



**UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA**  
**FACULDADE DE DIREITO**

**ANDRÉ BRAGA BEZERRA BARCELLOS CAFÉ**

Da aplicabilidade do princípio da *non reformatio in pejus* ao processo administrativo

Brasília

2025

**ANDRÉ BRAGA BEZERRA BARCELLOS CAFÉ**

**DA APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA *NON REFORMATIO IN PEJUS*  
AO PROCESSO ADMINISTRATIVO**

Monografia apresentada à banca examinadora, na Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Tarcisio Vieira de Carvalho Neto.

Brasília

2025

## FICHA CATALOGRÁFICA

### CIP - Catalogação na Publicação

BC129da Braga Bezerra Barcellos Café, André.  
Da aplicabilidade do princípio da non reformatio in pejus  
ao processo administrativo. / André Braga Bezerra Barcellos  
Café;

Orientador: Tarcisio Vieira de Carvalho Neto. -- Brasília,  
2025.  
105 f.

Monografia (Graduação - Direito) -- Universidade de  
Brasília, 2025.

1. Direito Administrativo. 2. Processo Administrativo. 3.  
Reformatio in pejus. 4. Procedimentalismo. 5. Controle da  
Administração Pública. I. Vieira de Carvalho Neto, Tarcisio,  
orient. II. Título.

### REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA:

CAFÉ, André Braga Bezerra Barcellos. **Da aplicabilidade do princípio da *non reformatio in pejus* no processo administrativo.** 2025. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2025.

**ANDRÉ BRAGA BEZERRA BARCELLOS CAFÉ**

**DA APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA *NON REFORMATIO IN PEJUS* NO  
PROCESSO ADMINISTRATIVO.**

Monografia apresentada à banca examinadora na Faculdade de Direito da Universidade de Brasília,  
como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Examinada em 7 de fevereiro de 2025

Pela banca,

---

Prof. Dr. Tarcisio Vieira de Carvalho Neto  
Orientador – Universidade de Brasília (UnB)

---

Prof. Dr. Humberto Jacques de Medeiros  
Examinador – Universidade de Brasília (UnB)

---

Prof. Dr. Luiz Alberto Gurgel de Faria  
Examinador – Universidade de Brasília (UnB)

Brasília/DF, 07 de fevereiro de 2025.

*À Imaculada.*

## AGRADECIMENTOS

À pequenez e à insignificância do autor deste trabalho contrapõem-se a grandiosidade e o número das pessoas que o alegram, sustentam-no e vivificam-no. Sem cada uma delas, nada seria ele senão um meditado áspero. É a todas estas pessoas a quem devo não apenas as linhas aqui vertidas, mas toda minha trajetória universitária e de vida. Por isto, peço licença para despejar uma profusão de agradecimentos para aqueles que dão à vida a cor que tem.

À Santíssima Trindade, pelas mãos da Imaculada e dos santos intercessores.

A Ricardo, meu pai, e a Cibele, minha mãe, por me terem gerado e por me darem a alegria de existir, todos os dias.

À minha pequena Ester, cuja alegria, graciosidade e amor são a mais bela demonstração da Graça divina.

À minha avó Maria Helena Café e à memória de meu avô Adelmo Café, que muito me incutiram o amor pelas letras. À minha avó Francisca Emilta, de saudosa memória, que mais me ensinou sobre dignidade, diligência e amor às pequenas coisas da vida. A meus tios e primos pela alegria da convivência.

Dentre aqueles que a vida me presenteou, agradeço, sobretudo,

A Tarcisio Vieira de Carvalho Neto que, mais que mentor e professor, é o mais visível exemplo de generosidade que conheci.

A Eduardo Vieira de Carvalho, pelas alegrias cotidianas no escritório e pelo constante exemplo de dedicação ao trabalho e à família.

A José Henrique Lavocat Galvão e a Luiz Fernando Matias, pelo companheirismo cotidiano e pela ajuda constante que me deram ao longo de toda minha jornada universitária.

A todos os colegas e amigos de escritório.

Entre os amigos, que colorem e temperam a vida, agradeço em especial,

A Luiz Eduardo Seixas e a Gabriel Rodrigues Teixeira, que, companheiros de longa data, dividiram comigo o valioso tempo de faculdade.

A Leonardo Muhammad, Enzo Novacki, Victor Nunes Torres, Vítor Martins e a Eduardo Gallotti, meus valorosos amigos do cotidiano universitário. A Josemaría Portella e Maria Eduarda Lemos, pelo companheirismo que nunca me faltaram.

A Mariana Piva Dourado, minha mais querida amiga de longuíssima data.

A meus companheiros de jornada de longa data: César Britto, Rafael Azeredo, Lucas Zoser, Lucas Amaral, João Vitor Mello, Felipe Loureiro, Gustavo Nascimento, Marco Fontanive, Renan Delgado, João Paulo Cruvinel, Murilo Borges, José Vítor, em quem saúdo a todos os demais amigos de longa data.

A todos os meus amigos da vida e da fé, e à partilha, que rumamos, juntos, até a plenitude na pátria definitiva, para vivermos o dia sem ocaso.

## RESUMO

Esta monografia empreende uma pesquisa acerca da aplicabilidade do princípio da *non reformatio in pejus* no processo administrativo brasileiro e, especificamente, busca entender é o tratamento dispensado ao assunto na Lei 9.784/1999 (Lei Geral do Processo Administrativo federal), à luz da Constituição da República de 1988 – e inclui, portanto, uma interpretação crítica dos dispositivos daquela lei. Adota-se, como linhas mestras de organização do raciocínio, uma estrutura em três capítulos. O primeiro deles lança-se sobre o estatuto de que detém o processo administrativo na constelação maior do direito processual contemporâneo, buscando situá-lo no contexto da teoria geral do processo. A segunda parte explora os pormenores do processo administrativo em relação ao panorama maior do Direito Administrativo em si, sobretudo no âmbito das revisitações teóricas pelas quais repassam seus conceitos. Abordam-se, pois, o desenvolvimento do raciocínio processual administrativo, o papel do processo administrativo no quadro da relação entre particulares e a Administração e os aspectos formais que lhe é conferido pela legislação vigente. Finalmente, o terceiro capítulo deita-se sobre o tema concreto da *reformatio in pejus* e explora, especificamente, as teorias preponderantes sobre a sua (in)admissibilidade no processo administrativo geral. Lançando sobre elas um viés crítico, pretende-se oferecer um contributo adicional à interpretação da Lei 9.784/99 à luz da Constituição de 1988.

Palavras-chave: processo administrativo, teoria geral do processo, recursos, *reformatio in pejus*, procedimentalismo, interesse público.

## ABSTRACT

This monograph investigates the applicability of the principle of *non reformatio in pejus* in Brazilian administrative procedure. Specifically, it aims to examine how this principle is treated under Federal Law no. 9.784/1999 (Federal Administrative Procedure Act) in light of the Brazilian Constitution of 1988 – and thus includes a critical analysis of the relevant provisions of that law. The monograph is structured into three chapters to provide a clear framework for the discussion. The first chapter sheds light onto the current status of the administrative procedure within the broader scope of procedural law, situating it within in the general theory of procedure. The second chapter delves into the specifics of the administrative procedure in relation to the remnant fields of Administrative Law itself, particularly considering the theoretical revisions that have shaped its key concepts. It addresses the development of administrative procedural reasoning, the role of administrative procedure in the interactions between the Administrative State and individuals, and its current formal aspects as established by current legislation. Finally, the third chapter focuses on the theme of *reformation in pejus* itself and explores, specifically, the main theories regarding its (in)admissibility in the general administrative procedures. Shedding upon them a critical lens, it aspires contribute to the constitutional interpretation of the Federal Administrative Procedure Act.

Keywords: administrative procedure, general theory of procedure, appeals, *reformation in pejus*, proceduralism, public interest.

## LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

APA – *Administrative Procedure Act*, 1946

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

art. – artigo

cf. – conferir

CPC – Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015)

CRFB, CF/88 – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

Des. – Desembargador

DJ(e) – Diário de Justiça (Eletrônico)

ed. – edição

e.g. – *exempli gratia*

i.e. – isto é

lit. – literalmente

LINDB – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei 4.657/42)

Min. – Ministro

MS – Mandado de Segurança

RDA – Revista de Direito Administrativo

reimp. – reimpressão

Rel. – Relator

REsp – Recurso Especial

rev. – revista

RIL – Revista de Informação Legislativa

ss. – seguintes

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

SV – Súmula Vinculante

TRF (-1), (-2), (-3), (-5) – Tribunal Regional Federal (da Primeira Região) (da Segunda Região) (da Terceira Região) (da Quinta Região).

v.g. – *verbi gratia*

## SUMÁRIO

I.	INTRODUÇÃO.....	12
II.	APONTAMENTOS PARA UMA TEORIA DO PROCESSO. ....	15
II.1.	A definição de processo. Teoria do processo como “teoria do processo civil”.....	17
II.2.	Uma teoria geral do processo que inclua outras formas de processo, além do processo civil. .....	24
II.3.	Princípios de Direito Processual, incluído o Processo Administrativo.....	31
II.3.1.	<i>Princípios, regras, e sua definição.</i> .....	31
II.3.2.	<i>Princípios constitucionais de direito processual.</i> .....	36
II.3.2.1.	Princípio da Legalidade .....	36
II.3.2.2.	Princípio do Contraditório .....	38
II.3.2.3.	Princípio da Ampla Defesa .....	39
II.3.2.4.	Princípio da Impessoalidade .....	42
II.3.2.5.	Princípio da Razoável Duração do Processo .....	43
II.3.2.6.	Princípio da Publicidade .....	44
II.3.2.7.	Princípio da Segurança Jurídica (e proteção à confiança legítima).....	45
II.3.2.8.	Princípio do devido processo legal .....	48
II.4.	Conclusões provisórias. ....	50
III.	ASPECTOS GERAIS DO PROCESSO ADMINISTRATIVO.....	51
III.1.	O desenvolvimento da ideia de processo administrativo. A definição contemporânea.....	51
III.2.	A processualidade no quadro da interação entre a Administração e os particulares.....	55
III.3.	O formalismo no processo administrativo.....	62
III.4.	Aspectos formais: fontes, tipologia e estrutura do processo administrativo. ....	65
III.4.1.	<i>Fontes normativas do processo administrativo</i> .....	65
III.4.2.	<i>Tipologia do processo administrativo</i> .....	67

III.4.3. <i>Estrutura do processo administrativo</i> .....	72
III.5. Conclusões provisórias .....	76
IV. A <i>REFORMATIO IN PEJUS</i> NO PROCESSO ADMINISTRATIVO .....	77
IV.1. Os recursos na teoria geral do processo e no processo administrativo. ....	77
IV.2. O princípio da <i>non reformatio in pejus</i> . ....	83
IV.3. A <i>reformatio in pejus</i> no processo administrativo entre permissão e proibição. A insuficiência dos critérios de distinção. ....	87
IV.3.1. <i>A teoria majoritária: reformatio in pejus geralmente permitida</i> . ....	87
IV.3.2. <i>A teoria minoritária: reformatio in pejus geralmente proibida</i> . ....	89
IV.3.3. <i>Algumas questões em relação a ambas as teorias</i> . ....	91
IV.4. A complementação teórica proposta .....	92
IV.4.1. <i>A proibição da reformatio in pejus decorre da proteção à confiança legítima</i> . ....	92
IV.4.2. <i>A proibição da reformatio in pejus favorece o interesse público</i> . ....	95
V. CONCLUSÕES .....	98
REFERÊNCIAS .....	100

*A Esfinge, com seus enigmas, obrigou-nos a deixar de lado os fatos incertos, para só pensar no que tínhamos diante de nós.*

Prólogo, linhas 132-133, de *Édipo Rei*, Sófocles

*Observo ainda as opressões todas que se cometem debaixo do sol: aí estão as lágrimas dos oprimidos, e não há quem os console; a força do lado dos opressores, e não há quem os console. Observo também que todo trabalho e todo êxito se realiza porque há uma competição entre companheiros. Isso também é vaidade e correr atrás do vento!*

Eclesiastes 4, 1.4

## I. INTRODUÇÃO

“A teoria do direito administrativo brasileiro sempre me pareceu inconsistente, do ponto de vista lógico-conceitual, autoritária, do ponto de vista político-jurídico, e ineficiente, de um ponto de vista pragmático.”<sup>1</sup> Com essas palavras, esculpidas no livro produto de sua tese de doutoramento, Gustavo Binjenbojm descreve o desconforto que lhe atingia ao contemplar, próximo à virada do século, o estado da doutrina administrativista brasileira. Este sentimento de *malaise* não lhe era peculiar: com efeito, na virada do século, o Direito Administrativo brasileiro – ou ao menos parte de sua doutrina – parece ter sido acometida de uma impressão de crise de legitimidade.

As razões desta apontada crise – que, não obstante, nem sempre foi sentida em outras correntes da teoria – coincidem com as transformações profundas que sofreu o Estado brasileiro a partir de 1988: a renovação de um grande impulso constitucional, que cimentou o fim do período de repressão instalado em 1964, é, sem dúvidas, a principal delas. Os novos mandamentos constitucionais, ricos em uma profunda carga não apenas normativa, mas também axiológica, com pretensão de supremacia generalizada pelo ordenamento, impuseram ao Estado Administrativo um ímpeto de transformação em relação à realidade anterior. Mas a Constituição de 1988 não foi o único vetor de transformação. A ordem econômica constitucional sofreu alterações sensíveis ao longo dos anos 1990, com o ocaso do modelo empresarial, então transmutado em estado regulador, estruturado não sobre empresas estatais, mas sobre agências administrativas<sup>2</sup>. A privatização tornou-se um elemento novo. E, evidentemente, a dinamização e complexificação do próprio tecido social impõem a todo o Estado novos desafios, que se irradiam para a Administração.

À detecção dos problemas se seguiram algumas propostas metodológicas sobre este “*novo Estado*”. Destaca-se entre elas a categoria conceitual da *Processualidade Ampla*, desenvolvida sobretudo em Odete Medauar<sup>3</sup>. A processualidade ampla é tributária das novas concepções alargadas acerca da função processual – reposicionada, no âmbito da própria doutrina processualista, não mais apenas como forma pública de resolução de conflitos, inerente à função jurisdicional, mas como modo de atuação do Estado em todos os poderes<sup>4</sup> –, que se aliam às

---

<sup>1</sup> BINENBOJM, Gustavo, **Uma teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**, 3ª ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 2.

<sup>2</sup> BARROSO, Luís Roberto, Constituição, ordem econômica e agências reguladoras, **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, n. 1, fev.-abr. 2005, *passim*.

<sup>3</sup> MEDAUAR, Odete, **A Processualidade no Direito Administrativo**, 3ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2021, p. 20.

<sup>4</sup> *Ibid.*

preocupações da teoria do Direito Administrativo quanto às consequências da “*progressiva aproximação entre Administração e administrado*” – isto é, “*tornar conhecidos os modos de atuação administrativa e de propiciar ocasiões para que o cidadão se faça ouvir*” –, do derramamento de novas funções estatais no seio social, que desperta o problema da “*fixação de parâmetros para a atividade administrativa*”, e das garantias que detém o particular em face do Estado quando estabelece com ele uma relação jurídica<sup>5</sup>. A Processualidade é uma chave interpretativa para esta nova relação do Estado com o corpo social. Ao mesmo tempo, a Processualidade detém seus próprios valores e é, por si mesma, objeto de grandes desacordos doutrinários e teóricos. Em larga medida, os debates sobre a natureza dos aspectos processualizados da atuação estatal refletem disputas maiores sobre como deve ser estruturado o Direito Administrativo brasileiro em geral, equilibrando-se entre autoridade e liberdade, entre controle e flexibilidade, entre tutela do bem comum e resguardo de idiossincrasias particulares. Ao legislar, o Estado democrático deve deitar-se sobre estas controvérsias e fazer escolhas que darão conformidade à sua atuação. No âmbito da Processualidade, o produto das escolhas legislativas está gravado, no âmbito federal, na Lei 9.784, de 29 de janeiro de 1999.

A lei escolheu suas controvérsias. Dentre os muitos aspectos sobre os quais podem elas incidir estão, de modo particular, as interpretações possíveis de seus arts. 64, parágrafo único, e 65, parágrafo único: qual é a situação do particular quando, atingido por um ato administrativo de efeitos (ao menos parcialmente) desfavoráveis, pleiteia sua revisão ou reexame pela própria Administração? Pode a Administração, divisando ilegalidade ou inoportunidade no conteúdo do ato, agravar a situação do recorrente? Em suma: *é admissível a reformatio in pejus no processo administrativo?*

Se a iconoclastia e a originalidade de Binenbojm<sup>6</sup> são louváveis numa tese de doutoramento, uma monografia de conclusão de graduação sugere maior cautela no trato do seu objeto de pesquisa. Por isto, o uso intensivo de referências bibliográficas é essencial para empreender uma contemplação metodologicamente séria do problema e para o apontamento de uma possível solução. Entretanto, sempre que for necessário, não se fugirá às críticas respeitadas que se divisarem às posições com que se deparar. Tal é a essência e, em muitas vezes, o apogeu da atuação acadêmica.

---

<sup>5</sup> *Ibid*, pp. 22-23.

<sup>6</sup> Cf. a nota à quarta edição de BINENBOJM, **Uma teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**, *op. cit.*, p. 1.

A monografia está estruturada em três capítulos. No primeiro deles, exploram-se as construções teóricas do Direito Processual que permitiriam a ampliação da ideia de Processualidade ao âmbito do Direito Administrativo. Quer-se, com isto, dar ao processo administrativo um lugar na constelação do direito processual como verdadeiro *processo*, necessariamente imbuído das características que são necessárias a este nome. Para isto, a escolha metodológica foi de, deliberadamente, basear-se exclusivamente na doutrina e na teoria geral do processo. Utilizam-se ali os autores e teóricos clássicos do direito processual e, sobretudo, do direito processual civil brasileiro e estrangeiro, com particular enfoque nas concepções italianas de processo.

No segundo capítulo, enfoca-se especificamente no tema do processo administrativo em si, esquadrihando-lhe os aspectos gerais: o desenvolvimento histórico, o papel que detém na quadra da relação entre Administração e particular, aspectos peculiares desta modalidade em relação ao processo civil, e, finalmente, seus aspectos formais: tipologia, estrutura, e legislação aplicável. Este capítulo soma-se ao primeiro para dar as premissas teóricas que serão derramadas na resolução do problema, de que se ocupa o capítulo terceiro.

Neste último capítulo, cuida-se do problema da *reformatio in pejus* no processo administrativo em si mesma, fazendo-se uma definição teórica alusiva aos recursos no processo administrativo e no processo jurisdicional e ao princípio da *non reformatio in pejus*. Investiga-se, a seguir, as razões que diferenciam a sua aplicação entre um e outro regimes processuais, e as correntes doutrinárias a respeito da *reformatio in pejus* no processo administrativo. Por fim, fornece-se um breve contributo para o debate acerca do problema.

Eis a hipótese que está lançada: pergunta-se se o art. 64, parágrafo único, da Lei 9.784/99 é constitucional.

## II. APONTAMENTOS PARA UMA TEORIA DO PROCESSO.

A ninguém deverá surpreender a afirmação de que o processo, de modo específico, e o Direito Processual, de modo amplo, encontram lugar privilegiado entre os temas controvertidos do Direito contemporâneo<sup>7</sup>.

Os ruídos dos debates são generalizados em toda a doutrina processualista. Em dois pontos, no entanto, parece haver convergência entre diferentes escolas e tendências de pensamento acerca dos rumos do direito processual.

O primeiro deles encontra-se bem descrito por Ada Pellegrini Grinover na introdução de seu *Ensaio sobre a processualidade*: virtualmente todos os princípios, institutos e conceitos próprios ao Direito Processual civil passam por revisitações teóricas e doutrinárias recentes<sup>8</sup>, incluindo, mas não se limitando, às definições e contornos de conceitos tão elementares como jurisdição, tutela jurisdicional, lide, ação, e sua relação com o próprio conceito e fenômeno de processo. Uma aparente turbidez teórica acerca destes conceitos, no entanto, não deve ser identificada com uma derrocada da ideia de teoria geral do processo. Ao contrário – e aqui reiniciam-se as controvérsias doutrinárias –, o potencial destas revisitações permite aprofundar a ideia, já aventada na doutrina brasileira há cinquenta anos<sup>9</sup>, de uma teoria que abranja o fenômeno processual em sentido alargado, abrangendo não apenas o processo *civil*, mas também outros campos processuais, aí incluídos os demais processos judiciais – *v.g.*, trabalhista, penal, e *cum grano salis*, eleitoral – ou, em um avanço ainda mais ousado, mas com maior resistência na doutrina processualista civil<sup>10</sup> (e defendida com pertinácia em outros ramos autônomos, especialmente na

<sup>7</sup> Grinover, Ada Pellegrini. **Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 4.

<sup>8</sup> *Ibidem*, pp. 3-6

<sup>9</sup> Cf. Marinoni, Luiz Guilherme, Sérgio Cruz Arenhart, e Daniel Mitidiero. **Curso de Processo Civil**. 9ª ed., rev. e atual. São Paulo: Thomson Reuters/RT, 2024, p. 24. Com efeito, os aludidos autores situam na publicação da “*Teoria Geral do Processo*” de ADA PELLEGRINI GRINOVER, ANTÔNIO CARLOS DE ARAÚJO CINTRA e CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, em 1974, o marco inicial da concepção de uma teoria sistemática de processo que transborde do processo civil, abarcando todo o processo judicial. Na doutrina italiana, esta concepção de teoria geral do processo judicial é situada em CARNELUTTI e tem forte simbolismo na transformação da *Rivista di Diritto Processuale Civile* em, simplesmente, *Rivista di Diritto Processuale*. Cf., *infra*, uma abordagem mais avançada sobre o assunto.

<sup>10</sup> É a opinião de Marinoni e outros: “[...] é possível falar em *teoria geral* como *teoria transetorial*, isto é, como uma teoria encarregada de reconstruir os fundamentos e os conceitos que são comuns aos diferentes setores de um mesmo ordenamento jurídico. Essa é uma maneira apropriada de compreender o significado de uma teoria geral – que, no entanto, não nos parece adequado para viabilizar o estudo do processo. Embora a tradição possa legitimar o uso em determinados contextos da expressão teoria geral do processo para uma melhor comunicação com a comunidade acadêmica, é certo que existem *diferenças funcionais* entre o processo civil e o processo penal – isso para não falarmos

doutrina administrativista, legislativa e parlamentar)<sup>11</sup>, os processos não judiciais. Pode-se expandir o horizonte, assim, em uma teoria geral do processo aberta ao processo e aos procedimentos administrativos.

O segundo ponto de convergência entre processualistas é a revelação da constitucionalização do processo como a principal chave para estas novas arrumações teóricas do Direito Processual. Cândido Rangel Dinamarco, a propósito, observa que os principais aprimoramentos na teoria geral do processo “*t[ê]m sido trazido[s], nestas últimas décadas, pela colocação metodológica a que se denominou direito processual constitucional, consistente na ‘condensação metodológica e sistemática dos princípios constitucionais no processo’*”<sup>12</sup>. Luiz Guilherme Marinoni – proveniente de escola de pensamento muito distinta –, de igual sorte, estabelece que “[d]esde o ponto de vista da construção interpretativa do sistema jurídico, é preciso ter presente que a Constituição é seu ponto de partida”, sendo corolário necessário, portanto, “[...] que os direitos fundamentais processuais – que consubstanciam o direito ao processo justo (art. 5º, inciso LIV, CRFB) – devem pautar a reconstrução interpretativa do sistema e das suas soluções normativas.”<sup>13</sup> Trata-se, em verdade, da internalização, pela teoria geral do processo, do sobreprincípio<sup>14</sup> da supremacia da Constituição, “a primeira e decisiva expressão” do “*primado do Direito*” e do próprio Estado de Direito, nos dizeres de J. J. Gomes Canotilho<sup>15</sup>. Nesta linha, o processo deve corresponder a finalidades juridicamente estabelecidas, conformando o ato estatal (jurisdicional, administrativo, legislativo) à Constituição e, finalmente, ao Direito<sup>16</sup>. Seria esta a própria razão de ser do processo<sup>17</sup>. Assim, a noção de que os objetivos, conceitos, institutos e

---

nas diferenças entre os processos jurisdicionais e não jurisdicionais – que desautorizam sua teorização conjunta.” Cita, contudo, em sentido contrário, ELIO FAZZALARI e, entre nós, FREDDIE DIDIER JR. Cf. *Ibidem*, p. 26 (grifos no original).

<sup>11</sup> SUNDFELD, Carlos Ari, **Fundamentos de Direito Público**, 5ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 95.

<sup>12</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 16ª ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros/JusPodivm, 2022, p. 22.

<sup>13</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel, **Curso de Processo Civil**, 9ª, rev. e atual. São Paulo: Thomson Reuters/RT, 2024, p. 41.

<sup>14</sup> ÁVILA, Humberto Bergman, **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos.**, 22ª. São Paulo: Malheiros/JusPodivm, 2024, p. 157. O tema será melhor explicitado adiante.

<sup>15</sup> Canotilho, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. (20ª reimpr.). Coimbra: Edições Almedina, 2017, p. 246.

<sup>16</sup> Dinamarco, op. cit., p. 25: “[...] é preciso assegurar, inclusive a predisposição de formas adequadas, rápidas e enérgicas para o exercício da jurisdição, a prevalência normativa da vontade oriunda da mais elevada fonte do poder no Estado, ou seja, assegurar a *supremacia da Constituição*. Essa é uma premissa básica do Estado de Direito, onde não basta a proclamação do intuito de agir “segundo o direito e não segundo o arbítrio” (TROCKER), sendo indispensável a oferta de canais para o juízo do bem ou do mal em casos concretos, ou seja, para o reconhecimento do direito e banimento do arbítrio”.

<sup>17</sup> Cf. *infra*.

princípios do processo têm seu início e fim no texto constitucional revela-se a premissa comum a todas as escolas de pensamento processuais de relevância contemporânea<sup>18</sup>. O próprio texto constitucional é cioso de sua pretensão normativa sobre o direito processual e contém um generoso plexo de direitos fundamentais processuais, como são as normas dispostas nos incisos LIII, LIV, LV e LVI do art. 5º, no inciso IX do art. 93 e no *caput* e § 3º do art. 37 da Constituição – mais bem detalhadas adiante –, cuja aplicabilidade, aliás, não se restringe apenas ao processo judicial; de se ver, a propósito, que o texto do art. 5º, LIV indica conteúdo protetivo do contraditório e da ampla defesa “*aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral*”.

Portanto, calcado sobre estas duas premissas (mais) sólidas – *i.e.*, de que a teoria geral do processo tem sido objeto de revisitação conceitual, necessariamente realizada à luz da Constituição, que pode buscar uma abertura conceitual para outros campos além do processo civil – o primeiro capítulo desta monografia abordará, em um primeiro momento, a definição e os conceitos elementares de *processo*, sob o paradigma de um Estado Democrático de Direito, de modo a estabelecer um significado concreto e seguro para o termo, que, se espera, servirá de âncora semântica ao longo do texto<sup>19</sup>. Em um segundo passo, tentará situar, aprofundando a discussão antevista, o *processo administrativo* dentro desta teoria do processo, especialmente em relação ao(s) processo(s) judicial(ais). Em terceiro lugar, fará um incursão nos principais princípios constitucionais processuais, aplicáveis a todos os campos do direito processual. Enquadrados os termos da discussão, será possível, no segundo capítulo, adentrar aos aspectos gerais do processo administrativo.

## II.1. A definição de processo. Teoria do processo como “teoria do processo civil”.

A definição de processo situa-se na pesquisa sobre *como o Estado atua*, como desempenha as atividades que lhes são próprias, necessariamente sob um figurino jurídico<sup>20</sup>.

<sup>18</sup> A título ilustrativo, MARINONI e MITIDIERO, legatários de escola assaz distinta do paradigma teórico paulista de Dinamarca.

<sup>19</sup> Ver, a propósito, ELIO FAZZALARI, citando CAPOGRASSI e CHIOVENDA, ao empreender o mesmo esforço: “[a] posição central que o processo ocupa no ordenamento, cujas forças e verdade convergem no processo como uma espécie de prova de fogo, constrange a repensar toda a experiência e as suas categorias, não por luxo científico, mas por necessidade, porque tudo está em jogo”. In: FAZZALARI, Elio, **Instituições de direito processual**, Campinas: Bookseller, 2006, pp. 45-46.

<sup>20</sup> SUNDFELD, **Fundamentos de Direito Público**, *op. cit.*, p. 89.

Com efeito, se o direito se pretende um “*meio de ordenação racional e vinculativa da comunidade organizada*”, nos dizeres de Canotilho, deve estabelecer, na consecução deste desiderato, “*formas e procedimentos*”<sup>21</sup>. O Estado, dessarte, sendo elemento indissociável destas “comunidades organizadas”, a ponto de chegar a ser identificado com elas<sup>22</sup>, também deve atuar sob “formas e procedimentos”. Mas, porque o Estado exerce autoridade e poder sobre os demais indivíduos desta comunidade, estas “formas e procedimentos” fazem-se imperiosas de um modo sem paralelo aos particulares<sup>23</sup>. Estes “procedimentos”, ademais, longe de estarem apartados do conteúdo substancial da justiça e da efetivação de valores socialmente desejados (isto é, políticos, econômicos, etc.), permitem que o direito “*apont[e] para a necessidade de garantias jurídico-formais de modo a evitar acções e comportamentos arbitrários e irregulares de poderes públicos.*”<sup>24</sup>. A partir destas observações, pode-se constatar, com Sundfeld, que “*o processo é o modo normal de agir do Estado*”<sup>25</sup>.

Esta concepção, posto que precisa em suas linhas gerais, pode ser refinada e polida.

Em primeiro lugar, faz-se necessário entender as distinções entre “processo” e “procedimento”, sem ignorar a existência desta distinção, que é tão fortemente preconizada pelos processualistas civis. Esta separação permitirá, adiante, enfrentar o debate alusivo às distinções entre “processo judicial” (civil, penal, etc.) e “processo” (ou “procedimento”?) administrativo. Sem quaisquer desdouros a Sundfeld, não podemos concordar que a distinção é útil apenas à doutrina do processo civil<sup>26</sup>; se se pretende pesquisar os contornos das garantias do indivíduo que toma parte em um processo (ou procedimento) administrativo em face do Estado, entendemos necessário enfrentar, com seriedade, a dúvida que colocam os processualistas civis sobre a natureza do processo administrativo, isto é, se se trata de um genuíno processo, ou, ao contrário, se existe mera atuação de expediente, ordinária, pelo Estado, que não ostenta este estatuto verdadeiramente

<sup>21</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes, **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 7ª ed. (20ª reimp.). Coimbra: Edições Almedina, 2017, p. 244.

<sup>22</sup> KELSEN, Hans, **Teoria Geral do Direito e do Estado**, São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 262. Veja-se a propósito: “O Estado como comunidade jurídica não é algo separado de sua ordem jurídica, não mais do que a corporação é distinta de sua ordem constitutiva. Uma quantidade de indivíduos forma uma comunidade apenas porque uma ordem normativa regulamenta sua conduta recíproca. A comunidade – como assinalado em capítulo anterior – consiste tão-somente numa ordem normativa que regulamenta a conduta recíproca dos indivíduos. [...] Como não temos nenhum motivo para supor que existam duas ordens normativas diferentes, a ordem do Estado e a sua ordem jurídica, devemos admitir que a comunidade a que chamados de “Estado” é a “sua” ordem jurídica.

<sup>23</sup> SUNDFELD, **Fundamentos de Direito Público**, *op. cit.*, p. 90.

<sup>24</sup> CANOTILHO, **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, *op. cit.*, p. 244.

<sup>25</sup> SUNDFELD, **Fundamentos de Direito Público**, p. 91.

<sup>26</sup> *Ibid*, p. 97.

processual. Portanto, cumpre pesquisar qual é a distinção entre “processo” e “procedimento” e quais são as consequências desta diferenciação. Para isto, parece pertinente percorrer um itinerário da evolução destes conceitos nos últimos setenta anos.

Um ponto de partida eficaz é encontrado nos teóricos da chamada “*fase conceitualista*” do direito processual, “*marcada pelas grandes construções científicas*” neste campo, preocupada em deitar as fundações da ciência do processo autônoma frente ao direito objetivo<sup>27</sup>. Tomemos como exemplo a obra de Francesco Carnelutti, afamado processualista italiano da primeira metade do século XX. Escrevendo em 1941, à época professor da *Statale di Milano*<sup>28</sup>, Carnelutti denomina “processo” como “*conjunto de actos dirigidos a la formación o a la aplicación de los mandatos jurídicos, cuyo carácter consiste en la colaboración a tal fin de las personas interesadas con una o más personas desinteresadas*”<sup>29</sup>. Esta definição, contudo, não revela uma premissa fundamental à definição por ele preconizada, que liga, fundamentalmente, o processo àquilo que constitui seu objetivo, a razão sua razão de ser: “*garantizar la bondad del resultado [v.g. mandato jurídico], es decir, una tal regulación del **conflicto de intereses** que consiga realmente la paz y, por tanto, sea justa y cierta*”<sup>30</sup>. Portanto, a premissa para que haja a instalação de um processo – para que se possa mobilizar o aparelho estatal – é a existência de um *conflicto intersubjetivo de intereses*. Toda a classificação e atuação do processo está voltada, sempre, à resolução de um conflito<sup>31</sup>. Na definição do autor, este conflito pode ser “atual” – hipótese em que uma pessoa exige a subordinação de interesse alheio ao interesse próprio e, em correspondência, recebe uma resistência, na forma de contestação ou de lesão<sup>32</sup> – ou “potencial” – hipótese em que se busca, na terminologia do autor, “higienizar” uma relação para que se o previna<sup>33</sup>. Sendo o primeiro caso, materializa-se, na processualística de Carnelutti, o conceito de “lide” – definido, celebrenemente, como “*un conflicto (intersubjetivo) de intereses calificado por una pretensión resistida (discutida)*”<sup>34</sup> – e, portanto, também os conceitos de “pretensão” e “contestação”. A lide, a seu turno, é identificada com três

<sup>27</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini, **Teoria Geral do Processo**, 10ª ed., revista e atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 1994, p. 43.

<sup>28</sup> SCARSELLI, Giuliano, Francesco Carnelutti: il giurista, l’avvocato, l’uomo, in: **Judicium: il processo civile in Italia e in Europa**, Pisa: Pacini Editore Srl, 2021.

