

PATRICIA VIANNA MEIRELLES FREIRE E SILVA

**PRINCÍPIOS NO PROCESSO ADMINISTRATIVO
PREVIDENCIÁRIO**

MESTRADO EM DIREITO

PUC/SP
2007

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

PATRICIA VIANNA MEIRELLES FREIRE E SILVA

**PRINCÍPIOS NO PROCESSO ADMINISTRATIVO
PREVIDENCIÁRIO**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência para obtenção de título de Mestre em Direito, sob a orientação do Professor Doutor Wagner Balera.

PUC/SP

2007

BANCA EXAMINADORA

AGRADECIMENTOS

Aos meus Pais, a quem agradeço por todas minhas conquistas.

Ao meu marido Bruno, companheiro tão especial e querido.

Ao Professor e orientador Wagner Balera, pelos sábios ensinamentos e atenção dispensada durante a orientação deste trabalho.

Aos meus amigos, que sempre me incentivaram.

Para meu filho Pedro, com amor.

RESUMO

O presente trabalho objetivou demonstrar a importância dos princípios constitucionais na compreensão do processo administrativo previdenciário, instrumento de garantia individual e de participação do cidadão na Administração Pública.

Iniciamos com as noções da função administrativa, ocasião em que verificamos a existência do fenômeno processual em todas as atividades estatais, não obstante a constatação de elementos próprios inerentes ao processo administrativo. Após, abordamos o conceito de função e processo administrativo.

Seguindo nosso estudo, apresentamos os diversos critérios utilizados para diferenciar o procedimento do processo administrativo, bem como a distinção deste último com o ato complexo. Finalizamos, apresentando o conceito e caracterização do processo administrativo.

Buscando uma melhor compreensão dos princípios do processo administrativo, passamos à análise das normas jurídicas, elencando as categorias de normas constitucionais existentes e as distinções entre valores, princípios e regras jurídicas.

Do mesmo modo, estudamos os princípios constitucionais, enfocando suas características, funções e conceituação.

Por fim, discorremos sobre os princípios do processo administrativo, demonstrando seu valor e influência na seara previdenciária.

ABSTRACT

The actual job effort aimed to prove the importance of the constitutional principles in the understanding of the social welfare administrative proceedings, which is an instrument of individual assurance and of the participation of the citizen in the Public Administration.

We began with the notions of the administrative assignment, when we had the opportunity to find out the existence of the procedural phenomenon in all activities pertaining to the state, despite the verification of particular components inherent to the administrative proceedings. Afterwards, we approached the concept of administrative assignment and administrative proceedings.

As we continued our study, we introduced the several criteria utilized to distinguish the administrative procedure from the administrative proceedings, as well as the separation of the proceedings from the complex act. We finished introducing the concept and the characterization of the administrative proceedings.

As we searched for a better comprehension of the administrative proceedings, we move on to the analysis of the juridical rules, listing the categories of the existing constitutional rules and the distinction between values, principles and juridical rules.

In the same manner, we studied the constitutional principles, focusing on its characteristics, assignments and conception.

Finally, we ran over on the principles of the administrative proceedings, proving its importance and influence in the social welfare area of study.

SUMÁRIO

Introdução.....	1
1. A Função Administrativa.....	3
1.1. A Presença da Processualidade em todos os Poderes Estatais.....	10
1.2. Conceito de Função e Processo Administrativo.....	14
1.3. Processo ou Procedimento Administrativo.....	18
1.3.1. Critério da Amplitude.....	18
1.3.2. Critério da Complexidade.....	19
1.3.3. Critério do Interesse.....	20
1.3.4. Critério do Concreto e do Abstrato.....	21
1.3.5. Critério da Lide.....	22
1.3.6. Critério do Teleológico e do Formal.....	23
1.3.7. Critério do Ato e da Função.....	24
1.3.8. Procedimento como gênero e processo como espécie.....	24
1.4. Processo Administrativo e Ato complexo.....	33
1.5. Conceito e Caracterização do Processo Administrativo.....	35
2. Normas Jurídicas.....	45
2.1. Categorias de normas jurídicas constitucionais.....	51
2.2. Diferenças entre Princípios e Valores.....	53
2.3. Distinção entre Princípios e Regras.....	57
3. Princípios Constitucionais.....	71
3.1. Conceito e Características dos Princípios.....	72
3.2. Funções dos Princípios.....	77
4. Princípios do Processo Administrativo Previdenciário.....	80
4.1. Princípio da Isonomia ou Igualdade.....	81
4.2. Princípio da Legalidade.....	89
4.3. Princípio do Devido Processo Legal.....	98

4.4.	Princípios do Contraditório e Ampla Defesa.....	105
4.5.	Princípio da Impessoalidade.....	114
4.6.	Princípio da Moralidade.....	119
4.7.	Princípio da Publicidade ou Transparência.....	124
4.8.	Princípio da Motivação ou Fundamentação.....	131
4.9.	Princípio da Eficiência.....	136
5.	Conclusão.....	143
6.	Bibliografia.....	148

INTRODUÇÃO

A Magna Carta, em seu art. 1º, caracteriza o Brasil como Estado Democrático de Direito. Diversamente do Estado de Direito, no Estado Democrático importa saber a que normas o Estado e o próprio cidadão estão submetidos.

O Estado Democrático se funda no princípio da soberania popular, o qual impõe a participação efetiva do povo na coisa pública, não se resumindo apenas na formação das instituições representativas. O princípio democrático funciona, assim, como garantia geral dos direitos fundamentais da pessoa humana.

Desta forma, o primeiro aspecto a ser observado no Estado Democrático de Direito diz respeito as suas finalidades, que devem ser voltadas para o povo. E também aos instrumentos à disposição da população, a fim de que esta possa verificar se os objetivos almejados estão efetivamente sendo concretizados.

Com o processo de democratização, o Estado, através de seus órgãos, passa a intervir mais diretamente na vida dos cidadãos prestando serviços, fomentando atividades que visem ao interesse público e exercendo o poder de polícia.

Neste contexto, o processo administrativo se apresenta como de essencial importância para o controle da legalidade dos atos, bem como para o próprio Estado Democrático, porque possibilita a participação do cidadão, promovendo com isso o exercício da cidadania.

De fato, existe um vínculo que liga o processo administrativo e a democracia, pois aquele, como instrumento à disposição da sociedade, deve garantir que a atuação da Administração tenha por base os valores de justiça, liberdade e igualdade, inerentes a qualquer Estado Democrático e, erigidos na Constituição, em seu art. 1º, como seus fundamentos.

Assim, podemos afirmar que o processo administrativo passou a ter destaque a partir do momento em que o Estado foi obrigado, devido ao grande desenvolvimento social e econômico, a interferir mais na vida do cidadão.

Isto porque, em razão da interferência estatal, nasce a obrigação de se demonstrar ao cidadão os modos de atuar do Estado e o estabelecimento de parâmetros mínimos para essa atuação.

Justamente neste momento cresce a aceitação de uma processualidade inerente a todos os poderes estatais e não apenas ao Judiciário. Os administrativistas passam a se preocupar também com os momentos antecedentes à edição do ato administrativo, e não mais somente ao estudo do ato em si.

Resta claro, portanto, que todos os atos governamentais, e não apenas os inerentes a função jurisdicional, devem percorrer um caminho, antes de atingirem a sua finalidade, o que denota que a processualidade não é monopólio da jurisdição.

Nesse sentido, a processualidade representa a relação entre a Administração e os administrados, porque através do processo administrativo se verifica uma efetiva participação dos cidadãos, o que contribui para decisões mais justas e desprovidas de eventuais arbitrariedades possíveis, caso a Administração apenas levasse em conta seus interesses, não ouvindo os sujeitos envolvidos.

Assim sendo, observamos que dentre as diversas finalidades do processo administrativo, a mais relevante no Estado democrático é servir de instrumento contra os arbítrios do Estado, de modo a favorecer o exercício da cidadania.

No cumprimento desta importante função, destaca-se o papel dos princípios norteadores do processo administrativo, que é o tema do presente trabalho.

1. A FUNÇÃO ADMINISTRATIVA

O estudo da função administrativa deve partir do conceito de Estado. Dentro da noção de Estado é que se encontra toda a concepção de organização e funcionamento dos serviços públicos.

Como é sabido, o Estado é um puro ente jurídico¹ constituído de três elementos:

“O Povo; Território e Governo. O primeiro representa o componente humano do Estado. O Território refere-se a sua base física e o governo é o elemento condutor, que detém o poder de auto-organização e auto-determinação emanado do Povo”.

A vontade estatal apresenta-se e se manifesta por meio dos denominados Poderes estatais, os quais, segundo a clássica Teoria de Montesquieu, dividem-se em três: Legislativo, Executivo e Judiciário; sendo os mesmos independentes e harmônicos entre si.

A cada um de referidos poderes foi atribuída com precipuidade uma função. Isto porque, embora cada poder realize uma função de forma preponderante, não o faz de modo exclusivo. Assim, a função legislativa é aquela mediante a qual se constitui a ordenação jurídica estatal, a judicial é o poder de manter e aplicar a ordenação jurídica e, por meio da função executiva se desenvolve uma atividade concreta e efetiva para a persecução dos fins estatais imediatos.²

Segundo esclarece Hely Lopes Meirelles³:

“Inexiste uma separação de Poderes com divisão absoluta de funções, mas, sim, distribuição das três funções estatais precípua entre órgãos independentes, porém harmônicos e coordenados no seu funcionamento, até porque o poder estatal é uno e indivisível.”

De acordo com Agustín Gordillo:

“Precisando el lenguaje se habla ya más de “separación de funciones,” antes que de separación de poderes ya que el poder es

¹ Santi Romano. *Princípios de Direito Constitucional Geral*, p.64.

² *Ibidem*, p. 225.

³ Hely Lopes Meirelles. *Direito Administrativo Brasileiro*, p 61.

uno solo, pero se mantiene el principio de que ella tiene por finalidad coordinar el ejercicio del poder público y evitar que pueda ser fuente de despotismo o arbitrariedad.

Es de cierta importancia recordar que en el pasado a veces se incurría en el error de suponer que la división de poderes significaba que cada uno de los tres poderes era “soberano en su esfera,” es decir que cada poder legislaba, administraba y juzgaba en lo relativo a su propia actividad. Tal concepción es completamente errada, pues lo esencial de la teoría analizada es la división de funciones y no sólo la división en órganos: una división en órganos no acompañada de una división de funciones no es verdaderamente garantía de libertad ni responde a la finalidad buscada.

De tal modo, la división de poderes significa que cada poder, cada órgano del Estado, tenga a su cargo una sola función del Estado; que esto no se realice con perfección en la práctica, no significa que la teoría misma pueda ser enunciada en el sentido criticado, de que cada poder deba realizar las tres funciones en su propia esfera de actividad. La “división de los poderes” se manifiesta en una “separación de funciones,” transferencia y hasta fractura de poderes y “órganos.”⁴

No mesmo sentido é o pensamento de Celso Antonio Bandeira de Mello, *in verbis*:

“Esta trilogia não reflète uma verdade, uma essência, algo inexorável proveniente da natureza das coisas. É pura e simplesmente uma construção política invulgarmente notável e muito bem sucedida, pois recebeu amplíssima consagração jurídica. Foi composta em vista de um claro propósito ideológico do Barão de Montesquieu, pensador ilustre que deu forma explícita à idéia de tripartição. A saber: impedir a concentração de poderes para preservar a liberdade dos homens contra abusos e tirania dos governantes⁵”.

Como se manifesta o professor Wagner Balera “as funções estão configuradas, pelo direito positivo de cada país, como estruturas operacionais aptas a instrumentalizarem o Estado a fim de que este cumpra seu destino: promover o bem de todos⁶”.

José Roberto Dromi, por seu turno, apresenta a seguinte definição:

“Las funciones del poder son las formas diversas bajo las cuales se manifiesta la actividad dominante del Estado, los diversos modos de ejercicio de la actividad estatal”⁷.

⁴ Agustín Gordillo. *Tratado de Derecho Administrativo*, p. 1 e 2.

⁵ Celso Antonio Bandeira de Mello. *Curso de Direito Administrativo*, p.29.

⁶ Wagner Balera. *Processo Administrativo Previdenciário: Benefícios*, p. 19.

⁷ José Roberto Dromi. *Instituciones de Derecho Administrativo*, p. 77.

Assim, observamos que as definições apresentadas embora não sejam idênticas, apresentam um núcleo comum, qual seja, a conceituação das funções como modo de se exercer a atividade estatal.

Para identificar-se a função administrativa, alguns critérios são apresentados pela doutrina, dentre eles destacam-se os seguintes: O critério negativo; o critério subjetivo e o critério objetivo, o qual se subdivide em material e formal⁸.

Pelo primeiro, a definição de função administrativa ocorre por exclusão, isto é, os adeptos de tal posicionamento definem a função administrativa como sendo aquela que não é função legislativa nem judicial.

A conceituação da função administrativa se daria de forma residual. Assim, ela seria compreendida por toda a atividade que não fosse legislativa ou judicial.

Como destaca Paulo Modesto, basicamente podem ser apontados dois fatores como determinantes para a utilização de aludido critério: “A primeira explicação parece ter sido a necessidade de recusar o essencialismo das definições positivas. A segunda explicação procura fundamento na própria história.

A monarquia centralizava nas mãos do príncipe todas as formas de exercício do poder estatal. Não havia diferenciação jurídica entre as funções públicas. O governo respondia pela “atividade total do Estado”. É apenas através de uma longa evolução histórica que as três formas clássicas de atividade conseguem uma individualização expressiva. A primeira separação vem com a declaração de autonomia dos tribunais para resolver conflitos entre particulares e definir sobre aplicação das normas penais. A segunda separação vem com a ampliação do processo de constitucionalização do Estado a partir do qual se afirma a autonomia

⁸ Há doutrinadores, no entanto, que apenas apresentam os seguintes critérios: subjetivo ou orgânico; material e formal, como por exemplo, José dos Santos Carvalho Filho. *Manual de Direito Administrativo*, p.4.

das Assembléias representativas como espaço privilegiado para o exercício das faculdades legislativas. A Administração aparece como resíduo final dessa fragmentação do exercício do poder político”⁹.

Tal corrente possui maiores adeptos na Alemanha, como se observa no pensamento de Otto Mayer, ao dispor:

*“Examinando las dos primeiras ramas de la actividade del Estado cuya noción requiere esencialmente la reunión de dos elementos, se comprueba que cuando falta uno de esos elementos, la actividade, cualquiera sea por lo demás su carácter, pues por ello mismo en la esfera de la administración. Por conseguinte, esta noción parece estar delimitada negativamente: administración deve ser toda actividad del Estado, que no es legislación ni justicia”.*¹⁰

Por outro lado, o aspecto subjetivo ou orgânico é aquele que realça o sujeito ou agente da função, isto é, identifica a função através de quem a produz.

Aludido critério não busca perquirir o conteúdo ou alcance dos atos produzidos, mas apenas o sujeito responsável pelo exercício da atividade pública.

Note-se, porém, que o critério apresentado apresenta algumas falhas. Primeiramente ele se mostra insuficiente para elucidar o regime jurídico nas hipóteses de ação conjunta ou complementar de dois ou mais órgãos no exercício de uma mesma função.

Do mesmo modo, também não seria capaz de explicar atos do Poder Judicial ou Legislativo típicos da atividade administrativa, como por exemplo, a nomeação de um servidor.

O critério subjetivo também não teria condições de esclarecer a aplicação do direito administrativo para os atos praticados por pessoas públicas não estatais, como as concessionárias de serviços públicos, bem como não poderia aplicar o regime jurídico administrativo às fundações e

⁹ Paulo Modesto. *Função Administrativa*. Revista *Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº. 4, julho, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 26 de setembro de 2006.

¹⁰ Otto Mayer *apud* Paulo Modesto, *Op. cit.*

autarquias públicas e aos particulares que colaboram com a administração pública, como por exemplo, mesários.

Há, ainda, o critério objetivo material, pelo qual se examina o conteúdo da atividade. De acordo com tal critério, enquanto a função legislativa se configuraria pela expedição de atos gerais e abstratos e a judicial pela solução das controvérsias jurídicas, a função administrativa se tipificaria por objetivar de forma direta e imediata a realização da utilidade pública.

Entretanto, como aponta Paulo Modesto¹¹, *“os defensores desse critério admitem a existência de atos emanados pelo Legislativo ou Judiciário com caráter administrativo.”*

Assim como o critério subjetivo, também podemos apontar falhas na corrente material. De início, nos parece claro que o critério em comento é incapaz de explicar como atos de conteúdo legislativo e do judiciário, mas editados pelo executivo são regidos pelo direito administrativo.

Igualmente, é incapaz de elucidar porque leis simplesmente derogatórias são dotadas da mesma força jurídica e submetidas ao mesmo regime das leis abstratas e gerais.

Finalmente, temos o aspecto objetivo formal, que explica a função pelo regime jurídico em que se situa a sua disciplina. Para Celso Antônio Bandeira de Mello¹²:

“O critério formal seria o mais adequado, afirmando que a função legislativa seria aquela exercida exclusivamente pelo Estado por via de normas gerais, em regra abstratas, que inovam na ordem jurídica, buscando seu fundamento na Constituição.

A função jurisdicional, assim como a legislativa, também seria exercida com exclusividade pelo Estado, visando resolver as controvérsias de forma definitiva, em respeito ao instituto da coisa julgada.

Finalmente, a função administrativa seria “a função que o Estado ou quem lhe faça as vezes (normalmente pelo Poder Executivo e seus sujeitos auxiliares e, atipicamente, por órgão de outros poderes),

¹¹ Paulo Modesto, *Op. cit.* p. 9.

¹² *Op. cit.*, p. 33-34.

exerce na intimidade de uma estrutura e regime hierárquicos e que no sistema constitucional brasileiro se caracteriza pelo fato de ser desempenhada mediante comportamentos infralegais ou, excepcionalmente, infraconstitucionais, submissos todos a controle de legalidade pelo Poder Judiciário”.

Segundo Paulo Modesto, “*por essa via os atos estatais aparecem caracterizados pelo plexo de efeitos jurídicos que desencadeiam a partir do sistema normativo*”¹³.

Assim, de acordo com o critério utilizado, ter-se-á uma concepção das funções. Dessa forma, há quem vincule a função administrativa ao atendimento do interesse público, em contraposição à função legislativa que visaria um interesse abstrato e a judicial que, não obstante, também alcançasse o interesse concreto o faria de modo equidistante às partes.

Por outro lado, a função administrativa também teria como elemento identificador sua finalidade pública imediata, enquanto caberia à legislativa e a judicial o atendimento do interesse público pela via mediata.

Sob outro enfoque, ainda seria possível identificar a função administrativa como aquela realizada pelo conjunto de órgãos e agentes englobados no âmbito do Poder Executivo.

Temos, também, a corrente que analisa as próprias características essenciais da função administrativa, quais sejam: atividade subordinada e não auto-suficiente.

Finalmente, diz-se que a função administrativa seria aquela eminentemente “realizativa”, isto é, aquela responsável pela realização de tarefas e atribuições objetivando fins sociais obrigatórios¹⁴.

Na realidade, ditos critérios apresentam características importantes, razão pela qual não podem ser considerados totalmente equivocados, mas, por outro lado, mostram-se insuficientes. Assim,

¹³ Paulo Modesto. *Op. cit.* p.10.

¹⁴ Alegretti *apud* Odete Medauar. *Processualidade no Direito Administrativo*, p. 53.

devem ser analisados em conjunto e não de forma isolada, combinando-se entre si.

Não obstante opiniões diversas, consideramos que o traço de distinção entre a função administrativa e as demais funções parece ser a sua sujeição a dois tipos de controle, o jurisdicional e o administrativo.

Com efeito, os órgãos jurisdicionais não estão sujeitos ao controle que se é exercido na esfera administrativa (controle de legalidade e da própria oportunidade e conveniência dos atos administrativos). Uma vez proferida uma sentença, ela não permanece à disposição do magistrado para eventual análise de conveniência e oportunidade, somente podendo ser modificada de acordo com o processo judicial previamente determinado.

Da mesma forma, os atos emanados pelo legislativo também não se sujeitam a duplo controle. Após a edição de uma lei, ela somente poderá ser derogada ou ab-rogada por nova lei, mas neste caso, não há que se falar em controle e, sim, em atividade de criação. O controle que a lei sofre é controle jurídico através da jurisdição, acerca de sua validade.

Desta forma, a função administrativa pode ser conceituada como aquela exercida pelo Estado ou por seus delegados, subjacentemente à ordem constitucional e legal, sob regime de direito público, com vistas a alcançar os fins colimados pela ordem jurídica¹⁵.

Segundo Paulo Modesto¹⁶, podemos conceituar a Administração Pública “como a atividade subalterna e instrumental exercitada pelo Estado (ou por quem lhe faça as vezes), expressiva do poder público, realizada sob a lei ou para dar aplicação estritamente vinculada à norma constitucional, como atividade emanadora de atos complementares dos atos de produção jurídica primários ou originários, sujeita a dupla

¹⁵ Aricê Amaral Santos. *Função Administrativa*, pgs.165/185.

¹⁶ Paulo Modesto. *Op. cit.*, p.16.

sindicabilidade jurídica e dirigida à concretização das finalidades estabelecidas no sistema do direito positivo”.

Como bem destaca a professora Odete Medauar¹⁷:

“A função administrativa pode ser sintetizada “como a atividade estatal que: coadjuva as instituições políticas de cúpula no exercício da atividade de governo; organiza a realização das finalidades públicas postas pelas instituições políticas de cúpula; produz serviços, bens e utilidades para a população”.

Note-se que a função administrativa, assim como toda e qualquer função pública, no Estado democrático de Direito, é um dever realizado, e não mera faculdade, em prol do interesse público, mediante o uso de poderes instrumentais conferidos pelo ordenamento.

Nesse sentido, vale transcrever a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁸, *in verbis*:

“Comece-se por dizer que a função pública, no Estado Democrático de Direito, é a atividade exercida no cumprimento do dever de alcançar o interesse público, mediante o uso dos poderes instrumentalmente necessários conferidos pela ordem jurídica”.

Assim, entendida como dever a ser realizado, a função administrativa concretiza sua atividade de diversos modos, dentre eles, temos o processo administrativo.

1.1. A PRESENÇA DA PROCESSUALIDADE EM TODOS OS PODERES ESTATAIS

O termo processo sempre esteve relacionado exclusivamente ao exercício da função jurisdicional. No entanto, a partir do fim dos anos 20, entre os administrativistas, e dos anos 40, para os processualistas, a idéia de processualidade inerente aos três poderes estatais começou a ser aceita.

¹⁷ Odete Medauar. *Op. cit.*, p.55.

¹⁸ Celso Antônio Bandeira Mello, *Op. cit.*, p.27.

Esse avanço pode ser compreendido dentro do contexto sócio-político da época e da busca por uma nova metodologia que se adequasse ao dito momento e ao melhor exercício dos poderes estatais disciplinados pelo Direito Processual e Direito Administrativo. A partir de então, passou-se a ter uma concepção instrumental do processo.

Desta concepção instrumental do processo, a noção de processualidade migrou para abranger cada vez mais o exercício dos Poderes Executivo e Legislativo¹⁹. O processo deixa de ser concebido como o modo de atuação do Poder Judiciário e passa a ser entendido como modo de exercício do Poder Estatal, abrangendo, assim, todas as demais funções estatais.

Segundo Marcelo Harger²⁰:

“O processo passa a ser considerado como um aspecto dinâmico de um fenômeno que se concretiza no decorrer do tempo e que reflete a transformação do poder estatal latente em atos e decisões. É por isso que, atualmente, não se nega a existência do processo no exercício da função jurisdicional, mas se afirma que o exercício da função legislativa e executiva também são caracterizados pela processualidade”.

Com efeito, diversos fatores foram propulsores deste novo estudo do processo. Primeiramente, observamos uma nova concepção publicista do processo, desassociando o direito de ação do direito subjetivo material, o que possibilitou o estudo de uma teoria do processo como relação jurídica.

¹⁹ De fato, a processualidade está intimamente relacionada ao exercício das principais funções estatais, em especial no que concerne à atuação dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. Neste sentido, pode-se falar de uma "processualidade ampla", e não apenas adstrita ao funcionamento do aparato jurisdicional, conforme historicamente ficou mais acentuado.

²⁰ Marcelo Harger. *Princípios Constitucionais do Processo Administrativo*, p.45.

O abandono da concepção publicista do processo, passando a ação a ser entendida como direito independente do direito material, foi essencial para se verificar uma mudança de objeto de preocupação científica, substituindo-se a jurisdição pela função estatal em seu aspecto político-social.

Por outro lado, como revela Odete Medauar²¹:

“A progressiva aproximação entre a Administração e administrado, reflexo do menor distanciamento entre Estado e sociedade, levou à necessidade de tornar conhecidos os modos de atuação administrativa e de propiciar ocasiões para que o cidadão se faça ouvir. O próprio aumento da ingerência estatal tem, como contrapartida, a exigência de fixação de parâmetros para a atividade administrativa, em especial a discricionária.”

Ademais, as exigências relacionadas à cidadania e ao caráter democrático do nosso Estado de Direito (art. 1º, caput) trazem em si a idéia de participação na gestão administrativa, conduzindo a uma especial atenção sobre os momentos que antecedem a edição das decisões administrativas.

Neste contexto, surge a chamada processualidade que transcende à função jurisdicional, abarcando também a função legislativa e a administrativa, sendo o processo administrativo uma decorrência imediata desta última.

Não obstante reconheça-se a existência de uma processualidade inerente a todas as funções, por outro lado não se pode negar a presença de um núcleo comum inerente a todas as funções.

Como elementos essenciais deste núcleo comum podemos apontar: a sucessão desencadeada de atos; pluripessoalidade; produção de um resultado unitário e a disciplina do exercício do poder. Vejamos.

²¹ Odete Medauar. *Processualidade no Direito Administrativo*, p. 16.

Primeiramente não se pode negar que o processo apresenta como característica básica sua dinâmica, objetivando um vir a ser, um fazer, um resultado final. Para que tal resultado final possa ser alcançado é preciso a concretização de fases e etapas, compostas de atos, os quais sucedem uns aos outros em busca do objetivo final almejado. Verifica-se, assim, a existência de uma sucessão desencadeada de atos.

A referida sucessão de atos, no entanto, para que possa ser válida, necessita estar previamente disciplinada pela ordem jurídica, cabendo, ainda, aos órgãos estatais responsáveis submissão e respeito a ela.

Por outro lado, característica que também pode ser apontada no núcleo da processualidade é a denominada pluripessoalidade, vale dizer, diversos são os sujeitos que participam da relação processual.

Com efeito, nas fases inerentes ao trâmite do processo, órgãos e sujeitos, sejam eles públicos ou privados, podem ocupar posições jurídicas distintas, exercendo, assim, poderes, deveres, obrigações, direitos e ônus em consonância com disposições previamente estabelecidas.

Entretanto, apesar da participação de múltiplos sujeitos, o ato final deve ser imputado à entidade estatal, como fruto de sua manifestação de vontade.

Elemento igualmente importante é a produção de um resultado único. De fato, o processo não representa um fim em si mesmo, mas, sim, possui caráter instrumental, objetivando a produção de um ato final, que se manifesta de acordo com a função estatal exercida em sentença, lei ou ato administrativo.

Todos os atos do processo possuem a peculiaridade de terem o mesmo objetivo, qual seja, o resultado final. As garantias constitucionais estabelecidas, da mesma forma, também almejam proporcionar a formação do resultado mais legítimo e correto.

Finalmente, a processualidade deve ser vista como uma forma de regulamentação do poder. Uma das características do Estado

Democrático é o disciplinamento do exercício do Poder Estatal, que se realiza de diversas formas, dentre elas, através do processo administrativo.

O processo atua, assim, como um mecanismo de garantia e, por tal razão, sua noção está correlacionada com o fim de todas as funções estatais, ou seja, a persecução do interesse público.

Como afirmam Ada Pellegrini Grinover, Antonio Carlos de Araújo Cintra e Cândido Rangel Dinamarco²²:

“Processo é um conceito que transcende ao direito processual. Sendo instrumento para o legítimo exercício do poder, ele está presente em todas as atividades estatais (processo administrativo, legislativo) e mesmo não estatais (processos disciplinares dos partidos políticos ou associações, processo das sociedades mercantis para aumento de capital etc.)”.

Desta feita, a processualidade está intimamente ligada com regramento do poder estatal. O processo funciona assim como garantia da legalidade e da legitimidade do uso do poder. É preciso que o poder se exercite dentro dos padrões fixados nas leis e na Carta Constitucional, para que haja respeito ao Estado Democrático de Direito.

Assim sendo, não se pode mais negar a presença de uma processualidade inerente a todas as funções estatais, sem, contudo, deixar de aceitar que, simultaneamente, há um núcleo comum desta processualidade, mas com características distintas, próprias da atuação de cada um dos três Poderes Estatais.

1.2. CONCEITO DE FUNÇÃO E PROCESSO ADMINISTRATIVO

A partir do momento em que se admite a existência do processo em todas as atividades estatais, observa-se a presença de um núcleo comum pertinente ao exercício de todas as atividades estatais.

O núcleo comum mostra-se, conforme dito, dentre outros aspectos, como a própria necessidade de contenção do poder estatal. Isto porque, não apenas o juiz exerce função, mas também o administrador público e o legislador. Como explica Odete Medauar²³:

“... A processualidade, então, vincula-se à disciplina do exercício do poder estatal. A seiva do tronco comum da processualidade é o poder, que permeia todos os ramos, onde inexistente poder, inexistente utilidade metodológica de uma concepção de processualidade ampla”.

Para que os agentes possam exercer suas funções, a lei lhes confere certas atribuições e finalidades. Devem, pois, estar adstritos às ditas finalidades, atuando nos limites de sua competência²⁴. O processo é o modo de garantir a observância desses limites.

De acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello²⁵:

“Competência pode ser definida como “o círculo compreensivo de um plexo de deveres públicos a serem satisfeitos mediante o exercício de correlatos e demarcados poderes instrumentais, legalmente conferidos para a satisfação de interesses públicos”.

A competência pode, portanto, ser entendida como poder-dever conferido às pessoas jurídicas, órgãos e agentes, fixados pelo direito positivo a fim de os mesmos busquem alcançar as finalidades públicas determinadas pela lei.

Assim, as competências são outorgadas a fim de que determinado escopo público seja satisfeito, cabendo ao administrador atuar apenas

²² Antônio C. de Araújo Cintra; Ada P. Grinover; Cândido R. Dinamarco. *Teoria Geral do Processo*, p.280.

²³ *Op. cit.*, p.28.

²⁴ O modo de agir dos órgãos e agentes públicos se realiza de forma diversa ao dos particulares, isto porque enquanto aos primeiros só lhes é lícito atuar em consonância com os limites legais previamente estabelecidos, em relação aos particulares verifica-se o inverso. Vale dizer, podem fazer tudo aquilo que a lei não proíba.

²⁵ *Op. cit.*, p. 134.

dentro de tais limites em prol dos objetivos coletivos almejados e previamente estabelecidos.

Como observa Carlos Ari Sundfeld²⁶:

“Os agentes públicos exercitam poderes em nome de finalidade que lhes é estranha; desempenham função. Função é o poder outorgado a alguém para o obrigatório atingimento do bem jurídico disposto na norma. A lei, a sentença e o ato administrativos são unilaterais, sua produção não estando condicionada à concordância dos particulares atingidos. Estas duas características das atividades públicas – constituírem função e gerarem atos unilaterais invasivos da esfera jurídica dos indivíduos – exigem a regulação do processo formativo da vontade que expressam. A atividade estatal é função, submetida a fins exteriores ao agente. O legislador, o juiz, o administrador, não dispõem de poderes para realizarem seus próprios interesses ou vontades. Seus atos valem na medida em que alcançam os fins que lhes correspondem. Daí dizer-se que a vontade do Estado é funcional. É nula a punição infligida ao servidor por cultivar ideologia desagradável ao chefe. Inadmissível que a sentença rejeite a ação porque o juiz se desentendeu com o autor. Os agentes públicos são meros canais de expressão da vontade do direito: o legislador quando edita leis, exprime o querer da Constituição (e do povo); o juiz e o administrador, através de seus atos, realizam a vontade da lei”.

Assim, o exercício da função é o exercício do poder previamente estabelecido pela Constituição, dirigido ao atingimento de determinado escopo. Em se tratando de atividade administrativa, o fim almejado é sempre o do interesse público.

Apenas para a realização de dita finalidade, o agente público é dotado de diversos poderes, os quais lhes são conferidos com o objetivo único e exclusivo do cumprimento de tal dever.

Observa-se, desta forma, a estreita relação entre a função e o processo. Nesse sentido, se manifesta Alberto Xavier²⁷:

“Relacionando os conceitos de ato, função e “procedimento”, BENVENUTI expôs uma teoria que representa um contributo valioso para o problema que nos ocupa. Para este autor, função é a concretização de um poder, ou seja, a sua transformação em ato,

²⁶ Carlos Ari Sundfeld. *Fundamentos de Direito Público*, p.89.

²⁷ Alberto Xavier. *Do procedimento Administrativo*, p.27/28.

mediante a sua aplicação a certa realidade. ‘ Quando falta uma instantaneidade entre o poder e o ato, existe qualquer coisa que, enquanto se concretiza, não é já poder, mas não é ainda ato’. “Este momento do poder, este diferenciar-se do poder, este fazer-se do ato, que tem já uma individualidade jurídica precisa e própria, além de lógica real, chamo de função”. Como a função se desenvolve no tempo, ela implica uma série de atos e fatos sucessivos que representam, na expressão do autor, “a estrada através da qual passa o poder para concretizar-se num ato”, e que é precisamente o processo. Desempenha este, relativamente à função, o papel de forma externa, no sentido de sua manifestação sensível. Processo e função são, pois, duas realidades inseparáveis, correspondendo respectivamente ao aspecto formal e substancial de um fenômeno único - o exercício no tempo de um poder”.

Verifica-se que tanto o conceito de função como o de processo estão relacionados com o modo de atuar dos agentes públicos. Ambos correlacionam-se com a idéia de movimento, embora apresentem pontos distintos.

Enquanto a função traduz o dever de agir em consonância com as finalidades legalmente previstas, o processo representa o modo pelo qual essa ação se processa. A função encontra-se no plano do direito material, já o processo reside no plano do direito processual.

De fato, diversamente dos particulares, a vontade estatal é consubstanciada como produto da função. Ele não é livre, mas, sim, condicionada a fins legalmente pré-determinados.

