

**UNIVERSIDADE FUMEC**  
**FACULDADE DE CIÊNCIAS HUMANAS, SOCIAIS E DA SAÚDE – FCH**

**Thaís Campos Maria**

**CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS NO DIREITO ADMINISTRATIVO  
E A (IR)RACIONALIDADE DAS DECISÕES DO PROCESSO ADMINISTRATIVO  
DISCIPLINAR**

**Belo Horizonte/MG**

**2017**



**Thaís Campos Maria**

**Currículo Lattes:** [lattes.cnpq.br/7540955714807280](http://lattes.cnpq.br/7540955714807280)

**CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS NO DIREITO ADMINISTRATIVO  
E A (IR)RACIONALIDADE DAS DECISÕES DO PROCESSO ADMINISTRATIVO  
DISCIPLINAR**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado da Universidade FUMEC como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Instituições Sociais, Direito e Democracia.

Área de concentração: Instituições Sociais, Direito e Democracia

Linha de Pesquisa: Direito Público (Esfera pública, legitimidade e controle)

Orientador: Prof. Dr. Sérgio Henriques Zandona Freitas

**Belo Horizonte/MG**

**2017**

### Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

M332c Maria, Thaís Campos, 1989-  
Conceitos jurídicos indeterminados no direito administrativo e a (ir)racionalidade das decisões do processo administrativo disciplinar / Thaís Campos Maria. – Belo Horizonte, 2017.  
136 f. ; 29,7 cm

Orientador: Sérgio Henriques Zandona Freitas  
Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade FUMEC, Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde, Belo Horizonte, 2017.

1. Processo administrativo - Brasil. 2. Direito administrativo - Brasil. 3. Direito processual - Brasil. I. Título. II. Freitas, Sérgio Henriques Zandona. III. Universidade FUMEC, Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde.

CDU: 35



UNIVERSIDADE  
**FUMEC**

PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO EM INSTITUIÇÕES SOCIAIS, DIREITO E DEMOCRACIA

**NOTA FINAL DA DEFESA DE DISSERTAÇÃO DE**  
**MESTRADO**

**BANCA EXAMINADORA:**

**ASSINATURAS:**

*Prof. Dr. Sérgio Henriques Zandona Freitas* \_\_\_\_\_

*Prof. Dr. André Cordeiro Leal* \_\_\_\_\_

*Prof. Dr. Lucas Moraes Martins* \_\_\_\_\_

*Prof. Dr. Fabrício Veiga Costa* \_\_\_\_\_

**MESTRANDA: THAÍS CAMPOS MARIA**

**TÍTULO DA DISSERTAÇÃO:**

*“CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS NO DIREITO  
ADMINISTRATIVO E A (IR) RACIONALIDADE DAS DECISÕES DO  
PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR”*

**NOTA:** ( /100 ) *cem pontos* \_\_\_\_\_

**ASSINATURA ORIENTADOR:** \_\_\_\_\_

**DATA DA DEFESA: 12/07/2017**

REITORIA

Av. Afonso Pena, 3880 - Cruzeiro  
30130-009 - Belo Horizonte, MG  
Tel. 0800 0300 200  
www.fumec.br

CAMPUS

Rua Cobre, 200 - Cruzeiro  
30310-190 - Belo Horizonte, MG  
Tel. (31) 3228-3000  
www.fumec.br



Aos meus pais, José Lúcio Maria e Rosângela Gonçalves Campos.





## AGRADECIMENTOS

A Deus, que a meu ver situa-se além de toda a racionalidade aqui em estudo.

Aos meus pais, José Lúcio Maria e Rosângela Gonçalves Campos, pelo amor incondicional e por todos os esforços não poupados para a concretização dos meus sonhos.

Ao meu irmão Lucas pelo convívio constante e parceria de sempre.

Ao meu orientador, Prof. Dr. Sérgio Henriques Zandona Freitas, pela honrosa orientação. Agradeço por aceitar o desafio lançado e pela confiança depositada em mim. Pelos incentivos e apoios não poupados, durante este percurso, o que o torna exemplo a ser seguido. Serei eternamente grata pela humildade, presença e pelos ensinamentos compartilhados. Agradeço ainda por me fazer ultrapassar meus limites, contribuindo para meu crescimento não somente acadêmico, mas também pessoal e profissional.

Ao Prof. Dr. André Cordeiro Leal, com quem tive o privilégio do primeiro contato no mestrado ao iniciar a disciplina isolada de Processo Constitucional e Legitimidade do Direito, pela honra de compor a banca avaliadora e por lançar as primeiras instigações e angústias acadêmicas que me conduziram ao gosto e ao estudo da epistemologia popperiana, além da visão neoinstitucionalista do processo. Registro ainda minha gratidão pela atenção, dedicação e pelos questionamentos levantados que me direcionaram para a presente pesquisa.

Ao Prof. Dr. Fabricio Veiga Costa pela honra de compor a banca avaliadora; pelas aporias instigadoras levantadas em relação à Teoria Neoinstitucionalista do Processo, em valiosa palestra, ministrada na FUMEC e intitulada “O processo em questão: diálogo crítico a partir das teorias da relação jurídica, do processo constitucional e neoinstitucionalista do processo”, e também pelos esclarecimentos e contribuições à reflexão científica.

Ao Prof. Dr. Lucas Moraes Martins pela honra de compor a banca avaliadora; pela cordialidade demonstrada e pelas contribuições acadêmicas que oferece à FUMEC.

Aos demais professores do Mestrado pelos ensinamentos compartilhados.

Aos colegas do Mestrado, pelo companheirismo, em especial à Maria Fernanda de Souza Sales, Felipe de Almeida Campos, Letícia da Silva Almeida e Tamer Fakoury Filho pelas contribuições acadêmicas, parcerias desenvolvidas e pelo acolhimento.

À Ingrid Machado Roque pelos constantes auxílios prestados desde a graduação.

Aos meus amigos de Congonhas (amigos que a vida me concedeu e que o coração acolheu) pela paciência, pelo companheirismo e compreensão das ausências.

Aos meus familiares pela torcida.

Ao IFMG *Campus* Congonhas por contribuir para a concretização deste sonho e aos colegas de trabalho conquistados ao longo destes 9 anos de serviço.

Minha eterna gratidão a todos que, de alguma forma, contribuíram para este trabalho e torcem por minha caminhada e sucesso!

*“Daí a pergunta: por que, depois de uma intensa luta pela democracia e pelos direitos fundamentais, enfim, pela inclusão das conquistas civilizatórias nos textos legais-constitucionais, deve(ría)mos continuar a delegar ao juiz a apreciação discricionária nos casos de regras (textos legais) que contenham vagueza e ambiguidades e nas hipóteses dos assim denominados “hard cases”? Volta-se, sempre, ao lugar do começo: o problema da democracia e da (necessária) limitação do poder.”*

*Lênio Luiz Streck*



## RESUMO

A presente pesquisa surge do anseio pela construção interminável do modelo de Estado Democrático de Direito. Assim, como obstáculo à formação desse modelo democrático, percebe-se, no âmbito do Direito Administrativo e do Direito Processual, a adesão a concepções que não mais atendem ao contexto paradigmático atual. Parte-se ao estudo dos conceitos jurídicos indeterminados e da (ir)racionalidade das decisões do processo administrativo disciplinar como um (re)pensar das teorias administrativistas e processuais, mas, sobretudo, vislumbra-se a formação de uma decisão racional que atenda aos ideais constitucionais de democraticidade. A problemática teórica é, então, delimitada a partir do estudo das teorias do processo constantes na história do Direito e pela ausência da testificação de Popper na construção da racionalidade das decisões. A falta de compreensão do processo como uma instituição coconstitucionalizante e coconstitucionalizada, conforme propõe Rosemiro Pereira Leal, afeta diretamente o ideal democrático, que se pauta na tomada de decisões em atenção aos princípios constitucionais do contraditório, isonomia, ampla defesa e do devido processo legal. Questiona-se, então, como deve ser a construção da (ir)racionalidade de uma decisão do processo administrativo disciplinar em face do uso dos conceitos jurídicos indeterminados no Estado Democrático de Direito, capaz de desprender-se da figura da autoridade imposta pelas tradições obsoletas do processo. A proposta de uma visão neoinstitucionalista do processo e da epistemologia popperiana apresenta-se como a solução para as atuais aporias encontradas na tomada das decisões.

**Palavras-chave:** Conceitos jurídicos indeterminados. (Ir)racionalidade. Processo Administrativo Disciplinar. Estado Democrático de Direito. Teoria neoinstitucionalista.



## ABSTRACT

This research comes from the wish for the interminable construction of the model of the Democratic State of Law. Thus, as an obstacle to the formation of this democratic model, one can perceive, within the scope of Administrative Law and Procedural Law, conceptions that no longer serve the current paradigmatic context. It starts with the study of the indeterminate legal concepts and (ir) rationality of the decisions of the administrative disciplinary process as a (re) thinking of the administrative and procedural theories, but, above all, we envisage the formation of a rational decision that meets the ideals of democratization. The theoretical problematic is then delimited from the study of theories of the process in the history of Law and by the absence of Popper's testimony in the construction of rationality of decisions. The lack of understanding of the process as an institution, as proposed by Rosemiro Pereira Leal, directly affects the democratic ideal that is guided in the decision making in attention to the constitutional principles of the "*audi alteram partem*" (hear the other side), isonomy, ample defense and due process of law. It is questioned, then, how the construction of the rationality of a decision of the disciplinary administrative process should be made in the face of the use of the indeterminate juridical concepts in a Democratic State of Right, able to detach itself from the figure of the authority imposed by the obsolete traditions of the process. The proposal of a neoinstitutionalist view of the Popperian process and of the populist epistemology presents itself as the solution to the present aporias found in the decision-making process.

**Keywords:** Undetermined legal concepts. (Irrationality. Administrative Disciplinary Process. Democratic state. Neo-institutional theory.





## LISTA DE ABREVIATURAS

<b>AGU</b>	– Advocacia Geral da União
<b>AL</b>	– Alagoas
<b>AM</b>	– Amazonas
<b>Art.</b>	– Artigo
<b>CP</b>	– Código Penal
<b>CPC</b>	– Código de Processo Civil
<b>CR/88</b>	– Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
<b>DNER</b>	– Departamento Nacional de Estradas de Rodagem
<b>EC/69</b>	– Emenda Constitucional n. 69
<b>FUMEC</b>	– Fundação Mineira de Educação e Cultura
<b>GO</b>	– Goiás
<b>HC</b>	Habeas Corpus
<b>Min.</b>	Ministro
<b>MT</b>	Mato Grosso
<b>n.</b>	número(s)
<b>PAD</b>	Processo Administrativo Disciplinar
<b>PE</b>	Pernambuco
<b>PLS</b>	Projeto de Lei do Senado
<b>RR</b>	Roraima
<b>SP</b>	São Paulo
<b>STF</b>	Supremo Tribunal Federal
<b>TJMG</b>	Tribunal de Justiça de Minas Gerais
<b>TJSP</b>	Tribunal de Justiça de São Paulo
<b>UNA</b>	Centro Universitário UNA



## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>19</b>
<b>2 CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS.....</b>	<b>23</b>
<b>2.1 Conceitos jurídicos.....</b>	<b>23</b>
<b>2.2 Conceitos jurídicos indeterminados .....</b>	<b>25</b>
<b>2.2.1 Conceito .....</b>	<b>25</b>
<b>2.2.2 Indeterminação do conceito .....</b>	<b>27</b>
<b>2.3 Discricionariedade administrativa e princípio da legalidade no estudo         dos conceitos jurídicos indeterminados .....</b>	<b>29</b>
<b>2.3.1 Conceito de discricionariedade administrativa .....</b>	<b>29</b>
<b>2.3.2 Contornos básicos do princípio da legalidade e da discricionariedade                 administrativa .....</b>	<b>33</b>
<b>2.4 O uso de conceitos indeterminados nos preceitos definidores de normas         de conduta da Administração Pública e a discricionariedade administrativa.....</b>	<b>39</b>
<b>3 POR UMA TEORIA DEMOCRÁTICA DO PROCESSO.....</b>	<b>47</b>
<b>3.1 Breves apontamentos sobre a teoria democrática do processo.....</b>	<b>47</b>
<b>3.2 Teorias jurídicas do processo.....</b>	<b>50</b>
<b>3.2.1 Teoria do processo como contrato .....</b>	<b>50</b>
<b>3.2.2 Teoria do processo como quase contrato.....</b>	<b>51</b>
<b>3.2.3 Teoria do processo como relação jurídica.....</b>	<b>51</b>
<b>3.2.4 Teoria do processo como situação jurídica .....</b>	<b>53</b>
<b>3.2.5 Teoria do processo como instituição.....</b>	<b>54</b>
<b>3.2.6 Teoria do processo como procedimento em contraditório .....</b>	<b>54</b>
<b>3.2.7 Teoria constitucionalista do processo.....</b>	<b>56</b>
<b>3.2.8 Teoria neoinstitucionalista do processo .....</b>	<b>59</b>
<b>3.3 Princípios institutivos do processo a partir da teoria neoinstitucionalista         do processo .....</b>	<b>62</b>
<b>3.3.1 Princípio do contraditório .....</b>	<b>62</b>
<b>3.3.2 Princípio da isonomia .....</b>	<b>63</b>
<b>3.3.3 Princípio da ampla defesa .....</b>	<b>64</b>
<b>3.4 O Estado Democrático de Direito.....</b>	<b>64</b>
<b>3.5 A processualidade no âmbito do Direito Administrativo.....</b>	<b>68</b>

3.6 Por um (re)pensar das teorias administrativas para a consolidação de um Estado Democrático de Direito .....	73
<b>4 O PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR .....</b>	<b>76</b>
4.1 Sistematização do processo administrativo disciplinar .....	76
4.2 Apontamentos acerca do processo administrativo disciplinar .....	79
4.3 Etapas do processo administrativo disciplinar .....	84
4.3.1 <i>Instauração</i> .....	86
4.3.2 <i>Inquérito</i> .....	87
4.3.3 <i>Julgamento</i> .....	89
4.4 Apontamentos sobre a teoria processual neoinstitucionalista do processo como ciência para o julgamento das decisões do processo administrativo disciplinar.....	90
4.5 Estrutura das decisões administrativas.....	92
4.6 O princípio da fundamentação das decisões .....	93
4.7 O princípio da fundamentação no Código de Processo Civil de 2015 .....	95
<b>5 A VISÃO NEOINSTITUCIONALISTA DA (IR)RACIONALIDADE DA DECISIBILIDADE DAS DECISÕES DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR .....</b>	<b>102</b>
5.1 Aspectos acerca da racionalidade .....	102
5.2 Apontamentos acerca da epistemologia de Karl Popper .....	103
5.2.1 <i>O conhecimento em Popper</i> .....	105
5.2.2 <i>A tese dos três mundos</i> .....	107
5.2.3 <i>A racionalidade de uma decisão segundo a filosofia popperiana</i> .....	110
5.3 A aposta na teoria da falseabilidade para a construção da racionalidade das decisões do processo administrativo disciplinar diante da presença dos conceitos indeterminados nos preceitos formadores de condutas do Direito Administrativo.....	112
<b>6 CONCLUSÕES .....</b>	<b>122</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>126</b>

## 1 INTRODUÇÃO

É pelo anseio da construção interminável do modelo do Estado Democrático de Direito que se inicia o interesse pela presente pesquisa. A superação de teorias obsoletas, que em determinado período contribuíram para o desenvolvimento da ciência do Direito, representa um passo em direção à democraticidade, mas não é o suficiente ante o retrocesso que as teorias do processo e até mesmo administrativistas fazem ao Estado Liberal e ao Estado Social.

A Constituição de 1988, ao inaugurar o Estado Democrático de Direito, pautou-se por assegurar o exercício dos direitos fundamentais, a construção de uma sociedade igualitária, livre, participativa, em atenção aos direitos humanos e à promoção do bem de todos.

Além de constituir-se em direitos fundamentais e objetivos, a CR/88 representou um ganho no âmbito administrativo, sobretudo da processualidade administrativa. O texto constitucional institui garantias em seu artigo 5º, incisos LV e LIV, como o contraditório, ampla defesa, bem como o devido processo aos litigantes do processo judicial e também administrativo.

Não se nega a contribuição que a Constituição de 1988 e o Estado Democrático de Direito deram à democraticidade administrativa. Somado aos dizeres do texto constitucional, a evolução histórica do processo administrativo registra importantes elementos que auxiliaram na codificação da processualidade no âmbito administrativo. Destaca-se, a título exemplificativo, a Lei n. 9.784/99, que regula o processo administrativo na esfera federal, e a Lei n. 8.112/90, que representa o Estatuto dos Servidores Públicos Federais.

O Direito Administrativo é um ramo relativamente recente se comparado ao Direito Privado, por isso ainda exige aos juristas administrativistas contemporâneos um (re)pensar de determinadas concepções para a garantia eficaz da aproximação entre Administração Pública e administrado.

A Administração Pública, no exercício de suas funções e atribuições, vê-se norteadada pelo princípio da legalidade, corolário do Estado de Direito, e, assim, esbarra em limites a fim de se evitar eventuais abusos e arbitrariedades.

A lei, portanto limitadora do poder do Estado, constitui-se em elemento fundamental para o direcionamento do aplicador e julgador das normas administrativistas. Entretanto a presença dos denominados conceitos jurídicos indeterminados nas normas jurídicas, além de dificultar para o legislador a definição prévia de todas as condutas do ente administrador, proporciona discussões no âmbito da discricionariedade administrativa e da (ir)racionalidade das decisões administrativas, sobretudo, as do processo administrativo disciplinar.

A vagueza da linguagem legislativa abre espaço para a atividade discricionária do ente administrador e, conseqüentemente, para a construção de uma racionalidade baseada na oportunidade e conveniência, que se fundamentam no livre árbitro e na mera consciência.

Aporias quanto ao ideal de decisão do modelo do Estado Democrático de Direito surgem e, assim, indaga-se: como deve ser a construção da racionalidade nas decisões do processo administrativo disciplinar, que se fundamentará, em certos momentos, em preceitos normativos dotados de conceitos jurídicos indeterminados?

Busca-se defender uma teoria pós-modernista como o melhor caminho para a racionalidade das decisões do processo administrativo. O tema-problema proposto encontrará respaldo na teoria neoinstitucionalista do processo, de Rosemiro Pereira Leal, com foco na epistemologia de Karl Popper.

A leitura que se extrai do texto constitucional é que somente pela via democrática do processo, em respeito ao contraditório e ampla defesa, as decisões administrativas ganham legitimidade perante os administradores. Assim, a partir do levantamento e da revisão bibliográfica das obras de Rosemiro Pereira Leal *Teoria processual da decisão jurídica; Teoria geral do processo: primeiros estudos; A teoria neoinstitucionalista do processo: uma trajetória conjectural*, e das seguintes obras de André Cordeiro Leal: *O contraditório e a fundamentação das decisões: no direito processual democrático e Instrumentalidade do processo em crise*, desenvolveu-se a pesquisa.

No campo do Direito Administrativo, houve a coleta de dados de obras que remetem ao uso dos conceitos vagos e abertos e que versam sobre a discricionariedade administrativa, destacando-se para o embasamento teórico a obra de Gerson dos Santos Sicca intitulada “Discricionariedade administrativa: conceitos indeterminados e aplicações”.

Cumprir informar, conforme se observará, que, além da revisão bibliográfica de obras, teses e artigos inerentes ao tema-problema, foi necessária para a construção da pesquisa um breve estudo jurisprudencial de decisões do STF e STJ e de alguns Tribunais Superiores de modo a enriquecer o estudo.

Para adentrar especificamente a problemática proposta, no primeiro capítulo serão apresentadas as definições e divergências quanto aos conceitos jurídicos indeterminados, questões inerentes à discricionariedade administrativa e ao princípio da legalidade.

No segundo capítulo se fará a defesa de uma teoria geral do processo democrático. Ver-se-á que a processualidade administrativa é admitida até mesmo entre alguns autores administrativistas, como Andréia Barroso Gonçalves e Odete Medauar. Recorre-se, ainda, ao

processualista Sérgio Henriques Zandoná Freitas, que adere ao entendimento de uma teoria geral do processo democrático.

Nesse segundo capítulo, a existência de uma teoria geral do processo será demonstrada, comportando breves apontamentos quanto ao estudo das teorias do processo na história do Direito, destacando-se as seguintes: a teoria do processo como relação jurídica, de Oskar von Bülow; a teoria do processo como procedimento em contraditório, de Elio Fazzalari; a teoria constitucionalista do processo e, por fim, como marco teórico da presente pesquisa, a teoria neoinstitucionalista do processo, de Rosemiro Pereira Leal; todas elementares para a compressão da necessidade de uma visão instituinte e coinstituinte do processo comprometida com o modelo democrático.

Far-se-á, ainda, menção às concepções de Estado Liberal, Estado Social e Estado Democrático de Direito, salientando as características intrínsecas à composição destes modelos quanto ao âmbito administrativo.

No terceiro capítulo, em continuidade à processualidade administrada já registrada, se estudará o Processo Administrativo Disciplinar, em atenção a suas fases elementares, chamando atenção para a tomada das decisões desse processo e dos princípios necessários à composição do devido processo legal, entre eles ressaltando-se o contraditório, a ampla defesa, a isonomia e a presença ou não do advogado nos processos administrativos disciplinares. Paralelamente, se efetuará uma comparação entre os dispositivos legais constitucionais e a Súmula Vinculante n. 5 do STF.

Mais adiante, se discutirá o princípio da fundamentação das decisões judiciais previsto no artigo 93, inciso IX, da CR/88, e inserido no artigo 489, § 1º, do Código de Processo Civil de 2015, que estabelece critérios para a fundamentação já constitucionalmente elencada. Verificar-se-á a compreensão e importância desse princípio ante ao solipsismo do julgador, sua distinção quanto à mera motivação e sua correlação ao princípio do contraditório.

No quinto capítulo, se discutirá as questões relativas à (ir)racionalidade e ao decisionismo das decisões (judiciais ou administrativas). Buscar-se-á a concepção de racionalidade que mais se aproxime do modelo do Estado Democrático de Direito, para que norteie o administrador na tomada das decisões do processo administrativo disciplinar.

Nesse sentido, os estudos de Karl Popper, analisados nesse mesmo capítulo, colaborarão para o entendimento da racionalidade e para a composição de um alicerce para a construção da fundamentação das decisões.

De antemão, em Popper, a racionalidade não é vista como atributo inato ao homem. Para o autor, torna-se imperiosa para a formação da racionalidade uma linguagem crítica e descritiva

do que se decide, não sendo possível justificar uma decisão, mas sim fundamentá-la por meio da testificação.

Ainda nesse capítulo, a teoria falseabilista será apresentada ao leitor vislumbrando um desprendimento de uma concepção instrumentalista ou relacionista que atribui à figura da autoridade toda a carga decisória de uma decisão.

O solipsismo do julgador (judicial ou administrativo), que encontra embasamento em uma concepção instrumentalista do processo, será recorrentemente levado à crítica pela presente pesquisa. A busca, como se mencionou, pela construção de um modelo democrático, comporta questionamentos sobre a adoção de parâmetros que não atendem ao Estado Democrático de Direito.

O decidir conforme a própria consciência ou pela vontade, além implicar regresso aos modelos liberais e socialistas, serão postos em xeque pela pesquisa, que objetiva um pensamento que afaste a obsoleta tradição que aposta na autoridade para a garantia do direito legitimado.

Diante do exposto, requer-se um estudo das decisões do processo administrativo disciplinar que esbarram em normas jurídicas que comportam conceitos jurídicos indeterminados. Busca-se, portanto, uma análise concreta do problema quanto aos preceitos formadores de condutas e como eles interferem no decisionismo do ente administrador e na (ir)racionalidade das decisões administrativas.



## 2 CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS<sup>1</sup>

Inicialmente, far-se-á um estudo quanto aos conceitos jurídicos indeterminados, adentrando em suas definições e questões inerentes ao assunto, como a discricionariedade administrativa e o princípio da legalidade.

### 2.1 Conceitos jurídicos

Uma análise dos conceitos jurídicos envolvendo conceituação, natureza e características é ponto de partida, imprescindível, para a compreensão inicial do presente estudo. Abordar tal análise é se permitir adentrar posteriormente na questão da indeterminação e, assim, oportunizar o debate da problemática apresentada.

Segundo ensinamentos de Maria Dominguez Nigro Conceição, conceito e palavras formam uma união indissociável; sendo assim, tratar de um é se remeter ao outro (CONCEIÇÃO, 1999, p. 39).

Ressalta-se que a norma jurídica se difunde no ordenamento jurídico pelas palavras ou termos e que, portanto, o conceito abrange realidades manifestas por uma ou por um conjunto de palavras, conforme observa Marcus Vinícius Filgueiras Júnior:

Os termos são meras fontes formais do Direito e funcionam como ponto de partida para a construção do referido conteúdo – conceito, significação –, que forma justamente a norma jurídica. Portanto, os termos constituem um importante referencial para o intérprete construir os conceitos jurídicos. (FILGUEIRAS JÚNIOR, 2007, p. 40).

Nesse sentido, o autor entende que “as palavras (ou termos) da lei são meros rótulos ou etiquetas que o Poder Político utiliza para comunicar conteúdos que são verdadeiros conceitos jurídicos” (FILGUEIRAS JÚNIOR, 2007, p.40).

Quanto à natureza dos conceitos jurídicos, estes se dividem em naturais, formais e culturais. Entende-se por conceitos naturais aqueles objetos pertencentes ao mundo físico, como árvores e casas; por formais os objetos ideais ou mentais, vindos da inteligência do indivíduo, como essência; e por conceitos culturais aqueles que se ligam ao campo da cultura, ou seja, as transformações feitas pela ação humana. (CONCEIÇÃO, 1999, p. 41).

---

<sup>1</sup> Este capítulo foi desenvolvido em sua maior parte com base em artigo escrito pela autora, juntamente com Sérgio Henrique Zandona Freitas e Felipe de Almeida Campos, para o Seminário Nacional de Formação de Pesquisadores e Iniciação Científica da FEPODI (FREITAS; MARIA, CAMPOS, 2017).

A partir de seu uso reiterado nos textos jurídicos, os conceitos jurídicos relacionam-se ao contexto jurídico em que se encontram e que regulam, podendo sofrer alterações deste (CONCEIÇÃO, 1999, p. 40-41).

Em consonância com o exposto e caracterizando os conceitos jurídicos, Conceição ensina que estes possuem “fundamento nas normas de Direito, sendo parte dessas normas” (CONCEIÇÃO, 1999, p. 42). Além disso, afirma que não há como se afastar da realidade social e dos valores a ela inerentes; portanto, a dimensão axiológica também caracteriza o conceito jurídico (CONCEIÇÃO, 1999, p. 42).

Eros Roberto Grau, adentrando nos estudos dos conceitos indeterminados, preza inicialmente pela distinção entre conceito e termo, afirmando que o conceito corresponde a um termo, sendo este (o termo) uma expressão do conceito ou “signo linguístico do conceito” (GRAU, 2008, p. 195). E, assim, conclui que “os conceitos jurídicos são signos, ou seja, signos de significações atribuíveis – ou não atribuíveis – a coisas, estados ou situações” (GRAU, 2008, p. 196).

Como outra característica dos conceitos jurídicos tem-se a sistematização desses conceitos, que formam dentro do sistema jurídico uma organização estruturada composta por regras e princípios:

Do mesmo modo como um conceito jurídico adquire significação por meio da associação com os outros termos de um enunciado linguístico – relação semântica – assim também, todos os enunciados devem relacionar-se horizontal e verticalmente, além de se coordenarem, no plano semântico, formando um todo com significação jurídica. (CONCEIÇÃO, 1999, p. 43).

Ainda sobre os conceitos jurídicos frisam-se as palavras de Nilton Carvalho Lima de Medeiros:

Os conceitos jurídicos funcionam como signos, dos quais, através dos conhecimentos da ciência do Direito (obtidos juntamente com a realidade social), podemos retirar o sentido a ser transmitido pela norma jurídica. Cumpre destacar que os signos são vagos, tanto em sua identificação de possibilidades, como em sua extensão. Não existem limites precisos, nem regras preestabelecidas de sua aplicação. Caso contrário, a simples visualização de um signo mostraria toda a sua abrangência e suas possibilidades de aplicação. (MEDEIROS, 2012, p. 21).

Nesse sentido, a partir dos ensinamentos de Medeiros, que definem os conceitos jurídicos como signos vagos e apresentam imprecisão quanto a sua aplicação, parte-se para o estudo dos chamados conceitos jurídicos indeterminados.

## 2.2 Conceitos jurídicos indeterminados

Remeter-se a uma análise satisfatória dos conceitos jurídicos indeterminados requer uma abordagem, mesmo que sucinta, da definição, da indeterminação, além de um dimensionamento da localização e da estrutura desses conceitos dentro da norma jurídica.

### 2.2.1 Conceito

Inicialmente cumpre dizer que, entre diversos juristas, como Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Márcia Dominguez Nigro Conceição, Eros Roberto Grau e Luís Roberto Barroso, há discussões acirradas acerca das questões que envolvem os conceitos jurídicos indeterminados, apresentando controvérsias até mesmo quanto à nomenclatura da expressão.

Para Márcia Dominguez Nigro Conceição, “a não coesão entre autores manifesta-se a partir da própria denominação atribuída aos conceitos indeterminados” (CONCEIÇÃO, 1999, p. 46). Segundo ela, existe uma divisão entre os juristas quanto à escrita da expressão. Autores como J. J. Gomes Canotilho, Cármen Lúcia Antunes Rocha e Maria Sylvia Zanella Di Pietro utilizam a locução ‘conceito *legal* indeterminado’, enquanto que Eros Roberto Grau, Georg Jellinek e Karl Engisch adotam a expressão ‘conceito *jurídico* indeterminado’ (CONCEIÇÃO, 1999, p. 46).

Para o presente estudo, utilizar-se-á a denominação ‘conceito jurídico indeterminado’, embora seja possível encontrar divergência doutrinária, conforme será demonstrado. Entretanto a abrangência que o termo jurídico escolhido apresenta, remetendo a leis, regras e princípios, o torna mais apropriado para o uso em questão.

Para Luís Roberto Barroso, os conceitos jurídicos indeterminados são expressões de sentido fluido, utilizadas pelos legisladores em situações nas quais não se pode ou não se quer, por meio do enunciado normativo, detalhar suas hipóteses de aplicação ou exaurir o comando a ser dele extraído (BARROSO, 2013, p. 338). Tais conceitos se encontram na categoria ampla de cláusulas gerais, bem como os princípios (BARROSO, 2013, p. 339).

Frisa-se que, segundo Barroso, as cláusulas gerais possuem como característica essencial “o emprego de linguagem intencionalmente aberta e vaga, de modo a transferir para o intérprete o papel de completar o sentido da norma à vista dos elementos do caso concreto” (BARROSO, 2013, p. 339). Portanto, para o autor, cláusulas gerais seriam o gênero do qual os conceitos jurídicos indeterminados são espécie.

Imperioso para a compreensão da problemática desenvolvida é o entendimento de Vitor Germano Piscitelli Alvarenga Lanna sobre as cláusulas gerais:

As cláusulas gerais, em sua essência, reforçam os ideais antidemocráticos estabelecidos a partir da teoria do processo como relação jurídica em Bülow, na medida em que alçam o magistrado à condição de primazia com relação às partes, concedendo-lhe o poder de dizer o direito a ser aplicado na situação fática com base em argumentos metafísicos, dotados de alta carga de subjetividade. (LANNA, 2013, p. 92-93).

Pelos ensinamentos do mencionado autor, os conceitos indeterminados compreendem menor grau de generalidade em relação às cláusulas gerais; por isso, para a aplicação desses conceitos, “o juiz deverá verificar a presença em concreto das valorações constantes das expressões vagas” (LANNA, 2013, p. 40).

De acordo com Filgueiras Júnior, os conceitos indeterminados correspondem àqueles “cujos limites de sua extensão não podem ser traçados precisamente, a fim de permitir a identificação de quais objetos ou as realidades que abarcam ou deixam de abarcar, perante uma situação concreta” (FILGUEIRAS JÚNIOR, 2007, p. 99).

Gerson dos Santos Sicca, ao definir os conceitos indeterminados, afirma que estes não oferecem uma significação imediata e “exteriorizam uma característica típica da linguagem do direito: a impossibilidade de operar-se, invariavelmente, apenas com a relação significante/significado dentro da hermenêutica jurídica” (SICCA, 2011, p. 19).

Mais adiante o autor conclui que a indeterminação não se associa à falta de conteúdo ou carência de sentido e que a melhor resposta para o caso em concreto será realizada pela atividade da ponderação jurídica (SICCA, 2011, p. 248-249).

Para Sicca, a ponderação incide sobre a norma que, por possuir objetividade e racionalidade, “estará, via de regra, sujeita ao pleno controle jurisdicional, sem razões para a intensa limitação da sindicabilidade preconizada por setores da doutrina e, principalmente da jurisprudência” (SICCA, 2011, p.250).

Já para Odete Medauar, é possível expressar verbalmente o significado do conceito, logo ele não é indeterminado em si. Não obstante, o que se observa é a impossibilidade de se identificar *a priori* todas as situações que se encaixam na norma; somente a partir do momento em que uma situação se adequa à norma, abre-se espaço para que efeitos e consequências jurídicas ocorram. (MEDAUAR, 2001, p. 134).

Maria Sylvia Zanella Di Pietro define os conceitos jurídicos indeterminados como maneira utilizada para se referir a “vocábulos ou expressões que não têm um sentido preciso,

objetivo, determinado, mas que são encontrados com grande frequência nas regras jurídicas dos vários ramos do direito” (DI PIETRO, 2012, p. 90).

José dos Santos Carvalho Filho, ao tratar sobre o assunto, conceitua os conceitos jurídicos indeterminados como sendo:

[...] termos ou expressões contidos em normas jurídicas, que, por não terem exatidão em seu sentido, permitem que o intérprete ou aplicador possam atribuir significado, mutável em função da valoração que se proceda diante dos pressupostos da norma. É o que sucede com expressões do tipo “ordem pública”, “bons costumes”, “interesse público”, “segurança nacional” e outras do gênero. (CARVALHO FILHO, 2011, p. 50).

Nesse sentido, entende-se por conceitos indeterminados o uso de expressões vagas e de sentido aberto nos preceitos jurídicos formadores de conduta, que, por apresentarem abstração no conteúdo, acabam tornando a linguagem da norma imprecisa.

### **2.2.2 Indeterminação do conceito**

A definição e localização da indeterminação na norma jurídica geram, também, controvérsia entre os juristas, como, por exemplo, Marcus Vinícius Filgueiras Júnior e Leonardo de Araújo Ferraz.

Indeterminação remete a vagueza, imprecisão, incompletude, ao uso de palavras gerais e de expressões valorativas, além de ambiguidade<sup>2</sup>.

Juridicamente, a indeterminação é definida “como a impossibilidade de identificar, por meio do procedimento interpretativo técnico-jurídico, a correta e única solução para a aplicação de uma norma ou parte dela a um determinado caso” (FILGUEIRAS JÚNIOR, 2007, p. 101). Portanto, a indeterminação jurídica corresponde à aplicação da norma jurídica ao caso concreto, e não somente à mera utilização de uma palavra ou expressão em sentido abstrato (FILGUEIRAS JÚNIOR, 2007, p. 101).

Ao discorrer sobre o assunto, Irene Patrícia Nohara adverte que “a indeterminação do conceito se localiza entre a zona de certeza negativa e a zona de certeza positiva” (NOHARA, 2010, s/p).

Corroborando o entendimento de Nohara, Conceição afirma que os conceitos indeterminados encontram-se na “zona de penumbra, intermediária entre a região de certeza

---

<sup>2</sup> Definição construída a partir dos ensinamentos de Marcus Vinícius Filgueiras Júnior (2007), que aponta em sua obra *Conceitos Jurídicos Indeterminados e Discricionariedade Administrativa* as causas da indeterminação no Direito.

positiva – aquela na qual um conceito se inclui, sem que reste qualquer incerteza – e de certeza negativa – casos excludentes do uso do conceito” (CONCEIÇÃO, 1999, p. 46).

Neste viés, cumpre uma explicação acerca das expressões utilizadas por ambas as autoras. Há existência de um núcleo fixo ou zona de certeza positiva, que corresponde aos objetos ou “estados de coisas” livres de quaisquer incertezas; sendo a zona de penumbra uma região intermediária na qual não se poderia identificar de forma transparente a dimensão da linguagem; e a zona de certeza negativa representa a eliminação de tudo o que for duvidoso na estrutura do conceito (FERRAZ, 2013, p. 93).

