



Ação administrativa tem de seguir devido processo legal

27/02/2007

Ações administrativas têm de seguir as regras do devido processo legal. Assim, o Tribunal de Contas da União não pode negar à parte investigada o direito de produzir provas. O entendimento é do ministro Celso de Mello.

O ministro deu liminar que suspende o trâmite de uma ação administrativa do TCU contra a Novadata Sistemas e Computadores e garantiu que a empresa faça prova pericial no processo. De acordo com Celso de Mello, ainda que o processo tramite na esfera administrativa, o direito de defesa tem de ser observado, “independentemente de haver, ou não, previsão normativa nos estatutos que regem a atuação dos órgãos do Estado”.

Celso de Mello sustentou que o Estado “não pode exercer a sua autoridade de maneira abusiva ou arbitrária, desconsiderando, no exercício de sua atividade, o postulado da plenitude de defesa, pois — cabe enfatizar — o reconhecimento da legitimidade ético-jurídica de qualquer medida imposta pelo Poder Público, de que resultem consequências gravosas no plano dos direitos e garantias individuais, exige a fiel observância do princípio do devido processo legal”.

O ministro ressaltou que Lei 9.784/99, **que rege** o processo administrativo **no âmbito** da Administração Pública Federal, **prevê a possibilidade** de o interessado requerer diligências e perícias na fase de instrução processual. “A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem reafirmado a essencialidade do princípio que consagra o *‘due process of law’*, nele reconhecendo uma insuprimível garantia, que, instituída em favor de qualquer pessoa ou entidade, rege e condiciona o exercício, pelo Poder Público, de sua atividade, ainda que em sede materialmente administrativa, sob pena de nulidade do próprio ato punitivo ou da medida restritiva de direitos.”

Leia o voto

MED. CAUT. EM MANDADO DE SEGURANÇA 26.358-0 DISTRITO FEDERAL

RELATOR: MIN. CELSO DE MELLO

IMPETRANTE(S): NOVADATA SISTEMAS E COMPUTADORES S/A

ADVOGADO(A/S): ANTÔNIO GLAUCIUS DE MORAIS E OUTRO(A/S)

IMPETRADO(A/S): RELATOR DA TC-018.016/2005-1 DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

EMENTA: TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. PROCEDIMENTO DE CARÁTER ADMINISTRATIVO. SITUAÇÃO DE CONFLITUOSIDADE EXISTENTE ENTRE OS INTERESSES DO ESTADO E OS DO PARTICULAR. **NECESSÁRIA OBSERVÂNCIA**, PELO PODER PÚBLICO, DA FÓRMULA CONSTITUCIONAL DO “*DUE PROCESS OF LAW*”. **PRERROGATIVAS QUE COMPÕEM** A GARANTIA CONSTITUCIONAL DO DEVIDO PROCESSO. **O DIREITO À PROVA** COMO UMA DAS PROJEÇÕES CONCRETIZADORAS DESSA GARANTIA CONSTITUCIONAL. MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA.

- A **jurisprudência** do Supremo Tribunal Federal **tem reafirmado** a essencialidade do princípio **que consagra** o “*due process of law*”, **nele reconhecendo** uma insuprimível **garantia**, que, instituída **em favor de qualquer** pessoa ou entidade, **rege e condiciona** o exercício, **pelo Poder Público**, de sua atividade, **ainda** que em sede materialmente administrativa, **sob pena de nulidade** do próprio ato punitivo **ou** da medida restritiva de direitos. Precedentes. Doutrina.

- **Assiste**, ao interessado, **mesmo** em procedimentos de índole administrativa, **como direta emanção** da própria garantia constitucional do “*due process of law*” (CF, art. 5º, LIV) - **independentemente**, portanto, de haver previsão normativa nos estatutos que regem a atuação dos órgãos do Estado -, **a prerrogativa indisponível** do contraditório **e** da plenitude de defesa, **com** os meios e recursos a ela inerentes (CF, art. 5º, LV), **inclusive o direito à prova**.

- Abrangência da cláusula constitucional do “*due process of law*”.

DECISÃO: Trata-se de mandado de segurança, com pedido de liminar, **impetrado** com o objetivo **de questionar a validade jurídica** de deliberação **emanada** do E. Tribunal de Contas da União (fls. 13/14), **que indeferiu requerimento**, formulado pela parte impetrante, **concernente** à “*realização de prova pericial técnica nos documentos apresentados no pedido de reequilíbrio*” (fls. 75).

