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

FELIPE DE ALMEIDA CAMPOS

A TEORIA DA PROVA E O PROCESSO ADMINISTRATIVO SOB A PERSPECTIVA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

Belo Horizonte/MG
2016

FELIPE DE ALMEIDA CAMPOS

Currículo Lattes:http://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/visualizacv.do?id=K4556105Y7

A TEORIA DA PROVA E O PROCESSO ADMINISTRATIVO SOB A PERSPECTIVA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado da Fundação Mineira de Educação e Cultura – FUMEC – como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre.

Área de concentração: Direito Público.

Orientador: Prof(a). Dr. Sérgio Henriques Zandona Freitas.

Belo Horizonte/MG

FUMEC

2016

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

C198t Campos, Felipe de Almeida, 1982-
A teoria da prova e o processo administrativo sob a perspectiva do código de processo civil de 2015 / Felipe de Almeida Campos. – Belo Horizonte, 2016.
119 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, 2016.

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

CDU: 35.077.3

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca da FCH-FUMEC

NOTA FINAL DA DEFESA DE DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

BANCA EXAMINADORA:

ASSINATURAS:

Prof. Dr. Sérgio Henriques Zandona Freitas _____

Prof. Dr. Arnaldo de Souza Ribeiro _____

Prof. Dr. Carlos Alberto Simões de Tomaz _____

Prof. Dr. Luís Carlos Balbino Gambogi _____

MESTRANDO: FELIPE DE ALMEIDA CAMPOS

TÍTULO DA DISSERTAÇÃO:

"A TEORIA DA PROVA E O PROCESSO ADMINISTRATIVO SOB A PERSPECTIVA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015"

NOTA: (90) noventa pontos

ASSINATURA ORIENTADOR: _____

DATA DA DEFESA: 20/12/2016

Rua Cobre, 200 - Cruzeiro
30310-190 - Belo Horizonte, MG
Tel: (31) 3228-3090
Fax: (31) 3281-3528
www.fumec.br

Dedicatória.

A meu pai, Carlos Campos.

AGRADECIMENTOS

Iniciando este espaço de agradecimentos dedico este trabalho, em especial, ao meu pai, Carlos Campos que tão logo partiu quando me tornei advogado. Cumpriu sua missão, embora tenha partido tão cedo, a me ensinar com sua sabedoria os valores da vida, ao me ensinar caminhar com seriedade e, acima de tudo, sempre com a dignidade do meu esforço. Meu grande mestre, meu maior exemplo de vida. Esta conquista jamais seria possível sem os seus ensinamentos.

A minha mãe, dona Joana, incentivadora e fonte de inspiração por sempre acreditar no meu sonho de um dia chegar ao Mestrado. A minha namorada, amiga e companheira Fabiana por pelo constante incentivo.

Ao meu padrinho, Hilton Almeida, pelo exemplo de vida.

Ao meu orientador e amigo, Professor Doutor Sérgio Henriques Zandona Freitas, sempre presente e com exemplar empenho nas atividades acadêmicas no Programa de Mestrado da FUMEC. Professor sempre solista às minhas indagações, dedicado, exemplo de educador que diariamente me motiva a pesquisar o Direito Processual em seu viés constitucional. Seus estudos deram asas a elaboração desta pesquisa.

Aos professores do Mestrado, em especial à Coordenadora do Programa, Dra. Maria Tereza Fonseca Dias, ao Professor Dr. Eduardo Martins de Lima, ao Professor Luis Carlos Balbino Gambogi, à Professora Helena Colodetti, agradeço pelas valorosas contribuições acadêmicas.

Aos professores da graduação do curso de direito da FUMEC, em especial à sua Coordenadora, Professora Silvana Lobo; ao Professor Antônio M. Nohmi, diretor da Faculdade de Ciências Humanas; aos Professores Rachid Silva, Walid Machado Botelho Arabi e Ricardo Ferreira Sacco, meus agradecimentos pelo valioso acolhimento como estagiário de docência, contribuindo para o desenvolvimento das atividades acadêmicas.

Aos meus colegas de trabalho na advocacia e na Câmara Municipal de Belo Horizonte/MG, em especial a Rubens Gonçalves de Brito – Vereador Bim da Ambulância - exemplo de trabalho.

A todos os colegas do Mestrado, em especial à Luiza Farhat, representante discente; à Thais Campos Maria companheira de pesquisas na área do Direito Administrativo e Processual; aos amigos do Núcleo de Pesquisa do Programa de Pós-graduação em Direito da FUMEC, Gustavo M. Figueiroa Fernandes, Renato Horta Rezende e Tamer F. Filho, grandes companheiros em todos os desafios.

Ao IMDP – Instituto Mineiro de Direito Processual – que sempre tem apoiado o desenvolvimento da crítica e da pesquisa do direito processual democrático.

Por fim, conquistas sempre se fazem com a soma de inúmeros esforços e, por isso, agradeço aos amigos e parentes que sempre me apoiaram e me deram força para seguir em todos os momentos da vida.

RESUMO

O presente estudo propõe-se a pesquisar a teoria da prova do processo aplicada ao processo administrativo, à luz das alterações promovidas pelo Novo Código de Processo Civil, Lei 13.105 de 2015.

Pretende-se analisar a aplicação do Novo Código de Processo Civil, conforme previsão expressa de aplicação supletiva e subsidiária do seu artigo 15, no Processo Administrativo regulado pela Lei 9784/99.

Procura-se, portanto, discutir a adequabilidade dos novos institutos processuais da prova dispostos no NCPC, encontrar os pontos de aplicação e convergência com a relação processual administrativa. O referencial teórico-metodológico terá por base o método jurídico-dedutivo, com marco teórico na teoria do Processo Constitucional Democrático, proposta por Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias e do Direito Processual da Administração Pública Democrática, de Sérgio Henriques Zandona Freitas.

Confere ainda mencionar que a análise se dá a partir do processo administrativo sob o viés constitucionalizado, numa roupagem processual-constitucional, tratando o processo administrativo como ramo do direito processual, garantido por seus princípios constitucionais.

Palavras-chave: Constituição. Processo Administrativo. Estado Democrático de Direito. Código de Processo Civil de 2015.

RIASSUNTO

Questo studio si propone di indagare il processo di teoria della dimostrazione applicata ao procedimento amministrativo alla luce delle modifiche introdotte dal nuovo codice di procedura civile, legge 13.105 di 2015.

Esso è destinato a rivedere l'attuazione del nuovo codice di procedura civile, come espressa previsione di domanda integrativa e sussidiaria dell'articolo 15 nell'ambito del procedimento amministrativo disciplinato dalla legge 9784/99.

Ricerca, di conseguenza, per discutere l'idoneità del nuovo istituti di procedura della prova disposti su NCPC, trovare l'applicazione e punti de convergenza con il rapporto processual e amministrativo. Il quadro teorico si basa su un metodo giuridico-deduttivo, con quadro teorico della teoria del Processo Constitucional Democrático proposta da Ronaldo Bretas de Carvalho Dias e Direito Processual Democrático da Administração Pública, di Sergio Henriques Zandona Freitas.

Conferisce ricordare che l'analisi parte dalla procedura amministrativa di cui pregiudizi costituzionalizzato, una veste procedurale e costituzionale, la gestione del processo amministrativo come un ramo del diritto processuale, garantita dai suoi principi costituzionali.

Parole chiave: Costituzione. Procedimento amministrativo. Stato di diritto democratico. Codice di procedura civile del 2015.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....11

CAPÍTULO I

FUNDAMENTOS DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E DA ADMINISTRÇÃO PÚBLICA NO BRASIL.....12

1.1 Estado de Direito e Democrático.....12

1.2 Aspectos da dualidade e da unidade da jurisdição administrativa brasileira.....13

1.3 A evolução dos modelos de gestão administrativa no Brasil.....15

1.4 O modelo participativo de administração pública no Brasil 19

CAPITULO 2

TEORIAS SOBRE A NATUREZA JURÍDICA DO PROCESSO.....26

2.1 Teoria do Processo como Contrato.....26

2.2 Teoria do Processo como Quase Contrato.....27

2.3 Teoria do Processo como Relação Jurídica 27

2.4 Teoria do Processo como Situação Jurídica.....31

2.5 Teoria do Processo como Instituição.....32

2.6 Teoria Estruturalista.....34

2.7 Teoria Constitucionalista de Processo.....35

2.8 Teoria Neoinstitucionalista de Processo 37

CAPITULO 3

PROCESSUALIDADE ADMINISTRATIVA.....39

3.1 O Processo Administrativo nas constituições e na legislação infraconstitucional Brasileira..... 39

3.2 Processualidade Administrativa na Constituição Federal de 1988.....42

3.3 Aspetos da elaboração da Lei 9784/99.....45

3.4 Teoria geral do processo na atualidade aplicada ao processo administrativo.....46

3.5 Processo e procedimento: mera terminologia?.....48

3.6 Princípios Constitucionais Aplicados ao Processo Administrativo.....49

3.7 O princípio do contraditório.....50

3.8 O princípio da ampla defesa.....51

3.9 O princípio da isonomia.....52

3.10 Princípios informativos do processo administrativo e suas referências no Código de Processo Civil.....53

3.11 Fases do processo administrativo.....55

CAPÍTULO 4
UMA RELEITURA CONSTITUCIONAL DO PROCESSO ADMINISTRATIVO NO SISTEMA JUÍRICO BRASILEIRO.....57
4.1 O processo administrativo como ramo do direito processual.....57
4.2 A competência para legislar sobre direito processual: diferenciação entre processo jurisdicional e administrativo nas teses de Carmen Lúcia Antunes Rocha e Paula Sarno Braga.....64

CAPÍTULO 5
A APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DO PROCESSO CIVIL NO PROCESSO ADMINISTRATIVO
5.1 A aplicação subsidiária do CPC de 2015.....66
5.2 A ADIN nº. 5492 e os paradoxos efeitos de uma compreensão sobre a repartição de competências para legislar sobre Processo Administrativo.....68

CAPÍTULO 6
A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO SISTEMA DE APRECIAÇÃO DAS PROVAS
6.1 Aspectos gerais da evolução histórica da prova.....70
6.1.1 Sistema da Prova Legal.....70
6.1.2 Sistema da Livre Convicção.....72
6.1.3 Persuasão Racional.....73
6.2 Os sistemas de apreciação de provas no processo civil brasileiro de 1939 a 2015.....73
6.2.1 Código de processo civil de 1939.....73
6.2.2 Código de processo civil de 1973.....75
6.2.3 O Código de Processo Civil de 2015 – surge um novo sistema?.....77
6.3. A prova como instituto jurídico.....78
6.4 Princípios e prova.....79
6.5 A prova no processo constitucional.....80
6.5.1 A produção da prova no espaço cooperativo de processo.....82
6.5.2 Contraditório dinâmico no Processo Civil de 2015.....83
6.5.3 O ônus da prova no modelo cooperativo de processo.....85
6.6 Provas ilícitas no Processo Civil.....87
6.6.1 A garantia constitucional da inadmissibilidade da prova ilícita.....87

6.6.2 É possível a aplicação do princípio da proporcionalidade às provas ilícitas?.....88

CAPÍTULO 7

A PROVA APLICADA AO PROCESSO ADMINISTRATIVO

7.1 Aspectos gerais do Código de Processo Civil de 2015.....89

7.2 Normas fundamentais do Processo Civil e suas repercussões no Processo Administrativo.....89

7.3 A cooperação dos sujeitos processuais: as influências do artigo 6º do CPC/15 na produção das provas.....90

7.4 O direito à ampla produção probatória no CPC/15.....91

7.5 O ônus da prova no modelo cooperativo de processo.....93

7.6 Aspectos probatórios no Processo Administrativo.....94

7.6.1 O instituto da Prova na Lei do Processo Administrativo.....94

7.6.2 O ônus da prova no Processo Administrativo.....96

7.6.3 A apreciação da prova no Processo Administrativo.....97

7.6.4 Das provas obtidas por meios ilícitos.....98

7.7 A reconstrução probatória do Processo Administrativo à luz do Código de Processo Civil de 2015.....99

CONCLUSÃO 103

REFERÊNCIAS.....105

INTRODUÇÃO

O presente estudo propõe-se a pesquisar a teoria da prova aplicada ao processo administrativo, à luz das alterações promovidas pelo Código de Processo Civil, Lei 13.105 de 2015.

