Todo processo, seja judicial, legislativo ou administrativo, tende a uma finalidade, daí o seu caráter instrumental, que deve ser alcançada num prazo aceitável, de maneira a não frustrar o fim a que ele se destina. Nada mais elementar.

Agora, o intervalo entre o seu início e o seu término, *rectius* a sua duração, sempre foi cercado de diversas considerações, mormente porque a atividade decisória, como de resto toda a atuação estatal, quando tarda, acaba por inviabilizar o cumprimento das pautas constitucionais ou, o que é pior, e não raro acontece, por resultar no cumprimento irregular, e se revelar, algumas vezes, mais gravoso que o próprio silêncio da Administração Pública.

A Carta Fundamental, desde a sua origem, se preocupou com uma duração aceitável ou regular dos processos, sejam judiciais ou administrativos, pois, ao salvaguardar o devido processo legal, impôs a observância dos trâmites e fórmulas legais que, por sua vez, sempre estabelecem os parâmetros temporais para consecução dos atos processuais.

Com a *reforma* do Poder Judiciário, felizmente, a questão ganhou um novo fôlego, pois ela instituiu expressamente uma nova garantia, através da Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004, qual seja, de que o Poder Público deve assegurar “a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”, *ex vi* art. 5º, inciso LXXVIII, CF/88.

Renomada administrativista pátria chega, expressamente, a mencionar a regulação do silêncio (administrativo) como mecanismo para concretizar a observância do princípio-garantia constitucional em cotejo, nestes termos<sup>109</sup>:

Alguns mecanismos para concretizar o princípio podem ser aventados: exigência de cumprimento de prazos fixados, para particulares e agentes públicos, com previsão de consequência pelo desrespeito; fixação de efeitos da inércia ou silêncio; perda, para a Administração, da possibilidade de atuar, após o decurso do prazo para decidir.

A temática possui uma enorme relevância na seara administrativa, pois processos administrativos céleres consolidam uma relação mais *tranquila* entre administrados e Administração Pública, bem como faz diminuir o número de demandas judiciais, uma vez que pontos conflitantes associados ao fator tempo reduzirão ou deixarão de existirem.

Não é difícil perceber os benefícios que a celeridade processual acarreta para a resolução de um conflito e, por conseguinte, para a satisfação das partes envolvidas no processo, bem como para terceiros não diretamente relacionados com processo administrativo ou judicial, como bem revela o trecho a seguir<sup>110</sup>:

A sociedade, ou aqueles que não participam do processo como partes, igualmente tem o direito de ver os processos desenvolvidos

109 MEDAUAR, 2008, p. 175.

110 MARINONI, Luiz Guilherme. Direito fundamental à duração razoável do processo. *Revista Interesse Público*. Belo Horizonte: Fórum, ano 10, n. 51, p. 42-60, p. 43 set./out. de 2008.

em tempo razoável. Pense-se, nesta perspectiva, em primeiro lugar nas ações voltadas à tutela da coisa pública (ação popular) e à tutela dos direitos transindividuais (ação coletiva ou ação civil pública), e depois nas ações de improbidade e nos processos penal e eleitoral.

Contudo, a rapidez deve caminhar de braços dados com a segurança jurídica; isto é, não basta que os processos sejam céleres, impõe-se sempre uma possível e ponderável *certeza* sobre os julgados e, se ainda for possível, com uma manifesta *justiça administrativa*.

Mas se o processo for demorado? Quer dizer, e se a inatividade formal da Administração imperar?

Nesse ponto, entra em cena a seguinte temática: o que seja duração razoável do processo? Trata-se de uma questão tormentosa, e eminentemente casuística, porque:

- (a) não se deve reprimir a demora decorrente da falta de diligência dos administrados;
- (b) a complexidade da matéria a ser tratada constitui um motivo fundado para uma análise mais demorada dos petitórios, o que pode implicar a prorrogação de prazo, bem como uma conclusão fora dos ordinários parâmetros temporais de cumprimento; e
- (c) eventos externos ao domínio decisório ou de atuação da Administração Pública, que interfiram na condução do processo, podem ser justificadores de uma atuação menos célere da Administração Pública, pois tais eventos ocorrem sem qualquer intervenção do Poder Público.