Assim, observamos que as funções devem ser realizadas em consonância com os limites estabelecidos pela Constituição e pelas leis, sendo certo que o processo é um dos instrumentos de controle à disposição da sociedade pra que se garanta a atuação da Administração dentro desses limites.

1.3. PROCESSO OU PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO

Conforme mencionado, a existência de uma processualidade relacionada aos três poderes tem tido boa aceitação da doutrina, em especial a partir dos anos 40. No entanto, ainda se observa a controvérsia em torno dos termos processo e procedimento.

Diversos são os aspectos abordados como critérios aptos a diferenciar processo do procedimento, alguns dizem respeito a questões meramente terminológicas, outros, porém, relacionam-se com aspectos substanciais.

Note-se, que não apenas em relação a tal distinção, mas também à própria conceituação do termo processo, a doutrina não se apresenta uníssona, o que dificulta ainda mais a busca pela diferenciação dos referidos termos. Segundo Marcelo Harger²⁸ “ *A dificuldade surge, especialmente diante de dois aspectos: a) a existência de regimes diversos nos diferentes países, b) a diversidade de instituições e tarefas a serem desempenhadas pela administração pública*”.

A doutrina costuma apontar diversos critérios²⁹; passemos, pois, a analisá-los.

1.3.1.O CRITÉRIO DA AMPLITUDE

Este critério busca distinguir processo de procedimento segundo sua amplitude, isto é, por dito aspecto, o processo seria algo a mais que o procedimento.

Assim, em todo processo haveria necessidade de um procedimento para o seu desenvolvimento, mas o contrário não ocorreria. Nem todo procedimento seria um processo.

²⁸ *Op. cit.*, p.60-61.

²⁹ Nesse sentido, as lições de Odete Medauar, *Op. cit.*, pp. 30 a 42.

No aspecto quantitativo, o processo seria um conjunto de todos os atos. O procedimento, por seu turno, seria apenas um ato ou um grupo desses atos. O Processo representaria o todo e o procedimento do todo.

Em outras palavras, o processo seria o todo e o procedimento tão somente as partes.

Como bem destaca Odete Medauar³⁰, “*este critério se mostra insatisfatório, pois, embora afirme a maior amplitude do processo em relação ao procedimento, não aponta de forma clara em qual aspecto o processo seria mais que o procedimento.*”

1.3.2. CRITÉRIO DA COMPLEXIDADE

O critério ora apresentado faz uma distinção entre processo e procedimento com base na denominada operação simples ou complexa.

De acordo com este critério, o procedimento traduziria manifestações simples de vontade, “*o meio imediato de dar forma a um ato ou a uma decisão*”³¹. Seria, desta forma, uma operação simples, admitindo-se a existência de procedimento em situações em que houvesse tão somente um ato.

Por outro lado, o processo seria caracterizado por sua maior complexidade. Assim, seria um conjunto de atos ou procedimentos, o somatório de diversas operações, as quais integrariam na unidade o todo.

Sob outro prisma, também é possível fazer a distinção com base no critério da complexidade. O procedimento seria, assim, a simples sucessão de atos processuais, simbolizado por uma cadeia de anéis.

Já o processo seria consubstanciado em uma entidade complexa, que sintetiza os atos que lhe dão corpo e as relações entre as

³⁰ Odete Medauar, *Op. cit.*, 31.

³¹ Manoel de Oliveira Sobrinho *apud* Odete Medauar, *Idem.*, p. 31.

posições jurídicas ativas e passivas dos seus sujeitos. O processo se caracterizaria pelo funcionamento dos componentes de aludida entidade complexa.

1.3.3.CRITÉRIO DO INTERESSE

Segundo este critério, a distinção entre processo e procedimento se verifica em função da finalidade dos atos realizados em cada um.

Assim, como ressalta Odete Medauar³²:

“Os atos do procedimento realizam-se com o objetivo de satisfazer somente o interesse do autor do ato, que é o único interesse para cuja satisfação é conferido o poder. Essa é uma das explicações do termo procedimento no âmbito de atuação administrativa, pois esta se destina principalmente à satisfação do sujeito, Administração Pública”.

Por outro lado, de acordo com referido critério, no processo os atos realizados não estariam voltados para o autor do ato, mas, sim, para seus destinatários.

Tal pensamento reflete uma concepção tradicional tanto do ponto de vista processualista, quanto do administrativista. Isto porque, durante muito tempo o interesse da administração foi visto como o interesse público, contrapondo-se ao interesse privado. Tal dicotomia representava a separação existente à época entre Estado e sociedade.

Desta forma, a partir do fim do século XX, em que se observa uma aproximação entre o Estado e a sociedade, tal critério perde importância. A atuação da Administração Pública passa a ser concebida em prol da própria sociedade, buscando o bem da coletividade.

Sob outro enfoque, há que se ressaltar que durante muito tempo prevaleceu uma visão privatista ou subjetivista do processo, que tinha por premissa a concepção de que os sujeitos atuam no processo objetivando alcançar o interesse dos destinatários do ato final.

³² *Op. cit*, p.32.

Assim, a evolução do direito processual abandonou a idéia privatística do processo, passando a concebê-lo em seu aspecto publicista. Desta forma, não mais se tinha o processo como instrumento cujo ato final destinava-se apenas ao interesse de seus destinatários.

A solução dos conflitos de interesse, que anteriormente era realizava pela denominada autotutela, passou, como a evolução da sociedade, a ser monopólio do Estado³³, o qual o exercita através da jurisdição e esta, por meio do processo.

A partir da referida evolução, o processo deixa de ser compreendido apenas como um instrumento em prol das partes, indo além, sendo uma forma de pacificação social e, por conseguinte, um instituto criado de interesse público.

A evolução levou, também, ao reconhecimento dos escopos sociais e políticos da jurisdição, ao reconhecimento de direitos difusos e coletivos sujeitos a proteção jurisdicional, o que não mais se coadunava com o critério individualista anteriormente estabelecido.

1.3.4. CRITÉRIO DO CONCRETO E DO ABSTRATO

De acordo com esse critério, o processo estaria no plano concreto, enquanto o procedimento pertenceria ao mundo abstrato.

Desta forma, o processo consistiria no somatório dos atos realizados em cada caso, “o processo, nessa concepção, diz respeito, ao mundo do ser, ao mundo dos fatos, embora qualificáveis do ponto de vista jurídico, mas realizados concretamente na realidade extrajurídica”³⁴.

Sob outro enfoque, o procedimento representaria o esquema formal do processo, seria, assim, a hipótese abstrata ou normativa, cuja realização em concreto seria o processo.

³³ Não se pode olvidar, entretanto, as exceções a esse monopólio, a exemplo da arbitragem, tratada pela Lei 9307/96.

³⁴ Odete Medauar, *Op. cit.*, p.33.

1.3.5. CRITÉRIO DA LIDE

Pelo critério da lide, a distinção entre processo e procedimento seria exatamente a existência de conflito ou não. Enquanto que em todo processo seria necessária a presença da lide³⁵, o procedimento seria caracterizado em razão de sua inexistência.

Nesse sentido é a posição de Alberto Xavier³⁶:

“Processo é, pois, o procedimento que tem por objeto a solução de um litígio, caracterizado, na clássica visão de CARNELUTTI, pelo conflito de interesses (elemento material) e pelo binômio pretensão-resistência (elemento formal). Processo Administrativo é aquele que compete à própria Administração”.

Considerando tal pensamento, não poderíamos dizer que há processo administrativo previdenciário quando, por exemplo, o segurado entra com requerimento na via administrativa solicitando a concessão de determinado benefício.

O processo administrativo previdenciário apenas teria início com a denegação ou a concessão de forma diversa da pleiteada, momento em que se configuraria a lide. Até então existiria procedimento administrativo e não processo.

Entretanto, pode haver processo sem lide, o que não pode haver é processo sem pretensão. Na esfera previdenciária, em diversas hipóteses, apresentado o pedido pelo beneficiário, uma vez verificada a comprovação dos requisitos legais, o Instituto Nacional do Seguro Social concede ao mesmo o benefício requerido, sem qualquer oposição.

Desta feita, observa-se que a lide não pode ser considerada elemento imprescindível ao processo, mas sim elemento accidental. Podendo, portanto, haver processo sem, contudo, existir conflito.

³⁵ Segundo Carnelutti, lide seria o instituto de origem metajurídico conceituado como conflito de interesses degenerado pela pretensão de uma das partes e pela resistência de outra.

³⁶ Alberto Xavier. *Princípios do Processo Administrativo e Judicial Tributário*, p.5.

Nesse sentido, temos a posição de José dos Santos Carvalho Filho, segundo o qual os processos administrativos podem ser classificados em não-litigiosos e litigiosos, casos haja ou não conflito de interesses entre O Estado e o particular³⁷.

Assim, de acordo com a classificação acima, o processo administrativo previdenciário poderá ser litigioso ou não. No primeiro caso, seu termo inicial será a interposição do recurso administrativo ao Conselho de Recursos da Previdência Social.

Em se tratando, porém, de processo não litigioso, tal processo terá início com o protocolo do requerimento administrativo.

1.3.6. CRITÉRIO DO TELEOLÓGICO E DO FORMAL

Segundo esse enfoque, o processo teria um aspecto teleológico, enquanto o procedimento teria tão somente um cunho formal. O primeiro seria caracterizado por sua finalidade de exercício de poder.

O procedimento, por seu turno, como afirma Maria Sylvia Zanella Di Pietro³⁸, seria um *“conjunto de formalidades que devem ser observadas para a prática de certos atos administrativos; equivale a rito, a forma de proceder; o procedimento se desenvolve dentro do processo administrativo”*.

Nesse sentido é a lição de Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco³⁹, *in verbis*:

“O procedimento e, nesse quadro, apenas o meio extrínseco pelo qual se instaura, desenvolve-se e termina o processo; é a manifestação extrínseca deste, a sua realidade fenomenológica perceptível. A noção de processo é essencialmente teleológica, porque ele se caracteriza por sua finalidade de exercício de poder (no caso jurisdicional). A noção de procedimento é puramente formal, não passando de coordenação de atos que se sucedem. Conclui-se, portanto, que o procedimento(aspecto formal do

³⁷ José dos Santos Carvalho Filho,. *Op. cit.* p. 683.

³⁸ *In Direito Administrativo*, p.494.

³⁹ *op. cit.*, p.279.

*processo) é o meio pelo qual a lei estampa os atos e fórmulas da ordem legal do processo*⁴⁰.

1.3.7. CRITÉRIO DO ATO E DA FUNÇÃO

Primeiramente, cumpre observar que aludido critério encontra respaldo na orientação de Benvenuti⁴¹, segundo a qual a função significa passagem do poder abstrato ao ato. Assim, em consonância com essa orientação, haveria um circuito que se inicia sobre uma figura dinâmica, que é a função e se fecha sobre uma figura estática, que é o ato.

Segundo Odete Medauar⁴², “*O procedimento representa a união de ambas, atraído, no entanto, mais para o ato, do qual prepara os pressupostos e elementos; o procedimento torna-se tributário do ato e representa sua descrição.*”

Constata-se, que segundo esse pensamento, o procedimento estaria correlacionado com o ato e o processo, com a função. Ademais, o processo teria estreita correlação com um conjunto de garantias que dizem respeito ao exercício da própria função.

1.3.8. PROCEDIMENTO COMO GÊNERO E PROCESSO COMO ESPÉCIE

Tradicionalmente, quando da distinção entre procedimento e processo, o primeiro sempre teve posição inferior ao último. No entanto, a

⁴⁰ Não obstante tal afirmação, referidos autores são adeptos do critério que utiliza a lide como diferenciador entre o conceito de processo e procedimento, como veremos posteriormente.

⁴¹ Nesse sentido, esclarece Odete Medauar, *Op. cit.* p. 35.

⁴² *Idem.* *Op. cit.*, p.35.

partir das idéias de Benvenuti⁴³, o procedimento deixou de ser visto com o grau de inferioridade até então estudado.

Segundo Odete Medauar⁴⁴, é possível sintetizar o pensamento de Benvenuti nos seguintes aspectos fundamentais: assim como as leis e as sentenças, os atos estatais consistem na concretização da entidade abstrata, que é o poder. Concretizar, assim, significa assumir efetividade real, quer dizer, o poder se adapta a uma realidade, transfundindo-se em ato, o qual representa aplicação pontual de um poder a uma realidade.

No entanto, como observa o referido autor, nem sempre essa concretização do poder em ato se realiza de forma instantânea e, assim, inexistindo dita instantaneidade, existe algo que enquanto se concretiza não é poder, mas, também, não é ato, este fazer-se ato denomina-se função.

Assim, o modo de se fazer o ato é o procedimento, o procedimento, pois, representa a transformação do poder em ato, sendo necessária uma série de atos para a transformação do poder em realização concreta.

Desta forma, baseando-se na premissa de que o procedimento se consubstanciaria em expressão da passagem não instantânea entre poder e ato, passou-se a entender o procedimento como gênero e o processo, como espécie.

A partir dessa nova concepção surgem duas principais correntes objetivando uma conceituação de processo e procedimento: o critério da colaboração dos interessados e o critério do contraditório.

De acordo com o critério da colaboração dos interessados, o procedimento pode ser dividido em dois tipos, sob o enfoque subjetivo,

⁴³ Idem, p. 36.

⁴⁴ Idem, p.36.

isto é, em razão do vínculo existente entre os sujeitos que dele participam.

Logo, em consonância com aludido enfoque, tem-se dois tipos de procedimento: procedimento em sentido estrito e processo. O primeiro teria como elemento identificador a sucessão de atos, realizados todos pelo mesmo sujeito⁴⁵, a quem compete editar o ato final.

Segundo Benvenuti⁴⁶, defensor dessa dicotomia, no procedimento a atuação dos diversos órgãos é norteada em uma só direção, qual seja: o interesse do próprio sujeito que edita o ato.

Já no processo, os sujeitos que atuam são diversos daqueles a quem compete editar o ato. Assim, nesta hipótese verifica-se a possibilidade de participação dos próprios destinatários na concretização do poder no ato determinativo de sua posição.

Há no processo, portanto, a colaboração dos interessados, os quais, segundo Benvenuti, visam, com seus atos, a um interesse substancial, que não é o interesse do autor do ato, mas de seus próprios destinatários.

Acrescenta, ainda, o autor que outro traço característico do processo seria a limitação e a razão de ser dos atos de cada sujeito nos próprios atos de outros sujeitos. Quando esta razão de ser e este limite surge e é fixado no interesse do destinatário do ato, há um processo.

O elemento essencial do processo, segundo dita visão, seria a concepção do processo como forma de exercício de uma função pública limitada, no seu exercício, por atos realizados em prol do destinatário final do ato.

⁴⁵ Segundo esclarece Benvenuti, mesmo sujeito deve ser entendido como somente um órgão ou mais órgãos do mesmo sujeito, ainda que os atos do procedimento provenham de órgãos diversos, todos são imputados ao mesmo sujeito(Medauar, Odete, *Op. cit.*, p. 37).

⁴⁶ Idem, p.37.

O outro critério utilizado para diferenciar-se processo de procedimento é o que tem como elemento básico a presença ou não do contraditório⁴⁷.

Com efeito, como esclarecem Araújo Cintra, Ada Pellegrini e Cândido Dinamarco⁴⁸:

“Na realidade, a presença da relação jurídico-processual no processo é a projeção jurídica e instrumentação técnica da exigência político-constitucional do contraditório. Terem as partes poderes e faculdades no processo, ao lado de deveres, ônus e sujeição, significa, de um lado, estarem envolvidas numa relação jurídica; de outro, significa que o processo é realizado em contraditório”.

Nesse sentido é a posição de Alexandre Freitas Câmara⁴⁹, ao conceituar processo como o procedimento realizado em contraditório, animado pela relação jurídica processual. O processo seria, assim, uma entidade complexa, da qual o procedimento seria um dos elementos formadores.

Na realidade, para os adeptos desse pensamento⁵⁰, a idéia de contraditório emerge na própria compreensão de processo como relação jurídica. Isto porque aqueles que participam do processo exercem suas faculdades, poderes, deveres e ônus de forma paritária.

Todos, indistintamente, têm a oportunidade de participar na formação da decisão final. Essa participação consiste justamente no contraditório. É inerente, portanto, à concepção de processo a idéia de relação jurídica e, conseqüentemente, a de contraditório.

Assim, justamente a presença do contraditório, com seu caráter dialético, no qual se observa a participação alternada e igualitária

⁴⁷ Como elucida Odete Medauar, *op. cit.*, p. 39, tal critério de distinção é encabeçado por Fazzalari, tendo como adeptos no Brasil Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Dinamarco.

⁴⁸ *Op. Cit.*, p.287.

⁴⁹ Alexandre Freitas Câmara. *Lições de Direito Processual Civil*, p.125.

⁵⁰ Conforme anteriormente dito, podemos citar Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Dinamarco.

dos interessados, é que tem o condão de qualificar o procedimento como processo.

Por todo exposto, não obstante reconheçamos pontos positivos e negativos nos critérios apontados, acreditamos que a utilização do termo processo administrativo nos parece mais correto. Entendemos que é a presença da relação jurídica que justamente irá diferenciar o processo do procedimento.

No entanto, ressaltamos que a existência ou não da lide no processo não deve ser confundida com contraditório. E, assim, este último existirá mesmo quando não haja lide, como, por exemplo, na Justificação Administrativa.

A Justificação Administrativa, prevista na Lei 8213/91, em seus artigos 55, §3º e 108, bem como no artigo 142 e seguintes do Decreto 3048/99, muito embora seja denominada pela legislação como recurso administrativo, deve ser entendida como processo⁵¹ administrativo acessório.

Através dela o interessado busca suprir falta ou insuficiência de documento ou produzir prova de fato ou circunstância de seu interesse, como, por exemplo, comprovação de tempo de trabalho ou união estável com segurado falecido.

Assim, para o processamento da justificação administrativa, deverá o interessado juntar as provas documentais⁵² e indicar as testemunhas, cujos depoimentos irão colaborar para a comprovação da veracidade que se pretende comprovar.

⁵¹ Nesse sentido discordamos da posição de Fábio Zambitte Ibrahim, segundo o qual a justificação administrativa seria procedimento (Fábio Zambitte Ibrahim. *Curso de Direito Previdenciário*, p. 407).

⁵² De acordo com o art.143, Decreto 3048/99, a justificação administrativa, para fins de comprovação de tempo de contribuição, dependência econômica, identidade e relação de parentesco, somente produzirá efeitos quando baseada em início de prova material, não se admitindo prova exclusivamente testemunhal.

Caso os documentos apresentados não sejam aceitos como início de prova documental, deverá o segurado ser notificado, a fim de que possa recorrer, ocasião em que se verificará a lide.

Entretanto, se porventura os documentos forem aceitos sem qualquer óbice pela administração pública, não haverá lide, sem, contudo, deixar de existir o contraditório e processo.

Isto porque, de acordo com a lição de Nelson Nery Junior⁵³:

“Por contraditório deve entender-se, de um lado, a necessidade de dar conhecimento da existência da ação e de todos os atos do processo às partes e, de outro, a possibilidade de as partes reagirem aos atos que lhe sejam desfavoráveis. Os contendores têm direito de deduzir suas pretensões e defesas, de realizar as provas que requereram para demonstrar a existência de seu direito, em suma, direito de serem ouvidos paritariamente no processo em todos os seus termos”.

Prosseguindo, esclarece o autor, “(...) é suficiente que seja dada oportunidade aos litigantes para se fazerem ouvir no processo, por intermédio do contraditório recíproco, da paridade de tratamento e da liberdade de discussão da causa. Tratando-se de direitos disponíveis, o réu, por exemplo, pode deixar de apresentar contestação – revelia - sem que isto configure ofensa ao princípio do contraditório. Deve, isto sim, dar a ele oportunidade de ser ouvido, de apresentar sua contrariedade ao pedido do autor. Essa oportunidade tem de ser real, efetiva, pois o princípio constitucional não se contenta com o contraditório meramente formal.

Por esta razão é mais apropriado falar-se em bilateralidade da audiência, como princípio do processo civil. O réu deve ser, portanto, citado. Isto se verificando, mesmo no caso de ele tornar-se revel, deixando de apresentar contestação, terá sido atendido o princípio constitucional do contraditório ⁵⁴.

⁵³ *In Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*, pgs.131-132.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 133-134.

O mesmo raciocínio pode ser utilizado na justificação administrativa. O fato da administração não se opor ao pedido do administrado não significa dizer que inexistente contraditório. Este se exerce quando a autarquia previdenciária toma conhecimento da pretensão do segurado e quando este é intimado acerca da decisão do INSS.

Ainda discorrendo sobre a diferenciação sobre procedimento e processo, não podemos deixar de destacar o pensamento de Enrico Tullio Liebman⁵⁵, segundo o qual o procedimento representaria um conjunto de atos, como fases de um caminho percorrido até o ato final, sendo certo que neste percurso o itinerário estaria predeterminado e, simultaneamente, todo o resultado de toda a operação.

Já o processo administrativo é constituído pela presença de “uma série de posições e relações recíprocas entre os seus sujeitos, as quais são reguladas juridicamente e formam, no seu conjunto, uma relação jurídica, a relação jurídica processual”.

Ademais, o processo administrativo representa muito mais que simples rito, seqüência de atos, podendo ser considerado como instrumento de proteção, participação e garantia dos direitos individuais.

No nosso direito pátrio, o Constituinte optou pela utilização do termo processo, ao dispor, em seu artigo 5, inciso LV:

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

Entretanto, insta ressaltar que alguns doutrinadores entendem mais apropriado a utilização do termo procedimento administrativo e não processo administrativo.

Inicialmente, destacamos o posicionamento de Carlos Ari Sundfeld⁵⁶. O aludido autor explica que, em razão das diferenças

⁵⁵ *In. Manual de Direito Processual Civil*, pp. 39-40.

⁵⁶ *In A importância do procedimento administrativo*, pp 64-74.

existentes entre as funções judicial e executiva, os processos derivados delas terão também enormes distinções e, portanto, o termo processo deveria apenas ser utilizado quando correlacionado com a atividade judicial.

Em se tratando da seara administrativa, seria mais adequado o uso do termo procedimento administrativo. No entanto, o procedimento administrativo, assim como o processo judicial, teria como escopo a realização de todas as fases necessárias para o desenvolvimento da atividade administrativa.

Sundfeld afirma que o uso da expressão processo administrativo poderia causar alguns problemas, em especial três:

Primeiramente, elucida que o termo processo sempre foi utilizado em relação à função jurisdicional e, por conseguinte, acaba por ter uma correlação com a idéia de partes e controvérsia.

Ocorre que, não é em todos os casos da esfera administrativa que existe a presença da lide, como em hipóteses do processo previdenciário, no qual a autarquia não oferece qualquer resistência à pretensão formulada pelo segurado, concedendo, assim, o benefício exatamente como requerido por ele.

Alega, ainda, o festejado autor que a utilização do termo processo poderia gerar o inconveniente de distorcer os efeitos da decisão administrativa, isto é, em razão da utilização do mesmo termo para processo judicial e administrativo, poderia se pensar que as decisões administrativas também teriam o caráter de definitividade.

Ainda discorrendo sobre o assunto, Sundfeld entende que o legislador poderia substituir o processo judicial pelo processo administrativo, violando, assim, diversas garantias constitucionais.

Por fim, também existiria a possibilidade de se confundir a matéria em virtude da própria possibilidade de expedição de atos administrativos pelo Poder Judiciário.

Na mesma esteira, encontramos a posição de Lúcia Valle Figueiredo⁵⁷, a qual, embora aponte razões diferentes, também entende ser mais adequada a utilização da expressão procedimento administrativo.

Segundo a autora, não obstante a Constituição Federal utilizar a expressão processo administrativo, este somente existiria nos casos em que se verificasse a presença de controvérsia, sanções, punições disciplinares, isto é, situações de acusações em geral ou litigância⁵⁸.

Ao tratar do tema, assim se manifesta a autora:

“Entendemos, por conseqüência, como se verificou, que se possa referir a processo, em sentido estrito, quando estivermos diante dos denominados de segundo grau, por Giannini, quer sejam disciplinares, sancionatórios ou revisivos (quando houver, portanto, “litigantes” ou acusados”); do contrário, como requisito essencial da atividade administrativa, normal da explicitação da competência, haverá procedimento, que se conterà dentro do processo em sentido amplo”⁵⁹.

O termo procedimento teria, assim, duas conotações. Primeiramente para referir-se ao conjunto de formalidades necessárias para emanação de atos administrativos, bem como seqüência de atos administrativos, cada qual desencadeando, por si, só efeitos típicos, mas todos voltados para a prolação do ato final.

Finalmente, insta destacar a posição de Celso Antônio Bandeira de Mello⁶⁰ que opta por utilizar os termos processo ou procedimento administrativo como sinônimos, como se observa em sua obra Curso de Direito Administrativo.

⁵⁷ Note-se que o pensamento de Lúcia Valle Figueiredo nem sempre foi o mesmo, passando por diversas evoluções. Analisaremos, assim, seu posicionamento atual.

⁵⁸ Lúcia Valle Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*, p.438.

⁵⁹ *Ibidem*, p.436.

⁶⁰ *Op. cit.*

1.4. PROCESSO ADMINISTRATIVO E ATO COMPLEXO

No estudo da conceituação do processo administrativo, outra distinção importante é a existente entre ato complexo e processo administrativo.

De acordo com a definição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁶¹:

“Ato complexo são os que resultam de manifestação de dois ou mais órgãos, sejam eles singulares ou colegiados, cuja vontade se funde para formar um único ato. As vontades são homogêneas; resultam de vários órgãos de uma mesma entidade ou de entidades públicas distintas, que se unem em uma só vontade para formar o ato; há identidade de conteúdo e de fins”.

Pelo conceito acima, verificamos que, não obstante haja a participação de mais de um órgão, há apenas a formação de um único ato. Esta é a maior distinção existente entre ato complexo e processo administrativo. Isto porque no processo administrativo sempre haverá a existência de vários atos, os quais terão por objetivo uma finalidade comum.

Discorrendo sobre o tema, Celso Antônio Bandeira de Mello⁶² ensina:

“No procedimento ou processo administrativo há vários atos, todos com finalidades específicas, distintas, sem prejuízo de possuírem também uma finalidade comum à generalidade deles. No ato complexo, diferentemente, há um só ato, que se forma pela conjugação de “vontades” de órgãos diferentes, sendo que ditas vontades estão articuladas em uma única finalidade, sem que caiba discernir outra que lhe fosse, como inerência, diversa da que reside no ato”.

Odete Medauar⁶³, por seu turno, acrescenta que *“enquanto o ato complexo é necessariamente composto por declarações de vontades simples, o processo administrativo pode abranger além de ato, fatos jurídicos, como o tempo”.*

⁶¹ *In Direito Administrativo*, p.207.

⁶² *Op. cit.*, p.448.

⁶³ *Op. Cit.*, p.56.

Ainda sobre a distinção em comento, trazemos à baila o posicionamento de Hely Lopes Meirelles⁶⁴:

“Ato complexo é o que se forma pela conjugação de vontade de mais de um órgão administrativo. O essencial, nesta categoria de atos, é o concurso de vontades de órgãos diferentes para a formação de um ato único. Não se confunda ato complexo com procedimento administrativo. No ato complexo integram-se as vontades de vários órgãos para a obtenção de um mesmo ato; no procedimento administrativo praticam-se atos diversos atos intermediários e autônomos para a obtenção de um ato final e principal”.

Prosseguindo, o referido autor ainda elucida que a dita diferenciação é “fundamental para saber-se em que momento o ato se torna perfeito e impugnável: o ato complexo só se aperfeiçoa com a integração da vontade final da Administração, e a partir desse momento é que se torna atacável por via administrativa ou judicial; o procedimento administrativo é impugnável em cada uma de suas fases, embora o ato final só se torne perfeito após a prática do último ato formativo”.

Assim sendo, muito embora o ato complexo seja plurissubjetivo, ele tem o caráter unitário, isto é, todas as manifestações transformam-se em um só ato. E, por conseguinte, o ato complexo é indivisível, vale dizer, não pode haver separação das manifestações das vontades. A validade e eficácia do ato decorrem justamente dessa conjugação de vontades.

O processo administrativo, por seu turno, não implica necessariamente a fusão de manifestações de vontade para a emanação de um único ato⁶⁵. Na realidade, os atos realizados durante todo o processo possuem uma finalidade dúplice: solucionar as questões endoprocessuais, dando prosseguimento ao processo, até a decisão final, capaz de produzir efeitos extraprocessuais.

⁶⁴ *Op. Cit.*, p.152.

⁶⁵ Exceção ocorreria no caso de decisão colegiada como, por exemplo, a proferida pelas Juntas de Recursos do Conselho de Recursos da Previdência Social, de acordo com os arts 303,§ 1º, I do Decreto 3048/1999 e 17 da Portaria MPS nº 88 de 22 de janeiro de 2004. Em tal hipótese prevaleceria a decisão da maioria.

1.5. CONCEITO E CARACTERIZAÇÃO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO

O conceito e caracterização do termo processo administrativo não se apresenta unívoco pela doutrina, em razão de diversos fatores.

Primeiramente, há que se considerar que em alguns países o termo processo administrativo é sinônimo de contencioso administrativo.

Segundo Wellington Pacheco Barros⁶⁶:

“No direito administrativo, o chamado contencioso administrativo tem duas concepções bem distintas. Na concepção tipicamente processual, contencioso administrativo significa processo envolvendo a Administração Pública e os particulares e, no âmbito material, o órgão administrativo onde se decidem as questões administrativas litigiosas”.

Sendo certo que dita expressão apresenta significação variada.

De fato, a expressão contencioso administrativo apresenta diversa conceituação. Em uma primeira concepção, o termo contencioso administrativo significa controvérsia entre a Administração e particulares ou entre a primeira e seus próprios servidores.

Sob outro prisma, a expressão representa o sistema que confere à Administração a competência para a solução, em caráter definitivo, dos conflitos entre ela e os administrados ou os servidores.

Na concepção atual, o termo contencioso administrativo deve ser visto como o sistema adotado em alguns países, como a França, onde a Administração exerce uma jurisdição autônoma, diversa da Administração e da jurisdição comum, para julgamento das causas relativas à Administração Pública em geral.

O sistema do Contencioso Administrativo surgiu na França, como fruto da Revolução de 1789, sendo, posteriormente, adotado em diversos

⁶⁶ in *Curso de Processo Administrativo*, p.27-28.

países, com algumas adaptações e particularidades, como, por exemplo, Suíça, Finlândia, Grécia e Polônia⁶⁷.

Segundo Hely Lopes Meirelles⁶⁸:

“A Revolução (1789), imbuída de liberalismo e ciosa da independência dos Poderes, pregada por Montesquieu, encontrou ambiente propício para separar a Justiça Comum da Administração, com o quê atendeu não só ao desejo de seus doutrinadores como os anseios do povo já descrente da ingerência judiciária nos negócios do Estado. Separaram-se os Poderes”.

A partir de então, coube apenas à própria Administração o conhecimento e julgamento das questões administrativas, sendo vedado ao Poder Judiciário imiscuir-se em tais questões.

Entendido nesse sentido, o contencioso administrativo representa muito mais que controvérsia entre a Administração e particulares ou entre a primeira e seus próprios servidores, sendo um verdadeiro sistema.

Como bem elucida Odete Medauar⁶⁹:

“contencioso administrativo, em sentido contemporâneo, significa atividade jurisdicional, dotada das mesmas conotações da atividade jurisdicional comum. Não se confunde, portanto, com processo administrativo, que se refere à atividade administrativa relacionada às funções próprias da Administração Pública e realizadas em seu âmbito”.

Hely Lopes Meirelles⁷⁰ apresenta uma distinção no conceito de contenciosos administrativo e jurisdição administrativa:

”Entende-se por contencioso administrativo o conjunto de litígios que podem resultar da atividade da Administração. O contencioso administrativo é, pois, mais amplo que a jurisdição administrativa, porque, se a maior parte dos litígios suscitados pela atividade da Administração Pública são levados diante da jurisdição judiciária - Entende-se por jurisdição administrativa o conjunto de tribunais

⁶⁷ O Brasil adotou o Sistema de Jurisdição única, no qual há a separação entre o administrador e o juiz, cabendo com exclusividade ao Poder Judiciário a solução dos litígios com caráter de definitividade.

O atributo da coisa julgada é específico do exercício da jurisdição. A imutabilidade na esfera administrativa difere substancialmente da judicial, pois na primeira é possível a invalidação pela Administração de seus próprios atos, bem como a revisão judicial.

Assim, embora a Administração atue mediante o processo, não há que se falar em exercício de jurisdição.

⁶⁸ *Op. Cit.*, p. 53-54.

⁶⁹ *Op. Cit.*, p.46.

⁷⁰ *in Trobatas apud Hely Lopes Meirelles Op. Cit.*, p.53.

grupados sob a autoridade do Conselho de Estado. A jurisdição administrativa se distingue, assim, da jurisdição judiciária, isto é, dos tribunais grupados sob a autoridade da corte de cassação". Outro aspecto que merece relevo refere-se à busca pela diferenciação entre o processo administrativo e o processo jurisdicional⁷¹.

Com efeito, como já mencionado, a aceitação da existência de uma processualidade inerente a todas as funções não significa afirmar que inexistem particularidades em relação a cada tipo de processo, em especial, em virtude da função a que se vinculam.

A diversidade é uma decorrência lógica da particularidade de cada função. Isto porque cada um dos poderes estatais possui um objetivo próprio a alcançar e, portanto, não obstante se reconheça uma estrutura comum, a finalidade do fenômeno processual é diversa consoante à função estatal exercida.

Na busca da diferenciação entre processo administrativo e processo jurisdicional, diversos critérios foram apresentados, podendo-se destacar os atinentes às próprias funções e aqueles relativos à repercussão dos atos resultantes.

O primeiro critério apresentado, consoante ensinamento de Odete Medauar⁷², está baseado na finalidade perseguida pela função. Enquanto a Função Administrativa almeja ao fim do próprio Estado, a Função Jurisdicional visa o fim daquele que é interessado no ato jurisdicional.

A finalidade da jurisdição, de acordo com tal critério, seria a busca da satisfação dos interesses das partes, o que não se verificaria na função administrativa. Nesta, o objetivo perseguido seria o próprio interesse público.