Pretende-se – com isso - analisar a aplicação do Código de Processo Civil, conforme previsão expressa de aplicação supletiva e subsidiária do seu artigo 15, no Processo Administrativo regulado pela Lei 9784/99 sob o viés probatório, com estudo direcionado à avaliação da teoria da prova no processo administrativo.

Busca-se, portanto, uma análise de modo crítico-reflexivo da teoria da prova, sua nova abordagem no Código de Processo Civil/15 sua aplicabilidade e seus impactos no Processo Administrativo.

Parte-se, inicialmente, do reconhecimento da adequação lógico-jurídica dos princípios institutivos do processo ao processo administrativo.

O processo administrativo por meio da Lei 9784/99 possui dispositivos relacionados à prova, seu ônus e produção. Nestes aspectos, seu artigo 2º inciso X garante, dentre outros institutos, a produção da prova; a não admissão das provas produzidas por meios ilícitos, as provas impertinentes, desnecessárias ou protelatórias, nos artigos 30 e 38, §2º; dispõe sobre o ônus da prova no artigo 36; dispõe sobre a prestação de informações ou apresentação de provas e garante o contraditório na dinâmica probatória, no artigo 41.

O CPC/15, por sua vez, trouxe novidades para o instituto da prova, sobretudo a inversão dinâmica do ônus da prova, além de dispor sobre a realização das provas periciais, testemunhal, eletrônica, por inspeção e por depoimento.

Assim, será analisada a adequação da teoria da prova e de seus novos institutos probatórios previstos no CPC/15 ao processo administrativo, numa perspectiva do Estado Democrático de Direito e dos princípios institutos do processo, de aplicabilidade comum às relações processuais, tendo como marco teórico a Teoria do Processo Constitucional, de Ronaldo Bretas e o estudo do Direito Processual da Administração Pública, de Sérgio Henriques Zandona Freitas.

A abordagem será compreensivo- exploratória, histórica e comparativa.

CAPÍTULO 1

FUNDAMENTOS DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E DA ADMINISTRÇÃO PÚBLICA NO BRASIL

1.1 Estado de Direito e Democrático

O Estado Democrático de Direito, contemporaneamente previsto na Constituição da República de 1988, é o resultado de um movimento histórico e evolutivo dos modelos de Estado que se inicia pelo Estado de Polícia, atravessando as bases do Estado Liberal e do Estado Social.

O estágio inicial desta análise também chamado de Estado de Polícia marcou a Idade Média, cujo regime era caracterizado, notadamente, pela ausência de qualquer responsabilidade política com fortíssima influência religiosa num contexto cuja lei era resultado de um modelo absolutista.

Interessantemente, nesse modelo, as leis eram destinadas apenas aos indivíduos, submissos ao poder indiscriminado de criação de normas das quais, por sua vez, não submetiam o Estado à sua observância.

Na sequência surge o Estado Liberal, influenciado pelo pensamento iluminista e pelas ideias de John Locke.

Tratou-se de um modelo identificado pelas revoluções burguesas na Inglaterra, Estados Unidos e França, ocorridas no século XVII, sendo, com isso, também conhecido como Estado-burguês, compreendendo, em seu aspecto político, o Estado como um garantidor da proteção às liberdades individuais, capaz de impor restrições aos seus membros, ao mesmo tempo em que lhes assegurava a fruição da liberdade através da Lei.

Era um modelo de Estado, portanto, marcado pela liberdade civil e política, com um governo baseado na ideia constitucionalista de garantia de direitos individuais, economia capitalista e, principalmente, no liberalismo econômico.

Muito embora todo o contexto do qual foi influenciado o Estado Liberal, com declarações e garantias de direitos fundamentais, respeito à legalidade e garantia de liberdades, o referido modelo passou por significativas crises notadamente marcadas por acúmulo de riquezas e ineficácia quanto ao atendimento às demandas sociais da época.

Nesse sentido Carlos Alberto Simões de Tomaz faz interessante reflexão:

> O Estado Liberal, na verdade, revela-se o que se convencionou denominar de "Estado Policial", porque apenas reconheceu, fazendo vazar em normas jurídicas, as chamadas liberdades públicas, não se preocupando em estabelecer meios para que os direitos reconhecidos fossem efetivados. Na verdade, quem antes era escravo nas

> civilizações da antiguidade e tinha passado à condição de vassalo no sistema feudal agora é um mero súdito do rei, com direitos inerentes à sua condição humana reconhecidos, sem que, todavia, o Estado se ocupasse de assegurá-los. Com isso, o Estado assumia uma atitude passiva, abstendo-se de prestações voltadas para imprimir eficácia aos direitos fundamentais. Enfim, quem já era livre continuava a ser, como igualmente quem não gozava de liberdade, não obstante, agora a tivesse expressamente reconhecida, continuando na condição de alijado desse direito. (TOMAZ, 2011, 69).

Como resultado destas crises surge o Estado Social, caracterizado pelo modelo do *Walfare State* e pela luta dos movimentos operários.

Nessa passagem, ocorreu nítica transição de um modelo de não impedimento do livre desenvolvimento das relações do mercado para um modelo intervencionista, com assunção de tarefas positivas - até aquele momento - típicas da iniciativa privada.

Essa atividade prestacional do Estado o obrigou a assegurar garantias mínimas de qualidade de vida de seus indivíduos tais como: renda, alimentação, saúde, habitação, e educação.

Como resultado desse modelo prestacional as fontes começaram a se comprometer e a insuficiência de recursos passa a provocar crises dando início, assim, à ideia do Estado Democrático de Direito.

Surge, assim, o novo modelo de Estado com suas bases voltadas para a liberdade, representação e participação política do cidadão, desenvolvimento de instrumentos de controle da atividade estatal, proteção dos direitos e garantias fundamentais, publicidade dos atos do Estado, legalidade e atenção aos direitos difusos e coletivos.

Com isso, traz a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 importantes conquistas ao cidadão.

Do ponto de vista processual, destacam-se as garantias constitucionais do devido processo legal consubstanciadas no respeito irrestrito ao contraditório e à ampla defesa, isonomia, razoável duração do processo, da fundamentação das decisões e do juiz natural, todos estes preceitos indispensáveis para a formação de um modelo processual constitucionalizado.

1.2 Aspectos da dualidade e da unidade da jurisdição administrativa brasileira

O processo administrativo no Brasil passa por dois momentos importantes no Brasil, oportunidade em que se percebe a presença do contencioso administrativo e no momento em que, com a CR/88, passa-se a adotar a unicidade da jurisdição.

Sobre o primeiro momento relatado, tem-se pela leitura do texto do artigo 111 dada pela Emenda Constitucional número 1 de 1969 à Constituição de 1967, a possibilidade conferida – à época – para a criação do contencioso administrativo com competência para o julgamento de causas relacionadas aos litígios decorrentes da relação de trabalho dos servidores com a União, inclusive autarquias e empresas públicas federais, independente de seu regime jurídico.

Tratava-se da adoção no Brasil do sistema de criação do contencioso administrativo, como pode ser visto pelo artigo 111 da CR/69 ao mencionar que "A lei poderá criar contencioso administrativo e atribuir-lhe competência para o julgamento das causas mencionadas no artigo anterior." (BRASIL, 1969).

O artigo anterior ao artigo 111 complementa dizendo que:

> Art. 110. Os litígios decorrentes das relações de trabalho dos servidores com a União, inclusive as autarquias e as emprêsas públicas federais, qualquer que seja o seu regime jurídico, processar-se-ão e julgar-se-ão perante os juízes federais, devendo ser interposto recurso, se couber, para o Tribunal Federal de Recursos. (BRASIL, 1969).

Conforme a Emenda Constitucional nº7 de 1977 a temática foi novamente tratado pelo artigo 203, dispondo que "poderão ser criados contenciosos administrativos, federais e estaduais, sem poder jurisdicional, para a decisão de questões fiscais e previdenciárias, inclusive relativas a acidentes do trabalho (Art. 153, § 4º)[1].

Todavia, conforme noticia Maria Sylvia Zanella Di Pietro,

> [...] esse contencioso, que não chegou a ser instituído, apenas tinha o mesmo nome que o instituto adotado em outros países, por que as suas decisões não teriam força de coisa julgada (art. 203), por serem incompatíveis com o princípio da unidade de jurisdição previsto no artigo 153, §4º. A sua instituição apenas teria significado a instituição dos princípios da exaustão das vias administrativas para ingresso em juízo, conforme constava expressamente do último dispositivo citado. (DI PIETRO, 2015, p. 768).

Superado o período acima e com a promulgação da Constituição da República de 1988 o Brasil passou a adotar, com clareza, a unidade de jurisdição, a uma por não prever a possibilidade do contencioso administrativo e, duas, por deixar expressa a garantia constitucional da inafastabilidade da jurisdição em seu artigo 5º, inciso XXXV na medida em que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito". (BRASIL, 1988).

---

[1] Art. 153. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos têrmos seguintes:. § 4º A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual. O ingresso em juízo poderá ser condicionado a que se exauram previamente as vias administrativas, desde que não exigida garantia de instância, nem ultrapassado o prazo de cento e oitenta dias para a decisão sobre o pedido.

1.3 A evolução dos modelos de gestão administrativa no Brasil:

Segundo Gustavo Binenbojm (BINENBOJM, 2008), o Direito Administrativo passou originalmente por uma evolução contraditória.