Ao indeferir a pretensão ora mencionada, o eminente Relator do processo de Tomada de Contas Especial no âmbito do Tribunal de Contas da União **apoiou-se** nos seguintes fundamentos (fls. 13/14):

“**a) não há previsão**, nos normativos que regem a atuação desta Corte, **que ampare a pretensão de solicitar a este Tribunal que determine a realização de perícia em documentos no âmbito dos processos de controle externo tratados por este Tribunal**;

b) o art. 160, § 1º, do Regimento Interno/TCU, estabelece que, até o término da fase de instrução, é facultada às partes juntada de documentos novos, nos termos do art. 160, § 1º, do Regimento Interno. Portanto, cabe aos interessados, se entenderem pertinente, a produção de qualquer documento de caráter técnico no sentido de subsidiar suas defesas, dentro do prazo regimentalmente estabelecido.” (grifei)

Esta impetração mandamental **sustenta-se**, em síntese, **nas seguintes razões** (fls. 05/08):

“O Conflito existente no processo administrativo **instaurado** no âmbito do Tribunal de Contas da União **é de cunho estritamente financeiro**, ou seja, **houve ou não** o aumento de custos nos equipamentos adquiridos pelos Correios **que justificassem** o pagamento de reequilíbrio financeiro nos termos do art. 65 da Lei de Licitações.

A auditoria do Tribunal de Contas da União **não apresenta** dados concretos capazes de desconstituir o reequilíbrio financeiro concedido, **pois baseia-se** em informações que não se aplicam ao presente caso.

Diante deste impasse, a melhor opção é a produção de prova pericial a qual, com a devida imparcialidade, colacionará aos autos todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade, demonstrando o aumento do custo dos equipamentos gerados pela crise cambial de ocorrida no ano de 2002.

.....

O direito da impetrante em ter deferida e realizada a prova pericial **está previsto** no art. 38 da Lei nº 9.784/99 (...).

.....

É o que ocorre no presente caso, pois o processo de Tomadas de Contas da União **encontra-se** na fase instrutória, **não tendo** até a presente data ocorrido qualquer decisão, **permitindo**, dessa forma, **a realização de perícia** para a efetiva aclaração dos fatos. (...).

.....

O contraditório realizado com a produção de provas necessárias à solução do litígio **é um direito constitucional**, de forma que os Órgãos Jurisdicionais, **inclusive** o Tribunal de Contas da União, **deverão observá-lo**, sem, contudo, impor restrições abusivas, possibilitando, dessa forma, a obtenção da verdade real e consolidando materialmente as decisões administrativas ou judiciais.



.....

Desse modo, requer a ora impetrante o deferimento da realização da prova pericial em observância aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.” (grifei)

Passo a examinar a postulação cautelar ora deduzida **na presente** sede mandamental. E, ao fazê-lo, entendo, em juízo **de estrita** delibação, que se reveste de plausibilidade jurídica a pretensão que a ora impetrante formulou **nesta** sede processual.

Com efeito, não se pode desconhecer que o Estado, em tema de restrição à esfera jurídica **de qualquer** cidadão ou entidade, não pode exercer a sua autoridade de maneira abusiva ou arbitrária, desconsiderando, no exercício de sua atividade, **o postulado** da plenitude de defesa, **pois** – cabe enfatizar – o reconhecimento da legitimidade ético-jurídica **de qualquer** medida imposta pelo Poder Público, de que resultem conseqüências gravosas **no plano** dos direitos e garantias individuais, exige a fiel observância do princípio do devido processo legal (**CF**, art. 5º, LIV e LV), consoante adverte autorizado magistério doutrinário (MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, “Comentários à Constituição Brasileira de 1988”, vol. 1/68-69, 1990, Saraiva; PINTO FERREIRA, “Comentários à Constituição Brasileira”, vol. 1/176 e 180, 1989, Saraiva; JESSÉ TORRES PEREIRA JÚNIOR, “O Direito à Defesa na Constituição de 1988”, p. 71/73, item n. 17, 1991, Renovar; EDGARD SILVEIRA BUENO FILHO, “O Direito à Defesa na Constituição”, p. 47/49, 1994, Saraiva; CELSO RIBEIRO BASTOS, “Comentários à Constituição do Brasil”, vol. 2/268-269, 1989, Saraiva; MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, “Direito Administrativo”, p. 401/402, 5ª ed., 1995, Atlas; LÚCIA VALLE FIGUEIREDO, “Curso de Direito Administrativo”, p. 290 e 293/294, 2ª ed., 1995, Malheiros; HELY LOPES MEIRELLES, “Direito Administrativo Brasileiro”, p. 102/103, item n. 2.3.9, 32ª ed., **atualizada** por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho, 2006, Malheiros, **v.g.**).