⁷¹ Embora na atualidade se aceite de forma tranqüila a distinção entre jurisdição e administração, nem sempre foi assim. Houve quem reconhecesse a identidade das duas funções, admitindo-se basicamente, a presença de duas correntes. Pela primeira, a jurisdição seria também administração. Tal concepção apresenta o equívoco de considerar uma acepção extremamente ampla ao termo administração. Por outro lado, o segundo pensamento equipara as duas funções por entender que ambas são executoras da lei. De acordo com essa concepção, haveria tão somente duas funções legislar (Legislativo) e executar (Executivo e Judiciário). Tal posição encontra-se superada.

⁷² *Op. cit.*, p.48.

Assim, na função executiva o interesse primordial seria o do próprio Estado, enquanto que na função jurisdicional o interesse do indivíduo seria o primário e o do Estado, o secundário⁷³.

Outro critério⁷⁴ apresentado, é o que utilizada a lide como elemento de distinção. Haveria na função jurisdicional litígio, sendo este omissivo no que concerne à função executiva.

Entretanto, não se pode aceitar tal argumento. Não há dúvidas, que muitas vezes no âmbito do processo administrativo previdenciário, existe a presença da lide como, por exemplo, quando a autarquia previdenciária indefere o pedido de concessão de uma aposentadoria em que o segurado entende ter direito.

A própria legislação previdenciária, Decreto nº3048/99, art. 303 e seguintes e Portaria MPS nº88/2004, trata do Conselho de Recursos da Previdência Social – CRPS, órgão responsável por exercer o controle jurisdicional administrativo previdenciário.

O Conselho de Recursos da Previdência Social é um órgão colegiado, integrante da estrutura do Ministério da Previdência Social. Atua como um tribunal administrativo, tendo por escopo a pacificação dos litígios entre segurados e/ou contribuintes e a Previdência Social.

Assim, se a própria legislação institui um órgão colegiado⁷⁵ com atribuição para solucionar eventuais conflitos entre os segurados e/ou

⁷³ De acordo com Odete Medauar. Op., cit, p.48, “o mesmo critério admite outro modo de expressão: a função jurisdicional se exerce no interesse das partes ou dos destinatários da sentença; a função administrativa se realiza para atendimento do interesse público”.

⁷⁴ Odete Medauar. Op. cit. p., 48.

⁷⁵ O CRPS apresenta a seguinte composição: 6 (seis) Câmaras de Julgamento – CAJ; 29 (vinte e nove) Juntas de Recursos - JR e o Conselho Pleno, os quais são dotados das seguintes atribuições:

Câmaras de Julgamento:

- julgam, em segunda instância, os recursos interpostos contra as decisões proferidas pelas JR que infringirem lei, regulamento, enunciado ou ato normativo ministerial e,
- Julgam em única instância, os recursos interpostos contra decisões do Instituto Nacional do Seguro Social em matéria de interesse dos contribuintes, inclusive a que indeferir o pedido de isenção de contribuições, bem como, com efeito

contribuintes e a Previdência Social como dizer que é justamente a ausência de conflitos que distingue o processo judicial do administrativo?

Ainda buscando dita diferenciação, há a concepção⁷⁶ que afirma que a função administrativa se caracteriza pela unilateralidade e desigualdade dos sujeitos, se considerada a Administração como um deles. A Função Jurisdicional, por seu turno, apresentaria o traço da bilateralidade, havendo igualdade entre as partes.

Equivoca-se tal corrente ao ignorar que a administração também pode figurar como parte interessada, ocasião em que se verificará um tratamento igualitário entre administração e particular, figurando ambos com ônus e deveres processuais.

Outra corrente de pensamento, de acordo com Odete Medauar,⁷⁷ seria aquela que entende que a função executiva teria como atributos a hierarquia e dependência, enquanto a jurisdicional seria dotada de independência, não apresentando o cunho de hierarquia.

Segundo uma concepção diversa⁷⁸, a função administrativa se exerce mediante provocação ou de ofício e a jurisdicional, somente se provocada. O critério de distinção seria, por conseguinte, a inércia presente na jurisdição e ausente na função administrativa.

Também se aponta a obrigatoriedade de decidir, presente na função jurisdicional e ausente, na administrativa⁷⁹.

suspensivo, a decisão cancelatória da isenção já concedida. Juntas de Recursos:

- julgam, em primeira instância, os recursos interpostos contra as decisões prolatadas pelos órgãos regionais do INSS, em matéria de interesse de seus beneficiários.

Conselho Pleno:

- uniformizar a jurisprudência previdenciária através de enunciados, podendo ter outras competências definidas no Regimento Interno do Conselho de Recursos da Previdência Social (Portaria 88/2004).

⁷⁶ Nesse sentido esclarece Odete Medauar, *Op. cit.* p., 49.

⁷⁷ *Ibidem*, p., 49.

⁷⁸ *Ibidem*, p.50.

⁷⁹ *Ibidem*, p.50.

Este critério mostra-se totalmente equivocado, sendo decorrente de uma falha da máquina administrativa. Isto porque, embora seja praxe o não pronunciar-se da administração, o próprio ordenamento posto determina que ela profira decisão acerca do requerimento do administrado no prazo de 45 dias, conforme determina o art.41, §6º, Lei 8213/91, que trata do processo administrativo previdenciário.

De fato, o direito de obter um pronunciamento da Administração é decorrente do próprio direito de petição, previsto no Texto Constitucional⁸⁰, como elucida Wagner Balera⁸¹:

“Tendo diante de si o requerimento do beneficiário, compete ao Poder Público examinar os elementos que lhe estão sendo submetidos e pronunciar-se sobre o direito.

É suficiente que o requerente formule pedido para que o Poder Público se obrigue a apreciar o que de direito.

Se existe ou não algo a conceder, de tudo deve a autoridade administrativa atestar, formal e regularmente, inclusive opondo obstáculos legais ao deferimento do que foi requerido.

A base constitucional para o direito à manifestação da autoridade pública, sobre questões nas quais certo interesse está em jogo, é o direito de petição, garantia sempre presente nas Normas Fundamentais do Brasil “.

Segundo Odete Medauar⁸², outra forma de distinguir as duas funções é aquela que emprega os efeitos dos atos produzidos. Assim, a função administrativa teria como traço a possibilidade de seus atos modificarem não apenas as posições jurídicas dos destinatários dos atos, mas, também, do autor do próprio ato. A Função Jurisdicional, por outro lado, somente seria capaz de alterar as posições jurídicas dos destinatários.

Aspecto diverso mencionado seria a imutabilidade dos atos jurisdicionais em oposição à mutabilidade dos atos administrativos⁸³.

⁸⁰ Art. 5º, XXXIV, da Constituição Federal: XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas:a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder;b) a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal;

⁸¹ *Op. cit.* p., 29.

⁸² *Op. cit.* p.50.

⁸³ *Ibidem*, p.50.

Finalmente, na função jurisdicional haveria a presença de duas partes ante a um juiz, o qual atua com caráter substitutivo. Já na função executiva, haveria tão somente a presença de dois sujeitos.

Na realidade, os critérios apresentados não podem ser considerados como satisfatórios na diferenciação do processo judicial do processo administrativo. Em alguns aspectos, porque muito deles partem de premissas já ultrapassadas e, sob outro enfoque, porque os elementos de distinção elencados podem ser tidos por insuficientes para negar a existência de uma processualidade de ordem administrativa.

O primeiro passo, pois, para a conceituação do processo administrativo, é o estudo das características da função jurisdicional e da função administrativa e aí sim, partindo-se dessas premissas, torna-se viável a caracterização e conceituação do processo administrativo.

Como características essenciais da jurisdição, podemos apontar seu caráter substitutivo e o objetivo jurídico de atuação do direito⁸⁴. Pelo primeiro, pode-se dizer que, a partir do momento em que o exercício da jurisdição passou a ser monopólio estatal, cabe ao Estado solucionar os conflitos trazidos à sua apreciação.

No que concerne ao seu objetivo, observa-se que a jurisdição tem por finalidade a aplicação das normas ao caso concreto, pacificando os conflitos sociais, isto é, "... o escopo jurídico da jurisdição é a atuação (cumprimento, realização) das normas de direito substancial (direito objetivo);... a afirmação de que através da jurisdição o Estado procura a realização do direito objetivo material (escopo jurídico do processo),

⁸⁴ Nesse sentido é a lição de Cintra, Antônio C. de Araújo, Grinover, Ada P. e Dinamarco, Cândido R., *op. cit.*, p.131, " *Da jurisdição, já delineada em sua finalidade fundamental no cap.2, podemos dizer que é uma das funções do Estado, mediante a qual este se substitui aos titulares dos interesses em conflito para, imparcialmente, buscar a pacificação do conflito que os envolve, com justiça. Essa pacificação é feita mediante a atuação da vontade do direito objetivo que rege o caso apresentando em concreto para ser solucionado; e o Estado desempenha essa função sempre mediante o processo, seja expressando imperativamente o preceito através de uma sentença de mérito, seja realizando no mundo das coisas o que o preceito estabelece (através da execução forçada)*".

sendo muito pobre em si mesma, há de coordenar-se com a idéia superior de que os objetivos buscados são, antes de mais nada, objetivos sociais: trata-se de garantir que o direito objetivo material seja cumprido, o ordenamento jurídico preservado em sua autoridade de paz e ordem na sociedade favorecidas pela imposição da sociedade no estado... A realização do direito objetivo e a pacificação social são escopos da jurisdição em si mesma, não das partes”.⁸⁵

Em relação à função administrativa, como já elucidamos⁸⁶ diversos são os critérios para sua conceituação, os quais, embora não possam ser tidos como equivocados, nos parecem insuficientes quando analisados individualmente.

Em termos gerais, podemos conceituar a função administrativa como aquela exercida pelo Estado ou por seus delegados, de acordo com os preceitos constitucionais e legais, sob regime de direito público, sujeita a dois tipos de controle jurídico, o jurisdicional e o administrativo, dirigida à concretização das finalidades estabelecidas no sistema do direito positivo.

Assim, deve ficar clara a existência de processos judiciais e processos administrativos, os quais, assim como as respectivas funções, embora apresentem traços de similitude, não se confundem em virtude de certas especificidades.

Para Nelson Nery Costa⁸⁷:

“processo administrativo é o conjunto de atos administrativos, produzidos por instituições públicas ou de utilidade pública, com competência expressa, respaldados em interesse público, que são registrados e anotados em documentos que formam peças administrativas, disciplinando a relação jurídica entre a Administração e os administrados, os servidores públicos ou outros órgãos públicos”.

⁸⁵ Assim entende Cintra, Grinover e Dinamarco, *apud* Medauar, Odete. Op. Cit, pp. 51 e 52.

⁸⁶ Capítulo 2 - Função Administrativa, desta dissertação.

⁸⁷ *Op. Cit*, p.8.

José dos Santos Carvalho Filho⁸⁸, por seu turno, define processo administrativo como “o instrumento que formaliza a seqüência ordenada de atos e de atividades do Estado e dos particulares a fim de ser produzida uma vontade final da administração”.

Entendemos, porém, que a conceituação do processo administrativo não se deve restringir apenas ao conjunto de atos jurídicos, podendo ser entendido como o conjunto de atos e fatos jurídicos, os quais se encontram encadeados de forma seqüencial e que se destinam à produção de um ato administrativo final, subordinado ao regime jurídico administrativo.

Na realidade, embora o processo seja constituído, basicamente por atos jurídicos, concordamos com a opinião de Alberto Xavier⁸⁹ ao admitir a existência no processo de certas operações materiais que não se enquadrariam no conceito de atos administrativos, como por exemplo, o registro de entrada dos papéis de expediente, a publicação de editais, dentre outros.

Ressalte-se, ainda, que não obstante seja necessário para a caracterização do processo um conjunto de atos e fatos jurídicos, referidos atos são independentes, isto é, cada ato representa um ato completo em relação a seus elementos.

Frise-se, no entanto, que o fato de se afirmar que os atos são dotados de individualidade, isto não representa a inexistência de correlação entre eles. Isto porque todos os atos possuem um núcleo comum: São pressupostos necessários à edição do ato final. E, nesse sentido, estão intimamente ligados.

Nesse sentido, configura-se o pensamento de Celso Antônio de Mello, *in verbis*:

“Isto significa que para existir o procedimento cumpre que haja uma seqüência de atos conectados entre si, isto é, armados em uma

⁸⁸ *Op. cit.*, p.68.

⁸⁹ *In Do procedimento Administrativo*, p.105.

*ordenada sucessão visando a um ato derradeiro, em vista do qual se compôs esta cadeia, sem prejuízo, entretanto, de que cada um dos atos integrados neste todo conserve sua identidade funcional própria, que autoriza neles reconhecer os que os autores qualificam como autonomia relativa*⁹⁰.

Por tal razão, diversos autores⁹¹ afirmam que a independência dos atos integrantes do processo administrativo não seria efetivamente uma autonomia, mas, sim, uma independência relativa.

Os atos formam uma seqüência, a fim de que se alcance o ato final. Essa seqüência transcorre no tempo e confere ao processo seu caráter dinâmico, contrapondo-se ao ato administrativo que se caracteriza por sua estática.⁹²

Efetivamente, o encadeamento sucessivo dos atos, como bem esclarece Odete Medauar, não se dá de forma eventual, mas, sim, como algo imprescindível e obrigatório do ponto de vista jurídico.

Por fim, observe-se que os atos administrativos dependem de trajeto a ser perseguido, isto porque sempre há um longo percurso que une o ato administrativo à lei.

No entanto, não é todo e qualquer processo apto à produção dos atos estatais, mas apenas aquele previamente estabelecido pela lei, isto é, o que esteja em consonância com o devido processo legal, sob pena de invalidade dos referidos processos.

Assim, o processo administrativo deve sempre visar à finalidade legalmente estabelecida. E, da mesma forma, o ato administrativo que encerra o processo deve, necessariamente, ser um ato editado dentro dos limites de competência da autoridade administrativa e, portanto, submeido ao regime jurídico administrativo.

⁹⁰ *in Curso de Direito Administrativo*, p.442.

⁹¹ Conforme dito, entre os adeptos de tal posicionamento podemos citar Celso Antônio Bandeira de Mello, *Op. Cit.*, p.442.

⁹² *in* José Afonso da Silva *apud* Odete Medauar, p. 24: “a noção de processo envolve, em sentido geral, um momento dinâmico de certo fenômeno no seu vir a ser. Um processo representa sempre o momento da evolução de alguma coisa”.

2. NORMAS JURÍDICAS

Ao tratarmos das normas jurídicas, devemos compreender que as normas jurídicas constituem uma espécie de norma social, visto que esta última disciplina diversos aspectos da relação humana. Assim, a norma social é gênero, possuindo diversas espécies, tais como, morais, religiosas, jurídicas, dentre outras.

Mas tratando-se da norma jurídica em espécie, o primeiro aspecto a ser abordado diz respeito a sua própria definição. O que se entende por norma jurídica? Qual sua característica primordial?

De acordo com Tercio Sampaio Ferraz Junior⁹³, os juristas costumam conceber as normas jurídicas de três modos: primeiramente, *“como proposição, independentemente de quem a estabeleça ou para quem ela é dirigida. Trata-se de uma proposição que diz como deve ser o comportamento”*.

Nesse sentido, temos o pensamento de Hans Kelsen, segundo o qual a teoria da norma jurídica baseia-se, fundamentalmente, na distinção entre o sein (ser) e o sollen (dever), ou, seja, na existência do mundo físico, sujeito às leis da causalidade, e do mundo social, sujeito às leis do espírito, as quais, sendo leis de fins, podem ser traduzidas em normas.

Haveria, desta forma, uma diferença crucial entre a lei natural e a norma. A primeira limitar-se-ia a declarar as relações existentes, não produzindo, portanto, nenhum efeito.

Por outro lado, a norma, diversamente da lei natural, teria como objetivo modificar o estado das coisas, valendo pelos efeitos que produz e enquanto produz.

⁹³ In *Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, decisão, dominação*, pgs. 100-1001.

Assim, para Hans Kelsen⁹⁴, a norma jurídica é um dever-ser e o ato humano ao qual ela atribui significado é um ser. Esse ato será conforme o Direito se coincidir, em seu conteúdo, com o conteúdo da norma.

O conteúdo da norma, por seu turno, pode ser um comandar, um permitir e um conferir competência. Eventual divergência entre o ato e o conteúdo da norma implica uma sanção socialmente organizada.

Sob outro enfoque, alguns doutrinadores compreendem as normas jurídicas como prescrições, vale dizer, “atos de uma vontade impositiva que estabelece disciplina para a conduta, abstenção feita de qualquer resistência”.

Para os adeptos desse posicionamento, a norma também se expressaria pelo dever-ser, porém o seu traço distintivo seria a análise da vontade que a prescreve, a qual seria dotada da capacidade de comandar.

Finalmente, há aqueles que vêem a norma jurídica como “fenômeno complexo que envolve não apenas a vontade de seu comando, mas também situações diversas estabelecidas entre as partes que se comunicam”.

A norma jurídica seria, assim, um meio de comunicação entre as pessoas, que permite a determinação das relações de subordinação e coordenação entre os comunicadores.

Como elucida Ana Paula de Barcellos⁹⁵, de acordo com a nova concepção adotada pela teoria da norma, o elemento essencial da norma jurídica “*consiste na imperatividade dos efeitos propostos*”.

Isto porque toda e qualquer norma jurídica tem por escopo a produção de efeitos no mundo dos fatos, alterando, modificando a realidade. De fato, embora a norma possa ter diversos enunciados, ela sempre tem uma finalidade de comando ou ordem.

⁹⁴ *In Teoria pura do direito*, p.6.

⁹⁵ *In Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*.

De fato, o que confere à norma o seu caráter de juridicidade é a sua capacidade de fazer impor a realização dos efeitos por ela pretendidos ou também determinar conseqüências em virtude de seu não cumprimento⁹⁶.

É justamente esse elemento que diferencia a norma jurídica das demais normas, a imperatividade⁹⁷ de seus efeitos. Assim, a partir do momento em que a norma adquire a característica de jurídica, seu cumprimento torna-se obrigatório para todos, indistintamente.

Jhering, como destaca Tercio Ferraz⁹⁸, aponta como traços da norma jurídica o caráter de orientação ao comportamento humano e a imperatividade, sua impositividade contra qualquer resistência.

Ao tratar do tema, Miguel Reale⁹⁹ assim se manifesta: “*O que efetivamente caracteriza uma norma jurídica, de qualquer espécie, é o fato de ser uma estrutura proposicional enunciativa de uma forma de organização ou de conduta, que deve ser seguida de maneira objetiva e obrigatória*”.

Logo, muito embora os dois autores apresentem uma conceituação de norma jurídica diversa, ambos apontam como seu traço característico essencial a impositividade.

No que tange à referida característica, três aspectos merecem destaques, senão vejamos:

Inicialmente é preciso identificar qual ou quais efeitos especificamente pretende a norma produzir. Tal aferição pode ser

⁹⁶ É denominada “ordenação de vigência”, segundo a denominação de Karl Larenz. “Trata-se, na nomenclatura contemporânea, da eficácia jurídica-eficácia juridicamente qualificada - por força da qual, uma vez desrespeitada uma norma, podem ser exigidas providências diante do Judiciário, instituição responsável por sua imposição coativa” (Ana Paula Barcellos, *Op. cit.*, p.32/33).

⁹⁷ Como destaca Rodney Claíde Bolsoni Elias da Silva, *in: Princípios Constitucionais*, Dissertação de Mestrado apresentada à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2005, “*A imperatividade pertence à norma e, não à vontade do sujeito que a emite; portanto, a norma é um comando impessoal, ou, se preferir “despsicologizado”, para usar um termo cunhado por Kelsen*”.

⁹⁸ *Op. cit.*, p. 99/100.

⁹⁹ *In Lições Preliminares de Direito*, p. 95.

realizada examinando a norma isoladamente, dentro de um subsistema ou no ordenamento integral.

Posteriormente, deve-se analisar qual exigência pode ser feita perante o Judiciário em virtude do descumprimento da norma, isto é, o que se pode pretender para que a norma tenha sua imperatividade assegurada.

Consoante ensinamento de Ana Paula de Barcellos¹⁰⁰, nesta segunda etapa a preocupação é com a eficácia jurídica da norma, aquilo que pode ser exigido judicialmente com fulcro nela.

A eficácia da norma pode ser compreendida sob dois enfoques: social e jurídico.

A eficácia social, segundo José Afonso da Silva¹⁰¹:

"Designa uma efetiva conduta acorde com a prevista pela norma; refere-se ao fato de que a norma é realmente obedecida e aplicada; nesse sentido, a eficácia da norma diz respeito, como diz Kelsen, ao 'fato real de que ela é efetivamente aplicada e seguida, da circunstância de uma conduta humana conforme à norma se verificar na ordem dos fatos'. É o que tecnicamente se chama efetividade da norma. Eficácia é a capacidade de atingir objetivos previamente fixados como metas."

Enfatiza, ainda, o mestre, "a eficácia consiste na capacidade de atingir os objetivos nela traduzidos, que vêm a ser, em última análise, realizar os ditames jurídicos objetivados pelo legislador. Por isso é que se diz que a eficácia jurídica da norma designa a qualidade de produzir em maior ou menor grau, efeitos jurídicos, ao regular, desde logo, as situações, relações e comportamentos de que cogita; nesse sentido, a eficácia diz respeito à aplicabilidade, exigibilidade ou executoriedade da norma, como possibilidade de sua aplicação jurídica".

¹⁰⁰ *Op. cit.*, p. 36.

¹⁰¹ *In Aplicabilidade das normas constitucionais* p.65.

A eficácia social, por seu turno, se verifica quando a norma é respeitada por boa parte da sociedade, existindo, assim, um reconhecimento do Direito por parte desta e um amplo cumprimento dos preceitos normativos.

Para Luís Roberto Barroso¹⁰²:

"A efetividade significa, portanto, a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social."

De acordo com Paulo Dourado de Gusmão¹⁰³:

"A eficiência (Getung) do direito depende do fato de sua observância no meio no qual é vigente. Eficaz é o direito capaz de se fazer ser observado e de atingir suas finalidade. A eficácia é um fato, consistindo na observância efetiva da norma por parte de seus destinatários e, no caso de inobservância, na sua aplicação compulsória pelos órgãos com competência de aplicá-la. Significa, com palavras de Kelsen, direito que é "realmente aplicado e obedecido".

Não depende, é claro, de, sem exceção, ser observado, pois há sempre transgressões, muitas vezes não punidas por não ter sido possível apurar sua autoria, mas de, na maioria dos casos ser observado por seus destinatários e, no caso de violação, de ser aplicado compulsoriamente pelo poder público. O simples fato de a norma jurídica ser inobservada não lhe retira a eficácia, salvo se cair em desuso, ou seja, se não for aplicada, habitual, uniforme e constantemente pelo poder público.

Assim, o direito pode ter vigência e não ter eficácia, pois pode vigor e não ser observado, mas não pode ter eficácia sem vigência. A norma pode ser hoje eficaz e amanhã tornar-se ineficaz. A vigência delimita, em regra, a eficácia do direito. O direito, porém, pode ter eficácia depois de

¹⁰² In *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas - limites e possibilidades da constituição brasileira*, p.79.

¹⁰³ In *Introdução ao Estudo do Direito*, p. 83.

revogado por respeito a situações constituídas ao tempo em que era vigente, que devem continuar a ser regidas pelo direito abolido".

Miguel Reale¹⁰⁴, ao discorrer sobre o tema, esclarece:

"a eficácia se refere, pois à aplicação ou execução da norma jurídica enquanto momento da conduta humana. (...) O certo é, porém, que não há norma jurídica sem um mínimo de eficácia, de execução ou de aplicação no seio do grupo".

Em regra, o conteúdo da eficácia jurídica de uma determinada norma se confunde com seu próprio efeito normativo.

Entretanto, devemos sempre ter em mente que uma norma deve ser analisada em relação a todo ordenamento posto e não de modo isolado. E tal assertiva urge ser observada tanto na identificação do efeito pretendido pela norma, como nos meios de garanti-lo coativamente.

Por fim, o último aspecto a ser observado é que em qualquer caso faz-se necessária a existência de uma tutela judicial, por meio do qual a consequência jurídica possa ser implementada e os correspondentes efeitos pretendidos pela norma assegurados.

Assim sendo, ainda que se reconheça a presença de algumas peculiaridades em relação às normas constitucionais, elas são normas e, por conseguinte, apresentam os elementos identificadores de toda e qualquer norma¹⁰⁵.

Passemos, então, à análise das categorias de normas constitucionais.

¹⁰⁴ *Op. cit.*, p.112/113.

¹⁰⁵ Há autores que entendem que as normas jurídicas se caracterizam pela presença de dois elementos: a imperatividade, isto é, a finalidade de comando ou ordem e o autorramento, que significa que a norma jurídica permite o uso legítimo do poder de coação a um sujeito de direito. Esse elemento representaria a permissão para licitamente se exercitar o poder de coação.

2.1. CATEGORIAS DE NORMAS JURÍDICA CONSTITUCIONAIS

De acordo com o autor ou o critério adotado, diversas serão as classificações das normas constitucionais. Assim, identificamos as principais classificações apresentadas.

O primeiro critério¹⁰⁶ de distinção elaborado é aquele que divide as normas constitucionais em auto-aplicáveis e não auto-aplicáveis. Enquanto as primeiras teriam o condão de produzir efeitos independentemente da atuação do legislador ordinário, o mesmo não se verificaria no segundo caso.

J. H. Meirelles Teixeira, partindo do pensamento supra, apresenta a seguinte classificação: Normas de eficácia plena e normas de eficácia contida, as quais se subdividiriam em programáticas e de legislação¹⁰⁷. As normas de eficácia plena, desde sua promulgação produziram todos os seus principais efeitos.

Por outro lado, as normas de eficácia limitada não teriam aptidão para produzir seus efeitos essenciais de pronto, cabendo, pois ao legislador ordinário tal missão.

José Afonso da Silva elaborou uma classificação de três tipos de normas: normas constitucionais de eficácia plena; normas de eficácia contida e normas de eficácia limitada¹⁰⁸. As primeiras teriam recebido do constituinte normatividade suficiente para sua incidência imediata, dispensando atuação normativa posterior para sua aplicação.

Já as normas constitucionais de eficácia contida são aquelas que, apesar de serem dotadas de normatividade suficiente para sua atuação, são passíveis de terem sua eficácia e aplicabilidade reduzida pelo legislador.

¹⁰⁶ No Brasil essa distinção foi desenvolvida principalmente por Ruy Barbosa, segundo esclarece Ana Paula de Barcellos, *Op. cit.* p.40.

¹⁰⁷ J. H. Meirelles Teixeira. *Curso de Direito Constitucional*, p. 316 e seguintes.

Finalmente, temos as normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida, as quais não receberam normatividade suficiente do constituinte originário para sua aplicação, dependendo do legislador para que possam ser aptas à produção de seus principais efeitos.

Segundo Celso Ribeiro Bastos e Carlos Ayres de Brito, haveria dois tipos de normas, as quais se distinguiriam em razão de seu modo de incidência ou em relação à sua eficácia.

No primeiro caso, as normas podem ser de mera aplicação ou integráveis. As normas de mera aplicação não permitem interferência do legislador ordinário. Por outro lado, as normas integráveis, como o próprio nome diz, são aquelas em que a participação do constituinte derivado se mostra cabível.

No que tange ao segundo elemento de diferenciação, as normas podem ser classificadas em normas de eficácia parcial ou plena.

Luís Roberto Barroso¹⁰⁹ classifica as normas em três grupos. No primeiro teríamos as normas de organização, as quais têm como destinatário imediato o Estado. No segundo grupo encontram-se as normas definidoras de direitos, as quais possuem como traço característico a outorga de direitos subjetivos e, finalmente as normas programáticas, que demandam a atuação do legislador a fim de que possam ser dotadas de eficácia.

Outro critério de distinção apresentado é o proposto por Maria Helena Diniz¹¹⁰, segundo a qual as normas podem ser classificadas em quatro grupos: normas de eficácia absoluta; normas de eficácia plena; normas de eficácia restringível e normas de eficácia relativa.

As primeiras, normas de eficácia absoluta, equivalem às cláusulas pétreas, produzindo efeito, independentemente de qualquer atuação legislativa.

¹⁰⁸ *Op. cit.*

¹⁰⁹ *Op. cit.* p.244.

¹¹⁰ *In Norma Constitucional e seus efeitos.*

Já as normas de eficácia plena, embora não possam ser qualificadas como cláusulas pétreas, também são dotadas de eficácia, prescindindo da intervenção do legislador ordinário.

Por outro lado, as normas de eficácia restringível, não obstante sejam dotadas de aplicabilidade direta e mediata, podem ter sua eficácia restringida pela atuação infraconstitucional.

E, finalmente, as denominadas normas com eficácia relativa, as quais possuem aplicação mediata, pois estão subordinadas à complementação do legislador ordinário para que possam ser aplicadas.

Por fim, temos a seguinte classificação apresentada por Celso Antônio Bandeira de Mello: normas concessivas de poderes jurídicos; normas concessivas de direitos e normas meramente indicadoras de uma finalidade a ser atingida.

As duas primeiras se diferenciam da última, pois criam para os indivíduos situações de fruição imediata, enquanto as normas meramente indicadoras de uma finalidade a ser atingida não são dotadas de dita fruição imediata.

2.2. DIFERENÇAS ENTRE PRINCÍPIOS E VALORES

Inicialmente é preciso ressaltar que muito embora os princípios e os valores apresentem algumas características similares, eles não se confundem, pois são dotados de particularidades.

De fato, os valores são critérios elementares, a partir dos quais devem ser compreendidos os princípios. Os valores servem de fundamento aos princípios¹¹¹.

¹¹¹ Como bem elucida Rodney Cláide Bolsoni Elias da Silva, *Op. cit.*, p.173 “os valores são preferências conscientes e generalizáveis, admitidas como base da convivência coletiva. São as opções morais que devem balizar a ordem política, jurídica, econômica e cultural da sociedade”.

André Ramos Tavares¹¹², afirma:

“os valores revelam-se, portanto, através das normas e outro material positivo, mas isso não significa que sejam elas que verdadeiramente os criam. Os valores são obviamente anteriores às normas positivas, apenas sucedendo que são estas que concretizam o vago conteúdo axiológico em causa, transformando-se em regras deontológicas de conduta”.

No mesmo sentido temos o pensamento de Zagrebelsky¹¹³:

"Desde su punto de vista, el positivismo jurídico tenía razones para preocuparse, aun cuando los principios establecidos por la Constitución no son, desde luego, derecho natural. Tales principios representan, por el contrario, el mayor rasgo de orgullo del derecho positivo, por cuanto constituyen el intento de "positivizar" lo que durante siglos se había considerado prerrogativa del derecho natural, a saber; la determinación de la justicia y de los derechos humanos. La Constitución, en efecto, aunque trasciende al derecho legislativo, no se coloca en una dimensión independiente de la voluntad creadora de los hombres y, por tanto, no precede a la experiencia jurídica positiva. La separación de los derechos y de la justicia respecto de la ley no significa, en consecuencia – como ocurre, en cambio, en todas las manifestaciones del jusnaturalismo – su fundamentación en la esfera de un orden objetivo, intangible para la voluntad humana: los derechos encuentran su base en la Constitución y la Constitución es, por definición, una creación política, no el simple reflejo de un orden natural; más aún, es la máxima de todas las creaciones políticas. "

Ao tratar da ordem social, a Carta de 88 apresenta os valores que devem nortear a Seguridade Social, quais sejam: O valor social do trabalho; o valor do bem-estar social e a Justiça Social.

Com base em tais valores, elenca os princípios orientadores da Seguridade Social: universalidade da cobertura e do atendimento; uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais; seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços; irredutibilidade do valor dos benefícios; equidade na forma de participação no custeio; diversidade da base de financiamento e caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão

¹¹² Luís S. Cabral de Moncada *apud* André Ramos Tavares no artigo “ Elementos para uma teoria geral dos princípios na perspectiva constitucional”, in George Salomão Leite, *Dos Princípios Constitucionais: Considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*, p.23.

quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados.

Assim, por exemplo, o Princípio da Universalidade da cobertura e do atendimento representa a concretização do valor bem-estar e justiça social.

São os valores que conferem legitimidade ao ordenamento jurídico. Eles indicam os ideais que devem nortear o sistema normativo, em especial a Constituição. Como elucida Celso Ribeiro Bastos¹¹⁴, “os valores contêm metas predeterminadas que tornam ilegítima qualquer disposição normativa que contenha objetivos distintos ou contrários aos neles fixados, ou até mesmo que dificultem a realização de seus fins”.¹¹⁵

Pode-se, ainda, apontar outros aspectos de distinção entre os valores e os princípios. O primeiro critério que pode ser utilizado como fator de distinção entre eles diz respeito à necessidade ou não de um sistema jurídico.

Com efeito, embora os valores possam ser considerados os fundamentos da estrutura normativa, eles prescindem do ordenamento jurídico, isto é, há valores que existem antes e independentemente do próprio sistema jurídico.

Nesse sentido, pedimos vênia para transcrever o pensamento de André Ramos Tavares¹¹⁶:

“Resta, pois, claro que os valores – tecnicamente falando – são elementos estranhos ao âmbito normativo, externos a este, mas nele influenciam diretamente. Ademais, o Direito não é um fim em si mesmo, servindo apenas na medida em que proporciona as condições desejadas e adequadas para o relacionamento social

¹¹³ In *El Derecho Dúctil. Ley, Derechos y Justicia*. p. 114.

¹¹⁴ In *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*, p.240.

¹¹⁵ Entretanto, é preciso esclarecer que os valores, diversamente dos princípios, não são dotados de imperatividade.

¹¹⁶ *Op. cit.*, p.23.

seguro. Evidentemente que, nessa perspectiva, o Direito há de refletir as aspirações e valores que a sociedade deseja. É nesse momento, pois, que a carga axiológica da sociedade faz-se presente no Direito, especialmente no momento constituinte, ocasião em que os representantes diretos do povo irão marcar as normas fundamentais”.

Por outro lado, os princípios somente podem ser entendidos à luz de um sistema jurídico, isto porque o princípio se situa no plano do dever ser, no plano do Direito positivo.

Os valores, ao revés, pertencem ao homem e, assim, se situam no plano do ser. Sua origem encontra-se na ética.