<sup>29</sup> CARNELUTTI, Francesco, **Instituciones del Proceso Civil**, 5ª ed., vol I. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1959, pp. 21-22.

<sup>30</sup> *Ibid.*

<sup>31</sup> Escreve o autor: “[P]ero sólo últimamente he podido conseguir una sistematización completa del proceso según sus fines.” Ver: *Ibid.*, p. 23.

<sup>32</sup> *Ibid.*, p. 28.

<sup>33</sup> *Ibid.*, p. 45.

<sup>34</sup> *Ibid.*, p. 28.

elementos. Em primeiro lugar, tratando-se de um conflito *intersubjetivo*, terá, como é óbvio, sujeitos, isto é, *partes* pessoais que compõem a lide<sup>35</sup>. Em segundo lugar, a lide ostenta um elemento objetivo, consistente em um bem, sobre os quais recai o interesse jurídico das partes<sup>36</sup>. Em terceiro lugar, a lide terá uma pretensão, já antes definida como “*exigência de subordinação de interesse alheio ao interesse próprio*”, que pode ou não ter correspondência em algum fundamento jurídico, isto é, pode ou não corresponder à consecução de uma norma jurídica<sup>37</sup>.

Estes conceitos – que, apenas por esclarecimento precaucional, precedem o professor italiano, pertencendo a uma larga tradição de processo civil que nele é tão bem exemplificada, desenvolvida e articulada, a justificar sua utilização como exemplo – formam, como dito, uma concepção necessária para o entendimento da *finalidade do processo* (contencioso) em Carnelutti: *a justa composição da lide*<sup>38</sup>. Não se trata, segundo esta definição, assim, de atividade voltada a declarar o direito ou, mesmo, a fazê-lo atuar em concreto; estas atividades são apenas *meio* para obtenção daquela finalidade ulterior. Portanto, é forçoso harmonizar a definição de processo antes estabelecida com esta finalidade *necessária*. Processo, pois, seria um “conjunto de atos dirigidos à formação ou aplicação de um mandato jurídico mediante a colaboração de partes – mas – *com vistas* à resolução (ou prevenção) de uma lide”.

Uma observação merece ser feita. Carnelutti, escrevendo na década de 1940, já falava de um meio em que a natureza pública do processo já era amplamente aceita; que estes atos ordenados à composição do litígio são realizados *pelo Estado*<sup>39</sup>. É forçoso, assim, entender que o processo não se desenrola entre as partes do litígio, mas entre elas e o Estado, que, umbilicalmente associado ao ordenamento jurídico, utiliza o processo para exprimir seu poder<sup>40</sup>. Advém desta noção a ideia de *relação jurídica processual* autônoma, desenvolvida em sua forma mais conhecida por Oskar

---

<sup>35</sup> *Ibid*, p. 29. Cumpre, a propósito, antecipar uma questão terminológica: por *parte* deve-se entender *partes interessadas*, envolvidas à mago do conflito. Este conceito não deve se confundir com a, mais ampla, noção de *sujeitos do processo*, que lhe é posterior. *In verbis*: [p]uesto que, como veremos, toman el nombre de partes también algunos de los sujetos del proceso, para denotar a los sujetos de la litis no se dice solamente partes, sino partes en sentido material.”

<sup>36</sup> *Ibid*, p. 30. A etimologia da palavra “interesse” como derivada e substantivada do latim “*inter esse*” [forma substantiva “*quod inter est*”], lit. “estar entre” ou “estar no meio” é sufragada por AURÉLIO BUARQUE DE HOLLANDA. Conferir, a propósito, HOLLANDA, Aurélio Buarque, Interesse, *in*: **Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa**, 2ª edição, revista e aumentada. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

<sup>37</sup> CARNELUTTI, **Instituciones del Proceso Civil**, *op. cit.*, pp. 31-34.

<sup>38</sup> *In verbis*: “*El proceso contencioso, es, por tanto, un proceso caracterizado por el fin, que no es otro que la composición de la litis*” *Ibid*, p. 43.

<sup>39</sup> *Ibid*, p. 109.

<sup>40</sup> MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, **Curso de Processo Civil**, *op. cit.*, p. 404.

von Bülow, pela qual, em suma, as partes agem diretamente perante o Estado, exigindo dele, e não do sujeito que lhes antagoniza o conflito, uma conduta específica<sup>41</sup>. Portanto, a relação jurídica entre as partes – que fundamenta, ou não, a pretensão – é distinta e independente da relação processual que formularão com o Estado. É no bojo desta relação jurídica que se desempenharão, na linguagem de Carnelutti, os “*actos dirigidos a la formación o a la aplicación de los mandatos jurídicos*”<sup>42</sup>, isto é, o processo. Bülow teve grande influência em processualistas posteriores, que passaram a identificar o próprio processo com a relação jurídica processual: vide, por exemplo, outro célebre processualista italiano, Giuseppe Chiovenda: “*antes que se possa julgar um pedido de atuação da lei, há que examiná-lo; isso produz um estado de pendência [...]. Durante este estado de pendência, portanto, as partes devem ser colocadas em situação de fazer valer suas possíveis razões: competem-lhes deveres e direitos*”<sup>43</sup>. Portanto, nesta definição, que ora se articula, o processo possui relações interligadas de direitos e deveres, sobretudo, porque contém uma relação jurídica processual.

Finalmente, é necessário um pequeno incursão em outro tema caro à teoria geral do processo, ao menos na fase conceitualista: o aspecto particular ao Estado, que atua na conformação dos mandatos jurídicos ao qual se volta o processo, e da ligação entre este e a aplicação do direito<sup>44</sup>. O processo, nesta concepção, é necessariamente e unicamente estatal e, com efeito, exercido por uma autoridade específica do Estado, o *juiz*<sup>45</sup>, vestido de alguns atributos peculiares, e, em especial, a desvinculação absoluta da atividade legiferante ou de qualquer forma de criação (ou interpretação) do direito<sup>46</sup>, e impedido de atuar por força própria; aqui, a influência de Montesquieu se faz sentir com muita força: “*precisa-se de tribunais de judicatura com sangue frio, para os quais todas as causas sejam de certa forma indiferentes*”<sup>47</sup>.

Até o momento, contudo, muito se falou dos elementos do processo e nada sobre o procedimento. De fato, a definição de *procedimento* em Carnelutti situa-se no estudo da “dinâmica”, isto é, do desenvolvimento do processo<sup>48</sup>, e não em sua própria essência ou em sua

<sup>41</sup> *Ibid*, p. 405.

<sup>42</sup> Ver, *supra*, à nota de rodapé nº 22.

<sup>43</sup> MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, *op. cit.*, p. 406. Ver, em igual sentido, CHIOVENDA, Giuseppe, **Ensayos de derecho procesal civil**, Santiago: Ediciones Olejnik, 2022, p. 127 e ss.

<sup>44</sup> MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, *op. cit.*, p. 51.

<sup>45</sup> CARNELUTTI, **Instituciones del Proceso Civil**, *op. cit.*, p. 194.

<sup>46</sup> MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, *op. cit.*, pp. 51-52 e 56-57.

<sup>47</sup> MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Barão de, **O Espírito das Leis**, 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 69.

<sup>48</sup> CARNELUTTI, **Instituciones del Proceso Civil**, *op. cit.*, p. 419.

constituição fundamental; o autor, metaforicamente, estabelece a relação entre “processo” e “procedimento” como, respectivamente, “número” e “algarismo”: o processo é construído mediante procedimentos. “Procedimentos” são, assim, a coordenação sobretudo lógica e ordenada de atos, praticados pelos sujeitos do processo, necessariamente realizados em favor e à vista de um objetivo final, que lhes serve de “*unidad de fim*”; contudo, estes atos necessariamente guardam entre si uma relação lógica, causal e de ordenação. O procedimento consiste precisamente no estabelecimento ordenado dessa sucessão de atos, providenciando, *a priori*, a justificativa do liame lógico entre cada ação praticada. Por isto, é possível definir-se “procedimento” como “*una sucesión de actos no sólo finalmente sino también causalmente vinculados, en cuanto cada uno de ellos supone el precedente y así el último supone el grupo entero*”<sup>49</sup>. O procedimento é um aspecto *formal* do processo, pelo qual este último se desenvolve e promove seus fins: “[p]roceso es, en cambio, el conjunto de todos los actos necesarios en cada caso para la composición de la litis o para el desarrollo del negocio, y por eso puede desenvolverse en uno o más procedimientos”<sup>50</sup>. No resumo de Ada Pellegrini, “o procedimento foi visto apenas como o meio extrínseco pelo qual se instaura, desenvolve-se e termina o processo”<sup>51</sup>. Poder-se-ia dizer, com alguma ousadia, que Carnelutti equipara procedimento a um avatar do processo, única forma pelo qual se manifesta – inexistente processo sem procedimento<sup>52</sup>.

Esta concepção de “processo” e “procedimento”, com os conceitos necessários à sua compreensão antes descritos, ainda ocupam, com modificações e ajustes menores, o papel convencional entre processualistas civis para a prática de sua ciência normal<sup>53</sup>. Mas ela ainda não é suficiente para explicar a questão antes exposta, na linha de J. J. Gomes Canotilho, de que o procedimento tem uma função garantista, no sentido de “*evitar acções e comportamentos arbitrários e irregulares de poderes públicos*”<sup>54</sup>, ou, mesmo, a definição – que adotamos por correta

---

<sup>49</sup> *Ibid*, p. 420.

<sup>50</sup> *Ibid.*, pp. 420-421

<sup>51</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini, **Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo.**, Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 16.

<sup>52</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel, **A Instrumentalidade do Processo**, 16ª ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros/JusPodivm, 2022, p. 166.

<sup>53</sup> “Ciência normal”, aqui, entendida na linguagem de Thomas S. Kuhn, que a define como “*a pesquisa firmemente baseada em uma ou mais realizações científicas passadas [...] [que] são reconhecidas durante algum tempo por alguma comunidade científica específica como proporcionando os fundamentos para sua prática posterior*”. Queremos dizer, com isto, que as definições de Carnelutti ainda têm o papel, para parte não negligível dos processualistas brasileiros, de âncora para seus estudos em matéria processual. Ver, a propósito, KUHN, Thomas S., **A estrutura das revoluções científicas**, 13ª ed. São Paulo: Perspectiva, 2018. A referência transcrita encontra-se à página 71.

<sup>54</sup> Cf. *supra*, à nota de rodapé nº 18, a referência.

– de Carlos Ari Sunfeld; afinal, a pacificação de litígios é *uma* das funções do Estado<sup>55</sup>, mas jamais a única, com particular ênfase quando sob a égide de uma Constituição de inequívoca textura social<sup>56</sup>. Ficar com a definição até agora preconizada significaria dizer que, inexistindo lide ou sujeitos entravando um conflito de interesses, inexistente processo; de igual modo, inexistindo uma relação jurídica especial, entabulada com a finalidade específica de provocar o Estado a agir, inexistiria processo. Com apoio em Dinamarco, Grinover e Cintra, pode-se dizer que os conceitos até então expostos “*era[m] estudados mediante uma visão puramente introspectiva, no exame de seus institutos, de suas categorias e conceitos fundamentais [...] sem o reconhecimento de suas conotações deontológicas e sem a análise dos seus resultados na vida das pessoas ou preocupação pela justiça que ele fosse capaz de fazer*”<sup>57</sup>. Está-se diante de uma antinomia de definições que será necessário desfazer.

A teoria geral do processo adquiriu gradativa consciência da necessidade de ajustes nestas concepções<sup>58</sup>, que nem sempre se amoldavam adequadamente a fenômenos processuais e procedimentais que, não obstante, ostentam amplíssima significância; referimo-nos, por exemplo, ao processo penal, aos processos chamados de “jurisdição voluntária”<sup>59</sup> e, sobretudo, a outros processos, em que o Estado emite um mandato jurídico – para permanecer na terminologia já usada – contra os interesses de um particular, de ofício, sem provocação, por ação não do Poder Judiciário, mas da própria Administração Pública. A diversificação da atuação procedimentalizada do Estado reflete primordialmente a diversificação de suas atividades, como antes referimos, mas também, no

---

<sup>55</sup> Uma observação é necessária. Por “função do Estado”, termo polissêmico, atribuímos neste período particular o sentido de “*fim, tarefa ou incumbência, correspondente a certa necessidade coletiva ou a certa zona da vida social*”, uma das semânticas possíveis para o termo segundo JORGE MIRANDA. Mas, com efeito, o outro sentido que possui a expressão, na dicção do autor luso – “*atividade com características próprias*” – também se desenrola por uma característica procedimentalizada, na linha de SUNDFELD (e incompatível com as ideias até então expostas) que será mais bem explicitada no segundo capítulo. Mas, provisoriamente, confira-se a enorme semelhança entre a definição de MIRANDA com a ideias de “processo” e “procedimento”: “*a função no sentido de atividade pode definir-se como um complexo ordenado de atos (interdependentes ou aparentemente independentes em relação aos outros) destinados à prossecução de um fim ou de vários fins conexos, por forma própria. Consiste na atividade que o Estado desenvolve, mediante os seus órgãos e agentes, com vista à realização de tarefas e incumbências que, constitucional ou legalmente, lhe cabem*”. MIRANDA, Jorge, **Teoria do Estado e da Constituição**, 3ª ed., rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2011, pp. 353-355.

<sup>56</sup> SUNDFELD, **Fundamentos de Direito Público**, *op. cit.*, pp. 55-56.

<sup>57</sup> CINTRA; DINAMARCO; GRINOVER, **Teoria Geral do Processo**, *op. cit.*, p. 43.

<sup>58</sup> *Ibid.*

<sup>59</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini, **Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo.**, Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 19. *In verbis*: “*Os elementos que a [jurisdição] definiam também mudam. No estudo tradicional, os elementos principais seriam a lide, a substitutividade, a coisa julgada e a inércia. No entanto, a existência desses elementos oferece dúvidas até em relação ao processo estatal: onde estaria a lide no processo penal? E no processo civil necessário? E por que o juiz se substituiria às partes para julgar? [...]*”.

dizer de Boaventura de Sousa Santos, a “*crescente fragmentação e assimetria da própria práxis jurídica estatal, para a existência de diferentes modos de juridicidade no interior do direito estatal*”.<sup>60</sup> A relevância destes mandatos jurídicos não-jurispcionais, com efeito, ostenta significância profundamente relevante, não raro igual ou superior ao de uma decisão judicial. Pode-se pensar, a título exemplificativo, na imposição de uma sanção a um servidor público, especialmente a demissão; ou, então, na decisão que revoga uma licença ou outra outorga de uso de um bem público por particular, atingindo-lhe a capacidade de desempenhar uma atividade com conteúdo econômico ou cultural; ou, ainda, em um julgamento administrativo que exclui uma parte de um procedimento licitatório. A atuação estatal aí desempenhada é, de fato, *processo*, que cabe em uma teoria geral conjunta à do processo civil?

## II.2. Uma teoria geral do processo que inclua outras formas de processo, além do processo civil.

Pode-se encontrar um caminho para responder esta pergunta a partir das ideias de Elio Fazzalari, representante da processualística italiana da metade do século passado, cujo trabalho é nutrido e animado por preocupações afins àquelas antes expostas, e que exerceu influência decisiva sobre a escola instrumental de processo, tal como preconizada, entre nós, pelas obras maduras de Ada Pellegrini Grinover<sup>61</sup> e de Cândido Rangel Dinamarco<sup>62</sup>, introduzindo várias das revisitações teóricas a que se aludiu no princípio deste capítulo.

Fazzalari, como é óbvio, escreve e se debruça sobre o ordenamento positivo em que imerso seu contexto de trabalho – a saber, o italiano<sup>63</sup> – que guarda diferenças por vezes significativas em face do ordenamento brasileiro. Portanto, é forçoso acautelarem-se de algumas precauções

<sup>60</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. "O Estado, o Direito e a Questão Urbana". In: **Revista Crítica de Ciências Sociais**, n. 9., p. 9–82, jun. 1982, p. 29.

<sup>61</sup> Cf., a exemplo, a obra já citada: GRINOVER, **Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo**, *op. cit., passim*. Em igual sentido, escreve a aludida processualista na apresentação da edição brasileira das “Instituições de Direito Processual”, na qual tão fortemente nos escoramos: “*é um prazer reler, em português, as páginas antológicas que influíram na formação e evolução de nosso pensamento*”. In: FAZZALARI, **Instituições de direito processual**, *op. cit.*, p. 5.

<sup>62</sup> DINAMARCO, **A Instrumentalidade do Processo**, *op. cit.*, *passim*.

<sup>63</sup> FAZZALARI, **Instituições de direito processual**, *op. cit.*, p. 44.

importantes no estudo de seu trabalho, especialmente no que toca à atuação da jurisdição administrativa, que inexistente – não nos moldes italianos – no Brasil<sup>64</sup>.

Para o processualista italiano, “*processo é uma estrutura na qual se desenvolvem, segundo o ordenamento estatal, numerosas atividades de direito público (principalmente deveres fundamentais do Estado, mas não somente) e algumas atividades de direito privado*”<sup>65</sup>. Esta definição remeterá de volta à definição de Sundfeld antes exposta<sup>66</sup> – a indicar, portanto, uma convergência terminológica. É importante salientar o termo “estrutura”, no qual reside boa parte da distinção entre o pensamento de Fazzalari e aquele que preponderava na escola conceitualista, especialmente aquele para qual foi dado maior enfoque, Carnelutti. Diferentemente deste último, que situa o processo a partir de uma função específica do Estado – “*una tal regulación del conflicto de intereses que consiga realmente la paz y, por tanto, sea justa y cierta*”<sup>67</sup> –, Fazzalari situa o processo a partir de alguns “fundamentos”<sup>68</sup> inerentes à própria aplicabilidade do direito<sup>69</sup>, que permitem “traçar uma teoria das atividades de direito público e de direito privado”. Estes fundamentos são apresentados como em uma gradação; iniciam-se com as ideias de “Direito” e “norma jurídica”<sup>70</sup>, perpassam as dimensões de “ato jurídico”, “posição jurídica subjetiva”, “direito subjetivo” e “relação jurídica” – decorrentes da “estrutura da norma”<sup>71</sup> –, que, *conectando-se* umas às outras, materializam as dimensões jurídicas diversas: ora as normas conectam-se de forma

---

<sup>64</sup> O controle de atos administrativos no direito italiano reveste-se de uma complexidade particular relativamente aos demais sistemas europeus e é caracterizado por uma bipartição entre a “justiça administrativa” e a “justiça ordinária”, cuja divisão de competências é calcada, principalmente, em uma divisão conceitual arresvada (e de outra forma superada nos demais ordenamentos) entre “direitos subjetivos” e “interesses legítimos”. De toda forma, importa mais ter consciência de que, em Itália, existe justiça administrativa organizada, que não encontra paralelo próprio no ordenamento brasileiro. Ver, a propósito: GARCÍA DE ENTRERRÍA, Eduardo, **As transformações da justiça administrativa - da sindicabilidade restrita à plenitude jurisdicional. Uma mudança de paradigma?** 1ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010, pp. 82-86. Explicação aprofundada sobre a matéria encontra-se em MEDAUAR, Odete, **A Processualidade no Direito Administrativo**, 3ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2021, cap. III, n. 15, p. 35 e ss. Fazzalari, com a definição de “processo” adiante exposta, contorna as controvérsias terminológicas com uma definição que cabe tanto para os procedimentos realizados no âmbito da “jurisdição administrativa” como para os procedimentos internos à própria Administração Pública – afinal, o objetivo próprio deste capítulo.

<sup>65</sup> FAZZALARI, **Instituições de direito processual**, *op. cit.*, p. 27.

<sup>66</sup> Cf. *supra*, p. 14

<sup>67</sup> Cf. *supra*, à nota de rodapé 24.

<sup>68</sup> Em verdade, na tradução brasileira das “Instituições...”, intercala-se, de maneira mais ou menos fungível, o termo “fundamentos” com “princípios”, que, contudo, não se amoldam ao conceito de “princípios” como “normas jurídicas” no sentido em que mais comumente empregado no pós-positivismo, *e.g.*, por Robert Alexy e Ronald Dworkin. Para eliminarem-se eventuais confusões, sempre que se falar em “princípios”, está-se referindo à espécie normativa, que será objeto de (breve) estudo mais adiante. FAZZALARI, **Instituições de direito processual**, *op. cit.*, p. 41.

<sup>69</sup> Rememore-se, a propósito, o enunciado das “*formas e procedimentos*” a que se referiu J. J. Gomes Canotilho, *supra*.

<sup>70</sup> FAZZALARI, **Instituições de direito processual**, *op. cit.*, p. 46.

<sup>71</sup> *Ibid.*, pp. 76-84.

“agregada”, isto é, incidindo sobre um sujeito e um bem específico, e corporificam os conceitos de “obrigações” e “direitos reais”<sup>72</sup>, bem como de “*status*”, “instituições” e “universalidades jurídicas”<sup>73</sup>; ora conectam-se de forma “combinada”, entrelaçando-se, dirigindo-se a sujeitos diversos que não sejam meramente terceiros à norma<sup>74</sup>; ora, e com maior relevância, conectam-se “*em sequência*”, situação em que “*uma norma valora uma ou mais condutas (como lícitas e devidas), e uma outra norma, logicamente sucessiva, absorve tais condutas como um pressuposto para qualificação (de faculdade ou de obrigação) de um outro comportamento*”<sup>75</sup>. É aqui que se situam, ambos, processo e procedimento no pensamento de Fazzalari. São estruturas de normas conectadas em sequência, uma qualificando e habilitando a atuação da outra.

Aqui já aparece a distinção fundamental entre o pensamento de Fazzalari e o de Carnelutti antes exposto. Se, para este último, *procedimento* é o mero enredamento formal do processo – o caminho ordenado e extrínseco para que ele se faça<sup>76</sup> –, para Fazzalari, ao contrário, o procedimento é uma figura autônoma, que subsiste por si mesma e não está subordinada ao processo<sup>77</sup>; é, aliás, em termos lógicos (mas não necessariamente históricos), uma estrutura anterior ao processo. Nas palavras do autor, “*a estrutura do procedimento se obtém quando se está diante de uma série de normas [...], cada uma das quais reguladoras de uma determinada conduta [...], mas que enuncia, como pressuposto de sua própria aplicação, o cumprimento de uma atividade regulada por outra norma da série*”<sup>78</sup>. Cabe exemplificar, a título de esclarecimento; tome-se, como primeiro exemplo, o art. 335 do Código de Processo Civil, cujo enunciado prescreve que “[o] réu poderá oferecer contestação, por petição, no prazo de 15 (quinze) dias, cujo termo inicial será a data [...]”, indicando, então, as possibilidades de termos iniciais: a data audiência da audiência de conciliação, a data do protocolo do pedido de cancelamento desta audiência, “*nos termos do art. 334, I*”, ou a “*data prevista no art. 231*”, conforme o modo que tenha sido realizada a citação. Ora, sabe-se que o termo é o momento que inicia (ou cessa) a eficácia de determinado ato jurídico<sup>79</sup>; no caso, a faculdade (ou, se se quiser, obrigação) de contestar. Portanto, a eficácia

<sup>72</sup> *Ibid*, p. 85.

<sup>73</sup> *Ibid*, p. 88.

<sup>74</sup> *Ibid*, p. 90.

<sup>75</sup> *Ibid*, p. 93.

<sup>76</sup> Ver, a propósito, a citação de ADA PELLEGRINI GRINOVER à nota de rodapé 45. GRINOVER, **Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo**, *op. cit.*, p. 45.

<sup>77</sup> FAZZALARI, **Instituições de direito processual**, *op. cit.*, p. 112.

<sup>78</sup> *Ibid*, p. 114.

<sup>79</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva, **Instituições de Direito Civil**, 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1966, p. 339.

da norma do art. 335 do CPC está condicionada ao cumprimento de alguma das atividades mencionadas em seu próprio dispositivo, que lhes são, na linguagem de Fazzalari, seus pressupostos.

Disto se conclui, e é forçoso que seja assim, que o procedimento abarca uma multiplicidade de atividades, e forma, portanto, um gênero<sup>80</sup>, cujas espécies podem ser reconhecidas a partir “[d]as normas (os atos, as posições subjetivas) que o constituem”<sup>81</sup> – ou seja, das posições jurídicas que ocupam as partes, a forma, tempo e o modo de praticar os atos processuais e a “atividade de Direito” que será praticada ao final, como objetivo do caminhar procedimental. São de diferentes naturezas, assim, os procedimentos cujo provimento conclusivo afete apenas a esfera jurídica do responsável por sua emissão, e os procedimentos – muito mais numerosos – “plurissubjetivos”, cujo ato final é eficaz perante outros sujeitos. Também são distintos os procedimentos impulsionados pelo próprio responsável pela emissão do provimento, e os procedimentos que dependem de iniciativa de seus destinatários<sup>82</sup>; e assim se segue. É a partir desta diferenciação de espécies de procedimento que se detecta, para Fazzalari, a identidade do processo.

Para o processualista italiano, “*processo é um procedimento do qual participam (são habilitados a participar) aqueles em cuja esfera jurídica o ato final é destinado a desenvolver efeitos: em contraditório, e de modo que o autor do ato não possa obliterar as suas atividades.*”<sup>83</sup> Está-se diante do conceito fundamental do direito processual de Fazzalari: o contraditório. O processo é uma espécie de procedimento – “*conexão em sequência de normas*”, etc. – desempenhado sob uma estrutura dialética<sup>84</sup>, que é materializada no contraditório. A definição de contraditório, a seu turno, “*consiste na participação dos destinatários dos efeitos do ato final em sua fase preparatória; na simétrica paridade das suas posições; na mútua implicação de suas*

---

<sup>80</sup> FAZZALARI, *Instituições de direito processual*, *op. cit.*, p. 95.

<sup>81</sup> Um novo exemplo, assaz simplório, pela obviedade que contém, mas que concretiza alguma abstração dos termos. Em um procedimento – diga-se, por exemplo, de execução – as partes ocupam a situação de credor, devedor e juiz, respectivamente; portanto, praticarão atos de acordo com os objetivos que almejam: o credor requerirá ao juiz a constrição de bens de sua parte adversa; o juiz terá a faculdade de determinar esta constrição e indicar-lhe o método; o devedor terá o direito de defender-se por algum dos meios facultados pela lei à sua disposição. São estas as posições essenciais das partes que corporificam um procedimento executivo. Em outro procedimento, totalmente diferente – por exemplo, um procedimento disciplinar –, as posições das partes são de acusador-julgador e investigado. O acusador tomará as medidas necessárias a conhecer os fatos e apreciá-los conforme o direito; o acusado terá direito a utilizar-se dos meios de defesa à sua disposição. Tudo isto para dizer, apenas, que as normas preveem atos, que, praticados pelas partes, dão a identidade ao procedimento.

<sup>82</sup> FAZZALARI, *Instituições de direito processual*, *op. cit.*, p. 118.

<sup>83</sup> *Ibid.*, p. 119.

<sup>84</sup> *Ibid.*

*atividades [...]; na relevância das mesmas para o autor do provimento [...]*”<sup>85</sup>, de modo que o autor do ato final seja por eles influenciado e não possa ignorá-los, ainda que não dê a seu provimento o conteúdo antevisto ou desejado pelos contraditores<sup>86</sup>.

Esta definição de contraditório, é importante observar, é distinta da ideia, antes exposta, de “*conflito (atual ou potencial) de interesses*” a que dá importância Carnelutti<sup>87</sup>; para Fazzalari, o conflito de interesses (a ser dirimido por um ato jurídico) é uma condição de natureza substancial que pode promover e animar o contraditório no procedimento voltado à sua resolução, mas não se confunde com ele<sup>88</sup>. Da mesma forma, segundo o autor, a simples participação de partes interessadas na formação do ato – sem quaisquer desdouros à ideia de que a “participação” é importante por si mesma – não é suficiente para transformar um procedimento em processo; é forçosa a divergência entre estes interesses<sup>89</sup>. Não ostentaria natureza de verdadeiro processo, por exemplo, um procedimento necessário à formação de um ato complexo no qual os participantes meramente concordam ou homologam as considerações ou interesses anteriormente manifestados na cadeia de atos processuais. Poderíamos dizer que esta divergência constitui um aspecto “objetivo” do contraditório.

Na escola conceitualista, o aspecto “subjetivo” do conflito de interesses inaugurava a ideia de “*partes*”, que necessariamente eram distintas da autoridade responsável pelo provimento final que resolvia a lide, cujo principal atributo deveria ser a imparcialidade e a desvinculação frente ao conflito<sup>90</sup>. Para Fazzalari, no entanto, os sujeitos do contraditório são os destinatários do ato final podendo, portanto, incluir-lhe o autor responsável por sua emissão; “*o autor do ato final pode ser um dos contraditores [...]*”<sup>91</sup>, como ocorre “*em sede de administração ativa, e em tal hipótese o autor do ato final se voltará contra um ou mais sujeitos (quantas outras sejam “partes” daquela situação)*”. Disto decorre uma consequência de premente importância: “*quando se trata de um órgão público, munido de império, o autor é colocado durante a fase preparatória do ato [...], em pé de simétrica paridade em relação ao outro ou aos outros contraditores*”<sup>92</sup>. Temos aqui a primeira declaração explícita do autor de que esta sua teoria geral do processo inclui os procedimentos

---

<sup>85</sup> *Ibid*, p. 119.

<sup>86</sup> *Ibid*, p. 120.

<sup>87</sup> Cf., à nota de rodapé nº 28, a definição de “conflito de interesses” nas *Instituciones...* de Carnelutti, ali referenciada.

<sup>88</sup> FAZZALARI, **Instituições de direito processual**, *op. cit.*, p. 120.

<sup>89</sup> *Ibid*, p. 122.

<sup>90</sup> Cf., à nota de rodapé nº 39, a definição de Carnelutti e o conceito correlato de “jurisdição”.

<sup>91</sup> FAZZALARI, **Instituições de direito processual**, *op. cit.*, p. 122.

<sup>92</sup> *Ibid*, p. 123.

realizados internamente à Administração Pública, fora daquilo que se convencionou chamar jurisdição, e, neste caso, qual é a posição da autoridade em face do contraditor, frequentemente o particular: a igualdade, a simetria, a paridade. Afinal, o processo pressupõe contraditório; e o contraditório pressupõe, sempre, ainda que um dos contraditores seja o Estado, posições simétricas, e, pois, nesta hipótese, uma equiparação (ao menos temporária e instrumental) do Estado ao administrado. Fazzalari, elaborando uma teoria geral do processo, encontrou dois dos mais importantes marcos constitucionais do Direito Administrativo: o influxo do princípio democrático sobre a atividade do Estado e a saída do velho paradigma do “*direito do Estado e de seus órgãos*” para o direito “*dos indivíduos e dos seus direitos*” nas relações administrativas, nos termos de Vasco Pereira da Silva<sup>93</sup>.

Em Fazzalari, portanto, tem-se processo mesmo quando falta estranheza do autor da decisão em relação ao provimento final. É possível, portanto, processo sem jurisdição<sup>94</sup>. Como corolário, não necessariamente a interação entre os sujeitos do processo se dará no âmbito de uma relação jurídica; cai, portanto, a identificação de “processo” com “relação jurídica processual”, substituída pela ideia de “módulo processual”, consubstanciada precisamente no contraditório<sup>95</sup>. De igual modo, sem jurisdição, não são mais aspectos necessários à configuração de processo, senão meramente contingentes, os chamados “elementos da jurisdição”: lide, substitutividade, coisa julgada e inércia<sup>96</sup>. É possível haver processo sem cada um destes elementos, cuja natureza, esclarece Cândido Rangel Dinamarco, é fundamentalmente instrumental ao processo jurisdicional, e voltada à disposição do “*método estabelecido pelo direito*” para manifestação do poder estatal “*sub specie jurisdictionis*”<sup>97</sup>, mas não necessariamente sob outros figurinos – que, não por este motivo, deixam de ter natureza processual. O abandono parcial destes conceitos – tão caros ao processo jurisdicional – como necessários à própria noção de processo poderia conduzir à ideia de que, afinal, não se pode falar em uma teoria geral do processo sem sérios prejuízos metodológicos. É esta, por exemplo, a posição de Luís Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel

---

<sup>93</sup> SILVA, Vasco Pereira da, **Para um contencioso administrativo dos particulares**, Coimbra: Edições Almedina, 2005, pp. 62-63.

<sup>94</sup> *Ibid*, p. 715. Isto porque um dos pressupostos do processo (jurisdicional) é, precisamente, a independência do autor da decisão em relação à realidade em contraditório; à falta dela – quando se configuram *impedimento* ou *suspeição* do juiz –, o desenvolvimento do processo é inválido e irregular, na dicção preconizada pelo CPC.

<sup>95</sup> GRINOVER, **Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo**, *op. cit.*, p. 15.

<sup>96</sup> *Ibid*. p. 19.

<sup>97</sup> DINAMARCO, **A Instrumentalidade do Processo**, *op. cit.*, p. 242.

Mitidiero<sup>98</sup>, da qual discordamos, com Cândido Rangel Dinamarco: em que pese, de fato, existirem fortes desagregações metodológicas entre as diferentes formas de processo<sup>99</sup>, o papel da teoria geral do processo consiste justamente em “*colher os elementos da diversidade representada pelas várias espécies de processos e reduzi-los à unidade, em escalada que principia com a sistematização de determinado ramo do direito processual e tende à universalização*”<sup>100</sup> – e acrescentamos, na linha do que antes exposto: *para entender como um Estado de Direito desempenha as atividades que lhes são próprias.*

Isto não significa que não haja quaisquer diferenças entre os diferentes âmbitos e modelos processuais; não. Elas existem e são muito vastas. O que se está aqui a propor, apenas, é a possibilidade de uma teorização conjunta, de fundo, do processo como atividade de Direito Público. O processo jurisdicional guarda peculiaridades muito próprias – amplificadas em cada um de seus ramos, a saber, civil, penal, trabalhista, eleitoral, etc. –, como também as guardam o processo administrativo e o processo legislativo. Não são categorias idênticas<sup>101</sup>; não por isto, não merecem uma teoria geral conjunta.

É com esta definição – de que processo é procedimento em contraditório, voltado ao provimento de um ato final, constituído mediante participação dos sujeitos interessados –, que esse trabalho enquadra uma “teoria geral do processo” aberta ao Processo Administrativo, como manifestação do agir processualizado amplo do Estado, estendido a todas as suas atividades; retornamos ao ponto de partida, com a definição de Carlos Ari Sunfeld exposta ao início do capítulo. Portanto, os antes mencionados arts. 5º, incisos LV, LXXII, alínea “b”, e LXXVIII, bem como os arts. 37, inciso XXI e 41, § 1º do texto constitucional utilizam a expressão “processo administrativo” à literalidade textual, e não como antonomásia; pretendeu-se, de fato, emprestar a todas as formas de atuação processualizada do Estado todos os princípios, direitos e garantias constitucionais. Vejamos, então, quais são eles.