A jurisprudência dos Tribunais, notadamente a do Supremo Tribunal Federal, tem reafirmado a essencialidade desse princípio, nele reconhecendo uma insuprimível garantia, que, instituída em favor de qualquer pessoa ou entidade, rege e condiciona o exercício, pelo Poder Público, de sua atividade, ainda que em sede materialmente administrativa, sob pena de nulidade da própria medida restritiva de direitos, revestida, ou não, de caráter disciplinar (**RDA 97/110 – RDA 114/142 – RDA 118/99 – RTJ 163/790**, Rel. Min. CARLOS VELLOSO – **AI 306.626/MT**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, “in” **Informativo/STF nº 253/2002 – RE 140.195/SC**, Rel. Min. ILMAR GALVÃO – **RE 191.480/SC**, Rel. Min. MARCO AURÉLIO – **RE 199.800/SP**, Rel. Min. CARLOS VELLOSO, **v.g.**):

“RESTRIÇÃO DE DIREITOS E GARANTIA DO ‘DUE PROCESS OF LAW’.

- **O Estado**, em tema de punições disciplinares **ou** de restrição a direitos, **qualquer** que seja o destinatário de tais medidas, **não pode** exercer a sua autoridade de maneira abusiva ou arbitrária, **desconsiderando**, no exercício de sua atividade, o postulado da plenitude de defesa, pois o **reconhecimento** da legitimidade ético-jurídica de **qualquer** medida estatal - **que importe** em punição disciplinar **ou** em limitação de direitos - **exige**, ainda que se cuide de procedimento **meramente** administrativo (CF, art. 5º, LV), a **fiel** observância do princípio do devido processo legal.

A **jurisprudência** do Supremo Tribunal Federal **tem reafirmado** a essencialidade desse princípio, **nele reconhecendo** uma insuprimível **garantia**, que, instituída **em favor de qualquer** pessoa ou entidade, **rege e condiciona** o exercício, **pelo Poder Público**, de sua atividade, **ainda** que em sede materialmente administrativa, **sob pena de nulidade** do próprio ato punitivo **ou** da medida restritiva de direitos. **Precedentes. Doutrina.**

(RTJ 183/371-372, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

Isso significa, pois, **que assiste**, ao interessado, **mesmo** em procedimentos de índole administrativa, **como direta emanção** da própria garantia constitucional do “*due process of law*” (**independentemente**, portanto, de haver, ou não, previsão normativa nos estatutos que regem a atuação dos órgãos do Estado), **a prerrogativa indisponível** do contraditório **e** da plenitude de defesa, **com** os meios e recursos a ela inerentes (**inclusive** o direito à prova), **consoante prescreve** a Constituição da República, em seu art. 5º, incisos LIV **e** LV.

Vale referir, neste ponto, **importante** decisão **emanada do Plenário** do Supremo Tribunal Federal **que bem exprime** essa concepção da garantia constitucional do “*due process of law*”:

“(...) **3. Direito de defesa** ampliado com a Constituição de 1988. **Âmbito de proteção** que contempla **todos** os processos, judiciais **ou** administrativos, **e não se resume** a um simples direito de manifestação no processo. **4. Direito constitucional comparado. Pretensão** à tutela jurídica **que envolve não só** o direito de manifestação e de informação, **mas também** o direito de ver seus argumentos contemplados pelo órgão julgador. **5. Os princípios** do contraditório **e** da ampla defesa, **assegurados** pela Constituição, **aplicam-se a todos os procedimentos administrativos**. **6. O exercício pleno** do contraditório não se limita à garantia de alegação oportuna e eficaz a respeito de fatos, mas implica a possibilidade de ser ouvido também em matéria jurídica. (...) **10. Mandado de Segurança deferido para determinar observância** do princípio do contraditório **e** da ampla defesa (CF, art. 5º, LV).”

(RTJ 191/922, Rel. p/ o acórdão Min. GILMAR MENDES - grifei)

Vê-se, portanto, **que o respeito efetivo** à garantia constitucional do “*due process of law*”, **ainda que se trate** de procedimento administrativo (**como o instaurado**, no caso ora em exame, **perante** o E. Tribunal de Contas da União), **condiciona**, de modo estrito, **o exercício** dos poderes de que se acha investida a Pública Administração, **sob pena** de descaracterizar-se, **com grave ofensa** aos postulados **que informam** a própria concepção do Estado democrático de Direito, **a legitimidade jurídica** dos atos e resoluções emanados do Estado, **especialmente** quando tais deliberações, **como parece suceder** na espécie, **possam comprometer** a esfera jurídica do particular.