André Ramos Tavares¹¹⁷, ressalta: *“Realmente, os valores encontram-se no plano axiológico, enquanto os princípios estão no plano deontológico”.*

Ainda tratando do tema, Miguel Reale¹¹⁸ afirma que os valores estão sempre correlacionados com a vida humana, permeando-a em qualquer de seus aspectos, sejam eles econômicos, jurídicos, morais, sociais, etc. Isto porque, os mesmos são “racionalmente reconhecidos como motivo de uma conduta”.

Logo, como toda e qualquer conduta é sempre finalística, é intuitivo associar o agir humano a uma escolha de finalidade, entendida esta como a realização de determinado valor.

Os valores refletem escolhas do contexto histórico-espiritual, enquanto os princípios e regras são normas que dão obrigatoriedade aos valores.

Assim, enquanto os valores não forem incorporados às normas, embora sejam dotados de objetividade, não possuem imperatividade, elemento este essencial nas normas jurídicas.

¹¹⁷ Roberty Alexy *apud* André Ramos Tavares, no artigo “Elementos para uma teoria geral dos princípios na perspectiva constitucional” *in* George Salomão Leite, *Dos Princípios Constitucionais: Considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. p.22.

¹¹⁸ *Introdução à Filosofia*, p.144.

Nesse sentido, esclarece Tercio Sampaio Ferraz Jr.¹¹⁹, ao afirmar:

“que os valores seriam regras de calibração ou regulação (regras estruturais) do sistema, cujo escopo é ajustar o seu funcionamento. Ditas regras visam, assim, a estruturação e o funcionamento do sistema, evitando sua desintegração.

Os valores, portanto, não se confundem com os princípios. As normas, entre elas os princípios, na verdade, muitas vezes expressam determinado valor.

Desta feita, alguns valores, nem todos, são protegidos pelo direito por meio de suas normas, que os reconhece como valores jurídicos.

Podemos, portanto, dizer que o sistema normativo constitucional é composto de regras e princípios, os quais se encontram estruturados por determinados valores.

2.3. DISTINÇÃO ENTRE REGRAS E PRINCÍPIOS

Hodiernamente a doutrina vem reconhecendo aos princípios o caráter de norma jurídica. No entanto, é preciso ressaltar que até se chegar a tal concepção a doutrina passou por três momentos históricos distintos: o jusnaturalismo, o juspositivismo e o pós-positivismo.

O jusnaturalismo surge a partir do século XVI. Nesta fase os princípios não eram dotados de normatividade, exercendo apenas uma função informativa. Eles eram situados em uma esfera metafísica, pautados em um ideal de justiça, ligados a idéia ético-valorativa do direito.

Como aponta André Ramos Tavares¹²⁰, “na concepção jusnaturalista os princípios eram considerados axiomas, verdades universais, estabelecidos pela razão”.

¹¹⁹ In *Introdução ao Estudo do Direito*, p.192.

¹²⁰ *Op. cit.*, p.28.

A partir do século XIX muitos ensinamentos dos jusnaturalistas passaram a ser incorporados aos textos escritos, o que deu origem a uma nova fase: o positivismo.

Nesta nova fase, os princípios embora passem a ser dotados de um caráter positivo, apenas atuam com o objetivo de suprir eventuais lacunas normativas não alcançadas pelas leis.

Neste segundo momento é possível afirmar que os princípios assumem status de fontes secundárias do direito. Estando no mesmo patamar que as leis, operando tão somente como forma de solução das lacunas da lei. É o que se observa na Constituição de 34, em seu artigo 113, n.37 ao dispor: “Nenhum juiz deixará de sentenciar por motivo de omissão da lei. Em tal caso deverá decidir por analogia, pelos princípios gerais do Direito ou por equidade”.

Entretanto, o positivismo entra em queda. Observa-se a necessidade social de valorar os direitos sociais e de buscar soluções aos conflitos, independentemente das leis, mas baseada na própria função social do Direito.

Como exemplo de tal necessidade, Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos¹²¹ associam o fracasso do positivismo com a derrota do Fascismo na Itália e do Nazismo na Alemanha, assim se manifestando: “Esses movimentos políticos e militares ascenderam ao poder dentro do quadro de legalidade vigente e promoveram a barbárie em nome da lei. Os principais acusados de Nuremberg invocaram o cumprimento da lei e a obediência a ordens emanadas da autoridade competente. Ao fim da II Guerra Mundial a idéia de um ordenamento jurídico indiferentemente a valores éticos e da lei como estrutura meramente formal, uma embalagem para qualquer produto já não tinha mais aceitação no pensamento esclarecido”.

¹²¹ No artigo “A Nova interpretação Constitucional: Ponderação, argumentação e papel dos princípios” in George Salomão Leite, *Dos Princípios Constitucionais: Considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*, p.107.

Surge, assim, uma nova fase: O pós-positivismo, em que os princípios do direito ganham relevo e deixam de ser vistos com caráter integratório, subsidiário. Passam a ser considerados normas jurídicas, com um campo de abrangência muito superior.

Ao adquirirem status de normas jurídicas, os princípios começam a ser vistos como preceitos capazes de influenciar todo o ordenamento jurídico.

Nesse sentido é a lição de Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos¹²², a qual pedimos vênia para transcrevê-la:

“A superação histórica do Jusnaturalismo e o fracasso político do Positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação. O Pós-positivismo é a designação provisória e genérica um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada Nova Hermenêutica Constitucional, e a teoria dos direitos fundamentais, edificada sobre o fundamento da dignidade humana. A valorização dos princípios, sua incorporação, explícita ou implícita, pelos textos constitucionais e o reconhecimento pela ordem jurídica de sua normatividade fazem parte desse ambiente de reaproximação entre Direito e Ética”.

Nesta nova fase, os princípios jurídicos assumem totalmente seu caráter normativo, tornando-se, como afirma Paulo Bonavides¹²³, em pedestais sobre o qual assenta o ordenamento jurídico.

Assim, superada a concepção tradicional, a qual contrapunha princípios às normas, a distinção que pode ser feita na atualidade é entre princípio e regras¹²⁴. Ambos reconhecidos como normas jurídicas, porém apresentando algumas distinções.

¹²² *Ibidem*, p.107.

¹²³ *In Curso de Direito Constitucional*, p.264.

¹²⁴ Jorge Miranda, embora aceite esta dicotomia, utiliza os termos normas-princípios e normas –disposições *in* Jorge Miranda. *Manual de Direito Constitucional. Constituição e Inconstitucionalidade*, p.224.

De fato, diversos são os critérios utilizados pela doutrina, a fim de que se possa fazer dita diferenciação; entre eles podemos destacar os seguintes¹²⁵:

O primeiro critério que pode ser utilizado é o referente ao grau de abstração e generalidade.

Como bem esclarece Tercio Ferraz¹²⁶, a abstração e a generalidade são características muito próximas, sendo difícil sua distinção. Assim, deve-se entender que o termo abstração está correlacionado com o conteúdo da norma (abstrato em oposição ao concreto), enquanto a generalidade indica a idéia de destinatário (geral em oposição ao individual).

Para André Ramos Tavares:

*“A abstratividade implica a capacidade de alcançar um grande e indefinido número de situações concretas, nelas incidindo com seu comando normativo mínimo. Também pela abstratividade os princípios apresentam-se como orientações interpretativas no manejo das demais normas do sistema”*¹²⁷

Observamos, portanto, que o critério da abstração e generalidade tem como fundamento a forma de redação do enunciado da norma jurídica.

Nesse sentido, as regras seriam dotadas de alta carga semântica, o que não se verificaria nos princípios. Isto porque enquanto as regras

¹²⁵ Segundo Canotilho, cinco seriam os critérios capazes de elucidar as diferenças entre princípios e regras: 1) Grau de abstração: Os princípios seriam normas com grau de abstração bastante elevado e as regras teriam grau de abstração mais reduzido. 2) Grau de determinabilidade: Os princípios, em virtude de seu caráter vago e indeterminado, seriam normas que necessitam de concretização, enquanto as regras possuiriam aplicação direta. 3) Grau de fundamentabilidade no sistema: Os princípios seriam normas mais importantes do que as regras, pois possuem papel fundamental na estrutura do ordenamento jurídico. 4) Proximidade da idéia de Direito: Os princípios estariam sempre baseados no ideal de justiça ou na idéia de direito. As regras, por seu turno, teriam um conteúdo funcional. 5) natureza normogenética: Os princípios seriam os fundamentos das regras, isto é, elas derivam dos princípios in J.J. Gomes Canotilho. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p.1087.

¹²⁶ *Op. cit.*, p.122.

¹²⁷ André Ramos Tavares *apud op. cit.*, p.37.

são aplicadas a certa classe de sujeitos, os princípios abrangem um número indeterminado de sujeitos aos quais serão aplicados ¹²⁸.

Discorrendo sobre o assunto, André Ramos Tavares observa que *“o melhor traço para distinguir as normas, as regras, dos princípios é o maior grau de abstração destes, pois não se reportam a qualquer descrição fática (hipotética) em específico, adquirindo, assim, a nota máxima da abstratividade(objetividade)”*.¹²⁹

No mesmo sentido é a lição de Luís Afonso Heck¹³⁰:

“Os critérios de distinção oferecidos são de tipo numeroso e múltiplo. O mais freqüentemente mencionado é o da generalidade. Segundo isso, princípios são normas de um grau de generalidade relativamente alto, e regras são normas de um grau de generalidade relativamente baixo”.

Outro critério de distinção diz respeito ao grau de determinabilidade. As regras seriam dirigidas a situações determinadas ou determináveis, enquanto os princípios englobam uma série indefinida de aplicações e pessoas.

Como elucida Eros Roberto Grau¹³¹, a regra é geral porque estabelecida para um número indeterminado de atos ou fatos. Não obstante é especial na medida em que não regula senão tais atos e tais fatos: é editada para ser aplicada a uma situação jurídica determinada.

Por outro lado, diz-se que o princípio é geral porque comporta uma série indefinida de aplicações. O preceito contido no princípio geral compreende, não só a hipótese determinada, mas uma série indeterminada de hipóteses, qualquer das quais suscetíveis de ensejar inúmeros e diversos fatos especiais.

¹²⁸ Nesse sentido, pode-se afirmar que as regras são gerais - abarcam apenas os destinatários que nelas estão discriminados e os princípios generalíssimos – contemplam uma série indefinida de pessoas.

¹²⁹ André Ramos Tavares, *apud op. cit.*, p.34.

¹³⁰ No artigo “Princípios jurídicos e sua estrutura no pensamento de Robert Alexy” in George Salomão Leite, *Dos Princípios Constitucionais: Considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*, p.55.

¹³¹ *In A interpretação econômica da Constituição de 1988*. p.95.

Acrescente-se, porém, que “a vagueza e a indeterminabilidade dos princípios existem porque, na sua hipótese de incidência, são usadas palavras dotadas de elevada carga axiológica, cujo grau de concretização ou satisfação irá variar de acordo com o contexto histórico¹³²”.

Como é sabido, o princípio é utilizado com a finalidade de expressar os valores reinantes em uma sociedade. Considerando-se a dinâmica da sociedade, o caráter vago e indeterminado dos princípios se torna essencial para que se possa acompanhar a evolução do conteúdo desses valores, sem que seja necessária a constante alteração legislativa.

Constata-se, assim, que o caráter vago e indeterminado dos princípios tem por escopo exatamente a viabilidade de adequação de seu conteúdo axiológico com as mudanças da sociedade.

Em razão deste seu conteúdo axiológico, o princípio se aplica integralmente por intermédio de uma regra. No entanto, ele jamais é traduzido em sua plenitude, pois em razão de seu alto conteúdo axiológico sua tradução varia de acordo com o momento histórico.

Tomemos como exemplo a regra prevista no art.194, § único, II, que impõe a uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais. Como se observa dita regra aplica integralmente o princípio da igualdade, não obstante ele possa ser expresso por outras regras, eis que se encontra em contínua evolução no sentido do que se entende por igualdade. Logo, sua tradução plena em uma só regra torna-se impossível.

Ainda transcorrendo sobre a diferenciação entre princípios e normas, podemos apontar o caráter da fundamentabilidade, o qual enfatiza o papel das normas no sistema das fontes do direito no que concerne ao aspecto de produção.

¹³² Rodney Cláide Bolsoni Elias da Silva. *Op. cit.*,p.70.

Como é sabido, a Constituição é um sistema composto por regras e princípios, os quais, em razão do princípio da unidade hierárquico-normativa da Constituição, possuem a mesma dignidade.

Segundo lição de Luís Roberto Barroso¹³³:

“inexiste hierarquia normativa entre as normas constitucionais, sem qualquer distinção entre normas materiais ou formais ou entre normas-princípio e normas-regra. Isso porque, em direito, hierarquia traduz a idéia de que uma norma colhe seu fundamento de validade em outra, que lhe é superior. Não é isso que se passa com normas promulgadas originariamente com a Constituição”.

Entretanto, ainda que se considere que todas as normas da Constituição possuem o mesmo valor, é possível dizer que os princípios possuem uma hierarquia superior às regras.

Na realidade, a unidade hierárquico-normativa dos preceitos constitucionais é exclusivamente formal. Os princípios exercem uma hierarquia material em relação às demais normas inseridas na Constituição. Trata-se, portanto, de uma superioridade material sobre todos os conteúdos que formam o ordenamento constitucional.

Isto porque os princípios são normas fundamentais no sistema, eis que traduzem seus valores essenciais. Ademais, exercem função de união entre as diversas regras do sistema, estruturando o edifício normativo.

As regras, por seu turno, são blocos do sistema e, portanto, encontram-se em posição de inferioridade em relação aos princípios. Esses últimos servem de fundamento de validade para as regras.

De acordo com Eros Roberto Grau, “é que a unidade hierárquico-normativa dos preceitos constitucionais é exclusivamente formal. Por essa razão, não há óbice a que os princípios exerçam uma hierarquia material em relação às demais normas inseridas na Constituição”¹³⁴.

¹³³ Luís Roberto Barroso. *Op. cit.*, p.194.

¹³⁴ Eros Roberto Grau. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, p.79.

Por tal razão, Carmem Lúcia Antunes Rocha afirma que a superioridade dos princípios é “uma superioridade material sobre todos os conteúdos que formam o ordenamento constitucional”¹³⁵.

Ainda, como critério de distinção, há a proximidade com a idéia de direito.

O reconhecimento da normatividade dos princípios tem como um de seus objetivos o resgate ético do direito, buscando a sua aproximação com a idéia de justiça.

“Nessa linha de raciocínio, os princípios são modelos de imperativos éticos radicados na idéia de justiça, cujo conceito varia no decorrer da história. Enquanto isso as regras são consideradas imperativos formais de caráter meramente funcional, ou seja, o conteúdo ético, embora presente, não se faz essencial”¹³⁶.

O aludido critério, na realidade, busca aproximar a idéia de princípio a de direito natural, eis que ambos visam os ideais de justiça por intermédio dos preceitos éticos, de acordo com a razão humana, condicionada pela história.

Critério também de distinção apresentado pela doutrina é aquele que considera a natureza normogénética, que objetiva o caráter funcional dos princípios na criação do direito pelo Estado.

Os princípios são normas que servem de fundamento para as regras. Estas existem para o desenvolvimento dos princípios, os quais possuem uma função normogénética. Os princípios seriam os fundamentos das regras, isto é, elas derivam dos princípios.

Segundo Gomes Canotilho, “os princípios são fundamentais de regra, isto é, são normas que estão na base ou constituem a ratio de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogénética fundamentante”.¹³⁷

¹³⁵ Carmem Lúcia Antunes Rocha, *Op. cit.*, p.25.

¹³⁶ Rodney Cláide Bolsoni Elias da Silva. *Op. cit.*,p.77.

¹³⁷ Canotilho, J.J. Gomes. *Op. cit.*, p. 1087.

Finalmente, tem-se, ainda o modo de atuação dos princípios e das regras ou critério da funcionalidade.

Com efeito, os princípios servem de diretrizes ao ordenamento posto. Eles representam a concretização dos valores fundamentais, sendo certo que as demais normas devem manter-se dentro dos limites impostos por esses princípios.

Assim, consta-se que os princípios apresentam dois aspectos: um positivo, outro negativo¹³⁸. Pelo primeiro, observa-se que os princípios têm o condão de exercer influência nas decisões, na atividade de interpretação, integração e execução do Direito. Realizam, portanto, função de diretriz em relação às demais regras.

De fato, os princípios possuem uma função interpretativa porque auxiliam na compreensão das regras, que, em determinados casos, podem ser contraditórias ou obscuras.

Sob o mesmo enfoque, os princípios também exercem função integrativa, podendo ser aplicados no caso de eventuais lacunas no sistema normativo jurídico.

No que concerne ao aspecto negativo, os princípios impõem a exclusão das normas contrárias aos valores por eles eleitos. Rejeitam qualquer conteúdo que se oponha ao que estabelecido por eles.

Desta feita, os princípios também são aptos para conter eventuais abusos do legislador ou dos administrados, os quais se encontram vinculados aos valores expressos por eles e inseridos no ordenamento posto.

¹³⁸ Ana Paula de Barcellos ainda cita a eficácia vedativa do retrocesso. Para a autora, “a vedação do retrocesso, por sua vez, desenvolveu-se, especialmente tendo em conta os princípios constitucionais e, em particular, aqueles que estabelecem fins materiais relacionados aos direitos fundamentais, para cuja consecução é necessária a edição de normas infraconstitucionais. Consciente de que estas normas infraconstitucionais é que formaram o caminho capaz de levar ao fim pretendido, o propósito da vedação é evitar que o legislador vá tirando as tábuas e destrua o caminho porventura existente, sem criar qualquer alternativa que conduza ao objetivo em questão” in *Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*, p.81.

Por último, há o critério da gradualidade qualitativa. Nesse critério será observada a questão dos eventuais conflitos existentes entre regras, entre estas e os princípios e entre princípios.

Analisemos primeiro o conflito entre duas regras.

O conflito entre duas regras é solucionado no campo da validade. Assim, uma regra será aplicada em detrimento da outra porque é válida. Tem-se, desta forma, um conflito aparente de normas que será solucionado com base nos critérios de especialização, hierárquico, cronológico.

Pelo critério da especialização, em havendo preceitos incompatíveis, a regra especial deve sobrepor-se à geral: *lex specialis derogat generalis*.

Outra forma de solucionar eventuais antinomias entre normas é socorrer-se do critério da hierarquia, segundo o qual a norma superior prevalece sobre a inferior, como por exemplo, eventual divergência entre o Regulamento da Previdência Social, Decreto nº 3048/99, e a Lei 8213/1991, prevalece a última.

Finalmente, em relação ao critério cronológico prevalece a máxima lei posterior revoga a anterior, *lex posterior derogat priori*. A revogação pode ser total (ab-rogação) ou parcial (derrogação), bem como expressa ou tácita, segundo dispõe a LICC, em seu Art. 2º, § 1º.

Em se tratando, porém, de conflito entre regras e princípios, a solução a ser dada será diferente. Em um primeiro momento, pode-se pensar que os princípios prevalecem sobre as regras, em razão de serem dotados de uma hierarquia material em relação às regras.

Entretanto, tal premissa encontra-se equivocada, pois no caso deve-se aplicar o princípio da especialidade. Assim, deve prevalecer a regra. Isto porque, como esclarece Rodney Cláide da Silva¹³⁹, “se a regra desenvolve e cristaliza o conteúdo axiológico –finalístico do princípio,

¹³⁹ Rodney Cláide Bolsoni Elias da Silva, *Op. cit.*, p.82.

havendo conflito entre ambos deve prevalecer a regra, porque descreve uma situação fática que abrange o conteúdo valorativo do princípio.

Com efeito, a regra descreve de forma mais pormenorizada o comportamento a ser seguido. Ela desenvolve o princípio. Assim, também, se manifesta André Ramos Tavares¹⁴⁰:

“Poder-se-ia concluir, pois, que a regra constitucional acaba sobrepondo-se ao princípio. Na realidade, por ser concreta (específica), dirigida a determinada situação, a regra abre seu espaço de aplicação, subtraindo-se do espaço genérico de aplicação do princípio. É a retração do campo de incidência do princípio, por expressa vontade do constituinte originário. Como síntese, pode-se afirmar que os princípios aplicam-se amplamente, salvo restrição expressa em sentido contrário – restrição, essa, que estará consubstanciada em uma regra “.

Finalmente pode ocorrer a colisão entre dois princípios. Neste caso, em havendo contraposição de princípios qual deve prevalecer?

Primeiramente, devemos verificar se existe hierarquia entre os princípios. Em se tratando de princípios constitucionais e infraconstitucionais, não há dúvidas que os primeiros preponderam sobre os segundos.

Nesse sentido, sempre válida a lição de Hans Kelsen¹⁴¹, segundo o qual:

“O ordenamento jurídico pode ser visualizado como um complexo escalonado de normas e valores diversos, no qual cada norma ocupa uma posição intersistêmica, formando um todo harmônico, com interdependência de funções e diferentes níveis normativos. Nessa linha de raciocínio, uma norma só será válida em uma norma superior, e assim por diante, até que chegue à última, que é a norma fundamental”.

Em se tratando, porém, de princípios constitucionais deve-se avaliar o valor dos princípios conflitantes, isto é, a hierarquia axiológica existente entre eles. Em se verificando a existência de um com de maior valor, este deve prevalecer, salvo nas hipóteses em que o próprio

¹⁴⁰ André Ramos Tavares *apud op. cit.*, p.37.

¹⁴¹ *In Teoria Pura do Direito*, p.248.

constituente optar pelo de hierarquia inferior, excepcionando de forma expressa a aplicação do princípio superior¹⁴².

No entanto, há casos em que se faz necessária a harmonização dos dois princípios, de modo que haja uma aplicação parcial deles. Faz-se, portanto, uma ponderação entre os princípios colidentes. É a denominada aplicação do princípio concordância prática ou harmonização, como enfatiza Celso Ribeiro Bastos, na lição a seguir transcrita:

“Ele (o intérprete) terá de evitar as contradições, antagonismos e antinomias. As Constituições compromissórias sobretudo, apresentam princípios que expressam ideologias diferentes. Se, portanto, do ponto de vista estritamente lógico, elas podem encerrar verdadeiras contradições, do ponto de vista jurídico são sem dúvida passíveis de harmonização desde que se utilizem as técnicas próprias de direito.

A simples letra da lei é superada mediante um processo de cedência recíproca. Dois princípios aparentemente contraditórios podem harmonizar-se desde que abduquem da pretensão de serem interpretados de forma absoluta. Prevalecerão, afinal, apenas até o ponto em que deverão renunciar à sua pretensão normativa em favor de um princípio que lhe é antagônico ou divergente¹⁴³.

Neste aspecto, observa-se outra diferença entre regras e princípios. As primeiras jamais podem ser aplicadas parcialmente. Elas se aplicam ou não. Em havendo conflito, uma delas será tida por inválida. É insustentável a validade simultânea de regras contraditórias. Já os princípios, podem ter sua aplicação parcial.

Ressalte-se, entretanto, que a aplicação de um princípio em favor do outro em determinada hipótese não significa que um deles será

¹⁴² Diogo de Figueiredo Moreira Neto. *A Ordem econômica na Constituição de 1988*, Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, v.42, 1990, p.59-60.

declarado inválido ou que se introduzirá uma cláusula de exceção, mas simplesmente que, frente a determinadas circunstancias aplicar-se-á um princípio, quando forem outras as condições será outro o princípio a ser aplicado.

Os princípios suscitam problemas de validade e peso, enquanto as regras abrangem apenas questões de validade ¹⁴⁴.

Na realidade, os princípios não contêm mandados definitivos. Assim, um determinado princípio pode valer para um caso concreto, frente a determinadas circunstâncias e para outro caso, não. Quando um princípio não prevalecer para um determinado caso, não significa que não pertença ao sistema jurídico, porque em outra hipótese, com circunstâncias diversas, este mesmo princípio poderá ser aplicado.

Já as regras são dotadas de uma determinação no âmbito das possibilidades jurídicas e fáticas. E, portanto, apenas não serão aplicadas quando se verificar impossibilidades jurídicas ou fáticas, que podem conduzir à sua invalidez. Se não ocorrer tal caso, aplica-se exatamente o que diz a regra.

Em outras palavras, as regras não admitem aplicação parcial. Elas se aplicam ou não. Em havendo conflito entre elas, apenas uma será válida.

Neste sentido, esclarece Robert Alexy¹⁴⁵:

"Los principios ordenan que algo debe ser realizado en la mayor medida posible, teniendo en cuenta las posibilidades jurídicas y fácticas. Por lo tanto, no contienen mandatos definitivos sino sólo prima facie. Del hecho de que un principio valga para un caso no se infiere que lo que el principio exige para este caso valga como resultado definitivo. Los principios presentan razones que pueden

¹⁴³ Celso Ribeiro Bastos; Ives Gandra Martins. *Comentários à Constituição do Brasil*, p.348.

¹⁴⁴ José Joaquim Gomes Canotilho. *Direito Constitucional*, pp.167-168.

¹⁴⁵ *In Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid. Centro de Estudos constitucionais,1993.

ser desplazadas por otras razones opuestas. El principio no determina cómo há de resolverse la relación entre una razón y su opuesta. Por ello, los principios carecen de contenido de determinación com respecto a los principios contrapuestos y las posibilidades fácticas.

Totalmente distinto es el caso de las reglas. Como las reglas exigen que se haga exactamente lo que en ellas se ordena, contienen una determinación en el ámbito de las posibilidades jurídicas y fácticas. Esa determinación puede fracasar por imposibilidades jurídicas y fácticas, lo que puede conducir a su invalidez; pero, si tal no es el caso, vale entonces definitivamente lo que la regla dice”

Desta forma, em se verificando eventual conflito entre os princípios, a solução a ser dada será diversa da colisão entre regras. Isto porque, para as últimas não há que se falar em harmonização entre elas, sendo apenas uma considerada válida.

Podemos, assim, concluir que não obstante princípios e regras serem reconhecidos como normas jurídicas, eles não se confundem, apresentando a doutrina diversos critérios para diferenciá-los.

No entanto, não se pode afirmar que dentre os critérios apresentados exista um melhor ou mais correto. Na realidade, ao se elaborar determinadas classificações agrupam-se coisas diversas com características comuns. Assim, cada critério utilizado possui o mérito de auxiliar na distinção entre princípios e regras.

3. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Inicialmente, insta ressaltar que o termo princípio possui diversos sentidos, assumindo diferente significado de acordo com o enfoque utilizado pelo intérprete¹⁴⁶.

Assim, o conceito de princípio tanto pode ter uma vertente vulgar ou comum, como também pode ser analisado sob prisma científico ou culto. No presente trabalho abordaremos tão somente seu sentido científico ou culto.

No sentido jurídico, é possível dizer que a noção de princípio é aquela que associa o sentido lógico ao normativo, isto é, uma proposição básica decorrente da ordenação sistemática e coerente de normas de procedimento, com caráter de validade universal.

Da mesma forma, diversas são as formas de conceituação jurídica do termo princípio pela doutrina, como veremos no capítulo seguinte.

Independentemente do conceito, porém, pode-se afirmar que a

¹⁴⁶ Marcelo Hager, ao citar Genera R. Carrió, aponta onze significados que podem ser atribuídos à expressão “princípios jurídicos”, a saber:

- a) Os princípios jurídicos são pautas de segundo grau que versam sobre regras jurídicas de primeiro grau;
- b) Os princípios jurídicos servem para separar aspectos jurídicos importantes de um ordenamento jurídico;
- c) Os princípios jurídicos servem para expressar generalizações ilustrativas das regras do sistema;
- d) Os princípios jurídicos referem-se à finalidade de uma norma ou conjunto de normas;
- e) Os princípios jurídicos expressam pautas às quais é atribuído um conteúdo justo;
- f) Os princípios jurídicos estabelecem os requisitos formais ou externos aos quais todo o ordenamento jurídico deve satisfazer;
- g) Os princípios jurídicos expressam diretrizes dirigidas ao legislador;
- h) Os princípios jurídicos servem para aludir a certos juízos de valor que expressam exigências de justiça e moral positivas e que se baseiam em uma consciência jurídica popular;
- i) Os princípios jurídicos referem-se a máximas oriundas da tradição jurídica;
- j) Os princípios jurídicos são a fonte geradora que se encontra por detrás das regras do sistema jurídico;
- k) Os princípios jurídicos representam enunciados derivados da essência dos conceitos jurídicos.

normatividade dos princípios jurídicos é majoritariamente¹⁴⁷ aceita pela doutrina, encontrando-se esses princípios, em sua maior parte, na Constituição Federal.

Logo, o seu estudo se mostra essencial para que possamos compreender e interpretar o sistema normativo.

3.1 CONCEITO E CARACTERÍSTICAS DOS PRINCÍPIOS

Consoante amplamente demonstrado, os princípios são normas jurídicas. No entanto, nem sempre a validade normativa dos princípios foi aceita, eles tinham apenas um caráter informativo ou sugestivo.

De fato, tal característica é recente, como observamos no pensamento de Carmem Lúcia Rocha¹⁴⁸:

“A normatividade jurídica dos princípios constitucionais é uma qualidade contemporânea do Direito Constitucional. Se é certo que o constitucionalismo moderno – como todo e qualquer sistema normativo jurídico - sempre teve princípios magnos fundamentais, é identicamente correto afirmar que a principiologia constitucional nem sempre foi considerada dotada de vigor jurídico definitivamente impositivo, mas muito mais sugestivo ou meramente informativo para efeito de hermenêutica da Constituição. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais foi sendo construída a partir da idéia de ser a Constituição uma lei e, como tal, carregada da coercitividade que domina todas as formas legais. Daí que os princípios fundamentais foram crescendo em importância e eficiência nos últimos séculos, até adquirir foros de ordem definida e definidora de todas as regulações jurídicas”.

Assim, superada a concepção tradicional, os princípios jurídicos passaram a ser dotados de normatividade. E, da mesma forma que os princípios positivados, os princípios implícitos também passaram a ser

¹⁴⁷ Em sentido contrário, podemos citar o posicionamento de Karl Larenz, segundo o qual os princípios, mesmo servindo de base para o nascimento de regras, carecem de positivação. Eles seriam apenas pensamentos diretores que possibilitam a interpretação e o desenvolvimento de uma regulação determinada por eles (função positiva) e que excluem normas cujos valores lhes sejam contrários (função negativa)., Karl Larenz. *Derecho justo: fundamentos de ética jurídica*. Tradução por Luis Díez-Picazo. Madrid: Civitas, 1993, p. 54.

considerados como normas jurídicas e, portanto, dotados dos atributos a elas pertinentes.

Com efeito, pode-se afirmar que existem princípios implícitos no ordenamento posto. Isto porque há alguns princípios normativos pertencentes ao plano jurídico que, embora não estejam expressamente sancionados, podem ser deduzidos das normas particulares vigentes por via indireta.

Conforme esclarece Enrico Spagna Musso, “*consagrados implicitamente pelo ordenamento jurídico, esses princípios funcionam como o denominador comum de toda uma legislação*”¹⁴⁹.

Os princípios implícitos não são criados pela doutrina ou pela jurisprudência, mas tão-somente descobertos e declarados por elas, especialmente, mas não apenas, para dar solução àqueles casos em que não exista uma norma particular e específica regulando a matéria.

Em nossa Carta Constitucional é possível a identificação de princípios implícitos que, apesar de não estarem formulados linguisticamente, isto é, de não possuírem um dispositivo, são espécie de norma jurídica.

Ao discorrer sobre o assunto, Crisafulli¹⁵⁰ observa que:

“Um princípio, seja expresso em uma apropriada formulação legislativa, seja, ao contrário, implícito ou latente no ordenamento constitui, pois, uma norma, aplicável como regra de determinados comportamentos públicos ou privados”.

De fato, inexistente diferença substancial entre os princípios expressos e os implícitos, seja em razão de sua estrutura, seja em virtude do grau de concretização. Assim, embora não estejam escritos não há qualquer dúvida eles mesmos integram o ordenamento jurídico.

¹⁴⁸ Cármen Lúcia Antunes Rocha. *Princípios Constitucionais da Administração Pública*, p.42.

¹⁴⁹ Enrico Spagna Musso. *Diritto Costituzionale*. p. 88.

¹⁵⁰ Vezio Crisafulli. *La Costituzione e le sue disposizione di principio*. p. 15.

Outra característica inerente aos princípios jurídicos refere-se ao seu elevado grau de abstração e generalidade.

Como é sabido, os princípios são normas gerais e abstratas. Gerais porque admitem aplicação a um número indeterminado de indivíduos. Abstratos porque comportam uma série indeterminada de situações.

Para André Ramos Tavares¹⁵¹:

“A abstratividade implica a capacidade de alcançar um grande e indefinido número de situações concretas, nelas incidindo com seu comando normativo mínimo. Também pela abstratividade os princípios apresentam-se como orientações interpretativas no manejo das demais normas do sistema”.

Com efeito, um traço fundamental na caracterização dos princípios é justamente a sua necessidade de concretização. Eles não apontam com precisão e especificidade as hipóteses concretas de regulações jurídicas, necessitando, pois, de mediação legislativa.

Entretanto, não se pode olvidar que a abstração e generalidade previstas nos princípios jurídicos não se confundem com as das regras. Estas últimas, conforme já elucidado, aplicam-se em hipóteses determinadas ou determináveis e também a uma classe de sujeitos.

Por outro lado, os princípios abrangem uma série indefinida de situações, bem como um número indeterminado de sujeitos.

Como conseqüência da característica da abstratividade, temos a denominada eficácia irradiante dos princípios, segundo a qual os princípios são dotados da capacidade de expandir seu comando de acordo com as situações concretas que forem surgindo¹⁵².

Finalmente, podemos afirmar que os princípios são os elementos centrais do ordenamento jurídico. Através deles se busca conferir unidade ao sistema, tendo em vista a diversidade de tendência, o que acaba por

¹⁵¹ André Ramos Tavares. *Op. cit.*, p. 37.

¹⁵² *Ibidem*.

levar a existências de conflitos entre as normas vigentes, o que não pode ser aceito.

Assim sendo, tendo em vista a necessidade de harmonização do sistema normativo, os princípios, neste sentido, são de extrema relevância, pois através deles as regras jurídicas são interpretadas. E, conseqüentemente, eventuais antinomias dirimidas.

Note-se, no entanto, que os princípios atuam não apenas na interpretação das regras, mas, também, em sua própria elaboração.