---

<sup>98</sup> Escrevem textualmente os autores: “*Embora a tradição possa legitimar o uso em determinados contextos da expressão teoria geral do processo para uma melhor comunicação com a comunidade acadêmica, é certo que existem diferenças funcionais entre o processo civil e o processo penal – isso para não falarmos nas diferenças entre os processos jurisdicionais e não-jurisdicionais – que desautorizam sua teorização conjunta*”. MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, **Curso de Processo Civil**, *op. cit.*, p. 25.

<sup>99</sup> DINAMARCO, **A Instrumentalidade do Processo**, *op. cit.*, pp. 57-59.

<sup>100</sup> *Ibid*, p. 61.

<sup>101</sup> Termo preconizado por MARÇAL JUSTEN FILHO e citado por CARVALHO NETO, Tarcísio Vieira, **O princípio da impessoalidade nas decisões administrativas**, 1ª ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2015, p. 236.

## II.3. Princípios de Direito Processual, incluído o Processo Administrativo.

### II.3.1. Princípios, regras, e sua definição.

Postulada uma teoria geral do processo, que englobe uma teoria geral do *Direito Processual* em sentido amplo, abarcando todas os fenômenos processuais pelos quais o Estado desempenha seus misteres, é necessário pesquisar quais são as normas que o estruturam. Fazendo reminiscência à teoria – que adotamos por referência – de Elio Fazzalari, os procedimentos situam-se como relações conexas de normas combinadas umas às outras. Estas normas possuem, naturalmente, uma vastíssima variedade de conteúdos; algumas dirigem-se às partes e ora prescrevem-lhe deveres, ora licenciam-lhes faculdades, ora estabelecem proibições, etc. É o caso dos exemplos antes descritos em alusão à citação e à contestação. Existem, contudo, outras normas regentes do Direito Processual, direcionadas não apenas propriamente às partes, mas sobretudo ao Estado no exercício de sua autoridade. São as normas que, conforme Canotilho, dispõem “*formas e procedimentos*”<sup>102</sup> necessários à ordenação jurídica social e compõem uma dimensão completa do Estado de Direito. Segundo o professor lusitano, “[d]o princípio do Estado de Direito deduz-se, sem dúvida, a exigência de um procedimento justo e adequado de acesso ao direito e de realização do direito”<sup>103</sup>. Conjugado ao sobreprincípio da supremacia da Constituição, segue-se que o procedimento dá-se sob a incidência e irradiação de um grande número de normas de estatura constitucional.

A ciência do Direito, a seu turno, tem-se ocupado, com maior força a partir do último quartel do século XX, com a (re)inclusão de conteúdo valorativo substancial em sua metodologia, ante alguma percepção – cuja adequação não cabe, aqui, valorar – de certa “insuficiência” do positivismo formalista-legalista<sup>104</sup> para completa compreensão dos problemas relativos à interpretação e aplicação das normas jurídicas. Uma das principais frentes destas correntes pós-positivistas tem concentrado-se, na dicção de Humberto Bergmann Ávila, no estudo das “*normas que servem de fundamento para aplicação do ordenamento constitucional – os princípios jurídicos*”<sup>105</sup>, com especial enfoque em sua distinção, em relação às demais normas jurídicas – as

<sup>102</sup>CANOTILHO, **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, *op. cit.*, p. 243.

<sup>103</sup> *Ibid*, p. 274.

<sup>104</sup> CARVALHO NETO, Tarcisio Vieira, **O princípio da impessoalidade nas decisões administrativas**, 1ª ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2015, p. 7.

<sup>105</sup> ÁVILA, **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**, *op. cit.*, p. 45.

regras<sup>106</sup>. Por este motivo, sempre com a ciência de que este trabalho não se ocupa do tema senão lateralmente, se tentará escorçar uma definição, tão breve quanto possível, do que sejam princípios e regras jurídicos e sua relação com a teoria geral do processo. A seguir, se apresentarão alguns deles, especialmente aqueles mais importantes para o processo administrativo e, à luz do recorte traçado, aqueles necessários para enfrentamento do tema da *reformatio in pejus*.

Uma primeira observação necessária e prévia à definição de “regras” e “princípios” alude à forçosa polissemia do termo “princípios”, verificada mesmo dentro da própria ciência do Direito, tal como ressaltado com pungência por Marcelo Neves<sup>107</sup> e Ruy Samuel Espíndola<sup>108</sup>. Esta polissemia deve ser desfeita esclarecendo-se que, aqui, por “princípios” entende-se o significado geralmente emprestado ao termo no debate jurídico desenvolvido particularmente após a década de 1970, especialmente nos trabalhos desenvolvidos por Ronald Dworkin e Robert Alexy, cuja articulação compõe a “ortodoxia” da compreensão contemporânea sobre o assunto.

Na formulação de Dworkin, os princípios ocupam a posição de cerrar as possibilidades argumentativas nas hipóteses em que as regras jurídicas sejam insuficientes à resolução de determinado caso<sup>109</sup>, solucionando as situações em que, da “textura aberta do direito”, nenhum julgamento possa parecer adequado à solução de uma controvérsia<sup>110</sup>; Dworkin, com isto, pretende contornar a ideia, tipicamente positivista, segundo a qual, em casos assim, “*two equally trained and intelligent judges will often disagree*”<sup>111</sup>, ambas as soluções ostentando igual validade. Dworkin, com isto, tenta enfrentar o problema da discricionariedade “forte” de que gozam os intérpretes das normas. Alexy, trabalhando sobre esta concepção, apresentou a definição, hoje célebre, de princípios como “*deveres* (ou “mandados”) *de otimização*”, aplicáveis segundo os fatos de determinado caso e no limite das demais normas a que o princípio se contrapõe<sup>112</sup>. A partir destas definições para princípios, a teoria majoritária, afirma Humberto Ávila, estabeleceu quatro critérios principais para distinguir princípios de regras.

<sup>106</sup> BARCELLOS, Ana Paula de, *Eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*, Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 43.

<sup>107</sup> NEVES, Marcelo, *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico.*, São Paulo: WFM Martins Fontes, 2013, Introdução, pp. xxi-xxiv.

<sup>108</sup> ESPÍNDOLA, Ruy Samuel, *Conceito de Princípios Constitucionais: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, pp. 42-50.

<sup>109</sup> ÁVILA, *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, *op. cit.*, p. 59; NEVES, *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico*, *op. cit.*, p. xvi.

<sup>110</sup> DWORKIN, Ronald, *Taking rights seriously*, Cambridge (Mass.): Harvard University Press, 1978, p. 34.

<sup>111</sup> *Ibid.*

<sup>112</sup> ÁVILA, *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, *op. cit.*, p. 99.

O primeiro deles, denominado “*hipotético-condicional*”, “*fundamenta-[se] no fato de as regras possuírem uma hipótese e uma consequência que predeterminam a decisão, sendo aplicadas ao modo “se, então”, enquanto os princípios apenas indicam o fundamento a ser utilizado pelo aplicador para futuramente encontrar a regra para o caso concreto*”<sup>113</sup>; isto não significa, como se poderia cogitar, que as regras são mais precisas que os princípios; posto que exista, de fato, uma tendência nesta direção<sup>114</sup>, trata-se de uma característica accidental. O ponto central deste critério de distinção é de que as regras pretendem definir a decisão por si mesmas, ao passo que os princípios forneceriam fundamentos para o “encontro” (no sentido de “*trouver*”) das regras<sup>115</sup>.

O segundo, denominado por Ávila como critério do “*modo final de aplicação*”, corresponde a um dos mais célebres *tópos* sobre o tema: as regras são aplicadas de modo absoluto – sob o esquema “*tudo ou nada*” –, enquanto os princípios o são de modo gradual – sob o raciocínio da *ponderação*. Neste critério, uma vez preenchida a hipótese de incidência da regra<sup>116</sup>, é caso de se aplicá-la e fazê-la produzir seus efeitos, ou, então, tê-la por inválida ao caso. Na dicção de Alexy, explicado por Ávila, regras são normas “*cujas premissas são ou não diretamente preenchidas e que não podem nem devem ser ponderadas*”; os princípios, a seu turno, não contendo uma hipótese, consubstanciam apenas fundamentos que devem ser combinados a outros para serem aplicados e, bem assim, podem ter sua ministração temperada pela incidência de outros princípios<sup>117</sup>.

O terceiro critério é denominado por Ávila como “*conflito normativo*” e está intimamente relacionado ao anterior, diferenciando-se regras e princípios quando colocados em uma situação de adversariedade. As regras, quando contrapostas umas às outras, produzem um conflito verdadeiro de aplicabilidade (antinomia), que deverá ser resolvido em favor de uma delas, dando-se a outra por inválida ao caso ou excepcionando-a, conforme as regras de gerais (*e.g.*, critério da vigência temporal, da especialidade, etc.). Os princípios, por outro lado, não produziriam verdadeiro conflito, mas, porque podem ser aplicados em graus variados, devem ser ponderados conforme as circunstâncias fáticas e normativas do caso concreto<sup>118</sup>. Dworkin fala em uma “*dimensão de peso*”

<sup>113</sup> *Ibid.*, p. 61.

<sup>114</sup> NEVES, **Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico**, *op. cit.*, pp. 19 e 25.

<sup>115</sup> ÁVILA, **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**, *op. cit.*, p. 63.

<sup>116</sup> Usamos o termo de Humberto Ávila, que é mais corrente e de compreensão mais fácil. Marcelo Neves, no entanto, obsequioso da precisão terminológica em face da doutrina alemã sobre o tema, prefere o termo “hipótese normativa do fato”, cuja eleição encontra-se explicada em *Entre Hidra e Hércules, cit.*, às pp. 4-5.

<sup>117</sup> ÁVILA, **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**, *op. cit.*, p. 68.

<sup>118</sup> *Ibid.*, pp. 75-76.

aos princípios, que os tornam mais ou menos relevantes para resolução de determinado caso; da menor relevância de um princípio a determinado caso não se segue, contudo, que seja ele inválido<sup>119</sup>.

O quarto critério, finalmente, é designado por “*fundamento axiológico*”, para o qual os princípios se revestem de um conteúdo axiológico – *i.e.*, valorativo – para a decisão<sup>120</sup>. Conforme explica Marcelo Neves, estes “fundamentos axiológicos” dos princípios podem ostentar diversos avatares: para alguns, os princípios seriam remissões a uma “ideia de direito” ou a um “estado ideal de coisas”; para outros, os princípios indicariam finalidades do direito (modelo “teleológico”)<sup>121</sup>. De todo modo, os princípios se pretendem “*standards juridicamente vinculantes radicados nas exigências de ‘justiça’ (Dworkin) ou na ‘ideia de Direito’ (Larenz)*”<sup>122</sup>

Estes quatro critérios são (às vezes duramente) criticados por Ávila e por Marcelo Neves, que propõem, cada um a seu modo, critérios e modelos distintos para estas diferenciações. Cabe reconhecer que, de fato, o uso dos termos é frequentemente confuso e desatento, incorporado a um senso-comum teórico, que, não raro, redundava em uma aplicação banalizada destes conceitos e especialmente dos princípios. Como resultado, “*os trabalhos de direito público tratam da distinção, com raras exceções, como se ela, de tão óbvia, dispensasse maiores aprofundamentos*”<sup>123</sup>, por vezes apresentando-a como suficiente para esgotar todos os problemas da interpretação do direito<sup>124</sup> ou como uma “*panaceia para solucionar todos os males da nossa prática jurídica e constitucional*”<sup>125</sup>. Trivializados, os princípios, em vez de fecharem o campo interpretativo e cerrarem a discricionariedade – tal como vislumbrava Dworkin – servem a

<sup>119</sup> NEVES, **Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico**, *op. cit.*, p. 53.

<sup>120</sup> ÁVILA, **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**, *op. cit.*, p. 62

<sup>121</sup> NEVES, **Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico**, *op. cit.*, pp. 26-41. Neves subdivide este modelo teleológico em três; um primeiro é inspirado na metafísica aristotélica e faz alusão à ideia de “causa final”, isto é, ao fim a que está ligada a existência de determinado ente (no caso, a norma), que, em Aristóteles, confunde-se com o bem; o bem para algo é a realização da finalidade para a qual esse se ordena. O princípio indicaria como um ordenamento jurídico pode chegar às finalidades a que se propõe (pp. 28-29). Um segundo modelo teleológico é inspirado no idealismo hegeliano, para quem os princípios assumiram o papel de “norteadores suprapositivos do desenvolvimento do direito positivo” rumo a uma finalidade necessária (pp. 30-32). Um terceiro modelo, de base weberiana, relacionaria os princípios a “*expectativas quanto ao comportamento [...] de pessoas, utilizando essas expectativas como ‘condições’ e ‘meios’ para alcançar fins próprios, ponderados e perseguidos racionalmente, com sucesso*” (p. 32 e ss.).

<sup>122</sup> CANOTILHO, **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, *op. cit.*, p. 1160.

<sup>123</sup> ÁVILA, **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**, *op. cit.*, p. 48.

<sup>124</sup> *Ibid.*, p. 46.

<sup>125</sup> NEVES, **Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico**, *op. cit.*, prefácio, p. ix.

aumentar a indeterminação do Direito e a fundamentar expedientes absurdos, deletérios e assaz ridículos, conferindo ao intérprete da norma a faculdade de escolher o princípio mais adequado conforme um resultado interpretativo antevisto<sup>126</sup>.

Em que pesem todas estas críticas e as proposições diferentes, formuladas por cada um dos autores, que entendemos oportunas e pertinentes, adotaremos, para os fins desta monografia, a distinção consolidada e majoritária, em atenção ao escopo e objetivos do presente trabalho, que não tem neste tema o seu assunto principal. Assim, as definições e distinções aqui explicitadas têm o objetivo instrumental de servir a uma explicação sobre os princípios constitucionais de direito processual, com enfoque no processo administrativo. Sempre que algum refinamento teórico for necessário, será este indicado no campo oportuno.

Estas críticas, ademais, não representam quaisquer desdouros à importância dos princípios para o sistema normativo, à qual ninguém é dado desconsiderar. Princípios, afinal, são normas autônomas e têm funções inarredáveis no direito contemporâneo sendo fundamentais para fazer “*respirar, legitimar, enraizar e caminhar o próprio sistema*”<sup>127</sup>. Tarcisio Vieira de Carvalho Neto, apoiado em Gustavo Zagrebelsky, bem dispõe que, ao fim e ao cabo, “*é possível concluir pela impossibilidade de redução do alcance dos princípios a uma mera função acessória das regras [...] [e] não esgotam sua eficácia como apoio às regras jurídicas; colocam uma razão autônoma de ser frente à realidade*”<sup>128</sup>. Os princípios não são normas supérfluas e ostentam conteúdo normativo verdadeiro, especialmente quando direcionados à modulação, contenção e ordenação do poder do Estado em praticar seus atos – hipóteses em que assumem as tipologias de “*princípios jurídicos fundamentais*” e de “*princípios-garantia*”<sup>129</sup> –, exatamente a finalidade a que se destina o processo. Os princípios de direito processual estão todos ligados, como já dito, a este controle e à garantia da legitimidade da atuação estatal. São, em suma, verdadeiras normas.

Em recapitulação, portanto: por princípio, está-se referindo, com apoio em Alexy, Dworkin e seus intérpretes em língua portuguesa, complementados por Humberto Ávila<sup>130</sup>, a uma norma finalística, prospectiva e com pretensão de parcialidade, dotado de carga normativa e significância

<sup>126</sup> Daí a metáfora da Hidra utilizada por Marcelo Neves. A respeito do assunto, ver, em “**Entre Hidra e Hércules**”, *passim*, mas especialmente o cap. IV, pp. 171 e ss. Em igual sentido, STRECK, Lênio Luiz, Do pamprincipiologismo à concepção hipossuficiente de princípio. Dilemas da crise do direito., **Revista de Informação Legislativa**, n. 194, abr./jul. 2012.

<sup>127</sup> CANOTILHO, **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, *op. cit.*, p. 1163.

<sup>128</sup> CARVALHO NETO, **O princípio da impessoalidade nas decisões administrativas**, *op. cit.*, p. 11.

<sup>129</sup> CANOTILHO, **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, *op. cit.*, pp. 1165 e 1167.

<sup>130</sup> ÁVILA, **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**, *op. cit.*, p. 107

próprias, “para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção”.

Vejam, então, quais são os (principais) princípios de direito processual.

### II.3.2. *Princípios constitucionais de direito processual.*

O exercício de enumerar os princípios constitucionais aplicáveis ao direito processual é necessariamente incompleto e sujeito a alterações; isto porque, além de inexistir uma correspondência biunívoca entre o texto constitucional e os princípios que a atividade interpretativa dele extrai<sup>131</sup>, cada autor imprimirá um enfoque teórico peculiar que surtirá efeitos na listagem de princípios que entende aplicáveis ao processo.

Além disso, é necessário esclarecer que, dentro da teoria aqui construída – que reúne uma *teoria do processo ampla* –, os princípios a seguir elencados são aplicáveis a todo o direito processual, excluindo-se as normas peculiares a determinados campos do processo. Portanto, não se exporão, por exemplo, os chamados *princípios da jurisdição* (investidura, inércia, inafastabilidade, indelegabilidade, inevitabilidade, congruência, etc.), peculiares àquela disciplina processual específica. Ao mesmo tempo, porque situado no âmbito das atividades estatais em sentido amplo, entendemos que alguns dos princípios delineados no art. 37 da Constituição – notadamente os princípios da legalidade, da impessoalidade, da publicidade e da eficiência, mas sem excluir a moralidade – também se aplicam ao processo em sentido amplo, e não apenas ao processo administrativo *stricto sensu*.

Feitos esclarecimentos, passemos ao primeiro, e basilar princípio regulamentar de toda a atividade de um Estado de Direito: o princípio da legalidade.

#### II.3.2.1. Princípio da Legalidade

A enunciação tradicional para o princípio da legalidade determina que o Estado, no exercício de suas atividades típicas, não está vinculado à lei em um sentido negativo – *i.e.*, o Estado está limitado pelo conteúdo proibitivo das leis –, mas também em um sentido positivo: o Estado deve atuar, apenas, dentro das margens autorizadas conferidas pela lei, depositando nela o

---

<sup>131</sup> *Ibid*, p. 52.

fundamento de sua ação<sup>132</sup>. Paulo Otero, em minudente estudo sobre a legalidade e a administração pública, liga a formulação originária deste princípio, de modo muito particular, à concepção liberal-iluminista da separação de poderes: a lei em sentido formal, aprovada pelo parlamento, vincula a Administração Pública, quase sempre identificada com o Poder Executivo<sup>133</sup> (heterovinculação). Nesta formulação clássica, bem exposta por Canotilho, “[...] *num Estado democrático-constitucional a lei parlamentar é, ainda, a expressão privilegiada do princípio democrático*” e, portanto, “*o instrumento mais apropriado e seguro para definir os regimes de certas matérias*”<sup>134</sup>. Em que pese seu foco direcionado ao Poder Executivo – que, de fato, mais frequentemente detém o poder a ser controlado pela lei –, a legalidade vincula, de igual modo, o Judiciário; o grau de rigidez emprestado às formas procedimentais, combinado a um regime de nulidades – quer dizer, sanções pelo descumprimento de determinada forma procedimental pré-estabelecida – demonstra, a olhos desarmados, que o Estado-jurisdição está tão vinculado à lei (em sentido formal) como o Estado-administração. Sempre que atua de forma processualizada, o Estado vincula-se à lei.

Este princípio, basilar para o Estado de Direito, tem sido objeto de ampla revisitação doutrinária recente, voltada à transformação da legalidade na, mais ampla, categoria da *juridicidade*. As razões para este giro são diversas e complexas, mas cumpre resumi-las brevemente. A primeira delas é de ordem fática: a experiência histórica concreta revela, para além das teorias, que a pretensão de heterovinculação dos demais poderes pela lei parlamentar é de difícil realização: o Poder Executivo ocupa um papel ativo no controle do processo legiferante na maior parte das democracias contemporâneas<sup>135</sup>, seja pelo exercício da iniciativa, seja pelo veto, seja pela organização e exercício de comando sobre as coalizões parlamentares que formulam as leis em sentido formal<sup>136</sup>. A “legalidade”, por si mesma, nem sempre atua em favor do controle da administração. A segunda está ligada ao que Gustavo Binbenbojm denomina “dessacralização da lei”<sup>137</sup>, pela constatação de sua insuficiência, por si mesma, como veículo de justiça ou realização de valores democraticamente aceitos – um subproduto das crises de representatividade parlamentar.

<sup>132</sup> CANOTILHO, **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, *op. cit.*, p. 833.

<sup>133</sup> OTERO, Paulo, **Legalidade e administração pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade**, 2ª reimpr. Coimbra: Edições Almedina, 2003, p. 91.

<sup>134</sup> CANOTILHO, **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, *op. cit.*, p. 127.

<sup>135</sup> OTERO, **Legalidade e administração pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade**, *op. cit.*, p. 756.

<sup>136</sup> BINENBOJM, Gustavo, **Uma teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**, 3ª ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 140.

<sup>137</sup> *Ibid*, p. 135.

A terceira está ligada à constitucionalização do direito e ao ganho de proeminência das regras e princípios constitucionais como parâmetro da atuação estatal; a obediência à lei em sentido formal não basta se contraditória ou insuficiente à conformação com o texto constitucional<sup>138</sup>, competindo à administração (e, sobretudo, ao judiciário) controlar as leis formais em face da Constituição, deixando de aplicá-las quando pertinente. A quarta está no ganho de importância do Poder Judiciário, especialmente das cortes de vértice, como controladores da legitimidade da atuação estatal, cumprindo o papel de heterovinculação antes atribuído apenas aos parlamentos<sup>139</sup>. Outras muitas causas somam-se a estas: a incidência de normas de direito internacional<sup>140</sup>, de critérios extrajurídicos de ordem técnico-científica<sup>141</sup>, a abertura a atuações legítimas da administração *contra legem*<sup>142</sup> como balizadores da atuação estatal, etc. As fontes que orientam a atuação do Estado tornam-se mais diversas e mais carregadas de variedade em seu conteúdo, orientando com maior detalhamento a discricção dos agentes; a obediência à lei transforma-se em adesão à juridicidade ampla<sup>143</sup>.

No âmbito processual, esta legalidade-juridicidade revela uma iteração específica, como já dito, na formalidade procedimental, voltada à adequada formulação do ato decisório final. Esta violação formal, com prejuízo à parte, redundará um vício de validade do provimento. Cada disciplina processual traz consigo um regime peculiar de formalidades e nulidades, oscilando no grau de vinculação às formas. O tema, quanto ao processo administrativo, será melhor explicitado adiante.

### II.3.2.2. Princípio do Contraditório

O contraditório é, como antes referido, conforme a teoria de Fazzalari, o aspecto fundamental do direito processual, e a causa que permite materializar o processo: é a contraposição de interesses legítimos com pretensão de influir sobre o conteúdo final do provimento de direito que dá ao processo sua natureza. Portanto, sendo o contraditório integrante da própria essência do

<sup>138</sup> OTERO, **Legalidade e administração pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade**, *op. cit.*, pp. 740-741.

<sup>139</sup> Sobre a experiência portuguesa, *Ibid*, pp. 118-121.

<sup>140</sup> *Ibid*, p. 748.

<sup>141</sup> *Ibid*, pp. 764-768.

<sup>142</sup> *Ibid*, p. 988 e ss.

<sup>143</sup> BINENBOJM, **Uma teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**, *op. cit.*, p. 147.

processo, resta óbvio que cumpre ao Estado-administração (ou Estado-jurisdição) viabilizar às partes interessadas a oportunidade de manifestar-se e influir no curso da formação do ato final, especialmente sendo-lhe facultado *infirmar as posições manifestadas pela parte contrária*<sup>144</sup>. Concretamente aplicado, este princípio, conforme Cármen Lúcia Antunes Rocha, “*garante não apenas a oitiva da parte, mas que tudo quanto apresente ele no processo, suas considerações, argumentos, provas sobre a questão sejam devidamente levadas em conta pelo julgador, de tal modo que a contradita tenha efetividade e não apenas se cinja à formalidade de sua presença.*”<sup>145</sup>

Odete Medauar, apoiada na função teleológica que detêm os princípios<sup>146</sup>, elenca quatro finalidades a que se destina o princípio do contraditório: tutela das posições jurídicas dos destinatários do ato final; facilitação e aprimoramento do esforço instrutório; proporcionar o julgamento impessoal e objetivo; e, finalmente, determinar a realização transparente dos processos<sup>147</sup>.

Oposto ao poder estatal, o princípio do contraditório impõe à administração o dever de tomar por legítima e aceitável a participação de particular, sindicando interesses pessoais, no processo de formação de atos estatais, seja contra outro particular – como no caso de processos jurisdicionais cíveis –, seja, inclusive, contra a própria administração, no âmbito de um processo administrativo; no âmbito deste último, indica-se, assim, uma tendência de superação da ultrapassada e autoritária visão do administrado como “*objeto inanimado de direito, como massa de manobra*”<sup>148</sup> meramente tutelado pela administração<sup>149</sup>. Cabe-lhe, agora, reconhecer-se não mais como única detentora dos instrumentos de controle da legalidade do ordenamento jurídico e da tutela dos interesses sociais, abrindo-se aos particulares como partes legítimas para influir nos provimentos. Este assunto será mais aprofundado adiante.

### II.3.2.3. Princípio da Ampla Defesa

<sup>144</sup> MEDAUAR, *A Processualidade no Direito Administrativo*, *op. cit.*, p. 112.

<sup>145</sup> ROCHA, Cármen Lúcia Antunes, Princípios constitucionais do processo administrativo no Direito brasileiro, *Revista de Informação Legislativa*, n. 134, a. 36, set./dez. 1997.

<sup>146</sup> Cf., *supra*, à nota de rodapé nº 114.

<sup>147</sup> MEDAUAR, *A Processualidade no Direito Administrativo*, *op. cit.*, pp. 121-122.

<sup>148</sup> CARVALHO NETO, Tarcísio Vieira, O princípio da non reformatio in pejus e o controle de legalidade no processo administrativo, *in: Direito Público em evolução: estudos em homenagem à professora Odete Medauar*, Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 392.

<sup>149</sup> Cabe aqui fazer reminiscência da passagem de Fazzalari retrotranscrita e citada à nota de rodapé nº 86: “*quando se trata de um órgão público, munido de império, o autor é colocado durante a fase preparatória do ato [...], em pé de simétrica paridade em relação ao outro ou aos outros contraditores.*”

O princípio da ampla defesa está intimamente ligado ao princípio anterior; com efeito, ambos retiram sua eficácia normativa do mesmo dispositivo constitucional – a saber, o art. 5º, LV, da CRFB/1988: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”<sup>150</sup>. Sérgio Ferraz e Adilson de Abreu Dallari criticam a locução “com os meios e recursos a ela inerentes”, tendo-a por redundante. Assegurar a ampla defesa é obrigar a autoridade a garantir a atuação dos meios necessários à sua concretização<sup>151</sup>. O processo, com efeito, é o *locus* ideal para o exercício destes direitos; ilustra-se, com isso, seu papel obsequioso do controle de direitos. Odete Medauar elenca seis meios, realizados no bojo procedimental, que concretizam a ampla defesa.

O primeiro deles é a oportunidade de oferecimento de defesa prévia a qualquer provimento que possa impactar negativamente a esfera de direitos do interessado. Isto implica, além da necessidade de instalação do processo – simples que seja –, a oportunidade de manifestação, de apresentação do contraditório e do requerimento de produção de provas para subsidiar os argumentos favoráveis ao interesse da parte, tudo isto de forma prévia ao provimento que o afetará<sup>152</sup>.

O segundo deles é, após a emissão do provimento pela autoridade, o direito de requerer revisão e, sobretudo, alteração da decisão por outra; em suma, o direito de interpor um recurso<sup>153</sup>. No âmbito jurisdicional, fala-se em “*princípio do duplo grau de jurisdição*”<sup>154</sup>. No âmbito administrativo, fala-se apenas no direito de interpor um recurso administrativo. O tema é central a este trabalho e será, como é evidente, objeto de estudo mais adiante. Suficiente, por ora, dizer que o recurso dá à parte de ter sua discordância do provimento estatal uma natureza eficaz, capaz de alterar, a princípio, a decisão que lhe tenha sido desfavorável. As razões do Estado não se tornam absolutas mesmo diante de um pronunciamento formal, seja jurisdicional, seja noutro âmbito.

---

<sup>150</sup> BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, art. 5º, LV.

<sup>151</sup> DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio, **Processo Administrativo**, São Paulo: Malheiros Editores, 2001, p. 70.

<sup>152</sup> MEDAUAR, **A Processualidade no Direito Administrativo**, *op. cit.*, pp. 137-138.

<sup>153</sup> *Ibid*, p. 139.

<sup>154</sup> Se bem que, modernamente, este princípio seja alvo de críticas por parte da doutrina, ainda é este frequentemente incluído nos róis de princípios fundamentais do direito processual civil e do direito processual penal. Ver, a favor, em uma enunciação já clássica, CINTRA; DINAMARCO; GRINOVER, **Teoria Geral do Processo**, *op. cit.*, pp. 80-82.

O terceiro deles é o direito à defesa técnica, exercida por profissional habilitado e qualificado<sup>155</sup>. No processo jurisdicional, como regra, a defesa técnica por advogado regularmente inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil, em razão do pressuposto processual subjetivo da *capacidade postulatória*, detido pelo particular apenas em processos específicos<sup>156</sup>. Nos processos administrativos, em que admissível a autodefesa, a defesa técnica é entendida como *faculdade* da parte, não ensejando nulidade a ausência de assistência por advogado, mesmo em processos de índole sancionatória e disciplinar<sup>157</sup> – ver, a propósito, o teor do enunciado da Súmula Vinculante nº 5 do Supremo Tribunal Federal, objeto de cáusticas críticas pela doutrina publicista<sup>158-159</sup>.

O quarto meio está consubstanciado no direito de informação acerca da existência e do trâmite do processo<sup>160</sup>. No processo jurisdicional, esta função é exercitada no bojo do (fundamental) instituto da *citação* e pelas comunicações processuais. No processo administrativo, a informação alusiva ao início do processo é prestada mediante a notificação da parte, que deve incluir os fatos e o direito incidentes ao caso. Em ambos os processos, este elemento da ampla defesa também se materializa, por exemplo, na intimação das partes à prática de atos processuais e no direito de ter vista dos autos processuais<sup>161</sup>.

O quinto e o sexto destes meios estão relacionados à produção de provas, destinadas a instruir as alegações emitidas pelas partes<sup>162</sup>. São eles o direito de *requerer a produção de provas* e de *ter inadmitidas as provas ilegalmente produzidas*. Ambos os assuntos têm amplos desdobramentos no direito processual. Por estes meios, a autoridade estatal deve abrir-se à *participação* concreta dos sujeitos interessados na atividade de demonstrar que o provimento por eles almejado é, em concreto, o mais adequado, mas em respeito às normas que resguardam outros

<sup>155</sup> MEDAUAR, **A Processualidade no Direito Administrativo**, *op. cit.*, p. 140.

<sup>156</sup> *V.g.*, processos perante os Juizados Especiais Cíveis com valor da causa inferior a vinte salários-mínimos (art. 9º da Lei 9.099/1995), processos trabalhistas com base no art. 791 da Consolidação das Leis do Trabalho, o *habeas corpus*, etc.

<sup>157</sup> MEDAUAR, **A Processualidade no Direito Administrativo**, *op. cit.*, p. 142.

<sup>158</sup> *Ibid*, p. 143. O Superior Tribunal de Justiça, anteriormente, considerava obrigatória a presença da defesa técnica em processos administrativos disciplinares, especialmente quando passível de demissão o servidor público (cf. o antigo enunciado nº 343 da Súmula do STJ). De fato, considerando a potencial complexidade e a gravidade das sanções potencialmente advindas do processo disciplinar, a interpretação do STJ parece mais obsequiosa à ampla defesa, especialmente quando interpretado o art. 5º, LV da Constituição conjuntamente ao art. 133 da mesma carta.

<sup>159</sup> Uma outra observação: Sérgio Ferraz e Adilson Dallari aludem à existência de uma – deletéria – cultura institucional que identifica a presença do advogado em um processo administrativo como uma “*provocação, acinte*” ou, mesmo “*confissão de culpa*”. Trata-se de um fenômeno não tão propriamente jurídico, mas que reclama soluções de natureza social entre administradores públicos. Ver, a respeito, DALLARI; FERRAZ, **Processo Administrativo**, *op. cit.*, p. 71.

<sup>160</sup> MEDAUAR, **A Processualidade no Direito Administrativo**, *op. cit.*, p. 143.

<sup>161</sup> DALLARI; FERRAZ, **Processo Administrativo**, *op. cit.*, p. 72.

<sup>162</sup> MEDAUAR, **A Processualidade no Direito Administrativo**, *op. cit.*, p. 143.

direitos fundamentais – tais como a privacidade, a intimidade, o sigilo das comunicações, etc. –, resguardando-se a esfera pessoal em face de devassas perpetradas a pretexto da instrução processual. É evidente que, como qualquer direito, o uso abusivo destes direitos é vedado, sendo possível, pois, o indeferimento – motivado e racional – de provas genéricas, protelatórias ou desligadas do curso intelectual procedimental<sup>163</sup>

#### II.3.2.4. Princípio da Impessoalidade

Este princípio está expressamente previsto no *caput* do art. 37 da Constituição e, ali, é indicado como um princípio da administração pública; entretanto, sob a edificação teórica aqui empreendida – do processo como uma atividade geral de direito público, no âmbito jurisdicional ou administrativo –, a ninguém é dado ignorar os relevantíssimos desdobramentos que a impessoalidade carrega ao âmbito processual<sup>164</sup>.

O primeiro deles, considerando-se a definição de processo como procedimento em contraditório – e, portanto, um enquadramento de interesses diversos –, é consectário da impessoalidade a “*exigência de ponderação equilibrada de todos os interesses envolvidos, para que não se editem decisões movidas por preconceitos ou radicalismos de qualquer tipo*”<sup>165</sup>. Não é dado à autoridade julgadora tomar qualquer consideração como aprioristicamente legítima em detrimento das demais, ou, mais ainda, inserir no julgamento critério extrajurídico ligado ao caráter ou a(à) (falta de) qualidades dos sujeitos interessados; seu norte, ao contrário, deve ser a tutela da ordem jurídica<sup>166</sup>.