Imperioso salientar o entendimento de Celso Antônio Bandeira de Mello quanto à localização da indeterminação:

Anote-se, de passagem, que a imprecisão, fluidez, indeterminação, a que se tem aludido residem **no próprio conceito e não na palavra que rotula**. Há quem haja, surpreendentemente, afirmado que a imprecisão é da palavra e não do conceito, pretendendo que este é sempre certo, determinado. Pelo contrário, as palavras que os recobrem designam **com absoluta precisão** algo que é, em si mesmo, um objeto mentado cujos confins são imprecisos.

Se a palavra fosse imprecisa – e não o conceito – bastaria substituí-la por outra ou cunhar uma nova para que desaparecesse a fluidez do que se quis comunicar (BANDEIRA DE MELLO, 2010, grifos do original, p. 20-21).

Nessa linha de raciocínio encontra-se Filgueiras Júnior, que, ao escrever sobre a questão, assevera que “a indeterminação é verificada a partir do conceito jurídico, e não a partir do termo normativo” (FILGUEIRAS JÚNIOR, 2007, p. 106).

Segundo o referido autor, o conceito jurídico se refere a um conjunto de ideias que se encontram entre a palavra (termo) e o objeto em discussão; assim, a indeterminação surge da comparação entre os conceitos originados da leitura dos termos (veículos comunicativos que recobrem um conteúdo) normativos com a realidade (FILGUEIRAS JÚNIOR, 2007, p. 107).

Contrapondo tal entendimento, Grau afirma que a indeterminação “não é dos conceitos jurídicos (ideias universais), mas de suas expressões (termos)” (GRAU, 2008, p. 196). Para o autor, não existem conceitos indeterminados; é necessária a presença de ideias determinadas a fim de se denominar um conceito. É o que se extrai da seguinte passagem do autor em sua obra: “se é indeterminado o conceito, não é conceito. O mínimo que se exige de uma suma de ideias, abstrata, para que seja um conceito, é que seja determinada” (GRAU, 2008, p. 196).

Por fim, Grau explica que o que comumente a doutrina chama de conceitos indeterminados refere-se à noção e, portanto, segundo ele, não há indeterminação normativa:

O que, sobretudo a nossa doutrina insiste em chamar de “conceito indeterminado”, em uma constante repetição de um bolero de Ravel insosso e sem nenhuma

atualização bibliográfica, é noção, vale dizer, ideia temporal e histórica, homogênea ao desenvolvimento das coisas; logo, passível de interpretação. (GRAU, 2008, p. 202).

Já Leonardo de Araújo Ferraz defende que “a indeterminação se apresenta na parte objetiva, ou seja, nem no termo, nem no conceito, mas, sim no ‘estado de coisas’ que se quer designar” (FERRAZ, 2013, p. 92).

Para Dinorá Adelaide Musetti Grotti, “em matéria administrativa, a presença de conceitos indeterminados na estrutura da norma jurídica pode situar-se na hipótese, no mandamento ou na finalidade” (GROTTI, 1998/1999, p. 113), possuindo a discricionariedade total correlação com o referido.

Diante disso, observa-se melhor coerência e explicação entre os autores, como Bandeira de Mello e Filgueiras Júnior, que situam a indeterminação no conceito e não no termo, já que o conceito jurídico representa o plano das normas e, assim, um plano abstrato no qual a fluidez e a imprecisão são mais perceptíveis, podendo estar presente na hipótese, mandamento ou finalidade da norma. Essa indeterminação no conceito requer do julgador maior atenção já que a ele cabe a aplicação da norma no caso concreto, questão que interessa ao presente estudo.

Mister é o estudo do assunto perante o mundo jurídico devido a controvérsias já existentes e que podem surgir, promovendo debates na seara administrativista. Nesse sentido, correlacionadas ao uso dos conceitos jurídicos indeterminados nos preceitos legais de condutas administrativas encontram-se as questões inerentes ao instituto da discricionariedade administrativa e ao princípio da legalidade, conforme se poderá observar a partir dos próximos tópicos.

### **2.3 Discricionariedade administrativa e princípio da legalidade no estudo dos conceitos jurídicos indeterminados**

Realiza-se, neste tópico, o estudo da discricionariedade administrativa, definindo seus conceitos e acepções, além de sua ligação ao princípio da legalidade e, assim, com o tema-problema dos conceitos jurídicos indeterminados.

#### ***2.3.1 Conceito de discricionariedade administrativa***

Adentrando efetivamente na conceituação e, conseqüentemente, na justificação do termo discricionariedade, nota-se que no âmbito do Direito Privado ou das relações que envolvem os particulares destaca-se o ato jurídico, entendido como ato de vontade e que gera

efeitos no mundo jurídico, podendo adquirir, transferir, resguardar, modificar ou extinguir direitos. Assim, na seara administrativa, são consideradas espécies do ato jurídico os denominados atos administrativos, norte do estudo do Direito Administrativo.

Frisam-se semelhanças entres ambos os atos. Na concepção de Fabricio Motta e Francisco Taveira Neto, “enquanto atos jurídicos, os atos administrativos implicam manifestação de vontade que propicie a aquisição, resguardo, transferência, modificação ou extinção de direitos” (MOTTA; TAVEIRA NETO, 2011, p. 37), consoante efeitos gerados pelo ato jurídico do direito civil.

Odete Medauar assevera que os atos administrativos consistem num “modo de expressão das decisões tomadas por órgãos e autoridades da Administração Pública, que produz efeitos jurídicos, em especial no sentido de recolher, modificar, extinguir direitos ou impor restrições e obrigações com observância na legalidade” (MEDAUAR, 2001, p. 159).

Nesse viés, no entendimento de José dos Santos Carvalho Filho, para a identificação de tal ato, é imprescindível que a vontade emane da Administração Pública, que seu conteúdo propicie a produção de efeitos jurídicos com a finalidade pública e que estes sejam regidos basicamente pelo direito público (CARVALHO FILHO, 2011, p. 92). Assim, destaca-se a finalidade pública como característica marcante do ato administrativo, sendo o interesse público primordial para a execução desse ato.

Ainda com relação aos atos administrativos, menciona-se que estes são classificados em atos vinculados e atos discricionários. Sucintamente, os atos vinculados compreendem os atos que, como o próprio nome designa, vinculam-se à lei, que não deixa dúvidas, determinando a forma como a Administração Pública deve agir em certas situações.

Di Pietro, consoante essa classificação, define a função administrativa vinculada como, quando estabelecido pela lei, uma única solução é possível para a atuação da Administração Pública diante do caso concreto. Nessa situação, a norma jurídica fixa todos os requisitos para a apreciação do caso, afastando-se da análise qualquer subjetividade do agente e discricionariedade. (DI PIETRO, 2012, p. 62).

A vinculação, portanto, é aferível quando a lei, ao disciplinar as situações a ela aplicáveis, estabelece em termos estrita ou incontestavelmente objetivos qual o comportamento único que o agente deve tomar perante tais situações. (BANDEIRA DE MELLO, 2010, p. 16).

Não obstante, em alguns momentos, a norma poderá não prescrever com clareza e precisão a situação de fato ou a conduta a ser adotada diante de um caso concreto. Assim, ela se molda em torno da figura dos conceitos jurídicos indeterminados, ensejando, para alguns



juristas, o ato interpretativo do ente administrador, maior liberdade de interpretação da norma, ou seja, maior espaço para o uso dos atos discricionários.

Este entendimento encontra explicação em Sicca, ao salientar que:

[...] se a vinculação é ligada à ideia de univocidade das expressões legais e ausência de dúvida sobre a conduta a ser tomada pelo administrador, a única conclusão a que se pode chegar é a de que a maior parcela da atividade administrativista encontra-se na esfera da discricionariedade, e isto porque as dificuldades interpretativas são habituais. (SICCA, 2017, p. 12).

O entendimento de que os atos discricionários remetem propriamente à questão da discricionariedade, uma vez que não foram delimitados e definidos pela lei, sendo possível a execução do ato administrativo pela oportunidade e conveniência do agente administrador, é passível de críticas perante os fundamentos constitucionais da Administração Pública.

Sicca ressalta que “o administrador só possui liberdade para definir a sua conduta quando a lei expressamente lhe conferir atribuição para tanto” (SICCA, 2011, p. 32).

Assim, Motta e Taveira Neto elencam situações em que o ordenamento jurídico atribui à Administração a competência discricionária. De maneira exemplificativa, citam a hipótese de:

[...] quando a lei conferir à Administração, expressamente, competência para integração subjetiva. Serve como exemplo o artigo 36, parágrafo único, inciso I da Lei 8.112/90, que confere competência para remover, de ofício, servidores públicos quando houver interesse da Administração. (MOTTA; TAVEIRA NETO, 2011, p. 48).

Nesse sentido, a situação apresentada pode ser ilustrada pelo seguinte julgado do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, que trata da remoção do local de trabalho de servidor público:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - MANDADO DE SEGURANÇA - SERVIDORA MUNICIPAL - REMOÇÃO - ATO ADMINISTRATIVO - DISCRICIONARIEDADE - MOTIVAÇÃO - PRESENÇA - SENTENÇA MANTIDA. 1. Pode o Judiciário analisar a legalidade dos atos administrativos e, na ocorrência de vício, declarar sua nulidade. 2. A remoção do servidor público é ato administrativo sujeito ao poder discricionário da Administração Pública, motivo pelo qual, presente a motivação do ato, inviável falar-se em invalidade deste, devendo ser mantida a sentença que denegou a ordem e manteve o ato que determinou a transferência da servidora. (MINAS GERAIS, 2017a).

Pela ementa, percebe-se a negação quanto ao provimento de recurso da requerente, ficando, portanto, a sentença mantida. Observa-se, ainda, a partir da leitura do inteiro teor do acórdão, que, entre as motivações elencadas para tal decisão, menciona que “a transferência de servidor municipal é ato administrativo sujeito ao poder discricionário da Administração Pública, a qual pode promover a sua remoção de acordo com a conveniência do serviço e com

o interesse público” (MINAS GERAIS, 2017a), aludindo, dessa forma, à discricionariedade que a Administração Pública possui para a execução de determinados atos.

Atribui-se, ainda, como ato discricionário da Administração Pública a situação em que a lei estabelece determinada competência, mas não prevê conduta a ser adotada para o exercício dela (MOTTA; TAVEIRA NETO, 2011, p. 48).

Comporta, neste momento, mencionar a observação feita por Bandeira de Mello quanto aos atos discricionários. Para o referido autor, o ato será apenas um produto do exercício da discricionariedade. Assim, este deve ser entendido como “ato praticado no exercício de apreciação discricionária em relação a algum ou alguns dos aspectos que o condicionam ou que o compõem” (BANDEIRA DE MELLO, 2010, p. 18).

Por fim, Motta e Taveira Neto citam a utilização de conceitos indeterminados como competência discricionária, aduzindo que:

[...] quando a lei utilizar-se de conceitos indeterminados a priori, vagos, que comportam interpretações mais ou menos abrangentes em sua passagem para o mundo das situações concretas. Com efeitos, sendo impossível prefixar de antemão qual acepção deve ser conferida a um conceito para o atendimento da finalidade pública visada pela norma, é necessário atribuir ao intérprete a tarefa de, à vista do caso concreto, precisar o significado da dicção legal. (MOTTA; TAVEIRA NETO, 2011, p. 48).

Ao cabo de tudo que foi dito, cabe uma conceituação do termo discricionariedade. Nesse sentido, a explicação apresentada por Bandeira de Mello é comumente utilizada na doutrina para a definição da palavra:

Discricionariedade, portanto, é a margem de liberdade que remanesça ao administrador para eger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, ela não se possa extrair objetivamente, uma solução unívoca para a situação vertente. (BANDEIRA DE MELLO, 2010, p. 48).

Completando a definição apontada, Di Pietro assevera que se pode definir a discricionariedade “como a faculdade de que a lei confere à Administração para apreciar o caso concreto, segundo critérios de oportunidade e conveniência, e escolher uma dentre duas ou mais soluções, todas válidas perante o direito” (DI PIETRO, 2012, p. 62; grifos do original).

À definição do termo discricionariedade encontra-se atrelada sua justificação. Justifica-se seu uso para afastar a aplicação rigorosa das normas quando essas forem lacunosas ou omissas, evitando, assim, o “automatismo”<sup>3</sup> pelo agente administrador.

O poder discricionário também se fundamenta, segundo Odete Medauar, na complexidade do Estado contemporâneo, que dificulta à Administração atuar com flexibilidade, sendo essencial a ela certa margem de escolha. Além disso, é impossível aos órgãos legislativos elaborar normas que abranjam todas as condutas que comportem a atuação estatal. Por fim, justifica-se a discricionariedade pela necessidade de adequação do Direito Administrativo às situações concretas que surgem no dia a dia. (MEDAUAR, 2001, p. 131).

Sendo assim, ao se falar em atuação discricionária, tem-se em mente, para alguns, que diante de determinada situação o agente administrador terá mais de uma alternativa para a escolha de sua decisão, desde que esteja ele respaldado nos critérios de conveniência e oportunidade. Entretanto, pelo que esclarece Sicca:

[...] a discricionariedade não tem como consequência a dificuldade hermenêutica encontrada no halo conceitual, assim caracterizado o espaço do conceito em que a definição de seu sentido é nebulosa: a liberdade somente pode ocorrer por determinação legislativa, sob pena de violação do princípio da legalidade (SICCA, 2011, p. 33).

Para o referido autor, “o que a indeterminação conceitual acarreta é a exigência de definição precisa dos critérios jurídico-metodológicos necessários à concretização da norma jurídica” (SICCA, 2011, p. 33).

Nesse sentido, a discricionariedade não deve ser confundida com arbitrariedade e, portanto, deve obedecer aos limites impostos pelo princípio da legalidade. Assim, ao atuar discricionariamente, o administrador concederá à indeterminação da norma parâmetros para a garantia da segurança jurídica.

Diante disso, ressalta-se a importância da correlação do instituto da discricionariedade com o princípio da legalidade, discussão apresentada no próximo tópico do presente estudo.

### ***2.3.2 Contornos básicos do princípio da legalidade e da discricionariedade administrativa***

O artigo 5º, inciso II, da Constituição de 1988, ao dispor que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (BRASIL, 1988), trata do princípio da legalidade, assegurando ao particular a liberdade de fazer quase tudo que ele quiser.

---

<sup>3</sup> Termo utilizado por Di Pietro em sua obra *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. Vide Di Pietro (2012, p. 62).

No âmbito do Direito Público, mais precisamente do Direito Administrativo, o referido princípio também é observado no *caput* do artigo 37, da CR/88, ao prever que “a Administração Pública Direta e Indireta de qualquer dos poderes da União, dos Estados e Distrito Federal e dos Municípios, obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência [...]” (BRASIL, 1988).

Do inciso II, do artigo 5º, da CR/88, no qual se lê: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (BRASIL, 1988), também se extrai o referido princípio, demonstrando uma retomada ou tentativa de se retornar ao Estado de Direito.

O Estado de Direito corresponde à segunda etapa do Estado Moderno. Neste período, o Estado adota como referência os princípios da legalidade, igualdade e separação dos poderes, com o objetivo de garantir os direitos individuais e, assim, a relação entre os particulares e entre particulares e Estado (DI PIETRO, 2012, p. 8).

A lei, neste momento, passa a representar a vontade geral em detrimento da figura do rei. O monarca já não mais configura a principal fonte do Direito. Sendo assim, consoante essa nova etapa e a força que a lei passa a ter frente aos ditames da ciência do Direito, Di Pietro assevera que:

Adotando-se o princípio da separação de poderes, tirou-se do Poder Executivo a capacidade de ditar leis gerais, já que estas constituem expressão da vontade geral representada pelo Parlamento; ao Executivo compete apenas editar atos singulares previamente disciplinados em lei. (DI PIETRO, 2012, p. 9).

Percebe-se a consagração do princípio da legalidade, que passa a ser contido no bojo de documentos importantes, como a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 e da Constituição Francesa de 1791.

O artigo 5º da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 dispõe que “a lei não proíbe senão as ações nocivas à sociedade. Tudo que não é vedado pela lei não pode ser obstado e ninguém pode ser constrangido a fazer o que ela não ordene” (FRANÇA, 1789).

Mais adiante, o artigo 7º do mesmo diploma estabelece que:

Ninguém pode ser acusado, preso ou detido senão nos casos determinados pela lei e de acordo com as formas por esta prescritas. Os que solicitam, expedem, executam ou mandam executar ordens arbitrárias devem ser punidos; mas qualquer cidadão convocado ou detido em virtude da lei deve obedecer imediatamente, caso contrário torna-se culpado de resistência. (FRANÇA, 1789).

Com relação ao exposto, menciona-se, também, a Constituição Francesa de 1791, que em seu artigo 3º afirma que “não há na França autoridade superior à da lei. O rei não reina mais senão por ela e só em nome da lei pode exigir obediência” (FRANÇA, 1791).

Observa-se, ainda, o crescimento e distinções do referido princípio no período do Estado Liberal e do Estado Social, demonstrando sua manifestação no contexto da Administração Pública, conforme assevera Di Pietro:

Sob a influência do positivismo jurídico, o princípio da legalidade a que se submete a Administração Pública passou a ser visto de forma diversa. Enquanto no Estado de Direito liberal se reconhecia à Administração ampla discricionariedade no espaço livre deixado pela lei, significando que ela pode fazer tudo o que a lei não proíbe, no Estado de Direito social a vinculação à lei passou a abranger toda a atividade administrativa; o princípio da legalidade ganhou sentido novo, significando que a Administração só pode fazer o que a lei permite. (DI PIETRO, 2012, p. 23-24).

Quanto à formação e consolidação do princípio da legalidade, Jacques Chevallier explica que a construção desse princípio é resultado da junção de três fatores: movimento de ampliação de normas de referência, de um reforço da independência do juiz e de um aperfeiçoamento das técnicas de controle (CHEVALLIER, 2013, p. 62). É necessário, portanto, ao juiz administrador um estatuto de independência frente ao Executivo, além de limites para o exercício de seu controle.

Nesse sentido, os atos da atividade administrativa estão vinculados à lei, e a atuação dos entes estatais se restringe à obrigatoriedade de observância da lei. Conforme as palavras de Chevallier, “o princípio de submissão da administração à lei sempre implica que a administração não deve contradizer a lei (primazia da lei) e que ela só pode agir com base numa habilitação legal (reserva de lei)” (CHEVALLIER, 2013, p. 61).

Com a evolução da legalidade, o princípio obteve ampliação de significação e, assim, se dividiu em sentido restrito, ou princípio da reserva legal, segundo o qual determinadas matérias encontram reserva na lei e só podem ser tratadas perante ela; e em sentido amplo, abrangendo toda forma de regulamentação, como atos normativos do Executivo e de órgãos da Administração Direta e Indireta, além dos princípios implícitos e explícitos emanados da Constituição (DI PIETRO, 2012, p. 40).

Salienta-se que a ampliação do princípio da legalidade, além de possuir importante papel na construção do Estado Democrático de Direito e da Administração Pública, refletiu diretamente no instituto da discricionariedade administrativa, logo, esta não pode ser tratada de forma dissociada da legalidade.

Evidente entre as sociedades é a evolução constante da ciência do Direito em conjunto com o desenvolvimento do Estado. Percebe-se que as mudanças ocorridas nas atividades estatais influenciaram e influenciam diretamente na construção do Direito Administrativo.

Dessa maneira, o conceito de discricionariedade altera-se de acordo com o modelo estatal em que se encontra, ganhando contornos e definições próprias. Nesse sentido, asseveram Motta e Taveira Neto que:

[...] a discricionariedade também tem suas feições e seus limites alterados, de acordo com as características e o ordenamento de cada Estado. Certamente, no Estado de Polícia não existiam normas que limitassem claramente a ação administrativa. No Estado de Direito, contudo, a submissão do Estado à lei trouxe à tona o princípio da legalidade, vinculado diretamente a Administração do ordenamento. (MOTTA; TAVEIRA NETO, 2011, p. 45).

Anteriormente ao Estado Social de Direito, ainda no Estado Liberal, a Administração Pública apresentava resquícios da monarquia e do absolutismo. Dessa forma, discricionariedade administrativa era uma atividade administrativa afastada de qualquer controle judicial.

De modo a justificar essa não vinculação à lei ou a qualquer forma de controle, Di Pietro assevera que, ao se diferenciar as três funções do Estado naquele período, cabia à Administração Pública a atividade de apenas executar a lei de maneira semelhante à atividade desenvolvida pelo Judiciário, cabendo a ela a atuação concreta das normas gerais e abstratas da lei, e, portanto, a concepção de um conceito de ato administrativo próximo ao de sentença (DI PIETRO, 2012, p.14).

Já no Estado Social de Direito, ocorre um avanço quanto às questões inerentes à discricionariedade e à legalidade. A vinculação à lei se torna um marco da atividade administrativa. A discricionariedade passa a ser entendida como um poder jurídico limitado pela lei, sendo que a atuação da Administração passa a respeitar os espaços definidos pela lei e toda a sua atividade se vê sob a égide da lei (DI PIETRO, 2012, p. 24).

Não obstante, com a vigência do Estado Democrático de Direito, a constitucionalização do Direito Administrativo e a evolução do princípio da legalidade, observa-se uma redução da discricionariedade administrativa.

Nesse sentido, Di Pietro, em sua obra “Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988”, elenca alguns fatores que contribuíram para essa redução da discricionariedade administrativa. A autora afirma que:

A discricionariedade, vista como poder jurídico (porque limitada pela lei) foi sofrendo reduções por vários fatores: pela inclusão dos atos normativos do Poder Executivo no conceito de legalidade; pela elaboração pretoriana da teoria do desvio de poder e da teoria dos motivos determinantes; pela chamada constitucionalização do direito administrativo, entendida no sentido da inclusão de princípios e valores no conceito de legalidade, em sentido amplo; pela interferência do Poder Judiciário nas políticas públicas, como decorrência de outro aspecto da constitucionalização do direito administrativo: o reconhecimento de um mínimo de efetividade às normas constitucionais que garantem os direitos sociais, como essenciais à dignidade da pessoa humana. (DI PIETRO, 2012, p. 42-43).

Ressalta-se a influência do Direito alemão, espanhol e português no Direito Administrativo brasileiro. Essa influência fez crescer no Brasil a aplicação da teoria dos conceitos jurídicos indeterminados, reduzindo a discricionariedade administrativa. O uso de palavras com sentido indeterminado nas normas definidoras de conduta permitiu maior atuação do Judiciário, cabendo a este a atividade de interpretar os conceitos jurídicos e, assim, interpretar a lei em última instância (DI PIETRO, 2012, p. 41).

O poder da Administração é discricionário a partir do momento em que o agente público se utiliza dos critérios de oportunidade e conveniência. Nestes casos, a lei, ao deixar lacunas, permite maior liberdade na tomada da decisão frente ao caso concreto. Entretanto não se pode afirmar que esse poder é totalmente livre, já que a forma, a finalidade e a competência da lei acabam impondo algumas limitações que, uma vez sendo ultrapassadas pela Administração Pública, passam a configurar uma decisão arbitrária e contrária à lei (DI PIETRO, 2010, p. 212).

Consoante o exposto alhures, Filgueiras Júnior explica que a discricionariedade corresponde a um espaço decisório, no qual compete à Administração Pública a escolha da melhor solução, tratando-se de uma liberdade que, usada de maneira adequada e razoável, não se submete ao veto do Poder Judiciário (FILGUEIRAS JÚNIOR, 2007, p. 163).

Ao encontro do exposto, Chevallier escreve sobre a ampliação da legalidade e, assim, explica que:

O juiz administrativo se esforçou muito cedo para preencher inteiramente as lacunas da legalidade, pelo complemento de normas de origem jurisprudencial. Esse poder normativo do juiz administrativo terá três aspectos essenciais: um poder de interpretação bastante livre das leis existentes, podendo em certos casos chegar a contradizer a própria letra de suas disposições (jurisprudências *contra legem*); a criação, na ausência de textos escritos, de regras jurisprudenciais (jurisprudência *praeter legem*); a consagração de princípios de aplicação muito geral. (CHEVALLIER, 2013, p. 62-63).

Verifica-se, pelos ensinamentos de Chevallier, que o juiz administrativo buscou suprir os vazios deixados pela legalidade, o que lhe propiciou maior poder de interpretação e abriu discussões na seara da discricionariedade administrativa.

São conferidos ao ente estatal no exercício de suas funções e atribuições certos poderes, mas que encontram na própria lei limites que objetivam afastar abusos e arbitrariedades da conduta do administrador público, além de qualquer desvio de finalidade e comportamento contrário aos interesses da sociedade.

Cumprir dizer que “não há como o Poder Legislativo obter êxito em normatizar toda a conduta que interessa ao Direito, devido à impossibilidade de se prever, *a priori*, todo o rol de aplicações possíveis para determinada norma jurídica” (FERRAZ, 2013, p. 109). Nesse sentido,

percebe-se no âmbito jurídico um desprestígio do legislador e, assim, faz-se necessária uma menção à crise da lei formal, conforme as palavras de Gustavo Binbenjamen:

A crise da lei é hoje um fenômeno quase tão universal quanto a própria proclamação do princípio da legalidade como o grande instrumento regulativo da vida social nas democracias constitucionais contemporâneas. Ao ângulo estrutural, a crise da lei confunde-se com a crise de representação e, mais especificamente, com a crise de legitimidade dos parlamentos. Ao ângulo funcional, a crise da lei é a própria crise da legalidade como parâmetro de conduta exigível de particulares e do próprio Estado. (BINENBOJMAN, 2014, p. 131).

Ligado à crise da lei e, assim, ao colapso do legalismo, momento em que a lei não é mais concebida como a principal fonte de manifestação da vontade do povo, observa-se o auge do constitucionalismo. Conforme Binbenjamen, a Constituição firma-se como norma jurídica, refletindo por todo o ordenamento jurídico:

Com efeito, a Constituição, enquanto sistema de princípios (expressão deontológica de valores), ganha destaque como norma jurídica, irradiando seus efeitos por todo o ordenamento jurídico, que apenas poderá ser compreendido a partir da própria normativa constitucional, passando-se a falar numa **constitucionalização do direito**. (BINENBOJMAN, 2014, p.136, grifos do original).

Ocorre, portanto, uma suplantação do legalismo pelo constitucionalismo, e a Constituição passa a ser a principal fonte do Direito Administrativo, como resposta a esse enfraquecimento da lei formal.

A legalidade passa a ser mitigada em sua própria origem, em prol da arbitrariedade ansiada pelo Executivo e Legislativo. Assim, “a superação do paradigma da legalidade administrativa só pode dar-se com a substituição da lei pela Constituição como cerne da vinculação administrativa à juridicidade” (BINENBOJMAN, 2014, p. 36).

Todavia, mesmo com a constitucionalização, percebe-se que a indeterminação ainda acompanha as normas do texto constitucional<sup>4</sup>, sendo possível encontrar presentes no texto pátrio termos como utilidade pública, interesse público, moralidade, notório saber, urgência, entre tantos outros que passam a constituir os chamados conceitos jurídicos, empregados e criados pelo legislador constituinte.

Nesse sentido, Márcia Dominguez Nigro Conceição justifica a presença dos conceitos jurídicos indeterminados na norma constitucional afirmando que, “em se tratando de regras postas no Texto Constitucional, acredita-se haver maior índice de generalidade, por se reportar

---

<sup>4</sup> Observa-se também a relevância do tema-problema nas questões atinentes ao Direito Constitucional devido ao uso, nas normas do texto constitucional, de expressões como: interesse público; interesse social; dignidade da pessoa humana; necessidade pública; bem-estar, princípio da moralidade, entre outras, que acabam por influenciar diretamente nas normas do Direito Administrativo.



ao texto-base do ordenamento, consistindo no regramento das demais normas do sistema jurídico” (CONCEIÇÃO, 1999, p. 98).

Salienta-se que essas lacunas deixadas pelo legislador constituinte acarretam uma maior abstração da norma jurídica e levantam questionamentos na seara da discricionariedade com relação à presença dos conceitos indeterminados nas normas administrativas, já que o agir discricionário passa a ser entendido como garantia oportunizada pelos espaços vazios deixados pela lei. Assim, o administrador acaba por cair no equívoco de não condicionar essa liberdade a uma determinação legislativa, configurando uma discussão que remete à questão da indeterminação à atividade de vinculação, conforme se observará em capítulo oportuno.

A forma como deve ser efetivado o controle jurisdicional dos atos administrativos e como se deve dar a apreciação do julgador administrativo no momento da tomada de decisão, diante de preceitos dotados de conceitos indeterminados, são pontos controversos e inerentes à presente problemática. Desse modo, parte-se para o estudo do uso de conceitos indeterminados nos preceitos definidores de normas de condutas da Administração Pública.

#### **2.4 O uso de conceitos indeterminados nos preceitos definidores de normas de conduta da Administração Pública e a discricionariedade administrativa**

A problemática em torno do estudo dos conceitos indeterminados nas normas de preceito legal é uma celeuma para a dogmática do Direito. Os debates são necessários diante da complexidade e amplitude do tema-problema, entretanto mostram-se ainda escassos até mesmo devido à abrangência, sentidos e opiniões que as discussões proporcionam.

Os conceitos jurídicos indeterminados estão presentes tanto no Direito Público quanto no Direito Privado, não obstante ter sido no Direito Administrativo, ramo do Direito Público, que as questões inerentes à indeterminação dos conceitos jurídicos obtiveram maior desenvolvimento. Tal fato encontra justificção nas palavras de Sicca:

[...] verifica-se que, em outros ramos do direito, como direito penal, o direito processual, e o direito civil, os tribunais não têm encontrado maiores problemas para asseverar sua competência para identificar o sentido da norma jurídica. Contudo, nessas áreas, a norma é endereçada prioritariamente ao juiz, aplicador originário do direito, enquanto que no direito administrativo a norma é dirigida ao administrador, tendo o Judiciário apenas função correccional no momento em que haja potencial lesão ou ameaça de lesão a direito, em decorrência da aplicação, ou não, do preceito. (SICCA, 2011, p. 22).

Em menção ao Direito Administrativo, Flávio Unes Pereira afirma que: “a técnica dos conceitos jurídicos indeterminados é comum em todas as esferas do Direito, porém a matéria

ganha complexidade quando se trata de normas do Direito Administrativo, já que a aplicação inicial desses conceitos é feita pela Administração” (PEREIRA, 2007, p. 31).

A questão dos conceitos indeterminados no âmbito do Direito Administrativo é peculiar se comparada aos demais ramos do Direito. Primeiramente devido à dificuldade encontrada pela norma em oferecer elementos precisos para a regulação das condutas e, também, devido à posição ocupada pela Administração Pública dentro da atividade estatal, que lhe garante e assegura certa autonomia nas ações exercidas (SICCA, 2011, p. 22).

O estudo dos conceitos indeterminados esbarra na própria definição e caracterização da expressão, pois são conceituados como termos que não fornecem uma significação imediata e precisa, podendo apresentar vagueza ou ambiguidade (SICCA, 2011, p. 18).

Outra característica inerente aos conceitos indeterminados é a mutabilidade. Ou seja, “sua possibilidade de variar no tempo e no espaço. Vale dizer, o significado comportado pelo conceito pode sofrer variações conforme o tempo e o espaço em que é apreendido” (GROTTI, 1998/1999, p. 67). Diante disso, torna-se passível de questionamentos, sendo possível encontrar entre os juristas administrativistas brasileiros duas correntes que tratam do assunto:

[...] a dos que entendem que eles não conferem discricionariedade à Administração, porque, diante deles, a Administração tem que fazer um trabalho de **interpretação** que leve à única solução válida possível, e a dos que entendem que eles podem conferir discricionariedade à Administração, desde que trate de conceitos de valor, que impliquem a possibilidade de apreciação do interesse público, em cada caso concreto, afastada a discricionariedade diante de certos conceitos de experiência ou de conceitos técnico, que não admitem soluções alternativas. (DI PIETRO, 2010, p. 215, grifo no original).

Grotti segue os ensinamentos de Bandeira de Mello não só quanto os conceitos indeterminados, mas também quanto à discricionariedade administrativa. Os autores comungam do entendimento de que “não é aceitável a tese de que o tema dos conceitos legais fluidos é estranho ao tema da discricionariedade” (BANDEIRA DE MELLO, 2010, p. 23).

Divergindo do entendimento de Bandeira de Mello e Grotti, posiciona-se Eros Roberto Grau, afirmando serem distintos os institutos da discricionariedade administrativa e dos conceitos indeterminados, não se introduzindo “no campo da discricionariedade da Administração o preenchimento dos ‘conceitos jurídicos indeterminados’ (vale dizer, das noções)” (GRAU, 2008, p. 203).

Para o autor, a presença dos conceitos indeterminados nas normas jurídicas não acarreta a indeterminação da referida norma, e o uso desses conceitos no ato interpretativo permite apenas uma única e justa solução (GRAU, 2008, p. 203).

Mais adiante, Grau define discricionariedade como sendo:

[...] essencialmente uma liberdade de eleição ente alternativas igualmente justas ou entre indiferentes jurídicos – porque a decisão se fundamenta em critérios extrajurídicos (de oportunidade, econômicos etc.), não incluídos na lei e remetidos ao juízo subjetivo da Administração –, ao passo que aplicação de conceitos indeterminados é um caso de aplicação da lei. (GRAU, 2008, p. 203-204).

Assim, para o autor, a atividade discricionária do Direito não se confunde com a atividade de interpretação das normas. A presença dos conceitos jurídicos indeterminados nas normas jurídicas é uma questão de interpretação e aplicação que permite apenas uma única solução ao caso. De modo exemplificativo, Grau refere-se à boa-fé dizendo: “quando se fala, em boa-fé [...], o conceito se dá ou não se dá. Em outros termos, em presença de um caso determinado há ou não há boa-fé [...]” (GRAU, 2008, p. 203).

Em conformidade com o entendimento de que os conceitos indeterminados geram discricionariedade da norma, manifesta-se Pereira:

Há doutrinadores que classificam os conceitos jurídicos indeterminados em conceitos de valor e conceitos de experiência, entendendo que, em relação àqueles, a aplicação desencadearia discricionariedade administrativa. Já os conceitos de experiência ou empíricos pressuporiam critérios objetivos, práticos, extraídos da experiência comum, que permitiriam, portanto, concluir qual a única decisão possível. É o que ocorreria em face de expressões como “caso fortuito”, “força maior”, “bons antecedentes”. Nesses casos não haveria dúvida de que a matéria é de pura interpretação e pode o Poder Judiciário rever a decisão administrativa, porque ela está fora do âmbito da discricionariedade. (PEREIRA, 2007, p. 32).

Quanto à distinção entre discricionariedade e conceitos indeterminados, Carvalho Filho explica que:

A discricionariedade não pressupõe imprecisão de sentido, como ocorre nos conceitos indeterminados, mas ao contrário, espelha a situação jurídica diante da qual o administrador pode optar por uma dentre várias condutas lícitas e possíveis [...]

A razão pela qual têm sido confundidos os institutos decorre da circunstância de que ambos se enquadram na atividade não vinculada da Administração, uma vez que neles a norma não exige padrões objetivos de atuação. Mas enquanto o conceito jurídico indeterminado situa-se no plano de **previsão** da norma (anterior), porque a lei já estabelece os efeitos que devem emanar do fato correspondente ao pressuposto nela contido, a discricionariedade aloja-se na **estatuição** da norma (consequente), visto que o legislador deixa ao órgão administrativo o poder de ele mesmo configurar esses efeitos. (CARVALHO FILHO, 2011, p. 51, grifos do original).

Medauar, referindo às controvérsias geradas pelo uso dos conceitos indeterminados, explica que segundo um dos “entendimentos não haveria discricionariedade quando o legislador usa uma fórmula ampla, pois isso levaria a uma única solução sem margem de escolha” (MEDAUAR, 2001, p. 134).

Mais adiante, a referida autora menciona uma segunda corrente afirmando que, “em linha oposta, diz-se que a presença de um ‘conceito indeterminado’ leva necessariamente ao exercício do poder discricionário” (MEDAUAR, 2001, p. 134).