Traduzia-se, em sua origem, em uma normatividade parcial e desigual, e posteriormente transformou-se em uma vertente garantística, marcada pelo controle da atividade administrativa pelos cidadãos. (BINENBOJM, 2007, p.744).

No Brasil inicia-se uma visão burocrática da Administração Pública pela chamada Reforma Administrativa de 1938, com a criação do DASP (Departamento Administrativo do Serviço Público) pelo Decreto-Lei n. 579/1938.

Vejamos o artigo 2º do referido Decreto-Lei n.579/1938[2]:

> Art.2º Compete ao D. A. S. P.:
> a) o estado pormenorizado das repartições, departamentos e estabelecimentos públicos, com o fim de determinar, do ponto de vista da economia e eficiência, as modificações a serem feitas na organização dos serviços públicos, sua distribuição e agrupamentos, dotações orçamentárias, condições e processos de trabalho, relações de uns com os outros e com o público. (BRASIL, 1938)

Interessante notar que nessa primeira reforma os termos “economia” e “eficiência” já se tornavam uma espécie de marco a ser seguido pela Administração Pública, muito embora os pressupostos citados não tenham se mostrados efetivos no decorrer dos anos e a essa reforma conhecida como burocrática acabou se caracterizando como um sistema lento e pouco produtivo, sobretudo no que se refere ao atendimento e prestação de serviços ao cidadão.

Contudo, embora ainda nascente a ideia gerencial no Brasil, Bresser-Pereira ensina que o Decreto-Lei n. 200 de 1967 foi, verdadeiramente, a primeira tentativa de reforma gerencial no Brasil, veja:

> A reforma iniciada pelo Decreto-lei 200 foi uma tentativa de superação da rigidez burocrática, podendo ser considerada como um primeiro momento da administração gerencial no Brasil. Colocou-se toda a ênfase na descentralização, mediante a autonomia indireta, a partir do pressuposto da rigidez da administração direta e da maior eficiência da administração descentralizada. (BRESSER-PEREIRA, 2006, p. 244).

Por meio do Decreto-lei n. 200 as atividades da Administração Federal passaram a obedecer 5 (cinco) princípios fundamentais, sendo eles o planejamento, coordenação,

---

[2]Disponível em: <http://www12.senado.gov.br/orcamento/documentos/outros/linha-do-tempo/Decreto Lei_579_de_30_de_julho_de_1938.pdf >. Acesso em: 04 ago.2015.

descentralização, delegação de competência e controle. Destaque-se que foi prevista a figura da descentralização no artigo 10 do citado Decreto-Lei[3], cuidando ainda o referido Decreto-lei de contemplar expressamente as pessoas jurídicas da Administração Pública Indireta, definindo-as no que se refere à aquisição de personalidade jurídica, autonomia e, sobretudo, suas funções.

Não obstante às mudanças promovidas pela reforma de 1967, esta se mostrou inapta a promover a almejada eficiência, posto que se caracterizou pelo excesso de burocracia na relação entre administração e particular.

Além dessa burocrática relação, manteve-se, assim como em 1937, as práticas patrimonialistas, sobretudo pelo uso de contração de empregados públicos sem concurso público, na Administração Pública Indireta.

Como resultante desses acontecimentos, inicia-se no Brasil um forte movimento a fim de combater a desburocratização da Administração Pública no fim da década de 1970, com destaque para o então Programa Nacional de Desburocratização do Governo, instituído pelo Presidente João Figueiredo, em 18 de julho de 1979 pelo Decreto n. 83.740[4].

O referido programa buscava tornar mais dinâmico e simples o funcionamento da Administração Pública e, com destaque, seu objetivo era intensificar a execução dos trabalhos da Reforma operada pelo Decreto-lei n. 200/67.

No título XIII o Decreto-lei n. 200/67 previa, em seu artigo 146, que a sua reforma seria feita por etapas de acordo com as providências que fossem necessárias às execuções de seus fins, tais como promover o levantamento das leis ajustando-as ao Decreto em comento; reorganização e reestruturação, entre outros atos, de modo progressivo de acordo com o avanço da reforma.

Interessante que o Decreto n. 83.740 traz como um dos seus objetivos exatamente intensificar os objetivos que ficaram expostos no título XIII do Decreto-lei n. 200/67, hipótese que leva à conclusão de que a reforma de 1967 não cumpriu o fim almejado e se operou de modo parcial, contribuindo mais para a elevação da burocracia e do patrimonialismo do que, efetivamente, para uma prestação do serviço público eficiente.

Além de buscar a desburocratização da Administração Pública Federal, com medidas tendentes a reduzir a interferência do Governo na atividade do cidadão e do empresário, abreviar a solução dos casos por meio de descentralização das decisões, reforçar a fiscalização

---

[3]Decreto-Lei n. 200/67: Artigo 10 - a execução das atividades da Administração Federal deverá ser amplamente descentralizada.

[4]Publicado no DOU no dia 18.07.79, instituiu o Programa Nacional de Desburocratização e dá outras providências.

com o fim de coibir fraudes, desvios e abusos e favorecimento do sistema de livre empresa, o Programa Nacional de Desburocratização tinha como um dos seus objetivos controlar o crescimento desnecessário da máquina administrativa federal, o que demonstrava a preocupação com a contenção das práticas de abuso no uso da Administração Indireta.

Passados os anos e após a democratização do Brasil em 1988, inicia-se um movimento em busca de uma reforma gerencial para o Estado brasileiro, com objetivo de contribuir para o melhor funcionamento do mercado (bom considerar que a economia já se encontrava sob o viés globalizado, superando as fronteiras locais), consideração do cidadão como um cliente dos serviços públicos, profissionalização da Administração, transparência, controle dos resultados e a adoção de práticas originadas no setor privado.

Sobre o gerencialismo, destaca Ana Paula Paes de Paula:

> No Brasil, esse movimento ganhou força nos anos 1990 com o debate da reforma gerencial do Estado e o desenvolvimento da administração pública gerencial. A crise do nacional-desenvolvimentismo e as criticas ao patrimonialismo e autoritarismo do Estado brasileiro estimularam a emergência de um consenso político de caráter liberal que, segundo nossa análise, se baseou na articulação das seguintes estratégias: a estratégia de desenvolvimento dependente e associado; as estratégias neoliberais de estabilização econômica; e as estratégias administrativas dominantes no cenário das reformas orientadas para o mercado. (PAULA, 2005, p. 134).

Com a vitória do PSDB – Partido da Social Democracia Brasileira – e eleição do então Presidente Fernando Henrique Cardoso – FHC -, em 1994, foi criado o MARE - Ministério da Administração e Reforma do Estado e indicado para a sua condução o Ministro Luiz Carlos Bresser-Pereira, fortemente influenciado pelas teorias gerencialistas.

Com isso, pode-se dizer que o marco inicial da gestão gerencial se dá um ano após as eleições presidenciais, em 1995, e possui dois pontos fundamentais no seu eixo reformista: a publicação do Plano Diretor da Reforma do Estado e a Emenda Constitucional nº. 19 de 1998.

Nos cadernos do Plano Diretor do MARE, pode-se destacar interessante trecho que resume bem a busca do gerencialismo em sua reforma[5]:

> O paradigma gerencial contemporâneo, fundamentado nos princípios da confiança e da descentralização da decisão, exige formas flexíveis de gestão, horizontalização de estruturas, descentralização de funções, incentivos à criatividade. Contrapõe-se à ideologia do formalismo e do rigor técnico da burocracia tradicional. À avaliação sistemática, à recompensa pelo desempenho, e à capacitação permanente, que já eram características da boa administração burocrática, acrescentam-se os princípios da orientação para o cidadão-cliente, do controle por resultados, e da competição administrada. (BRESSER-PEREIRA, 2015, p. 17)

Assim, tem-se uma gestão pública centrada no profissionalismo e no uso de práticas de gestão utilizadas no setor privado.

---

[5]Disponível em: <http://www.bresserpereira.org.br/Documents/MARE/PlanoDiretor/planodiretor.pdf>. Acesso em: 27 jul. 2015.

Bresser-Pereira ainda em seu Plano Diretor apresenta o Estado dividido em quatro setores: Núcleo Estratégico, Atividades Exclusivas, Serviços Não Exclusivos e Produção de Bens e Serviços para o Mercado.

A cada setor é atribuída uma função típica, bem definida, com destaque, nesta divisão, para as atividades exclusivas do Estado, como o setor responsável por prestar serviços que só o Estado pode realizar e as atividades não exclusivas, em que o Estado atua simultaneamente com outras organizações públicas não-estatais e privadas. [6]

A Emenda Constitucional n. 19 de 1998, outro marco do gerencialismo no Brasil, trouxe diversas alterações no sistema administrativo.

Embora tenha sido ampla a reforma e diversas alterações, considerando que o presente trabalho não tem como objetivo precípuo a análise de todas as alterações promovidas pela reforma, passa-se apenas a tratar de pontos centrais que guardam relação com a proposta atual do trabalho[7].

Dentre os pontos destacáveis da Reforma, o tempo para a estabilidade dos funcionários públicos foi alterado, passando-se a exigir três anos para sua aquisição[8].

Com isso, a estabilidade passou a ser prerrogativa inerente aos servidores de cargo efetivo na Administração Pública. Além disso, o servidor passou a ser submetido à avaliação periódica de desempenho.

Sobre a perda do cargo, inovou a Emenda Constitucional n. 19 ao abrir a possibilidade da perda do cargo nos casos de contenção e excesso de despesas (lembrando que isso somente deverá ocorrer após a redução de 20% (vinte por cento) dos cargos em comissão, confiança e servidores não estáveis), e mau rendimento, ou insuficiência, do servidor no desempenho de suas funções.

Tratou também a Emenda Constitucional 19 do teto do pagamento das remunerações dos servidores públicos, limitado aos subsídios que recebem os Ministros do Supremo Tribunal Federal.

A Emenda Constitucional 19 ainda trouxe novos institutos ao sistema constitucional, como foi a descentralização dos serviços públicos por meio de convênios de transferência entre os entes federados, veja:

---

[6]Disponível em: <http://www.bresserpereira.org.br/Documents/MARE/PlanoDiretor/planodiretor.pdf.> Acesso em: 06 ago.2015.

[7]Para uma melhor compreensão da Emenda Constitucional n.19, recomenda-se a leitura da obra: MORAES, Alexandre de. **Reforma administrativa.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

[8]Constituição da República de 1988: Art. 41. São estáveis após três anos de efetivo exercício os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público. Redação dada pela EC n. 19/98.

> Art. 241 A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por meio de lei os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre os entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos. (BRASIL, 1998).

Merecem destaque também as Leis n. 9649/98[9] e 9637/98[10], aquela responsável por dispor sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, e esta disciplinando a qualificação de organizações sociais à pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, com atividades voltadas para o ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação ao meio ambiente, cultura, saúde, atendidas as exigências previstas na referida Lei.