<sup>163</sup> DALLARI; FERRAZ, **Processo Administrativo**, *op. cit.*, p. 70.

<sup>164</sup> Tarcísio Vieira de Carvalho Neto, que produziu, entre nós, o mais completo estudo sobre a impessoalidade no direito brasileiro – o já citado “*O princípio da impessoalidade nas decisões administrativas*” – ressalta, no entanto, para um detalhe fundamental: no âmbito administrativo, a administração é parte – e tem, pois, seus interesses enquadrados na decisão –, enquanto, no âmbito jurisdicional, o juiz não detém interesse no provimento final. Já havíamos tratado da questão acima, quando da definição do processo em Elio Fazzalari. Tarcísio Vieira de Carvalho, para superar o problema da diferenciação, apoia-se na doutrina italiana de Umberto Allegreti, que assim resumimos: não sendo possível falar-se em *desinteresse* da administração – como seria de se esperar de um juiz investido –, cumpre-lhe buscar a imparcialidade através (i) da avaliação “*dos interesses concorrentes para conformação de sua função de concretizar o interesse público primário*”; (ii) eliminação da politização das decisões (i.e., o resguardo do chamado “*interesse público primário*” em distinção em relação aos “*interesses públicos secundários*”); (iii) busca de uma atuação “*justa*”, arrimada no ordenamento jurídico e em suas finalidades, em contrapartida aos demais sujeitos cujos interesses enquadrados no processo, que defenderão seus interesses pessoais. Ver, a propósito, CARVALHO NETO, **O princípio da impessoalidade nas decisões administrativas**, *op. cit.*, pp. 209-213.

<sup>165</sup> MEDAUAR, Odete, **Direito Administrativo Moderno**, 22ª ed., rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 127.

<sup>166</sup> CARVALHO NETO, **O princípio da impessoalidade nas decisões administrativas**, *op. cit.*, p. 92.

O segundo desdobramento concreto da impessoalidade em matéria processual – hipótese em que ganha ares de regra – encontra-se no regime de impedimentos e suspeições<sup>167</sup>, cuja desobediência tem o condão de produzir nulidade do provimento final. No processo jurisdicional, o desinteresse do juiz está elevado à condição de *pressuposto processual*; no processo administrativo, este regime vocaciona-se a “*elencar como critério fundamental o de objetividade no atendimento do interesse público, sendo vedada a promoção pessoal dos agentes estatais*”<sup>168</sup> – e cabe acrescentar: de pessoas que sindiquem interesses estranhos à ordem jurídica. O regime de suspeições e impedimentos encontra-se densificado tanto no Código de Processo Civil como na Lei 9.784/1999, respectivamente, aos arts. 144 e 145 e 18 a 21.

Em um caminho inverso, o princípio da impessoalidade (nos provimentos estatais) também encontra no processo uma interface sensível de concretização. O assunto é complexo e será tratado, de forma resumida, mais adiante. Podemos-lo resumir, contudo, com Tarcisio Vieira de Carvalho, na superação da concepção da administração como detentora de poder unilateral e autorreferenciado, sem a participação do administrado<sup>169</sup>, na formação de decisões administrativas.

### II.3.2.5. Princípio da Razoável Duração do Processo

O princípio da razoável duração do processo extrai diretamente seu conteúdo normativo do art. 5º, LXXVIII da Constituição da República, incluído pela Emenda Constitucional nº 45/2004 – em que pese confluir com outros tantos dispositivos constitucionais, cujos textos, bem interpretados, já poderiam ao princípio força normativa própria<sup>170</sup>. Segundo Odete Medauar, “*este princípio traduz a exigência de aceleração temporal da tomada de decisões*”, ponderados, evidentemente, conforme a natureza do provimento que se almeja. Processos de índole simples requestam uma decisão célere; processos multifacetados, enredando interesses múltiplos e de difícil ponderação, e com critérios de julgamento complexos, terão períodos de trâmite elásticos<sup>171</sup>.

<sup>167</sup> *Ibid*, p. 137.

<sup>168</sup> *Ibid*.

<sup>169</sup> *Ibid*, p. 237. O autor liga o tema ao seminal ensaio “*A Superação do Ato Administrativo autista*”, do prof. Floriano de Azevedo Marques. MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo, A superação do ato administrativo autista, *in*: **Os caminhos do ato administrativo**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, pp. 89-113.

<sup>170</sup> Em âmbito jurisprudencial, por exemplo: BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, REsp 690.811/RS, 1ª turma. Relator: Min. José Delgado, publ. DJ em 19.12.2005.

<sup>171</sup> MEDAUAR, Odete, O princípio da razoável duração do processo administrativo, *in*: **Atuais Rumos do Processo Administrativo**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 100.

A razão de ser do princípio da razoável duração do processo está fundada no dever que compete ao Estado de proteger os interesses legítimos do peticionário<sup>172</sup> e de tutelar a aplicação das normas jurídicas, atividade que se realiza, por excelência, pela emissão do provimento estatal. A lentidão em realizá-lo redonda omissão material do Estado no cumprimento deste dever.

Odete Medauar elenca oito meios de concretização deste princípio: (i) a fixação de prazos decisórios para a autoridade julgadora (v.g., no art. 226 do CPC e no art. 49 da Lei 9.784/99); (ii) a fixação de prazos para manifestação das partes interessadas (nos quais o conceito da *preclusão temporal* reveste-se de particular importância); (iii) previsão de sanções ou consequências concretas para o descumprimento destes prazos, inclusive para a autoridade estatal (a implicar, pois, a equalização dos “prazos impróprios”, problema ainda sem solução no âmbito jurisdicional); (iv) estabelecimento de mecanismos de controle interno destes prazos (mediante utilização do poder hierárquico, em âmbito administrativo, ou, em âmbito jurisdicional, pela sistemática das metas do Conselho Nacional de Justiça)<sup>173</sup>; (v) responsabilização do Estado pelo descumprimento de prazos, mediante ação judicial, na linha do que permitido por ordenamentos europeus; (vi) perda da possibilidade de atuação após o decurso de prazo não cumprido; (vii) no processo administrativo, redução do número de instâncias de tramitação processual; e, também neste âmbito, (viii) reunião, para deliberação conjunta, destas instâncias decisórias, como permite o art. 35 da Lei 9.784/99<sup>174</sup>.

### II.3.2.6. Princípio da Publicidade

O princípio da publicidade está ligado de modo muito particular à própria natureza do Estado: “[t]udo que nele se passa, tudo que faz, tudo que possui, tem uma direção exterior”<sup>175</sup>.

Em âmbito jurisdicional, o princípio da publicidade encontra previsão específica no dispositivo do art. 93, IX da Constituição; ademais, o art. 5º, XXXIII estabelece um direito fundamental a “receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo e geral...”, modulado quando o (excepcional) sigilo seja necessário à tutela da “segurança da sociedade e do Estado”.

<sup>172</sup> CANOTILHO, **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, *op. cit.*, p. 503.

<sup>173</sup> Cf. Resolução/CNJ 325/2020.

<sup>174</sup> MEDAUAR, O princípio da razoável duração do processo administrativo, *op. cit.*, pp. 102-103.

<sup>175</sup> SUNDFELD, **Fundamentos de Direito Público**, *op. cit.*, p. 177.

Como referido, todos os atos do Estado são destinados ao exterior. Mas, como bem refere Carlos Ari Sundfeld, qualquer ato jurídico concretiza-se mediante alguma forma, limitada que seja, de exteriorização. No Direito Público, entretanto, todo o *iter* pelo qual se constroem os atos e provimentos estatais deve dar-se de modo público, amplo e transparente<sup>176</sup>. Significa, pois, que o poder estatal, construído de modo processualizado, deve ser exercido de modo aberto ao público. Com efeito, a relação entre processo e publicidade é tal que Massimo Occhiena, citado por Odete Medauar, define-a como “*rispetto delle regole procedimentali e organizzative, di quelle sugli atti e provvedimenti volte a garantirne la conoscibilità, trascurandone l’effettiva intelligibilità da parte del cittadino*”<sup>177</sup>. A publicidade do processo é condição para que a este seja dada a função de legitimação dos atos estatais – condição para realização da participação e do controle, dois elementos centrais da *ratio essendi* do processo.

A publicidade carrega outros consectários, muitos dos quais já descritos acima: no âmbito pessoal do interessado no provimento, a publicidade dá-lhe o direito de ser cientificado dos atos processuais praticados, de ter vista dos autos, de comparecer a eventuais audiências ou reuniões colegiadas destinadas a dar seguimento ao trâmite processual. A motivação – necessária à legitimidade jurídica de qualquer ato – também é consequência da publicidade, pelo que demanda à autoridade que exteriorize as razões que orientam sua decisão, tornando-as cognoscíveis e, pois, controláveis; e, do mesmo modo, o processo está na raiz do caminho de formatação da motivação<sup>178</sup>. A verificação da identidade entre os motivos construídos no trâmite processual e os motivos declinados na decisão é parâmetro essencial para o controle do provimento final<sup>179</sup>. A publicidade é pressuposto para essa verificação.

### II.3.2.7. Princípio da Segurança Jurídica (e proteção à confiança legítima)

O princípio da segurança jurídica é produto de construção teórica não muito antiga, e tem ganhado importância gradativa no direito brasileiro. Seu papel, é verdade, muito relaciona-se a

<sup>176</sup> *Ibid.*

<sup>177</sup> OCCHIENA, Massimo, I Principi di Pubblicità e Trasparenza, in: **Studi sui Principi del Diritto Amministrativo**, [s.l.]: Giuffrè, 2012, p. 143. Trad. de Odete Medauar: “*respeito das regras procedimentais e organizacionais, das regras dos atos destinados a garantir sua cognoscibilidade e efetiva inteligibilidade por parte dos cidadãos*”. In: MEDAUAR, Odete, **O Direito Administrativo em Evolução**, 3ª ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017, p. 309.

<sup>178</sup> DUARTE, David, **Procedimentalização, participação e fundamentação: para uma concretização do princípio da imparcialidade administrativa como parâmetro decisório**, Coimbra: Edições Almedina, 1996, p. 94.

<sup>179</sup> *Ibid.*, p. 97.

questões de direito substancial, e especialmente mediante aplicação da fórmula da “*coisa julgada, ato jurídico perfeito e direito adquirido*” presentes na Constituição da República – a este, Almiro do Couto e Silva denomina aspecto “*objetivo*” da segurança jurídica<sup>180</sup>. Mas isto não exclui aspectos relevantes de sua aplicação no direito processual, que, sob o aspecto “*subjetivo*”, na definição do mesmo autor, aludem à “*concerne à proteção à confiança das pessoas no pertinente aos atos, procedimentos e condutas do Estado, nos mais diferentes aspectos de sua atuação.*”<sup>181</sup> Neste sentido, J. J. Gomes Canotilho desdobra o conteúdo deste princípio sob a ótica dos “atos normativos”, dos “atos jurisdicionais” e dos “atos da administração”<sup>182</sup>. Interessam-nos estes dois últimos, apenas naquilo que se ligam ao processo jurisdicional e administrativo, respectivamente.

Esquematisado em linhas gerais, este princípio preconiza que os atos ou provimentos estatais que afetem direitos, interesses ou posições jurídicas subjetivos legítimos produzam os efeitos previstos e prescritos no ordenamento jurídico<sup>183</sup>. Em âmbito processual, isto significa – além da eficácia estabilizada das decisões finais, que no processo jurisdicional recebe o nome de *coisa julgada*<sup>184</sup> – sobretudo a “*previsibilidade ou eficácia ex ante [...], que, fundamentalmente, se reconduz à exigência de certeza e calculabilidade, por parte dos cidadãos, em relação aos efeitos jurídicos dos actos normativos*”<sup>185</sup>. Significa, concretamente, que o caminho procedimental e as formas para a prática dos atos processuais devem ser seguidos, na medida em que necessárias à preservação do efeito esperado, sob pena de invalidade – nulidade ou anulabilidade. Significa, ademais, que a posição jurídica do participante do processo deve ser resguardada, não podendo ser alterada em seu prejuízo antes, ao menos, de sua oitiva.

O princípio da segurança jurídica vem, nas últimas décadas, ganhando um novo e, entendemos, fundamental componente, especialmente aplicável ao processo administrativo: a

---

<sup>180</sup> 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 de Direito Administrativo*, v. 237, 2004, p. 273.

<sup>181</sup> *Ibid*, p. 274.

<sup>182</sup> CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, *op. cit.*, pp. 257-265.

<sup>183</sup> Versão simplificada da gongórica definição de Canotilho: *Ibid*, p. 257.

<sup>184</sup> A propósito, CINTRA; DINAMARCO; GRINOVER, *Teoria Geral do Processo*, *op. cit.*, p. 326 e ss. Em relação, especificamente, aos processos administrativos – nos quais não se pode falar, propriamente, em *coisa julgada* –, a interface da segurança jurídica *ex post* se revela na chamada “preclusão administrativa”, que impede a rediscussão da matéria por via administrativa. Após um processo administrativo voltado à conformação concreta dos motivos da decisão (ver David Duarte, *supra*, à nota nº 172), a administração autovincula-se aos motivos determinantes, a impedir sua revisão administrativa em detrimento de direitos assegurados a particulares. GRINOVER, *Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo*, *op. cit.*, p. 27.

<sup>185</sup> CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, *op. cit.*, p. 264.

*proteção à confiança legítima*, especificamente em relação à eficácia subjetiva posterior à emissão do provimento estatal – da decisão judicial, da decisão administrativa. Segundo Odete Medauar, apoiada na doutrina italiana, este princípio impõe “*um limite às escolhas discricionárias da Administração, obrigada a avaliar, na ponderação de interesses que está na base do ato [...], as legítimas expectativas do cidadão*”<sup>186</sup>. Esta afirmação merece alguma complementação, sobretudo porque pode trazer implicações de peso para o objeto deste estudo.

Paola Jambrenghi divide a proteção à confiança legítima em três aspectos: um objetivo, que “*presuppone l'esistenza in capo al soggetto privato di una situazione giuridica di vantaggio, sorta in conseguenza di un comportamento dell'amministrazione, concretatosi in un provvedimento*”<sup>187</sup>; um subjetivo, “*che si riferisce alla legittima convinzione del soggetto privato circa la legittimità del provvedimento, quindi al concetto di buona fede in senso soggettivo*”<sup>188</sup>; e um temporal, associado à razoabilidade do momento em que realizada a revisão do ato – *i.e.*, se abruptamente, se após a consolidação da situação jurídica, se em pouco tempo. Com efeito, o particular, quando beneficiado por algum provimento estatal emitido de modo idôneo e adequado, após a trajetória normal de sua formação, haverá de pautar sua conduta a partir do conteúdo da decisão. É o próprio Estado que assim o impele quando confere a seus próprios atos – seja a decisão judicial, seja um provimento administrativo – alguns atributos que, em última instância, revestem-no de autoridade e força próprias. O particular *confia* na eficácia dos atos normativos estatais; sua alteração brusca, à guisa de tutela do interesse do Estado, deve ser adequada em um sentido temporal e cronológico – entre nós, um excelente exemplo encontra-se no art. 54 da Lei 9.784/99, que estabelece o prazo decadencial de cinco anos para a anulação de atos que gerem benefícios a particulares<sup>189</sup>, objeto do estudo de Almiro do Couto e Silva retrotranscrito – e obsequiosa do contraditório e ampla defesa.

---

<sup>186</sup> MEDAUAR, **O Direito Administrativo em Evolução**, *op. cit.*, p. 324. A citação original é de M. T. Paola Jambrenghi: JAMBRENGHI, M. T. Paola Caputi, Il principio del legittimo affidamento, *in: Studi sui Principi del Diritto Amministrativo*, [s.l.]: Giuffrè, 2012, p. 159 e 162.

<sup>187</sup> JAMBRENGHI, Il principio del legittimo affidamento, *op. cit.*, p. 160. Trad. livre: “*Pressupõe a existência, por parte do sujeito privado, de uma situação jurídica de vantagem, surgida como consequência de um comportamento da administração, concretizado em um provimento*”. A tradução do termo “*provvedimento*” poderia, também, ser “ato administrativo”, contexto da escrita do ensaio. Entretanto, utilizo o termo “*provvedimento*” no sentido empregado deste o início do texto, tomado do – também italiano – Elio Fazzalari, exprimindo uma categoria mais alargada de “ato estatal”.

<sup>188</sup> *Ibid.* Trad. livre: “*que se refere à legítima convicção do sujeito privado sobre a legitimidade do provimento, ou seja, ao conceito de boa-fé em sentido subjetivo*”.

<sup>189</sup> SILVA, 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), *op. cit.*, *passim*.

Mas o conteúdo deste princípio não se esgota aí; é necessário, também, na medida do juridicamente possível, resguardar os efeitos benéficos conferidos ao particular *de boa-fé*. A boa-fé, como dito, é elemento inarredável da confiança legítima merecedora de proteção<sup>190</sup>.

É forçoso notar, entretanto, que, especialmente no âmbito do processo administrativo, a proteção à confiança legítima contrapõe-se ao princípio da autotutela e à ideia de revisão oficiosa dos atos com vistas ao controle de legalidade. Como sói ocorrer com os princípios, cabe, em uma situação concreta, *ponderá-los* conforme os interesses e direitos subjetivos enredados. A ligação com a questão da *reformatio in pejus* torna-se bem óbvia: a proteção à confiança do administrado beneficiado por um provimento administrativo pode, em determinados casos, ser ponderada por uma necessidade de revisão e controle da decisão, em obséquio à aplicação mais adequada da lei? O empreendimento de tentar equacionar a questão será realizado no último capítulo.

#### II.3.2.8. Princípio do devido processo legal

As fórmulas principiológicas antes expostas, todas, concorrem normativamente para um princípio importância elevada – o *devido processo legal*. O termo, e sobretudo o conteúdo axiológico que encerra, não são uma inovação contemporânea. Ao contrário, o direito a um julgamento conforme a leis anteriores e obedecendo a um *iter* processual preestabelecido pode ser datado, no mínimo, do medievo<sup>191</sup>. A formulação do dispositivo que confere ao princípio sua força normativa, o art. 5º, LIV da Constituição da República, cujo texto lê, *in litteris*, que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”, possui inegável similaridade com textos de outros ordenamentos, e, em particular o texto da 5ª e 14ª Emendas à Constituição dos Estados Unidos da América: “[...] *nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law* [...]”<sup>192</sup> – a ilustrar, com vivas cores, a vocação deste princípio como um marco no desenvolvimento histórico do Estado de Direito e como padrão civilizatório de justiça, refletido em tantos outros pactos e tratados no Direito Internacional<sup>193</sup>; na formulação de

<sup>190</sup> JAMBRENGHI, Il principio del legittimo affidamento, *op. cit.*, p. 165.

<sup>191</sup> Cármen Lúcia Antunes Rocha situa-o no direito medieval inglês, e especialmente declarado na Magna Carta de 1215. Ver, a respeito: ROCHA, Princípios constitucionais do processo administrativo no Direito brasileiro, *op. cit.*, p. 14.

<sup>192</sup> ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, Constitution of the United States.

<sup>193</sup> Marinoni cita, como exemplos, a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), a Convenção Europeia dos Direitos do Homem (1950), a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969) e o Pacto Internacional relativo

Cármem Lúcia Antunes Rocha, a “*juridicidade do exercício do poder passou a ter, no princípio do devido processo legal, a sua manifestação excelente*”<sup>194</sup>. É o princípio necessário à defesa concreta dos direitos; nele, o caminhar processual preestabelecido legitima a própria conformação da norma jurídica individualizada que o provimento final materializa<sup>195</sup>.

Este princípio congrega materialmente quase todos os outros aqui tratados, adicionados de outros tantos conforme a natureza do processo sobre o qual incide. No processo jurisdicional, são fundamentais o princípio do *juiz natural*<sup>196</sup> – que veda o estabelecimento de juízos de exceção, *ad hoc* ou específicos para uma só pessoa –, as medidas garantidoras do *acesso à justiça* e a *colaboração* das partes com o juiz. No processo administrativo, além dos princípios contidos no art. 37, *caput* da Constituição e não especificamente mencionados – em especial a moralidade –, têm-se os princípios da *motivação*, da *razoabilidade* e da *proporcionalidade* e do *interesse público*<sup>197</sup> – sobre os quais se traçarão mais comentários abaixo –, e da *utilidade*<sup>198</sup>.

Muitos outros princípios e regras regentes do direito processual em geral podem ser traçados. Este trabalho, como é próprio ao gênero da monografia, deve concentrar-se naqueles mais relevantes para o recorte traçado alusivo à *reformatio in pejus* e, portanto, exclui muitos outros que seriam sequiosos de uma elaboração teórica. Infelizmente não é possível realizá-lo neste momento.

---

aos Direitos Civis e Políticos (1966). Ver: MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, **Curso de Processo Civil**, *op. cit.*, p. 458.

<sup>194</sup> ROCHA, Princípios constitucionais do processo administrativo no Direito brasileiro, *op. cit.*, p. 15.

<sup>195</sup> Tomamos a referência de CANOTILHO, **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, *op. cit.*, p. 493. Infelizmente, o estreito escopo deste trabalho não permite aprofundar a questão, que, contudo, está no coração das teorias do direito contemporâneo e mobiliza textos de profunda acuidade; podem-se conferir, por exemplo, a obra *Legitimação pelo Procedimento*, de Niklas Luhmann, e *Facticidade e Validade*, de Jürgen Habermas, especialmente os capítulos VII e VIII.

<sup>196</sup> Relativamente ao princípio do juiz natural no processo administrativo, reportamo-nos à explicação de Tarcisio Vieira de Carvalho Neto, com apoio na obra de Marçal Justen Filho: diante da inexistência, no direito brasileiro, de um corpo de agentes dotados do dever de decidir, regularmente e de maneira organizada, os litígios administrativos, não há, de maneira pré-determinada, uma instância julgadora natural a determinado caso. Entretanto, sempre que existir uma tal instância – por exemplo, um órgão colegiado de uma agência reguladora –, “*será aplicável o princípio do juiz natural*”; do mesmo modo, ainda se aplicam outros tantos princípios que compõem o devido processo administrativo, e, para o autor, em especial, a impessoalidade. Ver: CARVALHO NETO, **O princípio da impessoalidade nas decisões administrativas**, *op. cit.*, p. 246.

<sup>197</sup> DALLARI; FERRAZ, **Processo Administrativo**, *op. cit.*, pp. 58 e ss., 61 e ss. e 76 e ss.

<sup>198</sup> CARVALHO NETO, **O princípio da impessoalidade nas decisões administrativas**, *op. cit.*, p. 247.

#### II.4. Conclusões provisórias.

Neste capítulo, tentou-se elaborar uma teoria geral do processo enquanto “*modo normal de agir do Estado*”<sup>199</sup>. Em que pese a possibilidade de uma solução puramente dogmática, a partir de uma interpretação do texto constitucional – que não confere apenas ao processo *jurisdicional* a natureza de “*processo*”, utilizando o termo, também, para o processo administrativo (e legislativo) –, optou-se por uma investigação zetética, a partir da própria doutrina processualista, sobre uma teoria do processo aberta a outras formas de agir processual que não aquela desempenhada puramente diante do juiz; a solução encontrada repousa sobre a doutrina de Elio Fazzalari e a definição, agora muito sintetizada, de processo como “*procedimento em contraditório*”: existindo interesses conflitantes no conteúdo final de algum provimento estatal, desnova-se um processo que atrai para si todas as garantias e princípios legais. Por este motivo, realizou-se uma investigação de quais são (alguns) (d)estes princípios do direito processual, que norteiam este “*modo normal de agir do Estado*”, que necessariamente deve ser aberto à tutela dos direitos fundamentais daqueles que compõem a comunidade política que o estabelece.

A seguir, enveredaremos no tema específico do processo administrativo. A vastidão do tema implica a necessidade de uma passagem alta sobre alguns de seus aspectos, que devem voltar-se à problemática a que se busca responder nesta monografia. Tomaremos, para apoiar a estrutura da exposição do tema, a obra “*A Processualidade no Direito Administrativo*” de Odete Medauar – quer dizer, seguiremos, em regra, a ordem de exposição preconizada pela autora – sempre complementada por substanciais aportes da doutrina brasileira e estrangeira. Em primeiro lugar, faremos uma exposição do desenvolvimento histórico do raciocínio processualizado no Direito Administrativo. A seguir, vai tentar-se situar o processo administrativo no âmbito da relação entre o Estado e o particular, explorando-se o processo administrativo como entremeio para a participação do particular e para a democratização da atuação administrativa. Também se tecerão breves notas sobre a relação entre o controvertido conceito do *interesse público* e o processo administrativo. Finalmente, vão-se expor os elementos formais e materiais do processo administrativo: legislação, tipologia e estrutura. A partir disto, ficará pavimentado o caminho para a exploração do tema dos recursos do processo administrativo no último capítulo.

---

<sup>199</sup> SUNDFELD, **Fundamentos de Direito Público**, *op. cit.*, p. 91.

### III. ASPECTOS GERAIS DO PROCESSO ADMINISTRATIVO

#### III.1. O desenvolvimento da ideia de processo administrativo. A definição contemporânea.

Como exposto no capítulo anterior, o processo foi, por alargado intervalo, entendido como uma peculiaridade da atividade jurisdicional do Estado, voltada, por seu turno, à resolução de conflitos jurídicos entre agentes privados. Não surpreende, pois, que o pensamento processualístico não tenha integrado qualquer parte das elaborações teóricas do Direito Administrativo no primeiro século de sua existência moderna<sup>200</sup>, que se ocupou de conter a atuação do Estado sob limites materiais. Apenas nos últimos anos do oitocentos é que se inicia alguma, incipiente e tímida, forma de pensamento processualístico da atuação administrativa.

David Duarte situa a origem remota do processo administrativo na tortuosa e casuística conformação do Direito Administrativo pelo *Conseil d'État* francês no exercício da função de “*avaliação administrativa das decisões*”. Situa-o, especialmente, no desenvolvimento da teoria do vício de forma<sup>201</sup> como hipótese de excesso de poder (*excès de pouvoir*), que autorizava o Conselho a promover a anulação do ato<sup>202</sup>. A partir de uma interpretação ampliada do conceito de “*vício de forma*”, tomando-o não como “*defeito no meio de exteriorização da decisão*”, mas como irregularidade “*relativ[a] ao conjunto de actos antecedentes à decisão e que se repercutem nesta*”, a ideia de vício de forma adquire uma feição de “*irregularidade de procedimento*”<sup>203</sup>. Somada ao surgimento da teoria do ato complexo – que pressupunha a atuação de múltiplos agentes na conformação de um ato<sup>204</sup> –, pela primeira vez vislumbra-se a ideia de estabelecer-se um itinerário cogente como necessário à validade de um ato administrativo<sup>205</sup>.

No entanto, é necessário acautelar-se de que este desenvolvimento não constitui a gênese do processo administrativo propriamente dito. Inexiste, neste momento, a ideia de um

<sup>200</sup> MEDAUAR, *O Direito Administrativo em Evolução*, *op. cit.*, p. 285.

<sup>201</sup> Que, conjuntamente à incompetência, ao desvio de poder (*détournement de pouvoir*) e à violação a direitos adquiridos, formam as hipóteses clássicas de nulidade do ato administrativo.

<sup>202</sup> DUARTE, *Procedimentalização, participação e fundamentação: para uma concretização do princípio da imparcialidade administrativa como parâmetro decisório*, *op. cit.*, p. 47.

<sup>203</sup> *Ibid*, p. 49.

<sup>204</sup> MEDAUAR, *A Processualidade no Direito Administrativo*, *op. cit.*, p. 62.

<sup>205</sup> DUARTE, *Procedimentalização, participação e fundamentação: para uma concretização do princípio da imparcialidade administrativa como parâmetro decisório*, *op. cit.*, p. 49.

procedimento necessário, anterior e uniformemente aplicável a todas as decisões administrativas: Duarte mesmo qualifica esta versão do *procedure* como “muitas vezes voluntário e dependente de opções administrativas ocasionais”, não raro fruto de normas simplórias de organização governamental<sup>206</sup>. E, fundamentalmente, esta iteração da “*irregularité de procédure*” está ainda presa unicamente à questão da validade do ato administrativo. O procedimento ainda não é autônomo frente ao ato.

Seguem-se algumas etapas históricas importantes para a autonomização do processo administrativo. Em 1889, edita-se na Espanha a *Ley Azcárate*, que, baseada nas normas de organização interna do Ministério da Fazenda<sup>207</sup>, estabeleceu uma primeira disciplina uniforme, aplicável a todos os órgãos do poder Executivo, para o exercício de suas respectivas competências<sup>208</sup>. Em 1925, é na Áustria que se edita outra lei paradigmática estabelecadora de regras (assaz estritas) para formação de atos administrativos<sup>209</sup>; a doutrina administrativista passa a introjetar a ideia processual para si e reivindicá-lo como um aspecto da atividade administrativa<sup>210</sup>: Adolf Merkl, por exemplo, apresenta-o como “*no más que un caso particular del derecho procesal*”<sup>211</sup>, cuja razão de ser está “[en] *el empeño de proporcionar a los hombres que obtienen su derecho em cada caso particular a través de las autoridades administrativas, las mismas garantías de la juridicidad [...] que ofrece el derecho procesal judicial*”<sup>212</sup>. Estes desenvolvimentos históricos já permitem que, na década de 1940, a concepção prevalente tenda a separar o ato final do procedimento que o conforma, como o “*aspecto dinâmico do fenômeno*” da atuação estatal<sup>213</sup>.

De modo relativamente paralelo a este desenvolvimento teórico (centrado no continente europeu), emergiu, no imediato pós-guerra, outro alargamento relevante para o processo administrativo, centrado, desta vez, nos Estados Unidos. Fruto das acomodações do novo papel do Estado americano da era legatária do *New Deal*, o *Federal Administrative Procedure Act 1946* (APA), primeira lei americana sobre o tema, editada em um sistema estranho ao desenvolvimento

<sup>206</sup> *Ibid*, pp. 49 e 51.

<sup>207</sup> *Ibid*.

<sup>208</sup> MEDAUAR, **O Direito Administrativo em Evolução**, *op. cit.*, p. 285.

<sup>209</sup> David Duarte insere três características no “modelo austríaco” de processo administrativo: “[grande] *extensão da regulamentação, não incorporação do direito material, hiper-formalização do procedimento [...] e uma concepção diminuta da publicidade procedimental*”. Este padrão foi muito influente na Europa Central

<sup>210</sup> MEDAUAR, **O Direito Administrativo em Evolução**, *op. cit.*, p. 286.

<sup>211</sup> MERKL, Adolf, **Teoría General del Derecho Administrativo**, Santiago: Ediciones Olejnik, 2018, p. 284.

<sup>212</sup> *Ibid*, p. 288.

<sup>213</sup> MEDAUAR, **A Processualidade no Direito Administrativo**, *op. cit.*, p. 65.

típico do direito continental, introduziu significativos aportes à concepção do processo administrativo e, sobretudo, dos requisitos de sua validade. O APA trouxe, como principal inovação, a incorporação do princípio do devido processo legal (na iteração própria à 5ª emenda à Constituição dos Estados Unidos<sup>214</sup>) na atividade administrativa ordenadora e regulamentadora<sup>215</sup>, expressa particularmente nos deveres de “(i) *informação pública*, (ii) *delimitação dos limites do poder administrativo e das formas procedimentais de atuação*, (iii) *regulamentação precisa das audiências e (iv) possibilidade de reação judicial contra decisões injustas*”<sup>216</sup>.

Uma última lei de relevo na conformação histórica do processo administrativo é a *Ley del Procedimiento Administrativo* editada na Espanha, em 1958, que, para David Duarte, reúne aspectos comuns às duas leis antes mencionadas – que, pela diferença dos sistemas jurídicos que lhes deram origem, guardam entre si algum grau de incomensurabilidade –, e tem como características primordiais um procedimento esquematizado e informal, mas regido por uma “*uma disciplina [normativa] minuciosa e extensa*”, um grande prestígio à fase instrutória do processo e à *participação* dos interessados<sup>217</sup>. Reside sobretudo neste último aspecto uma grande inovação da lei espanhola.

Também em meados dos anos 1950, emerge a teoria, segundo Odete Medauar, do processo administrativo como “*expressão dinâmica da função*”<sup>218</sup>. Carlos Ari Sundfeld<sup>219</sup> bem expressa formulação clássica desta teoria: “*os agentes estatais, sejam eles quais forem, exercitam poderes em nome de uma finalidade que lhes é estranha: desempenham função. [...] função é o exercício, no interesse de terceiro, de um poder que se dispõe exclusivamente para os efeitos de atender determinada finalidade legalmente estabelecida*”. Portanto, a exteriorização da vontade funcional não pode ser igual à exteriorização da vontade individual. Para assegurar que a função seja exercida

<sup>214</sup> Cf., *supra*, à nota de rodapé nº 186.

<sup>215</sup> MEDAUAR, **O Direito Administrativo em Evolução**, *op. cit.*, p. 287.

<sup>216</sup> Assim pensa David Duarte: DUARTE, **Procedimentalização, participação e fundamentação: para uma concretização do princípio da imparcialidade administrativa como parâmetro decisório**, *op. cit.*, p. 64. O mesmo autor, contrastando a lei americana com o diploma austríaco antes mencionado, enuncia como características “*sua diminuta extensão normativa, resultado da utilização técnica de princípios concretizados por regras inseridas em extensos artigos e na inexistência de uma descrição modelo do decurso procedimental, portanto, num menor pendor formalista*”, bem como a grande importância dada às fases pré-decisórias, à transparência como princípio de atuação e, em similaridade à lei austríaca, ausência de disposições de direito material. *Ibid*, p. 65.

<sup>217</sup> DUARTE, **Procedimentalização, participação e fundamentação: para uma concretização do princípio da imparcialidade administrativa como parâmetro decisório**, *op. cit.*, p. 69.

<sup>218</sup> MEDAUAR, **A Processualidade no Direito Administrativo**, *op. cit.*, p. 66.

<sup>219</sup> SUNDFELD, Carlos Ari, A importância do procedimento administrativo, **Revista de Direito Público**, n. 84, p. 64–74, out./dez. 1987. Os trechos transcritos (e as citações indiretas) pertencem à p. 67.

pelo agente estatal – de modo unilateral e mediante o emprego de autoridade – conforme os ditames de direito, “o processo garante que a vontade funcional, que se expressará no ato, não seja empolgada pela vontade do agente, mas signifique uma vontade equilibrada, esclarecida, racional, imparcial”. Odete Medauar acrescenta: “a essência da função situa-se na preordenação do poder a um fim, daí decorrendo a necessidade causal ou determinação causal da função”<sup>220</sup> – o processo é o meio para esta determinação causal. Estamos aproximando-nos de uma definição para processo administrativo. Para atingi-la, entretanto, é necessária outra observação, menos ligada à ideia de processo como aspecto do ato: o processo pressupõe a *colaboração*.