Por fim, Medauar posiciona-se da seguinte maneira quanto aos conceitos jurídicos indeterminados e à discricionariedade administrativa:

Havendo parâmetros de objetividade para enquadrar a situação fática na fórmula ampla, ensejando uma única solução, não há que se falar em discricionariedade. Se a fórmula ampla, aplicada a uma situação fática, admitir margem de escolha de soluções, todas igualmente válidas e fundamentadas na noção, o poder discricionário se exerce. (MEDAUAR, 2001, p. 135).

Nesse contexto, a fim de se garantir o atendimento do interesse público, o legislador confere ao Estado normas dotadas de certa amplitude, o que para muitos juristas tende a ensejar a discricionariedade administrativa, e, portanto, confirmar a aceitação da segunda corrente dentro do Direito brasileiro, já que a impossibilidade de vinculação do caso à lei configura-se, em sede de Direito Administrativo, como ato discricionário.

Pode-se dizer que a utilização dos conceitos indeterminados pela atividade legislativa na formação das leis é pouco discutida e enfrentada, não existindo um entendimento coeso quando o assunto se relaciona com a discricionariedade administrativa.

Salienta-se que a discricionariedade sofreu uma mitigação que acabou concedendo à Administração Pública liberdade na resolução dos casos não delimitados pela lei e que, portanto, não exigem vinculação legislativa. Dessa forma, os tipos abertos do Direito Administrativo acabam encontrando respaldo e justificativa partindo-se de um critério de oportunidade e conveniência.

Não obstante, os novos estudos do Direito Público, sobretudo do Direito Administrativo, sugerem (re)pensar os assuntos inerentes ao ‘interesse público’, termo que apresenta conteúdo vago e abrangente e, assim, acaba por ligar-se à discricionariedade, segundo entendimento majoritário.

Portanto, convém apontar que essa discricionariedade se sujeita a um subjetivismo por parte do julgador e, assim, como consequência, gerar questionamentos acerca da racionalidade das decisões administrativas quando diante de uma situação fática. Nesse sentido, vislumbra-se a análise dessa racionalidade diante de casos concretos e não diante da norma abstrata em si.

Isso porque a preocupação do uso dos conceitos indeterminados se dá a partir do momento em que a aplicação da norma abstrata e genérica se faz necessária, ou seja, a partir da

ocorrência de uma situação fática que merece ser solucionada em atenção aos parâmetros<sup>5</sup> da ciência do Direito.

Assim, é necessário ter em mente que a norma sempre buscará a melhor solução, seja ela vinculada ou discricionária, do contrário não teria razão de ser.

Dessa feita, Hans Kelsen já afirmou que as normas “que indicam certa conduta humana, devem ser vistas como devidas, pela força de sua essência, pois seu conteúdo possui uma qualidade imediatamente evidente, que lhe confere validade” (KELSEN, 2012, p. 122).

O autor também assevera que “uma norma vale como norma jurídica apenas porque foi estabelecida de modo bem determinado, criada segundo uma regra bem determinada e estabelecida de acordo com um método específico” (KELSEN, 2012, p. 123).

Ao obedecer aos requisitos de validade, segundo Reale, a regra jurídica compõe-se na legitimidade do órgão; na competência e na legitimidade do procedimento (REALE, 1995, p. 110), ela torna-se válida para solucionar os conflitos de interesses atinentes do mundo jurídico.

Portanto, sendo a atividade vinculada ou discricionária, cabe à norma a busca do “bem comum”, expressão embora também de conteúdo vago e aberto, mas definida por Reale como:

[...] não na soma dos bens individuais, nem na média do bem de todos; o bem comum, a rigor, é a ordenação daquilo que cada homem pode realizar sem prejuízo do bem alheio, uma composição harmônica do bem de cada um com o bem de todos (REALE, 1995, p. 59).

Tanto a atividade de vinculação quanto a discricionária, para que possam atender a uma “dogmática adequada ao Estado Democrático, devem ser entendidos como categorias destinadas à racionalização da atividade administrativa e proteção dos Direitos Sociais” (SICCA, 2017, p. 11-12).

Nesse sentido, consoante o exposto, o agente administrador, em seu agir, possui o dever jurídico de buscar a melhor solução dos conflitos administrativos, portanto, deve estar atento para a maleabilidade que os preceitos formadores de conduta lhes oferecem na análise do caso concreto.

A interpretação da norma jurídica, sobretudo a de caráter administrativo, esbarra na dificuldade de distinção entre os conceitos jurídicos indeterminados e os determinados, sendo a utilização de normas abertas e vagas fenômeno comum e próprio das Constituições contemporâneas e das normas da atividade estatal (SICCA, 2011, p. 20).

---

<sup>5</sup> Devem ser entendidos como a busca pela solução dos conflitos advindos da sociedade, pela busca do “bem comum”; expressão explicada por Miguel Reale em sua obra *Lições preliminares de direito*:

A margem de liberdade que os conceitos indeterminados proporcionam para o intérprete da norma não pode ser entendida como um espaço livre de todo ou qualquer controle. Pode sim ser definida como um espaço vago, ficando a cargo do intérprete a interpretação, mas que importa obediência aos limites que a lei venha estipular e aos critérios de oportunidade e conveniência.

Dessa forma, reprime-se a discricionariedade administrativa na atuação do ente administrador perante os conceitos jurídicos indeterminados. Buscam-se limites para o exercício dessa atuação quando posta de forma discricionária, de modo que não se torne uma atuação arbitrária e solipsista. Ao encontro ao dito, Di Pietro assevera sobre a necessidade de limites no âmbito da discricionariedade administrativa:

[...] a Administração Pública tem certa margem de liberdade para escolher a melhor solução a ser adotada no caso concreto. Isto não significa que a sua escolha seja inteiramente livre. Ela está limitada pelo princípio da legalidade (considerado em seus sentidos amplo e restrito) e pela exigência de razoabilidade e motivação. Por maior que seja a margem de discricionariedade como, por exemplo, na exoneração de servidor ocupante de cargo em comissão ou na dispensa, sem justa causa, de servidor celetista, existe a exigência de motivação. (DI PIETRO, 2012, p. 136).

Somada aos critérios de oportunidade e conveniência, exige-se a motivação<sup>6</sup> para a execução de qualquer ato administrativo, seja vinculado ou discricionário.

Maria Cristina Diniz Caixeta, ao tratar sobre o princípio da motivação nas decisões do processo administrativo, explica que:

A motivação é a justificativa expressa de que o agente administrativo se vale para justificar sua formalização.

O princípio é decorrência natural do Estado Democrático de Direito, obrigando o agente público a apresentar as razões de fato e de direito que o levaram a expedir o ato administrativo, possibilitando ao interessado o conhecimento do raciocínio desenvolvido na formação do convencimento do ato estatal. (CAIXETA, 2010, p. 125).

Para a autora, a motivação dos atos administrativos tem por objetivo “impor limites claros à arbitrariedade, pois se exige que todos os atos administrativos sejam acompanhados de justificativa prévia, clara e lógica, caso contrário, a decisão será nula” (CAIXETA, 2010, p. 126).

---

<sup>6</sup> O debate em torno das expressões “princípio da motivação” e “princípio da fundamentação” é constante. Não obstante, a diferenciação entre ambas será discutida em capítulo oportuno do presente estudo. Para uma abordagem do tema, conferir Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira (2016, p. 138-178).

Para Di Pietro, haverá discricionariedade quando “a lei não definir o motivo, deixando-o a critério da Administração; é o que ocorre na exoneração *ex officio* do funcionário nomeado para cargo de provimento em comissão (exoneração *ad nutum*)” (DI PIETRO, 2012, p. 77).

Na mesma esteira, também será entendido como discricionariedade quando a lei, ao determinar o motivo, utilizar-se dos conceitos jurídicos indeterminados (vocábulo plurissignificativo) criando para a Administração a possibilidade de apreciar as situações fáticas a partir de critérios de valor que lhe são inerentes (DI PIETRO, 2012, p. 77).

Consoante a necessidade de controle da atuação discricionária, mister são as palavras de Pereira quanto à interpretação dos conceitos jurídicos indeterminados:

O legislador, ao valer-se de conceitos jurídicos indeterminados, pode ter várias intenções, menos a de atribuir ipso facto um monopólio de interpretação e aplicação à Administração. O fato de o administrador ser, muita vez, o primeiro a formular o juízo acerca da interpretação legal não o torna imune ao controle jurisdicional, pois a aplicação de tais conceitos resulta em uma única valoração, correta que é naturalmente a melhor de todas as outras. (PEREIRA, 2007, p. 31).

Medauar denomina de parâmetros do poder discricionários os limites que devem atuar sobre os atos administrativos. Nesse sentido, em sua obra a autora elenca as seguintes hipóteses, definindo-as como principais:

- a) Parâmetros decorrentes da observância da Constituição, da lei, dos princípios constitucionais da Administração, outros princípios do direito administrativo e princípios gerais do direito.
- b) Tipo de interesse público a atender, estabelecido diferentemente pela norma atribuidora de competência ou indiretamente pela norma de regulamentação do órgão.
- c) Normas de competência que atribuem o poder legal de tomar medidas atinentes à situação. Necessária se torna a correspondência da decisão à função exercida pela autoridade.
- d) Consideração dos fatos tal como a realidade os exterioriza. A autoridade administrativa não há de inventar fatos ou apreciá-los com erro manifesto, levando a consequências absurdas e sem razoabilidade. Relaciona-se esse aspecto à qualificação jurídica dos fatos e ao requisito do motivo do ato administrativo.
- e) Associado ao parâmetro anterior encontra-se também a motivação das decisões. Tradicionalmente predominou a regra da não obrigatoriedade de explicitar as razões da decisão, sobretudo no exercício do poder discricionário. Hoje, a linha se inverteu, para prevalecer a exigência de motivação, salvo exceções.
- f) O poder discricionário deve observar as normas processuais e procedimentais, quando pertinentes à atuação, tais como: contraditório, ampla defesa, adequada instrução, inclusive com informação técnica e atos probatórios.
- g) Garantias organizacionais também se incluem entre os parâmetros do poder discricionário. Por exemplo: a composição e o modo de funcionamento interno dos órgãos, em especial dos colegiados que decidem ou atuam no processo de

decisão; as regras de abstenção ou relativas a impedimentos, ligados ao princípio constitucional da impessoalidade.

- h) Preceitos referentes à forma, ou seja, ao modo de exteriorização das decisões administrativas. (MEDAUAR, 2001, p. 133-134).

Por fim, resta dizer que as controvérsias geradas pelo uso dos conceitos indeterminados no âmbito jurídico merecem destaque, importando em intensas discussões na seara administrativa devido à manifestação doutrinária, sobretudo jurisprudencial, e à inexistência de um entendimento coeso em relação à questão da discricionariedade administrativa e da indeterminação dos conceitos.

Insta, portanto, a observância da conveniência e oportunidade, além da motivação, proporcionalidade e razoabilidade a fim de se obter uma interpretação adequada das normas administrativas que contêm indeterminação.

Entretanto, sabe-se que, para um ideal de democraticidade, a atenção a outros aspectos faz-se necessária perante o ato interpretativo e de aplicação da norma. É imperioso ao agente administrador observar os ideais basilares do Estado Democrático de Direito, assim como os princípios do processo, sobretudo do processo administrativo.

Convém ao administrador, ao lidar com questões do processo administrativo disciplinar, ter em mente a existência de uma teoria geral do processo, em respeito ao contraditório, à ampla defesa, à isonomia e ao devido processo legal, conforme ficará evidente no próximo capítulo.



### 3 POR UMA TEORIA DEMOCRÁTICA DO PROCESSO<sup>7</sup>

O presente capítulo tratará da defesa de uma teoria geral do processo abordando, principalmente, as teorias acerca da natureza jurídica do processo, o Estado Democrático de Direito e a processualidade no âmbito administrativo.

#### 3.1 Breves apontamentos sobre a teoria democrática do processo

Em que pese “o termo processo, na área do Direito, vir habitualmente vinculado à função jurisdicional e, portanto, relacionado ao Direito Processual Civil e Penal, sobretudo, (MEDAUAR, 2008, p. 15), é necessário inicialmente afirmar a existência de uma teoria geral do processo, como bem defende a maioria dos processualistas.

Tal teoria é admitida por Enrico Tullio Liebman, Dante Angelotti, Cândido Rangel Dinamarco, Fredie Didier Jr., Ada Pellegrini Grinover, J. J. Calmon de Passos, Antonio Carlos de Araújo Cintra, entre outros juristas também renomados no âmbito do Direito Processual (OLIVEIRA JÚNIOR, 2007, p. 963).

Desta forma, imperioso mencionar as afirmações feitas por alguns autores quanto à existência de uma teoria geral do processo.

Dinamarco define a teoria geral do processo como:

[...] um sistema de conceitos e princípios elevados ao grau máximo de generalização útil e condensados indutivamente a partir do confronto dos diversos ramos do direito processual. Ela transcende a dogmática processual, não lhe sendo própria a indagação ou formulação de regras, ou normas de direito positivo. (DINARMACO, 2003, p. 69).

Willis Santiago Guerra Filho assevera que:

A teoria do processo pode ser encarada como uma disciplina aglutinadora de dados sobre seu objeto formal de estudo, provenientes das mais diversas fontes: sociologia, história, psicologia, ciência política etc... Por outro lado, cabe a ela trabalhar o aparato conceitual empregado na descrição propriamente jurídica do objeto material, que compartilha com aqueles disciplinas não-jurídicas, em busca de categorias passíveis de ser aplicadas às suas múltiplas manifestações. (GUERRA FILHO, 2007, p. 1000-1001).

Rosemiro Pereira Leal defende a existência de tal teoria ao definir processo como sendo uma “instituição pública constitucionalizada de controle tutelar da produção de provimentos, sejam judiciais, legislativos ou administrativos” (LEAL, 2016, p.53) agregando:

---

<sup>7</sup> Este capítulo foi desenvolvido em sua maior parte com base em artigo escrito pela autora, juntamente com Sérgio Henrique Zandona Freitas e Felipe de Almeida Campos, para o Seminário Nacional de Formação de Pesquisadores e Iniciação Científica da FEPODI (FREITAS; MARIA, CAMPOS, 2017).

Só uma **teoria jurídica do processo**, assim concebida como *medium* linguístico demarcador da institucionalização da vontade, e não qualquer procedimentalidade, é que abriria ensejo a conferir testabilidade incessante da ordem jurídica positivada a ser deontologicamente neutralizada no nível jurídico do **contraditório e ampla defesa** como critérios problematizantes da absorção ou rejeição de pretensões de validade decisória (LEAL, 2016, p. 150, grifos no original).

Valdeci dos Santos considera a teoria geral do processo como uma “disciplina jurídica destinada a identificar, estudar e sistematizar os princípios e institutos jurídicos de aplicação comum aos ramos especializados do direito processual” (SANTOS, 2007, p. 10-11).

José Alfredo de Oliveira Baracho assim se manifesta quanto à possibilidade de uma teoria geral do processo:

A construção de uma Teoria Geral do Direito Processual ou do Processo, não se confunde com a construção unitária do processo em sua totalidade. Significa chegar a uma unidade científica possível, sem forçar a essência dos conceitos e caminha para a via sintética, metodologicamente possível. (BARACHO, 1984, p. 121).

Cintra, Grinover e Dinamarco confirmam a existência de uma teoria geral do processo afirmando que:

A própria Constituição Federal, discriminando a competência legislativa da União e dos Estados (concorrente), refere-se ao direito processual, unitariamente considerado, de modo a abranger o direito processual civil e o direito processual penal (arts. 22, inc. I e 24, inc. XI). E, com efeito, os principais conceitos atinentes ao direito processual, como os de jurisdição, ação, defesa e processo, são comuns àqueles ramos distintos, autorizando assim a elaboração científica de uma teoria geral do processo. Pense-se, ainda, nas noções de coisa julgada, recurso, preclusão, competência, bem como nos princípios do contraditório, do juiz natural, do duplo grau de jurisdição – que são correntes, em igual medida, em ambos os campos do direito processual. Aliás, a unidade funcional do processo revela-se inequivocamente na recíproca interferência entre jurisdição civil e jurisdição penal, decorrente, de um lado, da aplicação do princípio da economia processual (repelir a duplicação de atividades para atingir um único objetivo) – e, de outro, da idéia de que há conveniência em evitar decisões judiciais contraditórias sobre a mesma situação de fato. (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2014, p. 50-51).

Ricardo Maurício Freire Soares, ao referir-se sobre o assunto, confronta argumentos favoráveis e contrários quanto à teoria geral do processo, apontando como favoráveis os seguintes:

1) O processo é uma única entidade lógico-jurídica; 2) A jurisdição é também uma, figurando as competências civil penal como imperativos da divisão social do trabalho e especialização funcional; 3) A unicidade pode ser estendida ao poder [função] legislativo; 4) As ações civis e penais são idênticas do ponto de vista conceitual, só variando os princípios políticos que as informam; 5) A diferença entre disponibilidade e indisponibilidade se desvanecem quando se contata que o processo civil inquisitório gira em torno de interesses indisponíveis, bem como a ação penal privada e a transação penal se prendem a interesses disponíveis da vítima. (SOARES, 2008, p. 843).

E como contrários:

1) irrelevância do conceito de lide em processo penal; 2) Inadequação do conceito civilista de pretensão no processo penal; 3) Inquisitividade inerente ao exercício da jurisdição penal, diferentemente da dispositividade do processo civil; 4) Inocorrência de revelia; 5) Inexistência de processo e de ação cautelar no plano da jurisdição penal. (SOARES, 2008, p. 843).

Ressalta-se que a divisão do Direito Processual em ramos se faz importante para fins didáticos de estudo, mas que a unificação desse Direito busca assegurar sua autonomia frente ao direito material, além de garantir princípios constitucionais como a ampla defesa, o contraditório, o devido processo legal e a isonomia, constituintes e formadores do paradigma do Estado Democrático de Direito.

Nesse contexto, Valdir Ferreira de Oliveira Júnior ensina ser possível e viável uma teoria geral do processo aplicável tanto ao processo legislativo e judicial como ao administrativo, sendo que a formação dessa teoria deve-se aos conceitos lógico-jurídicos que são universais e comuns aos variados ramos do Direito Processual (OLIVEIRA JÚNIOR, 2007, p. 961-965).

A respeito dos conceitos lógico-jurídicos, Sérgio Henriques Zandona Freitas afirma que eles correspondem às bases das ciências que, revestidos de validade universal, embasam o conhecimento humano e, quando concentrarem conhecimentos em uma área comum, contribuem para a formação de uma teoria geral (FREITAS, 2014, p. 42).

Mais adiante completa dizendo que, “na ciência processual, pode-se enumerar como conceitos lógico-jurídicos a ação, o processo, a lide, a tutela jurisdicional, o mérito, a causa de pedir, o pedido, os pressupostos processuais, dentre outros” (FREITAS, 2014, p. 42).

Diante da conceituação dos conceitos lógico-jurídicos, conclui-se que, por seu caráter de universalidade e de sistematização do conhecimento humano, eles antecedem e contribuem para a formação da teoria geral do processo abrangendo aos diversos ramos do Direito Processual seja civil, penal, tributário, legislativo, constitucional e, sobretudo, o administrativo.

Destarte, é imprescindível ao estudo da processualidade administrativa a observância da interdisciplinaridade da teoria geral do processo com a teoria geral do direito e a teoria da constituição, conforme Oliveira Júnior:

[...] o verdadeiro conteúdo da teoria geral do processo deve ser, para além da construção de um sistema de conceitos lógico-jurídicos comuns aos diversos ramos do direito processual, disso decorrendo a aplicação de um enfoque interdisciplinar na construção de uma teoria do processo, em que fazem presentes: a teoria geral do direito, a teoria da constituição e principalmente a teoria dos direitos fundamentais. (OLIVEIRA JÚNIOR, 2007, p. 964).

Nesse sentido também se manifestou Soares ao conceituar os conceitos lógico-jurídicos como “aquelas ideias gerais da Teoria Geral do Direito, dotadas de pretensão universal, geralmente sintetizadas pelo doutrinador e passíveis de aplicação nos mais diversos ramos do conhecimento jurídico” (SOARES, 2008, p. 841).

Ou seja, os juristas processualistas apontam a presença, na seara do Direito Processual, de preceitos fundamentais advindos da teoria geral do direito que, somados aos conceitos lógico-jurídicos, tornam-se imprescindíveis para a construção de uma teoria geral do processo.

Sendo assim, parte-se para uma sucinta compreensão das teorias acerca da natureza jurídica do processo.

### 3.2 Teorias jurídicas do processo<sup>8</sup>

De maneira a sintetizar e compreender brevemente o estudo do Direito Processual e, assim, delimitar os contornos necessários e úteis para a presente pesquisa, far-se-á uma pequena abordagem das teorias jurídicas do processo, demonstrando sua evolução histórica no âmbito do Direito.

Busca-se, também, com a análise das teorias do processo, respostas para a problemática ora proposta, a qual discute a (ir)racionalidade das decisões do processo administrativo disciplinar a partir do uso dos conceitos indeterminados nas normas jurídicas de conduta administrativa.

#### 3.2.1 Teoria do processo como contrato

Segundo leciona Rosemiro Pereira Leal, Pothier é tido como o principal precursor e divulgador desta teoria, que se inspirou nos pensamentos do jurista romano Ulpiano e no Contrato Social de Jean-Jacques Rousseau. Nesse sentido, Leal menciona que:

No entender de Pothier, instaurava-se o processo pela *litiscontestatio* (convenção das partes perante o juiz para acatar decisão proferida), e o juiz seria o árbitro judicial e facultativo e não órgão jurisdicional monopolizador da jurisdição que independeria de prévia provocação unânime das partes para exarar provimentos. **Finalmente**, essa teoria revelou-se inadequada para explicar a “natureza” jurídica do **Processo**, tendo em vista que, já no século XVIII, o juiz não precisava de prévio consenso das partes para tornar coativa a sentença (LEAL, 2016a, p. 82; grifos do original).

---

<sup>8</sup> Este tópico foi desenvolvido em sua maior parte com base em artigo escrito pela autora, juntamente com Felipe de Almeida Campos (2016, p. 121-128).

Tal teoria se assemelha à fase formulista do Direito Romano, já que o processo compreendia a aceitação prévia em se acatar a decisão imposta pelo juiz. Não havia, naquele momento, a obrigatoriedade dos contendores de comparecerem a juízo, mas, caso comparecessem, deveriam seguir a *litiscontestatio*<sup>9</sup> e cumprir a decisão a ser expedida (LEAL, 2016a, p. 82).

O processo é entendido como um “contrato acessório ao hipotético contrato social livremente estabelecido pelos homens para convivência e solução pacífica de seus conflitos” (FREITAS, 2014, p. 13).

Portanto, o processo era instaurado pela vontade das partes, figurando o juiz como uma espécie de árbitro.

### **3.2.2 Teoria do processo como quase contrato**

A teoria do processo como quase contrato teve como defensores Savigny e Guényvau (1850), que afirmaram que, não sendo o processo um contrato, deveria, portanto, ser um quase contrato, uma vez que a parte que ingressava em juízo já consentia que a decisão lhe fosse favorável ou desfavorável, havendo, dessa forma, uma ligação entre o autor e o juiz, ainda que o réu não aderisse espontaneamente ao debate da lide (LEAL, 2016a, p. 83).

Entretanto, naquele período, a jurisdição era obrigatória, não necessitando o juiz de prévio consentimento do autor para proferir a decisão que lhe fosse favorável ou não, fato que contribuiu para que tal teoria se mostrasse falha e insuficiente, assim como a anterior (LEAL, 2016a, p. 83).

### **3.2.3 Teoria do processo como relação jurídica**

Em 1868, é desenvolvida por Oskar Von Bülow a teoria do processo como relação jurídica. Bülow é autor da obra *Teoria dos pressupostos processuais e das exceções dilatórias*, que se valeu dos estudos do jurista Búlgaro, que dizia: *judicium est actum trium personarum: judicis, actoris et rei*<sup>10</sup>; passando o processo a ser composto por três figuras: juiz, autor e réu (LEAL, 2016a, p. 83).

<sup>9</sup> Leal define *litiscontetastio* como “a transformação do conflito, vago e indeterminado, em lide – organização do conflito pele ingerência do pretor” (LEAL, 2016a, p. 82).

<sup>10</sup> Essa sentença latina pode ser traduzida para o português, como leciona segundo Leal (2016b, p. 83), como: “o processo é ato de três personagens: do juiz, do autor e do réu”.

A teoria de Bülow marca o momento em que o Direito Processual surge como ciência jurídica automatizada. Os estudos bülowianos contribuíram para o surgimento de uma “ciência do processo”, que permitiu a distinção entre o Direito Processual do chamado Direito Material e assim, a automatização do Direito Processual (LEAL, 2008, p. 26-27).

Por meio da relação jurídica entre autor, réu e o juiz, o direito alegado pelas partes ocupa uma posição posterior à formação do processo, e, para que esse processo tenha validade e legítima constituição, é necessária a observância de alguns requisitos dispostos em lei processual (LEAL, 2016a, p. 83).

Autor e réu possuem, portanto, um vínculo de subordinação ao juiz e, mesmo com o advento do Estado Democrático de Direito, esta teoria prevalece entre os juristas adeptos da Escola Paulista, que defendem “a necessidade de se atribuir ao juiz poderes ampliados que assegurem uma certa flexibilização do ordenamento jurídico para que se tenham decisões rápidas e justas” (LEAL, 2008, p. 25).

Assim, para os instrumentalistas essa teoria separa e distingue os conceitos de processo e procedimento, sendo que, na verdade, o que se conclui é uma “confusão tormentosa” (LEAL, 2016a, p. 84) entre ambos.

Nesse sentido, André Leal já asseverou que a escolha da utilização da noção de relação jurídica desenvolvida por Bülow, como marco de compreensão da conceituação de processo, proporcionou aos críticos da teoria desdobramentos teóricos embaraçosos (LEAL, 2008, p. 28).

Segundo o referido autor, Bülow utilizou-se de um modelo de relação jurídica partindo de um caráter privatístico do direito, buscando apenas uma adequação ao direito público, sem se preocupar com a noção do vínculo subjetivo de subordinação, inerente ao direito privado (LEAL, 2008, p. 28).

Destarte, para o entendimento dessa adaptação da relação jurídica bülowiana de enfoque privado ao direito público, merece atenção a seguinte passagem quanto à compreensão de processo para Bülow:

Oskar Von Bulow, em 1868, debruçou-se sobre o discernimento da ideia de processo, passando a inseri-lo, ainda que obediente à velha dicotomia da dogmática jurídica, na órbita do Direito Público.

Segundo seu entendimento, o processo seria uma relação jurídica *sui generis* que, em constante movimento e transformação, se desenvolvia perante funcionários públicos, envolvendo, assim, tanto o Estado como os cidadãos, justificando-se aí a inserção do processo no âmbito do Direito Público (LEAL, 2002, p. 81).

O processo em Bülow, com base nessa relação relacionista, comporta na submissão da tutela pretendida por alguém as palavras de outro alguém.

Outro ponto embaraçoso da teoria bülowiana apontado por André Leal refere-se ao conceito de jurisdição como atividade do juiz:

A jurisdição como atividade do juiz pressuposta pelo autor alemão (a qual justifica a necessária vinculação das partes ao magistrado) conduz a um paradoxo incontornável quando, de forma desavisada, como fizeram, por exemplo, Chiovenda, Couture e Fazzalari, há a apropriação de derivações teóricas não problematizadas da “ciência do processo” bulowiano para controlar a atividade judicial (LEAL, 2008, p. 29).

Não obstante, diante das críticas apresentadas, deve-se ter em mente a importância da referida teoria para a automatização do Direito Processual. Urge mencionar que as críticas sofridas por essa relação jurídica difundida por Bülow favoreceram, a partir de Fazzalari, a criação de uma proposta de processo como procedimento em contraditório, como se poderá observar em tópico posterior.

### ***3.2.4 Teoria do processo como situação jurídica***

A teoria do processo como situação jurídica foi desenvolvida por James Goldschmidt, em 1925, na Alemanha. Entende-se, por essa teoria, ser o processo um conjunto de situações jurídicas, um jogo de chances e ônus, em que as partes caminham até que se chegue a uma decisão final.

Para Goldschmidt, a concepção do processo como situação jurídica não remete apenas ao Direito processual, mas também a todo o direito que surge a partir de um processo (GOLDSCHMIDT, 2003, p. 52). Assim:

O conceito da situação jurídica forma a síntese da consideração abstrata, suposto processual, e a concreta, suposto material do Direito de justiça, a saber: reduz a um comum denominador a exigência abstrata do cidadão, de que o Estado administre justiça, e a concreta do titular, segundo o Direito material, de que o Estado lhe outorgue proteção jurídica mediante uma sentença favorável. (GOLDSCHMIDT, 2003, p. 53).

Freitas, ao discorrer sobre a mencionada teoria, esclarece que:

Sendo o processo uma situação jurídica onde o provimento final (sentença) seria apenas um duelo entre as partes, que estariam em busca de uma vitória espetacular, levando em conta para efeito, o meio criado pelas partes para sensibilizar o juiz (direito estratégico), devendo o mesmo assegurar a imprevisibilidade da decisão a ser expandida como forma de garantia de sua própria neutralidade e imparcialidade (FREITAS, 2014, p. 14).

Na visão de Leal:

A teoria do processo como situação jurídica (Goldschmidt) ainda é mais aleatória e subjetivista do que a teoria da relação jurídica (instrumentalista), porque o processo é

imaginado como um lugar procedimental da dinâmica das partes à procura da vitória de seus pretendidos direitos articulados perante um juiz que poderá apontar vencedores e vencidos em qualquer vinculação a direitos fundamentais orientadores de sua **decisão**. (LEAL, 2016b, p. 145; grifos no original).

Considerando que, segundo essa teoria, a decisão reflete o resultado de um duelo entre as partes, seu conteúdo não está vinculado a fundamentos jurídicos para sua conclusão, já que a decisão consiste num ato que resolve o conflito sem guardar, por isso, relação direta com o debate jurídico processual. A decisão, portanto, e segundo a teoria do processo como situação jurídica, pode aproveitar ou não os argumentos das partes em sua fundamentação.

### **3.2.5 Teoria do processo como instituição**

A teoria do processo como instituição foi desenvolvida por Jaime Guasp, que “visualizava o processo como instituição de direitos decorrentes dos costumes, ética social e do direito praticado pelas mãos jurisdicionais dos juízes” (FREITAS, 2014, p. 15).

Segundo Jaime Guasp e Pedro Aragonese:

Para la teoría de la *institución*, en el proceso existen verdaderamente deberes y derechos jurídicos [...] Institución es un conjunto de actividades relacionadas entre sí por el vínculo de una idea común y objetiva a la que figuran adheridas, sea ésta o no su finalidad individual, las diversas voluntades particulares de los sujetos de quienes procede aquella actividad. (GUASP; ARAGONESES, 2003, p. 39; grifos no original).

Contra-pondo-se à referida teoria, Leal entender ser ela:

[...] insatisfatória para a compreensão da teoria democrática do direito, que se propõe a uma reconstrução jurídica da normatividade pela razão jurídico-crítica teorometodológica (POPPER) que não é preservadora axiológica da vida social pela filosofia do sujeito julgador ou decisor em qualquer segmento da estabilidade. (LEAL, 2016b, p. 145-146).

O processo em Guasp corresponde, portanto, a uma instituição responsável por garantir a paz, o equilíbrio e a estabilidade a partir de comportamentos padronizados, em observância da satisfação de uma pretensão.

### **3.2.6 Teoria do processo como procedimento em contraditório**

Os primeiros estudos que distinguiram processo de procedimento tiveram início com o processualista italiano Elio Fazzalari<sup>11</sup>. Para o citado jurista, o processo não é “mera sequência,

---

<sup>11</sup> Leal explica que, em Fazzalari, “não é o contraditório um dos elementos institutivos do processo, mas o processo é que seria aristotelicamente uma qualidade do procedimento (gênero) que se transmutava em processo (espécie). Também era preciso investigar o instituto (princípio) do contraditório para buscar sua correlação com a ampla



direção ou finalidade dos atos praticados pelas partes ou pelo juiz, mas pela presença do atendimento do direito ao contraditório” (LEAL, 2016a, p. 87).

Contraopondo-se a Bülow, o qual via processo e procedimento como semelhantes, Fazzalari atribui nova afeição à noção de procedimento para posteriormente chegar a sua teoria:

[...] Fazzalari elabora uma distinção entre processo e procedimento com base na relação gênero-espécie. Atribuindo ao procedimento um conceito próprio para, após, discorrer sobre o processo, nega parâmetros relacionados aos escopos de um e de outro como referenciais de distinção. Em lugar de critérios teleológicos, utiliza-se do critério que chama de lógico. (LEAL; ARAÚJO, 2016, p. 143).

Nesse sentido, Fazzalari distinguiu processo de procedimento preconizando que:

[...] o procedimento não era uma espécie, mas um gênero constituído de uma lógica estrutural que se expressava por uma técnica comum: a sequência de atos jurídicos lineares e sucessivos, a qual se legalmente modulada pelo contraditório, matar-se-ia na espécie PROCESSO (LEAL, 2015, p. 3).

Em Fazzalari, portanto, o procedimento passa a ser compreendido como uma sequência de atos jurídicos em que esses “atos vão se ligando uns aos outros, de modo que o cumprimento do primeiro é pressuposto para a validade do segundo e assim sucessivamente, até se chegar ao ato final” (LEAL; ARAÚJO, 2016, p. 143).

Conforme Flaviane Barros, o procedimento em Fazzalari comporta-se em uma “sequência de normas, atos e posições subjetivas, que se encadearão até a realização do ato final, na qual a norma precedente – que estabelece uma conduta valorada como lícita ou devida – é pressuposto para realização da consequente” (BARROS, 2003, p. 4).

Destarte, segundo palavras de Fazzalari, o processo é compreendido como um “procedimento do qual participam (são habilitados a participar) aqueles em cuja esfera jurídica a ato final é destinado a desenvolver efeitos: em contraditório e de modo que o autor do ato não possa obliterar as suas atividades” (FAZZALARI, 2006, p. 119).

Nesse sentido, conclui-se que, sendo o processo espécie e o procedimento gênero, tem-se que aquele corresponde ao contraditório em simétrica paridade entre as partes, conforme se extrai da seguinte passagem da obra de Fazzalari:

[...] a estrutura dialética do procedimento, isto é, justamente, o contraditório.

Tal estrutura consiste na participação dos destinatários dos efeitos do ato final em sua fase preparatória; na simétrica paridade das suas posições; na mútua implicação das suas atividades (destinadas, respectivamente, a promover e impedir a emanção do provimento); na relevância das mesmas para o autor do provimento; de modo que cada contraditor possa exercitar em conjunto – conspícuo ou modesto, não importa – de

---

defesa, não podendo a isonomia significar apenas simétrica paridade de tempo de fala entre partes e de estarem elas presencialmente no procedimento e dele participarem por si ou representadas” (LEAL, 2013, p. 39).

escolhas, de reações, de controles, e deva sofrer os controles e as reações dos outros, e que o autor do ato deva prestar contas dos resultados. (FAZZALARI, 2006, p. 120).

As partes são antagônicas, sendo que autor e réu devem ser tratados da mesma maneira, propiciando a elas igual participação na relação processual. Nesse sentido assevera Barros:

O processo, como procedimento em contraditório, exige que os interessados e os contra-interessados – entendidos como os sujeitos do processo que suportarão o resultado favorável ou desfavorável do provimento – participem em simétrica paridade do *iter* procedimental, para a formação do provimento. (BARROS, 2003, p. 6).

Segundo Leal:

Em Fazzalari, por ser o contraditório uma qualidade transformadora do procedimento em processo, ainda assim, embora auxilie a aprendizagem da teoria do direito democrático, nos remete a uma cogitação aristotélico-essencialista que lhe retira a racionalidade explicativa de como é institucionalizado o princípio do contraditório para que este adquira forças transmutativa do procedimento em processo quando não apoiada numa coercitividade autopoietica de cunho meramente legalista e própria do Estado burguês de direito. (LEAL, 2016b, p. 146).

Importa ressaltar que os não adeptos da teoria fazzalariana entendem que a presença do contraditório no processo poderia proporcionar interpretações adequadas quanto aos ideais de democraticidade se Fazzalari não houvesse previsto a figura do juiz acima das partes.

### 3.2.7 Teoria constitucionalista do processo<sup>12</sup>

Em continuação à breve descrição das teorias sobre o processo acolhidas pela doutrina jurídica brasileira, aborda-se, neste tópico, a teoria constitucionalista do processo.