Por outro lado, não representa motivo justificável para a demora na conclusão do processo, tendo em vista as exigências constitucionais vigentes:

- (a) a insuficiência de recursos humanos, ou mesmo preparo técnico deles, para levar a cabo as demandas administrativas; e
- (b) a má estruturação dos órgãos para cumprir as atividades impostas pela Carta Política e, também, por normas infraconstitucionais. Admitir tais argumentos para eventual demora na conclusão

do processo, por certo, constitui um desestímulo para que o Estado provenha seus órgãos administrativos de estrutura adequada e de quadro de servidores suficientes para a demanda administrativa existente.

Assim sendo, num processo que inexista (a) ausência de atividade processual, quer dizer, longas datas sem qualquer movimentação nos autos sem motivos justificáveis; e (b) expedientes protelatórios ou meramente desnecessários; por evidente, tende a uma duração razoável, na medida em que os seus procedimentos são tomados consoantes às determinações temporais estabelecidas em lei ou demais veículos normativos.

Quanto aos meios que garantam a celeridade da tramitação processual, que constitui um pressuposto lógico para a consecução de um processo num prazo razoável, tem-se que a Administração Pública deve promover meios expeditos para a condução dos expedientes administrativos, de sorte a imprimir racionalidade e segurança no trâmite dos documentos que são carreados aos autos, bem como fazer uso de procedimentos que não se revelem inócuos ou despendiosos em face dos objetivos a serem perseguidos para a resolução ou conclusão do processo administrativo.

Não obstante tais considerações, persistindo a inatividade formal da Administração Pública, sem qualquer justificativa plausível, a boa doutrina pugna pela adoção das vias judiciais, inclusive com a possibilidade de reparação por danos morais e materiais<sup>111</sup>.

Ainda que não seja uma pauta de estudos deste trabalho, impende mencionar que a reparação, *in casu*, decorre de danos advindos da ausência de manifestação do Poder Público, portanto, por omissão, de forma que a responsabilidade é de natureza subjetiva<sup>112</sup>, haja vista a doutrina abalizada de Bandeira de Mello<sup>113</sup>.

111 ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. Duração razoável dos processos judiciais e administrativos. *Revista Interesse Público*, Porto Alegre, ano 8, nº 39, p. 73-80, p. 77, set./out. de 2006.

112 Em sentido contrário, têm-se as seguintes considerações (SILVA, Augusto Vinícius Fonseca e. A responsabilidade objetiva do Estado por omissão. *Revista CEJ. Brasília*, nº 25, p. 5-11, p. 10, abr./jun. de 2004): “Se se exige a demonstração de culpa para a configuração da responsabilidade estatal por atos omissivos, como quer o insigne Celso Antônio Bandeira de Mello, *data venia*, restaura-se a situação de desigualdade da vítima/usuário do serviço público danoso, além de constituir a exigência verdadeiro retrocesso na escala evolutiva da responsabilidade civil estatal. A conquista da responsabilidade objetiva do Estado, quer por atos comissivos, quer por atos omissivos, não pode ser deixada de lado. A vulnerabilidade da parte mais fraca é reconhecimento da cidadania e concretizante do princípio da igualdade material”.

113 BANDEIRA DE MELLO, 2007, p. 977.

Por fim, deve-se salientar que o “direito fundamental à duração razoável do processo não representou uma constitucionalização dos prazos processuais”<sup>114</sup>, o que impede a consistência numa interpretação no sentido de que não cumprimento dos prazos, por si só, gera uma afronta direta à Carta Fundamental; contudo, não se pode negar a possibilidade de responsabilização em decorrência de danos ocasionados por conta da demora do dever de decidir do Poder Público.

## 7 CONCLUSÃO

Considerando o disposto nas linhas acima, pode-se concluir que:

- (a) a atividade administrativa deve se pautar pelos princípios constitucionais e infraconstitucionais pertinentes à Administração Pública, de modo a contemplar, no caso concreto, situações em que ocorra a prevalência deles em face de atos normativos legais ou meramente regulamentares em dissonância com a Carta Fundamental de 1988;
- (b) o cumprimento dos princípios, tidos como indispensáveis à regular atuação da Administração Pública, não é alcançado, tão-somente, com a mera alusão aos seus permeios constitucionais, infraconstitucionais ou sistêmicos, mas com a precisa definição do seu conteúdo no caso concreto e, por fim, com o necessário enfrentamento da norma aplicável em face das determinações impostas pela ordem jurídica;
- (c) o silêncio administrativo qualificado, positivo e negativo, mesmo que não seja desejável, já que ainda constitui uma forma refinada de ilegalidade, pois a Administração Pública não cumpre no prazo legal o que determina a ordem jurídica, representa uma via anômala de superação da inatividade formal do Poder Público. Por outro lado, o silêncio administrativo inominado, por não apresentar qualquer efeito processual ou material em face da inércia da Administração Pública, fere de morte os princípios do Regime Jurídico Administrativo (RJA), revelando-se uma perniciosa não atuação do Poder Público, o que pode ensejar, inclusive, demandas judiciais reparatórias por parte do administrado, bem como repressão a eventuais servidores envolvidos com a inatividade formal do Estado; e

<sup>114</sup> ROCHA, 2006, p. 78.