Odete Medauar atribui a Merkl o dito de que “a mais eficaz de todas as garantias está na *colaboração, no processo, das pessoas sobre as quais recairão os efeitos do ato que será editado*”<sup>221</sup>, e arremata: **a formação processualizada do ato administrativo resulta do “contraditório entre a Administração e interessados ou de vários interessados ante a Administração”**<sup>222</sup>. Retorna-se à premissa, cimentada no capítulo anterior, quanto ao elemento essencialmente necessário para materialização do processo: o contraditório.

O contraditório (garantido por todos os meios que lhe são inerentes, na dicção constitucional) e a disposição de interesses conflitantes a serem contemplados no provimento final são necessários para que o processo não seja mera atuação de expediente, mera burocracia esvaziada de sentido para formatar o ato estatal. Com efeito, a existência de um caminho processual anterior não produz, por si mesma, um ato administrativo juridicamente adequado. Ele proporciona, isto sim, os meios e métodos adequados à participação e à cooperação dos interessados na formação da atuação administrativa. O procedimento, se desprovido deste aspecto – isto é, a mera prática de atos unilaterais, repetitivos, nos quais o ato seguinte cegamente ratifica o ato anterior – de pouco serve à formatação jurídica da vontade funcional; atribuir-lhe, sozinho, a capacidade de conformar o conteúdo de um ato estatal ao direito, sem que seja informado pela manifestação dos interesses enquadrados no provimento final, é pouco mais que uma forma de pensamento mágico<sup>223</sup>. O

---

<sup>220</sup> MEDAUAR, *A Processualidade no Direito Administrativo*, *op. cit.*, p. 66.

<sup>221</sup> *Ibid*, p. 67.

<sup>222</sup> *Ibid*.

<sup>223</sup> A crítica à ideia de que a estruturação formalista da vontade é suficiente para torná-la adequada é antiga e integra uma das mais importantes questões na filosofia do direito contemporânea: o dilema do substancialismo *versus* procedimentalismo. Conferir a pertinente passagem de Georg Wilhelm Friedrich Hegel que contém uma cáustica (e um tanto exagerada, nos limites deste artigo) crítica ao formalismo puro: “É certo que o aspecto da vontade aqui definido – esta possibilidade de me abstrair de toda a determinação em que me encontro ou em que estou situado, esta fuga diante de todo o conteúdo como diante de toda a restrição – é aquele em que a vontade se determina. É isso o

processo administrativo é aspecto dinâmico da função não porque estabelece formas, mas porque “*chama a cooperar, no exercício do poder, todos os sujeitos privados e públicos inscritos no quadro de disciplina do poder e, portanto, envolvidos no exercício deste*”<sup>224</sup>.

Sem querer traçar uma definição rigorosa e infalível, pode-se entender que o processo administrativo moderno, portanto, compreende uma relação de atos e normas jurídicos sequencialmente conectados, que, por meio da participação dos sujeitos juridicamente interessados em contraditório, conforma e formata um provimento administrativo com base no direito<sup>225</sup>. O processo administrativo é, de sua vez, apenas mais uma das formas do processo, fenômeno mais amplo pelo qual se praticam atividades estatais, incluindo a jurisdição e a formação de leis. No Direito Administrativo contemporâneo, a Processualidade<sup>226</sup> assume feições múltiplas: ora é garantia<sup>227</sup>, ora é critério de validade das decisões, ora é método de preparação das decisões<sup>228</sup>, etc.

### **III.2. A processualidade no quadro da interação entre a Administração e os particulares.**

O aumento substancial da importância do processo no pensamento administrativista não é acidental. Ao contrário. O processo administrativo ocupa um local privilegiado na revisitação da

---

*que a representação põe para si como liberdade e não passa, portanto, de liberdade negativa ou liberdade do intelecto. É a liberdade do vazio. Pode ela manifestar-se como uma figura real, e torna-se uma paixão. Caso se mantenha, então, simplesmente teórica, temos o fanatismo da pura contemplação hindu; caso se volte para a ação, teremos, tanto em política como em religião, o fanatismo de destruição de toda a ordem social existente, a excomunhão de todo indivíduo suspeito de querer uma ordem, o aniquilamento de tudo o que se apresente como organização.”* HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich, **Princípios da filosofia do direito**, São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 14. (Introdução, § 5).

<sup>224</sup> Mario Nigro, “*L’Azione dei pubblici poteri*”, citado por MEDAUAR, **O Direito Administrativo em Evolução**, *op. cit.*, pp. 289-290.

<sup>225</sup> É bem verdade que, enunciada desta forma, esta definição parece estar colorida de uma ideologia substancialista do processo administrativo. Isto, contudo, deve ser considerado à luz do que já antes exposto e, especialmente, à luz da autonomia do processo que se quis expor no primeiro capítulo, e considerando-se que a definição de processo como “aspecto dinâmico da função” não o explica por completo, posto que o processo administrativo tenha na função a sua conclusão. Ao contrário, os atos e normas jurídicos são autônomos e têm conteúdo próprio, independentemente do provimento final; a questão da juridicidade de um procedimento administrativo (*e.g.*, se uma licitação foi realizada como determinado na legislação) é distinta da questão quanto à adequação de seu ponto conclusivo (*e.g.*, se o bem ou serviço adquiridos pela Administração atenderam as finalidades esperadas, com economia de recursos públicos e sem favorecimento pessoal de agentes administrativos). Ver, a respeito – com considerações teóricas bem mais aprofundadas – DUARTE, **Procedimentalização, participação e fundamentação: para uma concretização do princípio da imparcialidade administrativa como parâmetro decisório**, *op. cit.*, pp. 90-93.

<sup>226</sup> Termo empregado por Odete Medauar.

<sup>227</sup> MEDAUAR, **A Processualidade no Direito Administrativo**, *op. cit.*, p. 70.

<sup>228</sup> DUARTE, **Procedimentalização, participação e fundamentação: para uma concretização do princípio da imparcialidade administrativa como parâmetro decisório**, *op. cit.*, p. 94.

própria legitimidade da atuação do Estado dentro de um Estado de Direito democratizado – e, mais ainda, no caso brasileiro, recém-democratizado.

A introdução desta monografia já expôs o problema: ao menos parte da doutrina brasileira, na virada do século, pareceu acometida da impressão de que o Direito Administrativo brasileiro sofre de problemas estruturais de legitimidade. O estudo do ato administrativo, consubstanciando o modo pelo qual a Administração decide e manifesta seu poder *extroverso* – como define Floriano de Azevedo Marques Neto<sup>229</sup> – foi um dos mais radicalmente atingidos<sup>230</sup>. É este mesmo autor que, para além das categorias de “*crise do ato administrativo*” e “*ato administrativo perdido*”, elabora o diagnóstico do “*ato administrativo autista*”<sup>231</sup>. O peso que carrega a palavra “autista” não deve repelir o intérprete à ideia expressa pelo conceito: trata-se do diagnóstico de que o ato administrativo, não raro, padece de “*um brutal déficit de comunicação com o meio ambiente cultural, social, econômico*” e é caracterizado por “*sua absoluta indiferença para com os administrados e com a sociedade que, em última instância, são destinatários e razão de ser da prática destes atos*”.<sup>232</sup> À tarefa de requalificar a legitimidade do ato administrativo (e não só do ato, mas também do poder de polícia, dos serviços públicos, da ideia de interesse público<sup>233</sup>, todos integrantes do cânone administrativista) se propõe o processo administrativo – a Processualidade ampla como *modo normal de agir do Estado*. Cabe investigar *como e por quê*.

No afã de empreender esta tarefa, atemo-nos a dois pontos. O primeiro deles alude à *participação e à atuação dos particulares* na conformação do ato, que mitiga o apontado problema do isolamento da administração em face da realidade social. O segundo deles diz respeito à concepção da ideia de interesse público, que, sem superá-lo ou descartá-lo, qualifica-o. Vejamos cada um deles detalhadamente; trata-se, talvez, dos pontos centrais desta monografia.

Para expor adequadamente o primeiro ponto, é forçoso entender as razões desta crise de legitimidade; ou, melhor, por que é necessária a participação dos particulares interessados na formação do ato administrativo se, estando este vinculado à legalidade, a legitimidade democrática nele se reflete na forma de adesão ao conteúdo da lei, elaborada mediante um processo de

---

<sup>229</sup> MARQUES NETO, A superação do ato administrativo autista, *op. cit.*, p. 97.

<sup>230</sup> *Ibid.*, p. 93.

<sup>231</sup> *Ibid.*, p. 96.

<sup>232</sup> *Ibid.*

<sup>233</sup> São as categorias que Gustavo Binenbojm enumera como carentes de uma elaboração constitucionalizada e democrática. Cf., a propósito, BINENBOJM, **Uma teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**, *op. cit.*, p. 72.

deliberação democrática. Dito de modo mais simples: se a lei expressa a vontade do povo e o ato administrativo, a seu turno, densifica a “vontade da lei”, por que precisa ele de contar com a participação dos administrados em sua elaboração?

A resposta, dada de forma simplificada, é de que a Administração Pública deve atuar de forma legítima mesmo quando os meios de representação democrática falham em compor leis rentes às aspirações majoritárias de uma determinada sociedade. Nem sempre as leis conformam-se à vontade popular majoritária, e não raro servem-lhe de óbice<sup>234</sup>; nem se pode supor, igualmente, que os interesses enquadrados em um caso específico foram adequadamente sopesados na deliberação legislativa, que é voltada à regulamentação de situações hipotéticas ou abstratas; exigir do legislador que contemplates exhaustivamente todas as hipóteses de aplicação das leis e as antevisse seria, aliás, absurdo. A respeito da capacidade de a legitimação democrática do legislador suprir a legitimidade das prestações estatais voltadas à garantia de direitos fundamentais, escreve Habermas: “[t]odavia há exemplos concretos [...] que colocam em dúvida uma resposta tão simples. Com o crescimento e a mudança qualitativa das tarefas do Estado, modifica-se a necessidade de legitimação; quanto mais o direito é tomado como meio de regulação política e de estruturação social, tanto maior é o peso a ser carregado pela gênese democrática do Direito.”<sup>235</sup> Quer dizer, com isso, que o mero apoio da legalidade é insuficiente para impor ao ato administrativo um grau suficiente de legitimação democrática, que deve ser completada no momento do exercício concreto do poder estatal<sup>236</sup>. O cotidiano administrativo, “na ponta”, entretanto – na lida cotidiana com os assuntos mais prosaicos – não se preocupa deste assunto; sequer faz parte do universo mental do gestor que, cotidianamente, emite dezenas de decisões administrativas que afetam diretamente interesses reais de pessoas genuínas<sup>237</sup>. Sua preocupação precípua é a de praticar seus deveres sob o estrito cumprimento do comando legal. A pergunta sobre a legitimação social destes atos resta reservada aos gabinetes acadêmicos. Impõem-se, assim, duas realidades díspares: o ato administrativo carece de diálogo com o meio que regulamenta, e isso o enfraquece; ao mesmo tempo, exige-se do administrador que seja obsequioso do comando legal e não permita que

---

<sup>234</sup> Cf., a propósito, HABERMAS, Jürgen, **Direito e democracia: entre facticidade e validade**, vol. II, 2ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, pp. 119-121.

<sup>235</sup> *Ibid*, p. 171.

<sup>236</sup> MARQUES NETO, A superação do ato administrativo autista, p. 99.

<sup>237</sup> *Ibid*, p. 93.

interferências indevidas dos particulares poluam a sua atuação e turbem a legalidade. Como resolver este impasse?

A procedimentalização é capaz de oferecer uma resposta parcialmente adequada. Sob este viés, “[a]firma-se que a observância racional do procedimento legitima o resultado do exercício do poder e, além disso, que o procedimento tem valor social de enfraquecer o confronto ou reduzir o conflito”<sup>238</sup>. E o faz de dois modos. O primeiro, segundo Floriano de Azevedo Marques Neto, decorre das próprias atividades realizadas no curso do processo administrativo, aí incluídas a realização de manifestações, a explicitação de razões, a produção de provas e o direito de controle da decisão mediante a devolução do assunto a outra autoridade<sup>239</sup>. O segundo é mais complexo. Na medida em que o processo administrativo estrutura-se por meio do contraditório, como antes referido, serve ele de “filtro” dos aspectos materiais que embasam a decisão administrativa. Ou seja, o processo permite definir *o que a Administração deve fazer, com base em qual fundamento legal* e ponderar *se há outro meio mais adequado de realizar o poder estatal, com menor prejuízo aos interesses dos particulares preteridos ou prejudicados*<sup>240</sup> – em suma, permite à Administração obter com nitidez o problema enquadrado. Os interessados no provimento final são a fonte mais privilegiada de informação externa para a Administração sobre o problema que se pretende resolver e o modo de realizá-lo; como assenta Steven P. Croley, “*the currency of administrative decisionmaking is information [...] That is, in rulemaking and other administrative procedures, agencies depend upon information to do whatever they aim to do.*”<sup>241</sup>. O procedimento, ao gerir e processar informações e proporcionar a participação, “*personifica um estilo administrativo cooperativo (Kooperativen Verwaltungsstils) que baseia a descoberta da decisão numa relação duradoura entre a Administração e os interessados procedimentais*”<sup>242</sup>. Cabe, finalmente, arrematar colocação de David Duarte: “*a diminuição da legitimidade proveniente da lei é reequilibrada através da legitimação decisória que os consensos gerados dentro do processo administrativo propiciam*”.

<sup>238</sup> MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, *Curso de Processo Civil*, *op. cit.*, p. 442., citando Cândido Rangel Dinamarco (DINAMARCO, *A Instrumentalidade do Processo.*, *op. cit.*, p. 130). Marinoni é crítico da posição que aqui se está a defender, mas é dela um intérprete muito honesto.

<sup>239</sup> MARQUES NETO, A superação do ato administrativo autista, *op. cit.*, p. 109.

<sup>240</sup> Em sentido similar, *Ibid*, p. 110.

<sup>241</sup> CROLEY, Steven, *Regulation and public interests: the possibility of good regulatory government*, Princeton: Princeton University Press, 2008, p. 135.

<sup>242</sup> DUARTE, *Procedimentalização, participação e fundamentação: para uma concretização do princípio da imparcialidade administrativa como parâmetro decisório*, *op. cit.*, p. 97.

Mas a participação dos interessados no provimento não é suficiente para dar-lhe legitimidade completa. A legalidade, como dito, é necessária; o provimento estatal não é fruto de um acordo ou de uma negociação amorfa, inanimada, cujo caminho de formação é irrelevante ao direito. Não; já se viu que toda a razão de ser do processo é orientar a formação da vontade estatal<sup>243</sup>. É necessário, portanto, que a legalidade atue na via do procedimento, para que a participação dos interessados não descambe para a cooptação e privatização da atuação estatal para alguns grupos influentes. Por isso é tão importante que o procedimento esteja estruturado na forma de normas indicam às partes quais são suas posições, faculdades e deveres dentro do contraditório, modulando e regulando a forma com que influenciarão na decisão<sup>244</sup>. São elas que indicam ao administrador como produzir sua decisão e como considerar as influências externas no conteúdo da lei. Conforme Niklas Luhmann, *“trata-se antes de construir para si próprio um ambiente intelectual, de forma que os processos seletivos de elaboração de informações do meio ambiente possam ser orientados por regras e decisões próprias do sistema, portanto, que estruturas e acontecimentos do meio ambiente não sejam automaticamente válidas no sistema, mas sim que só possam ser reconhecidas após filtragem de informações.”*<sup>245</sup>

Cumprido recapitular as ideias no quadro que se está buscando traçar. Quis-se, acima, explicar por que o processo administrativo auxilia a superar as atuações administrativas percebidas como deficientes de legitimação mediante a participação dos interessados. Este era o primeiro de dois pontos. Atenhamo-nos agora ao segundo deles, que relaciona o processo administrativo ao interesse público, que deve, necessariamente, ser resguardado em uma decisão administrativa, e como este se relaciona com os interesses particulares que serão introjetados no processo pela participação dos interessados no provimento final.

É necessário, de pronto, assentar uma premissa fundamental: o interesse público ainda é relevante para o Direito Administrativo, a despeito de todas as revisitações que tem recebido. Sua concepção clássica defluiu da noção de que *“um poder público – ou um poder decisório monopolizado no espaço público – e absoluto e indivisível (ou seja, soberano) só poderá subsistir num contexto de Estado de Direito [...] se apresentado como voltado apenas ao atingimento de*

<sup>243</sup> Cf., *supra*, à nota de rodapé nº 214.

<sup>244</sup> Fazzalari trata do assunto em outra obra (*“Procedimento”*), não citada aqui. Cf. MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, *Curso de Processo Civil*, *op. cit.*, p. 431.

<sup>245</sup> LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**, p. 53, apud Marinoni (*Ibid*, p. 443.)

*objetivos inerentes a todos os indivíduos.*”<sup>246</sup>. A ideia de que a proteção aos interesses “universalizáveis” corporifica parte inseparável da pretensão de legitimidade do Estado ainda é válida em boa medida. É necessário, contudo, entender como esta proteção incide em uma situação concreta, real, em face de direitos particulares. Daí a necessidade de revisitação do *conteúdo do interesse público*. É aqui que aparece, com grande importância, o papel do processo.

Para analisá-lo, parece oportuno fazer uma observação. No capítulo anterior, muito se falou em “*contraditório*”; mas, de fato, ainda não foi dado qualquer exemplo concreto de como esse contraditório manifesta-se no processo administrativo e, especialmente, em processos despidos propriamente de acusações ou de pretensões de restrição a direitos<sup>247</sup>. Para “encontrar” esse contraditório, entretanto, é imperiosa a superação do paradigma<sup>248</sup> tradicional para o qual “*o interesse público é um interesse próprio da pessoa estatal, externo e contraposto ao dos cidadãos*”<sup>249</sup>. De fato, é necessário que se delimite melhor, sob o ponto de vista semântico-conceitual, a distinção entre “*interesse público*” e “*interesse estatal*”; do contrário, será necessário aceitar que um processo administrativo contrapõe o “*interesse público*” (erroneamente identificado com *interesse estatal*) ao “*interesse particular*”, sindicado pelo Administrado. Sob o paradigma da “*supremacia do interesse público sobre o particular*”, este conflito, necessariamente, deverá ser resolvido em favor daquele primeiro.

Isto conduz forçosamente à pergunta: pode o Estado, em nome do interesse público (identificado com “*interesse estatal*”), por ato unilateral, juridicamente fundamentado, no exercício legítimo de seu poder, restringir e afetar direitos individuais?

A pergunta já revela bem que se está diante de um caso de ponderação; mas, sob a concepção da “*supremacia do interesse público sobre o particular*”, todo o espaço ponderativo é suprimido: o direito particular é derrotado pelo direito da coletividade<sup>250</sup>. Segundo a parcela doutrinária adepta à existência deste princípio, esta preferência decorre do ordenamento

---

<sup>246</sup> MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo, **Regulação estatal e interesses públicos**, São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 54.

<sup>247</sup> Sobre as tipologias do processo administrativo, cf., *infra*, ao item III.4.2.

<sup>248</sup> Acerca do uso do termo “paradigma”, cf. MARQUES NETO, A superação do ato administrativo autista, *op. cit.*, pp. 90-93 e BINENBOJM, **Uma teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**, *op. cit.*, cap. 1, mas sobretudo o tópico I.3.1 (pp. 26-29). Ambos são legatários da – já citada nesta monografia – obra de Thomas KUHN, **A estrutura das revoluções científicas**, *op. cit.*, *passim*.

<sup>249</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, **Mutações no Direito Administrativo**, 2000, pp. 10-11, apud BINENBOJM, **Uma teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**, *op. cit.*, p. 15.

<sup>250</sup> *Ibid.*, pp. 90-96.

constitucional em geral, e, sobretudo, das normas que outorgam poderes aumentados à Administração para perseguir direitos e interesses sociais<sup>251</sup>. Este argumento, em que pese partir de uma constatação verdadeira, parece insuficiente; em especial, porque ignora, por completo, que a Constituição também consagra direitos fundamentais negativos<sup>252</sup>; Gustavo Binbenojm, com apoio em Humberto Ávila, elenca mais de uma dezena de dispositivos constitucionais com este conteúdo<sup>253</sup>. Isto também não significa que os interesses particulares devem se sobrepor sempre à Administração; significa, sim, que não é constitucional qualquer solução que elimine o espaço para ponderação e exclua, *a priori*, um interesse em detrimento do outro – eis o defeito do princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado<sup>254</sup>.

A constatação de que a ponderação é necessária engendra outras questões e, em especial, o problema da atribuição, unicamente à autoridade julgadora, do poder de dizer o que é o interesse público e o que não é, e a identificação apriorística da “interesse público” com “interesse coletivo”. Afinal, o exercício de determinar qual é o interesse público em determinado caso exige um esforço invulgar: a complexidade do ordenamento jurídico, a diversidade de papéis que são atribuídos ao Estado, e as peculiaridades sociais envolvidas em um provimento administrativo conferem ao administrador uma margem muito vasta para determinar qual medida melhor satisfaz o interesse público<sup>255</sup>. Não se pode exigir dele ser um homem iluminado e abrilhantado, que saiba de pronto eleger qual solução melhor agrada ao interesse público. Ele não é capaz, sozinho, de determinar-lhe o conteúdo. Portanto, se o sentido de um Estado de Direito consiste justamente em um governo “*de leis, não de homens*”<sup>256</sup>, parece claro que o administrador não detém as condições de emitir um ato unilateral sem a participação de seus destinatários, cujos interesses estão em jogo<sup>257</sup>. O interesse público não se identifica, sempre, com o interesse coletivo ou com o interesse do Estado; é necessário *determiná-lo* pela ponderação destes últimos com os interesses individuais, à luz do ordenamento jurídico. O processo é o lugar adequado para esta ponderação, porque, nele, pode-se colocá-los em contraditório.

<sup>251</sup> *Ibid*, p. 93.

<sup>252</sup> *V.g.*, nos dizeres de Canotilho, “(1) direito ao não impedimento por parte dos entes públicos de determinados atos [...], (2) direito à não intervenção dos entes públicos em situações jurídico-subjetivas [...], (3) direito à não-eliminação de posições jurídicas”. CANOTILHO, **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, *op. cit.*, p. 1259.

<sup>253</sup> “[P]reâmbulo, arts. 1º, 3º a 17, 145, 150, 170, 196, 201, 203, 205, 206, 220, 226, 227”. BINENBOJM, **Uma teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**, *op. cit.*, p. 98.

<sup>254</sup> *Ibid*, p. 100.

<sup>255</sup> MARQUES NETO, A superação do ato administrativo autista, *op. cit.*, p. 100.

<sup>256</sup> CANOTILHO, **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, *op. cit.*, p. 94.

<sup>257</sup> MARQUES NETO, A superação do ato administrativo autista, *op. cit.*, p. 110.

Uma observação é necessária. Por “colocá-los em contraditório”, quer-se dizer que os interesses do Estado – que tem o dever de tutelar a coletividade – colocam-se em posição simétrica frente aos interesses particulares. Conforme escreveu-se antes, “*o contraditório pressupõe, sempre, ainda que um dos contraditores seja o Estado, posições simétricas, e, pois, nesta hipótese, uma equiparação (ao menos temporária e instrumental) do Estado ao administrado*”<sup>258</sup>. Significa, é necessário reforçar, que nem a Administração, nem os administrados, detêm, sempre, a presunção de que o seu interesse é mais prestadio ao interesse público. *Qual deles melhor atende ao interesse público no caso* é uma questão que será descoberta no curso do processo, como pressuposto para a tomada da decisão.

Falar-se, assim, em “administração processualizada” é falar-se em administração que, a um só tempo, sabe-se consciente de que não detém o monopólio de interpretar a legalidade, mas que deve fazê-lo pela gestão das informações, opiniões e argumentações trazidas pelos interessados no provimento final. A Administração syndica os interesses coletivos, e os particulares syndicam seus próprios interesses. Da ponderação metódico-processual de cada um deles, sem presunção apriorística de superioridade de um sobre o outro, e do tratamento de informações, a Administração pode decidir adequadamente – fala-se, assim, em *descoberta da decisão*<sup>259</sup>. Isto a torna legítima.

A conclusão que se extrai deste longo excurso pode ser resumida do seguinte modo: a decisão, em um processo administrativo, não pertence à Administração; o particular, quando for seu contraditor, está em posição de simetria frente a ela. A decisão só deve ser favorável quando o resultado da ponderação dos fatos e do direito trazidos assim determinar. Como saber o que os fatos e o direito determinam? Cumpre ao processo revelar.

### III.3. O formalismo no processo administrativo

Antes de adentrar à estrutura e à tipologia do processo administrativo, cabe anotar uma brevíssima consideração a respeito do formalismo neste tipo de processo.

A teoria geral do processo, objeto de estudo no capítulo anterior, não cuida de determinar, de modo aplicável indistintamente a cada ramo do direito processual, uma teoria ampla acerca do papel das formas no processo. Cada braço do direito processual, como se viu, possui alguma

---

<sup>258</sup> Cf., *supra*, ao tópico II.2.

<sup>259</sup> DUARTE, **Procedimentalização, participação e fundamentação: para uma concretização do princípio da imparcialidade administrativa como parâmetro decisório**, *op. cit.*, p. 96.

diferenciação frente aos outros. Esta diferença é determinada e animada por princípios peculiares ligados à natureza da atividade jurídica de direito público que por meio dele – direito processual – se realiza. Também o papel das formas diferencia-se conforme a atividade estatal realizada em meio processual<sup>260</sup>.

É necessário esclarecer o que se entende por “forma”. Como antes referido, o procedimento é estruturado a partir de normas em sequência; uma norma anterior prescreve um ato jurídico cuja prática é pressuposto para a eficácia de outra norma, posterior, da mesma série<sup>261</sup>. Atos jurídicos, para que sejam válidos, devem ser praticados na forma prescrita (ou não vedada) em lei<sup>262</sup>. No processo, os atos jurídicos praticados só detêm valor na medida em que integram uma sequência logicamente encadeada que compreende outros atos. Portanto, a verificação quanto à correção da forma, no direito processual, não diz respeito exatamente aos atos processuais isolados, mas aos efeitos que estes produzem no resultado do processo – no provimento<sup>263</sup>.

O processo administrativo, como visto, objetiva a formação de um leque amplíssimo de atos estatais, com efeitos e consequências variáveis, mas que, de algum modo, estão sempre sujeitas a revisão e controle, seja administrativo, seja judicial, e não raro têm efeitos circunscritos a situações pontuais (o que, por evidente, não lhes retira a importância). Diferenciam-se, portanto, em muito das sentenças judiciais ou das leis em sentido formal, provimentos finais do processo jurisdicional e legislativo, respectivamente. Isto enceta, como consequência, maior flexibilidade nas formas, que se reconfiguram, no processo administrativo, conforme a necessidade e a adequação à natureza do provimento a ser emitido.

Entretanto, é necessário salientar que a forma é inerente ao procedimento (e, portanto, ao processo), que tem nela uma característica necessária; a mera existência do procedimento denota a que o método de “feitura” do provimento é juridicamente relevante, ainda que sirva como simples

<sup>260</sup> Cf., em sentido similar ao que aqui exposto, OLBERTZ, Karlin, O princípio do formalismo no processo administrativo, in: **Atuais Rumos do Processo Administrativo**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, pp. 219-222.

<sup>261</sup> Paráfrase livre das palavras citadas de Elio Fazzalari; cf., *supra*, às notas de rodapé nº 69 e 72.

<sup>262</sup> Cf. Código Civil, arts. 104, III e 185, *caput*.

<sup>263</sup> Karlin Olbertz, assim, afirma sinteticamente que “[o] *formalismo processual não se confunde com a forma do ato individual*”, e conclui, citando Carlos Alberto Álvaro de Oliveira: “*formalismo diz respeito à totalidade formal do processo, compreendendo não só a forma, ou as formalidades, mas especialmente a delimitação dos poderes, faculdades e deveres dos sujeitos processuais [...]*”. OLBERTZ, O princípio do formalismo no processo administrativo, *op. cit.*, p. 219.

*método de organização* intelectual da decisão<sup>264</sup> e de garantia mínima dos princípios inerentes ao processo, que não se pode tutelar sem a presença de instrumentos formais mínimos<sup>265</sup>.

Causa certa perplexidade, assim, a menção que fazem certos doutrinadores a um “*princípio da informalidade*” do processo administrativo. É bem verdade que, explicando-o, sempre se esclarece que, por informalidade, deve-se entender “*simplificação dos requisitos formais*”, e “*observação das finalidades estritamente necessárias*” para a formação do provimento<sup>266</sup>. Mas o termo “informalidade”, bem lido, significa “*desprovido de forma*”; e há, sim, forma no processo administrativo – ainda que *moderado*<sup>267</sup> pela racionalidade que lhe é própria. A precisão terminológica, longe de qualificar um simples pedantismo, faz-se necessária para esclarecer que a Administração ainda está submetida a um processo rigoroso de avaliação, instrução e ponderação dos interesses dispostos em determinado caso, e deve providenciar, de modo ordenado e previsível, elementos eficazes para a formação de um provimento final a partir de uma metodologia intelectual rigorosa. A simplificação das formas para o particular é, simplesmente, um *meio de facilitação* de sua participação no processo, impedindo que um rigorismo formal obstrua-lhe a possibilidade de influir em atos de seu interesse<sup>268</sup>.

Fez-se este excursão, assim, para reforçar a argumentação anteriormente empreendida: o processo administrativo deve dispor de todos os meios de facilitar e proporcionar a participação dos administrados na formação dos atos estatais exatamente como pressuposto metodológico para correta sua formação; a atitude que detém a Administração frente ao particular é, simultaneamente, a consciência da divergência dos interesses deste último face aos interesses administrativos, que, contudo, não exclui a *colaboração* na formação do ato final. Deve-se aliar, portanto, o método, rigor e impessoalidade típicos do procedimento ao conteúdo substancial dos interesses subjacentes ao processo trazidos pelas partes; o princípio do formalismo moderado reflete os imperativos da procedimentalização e participação<sup>269</sup> na formação do ato estatal congruente ao direito.

---

<sup>264</sup> DUARTE, **Procedimentalização, participação e fundamentação: para uma concretização do princípio da imparcialidade administrativa como parâmetro decisório**, *op. cit.*, p. 96.

<sup>265</sup> OLBERTZ, O princípio do formalismo no processo administrativo, *op. cit.*, p. 219.

<sup>266</sup> DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio, **Processo Administrativo**, *op. cit.*, p. 102.

<sup>267</sup> MEDAUAR, **A Processualidade no Direito Administrativo**, *op. cit.*, p. 158.

<sup>268</sup> Conforme a perspicaz observação de Sérgio Ferraz e Adilson Dallari, “*certamente o funcionário experiente e inescrupuloso dispõe das melhores condições para enredar o particular nas malhas da burocracia*” – e, portanto, cabe à lei prover meios de garantir, independentemente do subjetivismo de qualquer agente administrativo, a consecução de seus próprios princípios. DALLARI; FERRAZ, **Processo Administrativo**, *op. cit.*, p. 103.

<sup>269</sup> DUARTE, **Procedimentalização, participação e fundamentação: para uma concretização do princípio da imparcialidade administrativa como parâmetro decisório**, *op. cit.*, *passim*, mas sobretudo o capítulo I.

### III.4. Aspectos formais: fontes, tipologia e estrutura do processo administrativo.

#### III.4.1. *Fontes normativas do processo administrativo*

Já se referiu à elevada carga constitucional que se impõe, especialmente sob a espécie de princípios constitucionais, sobre o processo administrativo; mas, para além destas normas de regência, a estrutura esquematizada do processo administrativo encontra-se regulamentada sobretudo em leis ordinárias e, em minúcias, por atos infralegais próprios aos órgãos administrativos encarregados de desempenhar funções processualizadas – v.g., regimentos internos, estatutos, códigos disciplinares.

O destaque primordial na constelação de normas do processo administrativo brasileiro recai sobre a Lei 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que regulamenta o processo no âmbito da Administração Pública Federal. O quarto de século que separa o presente do momento de sua promulgação pode esconder a relevância imbuída num tal diploma. A presença de uma lei aplicável de modo generalizado espraia por todo o aparato administrativo o modo de atuar processualizado; Carlos Ari Sunfeld, à época de sua promulgação, ainda especulando sobre os efeitos que introduziria no Direito Administrativo brasileiro, escreveu: “*quando pensamos na ação administrativa como um todo, normalmente não vinculamos a ela a ideia de processo. É justamente a essa visão que uma lei geral de processo (ou procedimento) administrativo se opõe radicalmente.*”<sup>270</sup> Necessário lembrar, como estudado no percurso histórico antes descrito, que o “nascimento” do raciocínio processual administrativo é identificado pela teoria com a primeira lei espanhola de processo administrativo de 1889 – cuja inovação principal foi, sobretudo, dar a toda a Administração pública um regime uniforme para a elaboração dos atos e provimentos estatais, sistematizado os regulamentos esparsos até então aplicados, de modo mais ou menos aleatório, a cada órgão<sup>271</sup>. A lei geral estabelece um regime com pretensão universal<sup>272</sup> todos os atos, deliberações e decisões administrativas adotadas em determinado âmbito.

---

<sup>270</sup> SUNDFELD, Carlos Ari, *Processo e procedimento administrativo no Brasil*, in: **As leis de processo administrativo**, São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p. 19.

<sup>271</sup> Cf., *supra*, às notas de rodapé nº 202 e 203.

<sup>272</sup> *Ibid*, p. 25.

Em obséquio ao princípio federativo e à auto-organização dos entes federados, a cada ente federativo possui competência para legislar sobre processos administrativos desempenhados em seu âmbito; cada Estado federado, com maior importância, possui uma lei de processo administrativo própria. A doutrina administrativista dá maior relevo e enfoque à Lei nº 10.177/98 do Estado de São Paulo – anterior à própria norma federal –, que, dotada de uma composição teórica complexa e voltada à regulamentação minudente de procedimentos em espécie, serviu (e ainda serve) de referência para os demais entes federativos na elaboração de suas próprias normas<sup>273</sup>.