O modelo constitucionalizado de processo, que deu origem à teoria ora abordada, foi influenciado pelos estudos dos processualistas italianos Ítalo Andolina e Giuseppe Vignera<sup>13</sup> e elaborado por José Alfredo de Oliveira Baracho na clássica obra *Processo Constitucional*, publicada em 1984 (BARACHO, 1984).

A base de sustentação do processo constitucionalizado está no devido processo legal, ou devido processo constitucional, que se forma, precipuamente, pelo direito de ação, compreendida esta como o direito de obter do Estado a prestação jurisdicional por meio da jurisdição, pelo direito à ampla defesa, com todos os meios a ele inerentes; pelo direito à defesa técnica produzida por um advogado; pela garantia à não surpresa e à coparticipação no processo

<sup>12</sup> Este tópico foi desenvolvido em sua maior parte com base em artigo escrito pela autora, juntamente com Sérgio Henrique Zandona Freitas e Felipe de Almeida Campos, para o ... (FREITAS; MARIA, CAMPOS, 2016a).

<sup>13</sup> Consulte-se, a esse respeito: ANDOLINA, Ítalo; VIGNERA, Giuseppe. **I fondamenti costituzionali della giustizia civile**. Torino: G. Giappichelli, 1997.

na construção do provimento, por meio do contraditório; pelo direito à ampla produção probatória; pela garantia do juiz natural; pela revisão das decisões por um órgão colegiado, consecutório do duplo grau de jurisdição; e pela garantia de tratamento isomênico aos sujeitos do processo.

Em importante lição sobre o tema, Leal ensina que:

O instituto do devido processo legal define-se pela coexistência dos princípios da ampla defesa (necessariamente aqui incluído o direito ao advogado) e do contraditório, acrescentando-se o da isonomia à configuração constitucional da instituição do processo. (LEAL, 2016a, p. 52).

O devido processo legal atende ao artigo 8º da Declaração Universal dos Direitos Humanos, ao consagrar que: “toda a pessoa tem direito a recurso efectivo para as jurisdições nacionais competentes contra os actos que violem os direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição ou pela lei” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948).

Segundo Baracho, “o processo constitucional não é apenas um direito instrumental, mas uma metodologia de garantia dos direitos fundamentais” (BARACHO, 2008, p. 47).

Para tanto, Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias ensina que os direitos fundamentais foram reconhecidos tanto nos textos constitucionais quanto em normas infraconstitucionais, permitindo a garantia das liberdades individuais contra quaisquer abusos advindos do poder estatal (DIAS, 2012, p. 70). Segundo o autor, “os direitos fundamentais são os direitos humanos expressamente enumerados e declarados no ordenamento jurídico-constitucional” (DIAS, 2012, p. 72).

Acresce Baracho que as instituições estruturais do processo constitucional são representadas pela jurisdição, ação e processo de maneira a salvaguardar a efetivação dos direitos essenciais (BARACHO, 2008, p. 47).

Esclarece Dias quanto aos direitos essenciais que:

Há consenso doutrinário no sentido de que os direitos essenciais do ser humano inerentes à vida, à liberdade, à dignidade, à igualdade, à segurança, ao valor e à natureza da própria condição humana, encarados na perspectiva espiritual, corpórea e social, os chamados direitos humanos ou direitos do homem [...] devem ser reconhecidos pelo Estado Democrático de Direito ao povo, de sorte a limitar o poder estatal. (DIAS, 2012, p. 67).

Acentue-se que a inserção da jurisdição no rol dos direitos fundamentais a define como um direito fundamental do povo, sendo a ação um direito constitucional de petição e o processo uma garantia constitucional.

Quanto às garantias processuais constitucionais, elenca-se a principiologia do devido processo legal como a mais importante garantia constitucional, confirmando e justificando a

afirmação feita alhures de que devido processo legal é a base de sustentação da teoria do processo constitucional.

Esclarece Leal que muito se define o instituto do devido processo legal como garantia constitucional, ora em sentido material, ora em sentido processual (LEAL, 2000, p. 267). Segundo o autor, o devido processo constitucional constitui-se em uma garantia (como dever do Estado) de realização dos modelos procedimentais no plano constituinte, mediante a presença do contraditório, observância da ampla defesa, isonomia, direito ao advogado, gratuidade de jurisdição nas hipóteses de existência de conflito ou contenciosidade de direitos pretendidos (LEAL, 2000, p. 277).

Freitas, em relação ao assunto, adverte que:

O devido processo legal (estrutura normativa metodológica) pode ser melhor compreendido em conjunto com o devido processo constitucional (disciplina constitucional principiológica), que representam os pilares do Estado Democrático de Direito, inadmitindo o fato de o processo ser instrumento para a realização da justiça entre os homens, já que os provimentos estatais só serão considerados legítimos quando construídos em participação isonômica, em contraditório e em ampla defesa, pelos seus próprios destinatários (FREITAS, 2014, p. 83).

Observa-se que o devido processo legal é mais bem compreendido quando posto junto ao devido processo constitucional. Salienta-se a compreensão do devido processo legal como a devida aplicação da lei processual, enquanto que por devido processo constitucional entende-se a devida aplicação do processo constitucional instituído pelo povo.

A jurisdição constitucional afirma-se pelo processo constitucional que se define como um “ser jurídico perpétuo (instituição legal) nas democracias plenas” (LEAL, 2000, p. 279). O devido processo legal constitui-se, em consequência, em uma extensão e um “dever-ser posto pelo processo constitucional” (LEAL, 2000, p. 279).

Pelo devido processo legal, qualquer pessoa que se sentir ameaçada ou lesada em seu direito pode ingressar em juízo, exercendo seu direito de ação, na expectativa de ver satisfeita a tutela pretendida. Nesse sentido, Dias assevera que:

A mais importante das garantias processuais constitucionais é o devido processo legal, que, sob interpretação lógico-sistemática das normas do art. 5º, inciso II, XXXV, XXXVII, LII, LIV, LV e LXXVIII, do art. 93, incisos IX e X, e dos arts. 133 e 134, todos da Constituição Federal, deve ser compreendido como um bloco aglutinante e compacto de vários direitos e garantias fundamentais e inafastáveis ostentados pelas pessoas nas suas relações com o Estado, quais sejam: a)- dentro de amplo acesso à jurisdição, prestada pelo Estado dentro de um tempo útil ou lapso temporal razoável; b)- garantia do juízo natural; c)- garantia do contraditório; d)- garantia de plenitude da defesa, com todos os meios e recursos a ela (defesa) inerentes, aí incluído, também, o direito da parte à produção da prova e à presença do advogado ou do defensor público; e)- garantia da fundamentação racional das decisões jurisdicionais, com base

no ordenamento jurídico vigente (reserva legal); f)- garantia de um processo sem dilações indevidas. (DIAS, 2012, p. 73).

Nessa esteira, Baracho aponta que o processo constitucional comporta requisitos processuais específicos advindos da conceituação e legitimação das partes, além de instrumentos de proteção como *habeas corpus*, *habeas datas*, ação de inconstitucionalidade, ação direta de declaração de inconstitucionalidade e mandado de segurança, de maneira a assegurar as garantias fundamentais e a proteção da tutela pretendida (BARACHO, 2008, p. 48).

Com isso, extrai-se que no processo constitucionalizado as partes se tornam sujeitos processuais ativos na construção da decisão judicial, num contexto processual de atenção às garantias constitucionais e de efetiva participação.

### 3.2.8 Teoria neoinstitucionalista do processo

A teoria neoinstitucionalista do processo é uma teoria pós-moderna, desenvolvida por Rosemiro Pereira Leal, segundo a qual há, no processo, uma atuação “crítico-participativa das partes juridicamente legitimadas à instauração de procedimentos em todos os domínios da jurisdição” (LEAL, 2016a, p. 91).

Tal teoria traz um novo conceito de processo, sem qualquer relação com as demais teorias do processo. Segundo seu autor, o processo se impõe por uma ligação teórica com a cidadania constitucionalmente assegurada, tornando o princípio da reserva legal do processo o ponto fundamental da previsibilidade das decisões (LEAL, 2016, p. 91).

Ainda segundo Leal, o processo assume uma perspectiva de instituição até então não mencionada nas concepções anteriores:

O processo, nessa perspectiva, é a **instituição jurídico-linguística fiscalizatória de todo o sistema procedimental institucionalizado** que, movimentada pelos legitimados processuais (toda a comunidade jurídica), confere efetividade à teologia da estabilidade processualmente institucionalizada nos níveis instituinte, constituinte e constituído de direitos (LEAL, 2013, p.40; grifos nossos).

Em apresentação à obra de Rosemiro Pereira Leal *A teoria neoinstitucionalista do processo: uma trajetória conjectural*, André Cordeiro Leal explica acerca da referida teoria:

O que se vê da proposição neoinstitucionalista do processo aqui e em outros textos é uma preocupação permanente em falsear vertentes “culturalistas (sociologistas) em seus variados saberes e especialidades acadêmicos dos positivistas” por uma impressionante esforço epistemológico bem-sucedido de construção de critérios de demarcação da objetividade decisória a tornar obsoletos, para o direito democrático, os apelos à tradição e à autoridade (subjetividade sapientes) que ainda povoam (ou

assombram), explícita ou implicitamente, o direito dogmatizado (ideologizado) – o que permite ao autor ruptura com as idealidades (imaginários) do Estado Liberal e do Estado Social de Direito, ambas ainda impregnadas e reprodutoras de sua insistentemente esquecida violência fundante (LEAL, 2013, p. XII-XIII).

Para o referido autor, a teoria neoinstitucionalista busca envolver os direitos fundamentais do contraditório, ampla defesa e isonomia como principiologia jurídica regente da procedimentalidade democrática como desdobramento jurídico paradigmático do Estado Democrático de Direito (LEAL, 2008, p. 138-139).

Nessa teoria, o contraditório de Fazzalari ganha outra dimensão, assim como a atuação das partes dentro da relação processual. A autoridade do juiz passa a ser questionada, e a participação de autor e réu é sugerida para a construção da decisão final.

Distinguindo sua teoria da proposta fazzalariana, Rosemiro Pereira Leal discorre quanto à presença do contraditório no processo:

Em 1999 publiquei a primeira edição de minha Teoria Geral do Processo, em que, embora ressaltando a grandeza e o destemor da inteligência do eminente

processualista italiano Elio Fazzalari, ao pioneiramente desenvolver sua instigante e singular **teoria do processo** que se desgarrava do instrumentalismo da escola bülowiana e de seus adeptos, ressalvei que se impunha alçar a teoria fazzalariana, por outra vertente epistemológica, ao bojo de uma nova teoria da constitucionalidade com vistas a liberar a garantia fundamental do contraditório, que em sua teoria estava, a meu ver, confinada na relação processo-procedimento de tal sorte que, à existência do processo, seria indispensável que os procedimentos legalmente criados já trouxessem, de modo imanente, o atributo do dever da oferta do contraditório. Assim, em Fazzalari, não é um contraditório um dos elementos institutivos do processo, mas o processo é que seria aristotelicamente uma qualidade do procedimento (gênero) que se transmutava em processo (espécie). (LEAL, 2013, p. 39, grifos no original).

Para o autor, o contraditório consiste em um elemento institutivo do processo, portanto, não deve ser entendido pela ciência processualista apenas como um dizer e contradizer que insta apenas no preenchimento de formalidades do procedimento, e, assim, distingui-lo de processo (LEAL; ARAÚJO, 2016, p. 147-148).

Comparando sua teoria à teoria constitucionalista do processo, Leal aponta a construção de uma teoria da constituição como ponto de divergência entre ambas:

O que distingue a **teoria neoinstitucionalista do processo**, que criei, da teoria constitucionalista que entende o processo como modelo construído no arcabouço constitucional pelo diálogo de especialistas (numa Assembleia ou Congresso Constituinte representativo do povo estatal) é a proposta de uma **teoria da constituição** egressa de um espaço processualizado em que o **povo total** da Comunidade Política é, por direito de ação coextenso ao procedimento, a **causalidade** dos princípios e regras de criação, alteração e aplicação de direitos. (LEAL, 2016a, p. 90, grifos no original).

A teoria neoinstitucionalista do processo se afasta da tradicional dogmática jurídica construída em torno de um diálogo restrito dos envolvidos e parte para a busca de uma reflexão inovadora do pensamento jurídico, o qual preza pelo rompimento da figura da autoridade, seja ela em qual esfera estiver.

Em uma visão neoinstitucionalista do processo, em que se almeja a participação de todos dentro de uma lógica processual, entender o processo como instrumento da jurisdição é se posicionar de maneira desigual e submissa ao magistrado na relação processual.

Em reprimenda a esse solipsismo<sup>14</sup> da autoridade judicial, Leal define a atual principiologia da ciência do Direito como sendo:

[...] a rampa de decolagem do imaginário judicante que põe o juiz numa espreita luzidia das intrínsecas e obscuras imperfeições da lei como pretexto alado para seus vãos divinatórios na solução dos conflitos humanos a que nenhum outro intérprete poderia arrostar neste cativo universo da **decisibilidade** (LEAL, 2016b, p. 62, grifo no original).

Como bem assevera o referido autor, “a Ciência Dogmática do Direito ainda dorme ninada nos braços e abraços de gerações seculares de julgadores nostálgicos cujo saber é retirado do seu poder de decidir” (LEAL, 2016b, p. 245).

Leal compreende que não basta,

[...] positivar um modelo de processo assegurado na constitucionalidade por uma jurisdição exercitada por juízes como guardiões de direito fundamentais ou depositários públicos desses direitos, porque o que vai designar a existência do status democrático de direito é a autoabertura irrestrita a que o ordenamento jurídico se permite ao oferecer legalmente a todos o exercício da racionalidade crítica à fiscalização (correição) processual continuada para a construção, reconstrução, atuação e aplicação do direito vigorante. (LEAL, 2016b, p. 147).

Portanto, para Rosemiro Pereira Leal e seus adeptos, a teoria neoinstitucionalista do processo vem no sentido de responder às angústias encontradas no Direito Processual pós-moderno, geradas por uma visão instrumentalista do processo que deixa a desejar; vem para incentivar a participação de todos desde as bases instituintes do Direito.

Imperioso, portanto, dissertar acerca dos princípios institutivos do processo no intuito de fortalecer o entendimento do processo como instituição jurídica, estabelecido por Rosemiro Pereira Leal, a partir da sua teoria neoinstitucionalista do processo.

---

<sup>14</sup> Segundo Lênio Luiz Streck, “o solipsismo é um engodo teórico; ele existe difusamente num imaginário que se constituiu a partir da modernidade” (STRECK, 2015, p. 42).

### 3.3 Princípios institutivos do processo a partir da teoria neoinstitucionalista do processo

Reitera-se aqui os princípios institutivos do processo, elencados pela teoria neoinstitucionalista do processo: contraditório, isonomia e ampla defesa, que, devido a seu caráter jurídico-existencial, merecem estudo particularizado para a compreensão do Estado Democrático de Direito.

Tais princípios são “referentes lógico-jurídicos, sem os quais não se definiria o processo em parâmetros modernos de direito-garantia constitucionalizada pelo exercício de direitos fundamentais pela procedimentalidade instrumental das leis processuais” (LEAL, 2016a, p. 98).

Frisam-se as palavras do autor da teoria neoinstitucionalista do processo quanto aos mencionados princípios no bojo de sua teoria:

Nessa teoria, o processo é uma instituição (linguístico-autocrítico-jurídica) coinstitucionalizante e coinstitucionalizada (constitucional) que se enuncia **propositalmente pelos institutos (princípios normados) do contraditório-vida, ampla defesa-liberdade, isonomia-dignidade (igualdade)**. Essa **biunivocidade** se apresenta como direitos fundamentais fundantes do sistema, líquido, certo e exigíveis, consoante posto, em caráter pré-cógnito, no bojo do sistema jurídico. (LEAL, 2013, p. 40, grifos acrescidos).

Quanto ao devido processo, que na visão neoinstitucionalista consiste em uma instituição constitucionalizada, este se compõe da junção dos já citados princípios, além do direito ao advogado e à gratuidade procedimental (LEAL, 2016a, p. 91). Sendo assim, a abordagem, mesmo que sucinta, dos referidos princípios faz-se necessária à procedimentalidade e decidibilidade (administrativa ou judicial) em face da democraticidade.

#### 3.3.1 Princípio do contraditório

Por meio da leitura do inciso LV do artigo 5º, da CR/88, extrai-se que o contraditório representa um princípio constitucional, que, conforme Leal, “atua como referente infestável da leitura do Código de Processo Civil e de legislação procedimental no plano infraconstitucional” (LEAL, 2002, p. 102).

O referido autor entende que o contraditório, por ser um “componente de uma estrutura jurídico institucional, passa a impor, *per se*, modificações à própria ideia de Processo” (LEAL, 2002, p. 103).

No mesmo sentido já havia assinalado Aroldo Plínio Gonçalves ao atribuir importância ao princípio do contraditório, afirmando que “a diferença específica entre procedimento geral, que pode ou não se desenvolver como processo, e o procedimento que é processo, é a presença



neste do elemento que o especifica: **o contraditório**” (GONÇALVES, 2012, p. 56, grifo acrescido).

Leal define o referido princípio como um:

[...] referente lógico-jurídico do processo constitucionalizado, traduzindo, em seus conteúdos, a dialogicidade necessária entre interlocutores (partes) que se postam em defesa ou disputa de direitos alegados, podendo, até mesmo, exercer a liberdade de nada dizerem (silêncio), embora tendo **direito-garantia** de se manifestarem. Daí o direito ao contraditório ter seus fundamentos na liberdade jurídica tecnicamente exaurida de contradizer, que, limitada pelo tempo finito (prazo) da lei, converte-se em ônus processual se não exercida. (LEAL, 2016a, p. 99, grifo no original).

Em busca de uma visão mais contemporânea e que preze pela redução dos conflitos, e assim do sofrimento humano, entende que “a oferta do contraditório não gera direito fundamental, se o próprio contraditório não é acolhido para realizar o direito à ‘vida humana’ (digna)” (LEAL, 2013, p. 10-11).

Portanto, o contraditório importa em ser um elemento institutivo do processo como princípio configurador das bases democratizantes para a construção da ciência jurídica e da afirmação dos ideais basilares de um modelo constitucional pautado em direitos e garantias.

### 3.3.2 *Princípio da isonomia*

Quanto ao princípio da isonomia, em sua visão neoinstitucionalista, Leal explica que:

[...] é direito-garantia hoje constitucionalizado em vários países de feições democráticas. É referente lógico-jurídico indispensável do procedimento em contraditório (**processo**), uma vez que a liberdade de contradizer no Processo equivale à **igualdade temporal** de dizer e contradizer para a construção, entre partes, da estrutura procedimental. (LEAL, 2016a, p. 99, grifos no original).

O autor também analisa a distinção entre isonomia e simétrica paridade, elencando a isotopia, a isomenia e a isocrítica como componentes da isonomia:

[...] **isonomia** não significa somente simétrica paridade de tempo (prazo) de fala entre as partes, mas se decompõe pelos direitos à **isotopia** (postulações e decisões em língua compreensível, ainda que por tradução, para todos os “sujeitos” do procedimento), à **isomenia** (igual direito de interpretação para todos: deriva-se daqui a dignidade (cidadania) que é o direito fundamental de autoilustração sobre os fundamentos do sistema jurídico prático) e à **isocrítica** (que é o direito de propugnar a modificação ou extinção de normas) (LEAL, 2013, p. 11, grifos do original).

Ressalte-se quanto ao princípio da isonomia que ele remete à noção de dignidade entre as partes processuais, compreendendo um elemento institutivo assegurador da igualdade da realização dos atos do processo.

### **3.3.3 Princípio da ampla defesa**

Conforme ensinamento de Leal, o princípio da ampla defesa compreende uma coextensão dos princípios do contraditório e da isonomia, localizando a defesa nos limites temporais do procedimento em contraditório (LEAL, 2016a, p. 100).

Ainda baseando-se nos ensinamentos de Leal, destaca-se que, ao se “assegurar a ampla defesa como direito fundamental, assegura-se o direito de argumentação das minorias no mesmo espaço-temporal procedimental processualizado das minorias e vice-versa” (LEAL, 2013, p. 73).

Nos dizeres de Freitas, o princípio da ampla defesa “regula as relações existentes entre os interessados e o julgador, até que este último explicita a decisão (administrativa ou judicial) tutelando os afetados litigantes, por meio da atividade realizada no curso do procedimento” (FREITAS, 2014, p. 85).

Nesse sentido, a ampla defesa deve ser compreendida em sua amplitude como um princípio de composição ao devido processo legal que garante a defesa dos destinatários envolvidos na relação jurídica, em observância e respeito ao tempo e modo para execução da defesa.

## **3.4 O Estado Democrático de Direito**

A formação do Estado Democrático de Direito é resultado de uma evolução histórica de superação do Estado de Polícia, do Estado Liberal e do Estado Social, de modo a romper com os elementos constituintes desses modelos de Estado, que se mostraram obsoletos diante da dinâmica social.

Como característica do Estado de Polícia encontra-se a soberania do monarca, que se misturava às concepções religiosas da época, conforme salienta Dias:

[...] a extensão do poder soberano ao âmbito religioso, assim exercendo autoridade eclesiástica, a assunção pelo Estado, no plano teórico, da promoção, e a configuração do Estado desvinculada do moderno constitucionalismo, designando a expressão polícia a administração interna. (DIAS, 2012, p. 49).

As monarquias daquele período centravam-se na figura da polícia e da soberania, que concedia ao príncipe o poder absoluto e determinava a subordinação dos súditos (DI PIETRO, 2012, p. 6).

Em substituição ao Estado de Polícia surgem os ideais de liberalismo. Instaura-se o “Estado de Direito”<sup>15</sup>, estruturado sobre os princípios da legalidade, igualdade e separação de poderes, todos objetivando assegurar a proteção dos direitos individuais, não apenas nas relações entre particulares, mas também entre estes e o Estado” (DI PIETRO, 2012, p. 8).

Nessa segunda etapa do Estado Moderno, ocorre a substituição da vontade do rei pela lei como manifestação da vontade geral. Registra-se, ainda, a separação dos poderes, momento em que se retira do Executivo a função de ditar leis, cabendo a ele apenas os atos singulares previstos em lei (DI PIETRO, 2012, p. 9).

Em reação ao liberalismo, consolida-se após a Segunda Guerra Mundial o chamado Estado Social, momento em que governo e sociedade passam por importantes mudanças. A solidariedade e o pensamento no bem comum somam-se às normas hierárquicas do Estado e às regras descentralizadas do mercado, marcando tal paradigma (HABERMAS, 1995, p. 108).

Quanto à formação do Estado Social, Di Pietro explica que:

Já em meados do século XIX começaram as reações contra o Estado Liberal. A abstenção do Estado acabou por gerar consequências funestas no âmbito econômico e social; as grandes empresas vão transformando-se em grandes monopólios e aniquilando as de pequeno porte; surge uma nova classe social – o proletariado – em condições de miséria, doença, ignorância, que tende a acentuar-se com o não intervencionismo estatal. Os princípios do liberalismo, voltados para a proteção da liberdade e igualdade, mostram-se insuficientes para debelar a profunda desigualdade que geraram. [...] Consolida-se, após a Segunda Guerra Mundial o Estado Social [...]. Não mais se pressupõe a igualdade entre os homens; atribui-se ao Estado a missão de buscar essa igualdade; para atingir essa finalidade, o Estado deve intervir na ordem econômica e social para ajudar os menos favorecidos; a preocupação maior desloca-se da liberdade para a igualdade. (DI PIETRO, 2012, 15-16).

Não obstante, as insuficiências advindas do Estado Social impulsionaram alterações de cunho político e jurídico no sentido de criar uma concepção que melhor atendesse aos ideais de democraticidade, conforme salienta Freitas:

[...] o Estado social não ficou imune às crises, vez que o discurso assistencialista não conseguia encobrir a insuficiência de recursos do Estado para atender todas as demandas sociais e econômicas da complexa sociedade moderna, o que ensejou releitura dos postulados adotados. (FREITAS, 2014, p. 67).

A superação do modelo do Estado Social também é objeto de comentários de Lênio Luiz Streck, que assevera quanto ao Estado Democrático de Direito:

É preciso ter claro que o Estado Democrático de Direito é um novo paradigma porque foi engendrada, no campo do direito constitucional e da ciência política, uma nova legitimidade, no interior da qual o direito assume a tarefa de transformação, até mesmo uma face da crise do modelo de Estado Social, onde as políticas públicas

<sup>15</sup> Di Pietro (2012, p. 8) explica que a garantia das liberdades individuais, neste momento, passou para a atribuição da ciência do Direito, por isso chama-se o período de Estado de Direito.

começaram a se tornar escassas, questão que colocava em risco a realização dos direitos fundamentais. Daí que se altera a configuração do processo de legitimação: ao contrário das Constituições liberais ou meramente sociais, a legitimidade, agora advém da própria Constituição (Villalón), que exsurge de um processo de refundação da sociedade. (STRECK, 2014, p. 167).

Para o referido autor, “o advento do Estado Democrático de Direito representa um salto e um *plus* (normativo e qualitativo) sobre o modelo anterior de Estado-Intervencionista” (STRECK, 2014, p. 168).

O Estado Democrático de Direito se consolida “constitucionalmente na legitimidade do domínio político e na legitimação do exercício do poder pelo Estado assentados unicamente na soberania e na vontade do povo” (DIAS, 2012, p. 64).

Rompendo com as concepções liberais e submetendo o Estado ao Direito e não à lei, o Estado Democrático de Direito desponta constituindo-se de dois aspectos fundamentais ao ideal democrático, quais sejam: o da participação popular (Estado Democrático) e o da justiça material (Estado de Direito) (DI PIETRO, 2012, p. 26).

A atual Constituição brasileira<sup>16</sup>, em seu artigo 1º, afirma que o Brasil se constitui em um Estado Democrático de Direito, e tem como fundamentos desse modelo federativo a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político.

Anteriormente ao parágrafo 1º, já em seu preâmbulo, a Constituição afirma a instituição de um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. (BRASIL, 1988).

A Constituição Brasileira de 1988 (CR/88), portanto, confirma a adesão do Brasil ao modelo do Estado Democrático de Direito, trazendo em seu bojo a participação popular de maneira “ostensiva e preponderante na resolução dos problemas e questões nacionais” (DIAS, 2012, p. 64), conforme ideais democráticos.

Da leitura do artigo 3º do referido diploma legal, extrai-se que são objetivos fundamentais dessa República Federativa a construção uma sociedade livre, justa e solidária, a

---

<sup>16</sup> Menciona-se a adesão de outras Constituições, além da brasileira, para a concepção do Estado Democrático de Direito, como a alemã (de 1949), a espanhola (de 1978), a portuguesa (de 1976). Para um estudo mais detalhado, vide Di Pietro (2012, p. 27-28).

garantia do desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e da marginalização, além da redução das desigualdades sociais e regionais e a promoção do bem de todos (BRASIL, 1988). Assim, parece “não haver dúvida alguma de que o sistema de direitos fundamentais se converteu no núcleo básico do ordenamento jurídico brasileiro” (CITTADINO, 2002, p.25).

Segundo Renato Lessa, “a leitura do Preâmbulo e dos títulos iniciais da Constituição de 1988 deixa entrever na sua feitura o esforço de positivação de ‘valores supremos’” (LESSA, 2008, p. 382).

Portanto, o conceito de direitos fundamentais do homem não remete a uma esfera privada contraposta à atividade pública como simples limitação da atividade estatal, sendo, entretanto, uma restrição imposta pela soberania popular aos poderes próprios do Estado que dela dependam (CITTADINO, 2002, p. 31).

O Estado Democrático de Direito, conforme texto constitucional, visa assegurar e garantir o exercício dos direitos fundamentais, o respeito pelos direitos humanos e o zelo por uma sociedade igualitária, harmônica, livre e participativa.

Nesse sentido, faz-se menção às palavras de Rosemiro Pereira Leal quanto ao modelo do Estado Democrático de Direito:

Ao povo, num Estado Democrático de Direito, não cabe mobiliza-se para conferir maiores poderes ao Judiciário com vistas a realizar justiça, porque a democracia não se apoia na taumaturgia do reforço ao idealismo mítico, mas no indubitado asseguramento, numa proposição coconstitucionalizante explícita, do devido processo em forma isonômica de inserção imperativa do julgador como um dos elementos figurativos procedimentais, em conjunto com as partes, na rede da normatividade procedimental, a fim de se buscar uma decisão preparada pelo compartilhamento estrutural de todos os sujeitos do processo, segundo o modelo do devido processo legal, que é instrumento de legitimidade (relativização argumentativa) dos conteúdos da decisibilidade no direito democrático. (LEAL, 2016b, p. 117).

Não obstante, observa-se que a realidade brasileira caminha em um sentido contrário às diretrizes básicas estabelecidas no texto normativo pátrio.

Ilustrando o dito, Streck entende que:

[...] os preceitos fundamentais que apontam para o acesso à justiça continuam ineficazes (basta lembrar, exemplificadamente, afora a “crônica de uma morte anunciada” ocorrida com o mandado de injunção, que a arguição de descumprimento de preceito fundamental somente foi regulamentada onze anos depois da promulgação da CF); no âmbito do parlamento, aprovam-se leis por voto de liderança; um voto de um eleitor de uma pequena unidade federativa chega a valer dezesseis vezes o voto de um cidadão das unidades federativas maiores, fazendo com que a maioria se transforme em minoria, a partir de uma estranha matemática eleitoral [...]. (STRECK, 2014, p. 190).

Observa-se, ainda, um retrocesso ao Estado Liberal e ao Estado Social nas sociedades atuais. Conforme Ingeborg Maus, as estruturas jurídicas dizem “respeito, atualmente, tanto a

sistemas liberal-democráticos nos quais o Estado é acometido cada vez mais por management situacional de crises ou prevenção de modelos clássicos de juridicização, assim como sociedades socialistas” (MAUS, 2009, p. 285-286).

Maus, em crítica aos resquícios deixados pelo modelo liberal e social no Estado Democrático de Direito, afirma que:

As condições gerais interpretadas nessa estrutura jurídica são prejudiciais à forma de trabalho de instituições democráticas, assim como ao controle jurisdicional de administração, que também já foram introduzidos nos Estados socialistas, e necessitam de uma reflexão crítica. (MAUS, 2009, p. 286).

As deficiências que emergem do modelo de Estado Democrático de Direito perante a sociedade brasileira são inúmeras, não comportando o presente estudo abordá-las. Insta apenas mencionar a importância da criação da CR/88 e, assim, do surgimento do Estado Democrático de Direito para o Direito Administrativo, sobretudo para a processualidade administrativa.

### **3.5 A processualidade no âmbito do Direito Administrativo**

Adentrando na esfera do Direito Administrativo especificamente, as garantias constitucionais trazidas no texto pátrio vigente permitem o movimento de aproximação entre Administração Pública e administrado e afastam a concepção liberal, na qual se observou que “o Estado era chamado a intervir apenas nos casos em que havia excessos por parte dos particulares; contudo, quando atuavam valia-se de meios autoritário, que não cogitavam da participação dos cidadãos” (GUIMARÃES, 2010, p. 80).

Retomando a concepção do Estado Liberal, salienta-se que:

[...] nada restava para o processo administrativo, pois não se cogitava de qualquer espaço de mediação jurídica entre o ato e os elementos que lhe seriam prévios. Vigia neste período uma marcante separação entre a sociedade civil e o campo reservado ao Estado, derivando daí uma concepção agressiva relativa à função administrativa. (GUIMARÃES, 2010, p. 80).

Não se concedia ao particular o direito de intervir na atividade administrativa, o que cerceava a participação dos destinatários e, assim, a amplitude hodierna do processo administrativo. Além disso, o administrador limitava-se ao previsto em lei, tendo o processo administrativo apenas o condão de evitar eventuais abusos da atividade administrativa.

A passagem do Estado Liberal para o Estado Social trouxe novos contornos, entretanto o Estado Social não resultou “na formação democrática dos objetivos da Administração, continuando os particulares fora da dinâmica interna da formação da vontade administrativa” (GUIMARÃES, 2010, p. 85).

A partir da superação do Estado Social é que a participação do particular na atividade estatal inicia-se. Um novo Estado, o Estado Democrático de Direito, marca este momento:

Apenas com a consagração dos ideais da participação administrativa democrática é que de fato passa a se admitir – ao menos em tese – a efetiva ingerência dos particulares na formação da vontade estatal. Todavia, tais cogitações já são próprias de um outro modelo de Estado, referido usualmente pela doutrina como “Pós-Social”. (GUIMARÃES, 2010, p. 85).

A participação democrática ganha destaque nesse modelo do Estado Democrático de Direito. Ressalta-se aqui a participação administrativa democrática, que passa a ser prevista em vários dispositivos do texto constitucional pátrio, conforme elenca Di Pietro:

- a) direito à informação (artigo 5º, XXXIII), indispensável para a defesa de direitos individuais e coletivos;
- b) mandado de injunção (artigo 5º, LXXI);
- c) ação popular (artigo 5º, LXXIII);
- d) habeas data (artigo 5º, LXXII);
- e) participação dos trabalhadores e empregados nos colegiados dos órgãos públicos em que seus interesses profissionais ou previdenciários sejam objeto de discussão e deliberação (artigo 10);
- f) publicidade dos atos da Administração Pública (artigo 37), na qual está inserida implicitamente a exigência de motivação de todas as decisões administrativas, como medida indispensável para o controle exercido pelos próprios órgãos públicos, mas também interessados;
- g) realização facultativa de audiências públicas, pelas Comissões do Congresso Nacional, como setores da sociedade civil (art. 58);
- h) direito de o cidadão denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas (artigo 74, § 2º);
- i) participação do produtor e trabalhador rural no planejamento e execução da política agrícola (artigo 187);
- j) participação da sociedade e dos Poderes Públicos nas iniciativas referentes à seguridade social (artigo 194);
- l) carácter democrático e descentralizado da gestão administrativa, com participação da comunidade, em especial de trabalhadores, empresários e aposentados na seguridade social (artigo 194, VII), reafirmado com relação à saúde (artigo 198, III) e à assistência social (artigo 204, II);
- m) gestão democrática de ensino público (artigo 206, VI);
- n) colaboração da comunidade na proteção do patrimônio cultural (artigo 216, § 1º). (DI PIETRO, 2012, p. 35-36).

Di Pietro também cita a Emenda Constitucional n. 19/98, que introduziu o parágrafo 3º no artigo 37 da CR/88, prevendo lei para disciplinar a participação dos usuários na

Administração Pública, ressaltando que, no entanto, tal lei nunca foi promulgada (DI PIETRO, 2012, p. 36).

A autora menciona, ainda como dispositivos imbuídos de democraticidade, a Lei n. 8.987, de 13-2-95 (sobre concessão e permissão de serviços), e a Lei n. 8.666, de 21-6-93, que estabelece a realização de audiência pública prévia à licitação quando se tratar de contrato acima de determinado valor (artigo 39), além do direito que qualquer cidadão possui de impugnar edital (artigo 4, § 1º) e de denunciar irregularidades perante o Ministério Público (artigo 101) e o Tribunal de Contas (artigo 113) (DI PIETRO, 2012, p. 36).

Por fim, ao citar alguns exemplos da participação administrativa no direito e, assim, na democratização do direito administrativo, conforme ditames de um Estado Democrático de Direito, Di Pietro explana que a participação também ocorre:

[...] em órgão de consulta, como o Conselho da República, o Conselho de Defesa dos Direitos Humanos, os Conselhos Tutelares da Criança e do Adolescente. Outras vezes, a participação ocorre em órgão de deliberações, como Conselho Nacional de Educação, o Conselho Tutelar, os colegiados das Universidades Públicas. E existem atualmente os órgãos que recebem denúncia de irregularidades, como Ministério Público, os Procons, o Tribunal de Contas, as ouvidorias. (DI PIETRO, 2012, p. 36).

Em apontamentos quanto ao Estado Democrático de Direito e ao Direito Administrativo, Freitas menciona que:

[...] o Estado Democrático de Direito tem sua base estruturante no direito do povo às funções do Estado, essenciais e jurídicas (legislativa, executiva ou administrativa ou governamental e a jurisdicional) que, do ponto de vista do processo (jurisdicional ou administrativo), ao administrado, efetivado estará o direito ao devido processo constitucional, desde que observados os preceitos elencados na Constituição de 1988. (FREITAS, 2014, p. 74).

Ocorre, portanto, o despontar da processualidade administrativa, a partir da vigência da Constituição de 1988 (CR/88) e da instauração do Estado Democrático de Direito no Brasil.