Esse entendimento – que valoriza a perspectiva constitucional que deve orientar o exame do tema em causa – **tem o beneplácito** de autorizado magistério doutrinário, **tal como o expandido** pela eminente Professora ADA PELLEGRINI GRINOVER (“**O Processo em Evolução**”, p. 82/85, **itens** ns. 1.3, 1.4, 2.1 e 2.2, 1996, Forense Universitária):

“O coroamento do caminho evolutivo da interpretação da cláusula do ‘devido processo legal’ ocorreu, no Brasil, com a Constituição de 1988, pelo art. 5º, inc. LV, que reza:

‘Art. 5º, 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.’

Assim, as garantias do contraditório e da ampla defesa desdobram-se hoje em três planos: **a) no plano jurisdicional**, em que elas passam a ser expressamente reconhecidas, diretamente como tais, para o processo penal e para o não-penal; **b) no plano das acusações em geral**, em que a garantia explicitamente abrange as pessoas objeto de acusação; **c) no processo administrativo** sempre que haja litigantes. (...)

É esta a grande inovação da Constituição de 1988.

.....

Assim, a Constituição não mais limita o contraditório e a ampla defesa aos processos administrativos (punitivos) em que haja acusados, mas estende as garantias a todos os processos administrativos, não-punitivos e punitivos, ainda que neles não haja acusados, mas simplesmente litigantes.

Litigantes existem sempre que, num procedimento qualquer, surja um conflito de interesses. Não é preciso que o conflito seja qualificado pela pretensão resistida, pois neste caso surgirão a lide e o processo jurisdicional. **Basta que os partícipes do processo**

administrativo se antepõem face a face, numa posição contraposta. Litígio equivale a controvérsia, a contenda, e não a lide. Pode haver litigantes – e os há – sem acusação alguma, em qualquer lide.” (grifei)

Não foi por outra razão que a colenda **Segunda Turma** do Supremo Tribunal Federal – **ao examinar** a questão da aplicabilidade **e** da extensão, **aos processos de natureza administrativa**, da garantia do “*due process of law*” – **proferiu** decisão, que, **consubstanciada** em acórdão assim ementado, **reflete** a orientação que ora exponho **nesta** decisão:

“Ato administrativo – Repercussões – Presunção de legitimidade – Situação constituída – Interesses contrapostos – anulação – Contraditório. Tratando-se da anulação de ato administrativo cuja formalização haja repercutido no campo de interesses individuais, a anulação não prescinde da observância do contraditório, ou seja, da instauração de processo administrativo que enseje a audição daqueles que terão modificada situação já alcançada. (...)”

(RTJ 156/1042, Rel. Min. MARCO AURÉLIO – grifei)

O exame da garantia constitucional do “*due process of law*” permite nela identificar, em seu conteúdo material, alguns elementos essenciais à sua própria configuração, dentre os quais avultam, por sua inquestionável importância, as seguintes prerrogativas: (a) direito ao processo (garantia de acesso ao Poder Judiciário); (b) direito à citação **e** ao conhecimento prévio do teor da acusação; (c) direito a um julgamento público e célere, sem dilações indevidas; (d) direito ao contraditório **e** à plenitude de defesa (direito à autodefesa **e** à defesa técnica); (e) direito de não ser processado e julgado com base em leis “*ex post facto*”; (f) direito à igualdade entre as partes; (g) direito de não ser processado com fundamento em provas revestidas de ilicitude; (h) direito ao benefício da gratuidade; (i) direito à observância do princípio do juiz natural; (j) direito ao silêncio (privilegio contra a auto- -incriminação); e (l) direito à prova.