Como esclarece Sérgio Sérulo da Cunha¹⁵³:

“Os princípios, porém, não vinculam apenas o intérprete, mas também ao legislador. Este normalmente está interessado não só nos princípios, de processo legislativo, que orientam a elaboração da lei sob o ponto de vista formal, como ainda nos princípios concernentes aos conteúdos materiais das normas que elabora. Sob esse aspecto, há princípios indutores, que não defluem das normas, mas dos quais defluem as normas. Tais princípios, utilizados pelo legislador na elaboração da norma, encontram-se na Constituição, no Direito das gentes e no ordenamento, tal como preexistente”.

Por tal razão dispõe Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁵⁴ :

“Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo.

Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.

Isto porque, com ofendê-lo, abatem-se as vigas que sustentam e alui-se toda a estrutura nelas esforçada”.

Ainda podemos apontar como características dos princípios a sistematicidade e a limitabilidade, decorrência da primeira.

¹⁵³ Sérgio Sérulo da Cunha. *Princípios Constitucionais*. p.63.

¹⁵⁴ Celso Antônio Bandeira Mello. *Curso de Direito Administrativo*, pgs. 871/818.

A sistematicidade, também denominada de interdependência ou mútua influência, nada mais é que a necessidade de interpretação dos princípios, em especial os constitucionais, em conjunto. Isto é, a análise de cada princípio deve ser feita de acordo com todo o sistema e não isoladamente.

Os princípios complementam-se e correlacionam-se uns com os outros, eis que juntos formam um sistema. Assim, a exata compreensão de determinado princípio somente será viável na medida em que todos os demais forem interpretados.

Em razão de dita sistematicidade, é possível afirmar que nenhum princípio é absoluto, vale dizer, se sobrepõe em qualquer hipótese sobre os demais.

Conforme analisado no capítulo 3.3, um princípio pode valer para uma determinada hipótese, em razão das circunstâncias do caso e em outra hipótese este mesmo princípio pode não ser aplicado.

Feitas essas considerações, podemos conceituar os princípios como as proposições básicas, fundamentais, típicas que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico para sua aplicação e integração e para a elaboração de novas normas. Neste sentido, são considerados o alicerce de um sistema.

De acordo com a lição de Miguel Reale¹⁵⁵:

“Princípios gerais do direito são enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, quer para sua aplicação e integração, quer para elaboração de novas normas. Cobrem, desse modo, tanto o campo de pesquisa pura do Direito quanto o de sua atuação prática”.

Assim os princípios jurídicos devem ser tidos como normas de hierarquia superior, orientadora da aplicação das demais, de forma que a violação de um princípio significa a transgressão do próprio sistema no qual ele está inserido.

¹⁵⁵ *Op. cit.*, p.300.

De fato, pode-se dizer que os princípios são dotados de normatividade e, conseqüentemente, possuem efeito vinculante, constituindo regras jurídicas efetivas.

3.2 FUNÇÕES DOS PRINCÍPIOS

Conforme amplamente demonstrado, os princípios são normas jurídicas e, portanto, são dotados de normatividade. Em outras palavras, dentre as funções dos princípios, a primeira a ser apontada refere-se ao papel por ele exercido quanto às condutas sociais, apontando quais são obrigatórias ou, ao menos impedindo comportamentos que sejam com eles incompatíveis.

Ao discorrer sobre o tema, José de Albuquerque Rocha¹⁵⁶ elucida:

“Os princípios têm como uma de suas funções a “de qualificar, juridicamente, a própria realidade a que se referem, indicando qual a posição que os agentes jurídicos devem tomar em relação a ela, ou seja, apontando o rumo que deve seguir a regulamentação da realidade, de modo a não contrair aos valores contidos no princípio e, tratando-se de princípio inserido na Constituição, a de revogar as normas anteriores e invalidar as posteriores a que lhe sejam irredutivelmente incompatíveis”.

Ademais, tendo em vista sua preponderância em relação às regras, tem-se o caráter ordenador dos princípios, por meio do qual eles atribuem ordem ao ordenamento jurídico.

De fato, os princípios, em especial os contidos no Texto Constitucional, possuem o condão de atuar de forma positiva ou negativa em face do ordenamento jurídico. Na primeira hipótese, atuam como condicionantes no momento da aplicação das regras jurídicas, as quais deverão estar em consonância com eles.

Por outro lado, a eficácia negativa dos princípios significa que as decisões e regras que estejam se contrapondo a eles devem ser tidas por inválidas.

Sob outro enfoque, podemos apontar a função fundamentadora dos princípios, eis que as demais normas jurídicas encontram neles o seu fundamento de validade.

Com efeito, consoante se extrai da lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, “o princípio, enquanto mandamento nuclear de um sistema, exerce a importante função de fundamentar a ordem jurídica em que se insere, fazendo com que todas as relações jurídicas que adentram ao sistema busquem na principiologia constitucional” o berço das estruturas e instituições jurídicas”. Os princípios são, por conseguinte, enquanto valores, “ a pedra de toque ou o critério com que se aferem os conteúdos constitucionais em sua dimensão normativa mais elevada”¹⁵⁷

A função fundamentadora, entretanto, não se restringe apenas ao legislador, atua também como fundamento da conduta do administrador, do juiz e demais membros da sociedade.

Finalmente, podemos apontar a função prospectiva exercida pelos princípios, considerando sua atuação na edição de leis e atos normativos.

Acrescente-se, ainda, que os princípios servem como diretrizes de interpretação do direito, objetivando, assim, a coerência de todo o sistema.

Como bem esclarece Sergio Ferraz e Adilson Dallari¹⁵⁸:

“Os princípios são vetores interpretativos; servem para orientar a correta interpretação das normas. É pacífico na doutrina que as normas jurídicas podem comportar uma pluralidade de interpretações; os princípios servem exatamente para indicar, dentre as interpretações possíveis diante do caso concreto, qual interpretação deve obrigatoriamente ser adotada pelo aplicador da norma, em face dos valores consagrados pelo sistema jurídico”.

Na realidade, a função orientadora da interpretação é decorrência da própria função fundamentadora dos princípios. Isto porque, se os

¹⁵⁶ *In Teoria Geral do Processo*, p. 46.

¹⁵⁷ Celso Antônio Bandeira de Mello. *Elementos de Direito Administrativo*, p.254.

¹⁵⁸ *In Processo Administrativo*, p.49.

princípios são os fundamentos das leis, é intuitivo que a interpretação dessas seja realizada em consonância com os anseios principiológicos.

Os princípios, ademais, não só orientam a interpretação de todo o ordenamento jurídico, senão também cumprem o papel de suprir eventual lacuna do sistema. Exercem eles importante papel de integração do Direito, a denominada função supletiva ou integradora dos princípios.

Desta feita, em se verificando a falta de normação expressa para determinada situação, deve o operador do direito valer-se dos princípios do ordenamento posto, de modo mais condizente com o significado de um determinado princípio ou de vários aplicáveis ao caso em análise.

De acordo com José de Albuquerque Rocha¹⁵⁹:

“Nos casos de lacunas da lei os princípios atuam como elemento integrador do direito. A função de fonte subsidiária exercida pelos princípios não está em contradição com sua função fundamentadora. Ao contrário, é decorrência dela. De fato, a fonte formal do direito é a lei. Como, porém, a lei funda-se nos princípios, estes servem seja como guia para compreensão de seu sentido(interpretação), seja como guia para o juiz suprir a lacuna da lei, isto é, como critério para o juiz formular a norma ao caso concreto”.

Finalmente, cumpre ressaltar que os princípios não influenciam apenas na aplicação, interpretação e integração das leis, servem também como limites de atuação do jurista.

¹⁵⁹ *Op. cit.*, p.47.

4. PRINCÍPIOS DO PROCESSO ADMINISTRATIVO PREVIDENCIÁRIO

A classificação dos princípios informadores do processo administrativo não é uníssona na doutrina, diversos são os critérios utilizados e os princípios estabelecidos.

Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁶⁰, por exemplo, elenca onze princípios do processo administrativo: princípio da audiência do interessado; princípio da acessibilidade aos elementos do expediente; princípio da ampla instrução probatória; princípio da motivação; princípio da revisibilidade; princípio da representação e assessoramento; princípio da lealdade e boa fé; princípio da verdade material; princípio da oficialidade; princípio da gratuidade e princípio do informalismo.

Nelson Nery Costa¹⁶¹ e Marcelo Harger¹⁶², por seu turno, afirmam que os princípios do processo administrativo podem ser divididos em três grupos: primeiramente, os princípios constitucionais que dizem respeito aos direitos e garantias individuais, elencados no art.5º da Constituição Federal: princípio da isonomia, ampla defesa, contraditório e legalidade. Após, teríamos os princípios constitucionais da administração pública, previstos no art.37, caput da Carta de 88: princípio da impessoalidade, moralidade e publicidade. E, finalmente, haveria os princípios do processo administrativo propriamente ditos que seriam os princípios da oficialidade, verdade material, pluralidade de instância e informalismo.

Já Maria Sylvia Zanella di Pietro¹⁶³ adota uma posição que elenca cerca de oito princípios, a saber: publicidade; oficialidade; obediência à

¹⁶⁰ *Op. cit.* p. 456 e seguintes.

¹⁶¹ *In Processo Administrativo e Suas Espécies*, p.18.

¹⁶² *Op. cit.* p.86 e seguintes.

¹⁶³ *Op. cit.* p. 498 e seguintes.

forma e aos procedimentos; gratuidade; ampla defesa e do contraditório; atipicidade; pluralidade de instâncias; economia processual.

A própria Lei 9.784/99, que trata do processo administrativo apresenta classificação diversa, apontando em seu artigo 2º os seguintes princípios: legalidade; finalidade; motivação; proporcionalidade; moralidade; ampla defesa; contraditório; segurança jurídica; interesse público e eficiência.

No presente estudo, elaboramos uma classificação em consonância com a Constituição Federal.

Assim, muito embora reconheçamos que a lei que rege o Processo Administrativo em âmbito Federal – Lei 9784/99, bem como diversos autores apresentem uma classificação diversa, o presente trabalho terá um enfoque tão-somente constitucional.

A realização das atividades administrativas pelos agentes e entes administrativos, bem como as demais funções estatais são pautadas por normas específicas para cada setor e por princípios gerais com amplos campos de atuação. Na atividade administrativa, temos os princípios jurídicos da Administração Pública Brasileira.

4.1.PRINCÍPIO DA ISONOMIA OU IGUALDADE

Inicialmente, é preciso destacar que o conceito de igualdade pode ser concebido de acordo, basicamente, com três enfoques: dos nominalistas; dos idealistas e dos realistas.

De acordo com a primeira concepção, a desigualdade seria inerente ao próprio universo. Os seres humanos são, por natureza, desiguais e, desta forma, a igualdade seria algo utópico. Como adeptos de tal posição, podemos citar Aristóteles e Platão.

Sob um enfoque diametralmente oposto, temos o pensamento dos idealistas, os quais buscam uma isonomia total e absoluta, vale dizer,

uma plenitude de igualdade entre os diversos seres humanos. Destaca-se entre os defensores de tal corrente Rousseau.

Por fim, há uma orientação, realista, a qual muito embora objetive a igualdade entre os seres humanos, reconhece que eles são desiguais sob múltiplos aspectos. No entanto, entendem que os indivíduos, em essência, não podem ser desiguais.

Para eles, na realidade, os homens são iguais, e a desigualdades existentes são, na verdade, decorrentes de fenômenos sociais, políticos, morais, religiosos, dentre outros.

O Princípio da Isonomia, juntamente com a legalidade, é princípio fundamental, sobre o qual se estrutura o Estado de Direito. Em razão dele a administração está necessariamente obrigada a tratar de forma igual os cidadãos, sem que haja qualquer espaço para criação de privilégios ou discriminações ilógicas e aleatórias.

Referido princípio se encontra previsto no caput do art. 5º da Carta Constitucional, que impõe tratamento igualitário a todos perante a lei, em consonância com os critérios albergados pelo ordenamento jurídico.

Na realidade, o que é vedado pelo ordenamento são as diferenciações arbitrárias, absurdas. O tratamento desigual, nos casos de desigualdades, torna-se totalmente aceitável, pois tem por escopo alcançar a própria justiça, isto é, reduzir as desigualdades.

Entretanto, para que as discriminações possam ser consideradas não discriminatórias, faz-se necessária a presença de uma justificativa objetiva e razoável. Assim, é imperiosa a existência de uma razoável relação de proporcionalidade entre os meios empregados e o fim visado.

Acrescente-se, ainda, que aludido tratamento diferenciado somente será aceitável quando fundado em valores supremos do ordenamento jurídico, objetivando a concretização dos vetores constitucionais pertinentes à estrutura do Estado de Direito.

Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁶⁴, ao tratar do tema, aponta três elementos essenciais para que possamos verificar se determinado tratamento diferenciado representou ofensa à isonomia, são eles: fator de desigualação; nexó lógico abstrato existente entre o fator erigido em critério distintivo e a disparidade estabelecida no tratamento jurídico diversificado e a harmonia desta conexão lógica com os interesses salvaguardados pelo sistema constitucional.

Assim, para que haja respeito ao princípio em análise, faz-se necessário examinar o fator adotado como critério desigualador; se houve fundamento lógico entre o fator escolhido e o tratamento concedido e se, efetivamente, esta correlação respeitou os valores consagrados pelo ordenamento posto.

Nesse sentido, pedimos vênua para transcrever a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello:

“Em verdade, o que se tem de indagar para concluir se uma norma desatende a igualdade ou se convive bem com ela é o seguinte: se o tratamento diverso outorgado a uns for ‘justificável’, por existir uma ‘correlação lógica’ entre o ‘fator de discrimen’ tomado em conta e o regramento que se lhe deu, a norma ou a conduta são compatíveis com o princípio da igualdade, se, pelo contrário, inexistir esta relação de congruência lógica ou – o que ainda seria mais flagrante – se nem ao menos houvesse um fator de discrimen identificável, a norma ou a conduta serão incompatíveis com o princípio da igualdade.”¹⁶⁵

Prosseguindo, o autor enfatiza:

“... sempre que a correlação lógica entre o fator de discrimen e o correspondente tratamento encartar-se na mesma linha de valores reconhecidos pela Constituição, a disparidade professada pela norma

¹⁶⁴ Celso Antônio Bandeira de Mello. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*, São Paulo: Ed. Saraiva, 2001.

¹⁶⁵ Idem, *in Princípio da Isonomia: Desequiparações Proibidas e Desequiparações Permitidas*, Revista Trimestral de Direito Público, 1/1993, p. 81/82.

exibir-se-á como esplendorosamente ajustada ao preceito isonômico. Será fácil, pois, reconhecer-lhe a presença em lei que, '*exempli gratia*', isente do pagamento de imposto de importação automóvel hidramático para uso de paraplégico."¹⁶⁶

Por exemplo, na aposentadoria por idade, nos termos do artigo 48 da lei 8.213, de 24 de julho de 1991, o benefício será devido ao segurado que, além de atender às demais determinações, completar 65 (sessenta e cinco) anos de idade, se homem, e 60 (sessenta), se mulher.

Segundo dispõe o § 7º, inc. II, do art. 201 da Constituição da República, esses limites serão reduzidos em cinco anos para os trabalhadores rurais de ambos os sexos e para os que exerçam suas atividades em regime de economia familiar, nestes incluídos o produtor rural, o garimpeiro¹⁶⁷ e o pescador artesanal.

A princípio poder-se-ia falar em tratamento privilegiado para os trabalhadores rurais. No entanto, como esclarece Sergio Pinto Martins¹⁶⁸, o trabalhador rural tem direito à dita redução de prazo, em razão de sua atividade, em regra, ser realizada de forma mais penosa. Isto porque ele presta serviços a céu aberto, sujeito a sol, chuva, frio etc.

Da mesma forma, o princípio da igualdade não significa apenas a igualdade formal do mesmo tratamento normativo. Vai além, ultrapassa a mera aplicação indistinta e igualitária da lei. Busca, assim, o princípio que a lei não viole os valores constitucionais supremos, vale dizer, objetiva a isonomia substancial.

A igualdade formal é aquela meramente prevista no texto legal. É uma igualdade puramente negativa, que tem por escopo abolir privilégios, isenções pessoais e regalias de certas classes. Consiste no fato de a lei não estabelecer qualquer diferença entre os indivíduos.

¹⁶⁶ Idem, p.83.

¹⁶⁷ Note-se que não obstante o garimpeiro não seja mais segurado especial, para fins de aposentadoria por idade, a legislação lhe assegura o mesmo tratamento dos segurados especiais.

Situa-se, desta forma, em um plano normativo e formal, objetivando conceder tratamento isonômico em todas as situações. Pode ser resumida na regra de tratar os iguais e os desiguais de forma sempre igual.

Nesse sentido, trazemos o pensamento de Lúcia Valle Figueiredo¹⁶⁹:

“Como já afirmei, igualdade na lei e igualdade perante a lei são coisas diferentes. O aplicador poderá, ao aplicar a lei, estar aplicando-a igualmente, estar aplicando a lei sem discriminações, mas poderá, ao aplicar a lei, estar violando o texto constitucional, na medida em que a lei tem de ser aferida pelas normas e constituições.

Há afirmação- de Bachoff e Canotilho- no sentido de que antes, os direitos e garantias fundamentais valiam em face da lei; agora, todavia, a lei vale em face dos direitos e garantias fundamentais consagrados na Constituição. Portanto, se uma lei violar algum direito ou alguma garantia constitucional, esta lei não atenderá ao princípio da igualdade.

Quando, em qualquer constituição, pretender-se extirpar tal garantia, estaremos rompendo com a ordem jurídica. Então, não teremos, por hipótese, emenda constitucional, mas teremos nova ordem jurídica implantada pela força, à semelhança de atos institucionais.

Destarte, o princípio da igualdade, entendido dentro de seu gizamento constitucional, deve ser a meta do administrador, estar sob a lei e a Constituição é respeitar o relevante vetor constitucional”.

No processo administrativo, o princípio da isonomia representa não apenas tratamento isonômico entre aqueles que se encontrem em litígio, mas, também, entre a própria administração e os particulares.

Seguindo tal pensamento, manifesta-se Wagner Balera¹⁷⁰:

“O Fundamento de validade constitucional das regras processuais depende da correspondência que guardem com a isonomia, sendo

¹⁶⁸ *In Direito da seguridade social*, pgs. 364-365.

¹⁶⁹ *In Curso de Direito Administrativo*, pgs.46 e 47.

vedadas discriminações que rebaixem os administrados diante da Administração Pública”.

Conforme acentuado, atualmente se objetiva uma igualdade não apenas formal, mas, também, substancial. Não basta, portanto que sejam suprimidos privilégios é preciso também que sejam dadas a todos, oportunidades iguais.

Assim, observa-se que a igualdade não deve ter apenas uma função negativa, vedado arbítrios, mas, também, uma função positiva em sua dimensão social. Para que efetivamente haja igualdade jurídica é imperioso eliminação, ou, pelo menos, a redução das desigualdades sociais.

O princípio da igualdade, sob seu enfoque jurídico e social, impõe aos administradores a vedação de tratamentos diferenciados, que objetivem discriminações ou privilégios, mas determina também o respeito aos vetores constitucionais. Vai além, determina, ainda, o dever de compensar as desigualdades que subsistem no Estado de Direito, fazendo cumprir a dimensão social do princípio.

Assim, ao administrar, compete ao Poder Público aplicar a lei de modo que haja o aperfeiçoamento da igualdade e da justiça social. A busca pela isonomia, portanto, tem como destinatário não apenas o legislador, mas, também, o intérprete e o aplicador das normas jurídicas.

Na seara previdenciária, o princípio em comento ganha especial relevância. Isto porque, conforme esclarece Wagner Balera, *“a regra da igualdade se transforma, assim, na mais objetiva expressão do grau de solidariedade social que vigora no interior do sistema jurídico. Terão, os brasileiros todos, a obrigação jurídica de proporcionar quantidade de proteção social suficiente a quem dela necessitar”*¹⁷¹.

Desta feita, o princípio da igualdade deve sempre ser observado

¹⁷⁰ Wagner Balera. *Op. cit.* p 109.

¹⁷¹ *Op. cit.* p., 110.

sob seu duplo enfoque, substancial e formal, bem como deve dirigir-se tanto ao legislador como ao aplicador do direito, objetivando, assim, a redução das desigualdades sociais.

Como instrumentos aptos à concretização da isonomia no processo administrativo previdenciário, podemos apontar a gratuidade do direito de petição e o serviço de assistência complementar de natureza jurídica, prevista esta no art. 88, § 2º, Lei n. 8.213/91¹⁷².

A gratuidade do direito de petição é essencial para que todos os segurados e/ou contribuintes possam discutir junto à autarquia previdenciária o direito que entendem fazer jus em face do sistema de seguridade social.

Já o serviço de assistência complementar de natureza jurídica também se apresenta fundamental na busca pela concretização da isonomia no processo previdenciário.

Diversamente do processo judicial, a parte ao dar início ao processo administrativo não precisa estar representada por um advogado. Assim, o que de início pode parecer um benefício ao segurado, muitas vezes pode ter o condão de lhe causar um prejuízo.

Isto porque, em sua grande maioria, os segurados não possuem capacitação técnica e, por conseguinte, não são dotados de conhecimento suficiente para a defesa e comprovação de seu direito. Desta forma, a possibilidade de socorrer-se da assistência de natureza jurídica é fundamental para que se supere a inferioridade intelectual e econômica do segurado em face do INSS.

¹⁷² Art. 88. Compete ao Serviço Social esclarecer junto aos beneficiários seus direitos sociais e os meios de exercê-los e estabelecer conjuntamente com eles o processo de solução dos problemas que emergirem da sua relação com a Previdência Social, tanto no âmbito interno da instituição como na dinâmica da sociedade.

(...)

§ 2º Para assegurar o efetivo atendimento dos usuários serão utilizadas intervenção técnica, assistência de natureza jurídica, ajuda material, recursos sociais, intercâmbio com empresas e pesquisa social, inclusive mediante celebração de convênios, acordos ou contratos.

Estariam, assim, os segurados desobrigados a arcar com o ônus de contratar um advogado (que muitas vezes é inviável, tendo em vista sua situação financeira), mas ao mesmo tempo teriam garantidos uma maior defesa de seus interesses.

Importante função na busca pela isonomia também pode ser apontada pela atuação do Conselho Pleno, órgão integrante do CRPS, cuja principal atribuição é uniformizar a jurisprudência previdenciária através de enunciados, podendo ter outras competências definidas no Regimento Interno do Conselho de Recursos da Previdência Social¹⁷³ (art. 303, § 1º, IV, Decreto 3048/99).

A uniformização da jurisprudência gera uma maior estabilidade ao processo administrativo previdenciário, já que os interessados saberão como deverá ser solucionado seu caso.

Não é bom para estrutura administrativa previdenciária que se tenham decisões diametralmente opostas quando da análise de casos materiais análogos ou idênticos. Esse tratamento diferenciado para pessoas em situação igual gera ofensa ao princípio da isonomia.

É patente que interpretações díspares de situações análogas é prejudicial tanto aos segurados e contribuintes como à própria autarquia previdenciária que acaba sendo desprestigiada.

O Princípio da Isonomia no processo administrativo previdenciário atua, assim, como instrumento para a redução das desigualdades

¹⁷³ Portaria MP nº88/2004:

Art. 14.- Compete ao Conselho Pleno:

I – uniformizar, em tese, a jurisprudência administrativa previdenciária, mediante a emissão de enunciados;

II – dirimir as divergências de entendimento jurisprudencial entre as Câmaras de Julgamento, por provocação de qualquer conselheiro ou da parte, através do pedido de uniformização de jurisprudência;

III – dirimir conflitos de competência entre Câmaras de Julgamento e Juntas de Recursos;

IV – deliberar sobre alteração do Regimento Interno; e

V - deliberar acerca da perda de mandato de conselheiro.

existentes entre os litigantes, sejam eles dois particulares, ou a administração e o administrado. E, para que tal finalidade seja alcançada é preciso que ao beneficiário seja concedido ampla oportunidade de comprovar o direito que o mesmo se julga detentor em face do sistema de seguridade social.

4.2. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

O Princípio da Legalidade é específico do Estado de Direito, sendo o que o qualifica e lhe confere identidade própria. Trata-se de princípio essencial do regime jurídico-administrativo, já que o Direito Administrativo pode ser tido como uma consequência do Estado de Direito¹⁷⁴.

Com efeito, o Estado em todas as manifestações de seu poder encontra-se adstrito à lei. Somente a lei é a fonte legítima da manifestação do poder estatal, que deixa a figura do Monarca para, então, se tornar no Estado de Direito, sendo a lei o fundamento de toda e qualquer atuação administrativa.

Como elucida Allan R. Brewer-Carias¹⁷⁵, *“El principio da la legalidad, según cual toda actuación de los órganos del Estado debe desarrollarse de conformidad com el derecho, sin duda, es la construcción jurídica más importante del Estado de Derecho”*.

Na realidade, é possível afirmar que a própria concepção de legalidade evolui com o conceito de Estado de Direito.

¹⁷⁴ Segundo Paulo Magalhães da Costa Coelho. O controle Jurisdicional- Constitucional da Administração Pública, Dissertação de Mestrado apresentada à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2001, “O Princípio da legalidade constitui-se em pedra angular e absolutamente essencial para a plena vigência do Estado de Direito. Por ele e em razão dele, toda a atividade administrativa, incluindo a discricionária, fica balisada pelos ditames legais”.

¹⁷⁵ *In Principios del Procedimiento Administrativo*, p. 35.

Inicialmente, temos o Estado absolutista, caracterizado pela centralização do poder nas mãos do monarca, sendo sua vontade a lei suprema, havia a larga utilização do poder discricionário e a incerteza do direito, em decorrência da vontade do soberano.

No entanto, com a Revolução Francesa, floresce O Estado Liberal, de cunho extremamente individualista e legalista. Surge a idéia de Estado de Polícia, cuja função primordial era policiar e cuidar para que os cidadãos respeitassem o patrimônio alheio.

De acordo com Diogo Freitas de Amaral, o Estado Liberal apresenta como principais características: o surgimento das primeiras repúblicas nos países ocidentais; a utilização do constitucionalismo como forma de limitar o poder político; reconhecimento de que o homem é detentor de direitos que são anteriores e superiores ao Estado, e que devem ser respeitados pelo Estado; a busca pela igualdade de todos os homens, independentemente de qualquer diferença de nascimento ou de outras características; o fortalecimento do Estado-Nação; a solidificação do princípio da soberania nacional; o surgimento dos partidos políticos, do sistema de governo representativo e do parlamentarismo; a subordinação do Estado ao princípio da legalidade; o liberalismo econômico; e o fortalecimento das garantias individuais frente ao Estado¹⁷⁶.

No entanto, a realidade social e o desenvolvimento econômico demonstraram que a concepção de Estado Liberal se tornou insatisfatória e que uma sociedade baseada em suposta igualdade entre todos, muitas vezes apresenta grandes mazelas.

Temos neste período liberalista, um Estado de Direito formal, uma justiça formal, em que os direitos e garantias fundamentais assegurados pelas leis não eram efetivados. Busca-se, assim um Estado mais atuante,

¹⁷⁶ Diogo Freitas do Amaral. *Curso de Direito Administrativo*, p.75.

capaz de respeitar os direitos e garantias dos indivíduos, assegurando justiça aos cidadãos.

Assim, no início século XX, surge o Estado Social, que se caracterizava pelo uso da lei como forma de legitimação do poder estatal e modo de assegurar a redução das desigualdades sociais. Surgem, ao lado dos direitos e garantias individuais, os direitos econômicos, sociais e culturais.

Entretanto, o Estado Social de Direito também acabou por gerar distorções. A legalidade apenas em seu aspecto formal foi muitas vezes deturpada e serviu como meio de legitimar atuações de regimes totalitários e ditatoriais, como a Alemanha nazista, a Itália fascista.

Passa-se, desta forma, a buscar um sentido de legalidade não apenas de cunho formal, mas principalmente material, isto é, objetiva-se a justiça material.

Neste contexto, brota a concepção de Estado Democrático de Direito, o qual baseia-se no princípio da soberania popular, que impõe a participação efetiva do povo na coisa pública e no princípio da legalidade, que tem por escopo a promoção da igualdade e da justiça, buscando igualar as condições dos socialmente desiguais ¹⁷⁷.

Como afirma Carmem Lúcia da Rocha, a partir de então é possível dizer que o princípio da legalidade passa a ser concebido como princípio

¹⁷⁷ Segundo Almiro do Couto e Silva, atualmente a noção de Estado de Direito possui dois aspectos: o material e o formal. Sob o aspecto material, temos como bases, fundamentos do Estado de Direito a idéia de justiça e segurança jurídica. Sob o aspecto formal, destaca como componentes fundamentais: um sistema de direitos e garantias fundamentais; a divisão harmônica dos poderes do Estado, com a existência de um sistema que limite cada poder, o chamado "freios e contrapesos"; a Legalidade da Administração Pública e a proteção da confiança que os cidadãos tem de que o Estado obedecerá e respeitará as leis. (Almiro do Couto e Silva. *Princípios da Legalidade da Administração Pública e da Segurança Jurídica no Estado de Direito Contemporâneo*. Revista de Direito Público, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 84, p. 46-63, 1987).

da juridicidade, pois a legitimidade se verifica pelo conteúdo da lei e não mais por sua forma¹⁷⁸.

O princípio da legalidade constitui uma das principais garantias de respeito aos direitos individuais. Isto porque a lei, ao mesmo tempo em que os define, estabelece também os limites da atuação administrativa que tenha por objeto a restrição ao exercício de tais direitos em benefício da coletividade.¹⁷⁹

A autora afirma que “O império da lei não tem mais lugar no Estado Democrático de Direito material, pois neste o que se adota é o Império da Justiça, sob cuja égide ainda se forma e se informa a ordem jurídica contemporânea. A legalidade não é cogitada, pois, senão com o significado de ser aquela que veicula a materialidade da Justiça concebida e desejada pelo povo de um Estado, segundo suas necessidades e aspirações. A dimensão do Estado haverá que ser, pois, a desta Justiça realizadora do bem de todo o povo, da universalidade das pessoas que o compõem, mais, ainda, sem prejuízos graves ou fatais para toda a humanidade, pois não poucas vezes, agora, os interesses públicos não são apenas locais, mas transnacionais, como ocorre quando se cuida de meio ambiente, saúde e, especialmente, direitos humanos¹⁸⁰”.

Para Carmem Lúcia da Rocha, o Princípio da Juridicidade seria mais abrangente que o da legalidade, previsto tanto no artigo 5º, inciso II, como no artigo 37, ambos do Texto Constitucional. No primeiro caso representaria um direito de liberdade dos indivíduos, enquanto que na segunda hipótese significaria um dever, consubstanciado na ausência de liberdade da Administração Pública.

Assim, contemporaneamente, devemos compreender a legalidade não em sentido estrito, mas de forma ampla. Abrange, desta forma, todo o

¹⁷⁸ Carmem Lúcia Rocha, *Op. cit.*, p. 108.

¹⁷⁹ Cf. Maria Sylvia Zanella Di Pietro. *Op. cit.*, p.67.

¹⁸⁰ Carmem Lúcia Rocha, *Op. cit.*, p.109.

ordenamento posto, incluindo, portanto a Constituição, cujo um dos objetivos fundamentais é redução das desigualdades sociais, bem como a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

Segundo este princípio, o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos legais e, conseqüentemente, a atividade administrativa é atividade sublegal¹⁸¹, infralegal.

Na realidade, a função administrativa se subordina à lei, não apenas porque esta estabelece proibições e vedações à administração pública, mas também porque a Administração só lhe é permitido fazer aquilo que a lei lhe autoriza.

No entanto, cumpre ressaltar que a doutrina pátria apresenta diversas posições acerca da forma pela qual se realiza a subordinação da Administração Pública à lei.

De acordo com Weida Zancaner basicamente podemos apresentar três posicionamentos: restritivo, ampliativo e eclético. Pela primeira concepção, a finalidade da Administração Pública é a realização do interesse público, e não o cumprimento da lei, e para atingir sua finalidade, só não poderia infringir a lei.

Já a visão ampliativa entende que a atuação da Administração Pública só pode se realizar como e no modo que a lei permitir.

E, por fim, o pensamento eclético afirma que a Administração Pública não atua de forma homogênea. Assim, em determinadas hipóteses estaria completamente submetida à lei, mas em outras, haveria

¹⁸¹ Allan R Brewer-Carias, *Op. cit.*, p. 40. O referido autor, ao tratar do tema, assim dispõe: “*De acuerdo a este postulado, por tanto, toda la actividad administrativa, siempre, es rango sob legal, de maneire que la Administración no puede en forma alguna contrariar la ley; pudiendo, además, el Legislador, regular cualquier materia sin que existam campos reservados al poder reglamentario*”.

margem para uma atuação livre do administrador, conseqüência do poder discricionário¹⁸².

Luís Roberto Barroso, por seu turno, apresenta uma classificação segundo a qual o princípio da legalidade se manifestaria sob duplo enfoque que, na verdade, representaria dois princípios autônomos.

O princípio da preeminência da lei, pelo qual todo e qualquer ato infralegal que não esteja de acordo com a lei será considerado inválido. Isto por ser a lei a fonte suprema do direito e o princípio da reserva da lei, que impõe que determinadas matérias somente podem ser reguladas por lei, afastando-se quaisquer regulamentações por outras espécies de atos normativos¹⁸³.

Na seara previdenciária, também deve o administrador pautar-se pelo princípio em comento. Com efeito, conforme elucida o professor Wagner Balera, “a outorga de certo direito previdenciário a alguém, exige que o fato (risco social), que dá origem ao direito, seja objeto de quantificação pela Administração Pública.

O fato, sempre a expressar, no universo da proteção social, certo risco social (doença, velhice, invalidez, morte, reclusão, desemprego, etc...) deve estar tipificado pela legislação. Esse é um dos matizes da legalidade.

De outra parte, o meio de ação de que se vale o Poder Público para dizer da norma aplicável ao caso concreto é o Processo administrativo cujo inter, de maior ou menor complexidade, estará rigorosamente definido pela legislação”¹⁸⁴.

No Brasil, o princípio da legalidade encontra-se previsto expressamente na Constituição Federal, em seu art. 37, bem como no art.

¹⁸² Weida Zancaner. *Da Convalidação e da Invalidação dos Atos Administrativos*, Coleção Temas de Direito Administrativo. pgs. 17-18.

¹⁸³ Luís Roberto Barroso. *Princípio da Legalidade*. Boletim de Direito Administrativo, Editora NDJ, São Paulo, Ano XIII, v. 01, p. 15-28, Janeiro de 1997.

¹⁸⁴ Wagner Balera. *Op. cit.*, p. 115.