Os estudos da obra *A Processualidade do Direito Administrativo*, de Odete Medauar (2008) apontam para a já citada existência de uma teoria geral do processo, como também para um núcleo comum de processualidade<sup>17</sup>, enfatizando-se a ideia processual de existência desta teoria de forma ampla na doutrina.

A autora escreve que, entre os processualistas, a defesa de uma processualidade inerente à função jurisdicional possui algumas fundamentações, entretanto adverte que ater-se ao

---

<sup>17</sup> Expressão utilizada por Medauar (2008, p. 27) em sua obra *A Processualidade Administrativa*, que se equipara ao entendimento já mencionado de Oliveira Júnior: “os conceitos lógico-jurídicos são aqueles conceitos constituídos *a priori*, com pretensão de validade universal para um determinado campo do conhecimento jurídico” (OLIVEIRA JÚNIOR, 2007, p. 961).



processo como prática exclusiva da atividade jurisdicional pode ocasionar a negação de uma processualidade administrativa (MEDAUAR, 2008, p. 17-18).

Frisa-se que a dificuldade de alguns juristas em visualizar o processo no âmbito administrativo advém do fato de a atividade administrativa ser quase totalmente livre, revelando-se incompatível com a ideia de processualidade. Não obstante, a busca por uma aproximação entre Estado e sociedade acabou por transcender a noção de processualidade para além da função jurisdicional, sendo recepcionada e aceita no âmbito administrativista (MEDAUAR, 2008, p. 18-19).

Nesse sentido, o processo administrativo vem se estendendo entre os estudos do Direito Administrativo contemporâneo, principalmente pela necessidade de construção e consolidação de um Estado Democrático de Direito, conforme determina a Constituição de 1988. Sendo assim:

[...] a Constituição Federal de 1988, ao abrigar dispositivos sobre processo administrativo, filiou-se à tendência contemporânea de processualização da atividade administrativa. Adotou a concepção de uma processualidade ampla existente no exercício de todas as funções estatais, respeitadas as características pertinentes à modalidade de função que traduz. (CAIXETA, 2010, p.232).

Maria Cristina Diniz Caixeta, ao conceituar o processo administrativo, o define “como uma relação jurídica processual-administrativa, autônoma, a serviço do Direito Administrativo, edificada sob os pilares do Estado Democrático de Direito, sendo o mais importante meio de democratização administrativa” (CAIXETA, 2010, p. 101).

Destaca-se ainda, nas palavras da referida autora, o processo administrativo como um mecanismo de exercício legítimo do poder pelos interessados da relação processual administrativa. Nesse sentido, para a autora:

[...] o processo administrativo se revela não só como instrumento adequado da ação jurídica do Estado, como também se aflora como garantia dada aos particulares de que as pretensões confiadas à análise dos órgãos administrativos serão examinadas à luz da processualidade constitucional, possibilitando o exercício da função administrativa e garantido o direito individual de participação do administrado (CAIXETA, 2010, p. 101).

Ao mencionar a evolução histórica do processo administrativo no Brasil, imperioso discorrer sobre os dispositivos constitucionais relacionados ao tema e trazidos pelo ordenamento pátrio.

A CR/88 instituiu garantias, ao prever em seu artigo 5º, inciso LV, que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório

e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” (BRASIL, 1988), bem como o devido processo legal, conforme se extrai da leitura do inciso LIV do mesmo dispositivo legal.

Ao encontro da previsão do texto constitucional Felipe de Almeida Campos pontua:

Na esfera administrativa, assim como judicial ou legiferante, a observância de princípios jurídicos constitucionais como o contraditório, a ampla defesa e a isonomia se fazem necessárias para o ato decisório, sendo inerente a toda atividade processual e aos ideais de democraticidade. (CAMPOS, 2016, p. 19).

Ao discorrer acerca da processualidade administrativa no Brasil, Andréia Barroso Gonçalves define o processo administrativo como um “instrumento por meio do qual se defere legitimidade ao exercício da função administrativa, ainda, direito fundamental dos administrados nos termos do art. 5º, LV, da Constituição de 1988” (GONÇALVES, 2011, p. 1141).

Sendo assim, a referida autora considera que:

A necessidade de sistematização e de atribuição de autonomia ao processo administrativo pela legislação, doutrina, e jurisprudência, deveu-se, principalmente, à consagração do Estado Democrático de Direito na Constituição de 1988, considerada como marco a partir do qual houve ampliação da atenção dada à atividade da Administração Pública, abrangendo não somente os atos e condutas finais, mas também, o itinerário necessário para sua consecução (GONÇALVES, 2011, p. 1139).

Menciona-se, ainda, o inciso LXXVIII, acrescentado ao artigo 5º do texto constitucional pela EC n. 45/2004, o qual dispõe que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação” (BRASIL, 1988).

Nesse diapasão, a evolução histórica do processo administrativo envolve importantes componentes que auxiliaram o processo de codificação do processo administrativo brasileiro. Destaca-se a Lei n. 9.784/99, que regula o processo administrativo na esfera federal e que visa, “em especial, à proteção dos direitos dos administrados e ao melhor cumprimento dos fins da Administração” (BRASIL, 1999), bem como as leis, também inerentes ao assunto, instituídas no âmbito estadual e municipal.

Além dos movimentos de codificação, Carolina Caiado Lima entende que fazem parte da evolução histórica do processo administrativo elementos como “(i) a vigência de Estado democrático de direito, (ii) a especialização das atividades da Administração Pública e (iii) a constitucionalização das garantias do devido processo legal, contraditório e ampla defesa, em sede de processo administrativo” (LIMA, 2010, p. 62).

Na esfera administrativa, assim como judicial ou legiferante, a observância de princípios jurídicos constitucionais como o contraditório, a ampla defesa, a isonomia, elementares ao devido processo legal, se faz necessária para o ato decisório, sendo inerente a toda atividade processual e aos ideais de democraticidade. Dessa forma, para Caixeta:

[...] no Estado Democrático de Direito, a função administrativa somente pode ser prestada por meio de um processo instaurado e desenvolvido de acordo com os princípios e regras constitucionais, entre eles o devido processo legal, que tem no contraditório uma viga mestra, ou seja, a partir do que a doutrina convergiu chamar de modelo constitucional de processo (CAIXETA, 2010, p. 102).

Nesse sentido, os estudos dos juristas administrativos contemporâneos despontam cada vez mais para concepções de se (re)pensar os antigos dogmas do Direito Administrativo, bem como do Direito Processual em si.

Necessita-se um (re)pensar das teorias administrativas para a formação do Estado Democrático de Direito e de toda a processualidade administrativista. Idealiza-se o abandono de visões tradicionalistas e rígidas para a construção da democracia e, assim, reclama-se uma maior preocupação em acompanhar a dinâmica da sociedade, na busca de uma harmonização entre Direito, Estado e sociedade.

### **3.6 Por um (re)pensar das teorias administrativas para a consolidação de um Estado Democrático de Direito**

O processo administrativo é um importante elemento para a construção do Estado Democrático de Direito e da democracia. É nesse Estado que ele ganha destaque, momento em que “o ato administrativo – dantes ocupante de lugar de honra na estruturação sistemática do estudo de direito administrativo – passa a perder espaço” (SCHIRATO, 2010, p. 9).

Ele atrela-se ao Estado Democrático de Direito na medida em que os contornos do conceito de processo, em uma visão pós-moderna, preza pela garantia da cidadania, da participação e da oportunização das partes na relação processual e pelo afastamento de medidas autoritárias e unilaterais, harmonizando-se com os ideais de democraticidade.

Nesse sentido, além de ser característica fundamental para a composição do atual paradigma constitucional, o processo administrativo vê-se assegurado pelas garantias constitucionais previstas no texto pátrio.

Retomando todo o movimento de codificação do processo administrativo brasileiro, percebe-se a importância da Constituição de 1988 para a evolução da processualidade no âmbito do Direito Administrativo. Emerge do texto constitucional, além das garantias que asseguram

o processo administrativo, a definição de que o Brasil é uma república federativa e constitui-se em um Estado Democrático de Direito.

De um contexto pautado na autoridade e na relação vertical entre Estado e cidadão, o Direito Administrativo moderno volta-se para os interesses da sociedade, de forma a assegurar a melhor satisfação possível de seus direitos fundamentais (ARAGÃO, 2010, p. 4).

A ciência do Direito assume novos contornos com o surgimento do Estado Democrático de Direito. A CR/88 estabelece preceitos normativos na busca de um bem comum, de uma sociedade solidária, fraterna e igualitária, estendendo garantias tanto no âmbito judicial como no administrativo. Diante disso, cada vez mais o tema de processo administrativo encontra espaço entre os estudiosos contemporâneos, como Gustavo Binenbojm, Carolina Caiado Lima, Luciano de Araújo Ferraz, Odete Medauar, Sérgio Henriques Zandona Freitas, Vitor Rhein Schirato, entre outros do ramo administrativista.

Freitas, em sua tese de doutorado defende a necessidade de uma impostergável reconstrução do processo administrativo disciplinar no Brasil, a partir das lacunas presentes no Direito Administrativo e de sua estagnação.

Neste viés, acrescentam-se as palavras de Campos quanto à construção dessa impostergável reconstrução do processo administrativo:

[...] busca-se desmembrar o estudo do Processo Administrativo do próprio Direito Administrativo, migrando-o para o Direito Processual Constitucionalizado [...]

Busca-se, assim, a saída do estudo do Processo Administrativo atualmente concentrado nos manuais de Direito Administrativo, fonte atual de busca do estudo da matéria, para os corredores do Direito Processual. (CAMPOS, 2016, p. 59).

Pelo atual modelo constitucional, não se sustenta mais a defesa de que a atividade administrativa se concentra em torno única e totalmente da legalidade. Entre a lei e o ato decisório é necessária a observância da processualidade; desse modo, o processo administrativo adquire maior relevância dentro da relação administrativa.

Assim, discutir racionalidade das decisões administrativas, sobretudo do processo administrativo disciplinar, faz-se necessário para a construção da democraticidade administrativa, especialmente do Estado Democrático de Direito.



## 4 O PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

No presente capítulo, vislumbra-se o estudo do processo administrativo disciplinar (PAD), relacionando-o com a teoria neoinstitucionalista do processo e o princípio da fundamentação das decisões.

### 4.1 Sistematização do processo administrativo disciplinar

O Direito Administrativo Disciplinar constitui-se em um ramo do Direito Administrativo e encontra-se disciplinado, na esfera federal, pela Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990, em seus Títulos IV (do Regime Disciplinar, artigos 116 a 142) e V (do processo administrativo disciplinar, artigos 143 a 182).

As lacunas referentes ao processo administrativo disciplinar encontradas na Lei n. 8.112/90 são regulamentadas pela Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999 (Lei do Processo Administrativo), e pela Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992 (Lei de Improbidade Administrativa).

Assim, a aplicação da Lei Federal n. 9.784/99 será subsidiária, ou seja, incidirá nas hipóteses de casos omissos ou específicos, e sempre que a Lei n. 8.112/90, Lei do Estatuto dos Servidores Públicos, não apresentar disposição legal. Nesse sentido, explica Gonçalves:

[...] a lei específica prevalecerá sobre a lei geral, desde que não vilipendiados os chamados cânones estruturais relativos ao processo administrativo, como é o caso, por exemplo, da garantia dos direitos constitucionais de defesa do administrado e a obrigatoriedade de observar os princípios norteadores da atividade da Administração Pública. (GONÇALVES, 2011, p. 1148).

É o que se extrai da leitura do artigo 69 da Lei do Processo Administrativo: “Os processos administrativos específicos continuarão a reger-se por lei própria, aplicando-se-lhes apenas subsidiariamente os preceitos desta Lei” (BRASIL, 1999).

Quanto à criação da Lei n. 9.784/99, menciona-se as considerações tecidas por Freitas:

Apesar de ter por base o Direito administrativo francês, a falta de sistematização do Direito Processual Administrativo brasileiro resultou na criação, pelo Ministério da Justiça, por meio da Portaria n. 1404, de 17.10.1995, de Comissão para elaboração de projeto de lei sobre processo administrativo no âmbito federal. O projeto elaborado pela comissão (26.8.1996) sofreu poucas alterações no Congresso Nacional e resultou na Lei Federal n. 9.784, de 29.1.1999. (FREITAS, 2014, p. 108).

Já as ponderações de Caixeta em relação à mencionada lei são as seguintes:

A norma positivou as garantias processuais ao mencionar expressamente o princípio da ampla defesa e do contraditório, tal como previsto no artigo 5º, inciso LV, da

Constituição Federal de 1988, exigindo-se a comunicação dos interessados não só para a prática de atos iniciais do processo, mas, sobretudo, para possibilitar o procedimento da ampla defesa e do contraditório que se desenvolve em todas as fases processuais, durante o *iter* processual até a decisão final. (CAIXETA, 2010, p. 114).

Ainda sobre a Lei do Processo Administrativo Disciplinar, a referida autora menciona que ela “estabeleceu formas procedimentais para a efetivação do novo processo constitucional administrativo” (CAIXETA, 2010, p. 216).

No contexto da processualidade administrativa, a Lei n. 9.784/99 representa um mecanismo de construção do Processo Constitucional Administrativo, ao estabelecer normas de caráter geral para o funcionamento e execução das atividades da Administração Pública Federal (CAIXETA, 2010, p. 232).

Já a Lei n. 8.429/92, além de apresentar disposições de modo a responsabilizar os agentes públicos por atos de improbidade administrativa, também estabelece regras específicas para a normatização do processo administrativo disciplinar, prevendo os atos de improbidade administrativa e estabelecendo as penas aplicáveis aos agentes públicos que cometerem atos de improbidade.

Registra-se também como importantes o Decreto n. 5.480/05 e o Decreto n. 5.483/05. Sobre eles discorre o Manual de Processo Administrativo Disciplinar da Controladoria Geral da União (CGU):

[...] deve-se registrar que diversos diplomas infralegais também têm relevância para as atividades de correição. Nesta direção, é oportuno mencionar [...] o Decreto nº 5.480/05, que regulamentou o Sistema de Correição do Poder Executivo Federal, bem como o Decreto nº 5.483/05, que instituiu a sindicância patrimonial, instrumento processual que tem como escopo a apuração da eventual incompatibilidade entre o patrimônio do servidor e a renda auferida. (CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO, 2016).

Aplicam-se ainda, em caráter subsidiário ao processo administrativo disciplinar, as normas do Código de Processo Civil (CPC) e do Código de Processo Penal (CPP).

Baseando-se na sistematização federal, é possível encontrar, em alguns Estados e Municípios, a edição de normas próprias quanto ao processo administrativo, entre elas as: Leis Estaduais n. 10.177/98 (SP), 6.161/00 (AL), 2.794/03 (AM), 13.800/01 (GO), 7.692 (MT), 14.184/02 (MG), 11.781/00 (PE), 418/04 (RR), e a Lei Municipal n. 14.141/06 (SP). (FREITAS, 2014, p. 109).

Tais normas encontram respaldo no artigo 18 da CR/88, que concede autonomia aos entes federados para legislar sobre processo administrativo: “a organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição” (BRASIL, 1988).

Na visão de Di Pietro, a Lei n. 9.784/99 abrange apenas a Administração Federal, por se tratar de uma lei federal; nesse sentido os “Estados e Municípios que queiram dispor sobre a matéria deverão promulgar as suas próprias leis” (DI PIETRO, 2010, p. 623).

Nessa esteira também se posiciona Carvalho Filho:

A lei, todavia, tem carácter tipicamente federal, ou seja, destina-se incidir apenas sobre a Administração Federal. Dentro desta, a disciplina é aplicável no âmbito da Administração direta e indireta e também aos órgãos administrativos dos Poderes Legislativo e Judiciário da União. Embora destinada somente ao Governo Federal, já é um início de uniformidade normativa, o que muito facilita os administrados. Estados e Municípios deveriam trilhar o mesmo caminho, instituindo, pelas respectivas leis, sistema uniforme de processo administrativo em suas repartições. (CARVALHO FILHO, 2011, p. 893).

Além dos diplomas legais mencionados, o processo administrativo disciplinar comporta suas bases legais na CR/88. Menciona-se o artigo 37 do texto constitucional, que prevê princípios básicos para o exercício dos atos da Administração: “a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios **obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência [...]**” (BRASIL, 1988, grifos acrescidos).

Cabe ao processo administrativo observar os princípios constitucionais elencados no texto pátrio, além daqueles inerentes à esfera processual e aos direitos individuais, quais sejam: princípio do devido processo legal; da ampla defesa e do contraditório; do formalismo moderado; da verdade real; da presunção de inocência ou de não culpabilidade e o princípio da motivação.

Consoante a aplicação dos princípios é o entendimento jurisprudencial, conforme se observa no Rec Adm Disciplinar Servidor n. 1.0000.15.002030-3/001: “o processo administrativo exige a observância dos princípios constitucionais da ampla defesa, do contraditório, do devido processo legal e as decisões devem ser motivadas” (MINAS GERAIS, 2017b, p. 2).

Não comporta o Direito Brasileiro uma sistematização única e uniforme quanto às normas do processo administrativo; muitas das regras que disciplinam questões como competência, requisitos e prazos se encontram espalhadas em diversos diplomas legais, decretos, regimentos ou regulamentos (CARVALHO FILHO, 2011, p. 892).

Para os casos administrativos sem previsão em lei de processo administrativo, Carvalho Filho assevera que deve:

[...] o intérprete e o agente administrativo incumbido do processo atentar primeiramente pelos princípios norteadores da atividade administrativa em geral, isso



sem deslocar sua atenção também para as regras legais ou regulamentares que possam disciplinar o processo. (CARVALHO FILHO, 2011, p. 892).

Nesse sentido, ainda mencionando Carvalho Filho, “mesmo sem sistematização uniforme, o processo administrativo recebe influxos de princípios e normas jurídicas para que seja possível a sua conclusão dentro de regras de direito” (CARVALHO FILHO, 2011, p. 892).

#### 4.2 Apontamentos acerca do processo administrativo disciplinar

A noção de uma teoria geral do processo propicia na seara administrativa discussões quanto à distinção entre processo e procedimento, reclamando por uma delimitação entre eles.

Seguindo os ensinamentos de Medauar, “a despeito do difundido uso do termo procedimento no âmbito da atividade administrativa, mais adequada se mostra a expressão processo administrativo” (MEDAUAR, 2008, p. 44).

A referida autora explica o porquê da distinção:

No aspecto substancial, **procedimento** distingue-se de **processo** porque, basicamente, significa a sucessão desencadeada de atos. Processo, por seu lado, implica, além do vínculo entre atos, vínculos jurídicos entre os sujeitos, englobando direitos, deveres, poderes, faculdades, na relação processual. Processo implica, sobretudo, atuação dos sujeitos sob prisma contraditório. (MEDAUAR, 2001, p. 194, grifos do original).

Ao conceituá-lo, Medauar caracteriza o processo administrativo como sendo a “atuação dos interessados em contraditório, seja ante a própria Administração, seja ante outro sujeito (administrado em geral, licitante, contribuinte, por exemplo), todos, neste caso, confrontando seus direitos ante a Administração” (MEDAUAR, 2001, p. 195).

Já para Adílson de Abreu Dallari e Sérgio Ferraz, o processo compreende um “conjunto, teleologicamente concebido, que parte de regra de uma provocação ou requerimento e, por consequência inelutável, caminha, mediante a prática de atos instrumentais, para a produção do resultado inevitável, qual seja, a decisão” (DALLARI; FERRAZ, 2013, p. 37).

Na visão de Vitor Rhein Schirato, o processo administrativo “consiste nos diálogos entre Administração Pública e particulares, com vistas à formação de uma decisão final concertada, após ponderação dos interesses coletivos subjacentes” (SCHIRATO, 2010, p. 19).

Discorrendo acerca do processo administrativo, quanto ao processo e procedimento, Edimur Ferreira de Faria afirma que:

Em regra, a realização do direito se faz mediante processo. E este se forma através de procedimentos.

O processo pode ser definido, a grosso modo, como um conjunto de informações e de documentos canalizados ordenadamente, segundo regras e procedimentos próprios, destinados ao pronunciamento de uma decisão final.

Procedimento é o meio que se adota para o encaminhamento ao processo, em todas as suas fases, de documentos, informações, meios e produção de provas, destinados à formação do processo.

O processo, por mais simples que seja, não se forma e nem chega a lugar algum sem os procedimentos próprios e indispensáveis ao seu desenvolvimento até a fase final. O procedimento, entretanto, não necessita, obrigatoriamente, de processo. Daí poder-se dizer que não há processo sem procedimento, mas que há procedimento sem processo.

O processo é tão importante que alguns ramos do Direito têm o seu próprio rito processual. Exemplos: processo civil, processo penal, processo trabalhista, processo eleitoral. (FARIA, 2011, p. 689).

Carvalho Filho faz a distinção entre processo e procedimento da seguinte forma:

O termo processo indica uma atividade para frente, ou seja, uma atividade voltada a determinado objetivo. [...] Na verdade, pode definir-se o processo como **a relação jurídica integrada por algumas pessoas, que nela exercem várias atividades direcionadas para determinado fim**. [...] O processo costuma ser qualificado como instituto típico da função jurisdicional ou, na preferência de alguns processualistas, como instrumento da jurisdição. [...]

Por outro lado, se a função é administrativa, a relação jurídica traduzirá **processo administrativo**, sendo, da mesma forma, infestáveis as características do processo geral – de um lado, as atividades sequenciadas produzidas pelos figurantes da relação jurídica e, de outro, o objetivo final a que se destina. (CARVALHO FILHO, 2011, p. 890-891, grifos no original).

“Utilizar a expressão processo administrativo significa, portanto, afirmar que o procedimento com a participação dos interessados em contraditório, ou seja, o verdadeiro processo, ocorre também no âmbito da Administração Pública.” (MEDAUAR, 2008, p. 45).

Para se adentrar especificamente na conceituação do processo administrativo disciplinar, ressalta-se, a partir do texto constitucional, a existência de uma processualidade administrativa e a aceitação da expressão processo administrativo pela Constituição de 1988 (CR/88). Embora já discutidos neste trabalho, cumpre abordar novamente tais aspectos para fins de melhor compreensão. Nesse sentido, discorre Medauar:

A Constituição Federal de 1988 consagrou o termo processo para significar a processualidade administrativa. Por isso, encontra-se esse termo no inc. LV do art. 5º: “Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. Em outros dispositivos, a Constituição usa o termo processo para atuações no âmbito administrativo: no inc. XXI do art. 37 – processo de licitação – e no § 1º do art. 41 – **processo administrativo (disciplinar)**. (MEDAUAR, 2011, p. 195, grifos acrescidos).

O artigo 148 da Lei n. 8.112/90, denominada Lei do Estatuto Federal dos Servidores, conceitua o processo disciplinar como “o instrumento destinado a apurar responsabilidade de servidor por infração praticada no exercício de suas atribuições, ou que tenha relação com as atribuições do cargo em que se encontre investido” (BRASIL, 1990).

Já Gonçalves o define como “meio apto à manutenção da moralidade no serviço público, além de servir para garantir sua eficiência na medida em que falhas eventualmente encontradas serão reprimidas pela própria Administração Pública” (GONÇALVES, 2011, p. 1180).

Para Carvalho Filho, ele “é o instrumento formal através do qual a Administração apura a existência de infrações praticadas por seus servidores e, se for o caso, aplica as sanções adequadas” (CARVALHO FILHO, 2011, p. 905).

Assim, cabe ao Direito Administrativo a disciplina e regulamentação de alguma infração funcional praticada pelo servidor público, competindo à figura da Administração Pública “zelar pela correção e legitimidade da atuação de seus agentes, de modo que quando se noticia conduta incorreta ou ilegítima tem a Administração o poder jurídico de restaurar a legalidade e de punir os infratores” (CARVALHO FILHO, 2011, p. 906).

Sendo a Administração omissa na observância de alguma infração cometida por servidor público, incorrerá no crime de condescendência criminosa, conforme estabelece o artigo 320 do Código Penal (CP):

Art. 320 - Deixar o funcionário, por indulgência, de responsabilizar subordinado que cometeu infração no exercício do cargo ou, quando lhe falte competência, não levar o fato ao conhecimento da autoridade competente:

Pena - detenção, de quinze dias a um mês, ou multa. (BRASIL, 1940).

Assim também é o entendimento de Gonçalves: “a inobservância desse dever legal de apuração da prática de ilícitos administrativos pela autoridade competente consiste, inclusive, na prática do crime de ‘condescendência criminosa’ previsto no art. 320 do Código Penal” (GONÇALVES, 2011, p. 1181).

O processo administrativo disciplinar, portanto, possui carácter sancionador. Objetiva a disciplina dos atos da Administração Pública e de seus entes, a partir de regras e normas de conduta, importando em deveres e obrigações, bem como a previsão de sanções a serem aplicadas, para a garantia do bom funcionamento do serviço público.

Conforme exposto anteriormente, incidem sobre o processo administrativo disciplinar (PAD) todos os princípios inerentes ao processo administrativo, não apenas o devido processo legal, o contraditório, a ampla defesa e a isonomia.

Tal posicionamento quanto aos princípios, sobretudo o contraditório e a ampla defesa, propiciam discussões acerca da racionalidade da decisão advinda do processo administrativo disciplinar, ao se levar em consideração a Súmula Vinculante n. 5 do Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2008).

A referida Súmula estabeleceu que “a falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição” (BRASIL, 2008), passando a vigorar em substituição à Súmula n. 343 do Superior Tribunal de Justiça, que nesse sentido previa: “É obrigatória a presença de advogado em todas as fases do processo administrativo disciplinar” (BRASIL, 2007).

Em se tratando dos ditames do texto constitucional, a derogada Súmula n. 343 do STJ propicia reflexões quanto à formação da racionalidade de uma decisão administrativa em face do Estado Democrático de Direito.

A Constituição de 1988, em seu artigo 5º, inciso XXXV, afirmou o direito de ação ao estabelecer que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (BRASIL, 1988).

Do dispositivo normativo citado extrai-se o princípio da inafastabilidade da jurisdição ou princípio da ubiquidade da justiça, também entendido como princípio do livre acesso ao Judiciário ou “acesso à ordem jurídica”, que conferiu à palavra ação um direito fundamental e constitucional, assegurando a seu titular garantias como o contraditório e a ampla defesa (LENZA, 2010, p. 773).

Nessa esteira, o artigo 5º, inciso LV, também do texto constitucional, dispõe que “aos litigantes, em processo judicial, ou **administrativo**, e aos acusados em geral são **assegurados o contraditório e ampla defesa**” (BRASIL, 1988; grifos acrescidos).

Destarte, soma-se ao exposto a previsão contida no artigo 41, § 1º, da CR/88:

Art. 41. [...]

Parágrafo primeiro – O servidor público estável só perderá o cargo: II – mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa; III – mediante procedimento de avaliação periódica de desempenho, na forma da lei complementar, assegurada ampla defesa. (BRASIL, 1988).

Pacífico é o entendimento da necessidade de ampla defesa para a demissão de servidor público, conforme a Súmula n. 20 do STF: “É necessário processo administrativo com ampla defesa, para demissão de funcionário admitido por concurso” (BRASIL, 2009).

Menciona-se, neste viés, o artigo 133 da CR/88, que estabelece que “o advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no

exercício da profissão, nos limites da lei” (BRASIL, 1988), previsão oposta ao entendimento da Súmula Vinculante n. 5 do STF, conforme se observa.

A defesa técnica ou a presença de advogado em qualquer tipo de processo configura um desdobramento do princípio da ampla defesa, garantindo o equilíbrio entre os sujeitos e o auxílio na tomada de decisão (MEDAUAR, 2008, p. 126).

A presença do defensor técnico constitui, portanto, um elemento somatório para a construção da democratização da relação processual e para a obtenção da legitimidade de uma decisão. Não obstante, a Súmula Vinculante n. 5 fixou orientação diversa da prevista na norma constitucional.

Nesse sentido, menciona-se o dispositivo legal que discorre sobre os direitos dos administrados. Segundo o artigo 3º, inciso IV, da Lei n. 9.784/99, o administrado tem o direito perante a Administração Pública de “fazer-se assistir, facultativamente, por advogado, salvo quando obrigatória a representação, por força de lei” (BRASIL, 1999).

Medauar, discorrendo sobre o assunto, expõe que:

A exigência de defesa técnica em todos os processos administrativos implicaria a obrigatoriedade de defensoria dativa proporcionada pelo poder público a todos os sujeitos sem advogado próprio, o que parece inviável. Por isso, deveria ser exigida em processos cujos resultados repercutam com gravidade sobre direitos e atividades dos sujeitos, como, p.ex., interdição de atividades, fechamento de estabelecimentos, cessação do exercício profissional. (MEDAUAR, 2008, p. 126-127).

Em crítica à redação da Súmula Vinculante n. 5 do STF, discorreu o desembargador aposentado do TJSP Luiz Fernando Gama Pellegrini:

A interpretação de um texto ou norma constitucional não pode acarretar a sua essência, mormente quando estamos diante de direitos e garantias individuais. Enfim, nosso entendimento é que essa súmula viola direitos e garantias individuais, entendimento esse que se justifica pelo livre direito de pensamento e expressão, ainda que como julgadores tenhamos que acatá-la, ou seja, em outras palavras, “**engolir o sapo**”. (PELLEGRINI, 2010, s/p, grifos no original).

Verifica-se, pelo exposto até agora, quão incipiente ainda é a processualidade administrativa. O processo administrativo disciplinar propicia discussões que atingem princípios basilares do Estado Democrático de Direito, como contraditório e ampla defesa, que refletem no exercício de direitos fundamentais inerentes ao processo e que atuam diretamente na construção de uma decisão.

A análise da racionalidade de uma decisão advinda do processo administrativo disciplinar comporta a necessidade do estudo das etapas desse processo, assim como da estrutura de uma decisão administrativa.

Imperioso no estudo das fases do processo administrativo disciplinar é atentar, de maneira crítica e questionadora, para os princípios do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa, da isonomia e dos princípios próprios do processo administrativo, na tentativa de se identificar os requisitos de democraticidade e de se delimitar a compreensão satisfatória de uma decisão, mormente que envolva conceitos jurídicos indeterminados.

### **4.3 Etapas do processo administrativo disciplinar**

O processo administrativo disciplinar, por força do já citado artigo 41, § 1, inciso II, da CR/88, incluso no título III (Da Organização do Estado), Capítulo VII (Da administração pública) e Seção II (Dos servidores públicos), é obrigatório para apurar infrações funcionais cometidas por servidor público.

Pelo artigo 22 da Lei n. 9.789/99, os atos procedimentais inerentes ao processo administrativo não dependem de forma determinada, a não ser que a lei exija expressamente (BRASIL, 1999).

Quanto ao prazo do processo disciplinar, a Lei n. 8.112/90, em seu artigo 152, *caput*, estipula que não excederá 60 (sessenta) dias, admitindo-se prorrogação por igual período, quando as circunstâncias exigirem (BRASIL, 1990).

Antes do estudo das etapas do processo administrativo disciplinar, menciona-se o instituto da sindicância, previsto no Estatuto do Servidor Público Federal, conforme artigo 143: “A autoridade que tiver ciência de irregularidade no serviço público é obrigada a promover a sua apuração imediata, mediante sindicância ou processo administrativo disciplinar, assegurada ao acusado ampla defesa” (BRASIL, 1990).

Carvalho Filho explica que a sindicância consiste na “denominação usualmente dispensada ao procedimento administrativo que visa a permitir uma apuração preliminar sobre a existência de ilícito funcional” (CARVALHO FILHO, 2011, p. 907). E por meio dela é possível colher “indícios da existência da infração funcional; de sua autoria e do elemento subjetivo com que se conduziu o responsável” (CARVALHO FILHO, 2011, p. 907).

Segundo Hely Lopes Meirelles, a “sindicância administrativa é o meio sumário de elucidação de irregularidades no serviço para subsequente instauração de processo e punição ao infrator” (MEIRELLES, 2003. p. 668).

Diogenes Gasparini, ao conceituar o instituto da sindicância, o define como sendo um “processo sumário de elucidação de irregularidades no serviço público, para bem caracterizá-

las ou para determinar seus autores, para a posterior instauração do competente processo administrativo” (GASPARINI, 2007, p. 967).

Sobre o assunto, Freitas explica:

[...] caso o Estado não tenha suficientes elementos de prova para instaurar o Processo Administrativo Disciplinar, o procedimento iniciará pela sindicância, presentes dúvidas sobre o fato, a irregularidade ou a autoria do ilícito administrativo. Este procedimento apartado, que tem características similares ao inquérito policial, hoje caracterizado como inquisitivo, comporá o processo administrativo disciplinar (Lei n. 8.112/90, art. 154), ainda que seja possível, nos casos em que não se exigir o PAD, resultar em direta aplicação de punição. (FREITAS, 2014, p. 2014).

Ainda sobre sindicância, Daniela Ronconi disserta:

Na esfera federal, a sindicância se assemelha muito ao processo administrativo disciplinar, uma vez que nos termos do art. 143 da Lei 8.112/90 a sindicância presta-se para promover a apuração de irregularidades no serviço público assegurada ao acusado ampla defesa (RONCONI, 2014, s/p).

Frisa-se que a sindicância não se confunde com o processo administrativo disciplinar.

Nesse sentido, Carvalho Filho assevera:

Outro ponto aspecto que, desde já merece observação, principalmente em virtude da funda confusão que costuma ser feita, é o de que a sindicância também é um processo administrativo, como tantos outros que tramitam pela Administração. Desse modo, pode haver dois processos administrativos interligados – a sindicância e o processo disciplinar principal. A despeito de terem a mesma natureza, é simples apontar a distinção fundamental: enquanto a sindicância é processo administrativo preparatório, inquisitório e tem por objeto uma apuração preliminar, o processo disciplinar principal é definitivo, contraditório e tem por objeto a apuração principal e, quando é o caso, a aplicação de sanção. (CARVALHO FILHO, 2011, p. 908).

Também discorrendo sobre a diferença entre processo administrativo disciplinar e sindicância, explica Gonçalves:

A sindicância e o processo administrativo disciplinar se constituem [...] em procedimentos que, apesar de conectados, são distintos: se a sindicância conduzir à inexistência de irregularidade funcional, será arquivada, e não será instaurado processo administrativo; se a conclusão, no entanto, for pela existência de irregularidades ou de indícios, a instauração do processo disciplinar se constituirá como dever da Administração Pública; se a Administração já possui documentados todos os elementos suficientes para a instauração do processo administrativo disciplinar, poderá fazê-lo diretamente, sem a prévia instauração de sindicância. (GONÇALVES, 2011, p. 1180).

As fases do processo administrativo disciplinar encontram-se regulamentadas no Estatuto dos Servidores Públicos Federais, compreendendo sua formação, instrução e extinção, conforme disposto no artigo 151 da Lei n. 8.112/90:

Art. 151. O processo disciplinar se desenvolve nas seguintes fases:

- I - instauração, com a publicação do ato que constituir a comissão;
- II - inquérito administrativo, que compreende instrução, defesa e relatório;
- III – julgamento. (BRASIL, 1990).

Sendo assim, o processo administrativo disciplinar apresenta três fases: a instauração, o inquérito (que se divide em instrução, defesa e relatório) e o julgamento; que serão tratadas nos tópicos a seguir.

#### **4.3.1 Instauração**

Conforme o artigo 5º da Lei n. 9.784/99, o PAD terá seu início por ofício ou a pedido de interessado. A fase de instauração ocorrerá após o exame de admissibilidade e a publicação da portaria pela autoridade competente. Compete à autoridade instauradora a designação e indicação do presidente da comissão de inquérito.

Conforme dispõe o artigo 149 da Lei n. 8.112/90:

O processo disciplinar será conduzido por comissão composta de três servidores estáveis designados pela autoridade competente, observado o disposto no § 3º do art. 143, que indicará, dentre eles, o seu presidente, que deverá ser ocupante de cargo efetivo superior ou de mesmo nível, ou ter nível de escolaridade igual ou superior ao do indiciado. (BRASIL, 1990).

Os legitimados no processo administrativo padrão encontram-se elencados no artigo 9º da Lei n. 9.784/99, em um rol taxativo:

Art. 9º. [...]

I - pessoas físicas ou jurídicas que o iniciem como titulares de direitos ou interesses individuais ou no exercício do direito de representação;

II - aqueles que, sem terem iniciado o processo, têm direitos ou interesses que possam ser afetados pela decisão a ser adotada;

III - as organizações e associações representativas, no tocante a direitos e interesses coletivos;

IV - as pessoas ou as associações legalmente constituídas quanto a direitos ou interesses difusos. (BRASIL, 1999).