Em que pese a pretensão de universalidade própria às leis gerais de processo administrativo, a natureza de determinadas decisões ou as peculiaridades de determinadas espécies de contraditório administrativo requestam a edição de normas próprias, que densificam e adequam os trâmites processuais às necessidades do provimento administrativo. É o caso da aplicação de sanções disciplinares a servidores públicos e a estudantes vinculados a instituições de ensino superior, os procedimentos licitatórios e regentes da atividade contratual da Administração, e, sobretudo, os processos administrativos fiscais, incluído o processo contencioso tributário<sup>274</sup>. Nestes casos, há um plexo específico de normas que a lei geral de processo administrativo expressamente resguarda, reservando sua aplicação apenas de modo subsidiário<sup>275</sup>.

Finalmente, é digna de nota a introdução, a partir de 2015, de um novo papel do Código de Processo Civil ao processo administrativo, materializado na redação conferida ao seu art. 15: “[n]a ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente.” Os consectários da incidência desta norma ao processo administrativo ainda permanecem obscuros e sequiosos de melhor delimitação e, em especial, porque ainda não estão adequadamente compreendidos a existência e os contornos da *compatibilidade sistêmica* entre os processos civis e os processos administrativos. Permanecem merecedoras de respostas, assim, questões refinadas alusivas à compatibilidade das regras probatórias, das regras de fundamentação das decisões, e, especialmente, do regime de recursos do processo civil no âmbito administrativo. Isto

---

<sup>273</sup> Sobre o nível de densificação normativa contido nas leis brasileiras de processo administrativo, cf., *infra*, à nota de rodapé nº 289, bem como DUARTE, **Procedimentalização, participação e fundamentação: para uma concretização do princípio da imparcialidade administrativa como parâmetro decisório**, *op. cit.*, p. 70.

<sup>274</sup> SUNDFELD, Processo e procedimento administrativo no Brasil, *op. cit.*, p. 26.

<sup>275</sup> *Ibid.* Cf., a propósito, o art. 69 da Lei 9.784/99: “Os processos administrativos específicos continuarão a reger-se por lei própria, aplicando-se-lhes apenas subsidiariamente os preceitos desta Lei.”

necessariamente conduz ao problema da *reformatio in pejus* nos paralelos entre um e outro sistemas processuais. Ao final do terceiro capítulo, se farão alguns apontamentos, apenas preliminares e incompletos, sinalizando a natureza desta relação no âmbito específico deste problema.

#### III.4.2. *Tipologia do processo administrativo*

O empreendimento de classificar e tipificar formas de processo administrativo – como sói ocorrer em quase todos os ramos do direito – deve estar lastreado em uma finalidade científica concreta; do contrário, trata-se de um esforço desnecessário e puramente cosmético. Sérgio Ferraz e Adilson de Abreu Dallari entendem que a classificação dos processos administrativos é um desses casos de inutilidade<sup>276</sup> – sob o argumento de que, independentemente da tipologia processual, serão idênticos os princípios, os pressupostos, as garantias e as finalidades regentes do processo. Não obstante, entendemos que é necessária, sim, alguma classificação, especialmente sob o critério da natureza dos interesses dispostos no contraditório processual, sobretudo porque, em sendo a Administração, como regra, interessada no provimento final – atuando, pois, como contraditora<sup>277</sup> –, a tipologia de um determinado processo revela *qual é a natureza* deste interesse da Administração. Disto decorrem algumas consequências. Cabe, no entanto, chamar à atenção apenas uma delas, de fato pertinente à investigação que aqui se empreende, a saber: *como se dá o contraditório entre o particular e a Administração*, e qual deve ser o papel por ela ocupado quando assume a dúplici função de parte e julgadora – e, especialmente, no contexto dos recursos, assunto para o próximo capítulo.

Muitas classificações foram aventadas pela doutrina brasileira e estrangeira. Cita-se brevemente um exemplo. Celso Antônio Bandeira de Mello apresenta uma divisão em níveis: o primeiro divide os processos entre “internos”, “*que se desenrolam circunscritos à intimidade, à vida intestina da Administração*”, em contraste com os processos “externos”, “*de que participam os administrados*”<sup>278</sup>; os processos externos, a seu turno, decompõem-se em “ampliativos” e “restritivos”, conforme a interação da Administração com os direitos do particular, isto é, se tendem a criar ou a restringir direitos. Os processos “ampliativos” podem ser classificados quanto ao

<sup>276</sup> DALLARI; FERRAZ, **Processo Administrativo**, *op. cit.*, p. 36.

<sup>277</sup> CARVALHO NETO, **O princípio da impessoalidade nas decisões administrativas**, *op. cit.*, p. 236.

<sup>278</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, **Curso de Direito Administrativo**, 32<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 511.

impulso – se do próprio interessado, ou se da própria administração – ou quanto à existência ou não de concorrência (*e.g.*, um concurso público *versus* um licenciamento ambiental)<sup>279</sup>. Os processos restritivos, a seu tempo, podem ser “meramente restritivos” ou “sancionadores”, como são os processos de revogação e o processo disciplinar, respectivamente<sup>280</sup>; nestes, segundo Bandeira de Mello, o contraditório presenteia-se de modo mais próprio.

Com o máximo respeito às inegáveis contribuições que o autor detém para o Direito Administrativo brasileiro, a quem se critica sob o ponto de vista estritamente acadêmico, esta classificação não nos parece adequada sob a principiologia contemporânea nem para as finalidades investigativas aqui realizadas.

Em primeiro lugar, a afirmação de que os administrados não participam dos processos internos à Administração deve ser superada, pelo que incompatível com os deveres de transparência e de abertura à participação do particular no processo administrativo. Não se pode presumir que, apenas porque não detêm um interesse jurídico direto na questão (no sentido que se esperaria em um processo judicial), os particulares são alheios aos efeitos do provimento. A elaboração de um edital de licitação ou de um concurso público, de uma norma regulamentadora setorial, a alteração de regras alusivas aos processos fiscais – todos são procedimentos puramente internos à administração, sem quaisquer interações diretas com interesses de particulares, e nem por isso não merecem um regime principiológico e procedimental obsequioso de integração dos interesses particulares e sociais mais amplos<sup>281</sup>.

Em segundo lugar, no que toca aos processos “externos” – nos quais o particular recebe impactos diretos em sua esfera de direitos –, não nos parece correta a afirmação de que o contraditório materializa-se apenas nos processos “restritivos”. Com efeito, mesmo os processos cujo provimento resulta na ampliação de direitos do particular corporificam contraditório: nos processos chamados concorrenciais (licitação, concurso público, etc.), é bem evidente o enredamento de interesses não apenas dos particulares concorrentes, mas da própria Administração (obtenção da proposta mais vantajosa, escolha dos candidatos mais adequados ao cargo, resguardo dos princípios constitucionais que a governam, etc.).

Finalmente, a distinção entre os processos “restritivos em sentido estrito” e “sancionadores” parece ser de difícil precisão, especialmente se considerados, nos casos concretos, princípios de

---

<sup>279</sup> *Ibid.*

<sup>280</sup> *Ibid.*, p. 512.

<sup>281</sup> Cf., *supra*, ao item III.2.

estirpe: proteção à confiança legítima, à segurança jurídica, a teoria da vinculação aos motivos determinantes, etc.

A crítica feita, é necessário frisar, atém-se apenas à adequação para os propósitos da pesquisa realizada nesta monografia, e não aos méritos em si da classificação empreendida pelo autor. Busca-se, aqui, uma classificação que considere os interesses jurídicos em contraditório, no contexto da relação entre Administração e administrado.

O estabelecimento de tipologias para o processo administrativo, neste sentido, pode ter por base *estrutura dos interesses* enquadrados em contraditório. Paulo Otero<sup>282</sup>, escrevendo a respeito da ponderação de interesses<sup>283</sup>, estabelece três naturezas do que chama de “conflitualidades” sobre as quais a Administração Pública deverá exercer juízo de ponderação: a conflitualidade “*decorrente da natureza compromissória da Constituição e de sua abertura interpretativa*” – na qual prepondera o conflito de princípios que devem servir de fundamento à decisão –; a conflitualidade “*emergente da crescente complexidade de interesses jurídico-privados que se cruzam com a prossecução do interesse público a cargo da Administração Pública*”, quer dizer, propriamente relacionada a interesses particulares; e, finalmente, a conflitualidade “*resultante da crescente complexidade das relações [...] que se desenvolvem no seio interno da própria Administração Pública*”. Esta classificação permite uma definição ampliada do contraditório: não mais como uma contraposição entre interesses sindicados por partes diferentes, mas como um problema de sopesamento de normas jurídicas na elaboração do ato administrativo.

Trata-se de uma tipologia vanguardista, que se explica pela visão peculiar que detém o autor da Administração Pública: não como um monolito detentor de uma concepção preestabelecida e estanque sobre seu papel na tutela do interesse público, mas uma “*Administração multilateral e gestora de conflitos, envolvendo múltiplos sujeitos, [...] [que] complexific[a] as relações dentro da própria Administração e desta com os cidadãos*”<sup>284</sup>.

<sup>282</sup> OTERO, Paulo, **Manual de Direito Administrativo**, Coimbra: Edições Almedina, 2013, p. 436.

<sup>283</sup> Necessário oferecer um pequeno contexto: Paulo Otero elenca seis “aspectos materiais” que (bem ou mal) constituem a Administração Pública contemporânea: personalização, complexificação, ponderação, especialização, privatização e informatização. No aspecto da ponderação, quer-se, em linhas simples, dizer que as decisões da Administração Pública contemporânea são tomadas mediante o emprego da ponderação como metodologia decisória. O que nos interessa sobre o assunto é, independentemente das considerações metodológicas sobre a tomada da decisão – assunto que exorbita os limites da monografia –, o panorama que o autor traça para os conflitos que se põem à frente da Administração no contexto de um processo administrativo.

<sup>284</sup> OTERO, **Manual de Direito Administrativo**, *op. cit.*, p. 420.

A tipologia proposta a partir de Paulo Otero, entretanto, adiciona variáveis significativas na compreensão do contraditório, que muito incrementam a complexidade do problema: incluem-se aí relações jurídicas intra-administrativas, situações jurídicas envolvendo direitos difusos, ponderação de valores (e não apenas de normas), entre tantos outros<sup>285</sup>, cada um dos quais sequioso de uma elaboração que não cabe empreender neste momento. Deve-se manter o enfoque adstrito às relações entre a Administração Pública e o particular.

Tudo isto foi dito para justificar a adoção, para os fins da investigação aqui empreendida, da tipologia preconizada por Odete Medauar e explicada n’*A Processualidade no Direito Administrativo*<sup>286</sup>. Os critérios de distinção dessa classificação baseiam-se, precisamente, na natureza dos interesses da Administração e de particulares determinados quando contrapostos em um processo administrativo. Com base nisso, a professora propõe uma tipologia que contrapõe “*processos administrativos em que há controvérsias, conflitos de interesses*” e “*processos administrativos em que há acusados*”, ditos “*sancionadores*” ou “*punitivos*”. Dentro da primeira categoria, pode-se dividir os processos em “*processos de gestão*”, “*processos de outorga*”, “*processos de verificação ou determinação*” e “*processos de revisão*”. Dentro da segunda categoria, propõe-se a divisão entre “*processos internos*” – envolvendo particulares diretamente integrados a uma estrutura administrativa, mas sempre com sua participação em contraditório – e “*processos externos*” – envolvendo particulares com os quais a Administração mantém relações jurídicas sem, contudo, integrá-los à sua estrutura. Abaixo, segue uma esquematização desta classificação, acompanhada dos exemplos declarados pela autora<sup>287</sup>.

a. PROCESSOS ADMINISTRATIVOS EM QUE HÁ CONTROVÉRSIAS (CONFLITOS DE INTERESSES)

1. Processos administrativos de gestão, pelos quais a Administração executa expedientes necessários ao seu funcionamento cotidiano, à prestação de serviços públicos, etc. Exemplos: licitações, concursos públicos, processos administrativos normativos (voltado à elaboração de normas regulamentares, inclusive regentes de outros processos administrativos, disposições técnicas setoriais, etc.<sup>288</sup>)

---

<sup>285</sup> Cf. *Ibid*, § 22, pp. 432-450.

<sup>286</sup> MEDAUAR, *A Processualidade no Direito Administrativo*, *op. cit.*, pp. 168-169.

<sup>287</sup> *Ibid*, pp. 169-170.

<sup>288</sup> *Ibid*, pp. 170-171.

2. Processos administrativos de outorga, pelos quais a Administração faz “concessões” (em sentido amplo) a particulares. Exemplos: licenciamentos em geral, processos para autorização, registro de marcas e patentes.
3. Processos administrativos de verificação ou determinação, pelos quais a Administração aufere a existência ou o modo de ser de determinada relação ou situação jurídica, ou da regularidade do desempenho de determinada atividade. Exemplos: prestação de contas administrativas, lançamento tributário.
4. Processos administrativos de revisão, pelos quais a Administração revê ato anteriormente praticado por si. Exemplos: recursos administrativos, anulação de atos.

b. PROCESSOS ADMINISTRATIVOS EM QUE HÁ ACUSADOS

1. Processos internos. O acusado – quer dizer, a pessoa a quem se imputa, com culpa, a violação a um dever objetivo – está integrado à Administração e mantém com ela uma relação jurídica mais complexa, que não se limita a uma mera obrigação (*i.e.*, subordinação ou vinculação). Exemplo: processos disciplinares de servidores públicos ou de estudantes matriculados a instituição de ensino pública.
2. Processos externos. O acusado mantém com a Administração uma relação jurídica específica, no bojo da qual ocorre a imputação da conduta contrária ao direito que se quer ver sancionada. Exemplo: exercício do poder de polícia, processos para aplicação de sanções de natureza fiscal, processos para sanção de faltas cometidas por particulares no âmbito de um contrato administrativo (contratados, concessionários, permissionários, etc.).

A classificação empreendida acima tem uma virtude adicional, que fará mais sentido adiante, quando explorado o tema específico da *reformatio in pejus*: não é raro que se identifique

nas linhas que separam os “processos em que há controvérsias” e os “processos em que há acusados *externos*” dos “processos em que há acusados *internos*” o limite para a admissibilidade da reforma para pior de uma determinada decisão administrativa<sup>289</sup>. O assunto será revisitado no capítulo seguinte.

Uma última observação acerca das tipologias: Odete Medauar traça uma terceira distinção entre “*processos administrativos materializados em papel*” e “*processos administrativos eletrônicos*”<sup>290</sup>. Entendemos que esta diferenciação, outrora de grande valia no estudo da informatização da atividade administrativa (também muito destacada, como referido, por Paulo Otero<sup>291</sup>) já não carrega grande aplicabilidade prática: o meio eletrônico é forma de tramitação processual preconizada pelas normas federais alusivas à matéria. Neste sentido, o art. 5º da Lei 14.129, de 29 de março de 2021, dispõe que “[a] *administração pública utilizará soluções digitais para a gestão de suas políticas finalísticas e administrativas e para o trâmite de processos administrativos eletrônicos*”<sup>292</sup>. A autonomia dos demais entes federados não lhes obriga seguir estas normas; entretanto, a realidade social e normativa impõe reconhecer a tendência sobrelevação do ambiente eletrônico como meio preferencial para a tramitação dos processos administrativos<sup>293</sup>.

### III.4.3. *Estrutura do processo administrativo*

Para além da tipologia, o processo administrativo possui uma estrutura lógica que cabe expor brevemente. É forçoso, antes de mais nada, rememorar que se está aqui diante de um “caminho procedimental” marcadamente simples, mais teleológico que propriamente normativo: obtido o resultado a que tendem as formas processuais – *i.e.*, a obtenção de um provimento certo, seguro, juridicamente adequado, composto a partir de um método anterior suficiente à sua motivação, a partir da consideração dos interesses manifestados e impugnados pelas partes contraditoras –, importa menos a sua obediência castiça. Portanto, o estudo das fases percorridas até o provimento final – a que chamamos “estrutura”<sup>294</sup> – submete-se necessariamente a um certo

<sup>289</sup> MEDAUAR, *Direito Administrativo Moderno*, *op. cit.*, p. 396.

<sup>290</sup> MEDAUAR, *A Processualidade no Direito Administrativo*, *op. cit.*, pp. 171-174.

<sup>291</sup> OTERO, *Manual de Direito Administrativo*, *op. cit.*, pp. 484-498.

<sup>292</sup> BRASIL, Lei 14.129, de 29 de março de 2021.

<sup>293</sup> Cf., a respeito, o Decreto 11.946/2024, pelo qual foi instituído “*Programa Nacional do Processo Eletrônico*” (ProPEN), “*com o objetivo de promover a adoção do processo administrativo eletrônico no âmbito dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios*”.

<sup>294</sup> MEDAUAR, *A Processualidade no Direito Administrativo*, *op. cit.*, p. 176.

grau de difusão e volatilidade, sujeito a amplas variações entre um e outro tipos processuais administrativos. Como dispõe Marinoni – ainda que relativamente ao processo civil –, “*como não pode o legislador antever as necessidades do direito material [rectius: do provimento administrativo] [...] apressou-se ele em editar normas processuais abertas, voltadas a permitir a concretização de técnicas processuais adequadas no caso.*”<sup>295</sup>

A delimitação legislativa das fases do processo administrativo é, portanto, menos densa que em outros ramos do processo, sobretudo face ao processo jurisdicional; aqui, “[a] *lei traça apenas algumas linhas gerais de atuação e determina quais as formalidades essenciais: o resto é variável conforme os casos e as circunstâncias*”<sup>296</sup>. O estudo das fases do processo administrativo é, pois, esquemático e estruturado sobre tipos abstratos e denominadores comuns às várias espécies deste gênero<sup>297</sup>.

Entre estudiosos do processo administrativo, a esquematização de fases mais celebrada é desenvolvida por Aldo Sandulli<sup>298</sup>. Alberto Xavier, que aqui se adota por intérprete do teórico italiano, explica a tese sandulliana sob a premissa de que nem todos os atos praticados no processo refletem-se no provimento final; alguns deles se esgotam por completo no curso do processo. Existem, assim, para “*determinar a situação jurídica com base na qual*” o processo pode acontecer<sup>299</sup>. Sandulli identifica esta determinação com a reunião de “*pressupostos processuais*”<sup>300</sup>. De modo simples: para que o processo administrativo se inicie, é necessário que estes pressupostos estejam reunidos; para fazê-lo, é necessária a realização de alguns atos preparatórios; estes, em

<sup>295</sup> MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, *Curso de Processo Civil*, *op. cit.*, p. 435.

<sup>296</sup> AMARAL, Diogo Freitas do, *Curso de Direito Administrativo*, Coimbra: Edições Almedina, 2009, pp. 301-302. O autor refere-se ao direito positivo português, mas a assertiva é válida para a legislação brasileira: como antes visto (*supra*, às notas de rodapé nº 203, 210 e 211), o modelo espanhol de legislação de processo administrativo – em que se baseiam as leis de ambos os países – carrega a simplicidade típica do modelo americano à sistematicidade do modelo austríaco. Assim, o modelo processual ali preconizado recebe uma discrição *normativa* minudente – isto é, um regime cerrado de regras gerais –, mas, não obstante, diferentemente do que preconiza um Código de Processo Civil, apresenta não mais que um “*esquema tipo de procedimento*” (cf. DUARTE, **Procedimentalização, participação e fundamentação: para uma concretização do princípio da imparcialidade administrativa como parâmetro decisório**, *op. cit.*, p. 69). Brasil e Portugal são legatários do modelo espanhol (cf. *Ibid.*, p. 70), pelo que esta singela assertiva de Diogo Freitas do Amaral parece-nos adequada à legislação brasileira.

<sup>297</sup> Cf. a nota de rodapé nº 142 em XAVIER, Alberto, *Do Procedimento Administrativo*, São Paulo: Bushatsky, 1976, p. 147.

<sup>298</sup> “*Il procedimento amministrativo*”, primeiramente publicado em Milão em 1959. Valemo-nos aqui de seus intérpretes: Alberto Xavier e Odete Medauar. *Ibid.*, p. 147.

<sup>299</sup> *Ibid.*, p. 148.

<sup>300</sup> Não queremos traçar qualquer paralelo com os “pressupostos processuais” do processo civil. Aqui, estamos inseridos nas peculiaridades próprias ao processo administrativo, fora da teoria geral de que se cuidou no capítulo anterior.

conjunto, formam uma “*fase preparatória*” do processo administrativo<sup>301</sup>. Sandulli subdivide os “atos preparatórios” em atos de iniciativa (requerimentos, reclamações e propostas, realizadas de ofício ou por particulares)<sup>302</sup>, atos de autorização, atos de natureza consultiva (pareceres)<sup>303</sup> e atos de “verificações preparatórias”<sup>304</sup>.

Uma vez iniciado, o processo compreende a prática de atos variados que “*desempenham um papel causal na produção do efeito jurídico em causa*”<sup>305</sup> – ou, em termos mais simples, os atos que efetivamente atuarão para dar ao provimento seu conteúdo final, e, sobretudo, os efeitos que dele decorrerão; é aqui se dá o contraditório circunstanciado. Sandulli enumera os atos desta fase como “atos compostos em sentido amplo” (atos complexos, contratos, atos continuados, etc.) e “atos receptícios” (publicações e notificações). Esta fase é chamada de *constitutiva*<sup>306</sup>, a segunda do caminho sandulliano.

A terceira fase é dita “*integrativa de eficácia*” e compreende os “*elementos que têm caráter meramente confirmativo e que são indispensáveis para que a força produtiva própria dos elementos constitutivos se possa realizar*”<sup>307</sup> – ou seja, de modo simples, aprovações e homologações, que corporificam a adesão dos demais interessados no ato ao seu conteúdo<sup>308</sup>.

A teoria de Sandulli, aqui irresponsavelmente simplificada, portanto, individualiza cada fase a partir do efeito que cada uma terá no provimento. Alberto Xavier critica esta concepção: segundo ele, a determinação do efeito jurídico de cada ato – se preparatório ou constitutivo do provimento – “*só é determinável por um esforço de abstração*”<sup>309</sup>. É preferível outra definição para as fases, que considere concretamente as etapas nas quais as interações entre as partes influenciam na conformação do ato final.

Com base nisto, Alberto Xavier introduz uma estrutura de cinco fases para o processo administrativo: (i) fase introdutiva, na qual “*agrupam-se formalidades que visam iniciar o processo e que podem ser atos dos particulares ou dos órgãos públicos*”; (ii) fase instrutória, “*a que pertencem as formalidades destinadas a obter para a autoridade competente para a prática do ato*

<sup>301</sup> XAVIER, **Do Procedimento Administrativo**, *op. cit.*, p. 149.

<sup>302</sup> Exemplos retirados de MEDAUAR, **A Processualidade no Direito Administrativo**, *op. cit.*, p. 177.

<sup>303</sup> *Ibid.*

<sup>304</sup> XAVIER, **Do Procedimento Administrativo**, *op. cit.*, p. 149.

<sup>305</sup> *Ibid.*, pp. 149-150.

<sup>306</sup> *Ibid.*, p. 150.

<sup>307</sup> *Ibid.*

<sup>308</sup> MEDAUAR, **A Processualidade no Direito Administrativo**, *op. cit.*, p. 177.

<sup>309</sup> XAVIER, **Do Procedimento Administrativo**, *op. cit.*, p. 151.

*administrativo os elementos necessários para a decisão*” – compreendendo, inclusive, a prestação de informações pela própria burocracia administrativa e a confecção de pareceres, que Sandulli colocava como parte da fase preparatória; (iii) fase da decisão, que compreende as formalidades externas necessárias à emissão do provimento (por exemplo, a inclusão da matéria em pauta, se o competente para emissão do ato é um órgão colegiado). Isto, na concepção de Xavier, encerra o processo, ainda que possa ser sucedido de uma (iv) fase complementar, ligada à publicização da decisão – elemento necessário à sua eficácia – e uma eventual (v) fase de impugnação da decisão<sup>310</sup>.

Odete Medauar defende um modelo tripartite para as fases do processo administrativo, que correspondem às três primeiras fases antes descritas; são, portanto, introdutória, preparatória – nome que dá à fase instrutória de Xavier – e decisória<sup>311</sup>.

A Lei 9.784/1999 traz uma repartição de fases própria que não se identifica precisamente com qualquer destas últimas, apesar de, em boa medida, aproximar-se delas. A estrutura formal do procedimento nela esquematizado perpassa quatro fases. A primeira é o início do processo, de que cuida o capítulo IV (arts. 5º a 8º) da lei. Discriminam-se, ali, os agentes dotados de poder de impulsionar um processo administrativo e o modo pelo qual podem fazê-lo; estas disposições são seguidas de outras normas gerais alusivas ao trâmite processual e refletem o conteúdo normativo-garantístico da lei a que se aludiu anteriormente.

Segue-se a fase de instrução, detalhada no capítulo X (arts. 29 a 47), incluindo disposições alusivas à participação pública dos interessados no provimento, bem como à colheita de provas e à confecção de pareceres e outras notas de cariz técnico; a disposição destes atos nesta fase converge para a organização preferida por Alberto Xavier e Odete Medauar, contra (ao menos superficialmente) a tese de Sandulli.

A terceira fase compreende a emissão da decisão – na linguagem que se utilizou ao longo do texto, dir-se-ia “emissão do provimento”; ali se estabelecem normas gerais sobre o dever de decidir, de motivar e como se deve elaborar uma decisão colegiada. Disto se ocupam os capítulos XI (arts. 48 e 49) e XII (arts. 49-A a 49-G) da lei. Também inserto nesta etapa está o capítulo seguinte, o XII (art. 50), alusivo à motivação do ato. Constata-se, portanto, que, até o momento, as fases obedecem precisamente ao que preconizado pelas elaborações teóricas antes referidas.

---

<sup>310</sup> *Ibid*, pp. 154-157.

<sup>311</sup> MEDAUAR, *A Processualidade no Direito Administrativo*, *op. cit.*, p. 178.

Surge, contudo, na lei, um novo elemento: o capítulo XV, que trata “*do recurso administrativo e da revisão*”. É proclamada a existência de um novo ato, que prolonga o processo após a emissão do provimento decisório? Diz a lei, *in litteris*: “[d]as decisões administrativas cabe recurso, em face de razões de legalidade e de mérito.” Chegamos propriamente ao tema dos recursos administrativos, de que nos ocuparemos para concluir esta monografia.

### **III.5. Conclusões provisórias**

Mas, antes de inaugurar a nova fase da investigação aqui empreendida, cumpre rememorar e organizar melhor o que foi estabelecido neste capítulo.

Buscou-se, em primeiro lugar, uma definição para processo administrativo; ali, concluiu-se que se trata de um “*uma relação de atos e normas jurídicos sequencialmente conectados, que, por meio da participação dos sujeitos juridicamente interessados em contraditório, conforma e formata um provimento administrativo com base no direito*”. A partir disto, estabeleceu-se que o processo é condição necessária à validade dos provimentos administrativos em um Estado democrático, uma vez que supre as deficiências de legitimidade eventualmente presentes da legislação de apoio ao ato e permite à Administração organizar a descoberta da decisão mediante a aceitação da participação dos particulares, conquanto sindicando interesses próprios, que não podem ser presumidos como inferiores ou menos relevantes que os interesses estatais para fundamentação da decisão.

A seguir, adentrou-se aos aspectos mais gerais do processo administrativo: traçou-se uma consideração sobre o formalismo no processo administrativo, bem como sobre seus aspectos estruturais, tipológicos e normativos. Ficam, assim, cartografados os instrumentos necessários à discussão a ser empreendida no próximo capítulo.

No último capítulo desta monografia, apresentaremos o assunto dos recursos no processo administrativo e o problema que se quer ver respondido: a admissibilidade, ou não, de o provimento de um recurso piorar a situação do recorrente. Para resolver a questão, despejaremos todas estas premissas assentadas nos capítulos anteriores.

#### IV. A REFORMATIO IN PEJUS NO PROCESSO ADMINISTRATIVO

##### IV.1. Os recursos na teoria geral do processo e no processo administrativo.

Antes de introduzir o problema da *non reformatio in pejus*, é necessário verificar o objeto de sua incidência: os recursos. Em coerência com os procedimentos intelectivos perfilhados nos capítulos anteriores – que se assentam na *processualidade ampla como modo normal de agir do Estado* –, cumpre traçar, de modo tão breve como necessário, o conceito de recursos no âmbito processual geral, para depois densificá-lo ao processo administrativo.

A processualística civil situa os recursos como um subgênero – que contém, portanto, um número de espécies – do gênero mais amplo dos *meios de impugnação às decisões*<sup>312</sup> ou dos *remédios processuais*<sup>313</sup>, cuja *ratio essendi* é a *revisão* do conteúdo de uma decisão estatal tomada pela parte como injusta ou inadequada à resolução de determinada causa. Dessa revisão podem, ou não, seguir alterações, invalidações ou aprimoramentos da decisão impugnada.

Disse-se que os recursos integram um gênero maior, que compreende, também, outros meios de impugnação às decisões judiciais. Disto emerge, naturalmente, a questão da diferenciação entre aqueles e outras espécies de remédios (*e.g.*, a ação rescisória, a reclamação, o mandado de segurança, o *habeas corpus*, etc.). Não cabe aprofundar muito a questão, que é lateral para os fins deste estudo. Suficiente é traçar a linha de distinção a partir da definição de Marinoni, Arenhart e Mitidiero: “*nos recursos, porém, ao contrário do que sucede com outras vias impugnativas, essa finalidade [revisão do ato impugnado] é obtida dentro do mesmo processo em que se insere a decisão [...] atacada, submetendo-a, em regra, à apreciação de outro órgão.*”<sup>314</sup>

Uma observação é necessária a respeito da expressão “dentro do mesmo processo”. Em linhas gerais, sua utilização é feliz. Na conceituação teórica do processo civil, é frequente o uso dos termos “no âmbito da mesma relação jurídica processual” ou “prolongamento do estado de litispendência”<sup>315</sup>. São, entretanto, conceitos ligados à teoria do processo jurisdicional. Já se viu

<sup>312</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel, **Instituições de Direito Processual Civil**, vol. 5. São Paulo: Malheiros/JusPodivm, 2022, p. 39.

<sup>313</sup> NERY JÚNIOR, Nelson, **Princípios fundamentais: teoria geral dos recursos**, 3ª ed., rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 169.

<sup>314</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel, **Curso de Processo Civil**, 8ª ed., rev. e atual. São Paulo: Thomson Reuters/RT, 2022, p. 528.

<sup>315</sup> Cf., por exemplo, DINAMARCO, **Instituições de Direito Processual Civil**, *op. cit.*, pp. 42-44.

que o processo nem sempre se identifica com a relação jurídica processual<sup>316</sup>; de igual sorte, o conceito de litispendência está intimamente relacionado à ideia de lide, que também é mais própria ao processo civil<sup>317</sup>. Portanto, a expressão “dentro do mesmo processo” adequa-se melhor à teoria abrangente que se pretendeu construir. Entretanto, como se verá, a tipologia peculiar dos processos administrativos requer certa cautela na utilização deste termo. Existe uma controvérsia acerca da natureza dos recursos administrativos: se são uma *etapa adicional* de um processo (como quer Alberto Xavier<sup>318</sup>) ou um *processo de revisão e controle* do provimento anterior, como na tipologia de Odete Medauar<sup>319</sup>. Pelo que se definiu “processo” pelo procedimento integrado pela participação “[d]aqueles em cuja esfera jurídica o ato final é destinado a desenvolver efeitos: em contraditório”, é forçoso ler-se “dentro do mesmo processo” como “dentro do mesmo contraditório, integrado pelas mesmas partes e pelos mesmos interesses no provimento final” – independentemente se como parte de uma nova etapa ou de um processo “autônomo”; tal é o sentido lato que se confere aqui aos recursos administrativos. Não é, em verdade, uma definição tão distinta daquela de litispendência (marcada pelo trinômio de partes-pedido-causa de pedir). É apenas mais geral e mais abrangente, segundo a linha intelectual preconizada até aqui.

Disse-se que os recursos se voltam contra uma decisão; portanto, a existência de um provimento estatal anterior é uma condição para que um recurso seja interposto. Isto é óbvio. Mas não se pode recorrer contra *qualquer* provimento estatal: é necessário que este seja desfavorável, em alguma medida, aos interesses manifestados pelo sujeito participante no processo<sup>320</sup>. No processo civil, fala-se em *sucumbência*, que pressupõe a existência de pedidos não acolhidos, parcial ou integralmente, pelo juiz; no processo administrativo, muito mais difuso e menos formal – cabendo lembrar que a simplificação das formas se produz em favor da facilitação da participação dos interessados<sup>321</sup> – a legitimidade para recorrer é substancialmente mais ampla; o art. 58 da Lei 9.784/99 arrola um leque amplo de legitimados, para os quais é prescindível a titularidade imediata de um direito prejudicado pelo provimento (*i.e.*, é admissível o recurso por contrariedade a *interesse*). Com grande significância, a lei legitima entidades coletivas, organizações e associações quando o provimento cuide de direitos coletivos; mais ainda, legitima cidadãos particulares para

<sup>316</sup> Cf., *supra*, ao tópico II.2.

<sup>317</sup> Ver, a propósito, CARNELUTTI, **Instituciones del Proceso Civil**, *op. cit.*, pp. 411-414.

<sup>318</sup> Cf., *supra*, à nota de rodapé nº 305.

<sup>319</sup> Cf., *supra*, à nota de rodapé nº 282.

<sup>320</sup> DINAMARCO, **Instituições de Direito Processual Civil**, *op. cit.*, pp. 82-84.

<sup>321</sup> Cf., *supra*, ao tópico III.3.

sindicarem direitos difusos em sede recursal administrativa. Trata-se de um rol substancialmente mais amplo que aquele prestigiado por outros ordenamentos<sup>322</sup>.

Disse-se, de igual modo, que o recurso objetiva a *revisão* do conteúdo de uma decisão estatal. O uso da palavra não é acidental: a revisão é o único procedimento intelectual necessariamente adotado pelo julgador *ad quem* ao considerar um recurso. A partir dela é que poderão resultar – ou não – outras medidas, como a *anulação*, a *reforma* ou o *aprimoramento* da decisão revisada<sup>323</sup>. A revisão do ato é o elemento constitutivo central do recurso; é sua característica substancial. Os demais atos são acidentes e contingentes do recurso.