1.4 O modelo participativo de administração pública no Brasil

Em verdade, somente a partir da superação do Estado Social que a participação do particular na atividade estatal inicia-se.

Um novo Estado marca esse 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).

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.

Portanto, emerge-se um (re) pensar das teorias administrativas para a formação do Estado Democrático de Direito e de toda a processualidade administrativista.

Idealiza-se um abandono de visões tradicionalistas e estáticas para a construção da democracia, e assim reclama-se uma maior preocupação em acompanhar a dinâmica social, na busca de uma harmonização entre Direito, Estado e sociedade.

Essas diversas mobilizações da sociedade civil, somadas aos seus novos anseios no sentido de romper com uma Administração Pública centralizadora, fazem como que surjam cobranças em busca de um controle social sobre as ações do Estado. Com isso, passou-se, no

---

[9]Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9649cons.htm>. Acesso em: 02 ago. 2015.
[10]Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9637.htm>. Acesso em: 02 ago. 2015.

Brasil, a ser pensados diversos modelos de gestão e essa nova forma de pensar orientou os atores da Constituinte numa construção democrática na relação entre o Estado e o cidadão.

Com isso, o modelo de administração societal passa a redirecionar o pensamento administrativo, antes baseado no que se denominou eficiência administrativa, com separação entre as atividades exclusivas e não-exclusivas, como se viu no tópico anterior, para um papel de participação efetiva social na construção do espaço político, com a discussão sobre canais de participação popular.

Segundo Ana Paula Paes de Paula:

> A origem da vertente da qual deriva a administração pública societal está ligada à tradição mobilizatória brasileira, que alcançou o seu auge na década de 1960, quando a sociedade se organizou pelas reformas nos país. Após o golpe de 1964, essas mobilizações retornaram na década de 1970, período no qual a Igreja Católica catalisou a discussão de problemas coletivos nas Comunidades Eclesiais de Base (CEBs), inspirada pelos ideais da teologia da libertação e da educação popular. (PAULA, 2005, p. 187).

O desafio, portanto, está no desenvolvimento de organizações administrativas aptas a absorverem a participação do cidadão e, diga-se, concretizar seus interesses, vez que a abertura de canais sociais sem autonomia, ou seja, a mera disponibilidade de meios não é suficiente para alcançar a participação constitucional que se almeja.

Não bastam meros instrumentos ou meios, é preciso dar autonomia à sociedade para que se chegue ao resultado esperado, qual seja, o atendimento do interesse público.

Assim, toda a tecnocracia e monopólio decisório da administração passam por uma redefinição por meio de canais participativos, tornando a sociedade verdadeira partícipe na construção das decisões de seu interesse.

Vê-se, a partir daí, que o cidadão, por meio de canais de participação, decide o seu destino, seja como morador de uma simples comunidade, do município ou do estado a que pertence.

Ora, o cidadão consumidor, contribuinte, usuário do serviço público, trabalhador, eleitor, todos, indistintamente, devem dispor de meios de comunicação aptos a se dirigir à administração e construir ações políticas participativas. É a administração construindo e desenvolvendo suas atividades conjuntamente aos reais afetados, contrariando a distância que havia entre a sociedade e seus representantes e administradores públicos o que tem ocorrido, atualmente, por meios de instrumentos como as audiências públicas e o orçamento participativo, como exemplos[11].

---

[11] Sobre o tema, remete-se o leitor às seguintes obras indicadas: COMPARATO, Fábio Konder. *Direito público* : estudos e pareceres. São Paulo : Saraiva, 1996; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Participação popular na

Obviamente que não pretendeu o constituinte, ao criar instrumento de participação, simplesmente dar ouvidos à sociedade. É preciso dar eficácia à fala popular, desafio esse que não foi alcançado pelas gestões anteriores.

Em diversas passagem do texto constitucional pode ser vista a preocupação do constituinte em implementar uma relação dialógica e harmônica entre a sociedade e o Estado.

No preâmbulo da Constituição da República, embora desprovido de caráter normativo[12], o constituinte dá sinais de que o programa para uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, sob o paradigma do Estado Democrático, passa pelo exercício dos direitos sociais e individuais, dentre outros, com destaque, para o bem-estar e o desenvolvimento.

Nesse caminho, só se pretende uma sociedade livre rumo ao desenvolvimento e ao seu bem-estar quando se tem um canal democratizado de diálogo com o Estado; canal este que absorva as demandas, os anseios e os rumos que deve seguir a sociedade, opinando e guiando as políticas públicas das quais será atingida.

Essa construção coparticipativa pode ser vista em importantes passagens da Constituição da República, como nos artigos 187, caput[13], 194[14], inciso VII, 198, inciso III[15], 216-A, §1º, inciso X[16], todos garantindo a gestão deliberativa e participativa, elementos que se adéquam à proposta de gestão societal.

A tendência participativa e de criação e desenvolvimento de mecanismos de diálogo entre o cidadão e a administração pode ser vista também pelas plataformas de governo propostas nas últimas eleições presidenciais e na disputa eleitoral no estado de Minas Gerais.

---

administração pública. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 191, jan./mar.1993; GORDILLO, Agustín A. Ideas sobre participación en America Latina. *Revista de Direito Público.*São Paulo, n. 57/58, p. 29-38, jan./jun. 1981.

[12]Consulte a esse respeito: FERNANDES, Bernardo Gonçalves; PEDRO, Flávio Quinaud. **Curso de direito constitucional.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

[13]Constituição da República de 1988: Art. 187. A política agrícola será planejada e executada na forma da lei, com a participação efetiva do setor de produção, envolvendo produtores e trabalhadores rurais, bem como dos setores de comercialização, de armazenamento e de transportes, levando em conta, especialmente:

[14]Constituição da República de 1988: Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social. VII - caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados.

[15]Constituição da República de 1988: Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: III - participação da comunidade.

[16]Constituição da República de 1988: Art. 216-A. O Sistema Nacional de Cultura, organizado em regime de colaboração, de forma descentralizada e participativa, institui um processo de gestão e promoção conjunta de políticas públicas de cultura, democráticas e permanentes, pactuadas entre os entes da Federação e a sociedade, tendo por objetivo promover o desenvolvimento humano, social e econômico com pleno exercício dos direitos culturais. X - democratização dos processos decisórios com participação e controle social.

Buscando apontar o tema, são analisados os programas de governo dos dois principais candidatos à Presidência da República em 2014, quais sejam: Dilma Rousseff, candidata pelo Partido dos Trabalhadores – PT e Aécio Neves, candidato pelo Partido da Social Democracia Brasileira - PSDB, bem como dois dos principais candidatos ao Governo de Minas Gerais: Fernando Pimentel - PT e Pimenta da Veiga - PSDB.

Nas quatro plataformas poderão ser vistas propostas de criação e desenvolvimento de instrumentos de participação social na Administração Pública, fator que reforça a superação de uma gestão centralizada ou monopolizada sobre as decisões e ações políticas. Ainda, há uma superação do conceito de mera disponibilidade de mecanismos participativos, como ocorreu durante o pensamento gerencial.

Procura-se, ao revés, implementar – de fato - instrumentos garantidos de participação e também dotados de autonomia, a fim de que a sociedade seja efetivamente ouvida e atendida em suas necessidades.

Nesse propósito, o candidato Aécio Neves indica os seguintes pontos em seu programa de Governo elaborado para as eleições[17] ocorridas no Brasil em 2014, para uma participação cidadã, vejamos:

> II.XI. PARTICIPAÇÃO CIDADÃ
> O Governo Federal deve estimular o debate e a busca de consensos por meio da participação social de grupos, coletivos, organizações não-governamentais, movimentos sociais e populares. Não se pode buscar as soluções para os graves problemas nacionais sem escutar aqueles que tem a efetiva vivência destes em seu dia-a-dia e quem trabalha para resolvê-los. A participação do cidadão também se manifesta por meio dos Conselhos Nacionais de políticas públicas, que devem ser prestigiados e fortalecidos.
> DIRETRIZES:
> 1. Realização de diálogos nacionais a partir de agenda de prioridades sociais, econômicas e comunitárias.
> 2. Reconhecimento de que a participação cidadã e a escuta social não devem se restringir a espaços formais e institucionalizados.
> 3. Abertura de canais para o diálogo com o cidadão que queria interagir com o Poder Público.
> 4. Formação de servidores públicos especialistas em diálogo com a sociedade.
> 5. Realização do Mapa Anual de Participação Social Brasileira.
> 6. Instituição do comitê de ideias criativas para receber sugestões da sociedade.
> 7. Garantia de agendas descentralizadas para as autoridades federais em todo o território nacional, reconhecendo o sentido de urgência da ação social.
> 8. Priorização do sentido de memória social e coletiva na discussão dos problemas nacionais.
> 9. Fortalecimento das conferências nacionais de políticas públicas.
> 10. Garantia de apoio técnico ao funcionamento dos Conselhos Nacionais, de modo a aprimorar a qualidade de sua atuação.
> 11. Respeito ao calendário das conferências nacionais.
> 12. Instituição do fórum de articulação dos Conselhos Nacionais de políticas públicas para facilitar e construir sinergias. (BRASIL, 2015, a).

[17]Disponível em: <http://divulgacand2014.tse.jus.br>. Acesso em: 29 jul.2015.

Pela análise, percebe-se que a proposta visa a superação da participação popular por meros espaços formais e institucionalizados, ou seja, deve o Estado propiciar ao cidadão a discussão das ações também no espaço em que se busca a realização daquela ação. Pretende o programa, portanto, uma aproximação maior entre o cidadão e a administração, fora de um espaço interno e formalista, insusceptíveis à ampla fala dos participantes.

Outros pontos interessantes são a criação do "Mapa Anual de Participação Social Brasileira", e a instituição do Comitê de ideias criativas para receber sugestões da sociedade.

Como se vê, a busca é a abertura e desenvolvimento de canais mais efetivos de participação e a superação de um conceito burocrático e centralizador de gestões passadas.

O programa de Dilma Rousseff, candidata eleita pelo PT[18], com destaque, trouxe em seu programa de governo as seguintes diretrizes:

> Além das medidas que serão tomadas de aprofundamento da democracia, soma-se o Sistema Nacional de Participação Popular, que terá a função de consolidar as formas de participação colocadas em prática nos governos Lula e Dilma e institucionalizá-las. A proposta é transformar a participação popular em uma cultura de gestão e as novas tecnologias permitem ampliar e estimular o debate da população. As instâncias de participação não são conflitantes com as atribuições do Poder Legislativo. Elas são espaços de debate que não interferem com nenhuma das atribuições institucionais dos poderes da República. São importantes porque o Brasil precisa sempre de mais, e nunca de menos democracia. (BRASIL, 2015b)

Vê-se, assim como na proposta apresentada pelo candidato Aécio Neves, que o desenvolvimento da participação popular foi uma das diretrizes da candidata eleita, Dilma Rousseff, fatores que demonstram que a administração societal tem se mostrado presente nas metas de gestão atual, vez que possui maior dimensão sociopolítica com inclusão do cidadão nas decisões.