Nos artigos n. 11 a 17 da Lei n. 9.784/99 estão dispostas noções gerais quanto à competência, sendo que esta é “irrenunciável e se exerce pelos órgãos administrativos a que foi atribuída como própria, salvo os casos de delegação e avocação legalmente admitidos” (BRASIL, 1999).



Assim, “a autoridade competente deverá iniciar o procedimento tão logo tomar conhecimento de irregularidade administrativa, observando a oficialidade para evitar limitação inadequada ao ato apuratório e não expor a imagem de acusados” (FREITAS, 2014, p. 117).

Nesse sentido é o Parecer n. AGU/LS-1/98 anexado ao Parecer-AGU GQ-149:

Desse modo, a autoridade competente, isto é, aquela a quem couber por força legal, determinar a apuração da responsabilidade do servidor público denunciado, deverá, de imediato, nomear a comissão processante, tudo na conformidade do que estabelecem os arts. 148 *usque* 173, da Lei 8.112/90 (ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO, 1998).

Esta primeira fase não comporta a presença do contraditório. Conforme previsto no artigo 153 da Lei n. 8.112/90, é na segunda fase, ou seja, na etapa do inquérito administrativo que o contraditório será garantido e assegurado. Consoante o exposto, transcreve-se trecho do Parecer da AGU n. GQ-55:

6. O comando constitucional para que se observem o contraditório e a ampla defesa, no processo administrativo, é silente quanto à fase processual em que isto deve ocorrer (cfr. o art. 5º, LV). É tema disciplinado em norma infraconstitucional: a Lei n. 8.112, de 1990, assegura a ampla defesa no curso do processo disciplinar e, o contraditório, no inquérito administrativo (v. os arts. 143 e 153), que corresponde à 2ª fase do apuratório (art. 151, II) (ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO, 1995).

Sendo silente a lei quanto à presença do contraditório na fase de instauração do processo administrativo, verifica-se a não observância aos princípios jurídicos da democracia. É dar ao intérprete e aplicador da norma ampla autonomia quanto às alegações ali postas, mitigando a fiscalidade da comunidade legitimada quanto os fatos apresentados nesta fase inicial. Nesse sentido, percebe-se um afastamento dos princípios institutivos do processo (contraditório, ampla defesa e isonomia), aspecto em que a teoria neoinstitucionalista do processo se fundamenta para a construção de uma decisão racional e democrática.

#### **4.3.2 Inquérito**

A segunda fase do processo administrativo disciplinar denomina-se inquérito administrativo, sendo composta por três subfases: instrução, defesa e relatório.

Dispõe o artigo 153 da Lei n. 8.112/90: “O inquérito administrativo obedecerá ao princípio do contraditório, assegurada ao acusado ampla defesa, com a utilização dos meios e recursos admitidos em direito” (BRASIL, 1990).

Ressalta-se, portanto, neste momento a presença do contraditório.

#### 4.3.2.1 Subfase 1 – Instrução

O artigo 29 da Lei n. 9.784/99 prevê que:

Art. 29. As atividades de instrução destinadas a averiguar e comprovar os dados necessários à tomada de decisão realizam-se de ofício ou mediante impulsão do órgão responsável pelo processo, sem prejuízo do direito dos interessados de propor atuações probatórias. (BRASIL, 1999).

Na fase da instrução, encontram-se presentes todos os elementos probatórios que indicam que a infração foi cometida pelo servidor, importando também nesta fase a citação do servidor pela comissão responsável, em atenção ao princípio do contraditório e da ampla defesa. (CARVALHO FILHO, 2011, p. 911).

Importar observar a previsão do artigo 30 da Lei n. 9.784/99 e o artigo 155 da Lei n. 8.112/90:

Art. 30. São inadmissíveis no processo administrativo as provas obtidas por meios ilícitos. (BRASIL, 1999).

Art. 155. Na fase do inquérito, a comissão promoverá a tomada de depoimentos, acareações, investigações e diligências cabíveis, objetivando a coleta de prova, recorrendo, quando necessário, a técnicos e peritos, de modo a permitir a completa elucidação dos fatos. (BRASIL, 1990).

Extrai-se da leitura de tais artigos que são admissíveis todos os meios de prova admitidos em Direito, como prova testemunhal, documental, perícias e inspeções durante a fase de instrução.

#### 4.3.2.2 Subfase 2 – Defesa

A segunda fase do processo administrativo disciplinar corresponde à defesa, momento em que é dado ao servidor o direito de “apresentar razões escritas e requerer novas provas” (CARVALHO FILHO, 2011, p. 912).

Assegura-se “ao servidor o direito de acompanhar o processo pessoalmente ou por intermédio de procurador, arrolar e reinquirir testemunhas, produzir provas e contraprovas e formular quesitos, quando se tratar de prova pericial” (Lei n. 8.112/90, artigo 156) (BRASIL, 1990).

Sobre essa fase, Freitas esclarece:

Na segunda subfase do inquérito administrativo, chamada Defesa, ao servidor acusado é garantido o devido processo legal, sob pena de anulação do ato punitório, facultando-lhe apresentar resposta, acompanhar o processo, pessoalmente, ou por

meio de defesa técnica (advogado), com permissão de indicar e produzir provas e contraprovas (Lei n. 8.112/90, art. 156), com o objetivo maior de esclarecimento dos fatos que integram o PAD. Assim, assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recurso a ela inerentes (CR/88, art. 5o, inciso LV). Os prazos no processo administrativo são contados de forma similar aos prazos do processo judicial (Lei n. 9.784/99, art. 66). (FREITAS, 2014, p. 118).

Percebe-se, portanto, a garantia do contraditório e da ampla defesa nesta fase do processo administrativo disciplinar, consoante previsão do artigo 5º, inciso LV, da CR/88.

#### *4.3.2.3 Subfase 3 – Relatório*

Concluída a fase da defesa, passa-se à fase do relatório, que consiste em uma “peça formal elaborada pela comissão processante, na qual deve ficar descrito tudo o que ocorreu no processo, tal como ocorre na sentença judicial” (CARVALHO FILHO, 2011, p. 913).

O relatório apresenta caráter apenas opinativo e não vinculante, relatando o ocorrido no processo com a indicação dos fundamentos de fato e de direito que levaram à absolvição ou punição do servidor acusado (FREITAS, 2014, p. 118-119).

Finalizada a redação do relatório, este será, juntamente com o processo administrativo disciplinar, encaminhado à autoridade competente, conforme determina o artigo 166 da Lei n. 8.112/90: “O processo disciplinar, com o relatório da comissão, será remetido à autoridade que determinou a sua instauração, para julgamento” (BRASIL, 1990).

#### **4.3.3 Julgamento**

O julgamento corresponde à terceira e última fase do processo administrativo disciplinar, devendo a autoridade julgadora definir sua decisão no prazo de 20 (vinte) dias contados do recebimento do processo, conforme previsão legal do artigo 167 da Lei n. 8.112/90. Todavia, o artigo 169, § 1º, da referida lei dispõe que o julgamento do processo fora do prazo não implica nulidade do processo. Não obstante, incorrerá em responsabilidade a autoridade julgadora que der causa à prescrição do processo, conforme dispõe o artigo 169, § 2º, também da Lei n. 8.112/90.

Conforme estabelecido no artigo 168 do Estatuto Federal, “o julgamento acatará o relatório final da comissão, salvo se contrário as provas dos autos” (BRASIL, 1990).

Assim, “quando o relatório da comissão contrariar as provas dos autos, a autoridade julgadora poderá, motivadamente, agravar a penalidade proposta, abrandá-la ou isentar o servidor de responsabilidade” (Lei n. 8.112/90, artigo 168, parágrafo único) (BRASIL, 1990).

Ao servidor que incorrer em infração funcional, a Lei n. 8.112/90, em seu artigo 127, estabelece penalidades disciplinares, quais sejam: advertência, suspensão, demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade, destituição de cargo em comissão e destituição de função comissionada.

Frisa-se que, “na aplicação das penalidades serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para o serviço público, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes funcionais” (BRASIL, 1990).

Por fim, menciona-se a possibilidade de revisão do processo disciplinar:

Art. 174 - O processo disciplinar poderá ser revisto, a qualquer tempo, a pedido ou de ofício, quando se aduzirem fatos novos ou circunstâncias suscetíveis de justificar a inocência do punido ou a inadequação da penalidade aplicada. (BRASIL, 1990).

O julgamento corresponde à terceira e última fase do processo administrativo. Portanto, nessa fase, elabora-se um documento baseado nas conclusões da comissão processante, com menção aos fundamentos fáticos e legais que levaram à construção da decisão para absolvição ou punição, assim como as sugestões das penalidades que devem ser impostas em caso de punição.

#### **4.4 Apontamentos sobre a teoria processual neoinstitucionalista do processo como ciência para o julgamento das decisões do processo administrativo disciplinar**

Perpassa o entendimento da estrutura de uma decisão administrativa a ideia de técnica processual. Segundo Gonçalves, técnica corresponde ao “conjunto de meios adequados para a consecução dos resultados desejados, e procedimentos idôneos para a realização de finalidades” (GONÇALVES, 2012, p. 23).

Para Armando Ghedini Neto, o desenvolvimento da técnica deve possuir como base “conhecimentos existentes, e após o desenvolvimento de inúmeras pesquisas, de modo que o método possa ser efetivamente organizado, e o procedimento realmente produza resultados úteis” (GHEDINI NETO, 2015, p. 256).

Nessa esteira, Leal define a técnica processual como uma “atividade humana que abrange a capacidade de junção do mundo da realidade com o mental e a consequente expressão de pensamentos abstratos organizados (teorias) sobre o contexto dessa realidade” (LEAL, 2015, p. 16).

A técnica, portanto, deve ser entendida como uma adequação do mundo material ao mundo mental, como propõe Popper, para que assim atinja resultados satisfatórios. Deve haver

uma preocupação com a crítica, com a testabilidade e falseabilidade para a validade dos argumentos alegados.

Freitas, remetendo à técnica e à ciência, explica que “tem-se a ciência como atividade de esclarecimentos e fundamentação do conhecimento ou o próprio conjunto de conhecimentos esclarecidos e fundamentados” (FREITAS, 2014, p. 121).

O objetivo da ciência na visão neoinstitucionalista é de investigação, esclarecimentos, de constante recriação e eliminação de erros, de modo que se fixem assertivas racionais às condutas; sendo assim, na teoria de Rosemiro Pereira Leal, a ciência supera a técnica, devendo haver uma preocupação com a crítica, com a testabilidade e falseabilidade para a validade dos argumentos alegados.

Para tanto, ao sistema do processo administrativo cabe desprender-se de uma visão do Estado Social e relacionista do processo, conforme assevera Freitas:

O referido autor discorre ainda sobre o sistema de processo administrativo:

Assim, há que se ter em mente uma forte crítica ao arcaico sistema processual administrativo brasileiro, pautado por regras exclusivamente instrumentalistas e destoantes do paradigma constitucional do processo, bem como repleto de entraves ideológicos e escopos metajurídicos, destoantes de concepções teóricas asseguradas no discurso da constitucionalidade brasileira em vigor, como pressuposto de sua correta aplicação e legitimidade. (FREITAS, 2016, p. 123).

Essa continuidade de uma visão instrumentalista do processo administrativo é pertinente e confirmada, haja vista as palavras de Sílvio de Sá Batista, ao mencionar que a “teoria do processo como relação jurídica se resume a uma técnica com o objetivo de controlar a decisão judicial pelo Estado-Juiz sem ofertar qualquer avanço científico para o direito” (BATISTA, 2015, p. 93).

As críticas advindas de filósofos, processualistas e até mesmos de administrativistas contemporâneos acerca do conhecimento racional aponta-o como insubsistente e inviável para a busca de uma pretensão verdadeira quanto às decisões emanadas pelas autoridades julgadoras.

A outorga à autoridade administrativa de critérios de conveniência, oportunidade e proporcionalidade não atribui certeza e verdade a suas decisões finais. Há falhas na convicção humana que refletem na falha da racionalidade.

O processo que respeita o devido processo legal, o contraditório, a isonomia e a ampla defesa representa um importante instrumento não apenas para a solução de conflitos, mas também para a consolidação do inacabado e em construção Estado Democrático de Direito.

Imperioso ao julgador contemporâneo se ater à proteção dos direitos fundamentais, além da efetividade das normas constitucionais e da garantia dos princípios inerentes ao processo,

pois, conforme afirma Leal, “as decisões no ordenamento jurídico democrático não mais se equacionam na esfera atomística do saber judicante ou pelo solipsismo iluminista da imparcial clarividência do julgador” (LEAL, 2016b, p. 133).

Sendo assim, compete ao processualista a adoção de uma ciência processual que garanta a eficácia do processo, em respeito aos ideais de democraticidade.

O racionalismo crítico de Popper e a adoção do método de conjecturas e refutações é uma tentativa de se buscar o progresso da ciência e, assim, do saber racional, sendo definido como “os limites da razão humana, no que se refere à pretensão de atribuir certeza ao discurso científico” (BATISTA, 2015, p. 100). Além disso consiste “na possibilidade de o homem escolher, entre as teorias existentes, a mais habilitada a assegurar a construção de seu propósito científico” (BATISTA, 2015, p. 101).

Assim, a teoria neoinstitucionalista do processo, elaborada por Rosemiro Pereira Leal a partir das conjecturas popperianas, é uma busca de se obter a racionalidade desejada frente ao Estado Democrático de Direito, sobretudo a racionalidade das decisões que envolvem o PAD e o uso de conceitos jurídicos indeterminados.

Não obstante Batista alerta que:

Em Karl Popper a função da teoria científica não é promover a racionalização da técnica para obter um resultado útil em face de um determinado problema, mas proporcionar o progresso da ciência pela eliminação das contradições que geram o problema. (BATISTA, 2015, p. 95).

Requer-se a eliminação de erros por meio da testificação e da observância de um sistema aberto, em que o povo é legitimado a participar e fiscalizar os atos processuais para a concretização de uma racionalidade democrática.

#### 4.5 Estrutura das decisões administrativas

Conforme ensinamentos de Rosemiro Pereira Leal, uma decisão deve ser tomada “a partir de um status democrático a ser considerado como espaço de testabilidade incessante das pretensões de certeza (coerção) institutiva da normatividade (ordenamento jurídico)” (LEAL, 2016b, p. 11).

A formação de uma decisão administrativa, conforme os ideais basilares de um Estado Democrático de Direito, deve zelar pela fiscalidade processual em todas as suas etapas ou níveis. Assim, aos julgadores cabe “assumir os critérios demarcantes da movimentação de direitos co-institucionalmente produzidos e regidos pelo **devido processo** desde o nível instituinte ao nível instituído do sistema normativo” (LEAL, 2015, p. 9, grifos no original).

Uma decisão tanto judicial quanto administrativa deve constituir-se por meio de um processo em que o contraditório, a isonomia e a ampla defesa apresentem-se como princípios basilares da procedimentalidade.

Sendo assim, reafirmando esse caráter institutivo dos referidos princípios constitucionais e em defesa de um debate participativo entre os legitimados da relação jurídica para a legitimidade da decisão, Leal afirma que:

Erige-se como atuação crítico-participativa das **partes** juridicamente legitimadas à instauração de procedimentos em todos os domínios da jurisdição. Seriam estes os agentes de efetivação permanente ou de reconstrução ampliada da cidadania, mediante o exercício de direitos em sua plenitude constitucional, agregando transformações sociais, econômicas e políticas, valendo-se dos princípios do **contraditório, ampla defesa e isonomia**, para consecução do projeto jurídico constitucional de nivelamento de todos à resolução procedimental processualizada dos conflitos. (LEAL, 2016a, p. 91, grifos no original).

Assim sendo, uma decisão que atenda ao modelo de democracia exigida pela Constituição de 1988 não deve ser estruturada e construída tendo por base uma “trilogia substancializada da ação, jurisdição e processo, acolhida pelas legislações infraconstitucionais, como a do Brasil, que têm assento na escola instrumentalista ou da relação jurídica” (LEAL, 2016b, p. 11).

A visão neoinstitucionalista, como teoria estruturante para a processualidade de decidibilidade, desliga-se de uma razão instrumental, estática e burocrática, buscando uma decisão baseada em uma participação aberta e coextensa aos interessados, afastando a tradicional autoridade, abrindo espaços para uma hermenêutica constitucional e devidamente fundamentada.

#### **4.6 O princípio da fundamentação das decisões<sup>18</sup>**

O Estado Democrático de Direito encontra sua base jurídico-constitucional em um conjunto de normas, composto por princípios e regras, explícitos no texto constitucional brasileiro (DIAS, 2012, p. 61). Nessa linha, tendo em vista a discussão ora proposta, destaca-se o princípio da fundamentação das decisões proferidas pelos órgãos jurisdicionais, previsto no artigo 93, incisos IX e X, da CR/88, por meio de uma breve e minuciosa apresentação de aspectos pertinentes e de grande relevância sobre o tema.

---

<sup>18</sup> Este tópico foi desenvolvido em sua maior parte com base em artigo escrito pela autora, juntamente com Laura Campolina Monti (2016, p. 156-172).

A “função jurisdicional deve estar disciplinada por uma rigorosa obediência aos princípios constitucionais, notadamente no que diz respeito à fundamentação” (GHEDINI NETO, 2015, p. 266).

Inicialmente, cumpre advertir que não é objeto desta pesquisa uma ampla e detalhada análise do Direito Comparado em relação ao estudo e desenvolvimento deste princípio. Entretanto convém mencionar que Dias (2012) ressalta que o Direito brasileiro se assemelha ao Direito italiano por fazer constar o princípio da fundamentação das decisões na legislação constitucional vigente.

Apenas a título exemplificativo, o mesmo autor cita o artigo 111 da Constituição italiana e o artigo 132 do Código Civil italiano, que recomendam, respectivamente: “todos os provimentos jurisdicionais devem ser motivados” e “a concisa exposição do desenvolvimento do processo e dos motivos de fato e de direito da decisão” (DIAS, 2012, p. 130). É possível ainda fazer referência ao artigo 455 do Código de Processo Civil francês, “o julgamento deve ser motivado” (DIAS, 2012, p. 130), e aos códigos processuais civis alemão e português, demonstrando a notória presença do princípio da fundamentação das decisões em ordenamentos jurídicos diversos do brasileiro, evidenciando o dever que os órgãos jurisdicionais possuem de motivar uma decisão ao proferi-la.

Conforme dito alhures, o princípio da fundamentação das decisões constitui um “mandamento constitucional, CF, art. 93, IX”<sup>19</sup>. Não obstante, além de presente na Constituição, dito princípio encontrava-se também previsto na legislação infraconstitucional nos artigos 165 e 458 do Código de Processo Civil de 1973, que inclui, entre os requisitos estruturais da sentença, os fundamentos que abrangem a obrigatória análise das questões de fato e de direito discutidas pelas partes no processo, e o dispositivo no qual o órgão jurisdicional resolverá tais questões (DIAS, 2012, p. 131).

Apesar de não mais em vigor, o CPC de 1973 contribui para o estudo do princípio em questão, principalmente do ponto de vista histórico evolutivo da legislação. Extrai-se da leitura do antigo artigo 458 do Código de Processo Civil de 1973 que são requisitos necessários à formação das sentenças proferidas pelo órgão jurisdicional o relatório, a fundamentação ou motivação e a conclusão ou dispositivo. Saliente-se que por fundamentação entende-se:

[...] elemento da decisão em que o julgador vai analisar as questões e justificar racionalmente, através de uma exposição das razões de fato e de direito, o motivo do acolhimento ou não da pretensão. A fundamentação não é um simples elemento constitutivo dos pronunciamentos jurisdicionais decisórios, mas se caracteriza

---

<sup>19</sup> Expressão utilizada por José Maurício Nogueira em *Aspectos sobre o controle das decisões judiciais* (NOGUEIRA, 2008, p. 241).



também por ser uma garantia processual de constituição e manutenção de um Estado Democrático de Direito. (GHEDINI NETO, 2015, p. 265).

As referidas disposições correspondem, na realidade, a uma tradição do Direito brasileiro, sendo significativo consignar que o primeiro estatuto de direito processual civil brasileiro, o Regulamento n. 737, de 25 de novembro de 1850, já trazia regras sobre a matéria em seu artigo 232.

A despeito da presença de dispositivos sobre o tema no ordenamento pátrio, é certo que a Constituição de 1988 avançou. Alcançou o princípio da eminência da norma fundamental do Estatuto da Magistratura, pelo que cabe ao julgador, no ato de decidir, apresentar argumentos objetivos e não subjetivos para embasarem sua decisão e assim fundamentá-la, garantindo a legitimidade de seu ato e a segurança dos jurisdicionados:

[...] perante a nova ordem constitucional, às garantias do processo e ao paradigma do Estado Democrático de Direito, o provimento jurisdicional, sob o ponto de vista interpretativo, não mais pode ser abordado como ato solitário do julgador. (LEAL, 2002, p. 20).

Com o intuito de zelar por um processo igualitário e controlar eventuais abusos processuais que possam ocorrer durante seu percurso, o princípio da fundamentação das decisões contribui para a afirmação do Estado Democrático de Direito, na medida em que exige do julgador fundamentar sua decisão, primando pela democraticidade.

Nessa linha, o princípio da fundamentação das decisões traduz um postulado político do Estado Democrático de Direito. Entende-se que a democracia é “um processo dinâmico permitindo que os cidadãos participem de forma crítica no processo e em condições de igualdade” (GHEDINI NETO, 2015, p. 266). Ou seja, é direito das partes a participação no decorrer do processo e, conseqüentemente, na formação da decisão, cabendo ao princípio do contraditório não se resumir unicamente no dizer e contradizer, mas garantir e propiciar de maneira ampla a “dialogicidade necessária entre os interlocutores (partes) que se postam em defesa ou disputa de direitos alegados” (LEAL, 2016, p. 99). Dessa forma, será evidenciada a importância da fundamentação na efetivação das garantias processuais como um todo, como se verá mais adiante.

#### **4.7 O princípio da fundamentação no Código de Processo Civil de 2015**

É inconteste a obrigatoriedade que os juízes possuem de fundamentar as decisões ao prolatá-las, sendo essa norma constitucional importante para a construção da democraticidade. Somente a partir das razões e motivos utilizados pelos julgadores de forma clara e precisa, é

possível uma defesa na esfera recursal. Entretanto, o artigo 93 da CR/88 apenas determinou o dever da fundamentação das decisões, não trazendo uma regulamentação de como se deve constituir uma decisão motivada pelo órgão jurisdicional.

Nem mesmo as normas infraconstitucionais do Código de Processo Civil de 1973 se preocuparam em definir de forma detalhada os critérios, mencionando apenas em seu artigo 458, inciso II, que cabe ao juiz analisar as questões de fato e direito, o que acaba dando ao magistrado uma maior autonomia e liberdade ao proferir as sentenças (BRASIL, 1973).

“O ato escritural do juiz deve poder se desgarrar de seu prolator (ausência de referência à “autoridade” e a critérios pessoais de “justiça”) e se oferecer a crítica.” (LEAL, 2008, p. 151). Entretanto, tal posicionamento esbarra em lacunas, em razão da carência de normatividade que estabeleça requisitos balizadores para a atuação dos magistrados no tocante à fundamentação de suas decisões, abrindo espaço para uma maior liberdade deles quanto ao ato de julgar.

Nesse sentido, questões acerca dos limites da liberdade de convencimento do juiz recebem novas dimensões teóricas, em vista do entrelaçamento do paradigma do Estado Democrático de Direito e de suas implicações principiológicas (LEAL, 2002, p. 20). A aprovação do novo Projeto de Lei do Senado – PLS n. 166/2010, que institui o Novo Código de Processo Civil Brasileiro, trouxe alterações que interferem diretamente no assunto em discussão, abarcando posicionamentos favoráveis e contrários.

O artigo 11 do PLS n. 166/2010 reproduziu o dispositivo legal do artigo 93, inciso IX, da CR/88, reafirmando a necessidade da fundamentação da decisão sob pena de nulidade; além de mencionar o que o antigo Código de Processo Civil já estabelecia: que a fundamentação é um requisito essencial da sentença, consistindo na análise das questões de fato e de direito (OLIVEIRA, 2016, p. 110). A atual legislação processualista vigente trouxe em seu bojo o artigo 489, § 1º, que elenca as situações em que as decisões judiciais não são consideradas fundamentadas:

Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

I - o relatório, que conterà os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;

II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem.

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento. (BRASIL, 2015a).

Segundo ensinamentos de Fabricio Veiga Costa, ao magistrado caberá a manifestação de todas as alegações postas em juízo pelas partes, além da justificação jurídica dos argumentos acolhidos pela parte vencedora e os não acolhidos pela parte sucumbente (COSTA, 2015, p. 200).

Assim, “toda citação doutrinária, de texto de lei, jurisprudência, deverá ser contextualizado pontualmente com as questões controversas que integram a demanda” (COSTA, 2015, p. 200).

A inovação legislativa processual altera, portanto, a atuação dos juízes, elencando critérios para se afirmar quando uma determinada decisão não estará motivada, resultando diretamente no princípio da fundamentação das decisões, possibilitando a reforma e até mesmo a anulação da sentença.

Contribuindo para esse entendimento e reforçando a importância do dito princípio, Dias elenca algumas razões lógicas e relevantes para reforçar a necessidade de observância do princípio da fundamentação das decisões. Para o mencionado autor, a fundamentação proporciona, em face de um Estado Democrático de Direito, um controle de constitucionalidade da função jurisdicional, o que permite identificar se o pronunciamento está vinculado ao ordenamento jurídico vigente. Ela também contribui para uma maior observância das ideologias e subjetividades do julgador quanto a seu ato decisório, favorece a verificação da racionalidade da decisão e, por fim, oferece a possibilidade de estruturação dos eventuais recursos interpostos, zelando pelos princípios da recorribilidade e do duplo grau de jurisdição (DIAS, 2012, p.137).

O referido dispositivo inserido no CPC de 2015 é passível de críticas. Questiona-se a exigência de que sejam rebatidos todos os argumentos levantados pelas partes na relação

processual, o que acarretaria certa morosidade ao processo, influenciando diretamente na celeridade e eficiência processual.

Apesar de ser umas das principais inovações trazidas pela legislação processual de 2015, o artigo 489, § 1º, em verdade, pouco inovou, haja vista a previsão já existente no artigo 93, inciso IX, da CR/88, da necessidade de se fundamentar as decisões, sob pena de nulidade.

Ademais, coloca-se em pauta a questão da discricionariedade do magistrado, o que abre espaço no meio jurídico para questionamentos em relação à autonomia do julgador para decidir sobre a valoração dos argumentos enfrentados. Nesse viés, muito contribuem as palavras de Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira, ao discorrer a respeito da distinção existente entre fundamentação e motivação:

Primeiramente cabe considerar que o texto do PLS nº 166/2010 abre a possibilidade de se reduzir **fundamentação** à mera **motivação**, caso haja abertura a uma desarticulação das exigências do contraditório e da fundamentação. Ou seja, a fundamentação seria um ato que representaria o apontamento **pelo juiz** dos elementos que **ele** considerou mais relevante no caso e que fizeram com que ele tomasse tal decisão e não outra. (OLIVEIRA, 2016, p. 110, grifos no original).

O posicionamento de Oliveira é no sentido de que, mesmo entendendo-se que a necessidade de fundamentação permitiria um maior controle público da decisão, o ato de decidir é criação solipsista do juiz; assim a redução da fundamentação à mera motivação teria implicações na legitimidade da decisão, uma vez que continuaria a reforçar a ideia de livre convencimento do julgador, sendo necessária, portanto, uma interpretação adequada do direito (OLIVEIRA, 2016, p.114).

Para o autor, “sem uma mudança de compreensão do Direito, do processo e da jurisdição, a nova legislação reproduzirá a mesma cultura jurídica” (OLIVEIRA, 2016, p. 114); logo, a solução não reside apenas em uma reforma legislativa.

Nesse viés, Débora Carvalho Fioratto e Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, acerca da fundamentação das decisões, ensinam que o referido princípio proporciona “uma decisão fundamentada ou ‘justificada’ através de argumentos jurídicos, **não podendo o juiz utilizar argumentos metajurídicos ou suas ‘convicções pessoais’ como se ele fosse o intérprete exclusivo no processo**” (FIORATTO; DIAS, 2010, p. 250, grifos acrescentados).

Utilizando-se de argumentos com vistas a desprender-se do agir solipsista, Fioratto e Dias asseveram que o princípio da fundamentação corresponde a uma garantia constitucional que:

[...] oportuniza o controle das decisões pelas partes, já que ao serem proferidas pelos órgãos jurisdicionais deverão estar fundamentadas em argumentos jurídicos. Essas decisões devem ser o produto da argumentação das partes e não da interpretação única

e subjetiva do juiz, sob pena de controle de constitucionalidade e interposição de recursos. (FIORATTO; DIAS, 2010, p. 248).

Os referidos autores mencionam ainda a correlação existente entre os princípios da fundamentação e do contraditório nas tomadas das decisões, afirmando que:

No Estado Democrático de Direito, o contraditório deve ser compreendido como princípio de influência e de não surpresa, tornando-se base para o princípio da fundamentação da decisão e para o exercício do controle da argumentação utilizada pelo juiz. Se houver a restrição ou a supressão da garantia constitucional do contraditório, certamente, haverá a violação da garantia constitucional da fundamentação das decisões. Ao passo que se o princípio da fundamentação das decisões for respeitado, o contraditório também foi respeitado no trâmite processual. Dessa co-dependência, indissociabilidade, decorre a conexão entre esses princípios constitucionais que constituem o devido processo constitucional. (FIORATTO; DIAS, 2010, p. 253).

Sendo assim, requer-se, para a construção racional de uma decisão, a observância ao princípio da fundamentação em atenção ao contraditório e, conseqüentemente, aos demais princípios institutivos do devido processo legal. Almejando-se o controle do processo por seus legitimados, não cabendo “qualquer fundamento, advindo da interpretação única do juiz, o argumento a ser utilizado para fundamentar a decisão deve ser aquele levado a debate, trazido ao contraditório” (FIORATTO; DIAS, 2010, p. 255).

Surge o Código de Processo Civil de 2015, que, em seu artigo 10, defende o debate ao estabelecer que “o juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício” (BRASIL, 2015a).

A fundamentação como mera motivação baseada em argumentos mecânicos, concisos ou apenas em dispositivos legais, leva ao caráter solipsista do julgador. Ocorre, então, uma supressão do contraditório, pois os aplicadores decidem sem se aterem ao que foi debatido nos autos, ensejando uma “decisão surpresa”, o que, em um Estado Democrático de Direito, caracteriza uma sentença ilegítima e ausente de coparticipação.

Quanto às alterações trazidas pelo Código de Processo Civil de 2015, sobre o princípio da fundamentação das decisões, Streck afirma que: ao “retirar o poder de livre convencimento ou livre apreciação, assume um nítido sentido ‘não protagonista’, afastando o velho instrumentalismo e os fantasmas do antigo ‘socialismo processual’ (Bülow, Mengel, Klein)” (STRECK, 2015, p. 34).

Para os adeptos da teoria neoinstitucionalista, as mudanças contidas no Código de Processo Civil de 2015 não atendem a “um sentido normativo em níveis instituinte, constituinte e constituído do DIREITO” (LEAL, 2007, p. 2), por não se desprender ainda da visão do Estado

Social e conter uma comissão (SENADO FEDERAL, 2010) voltada para a Escola Paulista do processo, em que a fiscalização e a participação não são coextensivas a todos.

Não obstante, observa-se a necessidade de uma maior observância dos princípios institutivos do processo, como assevera Costa:

O provimento final deverá ser reflexo da ampla discursividade das questões de fato e de direito que integram o mérito processual, cuja construção deverá decorrer do exercício do **contraditório, da ampla defesa, da isonomia processual**, do devido processo legal e da obrigatoriedade de fundamentação jurídica coerente com a pretensão deduzida. (COSTA, 2015, p. 203, grifos acrescidos).

O Código de Processo Civil de 2015 faz uma revisitação ao princípio da fundamentação das decisões judiciais, objetivando uma fundamentação na qual o provimento final seja contextualizado com as questões que foram alegadas e que integram a demanda. Afasta-se, assim, sentenças genéricas, que se fundam apenas no texto da CR/88, em citações de textos legais ou na jurisprudência.



## **5 A VISÃO NEOINSTITUCIONALISTA DA (IR)RACIONALIDADE DA DECISIBILIDADE DAS DECISÕES DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR**

Realiza-se neste capítulo um estudo acerca da racionalidade das decisões do processo administrativo disciplinar em face da teoria neoinstitucionalista do processo.

### **5.1 Aspectos acerca da racionalidade**

Ao tratar sobre o tema da racionalidade das decisões, João Paulo Allain Teixeira assevera que “tradicionalmente à ideia de racionalidade está associado o conhecimento objetivo da realidade. Para tanto, é necessário reduzir o espaço para interferências oriundas de paixões, crenças e demais expressões de subjetividade” (TEIXEIRA, 2002, p. 7).

Segundo o autor, “a racionalidade consistiria na singular capacidade da mente humana em buscar a verdade” (TEIXEIRA, 2002, p. 7), frisando ele a importância de tomar como ponto de partida para o estudo da racionalidade o pensamento filosófico da antiguidade clássica:

Nessa época, reverenciada pelos historiadores como alvorecer de toda a tradição que fundamenta a cultura ocidental, encontramos uma clara preocupação com a explicação racional dos eventos da natureza e da sociedade. É quando o pensamento mítico vai paulatinamente cedendo espaço para as explicações racionais. É o momento da afirmação do *logos* sobre o *mythos*, da razão sobre a crença, da objetividade sobre a subjetividade, da *episteme* sobre a *doxa*. (TEIXEIRA, 2002, p. 8).

A constante busca pela verdade aflora durante os séculos XV e XVI, período histórico conhecido como Renascimento, no qual o racionalismo, juntamente com o experimentalismo, individualismo e antropocentrismo, marca as principais características da cultura renascentista.

A racionalidade encontra então terreno fértil para seu desenvolvimento. Segundo a corrente filosófica do racionalismo, a razão humana desponta e reina sobre o pensamento humano, sendo o único caminho para se obter o conhecimento. Ocorre uma valorização humana em oposição à cultura da época medieval, momento em que se posicionava a autoridade divina no centro do universo.

Para os renascentistas, o saber humano surgia de experiências e observações do homem perante o mundo, além da universalidade, sendo possível ao indivíduo compreender várias ciências e, assim, aprender e saber tudo que lhe fosse desejado.

O Renascimento, portanto, contribuiu significativamente para os desdobramentos acerca da racionalidade, na medida em que “erige a Razão ao centro do universo. A realidade



será idealizada a partir dos indicadores da razão reinante. A busca da verdade absoluta torna-se a mais clara tradução do que seja a racionalidade moderna” (TEIXEIRA, 2002, p. 13).

No entanto, cumpre esclarecer que a racionalidade da teoria neoinstitucionalista não se remete aos ideais renascentistas, mas parte de uma discussão crítico-objetiva de testificações e falseabilidade, conforme se observará em Karl Popper.

Por serem “razão” e “racionalismo” termos vagos, Popper explica que:

[...] num sentido lato são usados para cobrir não só a atividade intelectual, mas também a observação e a experimentação [...] são usados em sentido diferente e mais estreito, não em oposição ao “irracionalismo”, mas ao “empirismo”; usado deste modo, o racionalismo exalta a inteligência sobre a observação e a experimentação, e pode, portanto, ser melhor descrito como “intelectualismo”. (POPPER, 1987, p. 232).

O racionalismo em Popper possui a finalidade de indicar “uma atitude que procura resolver tantos problemas quantos for possível por meio de um apelo à razão, isto é, ao claro pensamento e à experiência, em vez de apelar para emoções e paixões” (POPPER, 1987, p. 232).

De maneira mais precisa, Popper esclarece que o racionalismo é mais bem explicado em termos de comportamento e prática, compreendendo uma atitude em que se dispõe a ouvir argumentos críticos e a aprender da experiência (POPPER, 1987, p. 232).

Debater a racionalidade torna-se, portanto, na concepção popperiana, uma atitude de afirmar que **“eu posso estar errado e vós podeis estar certos, e, por um esforço, poderemos aproximar-nos da verdade”** (POPPER, 1987, p. 232, grifos no original).