5º, II que determina que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

Diversamente da Administração, que nada pode fazer senão aquilo que a lei determina, aos particulares lhes é lícito fazer tudo aquilo que a lei não veda.

Em decorrência desta determinação, a Administração Pública não pode, jamais, por simples ato administrativo, conceder direitos de qualquer natureza, criar obrigações, proibir ou impor comportamentos aos administrados, salvo se estiver previamente embasada em comando legal que lhe autorize sua conduta.

No mesmo sentido se manifesta Allan R. Brewer-Carias¹⁸⁵:

“Ello implica, por tanto, que la Administración y particularmente el reglamento, no pueden limitar ou restringir los derechos e garantías constitucionales, aún que en aspectos que no hayan sido objeto de regulación expresa mediante Ley”.

Assim, as Resoluções do Presidente da Autarquia, as Ordens de Serviço dos Diretores e do Procurador-Geral do INSS e as Orientações Normativas dos Coordenadores Gerais da entidade são atos administrativos que devem ser qualificados como instruções internas do INSS. Enquanto tais, não podem criar modificar, restringir ou extinguir direitos.

Por outro lado, a Administração Pública está vinculada a tais instruções normativas, ordens de serviço bem como portarias. Não pode, assim, o administrador pretender não as cumprir sob o argumento de que não são leis e, portanto, seu comportamento não estaria subordinado a elas¹⁸⁶.

¹⁸⁵ Allan R. Brewer- Carias, *Op, cit*, p.41.

¹⁸⁶ A Portaria MPS nº 88/2004, em seu art. 69 também é clara ao tratar do tema, assim dispondo: “Os pareceres da consultoria jurídica do MPS, quando aprovados pelo Ministro de Estado e, nos termos da Lei Complementar 73, de 10 de fevereiro de 1993, vinculam os órgãos julgadores do CRPS, à tese jurídica que fixarem, sob pena de responsabilidade administrativa quando da sua não observância”.

Nesse sentido dispõe o Regulamento da Previdência Social (Decreto 3048/99), em seu art. 324:” Os atos normativos ministeriais obrigam a todos os órgãos e entidades integrantes do Ministério da Previdência e Assistência Social, inclusive da administração indireta a ele vinculados”.

Na realidade há a necessidade de racionalização da estrutura legislativa, mediante a uniformização da interpretação legal, o que é feito através da edição de atos administrativos internos, a fim de que a administração não apenas respeite a legalidade, mas, também, dê fiel cumprimento ao princípio da isonomia.

Na estrutura administrativa previdenciária, exerce o CRPS, órgão de controle jurisdicional das decisões do INSS, importante função para fiel cumprimento da legalidade, como se observa no art. 60 e seu parágrafo 9º, a seguir transcritos:

Art. 60. As Câmaras de Julgamento e Juntas de Recursos do CRPS poderão rever, enquanto não ocorrida a prescrição administrativa, de ofício ou a pedido, suas decisões quando:

- I – violarem literal disposição de lei ou decreto;
 - II – divergirem de pareceres da Consultoria Jurídica do MPS aprovados pelo Ministro, bem como do Advogado-Geral da União, na forma da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993;
 - III - depois da decisão, a parte obtiver documento novo, cuja existência ignorava, ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de assegurar pronunciamento favorável;
 - IV – for constatado vício insanável.
- (...)

§ 9º O não conhecimento do pedido de revisão de acórdão não impede os órgãos julgadores do CRPS de rever de ofício o ato ilegal, desde que não decorrido o prazo prescricional.

É justamente o princípio da legalidade que permite a administração rever de ofício ou a requerimento das partes os atos administrativos contrário à lei. Da mesma forma, é ele que permite que a autarquia previdenciária a qualquer momento reconheça o direito do segurado ou do contribuinte, de acordo com a Portaria MPS nº88:

Art. 32. “O INSS pode, em qualquer fase do processo, reconhecer o direito do interessado e reformar sua decisão, deixando de encaminhar o recurso à instância competente”.

Ressalte-se, porém, que a própria possibilidade do particular interpor recurso administrativo em face da decisão da autarquia previdenciária contrária a seus interesses representa forma de controle de legalidade dos atos do INSS, como assegurado pela Lei 8213/91 e Instrução Normativa INSS/PR nº11, de 20 de setembro de 2006:

Lei 8213/91, art. 126: “Das decisões do Instituto Nacional do Seguro Social-INSS nos processos de interesse dos beneficiários e dos contribuintes da Seguridade Social caberá recurso para o Conselho de Recursos da Previdência Social, conforme dispuser o Regulamento”.

IN 11/2006, art. 482:” Das decisões proferidas pelo INSS, referentes ao reconhecimento de direitos na concessão, na atualização ou na revisão, bem como na emissão de CTC, poderão os interessados, quando não conformados, recorrer às Juntas de Recursos-JR, ou às Câmaras de Julgamento-CaJ, do CRPS.

Parágrafo único. Os titulares de direitos e interesses têm legitimidade para interpor recurso administrativo”.

Interposto o recurso administrativo, o cabe ao CRPS e só a ele analisar tal recurso e proferir sua decisão, de acordo com a legislação em

vigor, reformando ou não a decisão recorrida¹⁸⁷.

O agir da autarquia previdenciária estará, portanto, sempre condicionado aos ditames legais. A concessão ou não de um benefício ocorrerá desde que a parte interessada preencha os requisitos legais necessários à obtenção do benefício que entende ser devido.

Não cabe, assim, ao INSS fazer uma interpretação diversa dos pressupostos estabelecidos na legislação previdenciária, sob pena de ofensa ao princípio da legalidade e, conseqüentemente, nulidade do ato administrativo proferido.

4.3.PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

A cláusula do devido processo legal tem sua origem na Magna Carta inglesa outorgada pelo Rei John Lackland, João Sem Terra, no ano de 1215, que mencionava a garantia ao law of the land, sem que houvesse, ainda, qualquer referência à expressão due process of law, a qual foi inserida na legislação inglesa apenas em 1354, no reinado de Eduardo III¹⁸⁸.

Nos Estados Unidos da América, onde embora não tenha se originado, sua consagração constitucional ocorreu em 1787, por influência do direito Inglês e desenvolveu-se de forma surpreendente.

¹⁸⁷IN 11/2006, Art. 483:” Em hipótese alguma, o recebimento deve ser recusado ou o andamento do recurso susgado, de vez que é prerrogativa do órgão de controle jurisdicional - CRPS admitir ou não o recurso, motivo pelo qual, quaisquer que tenham sido as condições de apresentação, o recurso será sempre encaminhado aos órgãos competentes, exceto quando reconhecido o direito pleiteado”.

Portaria 88/2004, Art. 29:” Admitir ou não o recurso é prerrogativa do CRPS, sendo vedado a qualquer órgão do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS recusar o seu recebimento ou sustar-lhe o andamento, exceto quando exigida por lei a garantia de instância e não houver comprovação do depósito prévio, quando o recurso do contribuinte for intempestivo ou nos casos do art. 206, § 9º, do Regulamento da Previdência Social, veiculado pelo Decreto nº 3.048, de 06 de maio de 1999”.

¹⁸⁸ Nelson Nery Júnior. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*, p.32.

No Brasil, até a promulgação da Carta de 88 não havia qualquer menção explícita ao princípio do devido processo legal. Sua existência implícita não era aceita de modo unânime na doutrina brasileira, mormente em se tratando do processo administrativo.

Alguns autores, no entanto, como Luiz Rodrigues Wambier, entendem que a cláusula do devido processo legal estava prevista no ordenamento brasileiro de forma clara desde 1946, especificamente no art.141, § 4º, que determinava que lesões ou ameaças a direito não podiam ser excluídas da apreciação do Poder Judiciário. E, em razão dessa cláusula, estaria garantido o controle dos atos jurisdicionais.¹⁸⁹

Afirma, ainda, o aludido autor, que o devido processo legal era previsto implicitamente antes da Carta de 1946, assim elucidando: “havia, em cada uma delas, determinadas garantias que, interpretadas à luz do conjunto de garantias do cidadão, e do sistema de governo admitido poderiam dar margem ao entendimento de que, na verdade, o princípio estava adotado e garantido”.¹⁹⁰

De qualquer forma, a partir de 1988, o princípio passou a ser consagrado constitucionalmente.

Atualmente, o Princípio em análise encontra-se esculpido na Constituição em seu art. 5º, incisos LIV e LV, que dispõe que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens¹⁹¹ sem o devido processo legal. E assegura aos litigantes e acusados o contraditório e a ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes. A Cláusula do devido

¹⁸⁹. Luiz Rodrigues Wambier. *Anotações sobre o devido processo legal*, REPRO nº63, ano 16, jul-set/91, p.59.

¹⁹⁰ *Ibidem*, p.60.

¹⁹¹ De acordo com Wagner Balera, “*parece evidente, pelo contexto constitucional, que o alcance jurídico da expressão ‘bens’ não restringe a regra àqueles bens que possuem conteúdo patrimonial.*

Em realidade, a proteção conferida pelo sistema de seguridade social pode ser definida como aquele conjunto de bens a que fazem jus todos quantos se encontrem em quaisquer situações de necessidade” in Op. cit., p.121).

processo legal é, portanto, um direito fundamental e essencial em nosso ordenamento jurídico, sendo destinatários do princípio todos os poderes estatais, Executivo, Legislativo e Judiciário.

Como elucida Marcos Porta¹⁹²:

“A importância da constitucionalização da cláusula do devido processo legal e sua inserção como cláusula pétrea geraram a ampla eficácia na concretização do princípio do Estado Democrático de Direito na medida em que possibilitam o maior e mais amplo controle dos atos jurídico-estatais, nos quais se incluem os atos administrativos”.

Na realidade, a garantia do devido processo legal é essencial para um processo administrativo que objetiva a correta subsunção da lei ao fato concreto, possibilitando que os administrados tenham a oportunidade de defenderem-se e de comprovarem seu direito antes do ato decisório que será proferido pela administração e que irá afetá-los.

Segundo Luciana Andrea Accorsi Berardi¹⁹³:

“Não há dúvidas acerca do valor da ocorrência do devido processo legal administrativo como meio de tutela de interesses e direitos dos administrados, sobretudo em relação aos atos editados pela Administração Pública porque também se traz à tona a discussão sobre a justiça e sua efetividade no caso que visa tutelar, de forma que é necessário realizar esta reflexão sobre o processo administrativo devido, como mecanismo de ensejo a um efetivo devido processo, sobretudo em defesa dos administrados, com intuito de se obter legitimidade nas decisões - isto é, com a correta aplicação da lei ao caso concreto – evitando-se a arbitrariedade do administrador público e afronta às garantias e direitos constitucionalmente consagrados”.

Assim sendo, muito embora a atividade da administração pública esteja subordinada à lei e, em razão disso, possa a mesma sanar eventuais vícios existentes na concessão ou manutenção dos benefícios

¹⁹² Marcos Porta. *Processo Administrativo e o Devido Processo Legal*, p.107.

¹⁹³,Luciana Andrea Accorsi Berardi. *Devido Processo Legal: Do processo devido à garantia constitucional*. Acesso em:<http://www.direitonet.com.br/textos>

previdenciários¹⁹⁴, é preciso que sua atuação respeite o devido processo legal.

Nesse sentido dispõe a Lei 8212/91, com a nova redação dada pela Lei 10.66/03, em seu art. 69 caput e parágrafos:

Art. 69. “O Ministério da Previdência Social e o INSS manterão programa permanente de revisão da concessão e da manutenção dos benefícios da Previdência Social, a fim de apurar irregularidades e falhas existentes.

§ 1º Havendo indício de irregularidade na concessão ou na manutenção de benefício, a Previdência Social notificará o beneficiário para apresentar defesa, provas ou documentos de que dispuser, no prazo de dez dias.

§ 2º A notificação a que se refere o § 1º far-se-á por via postal com aviso de recebimento e, não comparecendo o beneficiário nem apresentando defesa, será suspenso o benefício, com notificação ao beneficiário.

§ 3º Decorrido o prazo concedido pela notificação postal, sem que tenha havido resposta, ou caso seja considerada pela Previdência Social

¹⁹⁴ Note-se, porém, que de acordo com a Instrução Normativa INSS nº11 de 20 de setembro de 2006(que alterou a IN 118/2005), art. 519, “O direito da Previdência Social de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os seus beneficiários decai em dez anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé.

§ 1º De acordo com o entendimento exarado no Parecer MPS/CJ nº 3.509-AGU, de 26 de abril de 2005, acerca do prazo de decadência para revisão, ex officio, dos atos administrativos praticados pela Previdência Social, o prazo decadencial previsto no art. 54 da Lei nº 9.784, começa a ser contado a partir de 1º de fevereiro de 1999, data da vigência de tal diploma legal.

§ 2º Quanto aos atos da Previdência Social relativos à matéria de benefício, considerando que o prazo decadencial foi estendido para dez anos (Medida Provisória nº 138, de 19 de novembro de 2003, convertida na Lei nº 10.839, de 5 de fevereiro de 2004), ainda dentro do prazo quinquenal previsto no art. 54 da Lei nº 9.784/99, da mesma forma, o início da decadência só começa a correr a partir de 1º de fevereiro de 1999”.

como insuficiente ou improcedente a defesa apresentada, o benefício será cancelado, dando-se conhecimento da decisão ao beneficiário”.

Neste caso, não obstante ser assegurado ao INSS o controle de legalidade na concessão e manutenção dos benefícios previdenciários, proporcionando à Autarquia a verificação de eventuais erros e fraudes nos benefícios, a legislação também impõe respeito aos beneficiários.

Se por um lado, o recebimento indevido de benefícios previdenciários gera prejuízo ao sistema e, por conseguinte, prejudica a todos, por outro lado, não se pode olvidar o direito individual de cada um dos segurados.

Não se pode aceitar que segurados da Previdência Social sejam surpreendidos com o cancelamento de seus benefícios, sem que possam ter asseguradas as garantias do devido processo legal, com seus consectários, contraditório e ampla defesa.

Podemos, sinteticamente, dizer que o direito constitucional ao devido processo legal na via administrativa inclui em seu bojo pelo menos as seguintes garantias básicas por parte do administrado:

- a) direito de ser ouvido;
- b) direito ao oferecimento e produção de provas;
- c) direito a uma decisão fundamentada.

A ausência de tais garantias impõe a nulidade dos atos editados pela autarquia previdenciária, como, por exemplo, determina o caput do art. 31 da Portaria nº520/2004, que trata do Contencioso Administrativo Fiscal no âmbito do Instituto Nacional do Seguro Social, *in verbis*:

Art. 31. “São nulos:

- I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

II - os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa;

III – o lançamento não precedido do Mandado de Procedimento Fiscal”.

Hoje não mais se aceita a concepção de devido processo legal tão-somente em seu aspecto formal¹⁹⁵, ou seja, que o respeito ao procedimento estabelecido é suficiente para que o devido processo legal efetivamente exista.

É preciso que o princípio em análise também abarque um cunho substancial, o que impõe a necessidade de observância da Constituição de seus valores fundamentais.

Assim, o devido processo legal, em sua ampla consagração constitucional, abrange tanto a forma quanto o conteúdo das decisões administrativas. Ou seja, o devido processo legal contém exigências de cunho formal e material ou substantivo.

José Cretela Neto¹⁹⁶, ao tratar do tema, nos ensina:

“o conceito de ‘due process of law’ não se restringe, portanto, à mera garantia das formas processuais preconizadas pela Constituição, mas à própria substância do processo, que permite a efetiva aplicação das leis; e, quando se diz ‘processo’, entenda-se que o termo é aqui empregado com a maior amplitude possível, abrangendo quaisquer procedimentos que possam violar direitos fundamentais”.

No direito administrativo, o devido processo legal também se apresenta sob essas duplas facetas: adjetiva e substantiva.

Do ponto de vista adjetivo, a garantia do devido processo legal correlaciona-se com o aspecto instrumental, exigindo a observância do

¹⁹⁵ Segundo André Ramos Tavares, o Devido processo legal, no âmbito processual, "significa a garantia concedida à parte processual para utilizar-se da plenitude dos meios jurídicos existentes" in *Curso de Direito Constitucional*, p. 483.

¹⁹⁶ In *Fundamentos Principiológicos do Processo Civil*, p.43.

rito procedimental previamente estabelecido pelo próprio ordenamento posto.

Em sua outra dimensão, substantiva, o devido processo legal busca o respeito ao direito material e a tutela dos direitos por meio do processo administrativo.

Segundo esclarece Marcos Porta¹⁹⁷, o devido processo legal substancial abrange a razoabilidade¹⁹⁸ e a proporcionalidade a serem observadas entre a atuação administrativa e o ato administrativo editado.

A proporcionalidade é um parâmetro de valoração dos atos do Poder Público, a fim de que se possa verificar se eles se encontram em consonância com o valor supremo norteador de todo ordenamento posto: a justiça.

Luís Roberto Barroso¹⁹⁹, ao discorrer sobre o tema, assim se pronuncia: “*É Razoável o que seja conforme a razão, supondo equilíbrio, moderação e harmonia; o que não seja arbitrário ou caprichoso; o que corresponda ao senso comum, aos valores vigentes em dado momento ou lugar*”.

Ainda tratando do tema, o autor elucida que a razoabilidade deve ser compreendida sob o aspecto interno e externo. No primeiro caso, a confrontação se dá com a própria lei. É a existência de uma relação racional e proporcional entre seus motivos, meios e fins.

Sob outro enfoque, a razoabilidade externa diz respeito à adequação aos meios e fins preconizados pela Magna Carta. Isto porque

¹⁹⁷ *Op. cit.*, p.113.

¹⁹⁸ Acerca da origem do princípio da razoabilidade, no Direito pátrio, temos três correntes: A primeira opta pela influência da doutrina norte-americana, e para estes tal princípio é extraído do devido processo legal (nesse sentido é a posição do professor Luís Roberto Barroso. *Op. cit.*p.209).

Para a outra corrente, como adepto podemos apontar Gilmar Ferreira Mendes, o princípio da razoabilidade estaria implícito no ordenamento pátrio como princípio não positivado, decorrente do Estado de Direito. (Gilmar Ferreira Mendes, *Controle de constitucionalidade*, São Paulo, Celso Bastos Editor 1990, p. 43).

¹⁹⁹ *Op. cit.*, p. 215.

se a lei ofender valores expressos ou implícitos no ordenamento constitucional, não será legítima.

A proporcionalidade, por seu turno, corresponde à verificação da relação custo-benefício da medida, quer dizer, é preciso analisar os danos que serão causados e os resultados a serem obtidos.

O Devido processo legal mostra-se, assim, essencial no Estado Democrático de Direito, sendo a ampla Defesa e o contraditório seus instrumentos concretizadores, os quais serão analisados no tópico seguinte.

4.4. PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA

Como elucida Alberto Xavier²⁰⁰, o direito de defesa e o contraditório são manifestações do Princípio do Devido Processo Legal. Apesar de ser possível separá-los por uma abstração, pode-se dizer que estão intimamente relacionados. Não há ampla defesa se o contraditório inexistir.

Da mesma forma é o pensamento de Ada Pellegrini Grinover²⁰¹:

“Num determinado enfoque, é inquestionável que é do contraditório que brota a própria defesa. Desdobrando-se o contraditório em dois momentos – a informação e a possibilidade de reação – não há como negar que o conhecimento, ínsito no contraditório, é pressuposto para o exercício da defesa. Mas, de outro ponto de vista, é igualmente válido afirmar que a defesa é que garante o contraditório, conquanto nele se manifeste. Isto porque a defesa representa, na realidade, um aspecto integrante do próprio direito de ação, quais face e verso da mesma medalha, até porque não se pode falar em ação senão com relação à defesa, baseando-se a atuação de ambas as garantias sobre componentes idênticas”.

²⁰⁰ In *Princípios do Processo Administrativo e Judicial Tributário*, p.6.

²⁰¹ In *Novas tendências do direito processual*, p. 4 -5.

O princípio do contraditório, na realidade, encontra-se relacionado com a ampla defesa por um vínculo instrumental. Ele representa o modo de exercício de um direito, afirmado pela ampla defesa.

De acordo com Roberto Rosas²⁰², o contraditório representa “*uma garantia político-constitucional do indivíduo. É um meio técnico que a lei se vale para a condução do processo e garantir os fins da justiça. As partes interessadas é que devem fornecer a matéria de fato válida, a definir a instrução*”.

Na realidade é possível sintetizar o contraditório em duas regras básicas: direito de informação e direito de reação²⁰³.

Todavia, para que efetivamente o princípio seja cumprido é preciso que se acrescente a noção de igualdade. A isonomia deve ser agregada à informação e à reação. Assim, é essencial a existência da igualdade das partes e não igualdade de oportunidades²⁰⁴.

Portanto, pode-se dizer que o contraditório apresenta duas características essenciais:

Primeiramente, temos a característica da paridade das posições jurídicas das partes no processo, de forma que ambas tenham a mesma possibilidade de influenciar na decisão.

Outro aspecto primordial seria o caráter dialético dos meios de investigação e de tomada de decisão, assegurando a cada parte a oportunidade de contradizer os fatos alegados e as provas apresentadas pela outra parte.

Assim, para que efetivamente se respeite o princípio do contraditório, o qual está intrinsecamente correlacionado com o direito de

²⁰² In *Direito Processual Constitucional*, p.46.

²⁰³ O Código Colombiano de Contencioso-Administrativo assim dispõe, em seu art.3º: “Em virtud del principio de contradicción, los interesados tendrán oportunidad de conocer y controvertir las decisiones por los medios legales”.

²⁰⁴ Por tal razão esclarecemos no capítulo pertinente ao Princípio da Isonomia a importância da assistência complementar de natureza jurídica, capaz de conferir a igualdade das partes para influenciar na decisão a ser proferida.

defesa, é preciso que se concretize a bilateralidade do processo. Quando houver qualquer alegação por uma das partes, à outra deve ser concedida oportunidade de ser também ouvida.

Dando cumprimento ao princípio em análise, assim determina a Portaria MPS nº88/2004, nos artigos 36 e 37, parágrafo único:

Art. 36. O interessado poderá juntar documentos, atestados, exames complementares e pareceres médicos, requerer diligências e perícias e aduzir alegações referentes à matéria objeto do processo, desde que antes de iniciada a sessão de julgamento do recurso e abrindo-se vista à parte contrária para manifestação.

§ 1º Somente poderão ser recusadas, mediante decisão fundamentada, as provas propostas pelos interessados quando sejam ilícitas, impertinentes, desnecessárias ou protelatórias.

Art. 37. Em se tratando de processos fiscais, a prova documental será apresentada na impugnação, precluindo o direito de o contribuinte fazê-lo em grau recursal, exceto se:

I – ficar demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna, por motivo de força maior;

II – referir-se a fato ou direito superveniente;

III – destinar-se a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidas aos autos.

Parágrafo único. A juntada de documentos após a apresentação do recurso, bem como a solicitação de diligências, observadas as condições deste artigo e enquanto o processo estiver com o relator, serão feitas mediante requerimento ao presidente da Câmara, hipótese em que será dada vista à parte contrária para que se manifeste.

José Carlos Barbosa Moreira²⁰⁵, ao tratar do alcance do contraditório no processo judicial nos traz uma excelente lição, a qual se aplica também ao processo administrativo:

“A garantia do contraditório significa, antes de mais nada, que ambas as partes se hão de conceder iguais oportunidades de ‘pleitear’ a produção de provas: seria manifestamente inadmissível a estruturação do procedimento por forma tal que qualquer dos litigantes ficasse impossibilitado de submeter ao juiz a indicação dos meios de prova de que pretende valer-se. Significa, a seguir, que não deve haver disparidade de critérios no deferimento ou indeferimento dessas provas pelo órgão judicial. Também significa que as partes terão as mesmas possibilidades de participar dos atos probatórios e de pronunciar-se sobre seus resultados”.

Em total ofensa ao contraditório, a legislação previdenciária ainda mantém a advocatária ministerial, não de forma explícita como quando de seu surgimento em 1946²⁰⁶, mas de modo camuflado.

Atualmente, o artigo 309 do Decreto 3048/99, cuja nova redação foi dada pelo Decreto 3452/00, determina que:

“Havendo controvérsia na aplicação de lei ou de ato normativo, entre órgãos do (extinto) MPAS ou entidades vinculadas, ou ocorrência de questão previdenciária ou de assistência social de relevante interesse público ou social, poderá o órgão interessado, por intermédio de seu dirigente, solicitar ao Ministro solução para controvérsia ou questão.

§ 1º A controvérsia na aplicação de lei ou ato normativo será relatada *in abstracto* e encaminhada com manifestações fundamentadas dos órgãos interessados, podendo ser instruída com cópias dos documentos que demonstrem sua ocorrência. Incluído pelo Decreto nº

²⁰⁵ José Carlos Barbosa Moreira. *A garantia do contraditório na atividade de instrução*, REPRO nº35, ano 9, jul-set, 1984, p.232-233.

²⁰⁶ O § único do artigo 12 do Decreto Lei 8738/46 determinava que o MTIC poderia rever ex-officio, dentro do prazo de trinta (30) dias contados de sua publicação, no órgão oficial ou mediante requerimento, apresentado dentro de igual prazo, as decisões do Conselho Superior de Previdência Social, quando proferidas pelo voto de desempate ou que violarem disposição expressa de direito ou modificarem jurisprudência até então observada.

4.729, de 2003)

§ 2º A Procuradoria Geral Federal Especializada/INSS deverá pronunciar-se em todos os casos previstos neste artigo. (Incluído pelo Decreto nº 4.729, de 2003)” .

Pela nova redação, o Ministro não mais detém atribuição para de ofício solucionar a questão. No entanto, o artigo em análise é claro em conferir apenas ao órgão interessado o direito de solicitar que o ministro resolva a controvérsia ou a questão.

Não há como negar ofensa ao contraditório e à própria isonomia se somente a uma das partes é dada oportunidade de provocar a manifestação do Ministro, sem ao menos ser concedida qualquer oportunidade ao outro interessado para apresentar suas alegações. É patente a discriminação existente entre as partes no processo administrativo previdenciário, o que representa ofensa ao contraditório.

Ainda como consectário do devido processo legal, temos ampla defesa, a qual deve ser entendida não apenas como garantia das partes, mas, também, da própria legitimidade da atuação estatal. Assim, não se exaure nos direitos subjetivos das partes envolvidas, mas é essencial também para a justiça da decisão a ser proferida.

De fato, consoante lição de Ada Pellegrini Grinover²⁰⁷, é interesse dos litigantes a efetiva e plena possibilidade de sustentarem suas razões, de influírem concretamente sobre a formação do convencimento do juiz, de outro lado, essa efetiva e plena possibilidade constitui a própria garantia da regularidade do processo, da imparcialidade do juiz, da justiça de suas decisões.

Da mesma forma que o contraditório, o exercício da ampla defesa pode, portanto, ser compreendido sob duplo enfoque.

²⁰⁷ *In O Processo Constitucional em Marcha*, p.7.

Em um primeiro momento temos a necessidade de ampla instrução probatória, que impõe que o direito à prova seja assegurado na máxima extensão possível²⁰⁸, no que tange à oportunidade de seu exercício e às alegações e provas a serem produzidas.

Com efeito, através das provas produzidas no curso do processo administrativo é que a parte interessada poderá comprovar a verdade dos fatos aduzidos, vez que apenas suas afirmações são insuficientes para embasar a decisão da administração pública.

Consoante lição de José Roberto dos Santos Bedaque²⁰⁹:

“Contraditório efetivo e defesa ampla compreendem o poder conferido à parte, de se valer de todos os meios de prova possíveis e adequados à reconstrução dos fatos constitutivos, impeditivos, modificativos ou extintivos do direito afirmado. O direito à prova é componente inafastável do princípio do contraditório e da ampla defesa”.

Por outro lado, também é imprescindível que haja a apreciação Plena ou Ampla competência decisória, segundo a qual nenhuma questão relevante para a defesa pode ser subtraída aos poderes de cognição e decisão dos órgãos de julgamento.

Nessa esteira, insta indagar se em razão da obrigatoriedade de apreciação plena poderia o CRPS manifestar-se acerca da inconstitucionalidade ou da ilegalidade de determinada norma, a fim de dar solução a determinado litígio previdenciário?

De acordo com as Portarias 88/2004, art.70(Regimento Interno do Conselho de Recursos da Previdência Social) e 520/2004, art. 20 (Dispõe sobre o Contencioso Administrativo Fiscal no âmbito do Instituto Nacional

²⁰⁸ Em razão da obrigatoriedade de se conceder ao interessado plena oportunidade para comprovação do direito que entende fazer jus, somente em hipóteses excepcionais e fundamentadas poderá a parte ter indeferido seu pedido de realização de diligência ou perícia, conforme se verifica no art. 11 da Portaria 520/2004: “Art. 11. A autoridade julgadora determinará de ofício ou a requerimento do interessado, a realização de diligência ou perícia, quando as entender necessárias, indeferindo, mediante despacho fundamentado ou na respectiva Decisão-Notificação, aquelas que considerar prescindíveis, protelatórias ou impraticáveis”.

do Seguro Social), o CRPS não possui tal atribuição, assim dispondo os referidos diplomas legais:

“É vedado ao Instituto Nacional do Seguro Social afastar a aplicação, por inconstitucionalidade ou ilegalidade, de tratado, acordo internacional, lei, decreto ou ato normativo em vigor, ressalvados os casos em que:

I – já tenha sido declarada a inconstitucionalidade da norma pelo Supremo Tribunal Federal, em ação direta, após a publicação da decisão, ou pela via incidental, após a publicação da resolução do Senado Federal que suspender a sua execução;

II – haja decisão judicial, proferida em caso concreto, afastando a aplicação da norma, por ilegalidade ou inconstitucionalidade, cuja extensão dos efeitos jurídicos tenha sido autorizada pelo Presidente da República”.

Questão também que merece destaque diz respeito à exigência do depósito recursal, previsto no § 1º do art.126, da Lei 8213/91 c/c art.306 do Decreto 3048/99:

Art. 126. “Das decisões do Instituto Nacional do Seguro Social-INSS nos processos de interesse dos beneficiários e dos contribuintes da Seguridade Social caberá recurso para o Conselho de Recursos da Previdência Social, conforme dispuser o Regulamento. (Redação dada pela Lei nº 9.528, de 1997)

§ 1º Em se tratando de processo que tenha por objeto a discussão de crédito previdenciário, o recurso de que trata este artigo somente terá seguimento se o recorrente, pessoa jurídica ou sócio desta, instruí-lo com prova de depósito, em favor do Instituto Nacional do Seguro Social -

²⁰⁹ José Roberto dos Santos Bedaque *in. Garantia da amplitude da produção probatória apud Cruz e Tucci, José Rogério (coord.). Garantias Constitucionais do Processo Civil. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1999. p. 327/328.*

INSS, de valor correspondente a trinta por cento da exigência fiscal definida na decisão. (Redação dada pela Lei nº 10.684, de 30.5.2003)”.

Inicialmente é preciso destacar que a interposição de recursos nos processos de interesse de beneficiários ou que tenham por objeto a discussão de crédito previdenciário, sendo o recorrente pessoa física, independe de garantia de instância, aplicando-se tal exigência apenas às pessoas jurídicas.

No que concerne á inconstitucionalidade do aludido dispositivo legal, o STF²¹⁰ manifestou-se por sua constitucionalidade, ao fundamento de que o recurso administrativo representa tão-somente uma segunda etapa da jurisdição administrativa, pois há a possibilidade do exercício do contraditório e ampla defesa em fase anterior.

Ademais, a constituição Federal não assegura a possibilidade do duplo grau de jurisdição na esfera administrativa, mas apenas em âmbito judicial.

Igualmente, não há qualquer tipo de violação ao artigo 5º, XXXIV, “a”, da Constituição Federal, pois além de inexistir exigência do pagamento de taxa que não se confunde com o depósito, também não se pode pretender que do direito de petição decorra a garantia ao duplo grau de jurisdição administrativa.

Finalmente, é possível que a qualquer momento o contribuinte ajuíze uma ação judicial objetivando a desconstituição do crédito, sem que haja a necessidade de depósito, salvo determinação judicial em contrário.

Importante destacar que a possibilidade da substituição do depósito prévio pelo arrolamento de bens – de preferência imóveis – para o seguimento do recurso administrativo que verse sobre créditos

²¹⁰ RE 210.246 e RE 250.744-0.

tributários administrados pela União, conforme orientação do STF²¹¹, não alcançou os créditos previdenciários (Lei N.º10.522/2002).

No que se refere ao processo administrativo, o contraditório deve ser visualizado fora da relação do juiz e as duas partes. É preciso, portanto, que antes da formação do ato administrativo, a Administração se coloque no mesmo plano que o particular, no que se refere ao exercício de direitos, sob pena de ofensa ao contraditório e ampla defesa.

Entendemos, assim, que quando a Previdência Social toma conhecimento de uma situação ilegal, como, por exemplo, o recebimento de dois benefícios que são inacumuláveis, não pode de plano cancelar um deles. Deve, ao revés, dar oportunidade para que o segurado tome conhecimento do fato e, respeitado o contraditório e a ampla defesa, aí sim, proferir sua decisão²¹².

A possibilidade de suspensão ou cancelamento de atos de concessão de benefícios previdenciários, uma vez constatada situação de incompatibilidade com a lei, é inerente ao princípio da legalidade a que se encontra submetida a administração pública.

No entanto em observância aos princípios do devido processo legal, ampla defesa e contraditório, é preciso que o segurado tome conhecimento da situação e, assim, tenha oportunidade de exercer sua defesa²¹³.

²¹¹ RESP 422.814, Rel. Min. Gracia Vieira e RESP 550.505, Rel. Min. Eliana Calmon.

²¹² Conforme elucidado, a nova redação do art.69, § 4º, da Lei 8212/91, dada pela Lei 10887/04, buscou compatibilizar o princípio da legalidade, que permite a revisão da concessão e manutenção dos benéficos, com a garantia do devido processo legal e suas manifestações: contraditório e ampla defesa.

²¹³ Nesse sentido, também se posiciona Marco Aurélio Serau Junior, esclarecendo que em tal hipótese poderá o segurado valer-se de Mandado de Segurança (Junior, Marco Aurélio Serau. *Curso de Processo Judicial Previdenciário*, 2ªed., São Paulo: Ed. Método, 2006, p.321).