No plano das propostas e diretrizes para o programa de Governo de Minas Gerais, elaborado pelos candidatos em 2014, Pimenta da Veiga e Pimentel também trataram da necessidade de implementação e desenvolvimento de canais de participação popular.

Para Pimenta da Veiga, seu programa[19]:

> A descentralização da gestão administrativa é um conceito central nesta reformulação do papel do Estado. É necessário que o centro de decisão esteja mais perto dos atores e das regiões. Não é possível que urna Secretaria para tratar de assuntos do Vale do Jequitinhonha e Mucuri, por exemplo, seja localizada na Cidade Administrativa em Belo Horizonte. O deslocamento de órgãos de administração para as diversas regiões de Minas Gerais, além de efetiva descentralização do conjunto da administração, permitirá que as questões regionais tenham a força política necessária para serem atendidas. (BRASIL, 2015c)

---

[18]Disponível em: <http://divulgacand2014.tse.jus.br>. Acesso em: 29 jul.2015.
[19]Disponível em: <http://divulgacand2014.tse.jus.br>. Acesso em: 01 ago. 2015

O Governador de Minas Gerais, Fernando Pimentel[20], eleito em 2014, propõe um modelo de gestão que pretende romper com o gerencialismo (caracterizado pelo controle de resultados, descentralização administrativa, uso racional de recursos, participação dos servidores na tomada de decisão, terceirização de atividades de apoio, modernização da máquina estatal, entre outros) e busca implantar o denominado Estado Planejador que, segundo ele, "significa estabelecer a primazia do planejamento sobre a gestão, que continua uma condição fundamental para o planejamento de longo prazo". Para isso, é proposto um programa de gestão descentralizado, participativo e transparente.

Segundo o plano de governo,

> 13. A descentralização da gestão administrativa é um conceito central nesta reformulação do papel do Estado. É necessário que o centro de decisão esteja mais perto dos atores e das regiões. Não é possível que urna Secretaria para tratar de assuntos do Vale do Jequitinhonha e Mucuri, por exemplo, seja localizada na Cidade Administrativa em Belo Horizonte. O deslocamento de órgãos de administração para as diversas regiões de Minas Gerais, além de efetiva descentralização do conjunto da administração, permitirá que as questões regionais tenham a força política necessária para serem atendidas. (BRASIL, 2015d).

E segue:

> A transparência da gestão, como também sua capacidade de ouvir e interagir com a sociedade e os movimentos sociais, são valores centrais neste novo modelo de gestão, que começa já a partir da forma de construção deste Programa de Governo que será intensivamente participativo, pelos movimentos sociais e diretamente na escuta dos cidadãos a partir das caravanas da participação e através da internet e de aplicativos que facilitarão o acesso e a participação. (BRASIL, 2015e).

Ainda, o Governo de Minas Gerais lançou os denominados Fóruns Regionais[21], dividindo Minas Gerais em 17 (dezessete) partes, sob o conceito de Território de Desenvolvimento.

Em cada um desses 17 (dezessete) territórios são realizadas reuniões presenciais com agenda predefinida buscando, como informa o programa, contribuir para as ações do governo.

Nessas reuniões há a participação de diversos seguimentos da sociedade civil interessada, prefeitos, vereadores, empresas, sindicatos, órgãos estaduais e federais, entre outros, garantindo ampla participação deliberativa. Com isso, propõe o programa construir políticas públicas regionalizadas atendendo às demandas e características de cada região e suas especificidades.

Como se vê, a tendência à adoção de uma administração participativa tem sido inserida nos debates políticos e se constitui, sem dúvida, num desafio, vez que as reformas

---

[20]Disponível em: <http://divulgacand2014.tse.jus.br>. Acesso em: 01 ago. 2015

[21]Disponível em: http://www.forunsregionais.mg.gov.br/sobre. Acesso em: 01 ago. 2015.

anteriores, como se viu, não conseguiram implementar com sucesso canais que propiciassem uma construção participada das ações sociais e políticas da Administração Pública.

Por isso, entende-se que a gestão social se amolda aos preceitos constitucionais e tem sido incluída nas pautas de debates políticos, em contraposição à gestão gerencial que, como se viu, implementou, sem dúvida, importantes mudanças no Brasil, mas foi incapaz de desenvolver e garantir ao cidadão espaços de maior decisão nas ações administrativas.

CAPITULO 2

TEORIAS SOBRE A NATUREZA JURÍDICA DO PROCESSO

2.1 Teoria do Processo como Contrato

A teoria do processo como contrato é atribuída a Pothier (1800) e foi divulgada em sua obra clássica intitulada *Traité dês Obrigations* (POTHIER, 1800), muito inspirada nas lições iluministas responsáveis por valorizar, sobretudo, a liberdade e a vontade individual, tendo sua sustentação filosófica em Jean Jaques Rousseau e nas lições romanistas, da época.

Para esta teoria, o processo era considerado um contrato, de natureza privatista, em que as partes compareciam perante o Juiz para a solução da controvérsia.

Nesse sentido, Rosemiro 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, 2014, p.82). Grifos do autor.

Nesta perspectiva, o processo era instaurado pela vontade das partes. Significa, portanto, que não eram obrigadas a comparecer perante o juiz.

O juiz, assim, figurava como uma espécie de árbitro. Nesse sentido, as partes – que previamente acordavam sobre a escolha do Juiz - e as testemunhas, compareciam pessoalmente ao então julgador escolhido e, oralmente, demonstravam a controvérsia, sendo fixada a denominada *litis*, submetendo-se à decisão que fosse proferida naquela oportunidade.

Assim, formava-se a *litiscontestatio* que nada mais era do que a controvérsia, entre as partes, levada ao juiz para sua decisão.

Para André Del Negri,

> É dessa forma que o Processo era tido como um *contrato privado*, por meio do qual os litigantes tinha a faculdade de escolher o juiz como árbitro que, para ver sua decisão ganhar força coercitiva, necessitava da aprovação das Partes. (DEL NEGRI, 2008, p. 91).

Dentre as principais características desta teoria, portanto, tem-se o seu caráter privatista e convencional.

2.2 Teoria do Processo como Quase Contrato

Com características e inspiração muito semelhantes à teoria do Processo como Contrato surge, em 1850, a teoria do Processo como quase-contrato, defendida por Savigny e Guényvau.

Mantinha-se a natureza privatista do processo, porém, seus autores entendiam que a partir do momento do comparecimento do autor perante o juiz, era estabelecida uma relação entre eles, e o autor, nesse momento, apontava seu consentimento com a decisão que fosse proferida pelo Juiz. .

O réu, por sua vez, poderia aderir ou não ao debate. Para esta teoria, a relação formada entre autor e juiz não dependia do consentimento do réu.

Por tal razão seus autores consideram esta teoria como um quase-contrato, já que não era condição necessária para o processo o consentimento de todas as partes.

Para Wellington Luzia Teixeira,

> Tal teoria, a exemplo da anterior, insurgiu no mesmo erro, qual seja: o de procurar, a todo custo, enquadrar o processo na categoria de direito privado, eis que a jurisdição já era obrigatória, não necessitando o juiz do consentimento prévio do autor para proferir sua decisão. (TEIXEIRA, 2006, p. 47).

No mesmo sentido, esclarece Sérgio Henriques Zandona Freitas,

> Entretanto, por ser nessa época a jurisdição obrigatória, o juiz não precisava de prévio consentimento do autor para proferir a decisão que lhe fosse favorável ou desfavorável, situação esta que contribuiu para que a teoria em foco, como na contratualista anterior, fosse falha no que concerne ao estudo da origem jurídica do processo. (FREITAS, 2008, p. 129).

A teoria, em análise, é superada no século XVIII quando a decisão do juiz passa a ser obrigatória, independente da vontade das partes.

2.3 Teoria do Processo como Relação Jurídica

Oskar Von Bullow, em 1868, publica sua obra intitulada *Teoria dos pressupostos processuais e das exceções dilatórias*, iniciando o movimento de autonomia do direito processual diante do direito material.

Esta autonomia se dá em virtude da admissão e desenvolvimento dos chamados pressupostos processuais de existência e desenvolvimento válido do processo fundada na relação jurídica estabelecida entre autor, juiz e réu, consistentes na análise dos requisitos indispensáveis para a existência e validade, servindo para que a relação jurídica processual se efetiva, tais como a capacidade das pessoas, objeto, legitimidade para a prática de atos, a ordem, às qualidades próprias e imprescindíveis da matéria cível litigiosa (BULOW, 1868).

Estão as partes, nesta teoria, relacionadas em vínculos de subordinação e o processo é tido como um instrumento da jurisdição vez que o processo é definido como “se fosse uma corda a serviço da atividade jurisdicional nas mãos do juiz para puxar pela coleira mágica a Justiça redentora para todos os homens, trazendo-lhes paz e felicidade.”. (LEAL, 2008, p. 79).

Em verdade, pretende a teoria da Relação Jurídica valorizar o juiz ao dotá-lo de poderes e faculdades com vistas a atingir, pelo processo, escopos além do direito, o que tem motivado o uso das próprias convicções[22] do julgador.

É que para esta teoria o processo é discutido sob a perspectiva do *poder* que é o responsável por sustentar o objetivo da busca pelo cumprimento dos escopos sociais, políticos e jurídicos.

Trata-se, na atualidade, de teoria adotada majoritariamente no Brasil e representada pela sua corrente instrumentalista de processo com origem nos estudos de Enrico Tulio Liebman que provocou, nos idos da Segunda Guerra Mundial[23], um movimento de atualização a partir dos estudos de Bülow.

Esse movimento contribuiu para a formação da chamada Escola Paulista de Processo regida, dentre outros autores, por Cândido Rangel Dinamarco, Alfredo Buzaid e José Frederico Marques[24].

A adoção da corrente instrumentalista pode ser visualizada pela linha processual seguida pelo Supremo Tribunal Federal, veja:

> O Supremo Tribunal Federal, recentemente, sob o influxo do instrumentalismo, modificou a sua jurisprudência para permitir a comprovação posterior de tempestividade do Recurso Extraordinário, quando reconhecida a sua extemporaneidade em virtude de feriados locais ou de suspensão de expediente forense no Tribunal a quo (BRASIL, 2012).