- (d) as garantias processuais assentadas na Carta Política, bem como as decantadas pela legislação infraconstitucional, impõe o dever de a Administração Pública decidir os petitórios no prazo legal, bem como de promover os expedientes processuais ou procedimentais necessários à efetiva constituição dos direitos dos administrados ou, conforme o caso, à efetiva defesa dos particulares em face da atuação sancionadora ou ordenadora do Estado.

## REFERÊNCIAS

- AARNIO, Aulis. *Lo racional como razonable*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- ALESSI, Renato. *Principi di Diritto Amministrativo*. v. I 3. ed. Milano: Giuffrè, 1974.
- ALEXY, Robert. Direitos Fundamentais, Balanceamento e Racionalidade. Trad. Menelick de Carvalho Netto. *Ratio Juris*. Vol. 16, nº 2, p. 131-140, jun. 2003.
- \_\_\_\_\_. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- \_\_\_\_\_. Fundamentação jurídica, sistema e coerência. *Revista de Direito Privado*. São Paulo, v. 25, p. 297-311, jan-mar de 2006.
- ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. *Motivação e controle do ato administrativo*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- ÁVILA, Humberto Bergmann. Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo: Malheiros, nº 24, p. 159-180, 1998.
- \_\_\_\_\_. *Teoria dos Princípios*. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Constitucional*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BOVERO, Michelangelo. Derechos, deberes, garantías. In CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro. *Garantismo. Estudios sobre o pensamento jurídico de Luigi Ferrajoli*. Madrid: Editorial Trotta e UNAM, p. 233-244, 2005.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; e MENDES, Gilmar. *Hermenêutica Jurídica e Direitos Fundamentais*. Brasília-DF: Brasília Jurídica, 2000.

BUENO, Cassio Scarpinella. Os recursos nas leis de processo administrativo federal e paulista: uma primeira aproximação. In SUNDFELD, Carlos Ari; MUÑOZ, Guilherme Andrés (Coords.). *As leis de processo administrativo* (Lei Federal 9.784/99 e Lei Paulista 10.177/98), 1 ed. 2. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 14. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

\_\_\_\_\_. *Processo Administrativo Federal*. Comentários à Lei nº 9.784 de 29/1/1999, 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar; e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica Jurídica e Direitos Fundamentais*. Brasília-DF: Brasília Jurídica, 2000.

COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: um análise metateórico. In CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, p. 75-98, 2005.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Prática do Processo Administrativo*. 6. ed. São Paulo: RT, 2007.

DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio. *Processo Administrativo*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

DERRIDA, JACQUES. Fuerza de ley: el “fundamento místico de la autoridad”. *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. nº 11, p. 129-191, 1992.

DINAMARCO, Cândido Rangel; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; e GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria Geral do Processo*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

DI PRIETO, Maria Sylvia Zanella. Discricionariedade técnica e discricionariedade administrativa. In FIGUEIREDO, Marcelo; PONTES FILHO, Valmir (Orgs.). *Estudos de Direito Público em homenagem a Celso Antônio Bandeira de Mello*. São Paulo: Malheiros, 2006.

ENTERRÍA, Eduardo García de. El principio de protección de la confianza legítima como supuesto título justificativo de la responsabilidad patrimonial del Estado Legislador. *Revista de Administración Pública (RAP)*. nº159, p. 173-206, Septiembre-diciembre, 2002.

FARIA, Adriana Ancona de. Silêncio Administrativo. 2002. 176f. Dissertação (Mestrado). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). São Paulo: 2002.

FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*. Padova: Cedam, 1992.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón*. Teoria del garantismo penal. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez *et alii*. Madrid: Trotta, 1995.

FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. *Processo Administrativo*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

\_\_\_\_\_. O princípio constitucional da moralidade e o novo controle das relações de administração. *Revista Interesse Público - IP*. Belo Horizonte, n. 51, ano 10, p. 13-41, set/out de 2008.

\_\_\_\_\_. *Discricionariedade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009b.