Esta constatação é relevante e detém um conseqüência fundamental: a utilidade primordial dos recursos, para o Estado (jurisdição, administrativo), é o controle e o aprimoramento das decisões que seus agentes proferiram. O recurso tem uma função de filtragem e controle da aplicação do próprio direito<sup>324</sup>, conferindo legitimidade às decisões e oportunidade de uniformização da interpretação jurídica<sup>325</sup>. O sistema recursal tem, pois, uma utilidade política ligada à gestão da interpretação do ordenamento por seus agentes. Por este motivo, convém ao Estado manter um sistema processual dotado de mecanismos recursais. No processo

---

<sup>322</sup> O tema da *legitimidade recursal* no processo administrativo pode, entretanto, ser problematizado e instância aqui adotada, criticada. A dificuldade que certos ordenamentos, sobretudo os europeus, detém de se estabelecer critérios adequados para a definição da legitimidade recursal decorre da má definição quanto à natureza das relações jurídicas de direito público (salvo notórias exceções, tal como as relações entre servidores públicos e a Administração, as relações entre a Administração e contratados administrativos e os delegatários de serviços públicos, entre ela e os beneficiários de prestações sociais ou, por fim, as relações de natureza fiscal). Ver, a respeito, WOLFF, Hans J.; BACHOF, Otto; STÖBER, Rolf, **Direito Administrativo**, vol. 1, 11ª ed. [s.l.]: Fundação Calouste Gulbenkian, 2006, pp. 494-498. Nos países que adotam um sistema de contencioso administrativo, o assunto é delimitado de modo mais assemelhado ao processo judicial comum. Cf. *Ibid.*, p. 402, bem como SILVA, **Para um contencioso administrativo dos particulares**, *op. cit.*, pp. 122-129. Não podemos esquematizar mais do que linhas muito gerais. Wolff, comentando o entendimento legislativo preponderante na Alemanha, entende não basta uma *desvantagem* para atribuir legitimidade ao particular, que deve ser baseada na violação de um “*direito público subjetivo*” de titularidade do recorrente. Não são possíveis, pois, recursos administrativos de natureza popular (*Direito Administrativo...*, *cit.*, p. 402). Vasco Pereira da Silva, analisando o contencioso administrativo português, adota igual conclusão, a contragosto: “*a instauração de um recurso de legalidade, teoricamente, deveria ter levado à institucionalização de uma acção popular genérica. Tal não aconteceu, contudo, por razões práticas de funcionamento dos tribunais, o que teve como consequência necessária que o critério de selecção dos sujeitos que podiam interpor o recurso fosse, exclusivamente, o interesse processual, como condição de legitimidade*”. Mas, para o autor lusitano, para a legitimidade basta a asserção da possibilidade de violação ao direito, sem uma demonstração conclusiva apriorística. (*Para um contencioso administrativo...*, *cit.*, pp. 122 e 128, respectivamente). Ambas as legitimações são mais restritivas que aquela prevista no ordenamento brasileiro.

<sup>323</sup> MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, **Curso de Processo Civil**, *op. cit.*, p. 528.

<sup>324</sup> Não por acaso, o desenvolvimento histórico dos recursos (“*appellatio*”) no processo romano está ligado à passagem do período histórico conhecido por Principado (27 a.C. a 282 d.C.) ao Dominato (283 d.C. a 476 d.C.), com a sensível centralização do poder político na autoridade imperial e, portanto, o cerramento da liberdade judicante de que antes gozavam os pretores e os *judicii*. *Ibid.*, p. 527.

<sup>325</sup> DINAMARCO, **Instituições de Direito Processual Civil**, *op. cit.*, p. 30.

administrativo, com maior vigor, a devolução do ato administrativo para revisão por outra instância corporifica um dos decorrentes do princípio da legalidade, que é precisamente a existência de controle dos atos da Administração<sup>326</sup>.

O recurso, entretanto, ostenta um outro aspecto, sob o viés subjetivo: sua interposição é um ato jurídico processual e, portanto, produto da vontade da parte em ter a posição decisória revisada. O recurso é um ato *voluntário*<sup>327</sup>. Como ato voluntário, decorre do prolongamento da vocação que têm a participação processual e o direito de petição: favorecer o interesse sindicado pelo integrante do processo<sup>328</sup>.

Estas duas considerações já revelam que os recursos possuem um duplo aspecto, a saber: objetivo – de controle e adequação dos provimentos estatais ao direito – e subjetivo – de permitir a reconsideração dos interesses defendidos por uma parte<sup>329</sup>. Cândido Rangel Dinamarco prefere a denominação “natureza pública” e “natureza privada”, respectivamente, a cada um destes aspectos dos recursos<sup>330</sup>. É no equilíbrio destes dois que se situará o problema da *reformatio in pejus*.

Mas, antes de se adentar neste problema, é necessária uma última consideração sobre os *efeitos* que detém a interposição de um recurso. A teoria controverte quanto à sua enumeração. Nelson Nery Júnior elenca, precipuamente, dois deles: *devolutivo* e *suspensivo*<sup>331</sup>. Marinoni, Arenhart e Mitidiero, a seu turno, enumeram seis: além dos dois antes mencionados, adicionam-se os efeitos *translativo*, *expansivo*, *substitutivo* e *obstativo*. De interesse para os limites deste estudo são sobretudo os efeitos devolutivo e translativo. Vejamo-los.

O efeito *devolutivo* é a mais destacada implicação da interposição de um recurso – se bem que não seja inerente a todos eles<sup>332</sup> –, em força do qual o conhecimento de determinada causa é transmitido a outro órgão, diferente daquele que primeiro emitiu a decisão. Trata-se do efeito que,

<sup>326</sup> MEDAUAR, **Direito Administrativo Moderno**, *op. cit.*, p. 391.

<sup>327</sup> MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, **Curso de Processo Civil**, *op. cit.*, p. 528.

<sup>328</sup> *Ibid*, p. 540.

<sup>329</sup> MEDAUAR, **Direito Administrativo Moderno**, *op. cit.*, p. 393.

<sup>330</sup> DINAMARCO, **Instituições de Direito Processual Civil**, *op. cit.*, p. 29.

<sup>331</sup> NERY JÚNIOR, **Princípios fundamentais: teoria geral dos recursos**, *op. cit.*, p. 175.

<sup>332</sup> Notoriamente, os embargos de declaração não devolvem a cognição da matéria a outro órgão, diferente do que primeiro prolatou a decisão. Trata-se de recurso propriamente previsto nos processos jurisdicionais (acerca de sua natureza como recurso, cf. MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, **Curso de Processo Civil**, *op. cit.*, pp. 567-571 e DINAMARCO, **Instituições de Direito Processual Civil**, *op. cit.*, pp. 371-374). A Lei 9.784/99 não prevê um tal recurso; outros regulamentos administrativos, entretanto, preveem-no (cf., por exemplo, os arts. 116 e 117 do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais). O cabimento de embargos de declaração em procedimentos baseados na Lei 9.784/99 é matéria controvertida, especialmente ante a aplicação do art. 15 do CPC combinado ao dever de fundamentação das decisões administrativas (arts. 20 a 22 da LINDB e art. 489 do CPC). Trata-se de assunto além dos limites desta monografia.

juntamente ao efeito translativo, é mais propriamente ligado ao controle da juridicidade do provimento inicial, entregue ao cuidado de outra autoridade. Nos processos jurisdicionais, é frequente que este efeito introduza à deliberação processual o elemento novo da *colegialidade*, pelo qual o debate entre diferentes julgadores teria o condão de aprimorar o conteúdo decisório<sup>333</sup>. No processo administrativo, a colegialidade não é um imperativo inexorável; é bem possível que, de uma decisão colegiada, seja possível a devolução do conteúdo decisório a uma autoridade singular hierarquicamente superior, encarregado em geral de realizar um controle técnico-político da decisão<sup>334</sup>. O *objeto* do efeito devolutivo, contudo, é restrito ao conteúdo do recurso, isto é, à porção do dispositivo contido no provimento levado ao descortino do órgão recursal. Ou seja: apenas se transmite ao órgão hierárquico superior a matéria sobre a qual o interessado manifestou o desejo de reexame<sup>335</sup>.

De modo similar, o efeito *translativo* também se materializa na transmissão da revisão do provimento decisório a outra autoridade. A diferenciação entre um e outro efeitos reside na *voluntariedade* com que se faz esta transmissão. Viu-se, antes, que o recurso é um ato necessariamente voluntário e realizado à conta do sujeito interessado na revisão e aprimoramento do provimento. Disto, contudo, não decorre que a matéria recorrida é transmitida exclusivamente nos limites dispostos pela vontade do recorrente; ao contrário, certas matérias detêm uma envergadura maior, ligadas ao controle da juridicidade da decisão e dos pressupostos que autorizam a emissão do provimento. Assim, ao passo em que o efeito devolutivo circunscreve-se à transmissão das questões impugnadas pelo recorrente, sobre as quais há propriamente o impulso voluntário, o efeito translativo diz respeito às matérias que podem ser objeto de decisão a qualquer tempo, perante qualquer órgão<sup>336</sup>.

O fundamento para a diferenciação entre ambos os efeitos diz, principalmente, com o chamado *princípio da demanda*<sup>337</sup>. Trata-se, bem se vê, de um princípio ligado ao processo *jurisdicional* e à regra da inércia que lhe é peculiar, expressa no brocado “*ne procedat iudex ex*

<sup>333</sup> MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, *Curso de Processo Civil*, *op. cit.*, p. 541.

<sup>334</sup> Exemplo disto é o recurso previsto no art. 26 do Decreto 70.235/72, que dispõe sobre o processo administrativo fiscal. Ver BRASIL, Decreto 70.253, de 6 de março de 1972.

<sup>335</sup> A doutrina processualista civil elabora uma diferença entre efeito devolutivo *horizontal*, alusivo à apreciação dos pedidos julgados improcedentes – este sim contida pelo impulso da parte – e efeito devolutivo *vertical*, referente aos fundamentos do pedido devolvido. Entende-se, quanto ao segundo, que o órgão *ad quem* é livre para apreciar todos os fundamentos de direito (e, quando cabível, de fato) que escoram o pedido manifestado. MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, *Curso de Processo Civil*, *op. cit.*, p. 550.

<sup>336</sup> *Ibid*, pp. 549-552.

<sup>337</sup> *Ibid*, p. 550.

*officio*” – o tribunal judicial não pode, quanto ao mérito do provimento, debruçar-se sobre questão que não lhe foi trazida, salvo quando a lei expressamente o autoriza<sup>338</sup>. O processo administrativo, bem se sabe, não está sujeito a este princípio – ao contrário: a Administração atua de ofício. Tem ela não apenas a prerrogativa, mas o dever de instaurar um processo sempre que for necessário ao exercício de alguma função pública<sup>339</sup>, e detém, de igual modo, o dever de realizar o controle de seus próprios atos à juridicidade, *sempre*<sup>340</sup>. Portanto, os critérios lógicos que apoiam a divisão entre os efeitos devolutivo e translativo não têm sentido no âmbito do processo administrativo. As consequências disto para o problema da *reformatio in pejus*, como se verá, são máximas; é no âmago desta distinção que reside, segundo boa parte da doutrina processualista, a razão de ser da proibição à *reformatio in pejus*.

Finalmente, é necessário tecer algumas considerações acerca dos recursos administrativos, especificamente.

Em primeiro lugar, o termo “recurso administrativo” designa um *gênero*, de que são espécies o *pedido de reconsideração*, o *recurso hierárquico próprio*, o *recurso hierárquico impróprio* e a *revisão*<sup>341</sup>. Cumpre apenas observar, no que toca ao estudo aqui empreendido, que o pedido de reconsideração não implica a transmissão da competência para reavaliação do ato a outra autoridade; ao contrário, ele suscita o reexame pelo próprio emissor do provimento. Trata-se de técnica recursal empregada em face de provimentos emitidos por altas autoridades, sem superiores hierárquicos (*e.g.*, Ministros de Estado, órgãos colegiados de agências reguladoras, etc.)<sup>342</sup>. No entanto, as reflexões que se executarão adiante valem também para o pedido de reconsideração<sup>343</sup>.

Em segundo plano, existe uma quase-obviedade que é necessária, contudo, reiterar: os recursos administrativos prolongam o impulso da marcha processual e, portanto, dão continuidade

---

<sup>338</sup> DINAMARCO, **Instituições de Direito Processual Civil**, *op. cit.*, pp. 160-161. *In litteris*: “assim como o objeto do processo é a pretensão deduzida na petição inicial para ser o alvo de um pronunciamento do Poder Judiciário, assim também constitui objeto do recurso o “pedido de nova decisão” [...]. Lá e cá o vocábulo objeto é empregado para designar o material sobre o qual incidem as atividades jurisdicionais exercidas pelos juizes de todos os graus [...]. Na vida dos recursos tudo gira em torno desse seu objeto, a saber: da demanda com que o recorrente postula a substituição de uma decisão desfavorável por uma favorável.

<sup>339</sup> Como antes defendido, isto deve ocorrer quase sempre. Cf., *supra*, ao tópico III.2.

<sup>340</sup> MEDAUAR, **A Processualidade no Direito Administrativo**, *op. cit.*, p. 156.

<sup>341</sup> MEDAUAR, **Direito Administrativo Moderno**, *op. cit.*, pp. 397-398.

<sup>342</sup> *Ibid.*, p.

<sup>343</sup> Ver, *infra*, ao tópico IV.2. Conforme se argumentará, o efeito devolutivo dos recursos é insuficiente para explicar a vedação da *reformatio in pejus*, mesmo no processo jurisdicional. Portanto, as reflexões alusivas à (in)admissibilidade da reforma para pior prescindem no processo administrativo da existência deste efeito e aplicam-se ao pedido de reconsideração, ainda que destituído desta característica.

ao processo de formação de um ato final, cujos efeitos completos ainda penderão de consolidação na ordem jurídica. Enquanto existentes as possibilidades de revisão, o provimento estatal não atingiu sua forma final; em que pese ser dotado, em regra, de eficácia – os recursos administrativos não possuem efeito suspensivo *ex lege*<sup>344</sup> –, um provimento só reunirá todas as suas características após a preclusão final de seu reexame por vias internas, que é obstada pela interposição de um recurso (efeito *obstativo*<sup>345</sup>); é o caso, por exemplo, da vinculação da Administração aos motivos determinantes do ato, que estreita sobremaneira as possibilidades de revisão e revogação em detrimento de interesses e direitos particulares<sup>346</sup>, em que pese inexistir “coisa julgada” em sentido próprio no processo administrativo<sup>347</sup>. Portanto, os recursos prolongam a participação dos particulares na conformação do provimento estatal legitimado; enquanto não atingida a forma final do ato, não se dá por encerrada a contribuição do particular na formação da vontade funcional<sup>348</sup>.

#### IV.2. O princípio da *non reformatio in pejus*.

A expressão “*reformatio in pejus*” denota o provimento de um recurso – isto é, a alteração do conteúdo do ato recorrido – em detrimento do interesse manifestado pela parte que deu impulso à revisão. Por “alteração no conteúdo” entende-se necessariamente conteúdo *dispositivo*; quer dizer, um agravamento prático na satisfação do interesse sindicado pelo recorrente<sup>349</sup>.

A processualística jurisdicional contemporânea é unânime quanto à vedação deste procedimento<sup>350</sup>; vedação essa que abrange *todos* os campos do direito processual judicial – seja na esfera cível, trabalhista, eleitoral e, sobretudo, penal. Nelson Nery Júnior, com efeito, anota que “a expressão *reformatio in pejus* traduz em si mesma um paradoxo, pois ao mesmo tempo em que

<sup>344</sup> Art. 61, Lei 9.784/99: “Salvo disposição legal em contrário, o recurso não tem efeito suspensivo.”

<sup>345</sup> MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, *Curso de Processo Civil*, *op. cit.*, p. 554.

<sup>346</sup> GRINOVER, *Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo*, *op. cit.*, p. 27.

<sup>347</sup> O termo é às vezes utilizado. Entendemos, com Ada Pellegrini Grinover, que se trata de uma inadequação (cf. *Ibid.*, pp. 26 e 27); o conceito de coisa julgada está inserto e compõe um conglomerado conceitual próprio do processo jurisdicional. Preferimos a utilização do termo *preclusão administrativa*, preconizado pela autora. A *preclusão*, esta sim, é categoria atinente à teoria geral do processo.

<sup>348</sup> Cf., *supra*, ao tópico III.2.

<sup>349</sup> CARVALHO NETO, O princípio da *non reformatio in pejus* e o controle de legalidade no processo administrativo, *op. cit.*, p. 394.

<sup>350</sup> MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, *Curso de Processo Civil*, *op. cit.*, p. 540. Em igual sentido, DINAMARCO, *Instituições de Direito Processual Civil*, *op. cit.*, p. 163; NERY JÚNIOR, *Princípios fundamentais: teoria geral dos recursos*, *op. cit.*, p. 150 e ss.;

se tem a ‘reforma’ como providência solicitada pelo recorrente de modo a propiciar-lhe situação mais vantajosa em relação à decisão impugnada, se vê a ‘piora’ como sendo exatamente o contrário daquilo que se pretendeu com o recurso”<sup>351</sup>.

Parece, contudo, que igual condenação não é acolhida entre os administrativistas<sup>352</sup>. É necessário perquirir o porquê.

É o próprio Nery Júnior quem fornece um elemento essencial para a resposta. Analisando as razões que justificam a existência da regra, aduz: “também chamado de ‘princípio do efeito devolutivo’ e ‘princípio de defesa da coisa julgada parcial’ [...]”. Indica-se, assim, que a proibição da *reformatio in pejus* está profundamente imbricada no efeito devolutivo, isto é, na limitação à cognição do recurso aos limites do impulso da parte. O efeito devolutivo, como foi estudado, está, a seu turno, profundamente ligado ao chamado princípio da demanda, que condiciona a atuação da jurisdição ao objeto do processo, que é delimitado – unicamente – pelas partes; e, pois, de igual modo, o objeto dos recursos é delimitado pela parte recorrente no pedido recursal, como projeção e consequência da forçosa correlação entre a demanda e a sentença<sup>353</sup>. Evidenciam ainda mais esta relação umbilical entre efeito devolutivo e *reformatio in pejus*, no processo jurisdicional, a não incidência da proibição em relação às matérias de livre cognição “a qualquer tempo”, nos termos do art. 337 do CPC, ligadas ao efeito translativo – *i.e.*, as matérias ali descritas dizem respeito aos pressupostos para o desenvolvimento válido do processo<sup>354</sup> – e a perfeita admissibilidade da piora da situação de um recorrente quando a outra parte, com quem contende, também interpõe recurso, postulando o agravamento da situação do primeiro recorrente; havendo pedido juridicamente hígido, o órgão julgador está autorizado a piorar-lhe a situação<sup>355</sup>. Todos são consectários da natureza atribuída ao efeito devolutivo dos recursos.

Estes conceitos, entretanto, já se viu, são todos estranhos ao processo administrativo. Regido que é pelo princípio da oficialidade<sup>356</sup>, não cabe falar-se aí em princípio da correlação entre provimento e demanda – mesmo porque, não raro, sequer existe *demandam* propriamente dita no processo administrativo, cujo contraditório, também já se viu, estrutura-se sobre uma ampla variedade de tipos – e, pois, em distinção entre efeito devolutivo e efeito translativo.

<sup>351</sup> NERY JÚNIOR, **Princípios fundamentais: teoria geral dos recursos**, *op. cit.*, p. 150.

<sup>352</sup> Descritivamente, MEDAUAR, **Direito Administrativo Moderno**, *op. cit.*, p. 396. Em igual sentido,

<sup>353</sup> DINAMARCO, **Instituições de Direito Processual Civil**, *op. cit.*, p. 161.

<sup>354</sup> MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, **Curso de Processo Civil**, *op. cit.*, p. 540.

<sup>355</sup> NERY JÚNIOR, **Princípios fundamentais: teoria geral dos recursos**, *op. cit.*, p. 150.

<sup>356</sup> MEDAUAR, **A Processualidade no Direito Administrativo** *op. cit.*, pp. 155-156.

Mas isto, apenas, não é suficiente para explicar a inexistência de uma vedação tão contundente, na doutrina administrativista, à *reformatio in pejus*. Existem questões mais profundas que incidem sobre o problema. O raciocínio aqui perfilhado – alusivo ao processo jurisdicional –, posto que adequado em linhas gerais, apresenta algumas falhas importantes. Atenhamo-nos à primeira delas.

Foi antes dito<sup>357</sup> que a devolutividade é um efeito comum dos recursos. Mas não se trata de um aspecto necessário, mas contingente – *i.e.*, existem recursos sem efeito devolutivo. É o caso dos embargos de declaração, que são opostos perante o mesmo decisor e são voltados à integração de omissões, à eliminação de contradições, ao esclarecimento de obscuridades e à correção de erros materiais presentes em uma decisão<sup>358</sup>. É um recurso<sup>359</sup> que, igualmente, não costuma ter, salvo em hipóteses excepcionais, o efeito de alterar as decisões, sobretudo o seu mérito; ao contrário, é um recurso antes voltado ao controle da legalidade da decisão sob o ponto de vista da fundamentação. É uma instância em que o particular provoca o Estado (sobretudo o Estado no exercício da função jurisdicional) a controlar seu próprio provimento. Não havendo, portanto, devolução nem propósito precipuamente infringente, “alguns autores [...] negam que se lhe apliquem os princípios dos recursos, notadamente o da proibição da *reformatio in pejus*”<sup>360</sup>. Este comentário de Marinoni, Arenhart e Mitidiero, que aparece de modo fugidivo no *Curso* – e expressamente qualificado como “uma questão de menor importância” – já denuncia alguma incoerência na justificativa por detrás do princípio da vedação à *reformatio in pejus*.

Mas – poder-se-ia argumentar – em que pese não deterem efeito devolutivo, os embargos de declaração ainda estão, como sói ocorrer em qualquer decisão judicial, sujeitos ao princípio da demanda. Trata-se de um argumento válido; a falha antes indicada só se atém ao aspecto da devolutividade em si, mas não ao aspecto dos limites da demanda. Existe, contudo, outra falha

<sup>357</sup> Cf., *supra*, à nota de rodapé nº 323.

<sup>358</sup> DINAMARCO, *Instituições de Direito Processual Civil*, *op. cit.*, p. 375.

<sup>359</sup> Já houve quem controvertesse a natureza verdadeiramente recursal dos embargos declaratórios. Trata-se de um entendimento embasado na ideia de que, sendo eles voltados unicamente à integração da decisão, não têm a aptidão de alterar o dispositivo da decisão – apenas os fundamentos. Cf. *Ibid*, p. 371. Entretanto, a questão hoje já está superada. É bem verdade que os embargos de declaração não são um recurso voltado, por excelência, à alteração do dispositivo. Mas é possível que, em face de problemas de fundamentação de maior abrangência, o aprimoramento da decisão conduza à alteração do dispositivo – trata-se da chamada *eficácia infringente*. Cf. *Ibid*, p. 373. De toda forma, entendemos, como antes referido, que a aptidão à alteração do conteúdo da decisão não é característica necessária de um recurso, que pode voltar-se ao simples reexame e aprimoramento, sob o ponto de vista do controle, do provimento estatal recorrido – contanto que por impulso voluntário de uma das partes.

<sup>360</sup> MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, *Curso de Processo Civil*, *op. cit.*, p. 567.

alusiva à justificação da proibição da *reformatio in pejus* antes descrita; e esta, sim, diz respeito ao próprio princípio da demanda. Examinemo-la.

Há, como antes explicitado, nos recursos um aspecto bicéfalo: como explica Odete Medauar, um aspecto *objetivo*, ligado ao controle de legalidade do provimento, e um aspecto *subjetivo*, ligado ao prestígio do interesse jurídico da parte recorrente<sup>361</sup>; ou, na definição de Cândido Dinamarco, respectivamente, existem uma natureza pública e uma natureza privada nos recursos<sup>362</sup>. Mas não é apenas mediante recursos que se faz o controle de decisões e provimentos estatais. Existem outras formas. Para os fins do argumento aqui construído, atenhamo-nos a uma delas, muito assemelhada a um recurso: a *remessa necessária*, prevista no art. 496 do CPC. Entendemos, com Marinoni e outros<sup>363</sup>, que a remessa necessária não corporifica recurso no sentido aqui empregado: falta-lhe a condição necessária da *voluntariedade*, pelo qual a parte dá prosseguimento ao impulso processual, declinando as razões pelas quais entende ser necessária a reavaliação do provimento emitido.

Acompanhe-se o raciocínio. O que é, assim, a remessa necessária, se não um recurso? Para Dinamarco, trata-se de “*um instrumento destinado a provocar a revisão de decisões de primeiro grau jurisdicional pelos tribunais de segundo grau*”<sup>364</sup>, em determinadas hipóteses. No Código de Processo Civil, as hipóteses gerais são as decisões “*proferida[s] contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações de direito público*” e as “*que julgar[em] procedentes, no todo ou em parte, os embargos à execução fiscal*”<sup>365</sup>; fora dele, estão sujeitas à remessa necessária as decisões que julgam improcedentes as ações populares e as decisões que concedem mandado de segurança<sup>366</sup>. Sem grande esforço, é forçoso concluir que a remessa oficial consubstancia instituto voltado à submissão de decisões potencialmente onerosas a interesses públicos a um exame ampliado; é, portanto, um procedimento de *controle* do provimento estatal. Não existe nele o impulso pela parte, nem o oferecimento de razões recursais, nem a realização de um pedido recursal<sup>367</sup>. O efeito devolutivo é amplíssimo e abrange tudo que tenha sido objeto de exame na primeira instância<sup>368</sup> – conforme o enunciado 325 da Súmula do Superior

<sup>361</sup> Cf., *supra*, à nota de rodapé nº 321.

<sup>362</sup> Cf., *supra*, à nota de rodapé nº 322.

<sup>363</sup> MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, *Curso de Processo Civil*, *op. cit.*, p. 530.

<sup>364</sup> DINAMARCO, *Instituições de Direito Processual Civil*, *op. cit.*, p. 567.

<sup>365</sup> CPC, art. 496, I e II.

<sup>366</sup> Cf., respectivamente, Lei 4.717/65, art. 19, e Lei 12.016/09, art. 14, § 1º.

<sup>367</sup> DINAMARCO, *Instituições de Direito Processual Civil*, *op. cit.*, p. 575.

<sup>368</sup> NERY JÚNIOR, *Princípios fundamentais: teoria geral dos recursos*, *op. cit.*, p. 157.

Tribunal de Justiça, “[a] remessa oficial devolve ao Tribunal o reexame de todas as parcelas da condenação suportadas pela Fazenda Pública, inclusive dos honorários de advogado”<sup>369</sup>.

Não obstante todas estas características – ser um incidente vocacionado ao controle de juridicidade da decisão, não conter pedido recursal e ter efeito devolutivo amplo – é vedado à instância revisora proceder à piora da situação da Fazenda Pública nessas hipóteses: o enunciado nº 45 do STJ determina que “[n]o reexame necessário, é defeso, ao Tribunal, agravar a condenação imposta à Fazenda Pública”<sup>370</sup>. Aqui, a justificativa da proibição da *reformatio in pejus* não se lastreia na necessidade de correlação entre demanda recursal e o provimento recursal, ou no efeito devolutivo do recurso. O critério é outro: a *preservação do interesse da parte* em favor da qual o reexame foi instituído e tende a aproveitar.

Isto conduz a uma conclusão provisória: o apoio em particularidades do processo jurisdicional, ligadas, invariavelmente, ao princípio da demanda e à necessidade de correlação entre pedido e provimento não é capaz de explicar, nem mesmo naquela modalidade processual, a proibição da *reformatio in pejus*. Esta regra está estruturada sob outra motivação e reporta-se a outra preocupação, cujas razões não se restringem ao processo jurisdicional, ligada ao *equilíbrio entre os interesses do recorrente e o controle da legalidade da decisão estatal*.

Cumprido, então, aprofundar a questão.

### **IV.3. A *reformatio in pejus* no processo administrativo entre permissão e proibição. A insuficiência dos critérios de distinção.**

#### *IV.3.1. A teoria majoritária: reformatio in pejus geralmente permitida.*

Diferentemente da doutrina processualista, a doutrina administrativista revela-se muito mais pragmática em relação à problemática disposta.

Odete Medauar bem situa a questão no conflito entre os aspectos subjetivo e objetivo do recurso; isto é, entre o resguardo de direitos da parte e o controle da administração pública: “*se o recurso for considerado sob o ângulo subjetivo, como instrumento de defesa dos direitos e*

<sup>369</sup> BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Súmula nº 325. In: \_\_\_\_\_. Enunciados das Súmulas do STJ. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/docs\\_internet/jurisprudencia/tematica/download/SU/Verbetes/VerbetesSTJ.pdf](https://scon.stj.jus.br/docs_internet/jurisprudencia/tematica/download/SU/Verbetes/VerbetesSTJ.pdf)

<sup>370</sup> BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Súmula nº 45. In: \_\_\_\_\_. Enunciados das Súmulas do STJ. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/sumstj/toc.jsp?livre=%2745%27.num.&O=JT>.

*interesses do indivíduo ou de grupos, a Administração seria obrigada a apreciá-lo nos termos em que foi interposto*”. Mas, ao contrário, “*o recurso configura um meio de assegurar legalidade e correção na atividade administrativa [...] desencadeia o controle, mas não condiciona a extensão do controle.*”<sup>371</sup> Está-se diante de um choque de princípios. É necessário, então, resolvê-lo, à luz das considerações sobre a metódica do choque de princípios antes descrita<sup>372</sup>.

Analisando a opinião majoritária, prossegue Medauar: “*a tendência majoritária faz prevalecer o aspecto objetivo sobre o aspecto subjetivo, admitindo-se a reformatio in pejus, excepcionada em algumas hipóteses, por exemplo: ao tratarem da revisão do processo disciplinar, os Estatutos dos servidores, em regra, vedam o agravamento da pena como consequência*”<sup>373</sup>. Esta posição indica preponderância do controle sobre a proteção aos interesses do particular. A exceção colocada reside principalmente no agravamento da situação do servidor público. Adotando a tipologia preconizada no capítulo anterior<sup>374</sup>, a *reformatio in pejus* seria admitida em todos os processos em que há conflitos de interesse e em parte dos processos administrativos em que há acusados. Só não se a permite quando os acusados estão integrados à estrutura da Administração e detêm com ela um vínculo (ainda mais) assimétrico.

Esse posicionamento majoritário afirma que o regramento positivo trilha um caminho muito assemelhado. Atendo-nos ao regime geral da Lei 9.784/99, verifica-se, a partir do art. 64, parágrafo único: “[s]e da aplicação do disposto neste artigo puder decorrer gravame à situação do recorrente, este deverá ser cientificado para que formule suas alegações antes da decisão”. É bem verdade que sua interpretação pelos tribunais apresenta inconsistências<sup>375</sup>; prepondera, não obstante, a posição ora descrita<sup>376</sup>: a interpretação do texto legal conduz à possibilidade de *reformatio in pejus*, modulada por alguma forma adicional de contraditório vocacionado à proteção dos interesses particulares. *A contrario sensu*, o art. 65, parágrafo único – alusivo à *revisão* de ato sancionador, que guarda algumas particularidades – expressamente veda o agravamento da sanção

<sup>371</sup> MEDAUAR, *Direito Administrativo Moderno*, *op. cit.*, p. 396.

<sup>372</sup> Cf., *supra*, ao tópico II.3.

<sup>373</sup> MEDAUAR, *Direito Administrativo Moderno*, *op. cit.*, p. 396.

<sup>374</sup> Cf., *supra*, ao tópico III.4.2.

<sup>375</sup> Não raro essas divergências ocorrem dentro do mesmo tribunal. Vide, por exemplo, BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. **Agravo de Instrumento 531283**, rel. Des. Marli Ferreira. Quarta Turma. e-DJF3 16/10/2014; \_\_\_\_\_ . **Apelação Cível 1750971**, rel. Des. Consuelo Yoshida. Sexta Turma. e-DJF3 20/09/2013.

<sup>376</sup> E.g., TRF2, Apelação Cível, 0034796-49.2017.4.02.5005, Rel. Reis Friede, 6ª Turma Especializada, julgado em 08/11/2021, DJe 18/11/2021; TRF5, Agravo de Instrumento 0801264-42.2020.4.05.0000, Rel. Des. Rogério Fialho Moreira, 3ª turma. Agravante: Fernando Antonio Soares dos Santos; Agravada: Universidade Federal da Paraíba. Julgado em 23/07/2020.

imposta. Portanto, a interpretação sistemática interna da Lei 9.784/99 realmente pareceria indicar uma permissão, ao menos *prima facie*, da possibilidade de *reformatio in pejus*.

Disse-se acima que os tribunais, por vezes, interpretam o art. 64, parágrafo único, de modo nem sempre consistente. Verdadeiramente, existem correntes que o interpretam como uma norma *proibitiva* da reforma em prejuízo. Cabe analisar quais os fundamentos que escoram uma tal interpretação antes de formular uma síntese.

#### IV.3.2. *A teoria minoritária: reformatio in pejus geralmente proibida.*

Contrariamente à posição majoritária aparecem Adilson de Abreu Dallari e Sérgio Ferraz<sup>377</sup>, bem como Tarcisio Vieira de Carvalho Neto<sup>378</sup>, cujas intelecções caminham trilhas afins, sustentando a impossibilidade da *reformatio in pejus* por fundamentos constitucionais, sobretudo porque contrários à ampla defesa e ao contraditório e, em suma, ao devido processo legal.

Ferraz e Dallari resolvem o problema categoricamente: a parte interpõe o recurso em favor de seu interesse e, portanto, é a ela que deve aproveitar o provimento recursal: “*a tutela da ampla defesa envolve a possibilidade de, sem ser surpreendida, a parte rebater acusações, alegações, argumentos e interpretações tais como dialeticamente postos, para evitar sanções ou prejuízos*”<sup>379</sup>. Poderíamos dizer, aprofundando a asserção, que não é obsequiosa da ampla defesa a inclusão de um “cálculo probabilístico”, à moda de aposta ou jogo, na decisão de interpor um recurso em face de um provimento estatal desfavorável. Nessa perspectiva, o Estado regido garantidor da ampla defesa não pode assumir o avatar de uma esfinge, impondo ao administrado um enigma quando este pleitear o reexame de uma decisão que lhe contradiz os interesses; querendo submeter a decisão a um controle de legalidade, cabe à Administração também recorrer – segundo os autores, “*ao menos mediante um recurso adesivo*”<sup>380</sup> –, hipótese que permitirá à parte estabelecer com ela o contraditório necessário à formação de um provimento ablativo sem violação aos princípios constitucionais. Equilibram-se os aspectos de controle e de resguardo de interesses ínsito aos recursos.

<sup>377</sup> DALLARI; FERRAZ, **Processo Administrativo**, *op. cit.*, pp. 196-197.