No mesmo sentido:

> RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. TERMO "A QUO". DATA DO TRÂNSITO EM JULGADO DA DECISÃO RESCINDENDA. TERMO FINAL EM DIA NÃO ÚTIL. PRORROGAÇÃO. POSSIBILIDADE. RECURSO PROVIDO.
> 1. O termo "a quo" para o ajuizamento da ação rescisória coincide com a data do trânsito em julgado da decisão rescindenda. O trânsito em julgado, por sua vez, se

---

[22] Consulte, a esse respeito, a obra: DINAMARCO, Cândido R. **A instrumentalidade do processo.** 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

[23] NUNES, Dierle; PICARDI, Nicola. A Escola Paulista de São Paulo -- A contribuição de Enrico Tullio Liebman -- O movimento de reforma processual após a Constituição de 1988. III Projeto preliminar de um novo código -- O impacto de movimento de convergência entre 'civil law' e 'common law'. **Revista de informação legislativa,** v. 48, n. 190 t.2, p. 93-120, abr./jun. 2011. Disponível em: < http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/242945>. Acesso em 18 jul. 2016.

[24] Consulte, a esse respeito: JOBIM, Marco Félix. Cultura, escolas e fases metodológicas do processo. 3.ed. rev. atual. de acordo com o novo CPC. Porto Alegre: Livraria do Advogado 2016.

> dá no dia imediatamente subsequente ao último dia do prazo para o recurso em tese cabível.
> 2. O termo final do prazo para o ajuizamento da ação rescisória, embora decadencial, prorroga-se para o primeiro dia útil subsequente, se recair em dia de não funcionamento da secretaria do Juízo competente. Precedentes.
> 3. "**Em se tratando de prazos, o intérprete, sempre que possível, deve orientar-se pela exegese mais liberal, atento às tendências do processo civil contemporâneo - calcado nos princípios da efetividade e da instrumentalidade - e à advertência da doutrina de que as sutilezas da lei nunca devem servir para impedir o exercício de um direito**" (BRASIL, 1992).

No mesmo sentido abre-se espaço para transcrever trecho de decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, da lavra de seu Ministro Humberto Gomes de Barros, a fim de retratar os efeitos sentidos na atualidade processual brasileira pela adoção do instrumentalismo, no AgReg em ERESP 279.889-AL, veja[25]:

> Não me importa o que pensam os doutrinadores. Enquanto for ministro do Superior Tribunal de Justiça, assumo a autoridade da minha jurisdição. O pensamento daqueles que não são ministros deste Tribunal importa como orientação. A eles, porém, não me submeto. Interessa conhecer a doutrina de Barbosa Moreira ou Athos Carneiro. Decido, porém, conforme minha consciência. Precisamos estabelecer nossa autonomia intelectual, para que este Tribunal seja respeitado. É preciso consolidar o entendimento de que os Srs. ministros Francisco Peçanha Martins e Humberto Gomes de Barros decidem assim, porque pensam assim**.** E o STJ decide assim, porque a maioria de seus integrantes pensa como esses ministros. Esse é o pensamento do Superior Tribunal de Justiça e a doutrina que se amolde a ele**.** É fundamental expressarmos o que somos. Ninguém nos dá lições. Não somos aprendizes de ninguém**.** Quando viemos para este Tribunal, corajosamente assumimos a declaração de que temos notável saber jurídico - uma imposição da Constituição Federal. Pode não ser verdade. Em relação a mim, certamente, não é, mas, para efeitos constitucionais, minha investidura obriga-me a pensar que assim seja". (BRASIL, 2003).

No mesmo sentido, destaca-se decisão proferida pelo Tribunal Regional do Trabalho da 13º Região, veja[26]:

> A liberdade de decisão e a consciência interior situam o juiz dentro do mundo, em um lugar especial que o converte em um ser absoluto e incomparavelmente superior a qualquer outro ser material. A autonomia de que goza, quanto à formação de seu pensamento e de suas decisões, lhe confere, ademais, uma dignidade especialíssima. Ele é alguém em frente aos demais e em frente à natureza; é, portanto, um sujeito capaz, por si mesmo, de perceber, julgar e resolver acerca de si em relação com tudo o que o rodeia.
> Pode chegar à autoformação de sua própria vida e, de modo apreciável, pode influir, por sua conduta, nos acontecimentos que lhe são exteriores.

---

[25] A esse respeito e sobre as críticas ao posicionamento do Min. Humberto Gomes de Barros, recomenda-se a leitura do artigo intitulado "Devemos nos importar, sim, com o que a doutrina diz, por Lenio Luiz Streck. Disponível em: < http://www.conjur.com.br/2006-jan-05/devemos_importar_sim_doutrina>. Acesso em: 07 nov. 2016. No mesmo sentido, indica-se a leitura: DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **Processo constitucional e estado democrático de direito.** 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015; LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria processual da decisão jurídica.** São Paulo: Landy, 2002 e CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. **Filosofia do direito na alta modernidade:** incursões teóricas em Kelsen, Luhmann e Habermas. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

[26] Disponível em: < http://www.conjur.com.br/2007-nov-17/juiz_superior_qualquer_material_juiza>. Acesso em: 04 dez. 2016.

> Nenhuma coerção de fora pode alcançar sua interioridade com bastante força para violar esse reduto íntimo e inviolável que reside dentro dele. (BRASIL, 2007).

Segundo André Del Negri, "a anacronicidade desse enfoque é percebida pela evidente vinculação de uma parte à outra e de ambas ao juiz, devido ao mito amplamente acolhido pelo tratamento doutrinário do individualismo do século XVIII." (DEL NEGRI, 2008, p. 93).

Outro ponto que traz importante discussão está na distinção que a teoria da relação jurídica faz entre processo e procedimento. Segundo os instrumentalistas, o procedimento se trata do meio que exterioriza o processo e promove o seu desenvolvimento[27]. O processo é o instrumento da jurisdição.

Sobre o assunto, vale neste espaço uma breve análise da relação jurídica vista, na atualidade, por grande parte dos processualistas brasileiros e visto nos diversos manuais processo civil ao definirem certos conceitos inerentes ao estudo do direito processual.

Segundo Gonçalves (2011, p. 113) o processo se forma por meio de um conjunto de atos, como, por exemplo, distribuição da petição inicial, citação, oferecimento de resposta e audiências, servindo como um instrumento à jurisdição e não como um meio, tendo como objetivo alcançar o resultado previsto pelo direito material, culminado na jurisdição. É uma forma criada pelo Estado de se resolver uma controvérsia, quando a conciliação não é possível.

No mesmo sentido de Gonçalves, Montenegro Filho ensina que "o processo se dá entre as partes e se desencadeia através da prática de atos processuais, numa relação lógica que apresenta início, meio e fim." (MONTENEGRO FILHO, 2013, p. 162).

Dito isto, faz-se importante traçar o conceito de procedimento, conforme a dogmática vigente, entendido como a forma como os atos são desenvolvidos.

No sentido abordado, ensina-se que cada ação apresenta um "rito", segue um modo próprio, assim, cabe ao procedimento ordenar e definir a sequência destes atos que se iniciam com a propositura da ação até o provimento jurisdicional, constituindo o processo.

Neste sentido, Humberto Theodoro Júnior escreve que "entre o pedido da parte e o provimento jurisdicional se impõe a prática de uma série de atos que formam o procedimento judicial (isto é, a forma de agir em juízo), e cujo conteúdo sistemático é o processo." (THEODORO JÚNIOR, 2012, p. 59).

---

[27] Consulte-se, a esse respeito, a obra: CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R. **Teoria geral do processo.** 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

A partir desta perspectiva, percebe-se que ao estabelecer que a participação dos sujeitos processuais se dá a partir de uma lógica processual compreendendo o processo como instrumento da jurisdição, haverá, sem dúvida, uma relação processual desigual, notadamente, entre as partes e o juiz.

Valoriza-se, nesta corrente processual, o subjetivismo dos julgadores caracterizado pela cotidiana discussão sobre o chamado protagonismo judicial em que a um sujeito é atribuída a missão de perceber as necessidades da sociedade e, por seus atos, supri-las com a decisão judicial.

Atribui-se ao juiz a capacidade de absorver, na sociedade, o que ela precisa e almeja promovendo, assim, a consolidação dos chamados escopos políticos, sociais e jurídicos do processo em sua linha instrumentalista.

Neste quadro teórico atual percebe-se, nas lições de Aroldo Plínio Gonçalves, que "a teoria da relação jurídica não se distinguiu, em suas bases fundamentais, das construções do direito privado do século passado, impregnadas das concepções individualistas das época". (GONÇALVES, 1992, p. 74).

Feitas as análises deste tópico, passa-se a análise da teoria do processo como Situação Jurídica.

2.4 Teoria do Processo como Situação Jurídica

A teoria do processo como Situação Jurídica é atribuída a Goldschmidt, em 1925, na Alemanha, com o propósito de criticar e se contrapor à teoria da relação jurídica, de Bulow.

Nesse sentido,

> 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 expendida como forma de garantia de sua própria neutralidade e imparcialidade (FREITAS, 2008, p.130).

Para esta teoria, o processo não poderia ser considerado como uma relação jurídica por não ser estático. Assim, pela dinâmica característica do processo, trata-se – portanto - de uma situação jurídica. Para esta teoria o processo era uma espécie de duelo promovido pelas partes, em que cada uma das partes estabelece um jogo com a finalidade de vencer.

A teoria de Goldschmidt ainda promoveu um rompimento com os pressupostos processuais insculpidos na teoria da relação jurídica.

Para esta teoria, os pressupostos são elementos necessários que, uma vez preenchidos, dão validade e eficácia à relação processual, como em tópico anterior.

Pois bem, para a atual teoria os pressupostos – embora continuem a existir – não são prévios ao processo ou condição de sua existência válida, mas elementos da decisão do mérito. Deslocam-se os pressupostos processuais de prévios para posteriores, isto é, passam a ser examinados depois que se forma o processo. Serão assim chamados de deveres processuais.

Nesse sentido ou nesse jogo processual, as partes praticam ou não o ato processual sem, contudo, sofrer qualquer sanção processual pela omissão ou não cumprimento de qualquer ato. Não se perde o ato precedente praticado; por outro lado, quando não se pratica o ato posterior, nada acontece em termos de penalidade, sendo certo que se diminuirá a chance de êxito.

Outro ponto interessante é que, para Goldschmidt, a sentença não guardava total vinculação com a controvérsia das partes. Com isso, percebe-se que embora tente romper com o subjetivismo e o privatismo anteriores, ao desvincular o ato decisório dos atos praticados pelas partes, a presente teoria acabou por apenas transplantar o subjetivismo das partes nos modelos anterior, para o subjetivismo do julgador nesta etapa.

Nas lições de Wellington Luzia Teixeira,

> Sendo assim, pode-se concluir que, para GOLDSCHMIDT, a expressão situação jurídica deve ser entendida como o estado em que as partes se encontram no processo, até o seu encerramento, com a sentença que pode ser criada, repita-se, sem nexo de causalidade imperativa com aquilo que as partes levaram e debateram nos autos. Já a dinâmica do processo, ainda segundo aquele autor, é marcada pela incerteza das partes quanto às suas sortes. (TEIXEIRA, 2006, p. 62).