Assim, a busca pela verdade real (se é que existe uma verdade absoluta) na compreensão do Direito, de suas interpretações e fundamentos, desperta a necessidade de um estudo acerca de Karl Popper. A partir de suas concepções, pautadas no desenvolvimento filosófico, é possível adentrar na questão da racionalidade e obter respostas quanto aos questionamentos referentes à tomada de decisões no campo jurídico.

## 5.2 Apontamentos acerca da epistemologia de Karl Popper

A filosofia desenvolvida por Popper centra-se no método de conjecturas e refutações, segundo o qual somente se consegue adquirir e controlar o conhecimento por meio da crítica a determinada teoria.

Neste sentido, Popper afirma que:

Só há um elemento de racionalidade nas tentativas de conhecer o mundo: o exame crítico das teorias. Elas, em si, são conjecturas. Não sabemos, apenas conjecturamos.

Se me perguntassem: “Como você sabe?”, minha resposta seria: “Não sei, só conjecturo. Se vocês estiverem interessados em meu problema, ficarei muito contente se criticarem minha conjectura; se me oferecerem contrapropostas, tentarei criticá-las”. (POPPER, 2010, p. 30).

Para o filósofo, a tradição racionalista, ou tradição do debate crítico, é a forma mais precisa de se expandir o conhecimento conjectural ou hipotético. Não há outro caminho ou meio que parta da observação ou da experimentação para este ato (POPPER, 2010, p. 29).

Ante a disputa entre racionalismo e irracionalismo, Popper inclina-se favoravelmente à defesa do racionalismo, dividindo-o em racionalismo crítico e racionalismo acrítico, sendo esta última modalidade, a seu ver, insustentável e inconsistente por apoiar-se na argumentação e na experiência (POPPER, 2010, p. 34).

Popper é contrário à teoria da indução, sustentando “que no desenvolvimento da ciência, observações e experimentos só desempenham o papel de argumentos críticos, e o desempenham ao lado de outros argumentos que não surgem da observação” (POPPER, 2010, p. 29).

Segundo os indutivistas, as expectativas e crenças nascem a partir das experiências vividas no passado. Referindo-se ao problema da indução, Popper cita o exemplo do sol. Ele afirma que, de acordo com o senso comum, se acredita que o sol nascerá amanhã, porque ele assim fez no passado (POPPER, 1999, p. 15).

Entretanto, “qual a justificativa para a crença de que no futuro será (amplamente) como o passado? Ou, talvez, qual é a justificativa para as interferências indutivas?” (POPPER, 1999, p. 14). Na visão popperiana, a repetição e a experiência não possuem respaldo para responder às indagações postas, logo o condicionamento ao hábito e ao costume de certos atos não justificam respostas racionais.

Partindo da falibilidade do conhecimento humano ou, em outros termos, do *caráter conjectural do conhecimento humano*<sup>20</sup>, toda a tese da indução perde força argumentativa. O ideal é que as conjecturas passem por um método de eliminação de erros e de submissão a testes e substituições, de modo que se criem teorias melhores, tendo em vista que, nas palavras de Popper, “o objetivo da ciência é encontrar explicações satisfatórias para tudo que nos pareça precisar de explicações” (POPPER, 2010, p. 159).

O estudo em Popper concentra-se em:

[...] traduzir todos os termos subjetivos ou psicológicos, especialmente “crença” etc., em termos objetivos. Assim, em vez de falar de uma “crença”, falo, digamos, de uma “asserção” ou de uma “teoria explanativa”; em vez de uma “impressão” falo de uma “asserção de observação” ou de uma “asserção de teste”; e em vez de “justificativa de

<sup>20</sup> Expressão utilizada por Popper na obra *Textos escolhidos* (POPPER, 2010, p. 104).

uma crença” falo de “justificativa da alegação de que uma teoria é verdadeira”, etc. (POPPER, 1972, p. 17).

Assim, se distancia da noção indutivista, por não trazer explicações satisfatórias para os variados questionamentos humanos, e se inclina para o conhecimento objetivo, buscando, em contraposição ao senso comum da indução, uma abordagem dos problemas lógicos.

### **5.2.1 O conhecimento em Popper**

Em consonância com a pesquisa em estudo, é mister apontar a objetividade desenvolvida por Popper e adaptada por Leal, que, neste contexto, dispõe:

A minha teoria neoinstitucionalista do processo dá seguimento às conjecturas de Popper, migradas, à minha instância, para a área jurídica, sobre a sociedade aberta, a miséria do historicismo e principalmente sobre o seu método de encaminhar o conhecimento científico: o falseacionismo (falseabilidade) (LEAL, 2003, p. 1).

Segundo Popper, o conhecimento subjetivo constitui-se “de um estado de espírito ou de consciência ou de uma disposição para reagir” (POPPER, 1999, p. 110), enquanto que o pensamento objetivo constitui-se de “problemas, teorias e argumentos” (POPPER, 1999, p. 110), que se encontra em “teorias públicas em revistas e livros e conservadas em bibliotecas” (POPPER, 1999, p. 78).

Popper adverte que este conhecimento objetivo é:

[...] totalmente independente de qualquer alegação de conhecer que alguém faça; é também independente da crença ou disposição de qualquer pessoa para concordar; ou para afirmar, ou para agir. O conhecimento no sentido objetivo **é conhecimento sem conhecedor; é conhecimento sem sujeito que conheça**. (POPPER, 1999, p. 111, grifos no original).

Uma teoria para Popper dependerá da objetividade e, assim, somente será construída a partir de elementos objetivos que tornem a crítica possível.

Ao se afirmar, em Popper, que um conhecimento não pode ser testado, chega-se ao conhecimento subjetivo, enquanto o conhecimento objetivo será sempre submetido a teste; sendo assim, o que distingue o conhecimento subjetivo do objetivo é a falseabilidade.

Na esteira da ideia da falseabilidade destacam-se as palavras de Popper: “qualquer suposição, em princípio, pode ser criticada. E o facto de todos poderem criticar constitui a objetividade científica” (POPPER, 1987, p. 228).

Quanto ao conhecimento objetivo defendido por Popper, menciona-se a importância de duas funções superiores da linguagem: a função descritiva e a função argumentativa. Segundo o autor, mediante a “função descritiva da linguagem humana, emerge ideia reguladora de

verdade” (POPPER, 1999, p. 121). “A função argumentativa pressupõe a função descritiva” (POPPER, 1999, p. 121), ou seja, “os argumentos, fundamentalmente, são acerca de descrições” (POPPER, 1999, p. 121).

Salienta-se que, para Popper, o desenvolvimento de tais funções assegura a humanidade e a razão, pois os poderes de raciocínio do homem são poderes de argumentação crítica (POPPER, 1999, p. 122).

Segundo Rogério Bettin, “são essas funções linguísticas que possibilitam à discussão crítica um papel importantíssimo para a expansão do conhecimento” (BETTIN, 2014, p. 14).

Nesse sentido, Popper contesta o pensamento empirista de que o conhecimento humano deriva de experiências vividas anteriormente, defendendo que suas bases se encontram nas conjecturas. A respeito do conhecimento, Popper vai mais além e afirma que “há todo tipo de fontes de nossos conhecimentos, mas nenhuma delas tem autoridade” (POPPER, 2010, p. 49), e que “não existem fontes supremas do conhecimento. Toda fonte, toda sugestão é bem-vinda; e toda fonte, toda sugestão é passível de exame crítico” (POPPER, 2010, p. 52). Nesse sentido, continua o autor:

[...] minhas respostas às perguntas “Como você sabe?”, “Qual é a fonte ou a base de sua afirmação?” e “Que observações levaram você a ela” seria: “Não sei: minha afirmação foi uma simples conjectura. Não importa a fonte ou as fontes de que ela possa provir; há muitas fontes possíveis, e talvez eu não conheça nem a metade delas; de qualquer modo, as origens ou linhagens têm pouca relação com a verdade. Se você estiver interessado no problema que tentei resolver com minha afirmação provisória, poderá me ajudar, criticando-a com a maior severidade; se puder conceber algum teste experimental que lhe pareça capaz de refutar minha afirmação, terei prazer em ajudá-lo e refutá-la, usando o melhor de minha capacidade”. (POPPER, 2010, p. 52).

Na visão popperiana, a principal fonte do conhecimento humano é a tradição, embora não seja a mais importante para se obter explicações convincentes em termos quantitativos e qualitativos. O conhecimento tradicional é passível de crítica e pode ser refutado, substituído ou descartado (POPPER, 2010, p. 53).

Em um esquema quadripartido, é possível ilustrar o pensamento popperiano, apresentado pelo filósofo como “um esquema geral de soluções de problemas pelo método de conjecturas imaginárias e de críticas” (POPPER, 1999, p. 159) ou “método de conjectura e refutação” (POPPER, 1999, p. 159). Referido esquema é demonstrado pela seguinte forma:

P1 → TE → EE → P2

Sobre o esquema, Popper explica que:

[...] P1 representa o problema de partida – o que pode ser prático ou teórico; TE é a teoria experimental proposta e destinada a resolver o problema, EE significa o processo de eliminação de erros por meio de ensaios ou discussões críticas; P2

representa os problemas finais – os que emergem das discussões e dos ensaios. (POPPER, 1996, p. 26).

Ou seja, “o problema parte de problemas e desemboca em problemas (até onde for possível ir)” (POPPER, 1996, p. 26).

A evolução do conhecimento em Popper parte da busca pela eliminação de erros. Parte-se de um problema de natureza prática ou teórica e tenta-se resolvê-lo elaborando uma teoria possível, ensaia-se essa teoria possível (seria o método crítico de eliminação de erros), e como resultado deste processo surge um novo problema (POPPER, 1996, p. 26).

Ao se deparar com um problema, inicialmente, se pode tentar supor uma solução e, posteriormente, buscar a crítica dessa conjectura. Importante notar, a partir desse ato, que por um tempo a suposição se manterá, mas logo se percebe que tais conjecturas podem sofrer novas críticas, por não resolverem o problema no todo ou por criarem um novo problema. Assim, se está diante de uma nova dificuldade (POPPER, 1999, p. 236).

O que se busca por meio da epistemologia popperiana é encontrar teorias que se aproximam da verdade ou que melhor transmitam uma explicação satisfatória, pois, conforme ensinamentos de Popper, “uma boa teoria explicativa é sempre uma antecipação ousada de coisas por vir. Deve ser testável e criticável, mas não será capaz de ser mostrada verdadeira” (POPPER, 1999, p. 241).

Frisa-se que a distinção apresentada entre conhecimento subjetivo e conhecimento objetivo faz-se necessária à compreensão da formulação de uma teoria em Popper. Salienta-se, ainda, que a objetividade conduz à crítica, o que possibilitou a Popper chegar ao desenvolvimento da teoria de um terceiro mundo (POPPER, 1999, p. 40).

Popper denomina a teoria do conhecimento objetivo como o conteúdo lógico das teorias, suposições e conjecturas encontradas nos livros e conservadas nas bibliotecas. Partindo dessa concepção, o autor elabora uma tese dos três mundos.

### ***5.2.2 A tese dos três mundos***

Para se adentrar na tese dos três mundos, cumpre mencionar que a epistemologia tradicional tem estudado o conhecimento ou o pensamento num sentido subjetivo – no sentido comum das expressões “sei” ou “estou pensando” (POPPER, 1999, p. 110).

Não obstante, Popper discorda dessa concepção tradicionalista, considerando “a epistemologia como a teoria do conhecimento científico” (POPPER, 1999, p. 110) e, assim,

entende que “a epistemologia tradicional, de Locke, Berkeley, Hume e mesmo de Russell, é sem importância num belo senso estrito da expressão” (POPPER, 1999, p. 110).

Nesse sentido, o filósofo explica que a epistemologia tradicional concentra-se no segundo mundo, ou no conhecimento no sentido subjetivo, fato que a torna irrelevante para o estudo do conhecimento científico (POPPER, 1999, p. 113).

Para Popper, a opção pelo conhecimento subjetivo não é “capaz de explicar satisfatoriamente a realidade. Para o filósofo austríaco, a solução deste problema está na apresentação da tese pluralista dos três mundos de realidades do conhecimento” (BETTIN, 2014, p. 16-17).

O primeiro mundo refere-se ao mundo material, ou o mundo dos estados materiais; o segundo ao mundo mental ou estados mentais e, por fim, o terceiro é o mundo dos inteligíveis ou das ideias no sentido objetivo, do pensamento possível, das teorias, das suas relações lógicas e dos argumentos (POPPER, 1999, p. 152).

Popper esclarece que o conhecimento no sentido do “sei” ou de mundo de sujeitos pertence ao segundo mundo, enquanto que o conhecimento científico comporta o terceiro mundo, compreendido pelo mundo das teorias, problemas e argumentos objetivos (POPPER, 1999, p. 110).

A epistemologia popperiana, em contraposição à tradicional, defende que o crescimento científico se constitui por meio da capacidade de crítica e conjecturas e não pela crença, experiência ou percepção, característicos do Mundo 2.

É possível a interação entre esses três mundos, de tal forma que:

[...] os dois primeiros podem interagir e os dois últimos podem interagir. Assim, o segundo mundo, o mundo das experiências subjetivas ou pessoais, interage com cada qual dos outros dois mundos. O primeiro mundo e o terceiro mundo não podem interagir senão pela intervenção do segundo mundo, o mundo das experiências subjetivas ou pessoais. (POPPER, 1999, p. 152).

Ou seja, “os dois primeiros mundos interagem diretamente, assim como o segundo e terceiro mundo também interagem diretamente. Ao passo que o primeiro e o terceiro mundo não podem interagir senão por intervenção do um segundo mundo” (BETTIN, 2014, p. 17).

Assim, Bettin esclarece que “o segundo mundo, portanto, passa a ser uma ligação para que o terceiro mundo possa interagir e não ser apenas uma ficção, mas ter validade e efeito no segundo mundo, o mundo físico” (BETTIN, 2014, p. 17).

Por essa teoria, a mente é capaz de perceber os objetos em seus sentidos variados. Um ponto marcante desta filosofia popperiana comporta a objetividade e a autonomia do Mundo 3, que se traduz no conhecimento objetivo tanto defendido e estudado por Popper. Neste mundo,

a maioria das “teorias, livros e argumentos reais e potenciais surge como um subproduto não intencional dos livros e argumentos que se produzem” (POPPER, 2010, p. 67).

Em Popper, “o mundo da linguagem, das conjecturas, teorias, argumentos – em suma o universo do conhecimento objetivo – é um dos mais importantes desses universos criados pelo homem, mas ao mesmo tempo amplamente autônomos” (POPPER, 1999, p. 119).

A autonomia é ponto central na teoria do terceiro mundo. Na visão de Popper, “embora o terceiro mundo seja um produto humano, uma criação humana, ele cria por sua vez, como o fazem outros produtos animais, seu próprio domínio de autonomia” (POPPER, 1999, p. 119).

Não obstante, Popper adverte que essa autonomia é apenas parcial, já que os novos problemas levarão a novos problemas, a novos fatos inesperados e até mesmo a novas refutações (POPPER, 1999, p. 120).

Em resposta às críticas a sua teoria e em defesa da existência independente do terceiro mundo, Popper apresenta dois argumentos. Em um primeiro momento ele cita a seguinte experiência:

Todas as máquinas e equipamentos são destruídos, bem como todo o nosso aprendizado subjetivo, incluindo nosso conhecimento subjetivo de máquinas e equipamentos de como usá-los. Mas sobrevivem bibliotecas e nossa capacidade de aprender com elas. Claramente, depois de muito sofrimento, nosso mundo pode continuar a andar. (POPPER, 1999, p. 109-110).

Em um segundo argumento, Popper menciona que:

Como antes, máquinas e equipamentos são destruídos, bem como nosso aprendizado subjetivo, incluindo nosso conhecimento subjetivo de máquinas e equipamentos e de como usá-los. Mas, desta vez, todas as bibliotecas também foram destruídas, de modo que nossa capacidade para aprender com os livros tornou-se inútil. (POPPER, 1999, p. 110).

Considera-se, portanto, a já citada autonomia do Mundo 3, além da retroalimentação do Mundo 3 para os Mundos 2 e 1, como fatores importantes ao desenvolvimento do conhecimento (POPPER, 2010, p. 67).

Adverte Popper, no primeiro argumento, que a humanidade conseguirá continuar a andar, mesmo que depois de muito sofrimento. Enquanto que, na segunda experiência, com a destruição do terceiro mundo, tornar-se-á inútil a capacidade de se aprender com os livros, diante da ausência destes para a reconstrução da civilização.

### 5.2.3 A racionalidade de uma decisão segundo a filosofia popperiana

A epistemologia popperiana requer um exame crítico das crenças enraizadas no homem. Para Popper, “crenças errôneas têm a capacidade surpreendente de sobreviver milhares de anos, com ou sem a ajuda de uma ação conspiratória, desafiando a própria experiência” (POPPER, 1982, p. 36). Sendo assim, a verdade torna-se difícil de ser encontrada e perde-se com facilidade (POPPER, 1982, p. 36).

A teoria da verdade evidente é, em Popper, um mito. Ela refere-se, segundo o autor, a uma visão otimista, segundo a qual a verdade será sempre reconhecível e vista por todos aqueles que a desejarem e, caso não seja revelada por si só, será descoberta (POPPER, 1982, p. 35).

Para Popper, dessa doutrina da verdade evidente emanam os pensamentos de Descartes e Bacon, filósofos para quem “aquilo que distinguimos como sendo a verdade será de fato verdadeiro; do contrário, Deus nos estaria enganado. Logo, a autenticidade de Deus forçosamente torna a verdade evidente” (POPPER, 1982, p. 35).

Popper aponta esta epistemologia como falsa e desastrosa, a ponto de gerar fanáticos convictos, além de favorecer o autoritarismo, tornando-a uma epistemologia pessimista (POPPER, 1982, p. 36-37).

Na interpretação pessimista, uma teoria autoritária mostra-se operante e “ensina que só uns poucos eleitos podem alcançar a verdade” (POPPER, 1982, p. 38). Não obstante, essa autoridade é rejeitada por Popper ao explicar que:

Nem a observação nem a razão constituem autoridades. A intuição intelectual e a imaginação são muito importantes, mas não são confiáveis: podem nos mostrar as coisas com muita clareza e, ainda assim, nos levar a erro. São indispensáveis como fontes principais de nossas teorias; de qualquer modo, porém, a maioria das nossas teorias é falsa. A função mais importante da observação e do raciocínio, e até da intuição e da imaginação, é nos ajudar no exame crítico das ousadas conjecturas que constituem os meios pelos quais sondamos o conhecimento. (POPPER, 2010, p. 54).

A partir da epistemologia em estudo, é correto afirmar que uma teoria só será tida como racional a partir do momento em que for submetida a teste para que os destinatários possam refutá-la. Somente se chega à solução de um problema por meio de tentativas e de eliminação de erros, e assim deve ser também a tomada de decisão em uma relação processual.

Em consonância ao exposto, mencionam-se as palavras de Rosemiro Pereira Leal sobre o pensamento popperiano:

Não é admissível, para Popper, uma decisão do mundo da mente sobre a realidade das coisas e fatos sem a mediação de um questionamento teorizado por uma lógica autoproblematizada em testificações (processualização) abertas a todos para



apontamento de erros (lacunas lógicas na construção do pensamento). (LEAL, 2016, p. 102).

Nas palavras de Popper, “não podemos justificar nossas teorias, mas podemos criticá-las racionalmente e adotar experimentalmente aquelas que parecem suportar melhor nossa crítica e que têm a maior força explicativa” (POPPER, 1999, p.242). Logo, uma decisão jurídica não é passível de justificação, mas sim de testificação.

Para a formação de uma decisão é necessário permitir que as partes critiquem objetivamente o problema em discussão, possibilitando a elas o exercício de um direito democrático concebido pelo devido processo constitucionalizante, o qual propicie uma coextensão participativa e dialógica dos destinatários.

É errônea a convicção de que uma decisão é racional quando proferida por uma autoridade ou alguém que diz ter razão; assim percebe-se que a epistemologia de Karl Popper, ora adequada ao processo por Rosemiro Pereira Leal, oferece sustentação à teoria neoinstitucionalista do processo.

Considerando o pensamento popperiano, a rigor toda decisão é irracional, pois não foi submetida à eliminação de erros ou à eliminação de “lacunas lógicas na construção do pensamento” (LEAL, 2016b, p. 102).

A racionalidade de uma decisão somente será formada e compreendida partindo da proposta de falseabilidade de Popper, ou seja, pela análise de conjecturas e refutações por todas as partes envolvidas.

Rosemiro Pereira Leal procura, em sua teoria, se desprender da visão instrumentalista e afastar a ideia de autoridade. Assim, propõe que as lacunas do conhecimento se façam pela observância e aplicação dos princípios institutivos do processo, chegando a afirmar que:

Não mais se cogita de um preenchimento de lacunas do pensamento por convicções extraídas de um ideário imediato e indutivamente real (ideologizante) não testificável (processualizável) por todos na interrelacionalidade do mundo da vida. (LEAL, 2016b, p. 102).

Nesse contexto, só é possível a afirmação de uma sociedade democrática, conforme prevê o artigo 1º da CR/88, na qual cidadania e soberania popular compõem a formação de um Estado Democrático de Direito, a partir do momento em que for concedido às pessoas intervir, fiscalizar e participar das bases instituintes do Direito.

Diante disso, estendendo o pensamento de Karl Popper e a teoria neoinstitucionalista do processo de Rosemiro Pereira Leal, a problemática proposta nesta pesquisa parte para o estudo da racionalidade das decisões do processo administrativo disciplinar, levando em consideração o uso dos conceitos jurídicos indeterminados nas normas jurídicas do Direito Administrativo.

### **5.3 A aposta na teoria da falseabilidade para a construção da racionalidade das decisões do processo administrativo disciplinar diante da presença dos conceitos indeterminados nos preceitos formadores de condutas do Direito Administrativo**

Aos ouvidos dos adeptos da teoria neoinstitucionalista não soa nada racional uma decisão conforme a mera consciência ou vontade do julgador. Por essa teoria falabilista, é possível uma discussão instigadora e crítica de aspectos até então desconhecidos pelos juristas.

Recorrer ao Direito Processual para responder questionamentos inerentes à esfera administrativa, haja vista e superada a existência de uma teoria geral do processo democrático, permite a aposta em uma teoria da falseabilidade para a compreensão de uma racionalidade nas decisões que envolvam o PAD.

Associá-la às decisões do processo administrativo disciplinar, em face do uso dos conceitos jurídicos indeterminados presentes nos preceitos do direito administrativo, é uma tentativa de resolver as aporias presentes no ato interpretativo e de aplicação das normas que remetem a uma subjetividade e vontade do administrador.

Reafirma-se não caber ao modelo do Estado Democrático de Direito uma visão relacionista do processo, baseada em Bülow e adotada até os dias atuais pela Escola Paulista. Frisa-se que a teoria bülowiana foi proposta em um contexto de virada paradigmática, no qual o Estado Liberal fraquejava e o Estado Social passava então à sua ascensão. Nesse sentido, compreender o processo ainda em uma visão instrumentalista é um retrocesso ao Estado Social.

Para os pós-bülowianos, compreender o processo como uma relação jurídica, e assim puramente estatalista, é infrutífero e inoperante à construção de uma democraticidade.

Considerar o processo como procedimento realizado em contraditório em simétrica paridade entre as partes, como propôs Fazzalari, deixa falhas e intensifica o pensamento de que será a jurisdição o instrumento que saberá o que é melhor para os destinatários de determinada relação processual.

Assim, também ocorre em Andolina e Vignera, os quais colocam o juiz como centro do sistema. Reforçam a divinização do julgador e “assim, como Deus criou o mundo do nada, a decisão soberana também emana do nada, sendo suficiente a presença do seu elemento personalista, encarnado na figura do soberano”. (MARTINS, 2015, p. 182).

Para Costa, estas teorias colocam os julgadores como “pessoas pressupostamente dotadas de uma sabedoria inata, de natureza divino-sacerdotal, com a responsabilidade de assegurar às partes uma decisão justa, produto de seu sentimento e subjetividade” (COSTA, 2015, p. 209), tudo o que a visão falseabilista deseja afastar.

Em relação às críticas à redução do ato decisório a mera consciência do aplicador das normas, Lênio Luiz Streck, em sua obra *O que é isto – decido conforme minha consciência?*, propõe reflexões acerca da vontade do intérprete e aplicador das normas que se coloca na posição de detentor da razão ou da última palavra, versando sobre questões que recaem no questionamento da autoridade.

Em sua leitura, Streck deixa perceptível que não compreende o Direito como uma mera racionalidade instrumental lógico-argumentativa, mas como um norte de racionalidade estruturante a partir de pré-compreensões (STRECK, 2005, p. 43).

Para o mencionado autor, “as teorias argumentativas – que se enquadram no âmbito das teorias analíticas<sup>21</sup> – continuam apostando na vontade do intérprete, gerando a discricionariedade judicial. Tais teorias sofrem, assim, de um letal déficit democrático” (STRECK, 2015, p. 99).

Na busca de um agir interpretativo antirelativista e antidiscionário, os atos de testificação, baseados em Popper e ora adequados à teoria neoinstitucionalista do processo por Leal, permitem o enfrentamento de uma autoridade representada pela figura do juiz, trazendo uma definição de processo como instituição, calcada em três princípios basilares (contraditório, isonomia e ampla defesa), capazes de proporcionar a construção de um Direito legitimado.

Frisa-se que, segundo ensinamento de Flávia Ávila Penido, o racionalismo crítico, a partir de Popper, busca evitar o “dogmatismo de uma verdade última ditada por uma autoridade autorizada a interditar o sentido e preconiza-se a incessante oposição entre teorias que pretendem conduzir a solução das questões” (PENIDO, 2016, p. 161).

A teoria neoinstitucionalista quer afastar elementos solipsistas e metajurídicos para a construção de uma decisão, seja ela judicial ou administrativa. Vislumbram-se alterações a partir do plano instituinte do Direito, para que se chegue à Constituição, de maneira que todos os destinatários sejam considerados intérpretes da legislação constitucional, além de coautores da decisão.

O interesse por essa visão se ratifica a partir do momento em que se depara com decisões emanadas pela corte suprema, em que expressões como “decido conforme minha consciência” ou “conforme os astros” estão expressos em acórdãos e na fala dos ministros do STF.

Observa-se a fundamentação do Ministro Dias Toffoli no julgamento do Habeas Corpus n. 103.412-SP contra acórdão denegatório do HC 107.310 pela 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça:

---

<sup>21</sup> Definidas por Streck como teorias de modo único, determinante e autônomo e que dispensam o mundo vivido (STRECK, 2015, p. 16).

[...] digo que penalizar a cogitação, ou a imaginação ou o pensamento, só Deus pode fazer, e não o homem. Nós não estamos nesta esfera de cognição. Mas verifico, já falando em Deus, que os astros hoje estão alinhados pela concessão das ordens.

[...] É por isso que eu acredito em Deus, mas eu acredito também na astrologia. Os astros hoje estão alinhados, em uma conjugação favorável aos pacientes. (BRASIL, 2012).

Ora, como ser admissível uma fundamentação na posição do alinhamento dos astros, pautando-se na astrologia para a tomada de uma decisão emanada pela corte suprema? Inadmissível! Vindo de um ministro do STF esperam-se, no mínimo, argumentos plausíveis e racionais, condizentes com os fatos alegados pelas partes e constantes nos autos.

Outro exemplo em que a aposta na figura da autoridade traz aporia para as decisões tomadas pela mais alta corte brasileira e coloca em xeque e em discussão a racionalidade dos juízes, é a decisão do Supremo Tribunal Federal sobre ser possível a execução provisória da pena.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao negar o HC 126.292-SP, entendeu ser possível o início da execução da pena condenatória após a confirmação da sentença em segunda instância, sem que houvesse ofensa ao princípio constitucional da presunção da inocência, conforme segue na ementa do acórdão:

Ementa: CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. **POSSIBILIDADE**. 1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, **não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência** afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. 2. Habeas corpus denegado. (BRASIL, 2016).

A decisão dos ministros do STF obteve inúmeras críticas quanto à interpretação contrária ao exposto pela Constituição em seu artigo 5º, inciso LVII, segundo o qual “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória” (BRASIL, 1988).

Surge, então, a seguinte indagação: se considerados como os “guardiões da Constituição”, não caberia aos ministros da Suprema Corte zelar e manifestar conforme o texto constitucional? Entretanto, acharam por bem decidir apostando no livre convencimento.

Sendo assim, como confiar uma pretensão nas mãos de um alguém que se diz imparcial, mas que decide sem se ater a elementos instituintes de uma decisão, como a observância ao contraditório, isonomia e ampla defesa, utilizando-se do livre arbítrio apenas? Não se confia! É ato contrário à compreensão do Estado Democrático de Direito.

Entrando na esfera administrativa, cita-se decisão do Mandado de Segurança n. 24.699-9-DF do Supremo Tribunal Federal em que o Plenário deu provimento a mandato de segurança, reformando assim acórdão do Superior Tribunal de Justiça. Decidiu-se pela cassação do ato que impôs a penalidade de demissão a Bernardo Rosenberg e sua reintegração ao cargo que anteriormente ocupava (BRASIL, 2005).

Consta nos autos que a Consultoria-Geral da União enquadrou a conduta do impetrante em preceito diverso do ato realizado. Assim sendo, o servidor do DNER foi demitido por cometer ato de improbidade administrativa e por se valer do cargo para proveito pessoal de outrem, em detrimento da dignidade da função pública, com base no artigo 11, *caput* e inciso I, da Lei n. 8.429/92, e no artigo 117, inciso IX, da Lei n. 8.112/90, respectivamente.

Entretanto, no relatório final, a comissão processante propôs a demissão do servidor pela prática dos atos contidos no artigo 117, inciso XV, da Lei n. 8.112/90, e nos artigos 10, *caput*, e 11, *caput*, da Lei n. 8.429/92.

O Ministro Eros Grau, ao fundamentar seu voto, discutiu a área de atuação do Judiciário e manifestou-se no sentido de que:

[...] é necessária e salutar a ampliação da área de atuação do Judiciário, tanto para coibir arbitrariedades – em regras praticadas sob o escudo da assim chamada discricionariedade-, quanto para conferir-se pela aplicação do preceito constitucional segundo o qual “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito” (art. 5, XXXV, CR/88). (BRASIL, 2005).

Eros Grau levanta, portanto, a questão da discricionariedade nas decisões de processo administrativo e, conseqüentemente, recai sob os conceitos jurídicos indeterminados. Afirma que “a autoridade administrativa está autorizada a atuar discricionariamente apenas, única e exclusivamente, quando a norma jurídica válida expressamente a ela atribuir essa livre atuação” (BRASIL, 2005).

Para o ministro, “a discricionariedade, bem como sustenta a doutrina mais antiga, não é consequência da utilização, nos textos normativos, de ‘conceitos indeterminados’”. E adverte que “os atos administrativos que envolvam conceitos indeterminados estão sujeitos ao exame e controle do Poder Judiciário”, podendo o controle jurisdicional “incidir sobre os elementos do ato, à luz dos princípios que regem a atuação da Administração” (BRASIL, 2005).

Salienta-se que ao Poder Judiciário caberá, portanto, uma análise quanto ao ato administrativo, verificando qual ato é correto ou não. Com esta explicação, Eros Grau entra na questão da proporcionalidade e razoabilidade, entendendo-as não como princípios, conforme visto pelas explicações de Humberto Ávila, mas como critérios de aplicação do direito.

Mais adiante, na fundamentação apresentada no voto do ministro Cezar Peluso, percebe-se importante ponto para uma reflexão quanto à racionalidade das decisões do processo administrativo disciplinar, o qual se lê:

A comissão teve por culposo um comportamento meramente desidioso, que ela própria reconheceu não haver causado dano, até porque, depois, os fatos teriam confirmado que, pela desconstituição do acordo, não houve pagamento nenhum. Não era, pois, caso de aplicar ao funcionário, sem nenhum antecedente disciplinar, a pena mais grave da Administração Pública. (BRASIL, 2005).

Cumprir mencionar que a que a Lei n. 8.112/90, em seu artigo 117, inciso XV, proíbe ao servidor proceder com desídia. Entretanto, o artigo 132 da referida lei não define a demissão como pena ao servidor que assim proceder. Portanto, a comissão não agiu cautelosamente ao decidir pela demissão do funcionário. A ele foi aplicada a sanção mais grave da Administração Pública sem nenhuma observância minuciosa dos dispositivos legais que versam sobre a questão.

O julgamento do STF demonstrou que a comissão processante não se ateu a requisitos básicos para a fundamentação da decisão proferida, incorrendo em equívocos quanto a dispositivos de leis e, conforme alegações do impetrante, cerceando seu direito de defesa.

A fundamentação, não só pela comissão, mas também pelo Superior Tribunal de Justiça, mostrou-se precária, suscitando a hipótese de que a fundamentação constante nos autos do processo administrativo disciplinar baseou-se apenas na consciência de uma das partes integrantes, ou seja, no aplicador da norma administrativista.

Ainda em atenção à presença dos conceitos indeterminados em decisões do STF, destaca-se o entendimento da Corte previsto em ementa de acórdão que tratou de pedido de extradição executória formulado pelo Governo da República Italiana, com base em Tratado de Extradição firmado entre Brasil e Itália:

Como toda interpretação que se faz em torno dos chamados conceitos indeterminados, essa expressão deve ser objetivo de uma hermenêutica que leve em conta todas as circunstâncias fáticas e jurídicas da situação. Como comumente se diz no âmbito da teoria do direito, trata-se de uma interpretação *all things considered* (consideradas todas as coisas). Não se trata, assim, de uma simples avaliação subjetiva, que possa ser feita sem critérios. [...] o agente público, ao apreciar a existência ou não dessas razões ponderáveis, em determinada hipótese, também está diretamente vinculado à realidade fática que esta corresponde. (BRASIL, 2015).

Quanto aos princípios do contraditório e ampla defesa, o STJ se manifesta no sentido da necessidade de observância perante os casos de processo administrativo disciplinar para que não gere a nulidade do processo. Sendo assim, o Superior Tribunal de Justiça teve decisão

contrária ao Tribunal do Estado do Rio Grande do Sul no Mandado de Segurança n. 45.718-RS, ao dispor que:

O ato demissório lavrado pelo Governador do Estado do Rio Grande tem como supedâneo procedimento administrativo de revisão de sanção que, conquanto tenha agravado a situação do réu, não lhe assegurou o direito de manifestação sobre as provas emprestadas, **situação que configura violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa.** (BRASIL, 2017a).

Consta nas alegações do impetrante que o teor do relatório emitido pela autoridade processante sofreu alterações sem que lhe fosse dado o direito ao contraditório. Nesse sentido, o Tribunal manifestou-se em sentido contrário à orientação do STJ, ao aplicar pena de demissão ao servidor sem proporcionar-lhe o direito de vista, o qual entende ser “possível a utilização de provas emprestadas de inquérito policial e processo criminal na instrução de processo disciplinar, **desde que assegurado o contraditório e a ampla defesa, diferente do ocorrido nos autos**” (BRASIL, 2017a).

Reflete-se, portanto, a necessidade de uma proposta neoinstitucionalista para a construção de uma decisão racional no âmbito administrativo. Por meio da falseabilidade e da atenção aos princípios instituintes do processo (ampla defesa, isonomia e contraditório), chega-se a uma decisão coextensiva e legítima, sem que fira direito dos envolvidos e se tome medidas gravosas, por falta de embasamento teórico e legal convincente.

Ainda há, nas decisões relacionadas ao PAD, proferidas pelos Tribunais brasileiros, ofensa a princípios constitucionais basilares ao ideal democrático, sem que haja devida atenção às alegações trazidas pelas partes, o que representa e intensifica um poder exacerbado por parte do julgador.

Não obstante, percebe-se que em algumas decisões o STF e o STJ possuem a preocupação de não conceder a pena mais gravosa a servidor público sem antes se ater aos requisitos não observados pelos Tribunais inferiores a eles.

Quanto à menção aos conceitos jurídicos indeterminados nas decisões referentes ao processo administrativo disciplinar, observa-se uma menor discussão nos Tribunais brasileiros, bem como no STF e STJ. Contudo, percebe-se o entendimento jurisprudencial de que a interpretação desses conceitos deve se afastar da subjetividade, concentrando-se nas circunstâncias de fato e de direito da situação.