<sup>378</sup> CARVALHO NETO, O princípio da non *reformatio in pejus* e o controle de legalidade no processo administrativo, *op. cit.*, *passim*, e, em especial, pp. 396-401 e CARVALHO NETO, **O princípio da impessoalidade nas decisões administrativas**, *op. cit.*, pp. 293-296.

<sup>379</sup> DALLARI; FERRAZ, **Processo Administrativo**, *op. cit.*, p. 196.

<sup>380</sup> *Ibid.*

Tarcisio Vieira de Carvalho Neto segue linha similar: “o simples receio de obter, por ocasião do julgamento do recurso administrativo, uma decisão pior que a anterior pode desestimular o exercício da ampla defesa, constitucionalmente assegurado”<sup>381</sup>. Uma permissão ampla da reforma em prejuízo viola, igualmente, a segurança jurídica de que deveria gozar o administrado ao perquirir da Administração um melhoramento de um direito que, de boa-fé, crê ser titular<sup>382</sup>.

O que fazer, então, do art. 64, parágrafo único, da Lei 9.784/99, e sua aparente permissão do expediente da *reformatio in pejus*?

A interpretação que fazem os autores é perspicaz: reconhecendo que, de fato, “controlar a Administração Pública a partir da obrigatória submissão de suas atividades ao princípio da legalidade ligou-se à evolução do Estado de Direito”<sup>383</sup>, é necessário rejeitar a ideia de que “a repulsa à *reformatio in pejus* poderia conduzir à consolidação de ilícitos absolutos ou fuga à verdade material”<sup>384</sup>. São, ao contrário, assuntos distintos. Como dito, a própria Administração pode e deve submeter o seu provimento ao reexame de legalidade. Para isso, pode ela mesma recorrer, administrativamente ou mesmo judicialmente, para ter o provimento anulado e seus efeitos, expungidos<sup>385</sup>. Dallari e Ferraz fazem uma observação que, menos relevante a princípio, contém todavia uma premissa fundamental: a Administração poderia recorrer, inclusive adesivamente, para promover o controle de seus atos.

Ora: bem observado, o procedimento requerido pelo art. 64, parágrafo único, muito o aproxima de um recurso adesivo. Lembremo-nos, na linha do que antes dito, que o contraditório entre a Administração e o particular é ligado à natureza dos interesses por cada um defendidos – *i.e.*, a Administração defende interesses coletivos e legalísticos, o particular defende interesses particulares – sem que exista, a princípio, superioridade de um sobre o outro<sup>386</sup>, sendo que a descoberta de qual deles melhor realiza o interesse público dá-se no desenrolar do processo. Quando interpõe o recurso, o particular declina as razões que entende favorecerem seus interesses. Findo o prazo para a irresignação, deve a Administração, vislumbrando a possibilidade de exercer

---

<sup>381</sup> CARVALHO NETO, O princípio da non *reformatio in pejus* e o controle de legalidade no processo administrativo, *op. cit.*, p. 399.

<sup>382</sup> *Ibid*, p. 401.

<sup>383</sup> *Ibid*, p. 397.

<sup>384</sup> DALLARI; FERRAZ, **Processo Administrativo**, *op. cit.*, p. 196.

<sup>385</sup> CARVALHO NETO, **O princípio da impessoalidade nas decisões administrativas**, *op. cit.*, pp. 295-296.

<sup>386</sup> Cf., *supra*, ao tópico III.2.

algum controle de juridicidade contra os interesses do recorrente, declinar as razões pelas quais entende possível o agravamento da situação do particular, oportunizando-lhe o contraditório. Não é precisamente isto que ocorre em um recurso adesivo – a ampliação do escopo do reexame recursal?<sup>387</sup> Com efeito: não por acaso a introdução do recurso adesivo serviu para eliminar, definitivamente, o *princípio do benefício comum*, tradicionalmente adotado no direito ibérico, passando-se a exigir, da parte que queira aproveitar-se de um recurso, declinar as razões e os termos nos quais o controle de legalidade será exercido<sup>388</sup>.

#### IV.3.3. *Algumas questões em relação a ambas as teorias.*

A tese minoritária é mais completa que a tendência majoritária. É, sem dúvidas, mais receptiva aos influxos constitucionais sobre os dispositivos da Lei 9.784/99 e segue o princípio da *interpretação conforme à Constituição*<sup>389</sup>, em particular da ampla defesa e do contraditório – que são, nominalmente, os princípios citados pelos teóricos aqui prestigiados. Existem mais questões, contudo, passíveis de exploração. Exploremos, por uma última vez, três problemas que se aqui podem colocar.

O primeiro deles diz respeito à objetividade do controle da Administração de seus próprios atos, que não se deve escorar no (ou, melhor, depender do) impulso recursal provocado pelo particular. Ou seja: pode a Administração escusar-se ao exame automático do provimento que emitiu, fazendo-o apenas quando instada pelo particular – como parece ocorrer pela interpretação minoritária do art. 64, parágrafo único? É correto depender de uma “carona” recursal para proceder-se à reanálise imediata de seus atos? Não seria melhor se a Administração não dispusesse do mesmo prazo para recorrer ou reanalisar de ofício os seus atos? Ou, então, não seria melhor se, em respeito à oportunidade que lhe foi conferida pelo particular para controlar seus próprios atos, ela resguardasse os benefícios que lhe foram concedidos?

<sup>387</sup> Cf. DINAMARCO, *Instituições de Direito Processual Civil*, *op. cit.*, p. 91.

<sup>388</sup> Cf. *Ibid.*, p. 89. Em igual sentido, NERY JÚNIOR, *Princípios fundamentais: teoria geral dos recursos*, *op. cit.*, p. 153.

<sup>389</sup> Aqui, o termo é usado na acepção da regra geral de interpretação do ordenamento jurídico, e, especificamente, na dimensão do “*princípio da prevalência da Constituição*”, que “*impõe [...], dentre as várias possibilidades de interpretação, só deve escolher-se uma interpretação não contrária ao texto e programa da norma ou normas constitucionais*”, da qual deriva a técnica do controle de constitucionalidade de mesmo nome. Ver CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, *op. cit.*, p. 1226.

O segundo deles alude às tipologias processuais nas quais incidem os recursos. A argumentação majoritária, viu-se, restringe a proibição da *reformatio in pejus* aos processos em que há acusados integrados à Administração (v.g., processos sancionadores, e sobretudo processos disciplinares). No que isto se diferencia dos processos em que os acusados detêm um vínculo menos denso com a Administração – ou seja, os contratados administrativos, concessionários, delegatários, autorizatários, etc. Mais: em um processo em que há conflitos de interesse – e.g., um processo de outorga –, não seria uma reforma em prejuízo do recorrente (por exemplo, a revogação de um alvará de construção, de uma licença para exercício de alguma atividade econômica) tão prejudicial como o agravamento de uma sanção? E quando a Administração revê uma norma regulamentadora, que afeta um vastíssimo número de agentes? A teoria minoritária não faz distinção de tipologias. Mas existe nela alguma pertinência?

O terceiro deles diz, finalmente, respeito à questão do provimento como resultado de um processo intelectual sério que permite a “descoberta da decisão” no caso<sup>390</sup>. Uma vez que, no processo, o contraditório é desempenhado de forma rigorosamente *simétrica*, faz sentido atribuir-se à Administração um “privilégio” na oferta de razões e argumentos para o controle da juridicidade do provimento, permitindo-lhe fazê-lo *a posteriori*, quando do exame do recurso? Não são as próprias razões do recorrente um mecanismo de controle de juridicidade do provimento? Faz mesmo sentido contrapor o interesse do particular ao controle de legalidade?

O último esforço desta monografia será de oferecer dois elementos que podem auxiliar a responder estas questões, ainda que aqui não se as responda detalhadamente. Em primeiro lugar, a proibição de *reformatio in pejus* é um consectário do princípio da proteção à confiança legítima; em segundo lugar, o equilíbrio entre interesse e controle – que, de resto, pode muito bem ser exercido aos moldes da teoria minoritária – deve ser feito à luz da ponderação razoável e proporcional do interesse público enquadrado na emissão do provimento recursal. Será uma investigação bem breve e baseada nas premissas teóricas dispostas nos dois primeiros capítulos.

#### **IV.4. A complementação teórica proposta**

##### *IV.4.1. A proibição da reformatio in pejus decorre da proteção à confiança legítima.*

---

<sup>390</sup> Cf., *supra*, ao tópico III.2.

No primeiro capítulo desta monografia, o princípio da proteção à confiança legítima foi apresentado como um desdobramento contemporâneo e novo do princípio da segurança jurídica<sup>391</sup>, que assume o papel de tutelar o interesse particular em face da discricionariedade da Administração em rever seus atos<sup>392</sup>. Como se viu, com apoio em M. T. Paola Jambrenghi, a incidência deste princípio recai sobre três aspectos principais: sob o viés objetivo, um provimento estatal do qual o particular é beneficiário e a partir do qual pauta sua conduta e planeja sua atuação no plano da vida; sob o viés subjetivo, a boa-fé do particular, que pressupõe ser detentor da posição jurídica que lhe foi alocada pela Administração; finalmente, sob o viés temporal, o tempo decorrido desde a alocação do particular na posição jurídica em que se encontra<sup>393</sup>. O princípio da segurança jurídica – e, pois, este seu consectário – detém, ademais, envergadura constitucional<sup>394</sup>.

De igual forma, como estudado no capítulo segundo, é forçoso verificar que a tramitação processual em contraditório atua como elemento de legitimação não apenas sociopolítica, mas também jurídica da decisão. O beneficiário de um provimento estatal produzido mediante processo administrativo gozará de um grau adicional de certeza na situação jurídica em que se encontra; afinal, o processo em si é método de controle da legalidade<sup>395</sup> – e é razoável, portanto, que o particular já tenha superado, no *iter* processual, diversas objeções à medida com que foi beneficiado – e um instrumento de acomodação de interesses<sup>396</sup>. A Processualidade atua como uma via dupla no reforço da confiança que detém o particular no provimento que o beneficia: objetivamente, o provimento é, por inferência, dotado de uma solidez superior, e, portanto, o particular terá nele maior confiança para pautar sua conduta; subjetivamente, sua participação no trâmite processual, às claras, em respeito às formas legais e ao processo racional de elaboração da decisão reforçam a boa-fé com que usufrui da posição benéfica que detém.

Pensemos, então, em uma situação concreta, na qual uma parte é beneficiária de um provimento estatal e, não obstante, ainda tem interesse em recorrer, para obter uma situação *ainda mais benéfica*. Em um processo em que o particular é acusado, a situação de beneficiário pode dar-

<sup>391</sup> Cf., *supra*, ao tópico II.3.2.7.

<sup>392</sup> MEDAUAR, **O Direito Administrativo em Evolução**, *op. cit.*, p. 324. Também conferir, *supra*, à nota de rodapé nº 181.

<sup>393</sup> JAMBRENGHI, Il principio del legittimo affidamento, *op. cit.*, p. 160. Cf., *supra*, as traduções do texto original às notas de rodapé nº 182 e 183. O original, na língua italiana, consta do corpo do texto.

<sup>394</sup> ÁVILA, **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**, *op. cit.*, p. 53.

<sup>395</sup> MEDAUAR, **A Processualidade no Direito Administrativo**, *op. cit.*, pp. 80-81.

<sup>396</sup> Cf., *supra*, ao tópico III.2 e sobretudo à nota de rodapé nº 233. Cf. também DINAMARCO, **A Instrumentalidade do Processo**, *op. cit.*, pp. 142-158.

se não em caráter absoluto, mas relativo: foi-lhe imposta uma sanção moderada (e.g., multa pecuniária em valor intermediário), quando se lhe poderia ter imposto a penalidade em grau máximo. Ou, então, em um processo em que o particular é interessado, e foi-lhe concedida uma licença para construir um prédio com dimensões inferiores ao que postulado. Em todos os casos, o particular, antes de recorrer, é titular de uma situação jurídica que lhe foi conferida pela Administração. Esta situação comporta direitos específicos contraídos de boa-fé, no meio adequado. Posto que, evidentemente, não se possa cerrar as portas ao controle recursal, o ônus argumentativo e procedimental da Administração para revogar o provimento benéfico é substancialmente superior, e deve evidenciar uma violação grave à lei. Reside aí, portanto, a questão: se existe uma violação grave à lei, faz sentido que a Administração não recorra – é dizer, não aja oficiosamente para corrigir o erro cometido – e “aproveite” o recurso do particular para fazê-lo?

Mais grave ainda é a situação do chamado *recurso de mérito*, no qual a Administração pretende rever o ato benéfico ao particular por um juízo de “conveniência e oportunidade”. Neste caso, parece-nos insustentável que a Administração possa rever o mérito decisório sobre o recurso do particular. Trata-se de uma incoerência sistemática. O respeito à boa-fé do administrado e à simetria ínsita ao contraditório tornam necessário que a Administração submeta-se à preclusão quanto ao mérito do ato administrativo quando não o impugnar em tempo; ela se vincula aos motivos que adotou. A interposição de um recurso administrativo não pode tornar-se um dilema do prisioneiro<sup>397</sup>, no qual o administrado deve escolher entre pleitear um direito que legitimamente pensa possuir e o risco de perder o que já adquiriu por um juízo prático da Administração. O controle de conveniência e oportunidade é, numa situação como essa, estreitíssimo, se é que existente: a vinculação à juridicidade, que preenche o espaço de discricionariedade, implica o respeito às expectativas dos particulares, em obediência à confiança legítima<sup>398</sup>.

---

<sup>397</sup> Alude-se aqui ao famoso *thought experiment* integrante da chamada “*teoria dos jogos*”. Sem explicá-lo em detalhes, o dilema expressa uma situação hipotética em que duas partes, em uma situação de assimetria de informação, devem escolher cooperar ou não para atingir finalidades unicamente egoísticas. Steven Croley, a quem já se citou neste trabalho, utiliza o dilema do prisioneiro para explicar a atuação do processo administrativo na elaboração de normas regulatórias, com um significado um pouco diferente daquele aqui explicitado. Ver: CROLEY, Steven, *Theories of Regulation: incorporating the administrative process*, **Columbia Law Review**, v. 98, n. 1, Jan. 1998, p. 19 (nota de rodapé nº 48).

<sup>398</sup> BINENBOJM, **Uma teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**, *op. cit.*, p. 25: “a discricionariedade deixa de ser um espaço de livre escolha do administrador para se convolar em um resíduo de legitimidade, a ser preenchido por procedimentos técnicos e jurídicos prescritos pela Constituição e pela lei [...]”.

O processo administrativo, assim, reforça a *dimensão de peso* que o princípio da segurança jurídica detém na revisão de um provimento estatal, sobretudo no âmbito de um recurso interposto apenas pelo administrado. O esforço ponderativo entre *interesse* e *controle* ganha um aspecto adicional em favor do primeiro, que deve ser considerado na ponderação de um recurso dessa natureza. Quando o interesse administrativo na *reformatio in pejus* constituir apenas a revisitação do mérito do provimento, é forçoso concluir-se que não se está diante de uma situação suficiente para a ablação de um interesse legítimo constitucionalmente protegido. O controle do mérito administrativo pela administração cede perante o princípio fundamental com a dimensão de peso aumentada. Quando, por outro lado, o interesse de controle disser com a legalidade do ato, está-se diante de um empate ponderativo. Neste caso, a resolução pode admitir uma *reformatio in pejus* – mediante contraditório e ampla defesa, nos termos do art. 64, parágrafo único, da Lei 9.784/99 –, com a possível preservação de efeitos benéficos, na medida do possível, para o particular de boa-fé, nos limites que a legalidade permitir<sup>399</sup>.

Por isso, em casos concretos, a superação do interesse particular demanda que o provimento benéfico constitua uma violação fundamental à legislação. E, nesses casos, é dever da Administração recorrer por si mesma. Isto não significa que o controle deva ser obstado quando a Administração deixar de recorrer, é claro. Mas, nestes casos, a operação da *reformatio in pejus* será a revelação de um brutal fracasso do Estado em realizar aquilo a que se pretende.

#### IV.4.2. *A proibição da reformatio in pejus favorece o interesse público.*

No segundo capítulo, foram estudadas as categorias de Processualidade e de participação como instrumentos de legitimação da decisão administrativa<sup>400</sup> e seu papel na descoberta da decisão correta<sup>401</sup>. Disse-se, de igual modo, que a decisão administrativa ainda detém no interesse público um apoio inarredável, mas, por isso mesmo, sequioso também de descoberta no trâmite processual. Com Gustavo Binenbojm, pode-se concluir: “*o interesse público, por ser um conceito jurídico indeterminado, só é aferível após juízos de ponderação entre direitos individuais e metas*

---

<sup>399</sup> Acerca da decisão sobre a prevalência de um princípio sobre outro, ver OTERO, **Manual de Direito Administrativo**, *op. cit.*, p. 446.

<sup>400</sup> Cf., *supra*, ao item III.2.

<sup>401</sup> Cf., *supra*, à nota de rodapé nº 254.

*ou interesses coletivos, feitos à luz de circunstâncias normativas e fáticas do caso concreto [...]*<sup>402</sup>”. Não faz sentido pressupor que o interesse do Estado sempre corresponderá ao interesse público ao final deste processo ponderativo. Se assim fosse, a ponderação e a participação do particular seriam desnecessárias, e todo o ônus de decidir poderia ser delegado a um “Administrador Hércules” que conhece todos os interesses e normas subjacentes a determinado provimento administrativo. Conceber-se o interesse público como identificado ao interesse estatal – ou mesmo ao interesse coletivo – é, em sentido técnico, uma falácia: uma *petição de princípio*: dar por certo o resultado que se vai atingir ao final do processo intelectual processual<sup>403</sup>.

Esta constatação apresenta um prolongamento no âmbito da *reformatio in pejus*: o interesse da Administração não é o único que serve de parâmetro de controle da legalidade do ato. Isto se verifica especialmente em situações mais complexas, nos quais o enfaixamento de interesses é maior. Quer dizer: quando interpõe um recurso administrativo – especialmente um recurso de *legalidade*, como previsto no art. 56, *caput*, da Lei 9.784/99 –, a parte está pretendendo que a Administração realize um controle, e declara as razões, os parâmetros, as balizas sobre as quais pretende que se o faça. Estas razões não são, *prima facie*, inferiores às razões administrativas que justificam a revisão do ato para controle de legalidade. A atribuição à Administração, como princípio, de uma alegada faculdade de rever os atos em prejuízo da parte que solicitou a revisão, reflete, ao fim e ao cabo, uma postura profundamente autoritária, que dá – de chofre – por melhores os seus argumentos face aos argumentos particulares. Isto viola o axioma do contraditório que se estabeleceu no primeiro capítulo, ainda em Fazzalari: “*quando se trata de um órgão público, munido de império, o autor é colocado durante a fase preparatória do ato [...], em pé de simétrica paridade em relação ao outro ou aos outros contraditores*”<sup>404</sup>.

É necessário, pois, novamente recordar que o interesse sindicado pelo particular não está irremediavelmente apartado do interesse público. Muito pelo contrário. É bem possível que o prestígio a um interesse particular (ou ao modo particular de interpretar uma situação jurídica) seja mais deferente ao interesse público que a ideia inicialmente preconizada pelo agente estatal, vocacionada à atenção de interesses coletivos. Um interesse coletivo amorfo e inanimado não pode passar sobre um direito fundamental particular incidente em um caso, tolhendo-lhe a proteção

---

<sup>402</sup> BINENBOJM, **Uma teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**, *op. cit.*, p. 104.

<sup>403</sup> *Ibid.*

<sup>404</sup> FAZZALARI, **Instituições de direito processual**, *op. cit.*, p. 123. Cf., também, *supra*, à nota de rodapé nº 87.

constitucional. Como coloca Binenbojm, “*a máxima preservação dos direitos individuais constitui porção do próprio interesse público*”<sup>405</sup>.

Radicalizando a premissa aqui explicitada, poder-se-ia questionar até que ponto, de fato, a permissão da *reformatio in pejus* constitui princípio favorável ao controle dos provimentos estatais. Se o risco associado a um recurso torna-se tal que, na dicção de Tarcisio Vieira de Carvalho Neto “*o simples receio de obter, por ocasião do julgamento do recurso administrativo, uma decisão pior que a anterior pode desestimular o exercício da ampla defesa, constitucionalmente assegurado*”<sup>406</sup>, perde-se este elemento essencial ao controle da decisão.

Retomando-se a sobriedade, a linha de distinção entre uma reforma para pior absolutamente vedada e a admissibilidade de uma *reformatio in pejus* a partir do procedimento baseado no art. 64, parágrafo único, pode seguir o teste exposto por Gustavo Binenbojm quanto à aferição se determinada prerrogativa estatal é constitucionalmente justificável, estruturado sobre o princípio da proporcionalidade (proibição do excesso) e o trinômio “*necessidade-adequação-proporcionalidade em sentido estrito*”<sup>407</sup>. Assim, deverá responder-se, primeiramente, se vedação absoluta à *reformatio in pejus* – isto é, quando a Administração não impugnou por conta própria o ato que pretende rever, mediante provocação do particular – impedirá a realização, pelo Estado, das finalidades que lhes são próprias, isto é, redundará na violação de um grave comando legal. Em segundo lugar, se deverá responder se haverá, nessa ablação dos direitos do administrado, alguma utilidade prática para a coletividade geral. Em terceiro lugar, deverá perquirir-se se as consequências do provimento para pior resultarão apenas nas medidas estritamente necessárias para evitar violações à legalidade<sup>408</sup>. Aqui, neste teste, há um correto balanceamento entre os interesses coletivos e difusos e os interesses do particular enquadrados em contraditório, viabilizando-se a determinação de qual deles é mais obsequioso do interesse público – sem presunções antecipadas sobre a preponderância de qualquer um deles.

---

<sup>405</sup> BINENBOJM, **Uma teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**, *op. cit.*, p. 116.

<sup>406</sup> CARVALHO NETO, O princípio da non reformatio in pejus e o controle de legalidade no processo administrativo, *op. cit.*, p. 399. Cf., também, *supra*, à nota de rodapé nº 376.

<sup>407</sup> Cf., a propósito, CANOTILHO, **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, *op. cit.*, pp. 269-270.

<sup>408</sup> Versão modificada do teste apresentado em BINENBOJM, **Uma teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**, *op. cit.*, p. 117.

## V. CONCLUSÕES

Perpassadas todas as etapas investigativas propostas, é forçoso verificar, finalmente, quais as conclusões atingidas.

As conclusões do primeiro capítulo direcionam-se para a consolidação do processo administrativo como um verdadeiro integrante do quadro do direito processual geral sempre que for desempenhado em contraditório. Neste caso, o Estado, que aí assume um peculiar papel de parte interessada, de julgador e de contraditor, deve, não obstante, colocar-se em perfeita paridade ao particular que dele pleiteia algum interesse ou direito. Para isto, a Constituição cerca o processo administrativo dos mesmos princípios e garantias que cercam o processo jurisdicional, ainda que sob iterações e avatares ligeiramente distintos.

As conclusões do segundo capítulo concorrem para estabelecer a função e as formas do processo administrativo em um cenário de Administração Pública amplamente processualizada: integrar as relações da Administração e do particular em um procedimento intelectual que permita aos provimentos estatais serem, simultaneamente, legítimos, do ponto de vista sociopolítico, e legais, do ponto de vista jurídico. O processo administrativo, assim, é uma ferramenta de participação e parametrização da decisão administrativa. É, também, um meio de garantia da juridicidade das decisões do Estado e de sua congruência com o ordenamento. Mas, sobretudo em um ambiente decisório fortemente obsequioso do interesse público, o processo administrativo é voltado à descoberta do conteúdo decisório mais favorável a este interesse, que não pode e não é identificado, de modo apriorístico, com o interesse estatal.

No terceiro capítulo, uma vez introduzido o conceito e o problema do princípio da *non reformatio in pejus* – situado entre o controle da juridicidade da decisão estatal e o resguardo do interesse do recorrente –, detectou-se uma certa impossibilidade da transposição dos argumentos processualísticos civis, voltados à sua justificação, ao processo administrativo. Existe entre eles uma incomensurabilidade conceitual no que toca à oficialidade e à limitação do controle das decisões estatais em cada âmbito. Mas, não obstante, viu-se que as garantias processuais constitucionais são as mesmas. Como resolver este impasse?

Oferecemos-lhe duas respostas: em primeiro lugar, a teoria esposada por Sérgio Ferraz, Adilson de Abreu Dallari e Tarcisio Vieira de Carvalho Neto, de que a *reformatio in pejus* é geralmente proibida pela diminuição da antinomia entre controle decisório e resguardo do interesse

da parte propiciada pelo art. 64, parágrafo único, da Lei 9.784/99. A obrigatoriedade de oitiva das partes recorrentes antes da emissão do provimento que lhe seja prejudicial elide substancialmente a *reformatio in pejus*, na medida em que proporciona *contraditório* entre as partes.

Mas, em segundo lugar, podemos formular algumas críticas à posição aí encetada, para refiná-la com dois fundamentos: conforme as circunstâncias próprias ao caso concreto, pode existir uma vedação constitucional absoluta à reforma para pior, incluída a adoção do procedimento previsto no art. 64, parágrafo único: a revisão do mérito administrativo. Se a Administração deseja rever o mérito da decisão que tomou, deve ela própria recorrer e fornecer as razões de justificação recursal. De resto, o art. 64, parágrafo único, tem uma importância inarredável na viabilização do controle de legalidade dos atos quando a desídia administrativa não o deflagrar por contra própria. Como uma válvula de escape do resguardo à legalidade que, não obstante, proporciona um mínimo de *contraditório*, o art. 64, parágrafo único, não pode ser inconstitucional: ele modula o choque de preceitos fundamentais sem derrotar completamente o princípio da legalidade. A proibição absoluta da *reformatio in pejus*, mesmo com *contraditório*, tenderia a vulnerar este princípio. Portanto, responde-se *positivamente* à pergunta lançada na introdução na monografia.

Finalmente, traçou-se uma reflexão sobre como um regime mais prestadio à participação do particular, inclusive em âmbito recursal, atende melhor à descoberta e ao favorecimento do interesse público. Com base em Gustavo Binenbojm, propôs-se um teste mais refinado sobre as hipóteses nas quais a reforma para pior pode ser admissível como forma de controle da legalidade, quando a Administração não o realiza por iniciativa própria. Em uma consideração propositiva, este teste poderia ser incorporado a uma futura reformulação da Lei Geral de Processo Administrativo como uma sofisticação do art. 64, parágrafo único, somado a declaração das hipóteses autorizadoras da *reformatio in pejus*, tal como ocorre na legislação estrangeira<sup>409</sup>.

Esta consideração leva a uma nota final. Tramita, em janeiro de 2025, um projeto de reforma da Lei Geral de Processo Administrativo. No momento de fechamento desta monografia, encontrava-se ainda na casa iniciadora – o Senado – com parecer aprovado pela comissão especial designada pela tramitação desta lei, aguardando inclusão em pauta para votação em plenário. Nem o projeto original, nem o substitutivo aprovado pela comissão contemplam qualquer mudança neste ponto da lei.

O Direito Administrativo ainda tem um longo caminho a percorrer.

---

<sup>409</sup> MEDAUAR, **Direito Administrativo Moderno**, *op. cit.*, p. 396.

## REFERÊNCIAS

AMARAL, Diogo Freitas do. **Curso de Direito Administrativo**. Coimbra: Edições Almedina, 2009.

ÁVILA, Humberto Bergman. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 22<sup>a</sup>. São Paulo: Malheiros/JusPodivm, 2024.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 32<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, ordem econômica e agências reguladoras. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, n. n<sup>o</sup> 1, 2005.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 3<sup>a</sup> ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, 5 de outubro de 1988. Brasília: Casa Civil. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)

BRASIL. Decreto 70.253, de 6 de março de 1972. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d70235cons.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d70235cons.htm).

BRASIL. Lei 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Brasília: Casa Civil. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19784.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19784.htm)

BRASIL. Lei 14.129, de 29 de março de 2021. Dispõe sobre princípios, regras e instrumentos para o Governo Digital e para o aumento da eficiência pública e altera a Lei n<sup>o</sup> 7.116, de 29 de agosto de 1983, a Lei n<sup>o</sup> 12.527, de 18 de novembro de 2011 (Lei de Acesso à Informação), a Lei n<sup>o</sup> 12.682, de 9 de julho de 2012, e a Lei n<sup>o</sup> 13.460, de 26 de junho de 2017. Brasília: Casa Civil. Disponível em [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2021/lei/114129.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/114129.htm)

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Súmula n<sup>o</sup> 45. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/sumstj/toc.jsp?livre=%2745%27.num.&O=JT>.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Súmula n<sup>o</sup> 325. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/docs\\_internet/jurisprudencia/tematica/download/SU/Verbetes/VerbetesSTJ.pdf](https://scon.stj.jus.br/docs_internet/jurisprudencia/tematica/download/SU/Verbetes/VerbetesSTJ.pdf).

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7<sup>a</sup> ed. (20<sup>a</sup> reimp.). Coimbra: Edições Almedina, 2017.

CARNELUTTI, Francesco. **Instituciones del Proceso Civil**. 5ª. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1959.

CARVALHO NETO, Tarcisio Vieira. **O princípio da impessoalidade nas decisões administrativas**. 1ª ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2015.

CARVALHO NETO, Tarcisio Vieira. O princípio da non reformatio in pejus e o controle de legalidade no processo administrativo. *In: Direito Público em evolução: estudos em homenagem à professora Odete Medauar*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Ensayos de derecho procesal civil**. Santiago: Ediciones Olejnik, 2022.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. 10ª ed., revista e atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 1994.

CROLEY, Steven. **Regulation and public interests: the possibility of good regulatory government**. Princeton: Princeton University Press, 2008.

CROLEY, Steven. Theories of Regulation: incorporating the administrative process. **Columbia Law Review**, v. 98, n. 1, 1998.

DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio. **Processo Administrativo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio. **Processo Administrativo**. 2ª ed., revista e ampliada. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 16ª ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros/JusPodivm, 2022.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. São Paulo: Malheiros/JusPodivm, 2022. 6v.

DUARTE, David. **Procedimentalização, participação e fundamentação: para uma concretização do princípio da imparcialidade administrativa como parâmetro decisório**. Coimbra: Edições Almedina, 1996.

DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge (Mass.): Harvard University Press, 1978.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de Princípios Constitucionais: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Constitution of the United States. Disponível em: <[https://www.senate.gov/about/origins-foundations/senate-and-constitution/constitution.htm#amdt\\_14\\_\(1868\)](https://www.senate.gov/about/origins-foundations/senate-and-constitution/constitution.htm#amdt_14_(1868))>.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. Campinas: Bookseller, 2006.

GARCÍA DE ENTRERRÍA, Eduardo. **As transformações da justiça administrativa - da sindicabilidade restrita à plenitude jurisdicional. Uma mudança de paradigma?** 1ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010. (Coleção Fórum Brasil-Espanha de Direito Público, 1).

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

HABERMAS, Jurgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Princípios da filosofia do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

HOLLANDA, Aurélio Buarque. Interesse. *In: Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*. 2ª edição, revista e aumentada. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

JAMBRENGHI, M. T. Paola Caputi. Il principio del legittimo affidamento. *In: Studi sui Principi del Diritto Amministrativo*. [s.l.]: Giuffrè, 2012.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. 13ª ed. São Paulo: Perspectiva, 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil**. 9ª, rev. e atual. São Paulo: Thomson Reuters/RT, 2024.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil**. 8ª ed., rev. e atual. São Paulo: Thomson Reuters/RT, 2022.

MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. A superação do ato administrativo autista. *In: Os caminhos do ato administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. **Regulação estatal e interesses públicos**. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

MEDAUAR, Odete. **A Processualidade no Direito Administrativo**. 3ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 22ª ed., rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

MEDAUAR, Odete. **O Direito Administrativo em Evolução**. 3ª ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017.

MEDAUAR, Odete. O princípio da razoável duração do processo administrativo. *In: Atuais Rumos do Processo Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MERKL, Adolf. **Teoría General del Derecho Administrativo**. Santiago: Ediciones Olejnik, 2018.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. 3ª, rev.atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Barão de. **O Espírito das Leis**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996. (Paideia).

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios fundamentais: teoria geral dos recursos**. 3ª ed., rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico**. São Paulo: WFM Martins Fontes, 2013.

OCCHIENA, Massimo. I Principi di Pubblicità e Trasparenza. *In: Studi sui Principi del Diritto Amministrativo*. [s.l.]: Giuffrè, 2012.

OLBERTZ, Karlin. O princípio do formalismo no processo administrativo. *In: Atuais Rumos do Processo Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

OTERO, Paulo. **Legalidade e administração pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade**. 2ª reimp. Coimbra: Edições Almedina, 2003.

OTERO, Paulo. **Manual de Direito Administrativo**. Coimbra: Edições Almedina, 2013.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1966.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Princípios constitucionais do processo administrativo no Direito brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, v. n. 134, n. a. 36, 1997.

SANTOS, Boaventura de Sousa. O Estado, o Direito e a Questão Urbana. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, n. 9ª ed., p. 9–82, 1982.

SCARSELLI, Giuliano. Francesco Carnelutti: il giurista, l'avvocato, l'uomo. *In: Judicium: il processo civile in Italia e in Europa*. Pisa: Pacini Editore Srl, 2021. Disponível em: <<https://www.judicium.it/francesco-carnelutti-giurista-lavvocato-luomo/>>. Acesso em: 8 dez. 2024.

SILVA, Vasco Pereira da. **Para um contencioso administrativo dos particulares**. Coimbra: Edições Almedina, 2005.

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 de Direito Administrativo**, v. 237, 2004.

STRECK, Lênio Luiz. Do pamprincipiologismo à concepção hipossuficiente de princípio. Dilemas da crise do direito. **Revista de Informação Legislativa**, n. 194, 2012. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496574/000952675.pdf>>. Acesso em: 5 jan. 2025.

SUNDFELD, Carlos Ari. A importância do procedimento administrativo. **Revista de Direito Público**, n. 84, p. 64–74, 1987.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público**. 5ª. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

SUNDFELD, Carlos Ari. Processo e procedimento administrativo no Brasil. *In: As leis de processo administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2000. (Sociedade Brasileira de Direito Público).

WOLFF, Hans J.; BACHOF, Otto; STOBBER, Rolf. **Direito Administrativo**. 11ª ed. [s.l.]: Fundação Calouste Gulbenkian, 2006.

XAVIER, Alberto. **Do Procedimento Administrativo**. São Paulo: Bushatsky, 1976.