Percebe-se, portanto, que o processo era tratado como um jogo num espaço de riscos diante de um juiz cuja decisão estava desvinculada da argumentação das partes.

2.5 Teoria do Processo como Instituição

A teoria do processo como instituição foi desenvolvida pelo espanhol James Guasp que “visualizava o processo como instituição de direitos decorrentes dos costumes, ética social e do direito praticado pelas mãos jurisdicionais dos juízes” (FREITAS, 2008, p.131).

A teoria de Guasp, fortemente influenciada por estudos do socialismo, desenvolveu-se a partir de 1940. Dessa forma, Guasp se apoiava em teorias das Ciências Sociais para explicar os fenômenos processuais, ou seja, seus estudos não possuíam propriamente bases jurídicas, estando fora do direito.

Amparava-se nos estudos sociológicos do fato social. Nesse sentido, entendia Guasp que o homem é um ser social e que, em contato com outro homem, sofre com a limitação desse encontro, o que gera, por conseguinte, o conflito e a chamada insatisfação social.

Será o direito processual, segundo Guasp, o então responsável por transformar esses fenômenos sociais em fenômenos jurídicos.

É como se o fenômeno jurídico substituísse ou refletisse no fenômeno social apresentado, e era pela sentença que se conseguia contornar as insatisfações sociais.

Nesse sentido,

> Segundo GUASP, para conseguirmos explicar a "função (finalidade) do processo devemos partir de uma base sociológica insubstituível, qual seja, que o homem é um ser co-existente (um ser social), que atinge sua plenitude em contato com o semelhante (outro ser humano), mas que sofre com este mesmo contato, porque, por meio dele, comprova a própria limitação; esta tensão é geradora de uma insatisfação, denominada insatisfação social (chega a afirmar que o homem é um animal insatisfeito). A exteriorização desta é a reclamação, a queixa (uma das atitudes sociais básicas do homem), que configura uma prestação social, a perambular no ambiente social exigindo uma resposta (uma consideração-resolução do problema social gerador da insatisfação). O direito processual se encarrega de transformar esta reclamação (pretensão social) em pretensão jurídica, que seria a reclamação do cidadão frente ao órgão público. A pretensão jurídica seria o reflexo ou a substituição da pretensão social. ÁNGELIS esclarece ainda que a função jurídica do processo consiste imediatamente na modificação de seu objeto, transformando a insatisfação em satisfação (CRUZ JÚNIOR, 2005, p. 130).

Guasp desenvolve sua teoria a partir de uma crítica à teoria da relação jurídica defendendo a impropriedade da adoção simplesmente de uma teoria da relação jurídica processual.

Guasp entendia que o processo era formado por diversas relações jurídicas, daí dizer que não se poderia falar em uma teoria da relação jurídica. Por isso surge a instituição, responsável, em sua teoria, por concentrar ou reduzir a uma unidade as diversas relações jurídicas existentes no processo.

Para Guasp, portanto, o processo consistia na satisfação de uma pretensão pela vontade das partes em que cada sujeito processual busca satisfazer a reclamação que originou o processo, integrando, assim, a satisfação representada. (GUASP, 1985).

2.6 Teoria Estruturalista

A partir da teoria estruturalista, desenvolvida na Itália, que o Processo passa a ser cientificamente diferenciado do procedimento, a partir dos estudos de Elio Fazzalari[28].

No Brasil as teorias do referido processualista italiano foram difundidas por Aroldo Plínio Gonçalves, em sua obra *Técnica processual e teoria do processo.* Nesse sentido, o processo passa a ser marcado pela presença do contraditório para a sua caracterização.

Tratou a teoria em análise em estabelecer o gênero e apontar o elemento essencial para diferenciá-lo da espécie. Significa que Fazzalari apontou o Procedimento, como gênero, e o processo como sua espécie, tendo o contraditório posição fundamental para diferencia-los.

Assim, faz-se importante traçar os principais conceitos do que seja o Processo, o Procedimento e o Contraditório, na visão desta teoria.

Nos dizeres de Aroldo Plínio Gonçalves, ao tratar da deferenciação técnica do processo, "há processo sempre onde houver o procedimento realizando-se em contraditório entre os interessados, e a essência deste está na 'simétrica paridade de participação' nos atos que preparam o provimento [..]" (GONÇALVES, 1992, p. 115). Diferencia-se, ainda, espécies de procedimentos administrativos, legislativos, jurisdicionais, infra-legais (deliberações internas de sindicatos ou partidos políticos, por exemplo). Assim, nem sempre nessas atividades estará o contraditório presente e, por isso mesmo, não se estará diante do processo como no pedido de um alvará perante a administração pública, uma inscrição em concurso pública de provas e títulos, entre outros.

Sobre o contraditório, vale citar a lição de Aroldo Plínio, vejamos:

> O contraditório não é apenas "a participação dos sujeitos do processo". Sujeitos do processo são o juiz, seus auxiliares, o Ministério Público, quando a lei o exige, e as partes (autor, réu, intervenientes). O contraditório é a garantia de participação, em simétrica paridade, das partes, daqueles a quem se destinam os efeitos da sentença, daqueles que são os "interessados", ou seja, aqueles sujeitos do processo que suportarão os efeitos do provimento e da medida jurisdicional que ele vier a impor. (GONÇALVES, 1992, p. 120)

Ao superar os resquícios privatistas da teoria da relação jurídica, a teoria de Fazzallari será um importante ponto de estudo para se conectar ao estudo do Processo Constitucional, como poderá ser visto nos próximos tópicos.

---

[28] Rosemiro Leal escreve 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 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).

2.7 Teoria Constitucionalista de Processo

Seguindo a evolução das teorias sobre a natureza jurídica do processo, chega-se ao contemporâneo modelo constitucionalizado de processo, influenciado pelos estudos dos processualistas italianos Ítalo Andolina e Giuseppe Vignera[29], por José Alfredo de Oliveira Baracho na clássica obra *Processo Constitucional*, publicada em 1984[30], e na indispensável obra de Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias intitulada Processo Constitucional e estado democrático de direito, cuja primeira edição foi publicada em 2010.

Destacam-se, nesse sentido, os estudos do processo constitucional no Programa de Pós-graduação da Puc-Minas - em sua linha direcionada ao Direito Processual - produzindo e difundindo suas pesquisas com vistas a superar a vertente instrumentalista do processo no Brasil.

Nesse caminho, formou-se a sólida Escola Mineira de Processo[31] com destaques, notadamente, para o estudo do processo à luz da teoria do Processo Constitucional e da teoria Neo-institucionalista de Processo, com colaborações de Ronaldo Bretas[32] e Rosemiro Pereira Leal[33], respectivamente.

Nesse caminho também tem se destacado o programa de Pós-graduação *stricto sensu* da FUMEC – Fundação Mineira de Educação e Cultura – desenvolvendo pesquisas nas linhas acima citadas por meio de seus docentes[34] e de suas disciplinas críticas sobre o direito processual, na atualidade, e o Instituto Mineiro de Direito Processual[35], contribuindo com o debate sobre a necessária revisão brasileira sobre os efeitos sentidos no direito processual de influências ainda privatistas, merecedora de avanço técnico-científico e necessária leitura à luz da Constituição da República de 1988.

---

[29] Consulte-se, a esse respeito: ANDOLINA, Italo e VIGNERA, Giuseppe. **I fondamenti constituzionali della giustizia civile.** Torino: G. Giappichelli, 1997.

[30] BARACHO, José Alfredo. **Processo constitucional.** Rio de Janeiro: Forense, 1984.

[31] Importante destacar que além das Escolas Mineira e Paulista de Processo, mencionadas neste trabalho, há no Brasil franco desenvolvimento de estudos processuais, além das referidas Escolas de Processo, como a Escola de Pernambuco ou de Recife; a Escola Paranaense; a Escola da Universidade Federal do Rio Grande do Sul; a Escola ovidiana de Processo e a nova Escola da Unisinos de Processo. (JOBIM, 2016).

[32] Nesse sentido: DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **Processo constitucional e estado democrático de direito.** 1. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

[33] Nesse sentido, indica-se a leitura da obra: LEAL, Rosemiro Pereira. **A Teoria Neoinstitucionalista do Processo:** uma trajetória conjectural. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013.

[34] Indica-se, sobre o assunto: LEAL, André Cordeiro. **Instrumentalidade do Processo em Crise.** Belo Horizonte: Mandamentos, Faculdade de Ciências Humanas/FUMEC, 2008; FREITAS, Sérgio Henriques Zandona. Devido Processo Constitucional e Institutos Jurídicos de Teoria Geral do Estado Democrático de Direito. **Cadernos Jurídicos IMDP** nº 11 – 1º Sem/2015; FREITAS, Sérgio Henriques Zandona. Processo Administrativo Disciplinar Democrático Constitucional (PAD + DC): síntese instigativa pela aplicação da administração pública dialógica contemporânea. In: CONPEDI. (Org.). XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS. 1. ed.Florianópolis: CONPEDI, 2015, p. 468-496.

[35] Disponível em: <http://www.imdp.com.br/home/>. Acesso em: 20 nov. 2016.

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 através da jurisdição, do direito a ampla defesa, com todos os meios a ele inerentes; o direito à defesa técnica produzida por um advogado; a garantia a não surpresa e à co-participação no processo na construção do provimento, por meio do contraditório; direito à ampla produção probatória; garantia do juiz natural; à revisão das decisões por um órgão colegiado, consectário do duplo grau de jurisdição e garantia de tratamento isonômico aos sujeitos do processo. (BRETAS, 2010)

Em importante lição sobre a temática, Rosemiro Pereira Leal ensina que:

> O judiciário, nas esperadas democracias plenárias, não é o espaço encantado (reificado) de julgamento de **casos** para revelação da **justiça,** mas órgão de exercício judicacional segundo o modelo constitucional do processo em sua projeção de *intra* e *infra* expansividade principiológica e regradora. O Devido Processo Constitucional é que é **jurisdicional,** porque o processo é que cria e rege a **dicção** procedimental do direito, cabendo ao juízo ditar o direito pela escritura da lei no provimento judicial. Mesmo o controle judicial de constitucionalidade há de se fazer pelo **devido processo constitucional**, porque a tutela jurisdicional da constitucionalidade é pela **Jurisdição Constitucional** da **Lei** democrática e **não** da autoridade (poder) judicacional (decisória) dos juízes. Grifo do autor. (LEAL, 2008, p. 55).

Referido preceito atende o 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.” (DECLARAÇÃO, 2016).