Vê-se, daí, **que o direito à prova** qualifica-se como prerrogativa jurídica **intimamente** vinculada ao direito do interessado à observância, **pelo Poder Público**, da fórmula **inerente** ao “*due process of law*”, **consoante adverte** expressivo magistério doutrinário (ADA PELLEGRINI GRINOVER, ANTONIO SCARANCE FERNANDES e ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO, “**As Nulidades do Processo Penal**”, p. 135/144, itens ns. 1/6, 9ª ed., 2006, RT; ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO, “**Direito à Prova no Processo Penal**”, 1997, RT; ROGÉRIO LAURIA TUCCI, “**Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro**”, p. 196/209, itens ns. 7.4 e 7.5, 2ª ed., 2004, RT; ROGÉRIO SCHIETTI MACHADO CRUZ, “**Garantias Processuais nos Recursos Criminais**”, p. 128/129, item n. 2, 2002, Atlas; ROMEU FELIPE BACELLAR FILHO, “**Processo Administrativo Disciplinar**”, p. 312/318, item n. 7.2.2.3, 2ª ed., 2003, Max Limonad; CÁRMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA, “**Princípios Constitucionais dos Servidores Públicos**”, p. 484, item n. 2.2.3.1, 1999, Saraiva; JORGE ULISSES JACOBY FERNANDES, “**Tomada de Contas Especial**”, p. 69/72, item n. 4.1.8, 2ª

ed., 1998, Brasília Jurídica; HELY LOPES MEIRELLES, “**Direito Administrativo Brasileiro**”, p. 688, item n. 3.3.3.5, 32ª ed., **atualizada** por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho, 2006, Malheiros, v.g.), **valendo referir**, a respeito dos postulados **que regem** o processo administrativo em geral, **a lição** de JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO (“**Manual de Direito Administrativo**”, p. 889, item n. 7.5, 12ª ed., 2005, Lumen Juris):

“(...) O princípio do contraditório está expresso no art. 5º, LV, da CF, que tem o seguinte teor:

.....

*O mandamento constitucional **abrange** processos judiciais e administrativos. É necessário, todavia, **que haja litígio**, ou seja, **interesses conflituosos** suscetíveis de apreciação e decisão. **Portanto**, a incidência da norma recai efetivamente **sobre** os processos administrativos litigiosos.*

***Costuma-se** fazer referência ao princípio do contraditório e da ampla defesa, como está mencionado na Constituição. Contudo, o contraditório é natural corolário da ampla defesa. Esta, sim, é que constitui o princípio fundamental e inarredável. Na verdade, dentro da ampla defesa já se inclui, em seu sentido, o direito ao contraditório, que é o direito de contestação, de redarguição a acusações, de impugnação de atos e atividades. **Mas outros aspectos cabem na ampla defesa e também são inderrogáveis, como é caso da produção de prova**, do acompanhamento dos atos processuais, da vista do processo, da interposição de recursos e, afinal, **de toda** a intervenção que a parte entender necessária **para provar** suas alegações. (...)” (grifei)*

*É por tal razão que a própria Lei nº 9.784/99, **que rege** o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, **prevê**, em seu art. 38, a possibilidade de o interessado, “na fase instrutória e antes da tomada de decisão (...), requerer diligências e perícias” (art. 38, “caput”), **sendo que** “Somente poderão ser recusadas, mediante decisão fundamentada, as provas propostas pelos interessados quando sejam ilícitas, impertinentes, desnecessárias ou protelatórias” (art. 38, § 2º).*

***Os aspectos** que venho de ressaltar **revelam-se suficientes ao reconhecimento**, em juízo de **estrita** delibação, de que a pretensão cautelar ora deduzida **nesta** sede processual **reveste-se** de inquestionável plausibilidade jurídica.*

***Registre-se**, finalmente, que a parte ora impetrante **justificou**, de maneira **inteiramente** adequada, as razões **que caracterizam a concreta ocorrência**, na espécie, da situação configuradora do “*periculum in mora*” (fls. 09).*

Sendo assim, em juízo **de estrita** delibação, **e sem prejuízo** de ulterior reexame da pretensão mandamental deduzida na presente sede processual, **defiro** o pedido de medida liminar, **em ordem a determinar**, até final julgamento **desta** ação de mandado de segurança, **a suspensão cautelar** do processo de Tomada de Contas Especial **instaurado** contra a ora impetrante (TC nº 018.016/2005-1), **ressalvada**, no entanto, à ilustre autoridade ora apontada como coatora, **a possibilidade de autorizar** a pretendida produção de prova pericial, **caso** assim o entenda conveniente.

Transmita-se, com urgência, **cópia** desta decisão ao eminente Senhor Ministro-Relator da TC-018.016/2005-1/TCU.

2. **Achando-se adequadamente instruída** a presente impetração, **ouça-se** a douta Procuradoria-Geral da República.

Publique-se.

Brasília, 27 de fevereiro de 2007.

Ministro CELSO DE MELLO

Relator

Fonte: https://conjur.jumps.com.br/2007-fev-27/acao_administrativa_seguinte_devido_processo_legal/