GARCIA, Emerson. A moralidade administrativa e sua densificação. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, ano 11, n. 43, p. 110-137, abr./jun. 2003.

\_\_\_\_\_. O Ministério Público e a Defesa do Princípio da Impessoalidade. *Revista dos Tribunais*, vol. 799, p. 145-157, maio 2002.

GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Princípio da proporcionalidade e teoria do direito. In GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Direito Constitucional. Estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2003.

GUERRERO, Omar. *Del Estado Gerencial al Estado Cívico*. México- DF: UNEM, 1999.

GÜNTHER, Klaus. Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica. Trad. Juan Carlos Velasco Arroyo. *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº 17-18, p. 271-302, 1995.

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

\_\_\_\_\_. Constitución y Derecho Constitucional. In BENDA; HEYDE; HESSE; MAIHOFER; VOGEL. *Manual de Derecho Constitucional*. Trad. Antonio López Pina. 2 ed. Madrid: Marcial Pons, 2001 .

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

LASSALLE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. Prefácio de Aurélio Wander Bastos. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

MARINONI, Luiz Guilherme. Direito fundamental à duração razoável do processo. *Revista Interesse Público*. Belo Horizonte: Fórum, ano 10, n. 51, p. 42-60, set./out. de 2008.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Princípios do Processo Administrativo. *Fórum Administrativo - Direito Público - FA*. Belo Horizonte, ano 4, n. 37, p. 3.505-3.512, mar. 2004.

MEDAUAR, Odete. *A processualidade no Direito Administrativo*. 2 ed. São Paulo: RT, 2008.

MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica Jurídica e Direitos Fundamentais*. Brasília-DF: Brasília Jurídica, 2000.

MENDONÇA, Maria Lírida Calou de Araújo e. A teoria dos órgãos públicos e o § 8º do artigo 37 da Constituição Federal. *Revista Pensar*, Fortaleza, v. 9, n. 9, p. 97-104, fev. 2004.

MORA, José Ferrater. *Diccionario de Filosofía*. 5 ed. Buenos Aires: Sudamericana, 1964a. Tomo I

\_\_\_\_\_. *Diccionario de Filosofía*. 5 ed. Buenos Aires: Sudamericana, 1964b. Tomo II

MORAIS, Dalton Santos. Os custos da atividade administrativa e o princípio da eficiência. *Revista dos Tribunais*, vol. 837, p. 79-108, julho 2005.

MOREIRA, Egon Bockmann. O direito à prova no processo administrativo. *Fórum Administrativo - Direito Público - FA*. Belo Horizonte, ano 4, n. 39, p. 3.793-3.803, maio 2004.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Quatro paradigmas do Direito Administrativo pós-moderno. Legalidade. Finalidade. Eficiência. Resultados*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Administração Pública e o Princípio Constitucional da Eficiência. *Boletim de Direito Administrativo (BDA)*, ano XX, p. 38-59, Jan. 2006.

OLIVARES, José Miguel Valdivia. Teoría del Órgano y Responsabilidad Pública en la Ley de Bases de la Administración del Estado. *Revista de Derecho*. Vol. XIX, nº 2, p. 133-159, Diciembre 2006.

RIBEIRO LIMA, Raimundo Márcio. Direitos Fundamentais e os Princípios do Processo Administrativo Federal. *Boletim de Direito Administrativo (BDA)*. Ano XXIV, p. 1.028-1.046, Set. 2009.

\_\_\_\_\_. O princípio da proibição da *reformatio in pejus* e os princípios do regime jurídico-administrativo: uma improvável conciliação! *Boletim de Direito Administrativo (BDA)*. Ano XXV, nº 6, p. 683-704, jun. 2010.

ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. Duração razoável dos processos judiciais e administrativos. *Revista Interesse Público*. Porto Alegre, ano 8, nº 39, p. 73-80, set./out. de 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais, a reforma do judiciário e os tratados internacionais de direitos humanos: notas em torno dos §§ 2º e 3º do art. 5º da Constituição de 1988. *Revista de Direito do Estado*. Rio de Janeiro, ano 1, nº 1, p. 59-88, jan/mar 2006.

SILVA, Augusto Vinícius Fonseca e. A responsabilidade objetiva do Estado por omissão. *Revista CEJ*. Brasília, nº 25, p. 5-11, abr./jun. de 2004.

SILVA, Almiro do Couto e. O princípio da segurança jurídica (Proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da Administração Pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei do Processo Administrativo da União (Lei nº 9.784/99). *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 2, nº 6, p. 07-58, jul/set de 2004.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.