Verifica-se, ainda, a discussão em torno da discricionariedade e dos conceitos indeterminados na jurisprudência brasileira. Em decisão do STF, conforme analisado, seguiu-se o entendimento de Eros Grau de que são institutos distintos e, portanto, a indeterminação não enseja o ato discricionário.

Menciona-se que, em sentença que excluiu candidato de concurso público, a Desembargadora Áurea Brasil, no exame do recurso, proferiu que a indeterminação dos conceitos jurídicos não concede ao administrador plena liberdade de decisão, sendo necessária a observância dos valores de proporcionalidade e razoabilidade na execução de um ato administrativo (MINAS GERAIS, 2011).

Nesse sentido, pautada no princípio da juridicidade, inerente aos atos administrativos, a referida desembargadora asseverou a respeito da interpretação e uso dos conceitos indeterminados nas normas jurídicas:

[...] a interpretação e emprego de conceitos indeterminados pelo administrador na aplicação das normas encontram-se, sim, delimitadas a um senso comum de adequabilidade da medida adotada, que deve sempre se pautar pela exata noção de necessidade. (MINAS GERAIS, 2011).

Consoante o entendimento de Eros Grau, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais também se pronunciou em acórdão quanto à sentença que excluía de concurso público candidato em transação penal. O entendimento foi no sentido de que os conceitos jurídicos indeterminados não geram discricionariedade administrativa, mas sim vinculação. Na emenda do acórdão, o relator Desembargador Elpídio Donizetti asseverou que:

Os conceitos jurídicos indeterminados - como é o conceito de idoneidade moral - **não encerram, no momento de sua aplicação, um juízo de discricionariedade, mas de vinculação**, porque somente há discricionariedade diante de autorização legislativa. (MINAS GERAIS, 2012).

Compartilhando o entendimento de que os conceitos jurídicos indeterminados ensejam vinculação administrativa, posiciona-se Sicca, afirmando que “a atividade administrativa de concretização de conceitos indeterminados é de natureza vinculada” (SICCA, 2011, p. 249), o que permite um maior controle objetivo.

Assim sendo, a vinculação permite que a indeterminação diante da análise do caso concreto seja aferida com “base em parâmetros racionais, suscetíveis e reconhecimento pela comunidade em geral e pelos procedimentos metodológicos adotados para o controle da administração pública” (SICCA, 2011, p. 249). Completa o autor:

[...] a vinculação do administrador, na linha defendida, cristaliza os mandamentos de racionalidade da ação administrativa e de demonstração clara, racional e fundamentada da norma de decisão originada da concretização do preceito legal. Esclarecida a ponderação, terá o juiz elementos suficientes para indagar sobre eventual violação de Direitos Fundamentais ou do próprio Interesse Público. (SICCA, 2017, p. 14).



A questão dos conceitos indeterminados e da discricionariedade administrativa não comporta entendimento pacífico na jurisprudência, tampouco na doutrina. Entretanto, observa-se que a posição mais acertada para a compreensão dos conceitos jurídicos indeterminados nas normas administrativistas situa-se na atividade de vinculação.

Compreender como regra a discricionariedade e como exceção a vinculação torna-se afirmação contrária aos princípios constitucionais da Administração Pública, sobretudo os da legalidade e da inafastabilidade da apreciação judicial (SICCA, 2017, p. 12).

Essa análise concreta de casos que envolvem a atividade administrativa, a ideia de um antirrelacionismo, até então defendido, e agora de uma antidiscricionariedade são pontos que se aproximam da visão neoinstitucionalista do processo, na medida em que busca um afastamento do agir solipsista e da autoridade administrativa. Possuindo respaldo legislativo e tendo que atender aos dizeres da norma, o administrador vincula-se a critérios objetivos e foge daquele decisionismo baseado em sua consciência, subjetividade, emoções e vontades.

Não obstante, a vinculação não é o bastante para a proposta falseabilista. A retirada do administrador como centro da decisão a ser tomada somente ocorrerá quando houver mudanças na base instituinte do Direito e quando todos os procedimentos passarem a ser regidos pela instituição do processo.

No entanto, a implementação dessa proposta de processo, entendida como instituição, só será possível após uma ruptura com o Direito em vigor, que ainda se baseia em uma teoria instrumentalista e que retroage aos ditames do Estado Social.

Assim, as aporias levantadas pelos não seguidores da visão de Rosemiro Pereira Leal precisam ser debatidas e plenamente entendidas para que se chegue a uma perspectiva aberta e em permanente construção do Direito.

Quando se trata da teoria neoinstitucionalista do processo, comumente são feitos questionamentos sobre a razoável duração do processo, que, integrando o rol dos direitos fundamentais, levanta discussões na seara da efetividade e da celeridade processual.

Leal, ao discorrer sobre o assunto, define primeiramente o conceito de processo em uma visão instrumentalista, para que se entenda a inviabilidade de uma visão arcaica para a procedimentalidade atual:

Com efeito, a “razoável duração do processo” é uma expressão que estigmatiza o “processo” (arcaísmo instrumentalista) como meio de os juízes fazerem justiça rápida, podendo imprimir uma esperada e prestante velocidade (celeridade) pela via de uma “razoabilidade” de senso-comum e satisfazerem os fundamentos de uma sociedade civil pressuposto. (LEAL, 2007, p. 13).

Um processo que se estruture em fases (nascer, crescer e morrer) é tudo o que a teoria neoinstitucionalista deseja afastar. Não atende a uma principiologia baseada em princípios autocríticos que preze pela validade e legitimidade de um sistema aberto uma “*ratio* interlocutória de durabilidade” (LEAL, 2007, p. 13).

Freitas explica que o tempo é entendido como o responsável pela morosidade processual, tanto administrativa quanto jurisdicional, e a maioria dos processualistas enxerga nele a causa da “suposta lentidão “do processo”, ensejando uma busca por “novas técnicas processuais” (FREITAS, 2014, p. 56-57).

Para a perspectiva neoinstitucionalista, o processo deve, sim, ser pensado em um tempo lógico. Todavia não será um processo obsoleto e desprezado de uma visão constitucionalizante e constitucionalizada que atenderá a uma sociedade aberta. Por se desenvolver mediante um discurso-linguístico democrático, o processo “não se desenvolve por relações métrico-temporais e espaciais (duração fatal)” (LEAL, 2007, p.13).

A construção da racionalidade de uma norma administrativa, assim como em qualquer seara do Direito, partindo da teoria neoinstitucionalista do processo, se constitui pela adoção de uma hermenêutica isométrica, ou seja, em um “igual direito de interpretação para todos” (LEAL, 2013, p. 11), não bastando **apenas** a observância da isonomia perante a lei.

A importância de uma recriação do discurso linguístico é assunto discutido por Costa, que dispõe sobre a necessidade de se desenvolver uma hermenêutica em que se supere o dogmatismo jurídico, pautado em uma concepção estática e engessada, de acordo com a qual o julgador apenas adequa o fato à norma, reproduzindo um Direito baseado e, sua subjetividade (COSTA, 2013, s/p).

Visando ao afastamento da figura da autoridade, Penido afirma que:

[...] em vez de se atribuir a escolha ou o encontro do sentido a uma autoridade permite-se partilhar a construção do sentido a quem quer que seja, a partir da disponibilização do código que orientou a codificação do discurso. Isso como forma de garantir um igual direito de interpretar a lei: a chamada hermenêutica isomênica. Com isso escapa-se à irreversível utilização da interpretação como “ato de vontade e decisão política”. (PENIDO, 2016, p. 228-229).

Insta uma maior fiscalização do plano instituinte do Direito e uma maior compreensão da importância das pessoas como coautoras para a resolução de seus conflitos e para a interpretação das normas que lhes atingem. Urge, portanto, testificar, criticar e refutar o âmbito legiferante da elaboração das normas que disciplinam o Direito brasileiro, desde a Constituição – instituição originária da teoria neoinstitucionalista (LEAL, 2016a) – até as normas infraconstitucionais e, assim, as que regem o Direito Administrativo.



## 6 CONCLUSÕES

1) O tema da presente pesquisa surgiu pelas aporias ocasionadas em função do inacabado (e em construção) Estado Democrático de Direito. As controvérsias encontradas no âmbito do Direito Administrativo e do Direito Processual evidenciam a necessidade de um (re)pensar de teorias obsoletas que não mais se adequam ao modelo de democracia.

2) Afastando-se das teorias que se prendem a uma visão instrumentalista do processo e que se aproximam de vertentes que posicionam o juiz no centro da jurisdição, encontra-se a teoria neoinstitucionalista do processo, com foco na epistemologia de Karl Popper, ora adaptada ao processo por Rosemiro Pereira Leal, concepções que melhor alcançam os ideais do modelo do Estado Democrático de Direito.

3) Dentro do recente histórico de formação do Direito Administrativo, sobretudo da processualidade administrativa, chamam atenção as discussões em torno dos conceitos indeterminados e das decisões do processo administrativo disciplinar. Requer-se uma reconstrução do processo administrativo para uma maior democraticidade das decisões em relação ao PAD, aspecto objeto de análise em razão do anseio de se refletir sobre a (ir)racionalidade das decisões em face do ideal basilar do Estado Democrático de Direito.

4) Além de uma escassa bibliográfica devido à difícil apreensão de sentido, fluidez e vagueza que geram os conceitos indeterminados, a primeira controvérsia no que diz respeito ao tema-problema encontrada foi em relação à nomenclatura. Há divergência entre os juristas até mesmo quanto à denominação da expressão. Optou-se pelo uso da expressão conceitos jurídicos indeterminados por englobar normas, regras e princípios. Não obstante, observa-se que tais conceitos constituem uma categoria das cláusulas gerais.

5) Perpassam o estudo dos conceitos jurídicos indeterminados questões inerentes à discricionariedade e ao princípio da legalidade. Observou-se que os aplicadores das normas jurídicas administrativas incorrem no equívoco de atrelarem as lacunas deixadas pelo legislador à discricionariedade administrativa e, dessa forma, em muitas das decisões no âmbito do processo administrativo disciplinar, decidem conforme a conveniência e oportunidade.

6) Frisa-se que cabe ao ente administrador e aplicador da norma jurídica condicionar a liberdade que as lacunas da indeterminação geram a uma determinação legislativa, atribuindo assim aos conceitos indeterminados a ideia de vinculação administrativa.

7) Seguindo os atos de testificação, observa-se que apenas a simples vinculação administrativa não satisfaz a construção de uma racionalidade em um sistema aberto, no qual o

processo deve ser entendido como uma instituição, coinstitucionalizante e coinstitucionalizada. É imperiosa ainda a fiscalização das bases instituintes para a garantia de um Direito legitimado.

**8)** A forma pela qual deve ser efetivado o controle jurisdicional dos atos administrativos e a maneira como se deve dar a apreciação do julgador administrativo no momento da tomada de decisão, diante de preceitos dotados de conceitos indeterminados, requer a observância de uma linguagem objetiva baseada em um epistemológico-linguístico-autocrítico. Logo, uma decisão do PAD em atenção ao modelo de democracia constante na CR/88 requer, portanto, uma racionalidade constante da epistemologia popperiana, em que a crítica e a refutação dos atos tomados sejam observadas.

**9)** Insta compreender a lei, conforme disposta no artigo 5º, inciso II, da CR/88, como a produção advinda de um devido processo legal e como instituição constitucionalizante fincada nos princípios do contraditório, isonomia e ampla defesa, voltada a uma coextensividade e coparticipação.

**10)** O Estado na teoria neoinstitucionalista não é compreendido como dogmático, por não se reduzir à ciência dogmática do Direito. Ele é visto como um componente acessório à construção do Estado Democrático de Direito e de um sistema normativo aberto, segundo o qual a figura de uma autoridade é duramente criticada e afastada.

**11)** Buscou-se neste trabalho a defesa e demonstração de uma teoria geral do processo e, com isso, a existência de uma processualidade administrativa despontada a partir da Constituição de 1988 e da inauguração do inacabado (e em construção) Estado Democrático de Direito.

**12)** A liberdade do intérprete e aplicador das normas jurídicas relativas ao PAD, quando decide meramente com base em sua subjetividade, consciência e nos pressupostos de oportunidade e conveniência, remete a uma concepção autocrática do processo. Vincula-se à figura do administrador a autoridade do juiz defendida pela concepção instrumentalista, a qual concede uma inata sabedoria do magistrado quanto à construção do provimento final, a partir de um entendimento tradicionalista que compreende a jurisdição como atividade própria do juiz. Esquece-se, portanto, que, em face de um Estado Democrático de Direito, a jurisdição corresponde à garantia inerente ao jurisdicionado de que sua pretensão será analisada sob o crivo de uma fundamentação de ordem constitucional, baseada a partir das alegações trazidas pelas partes, com a observância dos princípios instituintes do processo, quais sejam: contraditório, ampla defesa e isonomia. Uma decisão do PAD que contém conceitos jurídicos indeterminados somente será tida como racional e afastada de qualquer subjetividade se for objetivamente criticada pelas partes legitimadas, ante a toda bagagem de um Estado Social que

as cláusulas gerais e a processualidade administrativa carregam, não condizente com o modelo constitucional do Estado Democrático de Direito inaugurado pela CR/88. A teoria neoinstitucionalista do processo é, dessa forma, entendida como a proposta que mais se adequa à construção de uma democraticidade, haja vista sua preocupação com o elemento principal de uma democracia: o povo. Não obstante, em razão da não compreensão acadêmica e também prática da referida teoria, sua aplicabilidade remete a um contexto que precisa ainda ser formulado, pautando-se em uma alteração no plano instituinte do Direito e na construção de uma Constituição democrática.



## REFERÊNCIAS

- ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO. PARECER AGU n. GQ-55, de 30 de janeiro de 1995. Consultor da União: Wilson Teles de Macêdo. **Diário Oficial da União**, 2 fev. 1995. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/atos/detalhe/8234>>. Acesso em: 4 jul. 2017.
- ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO. Parecer nº AGU/LS-1/98, de 16 de abril de 1998. Consultor da União: L.A. Paranhos Sampaio. In: RECEITA FEDERAL. **Apostila nº 5 Orientadora da Aplicação do Processo e do Regime Disciplinar** - Pareceres da AGU, Formulações do Dasp e Enunciados da CGU/CCC. p. 303-308. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/atividade-disciplinar/arquivos/rfb-pareceres-agu.pdf>>. Acesso em: 4 jul. 2017.
- ANDOLINA, Italo; VIGNERA, Giuseppe. **I fondamenti costituzionali della giustizia civile**. Torino: G. Giappichelli, 1997.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. “A Supremacia do Interesse Público” no Advento do Estado de Direito e na Hermenêutica do Direito Público Contemporâneo. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 1-22.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Direito processual constitucional: aspectos contemporâneos**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Processo constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- BARROS, Flaviane de Magalhães. O processo, a jurisdição e a ação sob a ótica de Elio Fazzalari. **VirtuaJus: Revista Eletrônica da Faculdade Mineira de Direito da PUC-Minas**, Belo Horizonte, v. 1, p. 1-29, 2003.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- BATISTA, Sá. Teoria processual da relação jurídica como técnica ideológica de julgamento: uma estagnação científica. In: DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho; SOARES, Carlos Henrique (Coords.). **Técnica Processual**. Belo Horizonte: Del Rey, 2015. p. 93-121.
- BETTIN, Rogério. **Pluralidade de Mundos do Conhecimento em Popper**. 2014. 84 f. Dissertação – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), São Paulo, 2014. Disponível em: <<https://tede2.pucsp.br/handle/handle/11659>>. Acesso em: 4 jul. 2017.
- BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.
- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, 5 out. 1988. Disponível em:



<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 4 jul. 2017.

BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**, 31 dez. 1940. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em: 4 jul. 2017.

BRASIL. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, 17 jan. 1973. Revogada pela Lei n. 13.105, de 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm)>. Acesso em: 4 jul. 2017.

BRASIL. Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. **Diário Oficial da União**, 12 dez. 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8112compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8112compilado.htm)>. Acesso em: 4 jul. 2017.

BRASIL. Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. **Diário Oficial da União**, 1º fev. 1999. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9784.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm)>. Acesso em: 4 jul. 2017.

BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, 17 mar. 2015a. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em: 4 jul. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Recurso em Mandado de Segurança n. 45.718-RS. Relator: Ministro Herman Benjamin, 19 abr. 2017. **Diário de Justiça Eletrônico**, 21 fev. 2017a. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=68665235&num\\_registro=201401290885&data=20170419&tipo=51&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=68665235&num_registro=201401290885&data=20170419&tipo=51&formato=PDF)>. Acesso em: 04 jul. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 31.710-ES. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Julgado em: 14 fev. 2017. **Diário de Justiça Eletrônico**, 21 fev. 2017b. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1570088&num\\_registro=201000480349&data=20170221&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1570088&num_registro=201000480349&data=20170221&formato=PDF)>. Acesso em: 4 jul. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula n. 343**. **Diário de Justiça**, 21 set. 2007. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp#TIT27TEMA0>>. Acesso em: 4 jul. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Recurso Extraordinário n. 783.609-RS. Relator: Ministro Roberto Barroso. Julgado em: 26 ago. 2016. **Diário de Justiça Eletrônico**, 19 set. 2016a. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11684987>>. Acesso em: 4 jul. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Extradicação n. 1.405-DF. Relator: Ministro Luiz Fux. Primeira Turma. Julgado em: 20 out. 2015. **Diário de Justiça Eletrônico**, 15 dez. 2015b. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9997774>>. Acesso em: 4 jul. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 103.412-SP. Relatora: Ministra Rosa Weber. Julgado em: 19 jun. 2012. **Diário da Justiça Eletrônico**, 23 ago. 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2612894>>. Acesso em: 4 jul. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 126.292-SP. Relator: Ministro Teori Zavascki. Plenário. Julgado em: 17 fev. 2016. **Diário da Justiça Eletrônico**, 17 maio 2016b. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 4 jul. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n. 24.699-9-DF. Relator: Ministro Eros Grau. Primeira Turma. Julgado em: 30 nov. 2004. **Diário da Justiça Eletrônico**, 1º jul. 2005. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=370238>>. Acesso em: 4 jul. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 783.609-RS. Relator: Ministro Roberto Barroso. Julgado em: 25 ago. 2008. **Diário de Justiça Eletrônico**, 26 ago. 2008a. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11684987>>. Acesso em: 4 jul. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula n. 20. **Diário de Justiça Eletrônico**, 10 nov. 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1252>>. Acesso em: 4 jul. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante n. 5. **Diário de Justiça Eletrônico**, 16 maio 2008b. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1199>>. Acesso em: 4 jul. 2017.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito**. 2. ed., rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

CAIXETA, Maria Cristina Diniz. **O novo processo constitucional administrativo: sua importância na construção do estado democrático de direito**. 2010. 197 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MG), Belo Horizonte, 2010. Disponível em: <[http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito\\_CaixetaMC\\_1.pdf](http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_CaixetaMC_1.pdf)>. Acesso em: 4 jul. 2017.

CAMPOS, Felipe de Almeida. **A teoria da prova e o processo administrativo sob a perspectiva do código de processo civil de 2015**. 119 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade FUMEC, Belo Horizonte, 2016.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 24. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CHEVALLIER, Jaques. **O Estado de Direito**. Tradução Antônio Arnaldo Ferraz Dal Pozzo; Augusto Dal Pozzo. Belo Horizonte: Fórum, 2013. Título original: *L'État de droit*.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

CITTADINO, Gisele. Judicialização da Política, Constitucionalismo Democrático e Separação de Poderes. In: VIANNA, Luiz Werneck (Org.). **A Democracia e os Três Poderes do Brasil**. Belo Horizonte: Editora da UFMG, 2002. p. 17-42.

CONCEIÇÃO, Márcia Dominguez Nigro. **Conceitos Indeterminados na Constituição: requisitos da relevância e urgência (art. 62 da C.F.)**. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.

CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO. **Manual de Processo Administrativo Disciplinar**. Brasília, 2016. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/atividade-disciplinar/arquivos/manual-pad.pdf>>. Acesso em: 4 jul. 2017.

COSTA, Fabricio Veiga. A imparcialidade do juízo e a subjetividade do julgador. **Estado de Minas**, Belo Horizonte, 8 fev. 2013. Direito & Justiça. Disponível em: <<http://www.iamg.org.br/lerpublicacao.php?publicacao=572>>. Acesso em: 4 jul. 2017.

COSTA, Fabricio Veiga. Imparcialidade do juízo x a consciência do julgador no ato de decidir: um estudo crítico da processualidade democrática e do artigo 489 do novo código de processo civil. In: LEAL, André Cordeiro; SILVA, Maria dos Remédios Fontes; MOSCHEN, Valesca Raizer Borges (Orgs.). **Processo, jurisdição e efetividade da justiça II**. Organização CONPEDI/UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara. Florianópolis: CONPEDI, 2015.p. 200-225. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/j54r8mlx/sQ91Nq15J0rSiPHW.pdf>>. Acesso em: 4 jul. 2017.

DALLARI, Dalmo de Abreu; FERRAZ, Sérgio. **Processo administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2013.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

FARIA, Edimur Ferreira de. **Curso de direito administrativo positivo**. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. Tradução Eliane Nassif. Campinas: Bookseller, 2006. Título original: *Istituzioni di diritto processuale*.

FERRAZ, Leonardo de Araújo. **O Administrativismo do século XXI: por uma visão renovada dos conceitos jurídicos indeterminados**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2013.

FILGUEIRAS JÚNIOR, Marcus Vinícius. **Conceitos Jurídicos Indeterminados e Discricionariedade Administrativa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

FIORATTO, Débora; DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. A conexão entre os princípios do contraditório e da fundamentação das decisões na construção do estado democrático de direito. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, Rio de Janeiro, UERJ, v. 5, n. 5, p. 228-260, 2010. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/viewFile/23088/16444>>. Acesso em: 4 jul. 2017.

FRANÇA. Constituição (1971). **Constituição Francesa de 1791**. Disponível em: <<http://www.fafich.ufmg.br/~luarnaut/const91.pdf>>. Acesso em: 4 abr. 2017.

FRANÇA. Assembleia Nacional Constituinte Francesa. **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão**. 26 ago. 1789. Disponível em: <[http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar\\_dir\\_homem\\_cidadao.pdf](http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf)>. Acesso em: 4 jul. 2017.

FREITAS, Sérgio Henriques Zandona. **A impostergável reconstrução principiologicamente constitucional do processo administrativo disciplinar no Brasil**. 2014. 210 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MG), Belo Horizonte, 2014. Disponível em: <[http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito\\_FreitasSHZ\\_1.pdf](http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_FreitasSHZ_1.pdf)>. Acesso em: 4 jul. 2017.

FREITAS, Sérgio Henriques Zandona; MARIA, Thaís Campos; CAMPOS, Felipe de Almeida. Conceitos indeterminados e discricionariedade administrativa: um enfoque na tomada da decisão administrativa. In: COSTA, Beatriz Souza; CAMPELLO, Livia Gaigher Bosio; LANNES, Yuri Nathan da Costa (Coords.). **Seminário Nacional de Formação de Pesquisadores e Iniciação Científica em Direito da FEPODI**. Belo Horizonte: ESDH, 2017. p. 1656-1662. Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/4b3e15ku/bloco-unico/R937IOqVyK4KJ2hK.pdf>>. Acesso em: 4 jul. 2017.

GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

GHEDINI NETO, Armando. Técnica estrutural dos atos jurisdicionais decisórios. In: DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho; SOARES, Carlos Henrique (Coords.). **Técnica Processual**. Belo Horizonte: Del Rey, 2015. p. 255-281.

GOLDSCHMIDT, James. **Teoria geral do processo**. Tradução Leandro Farina. Campinas: Minelli, 2003.

GONÇALVES, Andréia Barroso. Processo Administrativo. In: MOTTA, Carlos Pinto Coelho (Coord.). **Curso prático de direito administrativo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. p. 1139-1183.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

GRAU, Eros Roberto. **O Direito Posto e o Direito Pressuposto**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa. **Revista do Instituto de Pesquisa e Estudos**, Bauru, n. 24, p. 61-115, dez./mar. 1998/1999. Disponível em: <[https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/20046/conceitos\\_juridicos\\_indeterminados.pdf](https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/20046/conceitos_juridicos_indeterminados.pdf)> Acesso em: 17 mar. 2017.

GUASP, Jaime; ARAGONESES, Pedro. **Derecho Procesal Civil**: introducción, parte general y procesos declarativos ordinários. 6. ed. España: Civitas, 2003.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Por uma filosofia processual do direito. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira (Coords.). **Teoria do processo**: panorama doutrinário mundial. Salvador: Jus Podivm, 2007. p. 985-1001.

GUIMARÃES, Bernardo Strobel. A participação no processo administrativo. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (Org.). **Atuais Rumos do Processo Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 79-97.

HABERMAS, Jürgen. Três modelos normativos de democracia. **Lua Nova**, n. 36, p. 39-53, 1995. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ln/n36/a03n36.pdf>>. Acesso em: 15 set. 2017.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**: introdução à problemática científica do direito. Tradução J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

LANNA, Vitor Germano Piscitelli Alvarenga. **A repercussão das cláusulas gerais no processo civil**. 2013. 134 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade FUMEC, Belo Horizonte, 2013. Disponível em: <<http://www.fumec.br/revistas/pdmd/article/view/4829/2460>>. Acesso em: 4 jul. 2017.

LEAL, André Cordeiro. **Instrumentalidade do Processo em Crise**. Belo Horizonte: Mandamentos, Faculdade de Ciências Humanas/FUMEC, 2008.

LEAL, André Cordeiro. **O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

LEAL, André Cordeiro; ARAÚJO, Bruno Amazan Avelar de. Democraticidade Jurídica e Contraditório nas Teorias Fazzalariana e Neoinstitucionalista do Processo. In: FERRAZ, Anna Candida da Cunha; CARDOSO, Henrique Ribeiro (Coords.). **Constituição e democracia II**. Florianópolis: CONPEDI, 2016. p. 135-151. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/publicacoes/02q8agmu/z15hvb59/7Mocx4A7hqIrUgW6.pdf>>. Acesso em: 4 jul. 2017.

LEAL, Rosemiro Pereira. **A principiologia jurídica do processo na teoria neo-institucionalista**. 2007. Disponível em: <[http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/2\\_2006/Docentes/pdf/Rosemiro.pdf](http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/2_2006/Docentes/pdf/Rosemiro.pdf)>. Acesso em: 4 jul. 2017.

LEAL, Rosemiro Pereira. **A Teoria Neoinstitucionalista do Processo**: uma trajetória conjectural. Belo Horizonte: Arraes, 2013.

LEAL, Rosemiro. Da técnica procedimental à ciência processual contemporânea. In: DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho; SOARES, Carlos Henrique (Orgs.). **Técnica Processual**. Belo Horizonte: Del Rey, 2015. Cap. 1, p. 1-22.

LEAL, Rosemiro Pereira. Processo e hermenêutica constitucional a partir do Estado Democrático de Direito. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**, Belo Horizonte, n. 38, p. 267-281, 2000. Disponível em: <<https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1172/1105>>. Acesso em: 4 jul. 2017.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo: Primeiros estudos**. 13. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Fórum, 2016a.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Processual da Decisão Jurídica**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016b.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

LESSA, Renato. A Constituição de 1988 como experimento de filosofia pública: um ensaio. In: OLIVEN, Ruben George; RIDENTI, Marcelo; BRANDÃO, Gildo Marçal (Orgs.). **A Constituição de 1988 na vida brasileira**. São Paulo: Hucitec, 2008. v. 1. p. 363-395.

LIMA, Carolina Caiado. Por uma lei geral do processo administrativo. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (Orgs.). **Atuais Rumos do Processo Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 53-77.

MARIA, Thaís Campos; CAMPOS, Felipe de Almeida. A racionalidade das decisões judiciais na perspectiva do Estado Democrático de Direito. In: LEAL, André Cordeiro; FREITAS, Sérgio Henriques Zandona; DIAS, Jean Carlos (Orgs.). **Processo e Democracia Jurídica**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016. p. 121-128. (Instituições Sociais, Direito e Democracia, 5).

MARIA, Thaís Campos; FREITAS, S. H. Z.; CAMPOS, F. A. A processualidade do direito administrativo no Estado Democrático de Direito: por um (re)pensar das teorias administrativistas na história do direito. In: CONGRESSO INTERNACIONAL CONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA, 6., 2016a. Rio de Janeiro/RJ. Apresentado oralmente.

MARIA, Thaís Campos; FREITAS, S. H. Z.; CAMPOS, F. A. O instituto da prova no novo código de processo civil. 2016. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE HISTÓRIA DE DIREITO: memórias, esquecimentos, democracias possíveis, corpos políticos e discursos de direitos humanos, 2016b, Belo Horizonte/MG. Apresentado oralmente.

MARIA, Thaís Campos; MONTI, Laura Campolina. O princípio da fundamentação das decisões judiciais e o solipsismo nas decisões do supremo tribunal federal. In: MINHOTO; Antonio Celso Baeta; IOCOHAMA, Celso Hiroshi; ARAÚJO, Marcelo Labanca Corrêa de (Coords.). **Processo, jurisdição e efetividade da justiça III**. Florianópolis: CONPEDI, 2016. p. 156-172. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/publicacoes/y0ii48h0/73sz1nf2/QfCGt762dnKmFr65.pdf>>. Acesso em: 4 jul. 2017.

MARTINS, Lucas Moraes. Estado de Exceção Permanente: o campo e a experiência biopolítica. **Sequência**, Florianópolis, v. 36, n. 71, p. 177-196, 2015. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2015v36n71p177>>. Acesso em: 4 jul. 2017.

MAUS, Ingeborg. **O direito e a política: teoria da democracia**. Tradução Elisete Antoniuk e Martonio Mont'Alverne Barreto Lima. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

MEDAUAR, Odete. **A processualidade no Direito Administrativo**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MEDEIROS, Nilton Carvalho Lima de. **Conceitos jurídicos indeterminados, a hermenêutica constitucional contemporânea e as possibilidades de legitimação de valores razoáveis e proporcionais nas normas de decisões**. 2012. 87 f. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade de Fortaleza (UNIFOR), Fortaleza, 2012. Disponível em: <<https://uolp.unifor.br/oul/conteudosite/F1066348325/Dissertacao.pdf>>. Acesso em: 4 jul. 2017.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 1.0024.09.732460-2/001. Relatora: Des. Áurea Brasil. 5ª Câmara Cível. Julgado em: 27 out. 2011. **Diário do Judiciário Eletrônico**, 15 dez. 2011. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0024.09.732460-2%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>>. Acesso em: 4 jul. 2017.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento n. 1.0024.11.264176-6/001. Relator: Des. Elpídio Donizetti. 8ª Câmara Cível. Julgado em: 8 nov. 2012. **Diário do Judiciário Eletrônico**, 20 nov. 2012. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0024.11.264176-6%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>>. Acesso em: 4 jul. 2017.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 1.0327.15.001241-4/001. Relator: Des. Afrânio Vilela. 2ª Câmara Cível. Julgado em: 14 mar. 2017a. **Diário do Judiciário Eletrônico**, 27 mar. 2017a. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0327.15.001241-4%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>>. Acesso em: 4 jul. 2017.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Rec Adm Disciplinar Servidor n. 1.0000.15.002030-3/001. Relator: Des. Geraldo Augusto. Órgão Especial. Julgado em: 23 fev. 2017b. **Diário do Judiciário Eletrônico**, 3 mar. 2017b. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRe>>

gistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0000.15.002030-3%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>. Acesso em: 4 jul. 2017.

MOTTA, Fabrício; TAVEIRA NETO, Francisco. Atos Administrativos. In: MOTTA, Carlos Pinto Coelho (Coord.). **Curso prático de direito administrativo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. p. 33-58.

NOGUEIRA, José Maurício. Aspectos sobre o controle das decisões judiciais. In: MEDINA, José Miguel Garcia; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo; CERQUEIRA, Luís Otávio Sequeira de; GOMES JUNIOR, Luiz Manoel (Orgs.). **Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 237-249.

NOHARA, Irene Patrícia. Conceitos jurídicos indeterminados e delimitação concreta da discricionariedade administrativa no pós-positivismo. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, São Paulo, n. 7, p. 167-193, jan./jun. 2010. Disponível em: <<http://direitoadm.com.br/125-conceitos-juridicos-indeterminados/>> Acesso em: 4 jul. 2017.

OLIVEIRA JÚNIOR, Valdir Ferreira de. Existe uma teoria geral do processo? In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira (Coords.). **Teoria do processo: panorama doutrinário mundial**. Salvador: Jus Podivm, 2007. Cap. XXXIX, p. 961-974.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Processo constitucional**. 3. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris, em 10 de dezembro de 1948, por meio da Resolução 217 A (III) da Assembleia Geral. Disponível em: <<http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por>>. Acesso em: 17 set. 2017.

PELLEGRINI, Luiz Fernando Gama. Súmula Vinculante nº 5 do STF e Súmula nº 343 do STJ. Considerações. **Universo Jurídico**, Juiz de Fora, ano XI, 9 jun. 2010. Disponível em: <[http://uj.novaprolink.com.br/doutrina/6972/sumula\\_vinculante\\_n\\_5\\_do\\_stf\\_e\\_sumula\\_n\\_343\\_do\\_stj\\_consideracoes](http://uj.novaprolink.com.br/doutrina/6972/sumula_vinculante_n_5_do_stf_e_sumula_n_343_do_stj_consideracoes)>. Acesso em: 4 jul. 2017.

PENIDO, Flávia Ávila. **Processo e interpretação em Eduardo J. Couture**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

PEREIRA, Flávio Henrique Unes. Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa à luz da teoria da adequabilidade normativa. **Revista CEJ**, Brasília, v. 11, n. 36, p. 30-38, jan./mar. 2007. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/view/743/923>>. Acesso em: 4 jul. 2017.

POPPER, Karl. **A sociedade aberta e seus inimigos**. Tradução Milton Amado. Belo Horizonte: Itatiaia, 1987.

POPPER, Karl. **O conhecimento e o problema corpo-mente**. Tradução Joaquim Alberto Ferreira Gomes. Lisboa: Biblioteca Nacional de Portugal, 1996.

POPPER, Karl. **Conhecimento objetivo: uma abordagem evolucionária**. Belo Horizonte: Itatiaia, 1999.



POPPER, Karl. **Conjecturas e refutações**. Tradução Sérgio Bath. 2. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1982.

POPPER, Karl. **Textos escolhidos**. Rio de Janeiro: PUC-RIO, 2010.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

RONCONI, Daniela. Sindicância: ampla defesa e contraditório? **Jus Navigandi**, set. 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/32023/sindicancia-ampla-defesa-e-contraditorio>>. Acesso em: 4 jul. 2017.

SANTOS, Valdeci dos. **Teoria geral do processo**. 2. ed. Campinas: Millennium, 2007.

SCHIRATO, Vitor Rhein. O processo administrativo como instrumento do Estado de Direito e da Democracia. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (Orgs.). **Atuais Rumos do Processo Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 9-51.

SENADO FEDERAL. **Comissão de juristas do “Novo CPC”**. Brasília: Gráfica do Senado Federal. Jan. 2010. Disponível em: <[https://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/1a\\_e\\_2a\\_Reuniao\\_PARA\\_grafica.pdf](https://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/1a_e_2a_Reuniao_PARA_grafica.pdf)>. Acesso em: 4 jul. 2017.

SICCA, Gerson dos Santos. **Discricionariedade Administrativa**: conceitos indeterminados e aplicação. Curitiba: Juruá, 2011.

SICCA, Gerson dos Santos. Conceitos indeterminados no direito administrativo e discricionariedade: limites da vinculação do administrador no Estado Democrático de Direito. **Revista da AGU**, v. 5, n. 20, p. 17-34, 2004. 2017. Disponível em: <<https://www.agu.gov.br/page/download/index/id/680254>>. Acesso em: 4 jul. 2017.

SOARES, Marcos Antônio Striquer; LIMA, Priscila Rosa. Decisão Judiciária: estudo do pensamento de Robert Alexy. **Revista de Direito Público**, Londrina, v. 7, n. 2, p. 3-16, maio/ago. 2012. Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/viewFile/10681/11271>>. Acesso em: 4 jul. 2017.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. Fundamentos epistemológicos para uma teoria geral do processo. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira (Coords.). **Teoria do processo**: panorama doutrinário mundial. Salvador: Jus Podivm, 2008. v. 1. p. 846-850.

STRECK, Lênio Luiz. **O que é isto** – decido conforme minha consciência? 5. ed., rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

TEIXEIRA, João Paulo Allain. **Racionalidade das decisões judiciais**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.