4.5. PRINCÍPIO DA IMPESSOALIDADE

Inicialmente, cumpre registrar que os doutrinadores divergem acerca do conceito e o alcance do princípio da impessoalidade, havendo quem lhe atribua tão somente um enfoque, outros, porém, lhe conferem duplo sentido.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello²¹⁴, O princípio da Impessoalidade estaria diretamente relacionado com a isonomia ou igualdade previsto nos arts. 37, caput e 5º da Constituição da República.

Pelo referido princípio, a Administração Pública deve tratar todos os administrados sem discriminações, sejam elas benéficas ou detrimementosas.

Adepto também desse entendimento, Juarez Freitas²¹⁵ dispõe:

"No tocante ao princípio da impessoalidade, derivado do princípio geral da igualdade, mister traduzi-lo como vedação constitucional de qualquer discriminação ilícita e atentatória à dignidade da pessoa humana. Ainda segundo este princípio, a Administração Pública precisa dispensar um objetivo isonômico a todos os administrados, sem discriminá-los com privilégios espúrios, tampouco malferindo-os persecutoriamente, uma vez que iguais perante o sistema. Quer-se através da implementação do referido princípio, a instauração, acima de sinuosos personalismos, do soberano governo dos princípios, em lugar de idiossincráticos projetos de cunho personalista e antagônicos à consecução do bem de todos.

(...) A dizer de outro modo, o princípio da impessoalidade determina que o agente público proceda com desprendimento, atuando desinteressada e desapeadamente, com isenção, sem perseguir nem favorecer, jamais movido por interesses subalternos. Mais: postula-se o primado das idéias e dos projetos marcados pela solidariedade em substituição aos efêmeros cultivadores do poder como hipnose fácil e encantatória. Semelhante princípio guarda derivação frontal, inextirpável e, não raro, desafiadora com o princípio da igualdade de todos, sem distinção de qualquer natureza (CF, art. 5º, caput), salvo aquelas impostas pelo próprio sistema constitucional."

²¹⁴ *Op. cit.*, p.104.

²¹⁵ *In O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*, p. 64-65.

José Afonso da Silva²¹⁶, por seu turno, entende que o princípio da impessoalidade significa que os atos e provimentos administrativos realizados não são imputáveis ao funcionário que os pratica, mas, sim, ao órgão ou entidade administrativa em nome do qual age o funcionário.

O servidor público seria tão-somente um agente da administração pública, de sorte que não é ele o autor institucional do ato, apenas o órgão que formalmente manifesta a vontade do Estado.

Há, ainda, quem entenda de forma diversa, como Hely Lopes Meirelles²¹⁷. Para ele, o princípio da impessoalidade seria, na realidade, o próprio princípio da finalidade, que determina que o administrado somente pratique o ato em razão de sua finalidade legal.

Nesse sentido, o fim legal seria apenas aquele que a norma de direito indica como objetivo do ato, de forma unipessoal. E, toda e qualquer finalidade, sempre buscará alcançar o interesse público.

A conduta da Administração, por conseguinte, deve ser impessoal, pois o objetivo final, em qualquer hipótese, é sempre atender o interesse público, o que não impede que em determinadas hipóteses, o interesse particular coincida com o público. Todo ato que se afaste desse objetivo sujeita-se à invalidação por desvio de finalidade.

Partindo dessa concepção, Carmem Lúcia Rocha²¹⁸ esclarece que o conteúdo do princípio da impessoalidade pode ser classificado em positivo e negativo. No primeiro caso, porque através dele tem-se assegurado a neutralidade e a objetividade que devem prevalecer em todos os comportamentos da Administração Pública.

Assim, sob este enfoque, a impessoalidade teria um cunho positivo, indicando o conteúdo que deve ser observado em determinado ato da Administração Pública.

²¹⁶ *Op. cit.*, p. 615.

²¹⁷ *Op. cit.*, p. 88.

²¹⁸ *Op. cit.* p.148.

Por outro lado, o princípio em análise também seria portador de conteúdo negativo quando funciona como indicativo de limites definidos à atuação administrativa. Por ele, não se podem praticar atos que tenham motivos ou finalidade despojada daquelas características.

Ademais, o princípio da impessoalidade teria como condão não apenas assegurar o tratamento igualitário entre as partes, mas, também, operaria como óbice à adoção de comportamento administrativo motivado pelo partidarismo.

Enfim, a impessoalidade garantiria que a entidade estatal sempre realizasse os fins a que se destina como previsto no ordenamento legal.

Concordamos com tal posicionamento, o atuar da administração no processo administrativo previdenciário deve sempre visar ao interesse público previsto em lei. Por tal razão exige-se neutralidade do administrador, que não deve ter qualquer tipo de interesse pessoal em sua conduta.

Em respeito ao princípio em análise, a legislação previdenciária é clara ao prever o impedimento da autoridade julgadora ou conselheiro quando haja interesses destes na causa, como se observa nos dispositivos a seguir transcritos:

Portaria nº 520/2004, art. 5º: “ A autoridade julgadora estará impedida de participar do julgamento quando:

- I – tenha participado da constituição do crédito previdenciário;
- II – tenha interesse, direta ou indiretamente, no resultado do julgamento;
- III – demais casos previstos em lei” .

Portaria nº88/2004, art. 48: “O conselheiro estará impedido de participar do julgamento quando:

- I - tenha se antecipado sobre o mérito da questão debatida;
- II - participou do julgamento em 1ª instância;
- III - interveio como procurador da parte, como perito ou prestou depoimento como testemunha;

IV – tenha interesse, direta ou indiretamente, no julgamento do recurso em favor de uma das partes.

§ 1º O impedimento será declarado pelo próprio conselheiro ou suscitado por qualquer interessado, cabendo ao argüido pronunciar-se por escrito sobre a alegação que, se não for por ele reconhecida, será submetida à deliberação do Presidente do CRPS.

§ 2º. Se o impedimento for do presidente da Câmara de Julgamento ou da Junta de Recursos, assumirá a presidência dos trabalhos o seu substituto legal.

§ 3º No caso de impedimento do relator, o processo será redistribuído a outro conselheiro da mesma Câmara ou Junta”.

Da mesma forma, a Portaria nº88/2004 ainda impõe a perda do mandato ao conselheiro que deixar de atuar com impessoalidade:

“Art. 9º Perderá o mandato o conselheiro titular ou suplente que:

I – retiver, em seu poder, os autos do processo além dos prazos estabelecidos pelo Presidente do Conselho.

II – procrastinar, sem motivo justificado, o julgamento ou outros atos processuais ou praticar, no exercício da função, quaisquer atos de comprovado favorecimento;

III – deixar de comparecer, sem motivo justificado, a oito sessões consecutivas ou alternadas no prazo de um ano; e

IV – demonstrar insuficiência de desempenho ou praticar ilícito administrativo, sem prejuízo da apuração de eventuais responsabilidades.

V – assumir outro cargo, emprego ou função públicos, ou atividade na iniciativa privada incompatível com o exercício de suas atribuições.

Parágrafo único. A perda do mandato poderá ser declarada pelo Ministro de Estado da Previdência Social nas seguintes situações:

I - atendendo a solicitação, devidamente fundamentada, do Presidente do CRPS, após deliberação do Conselho Pleno; ou

II - quando ocorrer irregularidade funcional, devidamente apurada através de sindicância ou inquérito administrativo, passível de punição, sem prejuízo dos demais procedimentos legais” (grifos nossos).

Caso o ato seja praticado objetivando favorecimento próprio ou de qualquer uma das partes, haverá ofensa ao princípio da impessoalidade e, consequentemente, o ato administrativo expedido deve ser tido como nulo.

Ainda discorrendo sobre o conteúdo e alcance da impessoalidade, há doutrinadores como Odete Medauar²¹⁹, Maria Sylvia Zanella Di Pietro²²⁰ e Alexandre de Moraes²²¹, que atribuem dupla significação ao princípio em comento.

Para estes três autores, ao princípio da impessoalidade podem ser atribuídos dois sentidos, tanto em relação aos administrados, como à própria administração.

Em um primeiro enfoque, o princípio estaria relacionado com a própria finalidade pública que deve sempre pautar a atuação da administração pública. Assim, o administrador não deve atuar objetivando beneficiar ou prejudicar determinadas pessoas, nem atingir objetivos pessoais, pois seu comportamento deve sempre ser norteado pelo interesse público.

Por outro lado, aludido princípio significa que os atos administrativos devem ser imputados ao órgão ou entidade administrativa e não ao funcionário que os pratica, como se observa na lição a seguir transcrita:

“Esse princípio completa a idéia já estudada de que o administrador é um executor do ato, que serve de veículo de manifestação. Da vontade estatal e, portanto, as realizações administrativo-governamentais não são do agente político, mas sim da entidade pública em nome do qual atuou”²²².

²¹⁹ Op. cit, p.89/90.

²²⁰ Op. cit., p.71.

²²¹ Op. cit., p.292/293.

²²² Alexandre de Moraes. Op. cit. p. 293.

Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, este princípio estaria implicitamente previsto na Lei 9784/99, em seu parágrafo único, inciso III, nos dois sentidos elencados, pois a lei exige “objetividade no atendimento do interesse público, vedada a promoção pessoal de agentes ou autoridades”.

Finalmente, temos o pensamento de José dos Santos Carvalho Filho²²³. Assim como os três autores supra referidos, também atribui dois sentidos à impessoalidade.

O primeiro se confundiria com a própria isonomia, devendo a administração conceder tratamento igual aos administrados que se encontrem em situação jurídica igual.

Sob outro enfoque, a administração deve sempre voltar-se para o interesse público e não o privado, refletindo, desta forma, a aplicação do princípio da finalidade.

Por fim, cumpre ressaltar que o princípio da impessoalidade deve ser compreendido, assim como os demais princípios, como dever do Estado e direito do cidadão, dirigindo-se não apenas ao administrador público, mas também ao legislador.

4.6. PRINCÍPIO DA MORALIDADE

O princípio da moralidade administrativa encontra-se previsto na Carta Magna como um princípio fundamental a ser acatado pela Administração Pública.

Segundo tal princípio, a Administração e seus agentes deverão se portar de acordo com princípios éticos, com a boa-fé e com a lealdade

²²³ *In Manual de Direito Administrativo*, p.13/14.

processual, sob pena de estar-se praticando atos imorais e, portanto, inválidos²²⁴.

Na definição de Carmem Lúcia Rocha²²⁵:

“A moralidade administrativa é o princípio segundo o qual o Estado define o desempenho da função administrativa segundo uma ordem ética acordada com os valores sociais prevalentes e voltada à realização de seus fins (...)”.

O princípio da moralidade administrativa está diretamente correlacionado com o dever de probidade do administrador público. A Administração Pública está adstrita não apenas à lei, mas também à moralidade.

Há doutrinadores, inclusive, que afirmam que o princípio da probidade administrativa descende da moralidade administrativa, como por exemplo, Wallace Paiva Martins Júnior²²⁶, que assim se manifesta:

“A probidade administrativa estabelece-se internamente como dever funcional inserido na relação jurídica que liga o agente público à Administração Pública (sendo esta titular do direito) e, externamente, determina que nas relações jurídicas com terceiros também a Administração Pública por seus agentes observe o postulado. A norma constitucional criou aí um subprincípio ou uma regra derivada do princípio da moralidade administrativa: probidade administrativa, que assume paralelamente o contorno de um direito subjetivo público a uma Administração Pública proba e honesta, influenciado pela conversão instrumentalizada de outros princípios da Administração Pública (notadamente, impessoalidade, lealdade, imparcialidade, publicidade, razoabilidade) e pelo cumprimento do dever de boa administração.”

Enquanto dever da boa administração, é exigido que seu comportamento seja exemplar, não lesionando a moralidade administrativa. Seus agentes devem atuar com boa conduta, pautando-se

²²⁴ Importante ressaltar que a doutrina brasileira apresenta diversas concepções acerca da conceituação do que seria a moralidade administrativa. Alguns autores a identificam com a legalidade substancial, outros com a razoabilidade e o interesse público, havendo, ainda quem utilize como sinônimo de boa-fé. E, finalmente, aqueles que a empregam para clamar por justiça.

²²⁵ *Op. cit.* p. 192.

²²⁶ *In Probidade Administrativa.* pgs 101-103.

de modo moralmente adequado. Isto porque nem toda conduta legal é moral.

Exatamente em razão da boa fé que deve revestir-se a atuação da autarquia previdenciária, foi editado o Enunciado nº 18 do CRPS que assim determina:

“Não se indefere benefício sob fundamento de falta de recolhimento de contribuição previdenciária quando esta obrigação for devida pelo empregador”.

A relação jurídica previdenciária divide-se em relação jurídica prestacional e relação jurídica contributiva. Pela primeira, a administração fica, uma vez verificado o risco social, obrigada a conceder ao beneficiário um serviço ou benefício. Em relação à segunda, tanto o prestador de serviço pessoa física, como o tomador de serviço, pessoa jurídica, ficam compelidos a contribuir para o custeio do sistema de seguridade social.

No sistema brasileiro, inexistente proteção previdenciária sem que haja a respectiva contribuição. Nosso sistema é contributivo e obrigatório.

Aquele que exerce atividade remunerada, sem estar abrangido por outro sistema previdenciário, está automaticamente filiado ao regime da previdência social. Quando o empregador assina a admissão do empregado em sua carteira de Trabalho e Previdência Social está também o inscrevendo na Previdência.

A legislação previdenciária determina que a empresa realize o recolhimento da contribuição social de seus empregados, bem como faça o respectivo repasse aos cofres da Previdência. Trata-se de obrigação legal do empregador²²⁷.

²²⁷ De fato, conforme determina o art. 30, I, a, Lei 8212/91, a empresa é obrigada a arrecadar as contribuições dos segurados empregados e trabalhadores avulsos a seu serviço, descontando-as da respectiva remuneração.

Assim, caso o empregador deixe de recolher as contribuições devidas, não pode o empregado ser prejudicado, por uma obrigação que não lhe compete, cabendo, desta forma, ao Instituto conceder o benefício ao segurado que lhe for devido e cobrar as respectivas contribuições do empregador.

Ao assim proceder, estará o INSS respeitando o direito do segurado e prestigiando a boa fé que deve pautar a atuação da Administração pública. Fere a moralidade administrativa imaginar que o beneficiário seja punido por uma obrigação que ele não tem e, conseqüentemente, deixe de ser amparado pelo sistema para o qual ele sempre contribuiu.

Ao discorrer sobre o princípio em análise, Juarez Freitas²²⁸ assevera sua importância e a respectiva correlação com os valores que norteiam o ordenamento jurídico, assim se manifestando:

"De certo modo, tal princípio poderia ser identificado com o da justiça, ao determinar que se trate a outrem do mesmo modo que se apreciaria ser tratado. O "outro", aqui, é a sociedade inteira, motivo pelo qual o princípio da moralidade exige que, fundamentada e racionalmente, os atos, contratos e procedimentos administrativos venham a ser contemplados à luz da orientação decisiva e substancial, que prescreve o dever de a Administração Pública observar, com pronunciado rigor e a maior objetividade possível, os referenciais valorativos basilares vigentes, cumprindo, de maneira precípua até, proteger e vivificar, exemplarmente, a lealdade e a boa-fé para com a sociedade, bem como travar o combate contra toda e qualquer lesão moral provocada por ações públicas destituídas de probidade e honradez.

Como princípio autônomo e de valia tendente ao crescimento, colabora, ao mesmo tempo, para reforço dos demais e para a superação da dicotomia rígida entre Direito e Ética, rigidez tão enganosa quanto aquela que pretende separar Direito e Sociedade, notadamente à vista dos avanços teóricos na reconceituação do sistema jurídico na ciência contemporânea."

Assim como a ofensa ao princípio da impessoalidade, desrespeito à moralidade também impõe a perda do mandato do conselheiro titular ou suplente, consoante dispõe a Portaria nº88 de 22 de janeiro de 2004:

²²⁸ *Op. cit.*, p. 67-68.

Art. 9º Perderá o mandato o conselheiro titular ou suplente que:

I – retiver, em seu poder, os autos do processo além dos prazos estabelecidos pelo Presidente do Conselho.

II – procrastinar, sem motivo justificado, o julgamento ou outros atos processuais ou praticar, no exercício da função, quaisquer atos de comprovado favorecimento;

III – deixar de comparecer, sem motivo justificado, a oito sessões consecutivas ou alternadas no prazo de um ano; e

IV – demonstrar insuficiência de desempenho ou praticar ilícito administrativo, sem prejuízo da apuração de eventuais responsabilidades.

V – assumir outro cargo, emprego ou função públicos, ou atividade na iniciativa privada incompatível com o exercício de suas atribuições.

Parágrafo único. A perda do mandato poderá ser declarada pelo Ministro de Estado da Previdência Social nas seguintes situações:

I - atendendo a solicitação, devidamente fundamentada, do Presidente do CRPS, após deliberação do Conselho Pleno; ou

II - quando ocorrer irregularidade funcional, devidamente apurada através de sindicância ou inquérito administrativo, passível de punição, sem prejuízo dos demais procedimentos legais;

A procrastinação do julgamento do processo administrativo previdenciário sem que haja qualquer motivo representa desrespeito ao interessado e denota a falta de ética na conduta do agente administrativo.

Sob um enfoque subjetivo, o princípio da moralidade abrange não somente a atuação da Administração Pública, mas refere-se também à própria conduta dos particulares que se relacionam com ela. Cabe, assim, não apenas à Administração Pública pautar-se com moralidade no processo administrativo, devendo, também, as partes assim procederem.

Observa-se, ainda, que para que se configure a conduta imoral do agente não é necessário se perquirir sua intenção. Assim, a violação ao

princípio da moralidade tanto pode decorrer de uma atuação dolosa, quanto culposa.

Como bem elucida Egon Bockmann Moreira²²⁹:

“O Processo administrativo pode ser concebido como um dos instrumentos de controle da moralidade. Preventivo, porque a seqüência lógica e preordenada de atos impede condutas violadoras da ética; repressivo, como meio de apuração idônea de máculas no comportamento administrativo do estado”.

Finalmente, de acordo com a lição de Paulo Magalhães da Costa Coelho²³⁰, *“... que a moralidade administrativa não guarda necessária relação com a moral social de uma determinada época ou com princípios morais pessoais ou religiosos. O que deve ser ressaltado nesse aspecto é o dever de boa conduta administrativa”.*

Resta, portanto, evidenciado que ao agir o agente administrativo não pode desprezar o elemento ético de sua conduta, devendo sempre pautar o seu comportamento funcional de acordo com os valores e princípios da sociedade.

4.7. PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE OU TRANSPARÊNCIA

O princípio da publicidade pode ser considerado como da própria essência do Estado Democrático de Direito e da República. Assim, não basta a simples publicidade dos atos administrativos, é preciso assegurar ao povo a transparência e acesso a todas as informações referentes ao comportamento do Estado.

Como esclarece Brewer-Carias²³¹, *“uno de los grandes retos del Estado de derecho em cuanto a las relaciones entre la Administración y los administrados, es el de la sustitución del principio del secreto*

²²⁹ *In Processo Administrativo: Princípios Constitucionais e a Lei 9784/1999*, p106.

²³⁰ *Op. cit.* p.27.

²³¹ *Op. Cit.*, p.154.

administrativo contrario, el de la publicidad de las actuaciones administrativas”.

A publicidade é princípio de natureza republicana e democrática, que consagra a noção de que a Administração é responsável pela coisa pública. Sua atuação, assim, não se legitima por si mesma, estando condicionada à efetiva prestação de serviços úteis à comunidade, zelando pelos bens e interesses gerais de toda sociedade.

Na realização desse ofício cabe à administração pública dar conhecimento aos particulares sobre sua gerência e condução dos negócios públicos.

De acordo com José Afonso da Silva²³²:

"A publicidade sempre foi tida como um princípio administrativo, porque se entende que o Poder Público, por ser público, deve agir com a maior transparência possível, a fim de que os administrados tenham, a toda hora, conhecimento do que os administradores estão fazendo"

Em cumprimento ao princípio em comento as Portarias 88/2004 e 520/2004 estabelecem a forma como as intimações devem ser realizadas, bem como impõem penalidades em caso de não observância das formalidades legais prescritas, vejamos:

Art. 26, Portaria 88/2004: “A intimação será efetuada por ciência no processo, por via postal com aviso de recebimento, por telegrama ou por outro meio que assegure a certeza da ciência do interessado, sem sujeição a ordem de preferência.

§ 1º No caso de interessados indeterminados, desconhecidos ou com domicílio indefinido, ou quando frustrados os meios indicados no caput, a intimação será efetuada por meio de edital.

§ 2º Considera-se feita a intimação:

I – se pessoal, na data da ciência do intimado ou, se omitida, da declaração de quem fizer a intimação;

²³² *Op. cit.*, p.617.

II – se realizada por via postal ou similar, na data do recebimento ou, se omitida, quinze dias após a data da postagem ou da expedição;

III – se realizada por edital, quinze dias após sua publicação ou afixação.

§ 3º A intimação será nula quando realizada sem observância das prescrições legais, mas o comparecimento do interessado supre sua falta ou irregularidade”.

Art. 33, Portaria 520/2004: “A intimação dos atos processuais será efetuada por ciência no processo, via postal com aviso de recebimento, telegrama ou outro meio que assegure a certeza da ciência do interessado, sem sujeição a ordem de preferência.

§ 1º Quando frustrados os meios indicados no caput deste artigo, a intimação será efetuada por meio de edital e também no caso de interessados indeterminados, desconhecidos ou com domicílio indefinido.

§ 2º As intimações serão nulas quando feitas sem observância das prescrições legais, mas o comparecimento do administrado supre sua falta ou irregularidade.

§ 3º Considera-se feita a intimação:

I - na data da ciência do intimado ou da declaração de quem fizer a intimação, se pessoal;

II - nos demais casos do caput, na data do recebimento ou, se omitida a data, quinze dias após a data da postagem da intimação, se utilizada a via postal, ou da expedição se outro for o meio;

III - quinze dias após a publicação ou afixação do edital, se este for o meio utilizado.

a) o edital será publicado, uma única vez, em órgão de imprensa oficial ou afixado em dependência franqueada ao público do órgão encarregado da intimação;

b) a afixação e a retirada do edital deverá ser certificada nos autos pelo chefe do órgão encarregado da intimação.

§ 4º No caso de solidariedade, o prazo será contado a partir da ciência da intimação do último co-obrigado”.

É possível afirmar que publicidade possui duplo aspecto, um intrínseco e outro instrumental. Pelo primeiro, que decorre de seu próprio conteúdo, observa-se que os atos administrativos somente têm o condão de produzir efeitos a partir de sua publicação²³³.

Sob outro enfoque, tem-se o caráter instrumental do princípio da publicidade, pois através dele é que será possível a verificação da observância dos demais princípios, bem como o respeito aos direitos e garantias individuais.

Assim, por exemplo, a publicidade atua como corolário do princípio da moralidade pública. Torna-se condição de validade jurídica para a verificação de efeitos de toda a atividade administrativa.

Como afirma Wagner Balera²³⁴:

“O princípio em análise apresenta duas dimensões: individual e coletiva. A primeira se manifesta pelo direito, individual e indisponível, do interessado ter acesso a todo o processado e de receber, a seu tempo, a comunicação formal e escrita da decisão ao final proferida no procedimento.”

Analisando sob outro prisma, isto é, coletivo, é manifesto o interesse social no conhecimento da questão. O alcance coletivo do julgado, a afetar o patrimônio comum a todos os beneficiários, exige a mais ampla difusão, para fins de informação pública, do que resultou decidido.

Na seara previdenciária, a publicidade e seu respectivo alcance coletivo ganham especial relevância. Isto porque em razão do regime de repartição, bem como em virtude do princípio da solidariedade, que impõe a participação de todos para o custeio do sistema; não há como negar o

²³³ Nesse sentido dispõe, a IN 11/2006, art.488, § 1º: “§ 1º A intempestividade do recurso só poderá ser declarada se a ciência da decisão for feita pessoalmente aos beneficiários ou aos interessados, a seus representantes legais ou se ocorrer procedida de edital”.

²³⁴ *Op. cit.* p., 159.

interesse de todos os possíveis segurados e beneficiários no deslinde de determinada questão.

Como esclarece Wagner Balera²³⁵:

“Cada um daqueles que é titular de uma cota-parte no fundo comum (verdadeiro condomínio social, como sustentamos em trabalho anterior) é interessado direto nos assuntos que afetam o monte mutuado. Não se pode negar o direito de examinar os critérios legais, as provas, o modo de cálculo adotado para o deferimento de um pedido de benefício”.

Nesse sentido, merece críticas o art. 38 da Portaria n. 88/04, que dispõe:

“A parte ou o terceiro que comprovar legítimo interesse no processo, ou seu representante legal, terá facultada a vista dos autos na repartição ou o fornecimento de cópias de peças processuais, na secretaria da instância à qual o mesmo tenha sido distribuído, salvo se o processo estiver com o relator, exigindo-se, para tanto, a apresentação de petição subscrita pelo requerente, a qual deverá ser anexada aos autos.”

O dispositivo restringe o acesso ao processo administrativo previdenciário àqueles que comprovarem interesse nele, ignorando o interesse, ainda que indireto, dos demais beneficiários da seguridade social.

Segundo Wagner Balera²³⁶:

*“Pretende o regimento interno transformar o processo, que é ‘res publica’, em assunto de interesse privado, das partes (dela mesma e do beneficiário).
Ocorre que toda e qualquer pessoa que se qualifique como beneficiária da seguridade social, ainda que não tenha interesse naquele caso, pode se interessar pelo plano de proteção no seu todo considerado e, como membro integrante da comunidade assistida, tem direito constitucional a conhecer de tudo o que se passa no interior do sistema de proteção social ao qual se encontra ligada de modo permanente e do qual dependerá no futuro”.*

²³⁵ *Op. cit.* p., 161.

²³⁶ *Ibidem*, p.161.

Resta patente, por conseguinte, que o interesse no processo previdenciário não se limita apenas a parte, mas sim a todos que integram o sistema de seguridade social.

Por tal razão é possível dizer que a obrigatoriedade da oficialidade da divulgação decorre do princípio da publicidade. Assim, somente por intermédio de meios oficiais é que se opera a plena observância ao princípio. Pode-se, inclusive afirmar que a vigência e validade dos atos administrativos estão condicionadas a sua publicidade.

Desta forma, somente em situações extremamente especiais é possível a existência de sigilo, nos casos em que motivo de interesse público comprovado exija o resguardo de informações sobre a prática administrativa ou assuntos que digam respeito a casamento, filhos, separação dos cônjuges, conversão desta em divórcio, alimentos e guarda de menores, por aplicação analógica do art.155 do Código de Processo Civil..

Finalmente, ressalte-se que a publicidade deve ser compreendida em dois sentidos: o ato de tornar público o ato administrativo e a intimação da parte interessada.

O Decreto 3048, de 6 de maio de 1999, ao tratar sobre a divulgação dos atos e decisões da Previdência Social , impõe a necessidade de sua publicação, esclarecendo, ainda, quais meios de divulgação devem ser utilizados, assim dispendo:

Art. 318. A divulgação dos atos e decisões dos órgãos e autoridades da previdência social, sobre benefícios, tem como objetivo:

I - dar inequívoco conhecimento deles aos interessados, inclusive para efeito de recurso;

II - possibilitar seu conhecimento público; e

III - produzir efeitos legais quanto aos direitos e obrigações deles derivados.

Art. 319. O conhecimento da decisão do Instituto Nacional do Seguro Social deve ser dado ao beneficiário por intermédio do órgão local, mediante assinatura do mesmo no próprio processo.

Parágrafo único. Quando a parte se recusar a assinar ou quando a ciência pessoal é impraticável, a decisão, com informações precisas sobre o seu fundamento, deve ser comunicada por correspondência sob registro, com Aviso de Recebimento.

Art. 320. O conhecimento das decisões e demais atos dos órgãos do Ministério da Previdência e Assistência Social deve ser dado mediante publicação no Diário Oficial da União, boletim de serviço ou outro órgão de divulgação oficialmente reconhecido, ou na forma do art. 319.

O Princípio da publicidade configura, desta forma, o dever atribuído à Administração Pública de dar total transparência aos atos que praticar, pois, como regra geral, nenhum ato administrativo pode ser sigiloso²³⁷.

Buscando uma maior publicidade, o Ministério da Previdência Social divulga o andamento dos processos julgados pelas Juntas e Câmaras do Conselho de Recursos da Previdência Social na Internet²³⁸.

²³⁷ A própria Constituição Federal, em seu art. 37, § 3º, inciso II, aponta as exceções a tal princípio, como os atos e as atividades relacionados com a segurança da sociedade ou do Estado, ou quando o conteúdo da informação for resguardado pelo direito à intimidade.

²³⁸ Art. 42, Portaria 88/2004:” A publicação da pauta de julgamento das Câmaras de Julgamento no Diário Oficial da União - DOU antecederá em três dias úteis, pelo menos, à sessão em que o processo deva ser julgado.

§ 1º As pautas de julgamento das Juntas de Recursos serão afixadas em suas dependências, em local visível e de fácil acesso ao público, com antecedência mínima de três dias úteis.

§ 2º A síntese do resultado do julgamento dos recursos em processos fiscais será publicada no DOU até o 5º dia útil após a expedição do acórdão, devendo constar o número do processo, número da notificação fiscal, a matéria, o nome dos interessados, a data da sessão e o número do acórdão.

§ 3º As pautas de julgamento e o inteiro teor das decisões proferidas pelos órgãos julgadores serão disponibilizados na rede “internet”, nos prazos estabelecidos pelo Presidente do CRPS, acessando-se a página oficial do Ministério da Previdência Social ” (grifos nossos).

Objetiva, desta forma, facilitar o acesso dos usuários às informações, com mais agilidade e menos burocracia.

Ao assim proceder, a Previdência Social atende aos princípios constitucionais da publicidade, moralidade, legalidade e eficiência a que está submetida a Administração Pública, passando a divulgar no sítio institucional o resultado dos julgamentos do Conselho de Recursos da Previdência Social no exercício de suas funções de controle jurisdicional das decisões do Instituto Nacional de Seguro Social - INSS, em matéria de interesse dos segurados, beneficiários e contribuintes da seguridade social.

4.8. PRINCÍPIO DA FUNDAMENTAÇÃO

O princípio da fundamentação representa outro importante princípio de caráter geral, que deve pautar a atividade administrativa desenvolvida pelos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário²³⁹.

A doutrina pátria, no entanto, discute acerca da necessidade ou não de motivação de todo e qualquer ato administrativo, sendo possível, basicamente, apontarmos três posicionamentos.

Os partidários da primeira corrente entendem que somente os atos vinculados devem ser obrigatoriamente motivados. Nesse sentido, temos a posição de Cretella Júnior, segundo o qual ato administrativo discricionário é insuscetível de revisão pelo poder judiciário quanto aos motivos, não havendo o dever de motivar, mas, uma vez motivado, o ato submete-se à apreciação judicial.

²³⁹ No mesmo sentido é a manifestação de Brewer-Carias. *Op. Cit.*, p.105: “*la motivación, como requisito de forma de los actos administrativos, consiste en la necesaria expresión formal de los motivos de facto, tanto los que son de derecho y que configuran la base legal, como los motivos de hecho que provocan la actuación administrativa. La motivación, por tanto, es la expresión formal de la causa de los actos administrativos, es decir, de los fundamentos de hecho y de derecho de los mismos.*”

Em suma, segundo o autor, em se tratando de ato discricionário, a motivação é dispensável. No entanto, se o administrador motiva o ato, o motivo deve conformar-se à lei, porque, do contrário, a motivação ilegal, eivada de abuso, excesso ou desvio de poder, torna o ato discricionário suscetível de revisão judicial²⁴⁰.

Por outro lado, há aqueles que entendem que tanto os atos discricionários como os vinculados devem ser sempre motivados, sendo que os últimos, em alguns casos excepcionais, não deverão sê-lo. Tal é a posição de Celso Antonio Bandeira de Mello²⁴¹:

“A motivação deve ser prévia ou contemporânea à expedição do ato. Em algumas hipótese de atos vinculados, isto é, naqueles em que há aplicação quase automática da lei, por não existir campo para interferência de juízos subjetivos do administrador, a simples menção do fato e da regra de Direito aplicanda pode ser suficiente por estar implícita a motivação. Naqueloutros, todavia, em que existe discricionariedade administrativa ou em que a prática do ato vinculado depende de apurada apreciação e sopesamento dos fatos e das regras jurídicas em causa, é imprescindível motivação detalhada”.

Finalmente, há uma terceira posição que defende sempre a motivação dos atos administrativos, sejam eles discricionários ou vinculados²⁴². Nesse sentido, a doutrina de Maria Sylvia Zanella Di Pietro²⁴³:

“O princípio da motivação exige que a Administração Pública indique os fundamentos de fato e de direito de sua decisões. (...) A sua obrigatoriedade se justifica em qualquer tipo de ato, porque se trata de formalidade necessária para permitir o controle da legalidade dos atos administrativos”.

Entendemos que todos os atos administrativos, independentemente de sua natureza devem ser motivados, isto porque o Brasil é um Estado Democrático de Direito, caracterizando-se pela submissão à lei e à soberania popular.

²⁴⁰ José Cretella Júnior. *Controle jurisdicional do ato administrativo*, p. 156.

²⁴¹ *Op. cit.*, .102.

²⁴² Lucia Valle Figueiredo também é adepta desse posicionamento(Lucia Valle Figueiredo. *Op. cit.*, p.52).

²⁴³ *Op. cit.*, p.82.

O povo participa, assim, não só da formação da vontade estatal, como também atua no controle, direto ou indireto, dos atos administrativos. E, tal controle somente será viável se houver a fundamentação e publicidade dos atos administrativos.

Conforme lição de Celso Antônio, a motivação é a declaração das condições de fato e de direito e do nexo de causalidade entre essas condições e o conteúdo do ato.

Em consonância com a necessidade de fundamentação, a Portaria 88/2004, que aprova o Regimento Interno do CRPS, é clara ao impor a obrigatoriedade da motivação nas decisões tomadas pelo órgão julgador, assim dispondo:

Art. 53. As decisões tomadas pelos órgãos julgadores serão lavradas pelo relator, em forma de acórdão, do qual constarão relatório, a espécie e o número do feito, os nomes das partes e dos conselheiros que votaram, as conclusões e fundamentos da decisão, a data de julgamento, a ementa e os votos dos conselheiros que participaram do julgamento.

§ 1º - Os elementos probatórios deverão ser considerados nas decisões, cabendo o saneamento, quando for o caso, de possíveis discrepâncias entre as provas produzidas, laudos, atestados, exames complementares e pareceres, a fim de que a decisão seja revestida de plena convicção, com prevalência dos elementos probantes a critério do colegiado.

§ 2º - Em se tratando de matéria médica, conversão de atividade insalubre, e nos casos em que a situação exigir, deverá ser ouvida, preliminarmente, a assessoria técnico-médica, prestada por servidor especializado, lotado na instância julgadora, que na qualidade de perito do colegiado se pronunciará, de forma fundamentada e conclusiva, no âmbito de sua competência, devendo a decisão da instância julgadora observar o § 1º.

Diversas são as razões que justificam o dever de motivar os atos administrativos, podendo-se destacar as seguintes:

A administração Pública exerce poderes que lhe foram conferidos para tutelar direitos de terceiros. Assim, a utilização desses poderes implica a necessidade de um meio de controle, pelos interessados, da correta atuação da administração.

A necessidade de motivação decorre, ainda, do Estado de Direito, que impõe a sujeição da Administração Pública à legalidade. Ademais, sendo o Estado de direito fundamentado na cidadania e soberania popular, é intuitivo que os administrados tenham direito de saber a razão das decisões tomadas pelos administradores.

Por fim, tem-se o Princípio da Tripartição de Poderes, que tem por escopo o controle de um poder estatal por intermédio de outro, o que se torna viável em razão da motivação.

Conforme lição de José Osvaldo Gomes²⁴⁴, para que um ato possa ser tido como efetivamente motivado é preciso que ele apresente as seguintes características:

O primeiro aspecto a ser considerado é a própria clareza da fundamentação. A fundamentação deve ser clara, isto é, que de seus termos seja possível obter o processo lógico e jurídico que conduziu à decisão emanada.

A fundamentação deve ser suficiente, não exigindo que seja extensa, mas deve demonstrar o caminho percorrido pelo administrador para a elaboração do ato. Ademais, é necessária a exposição dos fundamentos fáticos e jurídicos, bem como a correlação entre eles e o nexo de causalidade entre os motivos e o conteúdo do ato.

Por fim, não podem ser utilizadas expressões que apresentem diretamente uma conclusão, como por exemplo, indefiro nos termos da lei.

Objetivando dar fiel cumprimento ao princípio em análise, determina a Portaria nº. 88/04:

²⁴⁴ José Osvaldo Gomes. *Fundamentação do acto administrativo*, p.121.

Art. 55. “As decisões do colegiado deverão ser expressas em linguagem simples, precisa e objetiva, evitando o uso de expressões vagas, de códigos, de siglas e de referência a instruções internas.”

O primeiro aspecto a ser considerado diz respeito à simplicidade. É preciso que a decisão seja facilmente entendida pelo destinatário, muitas vezes com pouca instrução e sem capacidade para compreender termos técnicos.

De nada adiantaria se a autarquia previdenciária fundamentasse sua decisão, mas da sua leitura não fosse possível ao interessado compreender os motivos que justificaram a referida decisão.

A precisão também se mostra essencial para a concretização da motivação. Ao proferir sua decisão, deve a autoridade administrativa analisar o risco social, fornecendo ou não a proteção social adequada.

Por fim, temos o requisito da objetividade como parte integrante da motivação. A decisão deve estar fundamentada no dispositivo previdenciário específico, conferindo ao necessitado a adequada proteção.

Segundo Wagner Balera²⁴⁵:

“Ao pleitear o benefício, o interessado relata a situação de fato em que se encontra; invoca a proteção social com base no Plano de Benefícios e pede que o INSS reconheça o direito a fim de conferir a prestação requerida.

Ao decidir, obra com objetividade – objetividade que é para ela mesma, juridicamente vinculante - a autoridade competente se e somente se, considerando os termos do pedido, constata a ocorrência do fato; aprecia a prova recolhida na instrução do procedimento e, apreciando o direito invocado, atua, concedendo (ou não) o benefício. Estará a Administração observado, como quer Couture, o requisito de congruência que exige a “coerência necessária que deve haver entre pedido e decidido”.

Assim, entendemos que o Instituto Nacional do Seguro Social, ao indeferir um pedido de requerimento de benefício, como por exemplo, uma aposentadoria por tempo de contribuição, é obrigado a efetivamente

²⁴⁵ *Op. cit.* p, 150-151.

fundamentar sua decisão. Não pode, simplesmente, indeferir o pedido ao argumento de que o segurado não cumpriu os requisitos legais ou não comprovou tempo de contribuição suficiente para a percepção do benefício pleiteado.

Deve, portanto, a autarquia previdenciária informar qual ou quais requisitos não foram cumpridos, bem como esclarecer por que o segurado não possui tempo de contribuição suficiente. Caso ele esteja solicitando o cômputo de tempo de contribuição em condições especiais, deve o instituto esclarecer se considerou a atividade desenvolvida em condições especiais e, em caso negativo, elucidar quais os motivos o fizeram a não aceitar a atividade como especial, sob pena do ato de indeferimento ser considerado nulo por falta de fundamentação.

Desta forma, resulta intuitivo que o ato imotivado deve ser considerado nulo. Assim, todo e qualquer ato administrativo, quando ausente de fundamentação, não poderá ser aceito. Neste aspecto, não apenas a Administração Pública estará adstrita a tal comando, como também o Poder Judiciário e o Legislativo, ao exercerem funções administrativas.

4.9. PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA

O Princípio da Eficiência foi introduzido na Carta Constitucional pela Emenda 19/98, embora já estivesse previsto no ordenamento jurídico pátrio²⁴⁶.

²⁴⁶ Alguns autores, porém, entendem que a eficiência não seria princípio administrativo constitucional, mas simples consequência de uma boa administração. Nesse sentido é o pensamento de Egon Bockmann Moreira e Maurício Antônio Ribeiro Lopes, o qual assim se manifesta: "Inicialmente cabe referir que a eficiência, ao contrário do que são capazes de supor os procederes do Poder Executivo Federal, jamais será princípio da Administração Pública, mas sempre terá sido - salvo se deixou de ser em recente gestão pública - finalidade da mesma Administração. Nada é eficiente por princípio, mas por consequência, e não será razoável imaginar que a Administração, simplesmente para atender a lei, será doravante eficiente, se persistir a miserável remuneração de grande contingente de seus membros, se as injunções políticas, o nepotismo desavergonhado e

A conceituação da eficiência, no entanto, possui várias acepções, apresentado, assim, conteúdo diversificado consoante o autor. João Carlos Simões Gonçalves Loureiro²⁴⁷, por exemplo, entende que eficiência pode ter duas conotações. *“Primeiro, identificar-se com o conceito de eficácia quando se focaliza a relação dos fins. Sob outro prisma, implica não a mera consecução dos fins, mas sua realização ótima, na qual necessariamente são apreciados os dois aspectos”*.

Alexandre de Moraes²⁴⁸, por seu turno, assim define eficiência:

"Assim, princípio da eficiência é o que impõe à administração pública direta e indireta e a seus agentes a persecução do bem comum, por meio do exercício de suas competências de forma imparcial, neutra, transparente, participativa, eficaz, sem burocracia e sempre em busca da qualidade, rimando pela adoção dos critérios legais e morais necessários para melhor utilização possível dos recursos públicos, de maneira a evitarem-se desperdícios e garantir-se maior rentabilidade social."

Outros doutrinadores, como Ubirajara Costodio Filho²⁴⁹, apresentam um conceito de eficiência amplo, o qual nos parece mais adequado, senão vejamos:

"Do exposto até aqui, indentifica-se no princípio constitucional da eficiência três idéias: prestabilidade, presteza e economicidade. Prestabilidade, pois o atendimento prestado pela Administração Pública deve ser útil ao cidadão. Presteza porque os agentes públicos devem atender o cidadão com rapidez. Economicidade porquanto a satisfação do cidadão deve ser alcançada do modo menos oneroso possível ao Erário público. Tais características dizem respeito quer aos procedimentos (presteza, economicidade), quer aos resultados (prestabilidade), centrados na relação Administração Pública/cidadão.

"Ocorre que há também outra espécie de situação a ser considerada quanto à Administração e que não engloba diretamente os cidadãos. Trata-se das relações funcionais internas mantidas entre os agentes administrativos, sob o regime hierárquico. Nesses

a entrega de funções do alto escalão a pessoas inescrupulosas ou de manifesta incompetência não tiver um paradeiro"(Lopes, Maurício Antônio Ribeiro. Comentários à Reforma Administrativa: de acordo com as Emendas Constitucionais 18, de 05.02.1998, e 19, de 04.06.1998. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1998, p. 108).

²⁴⁷ João Carlos Simões Gonçalves Loureiro *apud* GABARDO, Emerson. *Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa*, p.25.

²⁴⁸ *In Reforma Administrativa: Emenda Constitucional nº 19/98*, p. 30.

²⁴⁹ *In A Emenda Constitucional 19/98 e o Princípio da Eficiência na Administração Pública*. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, n. 27, p. 210-217, abr./jul. 1999, p. 214.

casos, é fundamental que os agentes que exerçam posições de chefia estabeleçam programas de qualidade de gestão, definição de metas e resultados, enfim, critérios objetivos para cobrar de seus subordinados eficiência nas relações funcionais internas dependerá a eficiência no relacionamento Administração Pública/cidadão.

Observando esses dois aspectos (interno e externo) da eficiência na Administração Pública, então, poder-se-ia enunciar o conteúdo jurídico do princípio da eficiência nos seguintes termos: a Administração Pública deve atender o cidadão na exata medida da necessidade deste com agilidade, mediante adequada organização interna e ótimo aproveitamento dos recursos disponíveis."

Assim, eficiência busca não apenas o sentido de qualidade, mas, também, o menor sacrifício possível dos administrados. Na realidade, dito princípio apresenta duplo aspecto.

Primeiramente, em relação ao modo de atuação do agente público, o qual deve atuar da melhor forma possível a fim de obter os melhores resultados, da forma mais rápida, útil e menos onerosa.

Sob outro enfoque, diz respeito ao modo de organizar, estruturar, disciplinar a Administração Pública para que também possa lograr os melhores resultados em sua conduta.

Na busca pela eficiência do processo previdenciário, podemos citar como exemplo o Enunciado nº 5 do CRPS, o qual faz remissão ao prejudgado nº1²⁵⁰ e assim dispõe:

"A Previdência Social deve conceder o melhor benefício a que o segurado fizer jus, cabendo ao servidor orientá-lo nesse sentido."

O enunciado demonstra claramente não apenas a função social e o intuito que deve sempre pautar a atuação da Previdência social, mas também pode ser considerado reflexo do princípio da eficiência e da legalidade.

²⁵⁰ PREJULGADO Nº 1 - PORTARIA Nº MTPS-3.286, de 27-09-73- Sobre o art. 1 do Regulamento Geral da Previdência Social (Decreto nº 60.501, de 14.03.67): "Constituindo-se em uma das finalidades primordiais da Previdência Social assegurar os meios indispensáveis de manutenção do segurado, nos casos legalmente previstos, deve resultar sempre que ele venha implementar as condições para adquirir o direito a um ou a outro benefício, na aplicação do dispositivo mais benéfico e na obrigatoriedade de o Instituto orientá-lo nesse sentido". Referência - Parecer da Consultoria Jurídica número 369/70 (Processo MTPS-166.331/67).

De fato, o princípio da eficiência tem por escopo que o resultado almejado pela administração seja qualificado pela perfeição e atualidade de seu objeto.

A própria finalidade da administração pública e, conseqüentemente, da Seguridade Social reflete este enunciado. Ela não busca prejudicar o segurado, mas, sim proteger seu interesse e dos demais membros. Desta forma, em havendo dois benefícios a que o segurado tenha direito, deve a administração concedê-lo o melhor.

Com efeito, em nosso sistema jurídico, a justiça é o fim da ordem social, sendo a seguridade (saúde, assistência e previdência social) um instrumento a serviço do ideal de justiça social.

O próprio conceito de seguridade social é muito vinculado à idéia de proteção social e correção de desigualdades oriundas do sistema capitalista. Através da seguridade o Estado busca concretizar o bem-estar e a justiça social. Da mesma sorte deve pautar-se a atuação do órgão da previdência social.

Assim, cabe à Administração Pública, não somente conceder um benefício ao segurado, mas, sim, conceder aquele que lhe for melhor, como na hipótese que o segurado preenche simultaneamente os requisitos para a percepção de uma aposentadoria ou auxílio acidente.

Deverá o Instituto analisar qual dos dois benefícios será mais vantajoso, orientá-lo e, posteriormente, conceder ao segurado o que for melhor.

A Portaria 88/2004 também apresenta dispositivo que merece elogios, por buscar a celeridade e, conseqüentemente, eficiência, no julgamento dos processos submetidos ao CRPS, assim determinando:

Art. 68. Quando a instância revisora anular atos processuais anteriores, poderá esta devolver os autos ao órgão prolator da decisão recorrida para novo exame e decisão sobre o mérito da causa ou,

atendendo ao princípio da economia processual, decidir, ela própria, sobre o mérito da lide.

No processo previdenciário, a eficiência se faz presente nos conceitos de celeridade, simplicidade, economia e efetividade. Assim, o julgamento pela própria instância revisora tem o condão de concluir o processo mais rapidamente.

No entanto, não obstante a edição de enunciados e de normas prestigiando a eficiência da atuação da administração, a realidade nos tem mostrado que a eficiência, entendida esta em todos os aspectos, está muito longe do trâmite do processo administrativo previdenciário.

De acordo com a legislação previdenciária, a administração estaria obrigada a julgar o processo administrativo no prazo de 45 dias, a contar da data do requerimento, consoante determina o Decreto n. 3.048/99:

“Art. 174. O primeiro pagamento da renda mensal do benefício será efetuado em até quarenta e cinco dias após a data da apresentação, pelo segurado, da documentação necessária à sua concessão.”

Logo, muito embora haja a lei fixado prazo para a duração dos processos previdenciários, tais prazos não são cumpridos nem de longe pela administração. Em diversas ocasiões o processo administrativo tem duração de mais de três anos.

Não bastasse a demora para uma decisão do INSS, muitas vezes a conduta da administração representa a verdadeira ineficiência do sistema, como, por exemplo, quando há a denegação de benefício ao argumento de que os documentos apresentados são insatisfatórios, sem que ao menos haja intimação do requerente para que apresente outros documentos ou provas.

A forma como a administração tem-se portado no processo administrativo previdenciário representa não apenas o descumprimento de um comando legal, mas também e, acima de tudo, ofensa ao Princípio da dignidade da pessoa humana.

Isto porque os benefícios previdenciários possuem natureza alimentar e, como tal, são responsáveis pela subsistência do segurado. Ao aguardar por um longo período a prestação que lhe é devida, o beneficiário não tem recursos capazes para garantir sua própria sobrevivência.

Assim, basta imaginar a situação de um segurado que espera por 1 ano a resposta do INSS acerca de um requerimento de uma aposentadoria por invalidez. Considerando que ele efetivamente esteja incapacitado, não há dúvidas que durante tal período não poderá trabalhar e, portanto, não terá a condição material mínima de, por exemplo, alimentar-se, o que representa uma violação á dignidade da pessoa humana.

Segundo lição de Maria Helena Diniz, pode-se apontar as seguintes características do princípio da eficiência:

- A virtude de produzir efeito pela ação;
- Seu caráter finalístico;
- Busca de um resultado almejado pela Administração;
- Que esse resultado seja qualificado pela perfeição e atualidade de seu objeto e
- Dever do administrador público - dever funcional

O Princípio da Eficiência encontra-se em perfeita consonância com a própria razão de ser do serviço público. Isto porque, conforme asseverado, a administração pública quando realiza sua função não o faz para si, mas em nome e prol da sociedade. Objetiva, desta forma, não os seus interesse, mas aqueles legalmente estabelecidos.

Uma administração pública eficiente representa o respeito à cidadania. A administração deve, pois, respeitar a delegação que lhe foi outorgada pela nação. Somente agindo de modo eficaz estará em obediência aos comandos legais, atuando adequadamente.

De fato, segundo as palavras de Paulo Magalhães Coelho²⁵¹:

“A administração tem o compromisso do bem atuar, da eficiência, mesmo porque não lida com interesses particulares, mas públicos e coletivos. Daí o porquê de se lhe exigir eficácia, produtividade, deferência à cidadania, respeito aos direitos dos administrados”.

A eficiência, assim, é de observância obrigatória pelos administradores, os quais devem pautar sua atuação pelo mínimo de satisfatoriedade na execução de atividades por eles desempenhadas. É certo que no processo administrativo este mínimo deve ser considerado como o respeito ao prazo de 45 dias para o recebimento do benefício a contar da data do requerimento administrativo.

²⁵¹ *Op. cit.*, p.33.

5. CONCLUSÃO

O Regime Político Brasileiro da Carta de 88 está baseado no Princípio Democrático, tendo a Constituição Federal, ao instituir o Estado Democrático de Direito, prestigiado a cidadania e a soberania popular.

A democracia revela um regime político em que o poder repousa na vontade do povo. Nesse sentido, é preciso que a função administrativa, ao ser exercida, seja sempre desenvolvida em prol da coletividade.

Efetivamente, as funções estatais são instrumentos operacionais aptos a instrumentalizarem o Estado, a fim de que este cumpra seu papel precípua, qual seja, promover o bem de todos.

No exercício de seu dever, a função administrativa concretiza sua atividade de diversos modos, dentre eles, temos o processo administrativo.

Embora no passado o termo processo administrativo tenha sido utilizado apenas para a seara judicial, contemporaneamente observamos a aquiescência de uma processualidade inerente a todas as funções estatais.

Note-se, porém, que o fato de se acolher a existência de uma processualidade em todos os poderes estatais, não significa afirmar que inexistam diferenciações entre os diversos processos.

Efetivamente, em que pese a aceitação da existência de pontos em comum em todos os processos, o processo administrativo é dotado de elementos próprios, em razão de suas próprias finalidades e peculiaridades, que o caracterizam como tal, distinguindo-o, assim, dos demais processos.

Analisando as funções estatais, pode-se afirmar que existe uma estreita correlação entre a função e o processo administrativo. Isto porque as funções devem ser realizadas em consonância com os limites

estabelecidos pela Constituição e pelas leis, sendo certo que o processo é um dos instrumentos de controle à disposição da sociedade para que se garanta a atuação da Administração dentro desses limites.

Acrescente-se, também, que não obstante os diversos debates acerca da utilização do termo processo ou procedimento, nosso ordenamento adota o termo processo, como se verifica no texto constitucional, especificamente no art. 5º, inciso LV.

Não apenas em razão da opção do constituinte pátrio, mas principalmente em virtude do processo administrativo, poder ser considerado um instrumento de proteção, participação e garantia dos direitos individuais, entendemos ser mais adequada a terminologia processo do que procedimento.

O processo também não deve ser confundido com ato complexo. Este último, embora seja plurissubjetivo, tem o caráter unitário, isto é, todas as manifestações transformam-se em um só ato.

Já o processo administrativo não implica fusão de manifestações de vontade para a emanção de um único ato. Na realidade, há vários atos com finalidades específicas, distintas, sem prejuízo de possuírem também uma finalidade comum à generalidade deles.

Não obstante as diversas conceituações acerca das normas jurídicas, podemos afirmar que o ponto comum em todas as concepções adotadas é a presença da impositividade como traço essencial das referidas normas.

Em relação às normas constitucionais, quanto à sua estrutura, podemos dizer que elas podem ser classificadas em princípios e regras.

O processo administrativo é regido por diversas normas de direito, em especial pelos princípios, os quais são normas jurídicas que atuam como diretrizes do sistema, representando os valores fundamentais da sociedade.

Princípio e valores não se confundem. Os valores servem de fundamento aos princípios. Da mesma forma, regras e princípios apresentam traços de distinção.

Diversos são os critérios utilizados pela doutrina, a fim de que se possa fazer dita diferenciação, destacando-se: grau de abstração e generalidade; grau de determinabilidade; caráter da fundamentabilidade; proximidade com a idéia de direito; natureza nomogenética dos princípios; modo de atuação dos princípios e das regras ou critério da funcionalidade e, finalmente, a gradualidade qualitativa.

Os princípios constitucionais possuem um caráter de preponderância sobre todo o sistema normativo, inclusive no que tange às demais regras constitucionais. Isto porque, embora tenham a mesma hierarquia formal que as demais normas, se sobrepõem em relação a estas no que tange ao seu aspecto substancial.

Eles atuam de forma positiva e negativa no sistema normativo. No primeiro aspecto, influenciam na criação, interpretação e execução do direito posto. Sob o enfoque negativo, excluem do sistema qualquer norma que contrarie os valores por eles representados.

No presente trabalho apresentamos a classificação referente aos princípios constitucionais norteadores do processo administrativo previdenciário: Isonomia, Legalidade, Devido Processo Legal e suas manifestações, Contraditório e Ampla Defesa, Impessoalidade, Moralidade, Publicidade, Fundamentação e Eficiência.

O Princípio da Isonomia, também denominado de Igualdade, é aquele que impõe tratamento igualitário a todos, vedando discriminações imotivadas.

Assim como o Princípio da Isonomia, o Princípio da Legalidade também é essencial no Estado de Direito. Constitui uma das garantias dos direitos individuais, impondo à administração a sua subordinação, em toda a sua atividade funcional, aos mandamentos legais.

Ainda refletindo sobre Regime Político adotado, temos o Princípio do Devido Processo Legal, esculpido na Constituição em seu art.5º, incisos LIV e LV, que dispõe que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal e assegura aos litigantes e acusados o contraditório a ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes.

Tal princípio deve ser entendido sob duplo enfoque, processual e substancial, determinando a adstrição da Administração Pública a ritos processuais previamente conhecidos e o respeito a limitações substanciais.

Como manifestações do Princípio do Devido Processo Legal, temos a ampla defesa e o contraditório.

Pelo primeiro, é vital o direito á plena ciência do processo, assegurando, em contrapartida o direito à prova em sua máxima. Por outro lado, também é imprescindível que haja a apreciação Plena ou Ampla competência decisória, impondo a apreciação e julgamento de qualquer questão relevante para a defesa.

O contraditório, por seu turno, pode ser sintetizado no direito de informação e direito de reação, acrescentando-se, ainda, a noção de igualdade, o que impõe a existência da isonomia das partes e não apenas igualdade de oportunidades.

Pelo princípio da Impessoalidade, o atuar da administração no processo administrativo previdenciário deve sempre visar ao interesse público previsto em lei. Por tal razão, exige-se neutralidade do administrador, que não deve ter qualquer tipo de interesse pessoal em sua conduta.

O Princípio da Moralidade Administrativa está diretamente relacionado com o dever de probidade do administrador público. Em razão de tal princípio, a Administração e seus agentes deverão sempre atuar de acordo com princípios éticos, com a boa-fé e lealdade processual, sob pena de seus atos serem tidos por inválidos.

O princípio da publicidade também pode ser considerado como da própria essência do Estado Democrático de Direito e da República. Representa o dever de tornar público o processo e a necessidade da devida intimação da parte interessada.

Quanto ao Princípio da Fundamentação, este consiste na obrigação da Administração motivar seus atos. A motivação deve ser entendida como a declaração das condições de fato e de direito e o respectivo nexos causal entre essas condições e o conteúdo do ato.

Por fim, temos o Princípio da Eficiência, que objetiva não apenas o sentido de qualidade, mas também o menor sacrifício possível dos administrados. No processo previdenciário, a eficiência se faz presente nos conceitos de celeridade, simplicidade, economia e efetividade.

Podemos, portanto, concluir que a observância dos princípios é fundamental para um bom funcionamento do processo administrativo previdenciário, instrumento de grande importância no Estado Democrático de Direito.

6. BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionais, 1993.

ALVIM, Maria Cristina de Souza. *O Princípio da Eficiência na Constituição Federal de 1988*, Dissertação de Mestrado apresentada à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo: 2002.

AMARAL, Diogo Freitas do. *Curso de Direito Administrativo*, Volume I. 1. Ed. Coimbra, Portugal: Livraria Almedina, 1986.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 3ªed., São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Breves Reflexões sobre a Jurisdição Administrativa: uma perspectiva de Direito Comparado*, Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

_____. *Princípios Constitucionais do Processo Administrativo Disciplinar*, São Paulo: Max Limonad, 1998.

BALERA, Wagner. *Processo Administrativo Previdenciário: Benefícios*, São Paulo: Ed. LTr, 1999.

BARCELLOS, Ana Paula. *Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2002.

BARROS, Wellington Pacheco. *Curso de Processo Administrativo*, Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*, 3ªed., São Paulo: Ed. Saraiva, 1999.

_____. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas normas - Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira*, 2ª edição, Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 1993.

_____. *Princípio da Legalidade*. *Boletim de Direito Administrativo*, Editora NDJ, São Paulo, Ano XIII, v. 01, p. 15-28, Janeiro de 1997.

- BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*, 3ªed., São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002.
- _____. e Martins, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*, V.1, São Paulo: Ed. Saraiva, 1988.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Garantia da amplitude da produção probatória in Cruz e Tucci, José Rogério (coord.). *Garantias Constitucionais do Processo Civil*. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1999.
- BERARDI, Luciana Andrea Accorsi . *Devido Processo Legal: Do processo devido à garantia constitucional*. Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/textos>. Acesso em 03 de dezembro de 2006.
- BERTONCINI, Mateus Eduardo Siqueira Nunes. *Princípios de Direito Administrativo Brasileiro*, São Paulo: Malheiros Editores, 2002.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, 13ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2003.
- _____. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 6ª. Ed. São Paulo: Editora Malheiros, 1996.
- BREWER-CARIAS, Allan R. *Princípios del Procedimiento Administrativo*, Madri: Editorial Civitas S.A., 1990.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*, Vol. I, 2ªed., Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Júris, 1999.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra: Livraria Almedina, 1998.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Júris, 1999.
- COELHO, Paulo Magalhães da Costa. *O Controle Jurisdicional - Constitucional da Administração Pública*, Dissertação de Mestrado apresentada à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo: 2001.
- COSTA, Nelson Nery. *Processo Administrativo e Suas Espécies*, 4ª ed., Rio de Janeiro: 2005.

- COSTODIO FILHO, Ubirajara. A Emenda Constitucional 19/98 e o Princípio da Eficiência na Administração Pública. In : *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo : Revista dos Tribunais, n. 27, p. 210-217, abr./jul. 1999.
- CRETELLA JÚNIOR, José. *Controle jurisdicional do ato administrativo*, 4ª ed., Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2001.
- CRETELLA Neto, José. *Fundamentos Principiológicos do Processo Civil*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2002.
- CRISFULLI, Vezio. *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*. Milano: Giuffrè, 1952, p. 15.
- CUNHA, Sérgio Sérvulo. *Princípios Constitucionais*, São Paulo: Ed. Saraiva, 2006.
- DIDIER JUNIOR, Fredie. *Direito Processual Civil*, 5ªed., Salvador: Ed. Jus Podivm, 2005.
- DINIZ, Maria Helena. *Norma Constitucional e Seus Efeitos*, São Paulo: Ed. Saraiva, 1989.
- DROMI, José Roberto. *Instituciones de Derecho Administrativo*, Editorial Astrea de Rodolfo Depalma y Hnos: Buenos Aires :1973
- ECO, Umberto. *Como se faz uma tese*, 19ªed., São Paulo: Ed. Perspectiva, 2004.
- ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de Princípios Jurídicos Constitucionais*, 2ª ed., São Paulo: Ed. RT, 2002.
- FERRAZ, Sérgio e Dallari, Adilson Abreu. *Processo Administrativo*, São Paulo: Malheiros Editores, 2001.
- FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*, 4ª ed., São Paulo: Ed. Atlas, 2003.
- FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Processo Administrativo Tributário e Previdenciário*, São Paulo: Max Limonad.
- _____. *Curso de Direito Administrativo*, 8ªed., São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

- _____. Procedimento Administrativo. *Revista da AASP (Associação dos Advogados de São Paulo)*, nº34, p.62-68, São Paulo: Julho de 1991.
- FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. São Paulo: Malheiros Editores, 1997.
- GABARDO, Emerson. *Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa*, São Paulo: Ed. Dialética, 2002.
- GOMES, José Osvaldo. *Fundamentação do Acto Administrativo*, 2ªed., Coimbra: 1981.
- GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*, 7ªed., Belo Horizonte: Ed. Dey Rey, 2003.
- GRAU, Eros Roberto. *A Interpretação Econômica da Constituição de 1988*, 3ªed., São Paulo: Malheiros Editores, 1997.
- _____. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, 3ªed., São Paulo: Malheiros Editores, 1997.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *O Processo Constitucional em Marcha*, São Paulo: Max, Limonad, 1985.
- _____. *Novas tendências do direito processual*, Rio de Janeiro: Ed. Forense Universitária, 1990.
- _____; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*, 12ªed., São Paulo: Malheiros Editores, 1995.
- GUSMÃO, Paulo Dourado. *Introdução ao Estudo do Direito*, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1982.
- HARGER, Marcelo. *Princípios Constitucionais do Processo Administrativo*, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2001.
- IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de Direito Previdenciário*, 6ª ed., Niterói, Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2005.
- JUNGSTEDF, Luiz Oliveira Castro. *Direito Administrativo: Legislação*, Rio de Janeiro: Thex Editora, 2002.

- JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo: Ed. Saraiva, 2005.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, 4ªed., São Paulo: Ed. Martins Fontes, 1995,
- LARENZ, Karl. *Derecho justo: fundamentos de etica juridica*. Trad. Luis Díez-Picazo. Madrid: Civitas, 1993.
- LEITE, George Salomão (coord.). *Dos Princípios Constitucionais: Considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*, São Paulo: Malheiros Editores, 2003.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil*, 2ªed., Vol. I, trad. Cândido Rangel Dinamarco, São Paulo: Ed. Saraiva, 1985.
- LIMA, George Marmelstein. *As funções dos princípios constitucionais*. Disponível em: <<http://www.neofito.com.br/artigos>>. Acesso em: 18 de novembro de 2006.
- LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de Direito Administrativo*, 5ªed., São Paulo: Ed. Ltr, 1982.
- LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. *Comentários à Reforma Administrativa: de acordo com as Emendas Constitucionais 18, de 05.02.1998, e 19, de 04.06.1998*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1998.
- MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Proibidade Administrativa*. São Paulo: Ed.Saraiva, 2001.
- MARTINS, Sergio Pinto. *Direito da seguridade social*, São Paulo: Ed. Atlas, 2004.
- MEDAUAR, Odete. *A Processualidade no Direito Administrativo*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1993.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, 23ªed., São Paulo: Malheiros Editores, 1998.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*, 16ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2003.
- _____. *Elementos de Direito Administrativo*, São Paulo: Ed. RT, 1980.
- _____. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*, 3ª ed., São Paulo: Ed. Saraiva, 2001.

- _____. *Princípio da Isonomia: Desequiparações Proibidas e Desequiparações Permitidas*, Revista Trimestral de Direito Público, 1/1993.
- MENDES, Gilmar Ferreira, *Controle de constitucionalidade*, São Paulo: Celso Bastos Editor 1990.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional. Constituição e Inconstitucionalidade*, 3ªed., tomo II, Coimbra: 1996.
- MODESTO, Paulo. *Função Administrativa*. *Revista Diálogo Jurídico*, v. I, nº. 4, julho, 2001. Salvador: CAJ - Centro de Atualização Jurídica, Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 26 de setembro de 2006.
- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*, 6ªed., São Paulo: Ed. Atlas, 1999.
- _____. *Reforma Administrativa: Emenda Constitucional nº. 19/98*. 3ª ed., São Paulo: Ed. Atlas, 1999.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. “A Ordem Econômica na Constituição de 1988”, v.42, *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*: 1990.
- MOREIRA, Egon Bockmann. *Processo Administrativo: Princípios Constitucionais e a Lei 9784/99*, 2ªed., São Paulo: Malheiros Editores, 2003.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. *A garantia do contraditório na atividade de instrução*, REPRO nº35, ano 9, jul - set, 1984.
- MUSSO, Enrico Spagna. *Diritto Costituzionale*. 4. ed. Padova: Cedan, 1992.
- NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*, 6ªed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000.
- PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito Administrativo*, 13ª ed., São Paulo: Ed. Atlas, 2001.
- PORTA, Marcos. *Processo Administrativo e o Devido Processo Legal*, São Paulo: Ed. Quartier Latin, 2003.
- REALE, Miguel. *Introdução à Filosofia*, 2ªed., São Paulo: Ed. Saraiva, 1989.

- ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Princípios Constitucionais da Administração Pública*, Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 1994.
- ROCHA, José de Albuquerque. *Teoria Geral do Processo*, 4ªed., São Paulo: Malheiros Editores, 1999.
- ROMANO, Santi. *Princípios de Direito Constitucional Geral*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1977.
- ROSAS, Roberto. *Direito Processual Constitucional*, 3ªed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999.
- SANTOS, Aricê Amaral. *Função Administrativa*, Revista de Direito Público nº89, 1989.
- SERAU JUNIOR, Marco Aurélio. *Curso de Processo Judicial Previdenciário*, 2ªed., São Paulo: Ed. Método, 2006.
- SILVA, Almiro do Couto e. Princípios da Legalidade da Administração Pública e da Segurança Jurídica no Estado de Direito Contemporâneo. *Revista de Direito Público*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 84, p. 46-63, 1987.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 11ªed., São Paulo: Malheiros Editores, 1996.
- _____. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 3. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 1999.
- SILVA, Rodney Claíde Bolsoni Elias da. *Princípios Constitucionais*, Dissertação de Mestrado apresentada à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo: 2005.
- SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*, 3ªed., São Paulo: Malheiros Editores, 1997.
- _____. *A Importância do Procedimento Administrativo*, Revista de Direito Público, nº84, pp 64-74, São Paulo: Ed. RT, 1990.
- TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*, 2ª ed., São Paulo: Ed. Saraiva, 2003.
- TEIXEIRA, J. H. Meirelles. *Curso de Direito Constitucional*, Rio de Janeiro: Ed.Forense Universitária, 1991.

XAVIER, Alberto. *Princípios do Processo Administrativo e Judicial Tributário*, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2005.

_____. *Do Procedimento Administrativo*, São Paulo: Ed. José Bushatsky, 1976.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Anotações sobre o devido processo legal*, REPRO nº 63, ano 16, jul - set/91.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho Ductil. Ley, Derechos y Justicia*. Madrid: Trotta, 1995

ZANCANER, Weida. *Da Convalidação e da Invalidação dos Atos Administrativos*, Coleção Temas de Direito Administrativo. 2ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 1993.

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)