Nesse sentido, transcreve-se importante lição de Dierle Nunes e Humberto Theodoro Júnior:

> Nesses termos, após a percepção do fomento do constitucionalismo no Século XX, torna-se inaceitável o entendimento que trabalha com uma separação de papéis dentro da estrutura processual, que de um lado possuiria o juiz como terceiro com acesso privilegiado ao que seria o bem comum e de outro com partes que se veriam alijadas do discurso processual, entregando seus interesses jurídicos ao critério de “bem comum” desse órgão judicial. Não se pode, como já se disse, colocar o papel de todos os sujeitos processuais no mesmo plano, mas, ao mesmo tempo deve-se estabelecer que cada um, no exercício de seu papel, possa influenciar na formação da decisão, garantindo-se debate e ao mesmo tempo processos mais rápidos. (THEODORO JR, 2010, p. 288).

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. O processo neste viés se reveste em metodologia normativa de garantias de direito fundamentais, como é destacado por Ronaldo

Bretas quando ensina que "[...] a teoria constitucionalista do processo toma por base a ideia primeira da supremacia das normas da Constituição sobre as normas processuais". (BRETAS, 2016, p. 92).

Vale transcrever, na oportunidade, as lições de Sérgio Henriques Zandona Freitas:

> Portanto, em prestígio à superação do subjetivismo arraigado na instrumentalidade do processo, não é demais ressaltar o vínculo que deve ter o julgador ao art. 93, inciso IX da Constituição de 1988, principal dispositivo quanto à fundamentação racional das decisões, administrativas ou judiciais, e que esteja coerente com as razões de justificação deduzidas pelas partes no procedimento em contraditório, em torno das questões de fato e de direito processual e material discutidas nos autos, além do irrestrito respeito aos demais princípios constitucionais do processo. (FREITAS, 2014, p.. 136-137).

Com críticas determinantes sobre a atual concepção processual dominante no Brasil (corrente instrumentalista), Rosemiro Leal elucida que:

> 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. Pratica-se o dogma da compulsoriedade das decisões em nome da celeridade e efetividade do processo sem nem mesmo saber qual processo se adota (LEAL, 2014, p.245).

Compreende-se, portanto, o processo como garantia de espaço constitucionalizado, contrariando a simplória e insuficiente visão do processo como instrumento técnico da jurisdição ou, na visão de Ronaldo Bretas, como "mero calhamaço de papéis no qual o juiz profere a sentença após a prática desordenada de atos pelos sujeitos processuais, como vem ocorrendo, de forma lamentável, não pouca vezes" (DIAS, 2010, p. 75).

2.8 Teoria Neoinstitucionalista do Processo

A teoria neoinstitucionalista do processo é uma teoria pós-moderna, desenvolvida por Rosemiro Pereira Leal, na qual se tem uma atuação "crítico-participativa das partes juridicamente legitimadas à instauração de procedimentos em todos os domínios da jurisdicionalidade" (LEAL, R. 2014, p. 91).

A citada teoria que tem se destacado pelos estudos realizados no INPEJ – Instituto Popperiano de Estudos Jurídicos[36], traz um novo conceito de processo, sem qualquer relação com as demais teorias do processo. Este 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, 2014, p. 91):

[36] O Instituto Popperiano de Estudos Jurídicos pode ser acessado pela sua página eletrônica: www.inpej.org.br.

> 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).

Ainda sobre a sua teoria, Rosemiro Leal escreve:

> 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, 2014, p. 90). Grifos do autor.

Busca-se articular 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, A., 2008, p. 138-139).

CAPITULO 3
PROCESSUALIDADE ADMINISTRATIVA

3.1 O Processo Administrativo nas constituições e na legislação infraconstitucional brasileira

Ao estabelecer um vínculo entre o processo administrativo e a sua evolução no direito brasileiro, é possível identificar seus primeiros regramentos constitucionais nas Constituições de 1934, 1937, 1946 e 1967.

Quanto à legislação infraconstitucional, o processo administrativo em sua evolução normativa é tratado em diplomas especiais, destacando o tombamento no Decreto-lei nº. 25/37, o processo de desapropriação no Decreto-lei nº. 3365/41, os processos administrativos de natureza fiscal no Decreto-lei nº. 70.235/72, os processos administrativos disciplinares na Lei Federal nº. 8112/90, as licitações na Lei nº. 8666/93 e a defesa da concorrência, na Lei nº. 8884/94.

Na Constituição de 1934, o tema foi tratado no artigo 169 e tratava do procedimento administrativo como espaço garantido pela plena defesa para a destituição de funcionários públicos, *litteris:*

> Art 169 - Os funcionários públicos, depois de dois anos, quando nomeados em virtude de concurso de provas, e, em geral, depois de dez anos de efetivo exercício, só poderão ser destituídos em virtude de sentença judiciária ou mediante processo administrativo, regulado por lei, e, no qual lhes será **assegurada plena defesa.** (BRASIL, 1934). Grifo nosso.

No entanto, sobre a Constituição de 1934 ensina Ricardo Ferreira Sacco,

> A democrática Constituição da República de 1934 não durou muito e sobreveio em 10 de novembro de 1937 o golpe chefiado por Getúlio Vargas, ordenando o fechamento do Congresso Nacional, extinguindo os partidos políticos e outorgando a nova Constituição, que já vinha sendo elaborada a algum tempo por Francisco Campos, inspirada na Constituição autoritária da Polônia [...]. (SACCO, 2008, p. 75).

Portanto, em 1937 inicia-se no Brasil um forte sistema ditatorial com diversas consequências e resultado da dura concentração de poder e intervenção estatal.

Nesse período, com a Constituição de 1937, verifica-se dispositivo semelhante ao citado na Constituição anterior, mantendo a expressa menção ao processo administrativo.

Um detalhe interessante é que, nessa nova previsão, a parte final da alínea “c” do artigo 156 acresce o contraditório à garantia da plena defesa, veja:

> Art. 156 - O Poder Legislativo organizará o Estatuto dos Funcionários Públicos, obedecendo aos seguintes preceitos desde já em vigor:
> a) o quadro dos funcionários públicos compreenderá todos os que exerçam cargos públicos criados em lei, seja qual for a forma de pagamento;
> b) a primeira investidura nos cargos de carreira far-se-á mediante concurso de provas ou de títulos;
> c) os funcionários públicos, depois de dois anos, quando nomeados em virtude de concurso de provas, e, em todos os casos, depois de dez anos de exercício, só poderão ser exonerados em virtude de sentença judiciária ou mediante processo administrativo, em que **sejam ouvidos** e **possam defender-se.** (BRASIL, 1937). Grifo nosso.

Mantendo o mesmo caminho das Constituições anteriores, a Constituição de 1946 manteve-se omissa sobre normas de estruturação constitucional da administração pública, mantendo a relação do processo administrativo quanto à hipótese de perda do cargo público, prevendo que:

> Art. 189 - Os funcionários públicos perderão o cargo:
> I - quando vitalícios, somente em virtude de sentença judiciária;
> II - quando estáveis, no caso do número anterior, no de se extinguir o cargo ou no de serem demitidos mediante processo administrativo em que se lhes tenha **assegurado ampla defesa.** (BRASIL, 1946). Grifo nosso.

Em 1967 o Brasil novamente se vê diante de uma nova Constituição e, no que tange à Administração Pública, publica-se o Decreto-Lei 200/67 que trata da então segunda grande reforma administrativa brasileira, já mencionada no início deste trabalho (DIAS, 2003)[37].

Sobre os aspectos da reforma do referido Decreto, já tratado neste trabalho em tópico anterior, vale acrescentar a lição de Maria Tereza Fonseca Dias, vejamos:

> O referido Decreto-Lei, que encerra um conjunto de normas sobre a organização e o funcionamento da Administração Pública Federal, não é considerado, por alguns autores, como uma Reforma Administrativa propriamente dita, haja vista que apenas consolidou alguns institutos que já existiam de forma esparsa no ordenamento jurídico positivo brasileiro e uma tendência, já presente nas reformas anteriores, de criação de novos órgãos nas administrações direta e indireta. (DIAS, 2003, p. 185-186).

---

[37] A primeira reforma administrativa brasileira foi promovida por Getúlio Vargas, iniciada em 1936 chamada de Reforma Administrativa do DASP. A esse respeito, consulte: DIAS, Maria Tereza Fonseca. **Direito administrativo pós-moderno:** novos paradigmas no direito administrativo a partir do estudo da relação entre o estado e a sociedade. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. No mesmo sentido, indica-se a obra: BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado.** Disponível em: <http://www.bresserpereira.org.br/Documentos/MARE/PlanoDiretorda ReformadoAparelhodoEstado>. Acesso: 25 jul.2015.

E continua:

> O processo de elaboração do Decreto-Lei n.º 200, em verdade, auto-intitulou-se Reforma Administrativa e procurou dar um sentido bem amplo à expressão, no intuito, talvez, de demonstrar uma ruptura com as práticas e propostas administrativas do início do século e dos governos anteriores. (DIAS, 2003, p. 186).

Tratava-se, portanto, de um novo modelo com vistas a dispor dos princípios e, sobretudo, da descentralização da Administração Pública, à época.

Pouca coisa disse, porém, o DL 200/67 sobre o processo administrativo, perceptível apenas em duas das suas passagens, uma delas no artigo 14[38], ao tratar de controle, informando que o "trabalho administrativo será racionalizado mediante simplificação de processos" e no artigo 100 informando que o processo administrativo seria instaurado para demissão ou dispensa de servidor efetivo ou estável"[39].

Sobre a Constituição da época, a mesma previsão encontrava-se expressa no artigo 103, II, da Constituição de 1967:

> Art 103 - A demissão somente será aplicada ao funcionário:
> I - vitalício, em virtude de sentença judiciária;
> II - estável, na hipótese do número anterior, ou mediante processo administrativo, em que se lhe tenha assegurado ampla defesa. (BRASIL, 1967).

Novidade sobre a matéria surgia, na época, pela leitura do texto do artigo 111 dado pela Emenda Constitucional número 1 de 1969 à Constituição de 1967, oportunidade em que se atribui à lei a criação de contencioso administrativo que poderia apreciar as questões relacionadas aos "litígios decorrentes das relações de trabalho dos servidores com a União, inclusive as autarquias e as emprêsas públicas federais, qualquer que seja o seu regime jurídico [...]" (BRASIL, 1969).

Retomando todo o movimento de codificação do processo administrativo brasileiro, percebe-se a importância da Constituição da República de 1988 para a evolução da processualidade no âmbito do direito administrativo.

---

[38] Art. 14. O trabalho administrativo será racionalizado mediante simplificação de processos e supressão de contrôles que se evidenciarem como puramente formais ou cujo custo seja evidentemente superior ao risco.

[39] Art. 100. Instaurar-se-á processo administrativo para a demissão ou dispensa de servidor efetivo ou estável, comprovadamente ineficiente no desempenho dos encargos que lhe competem ou desidioso no cumprimento de seus deveres.

3.2 Processualidade Administrativa na Constituição da República de 1988

A CR/88 traz em seu texto a previsão dos direitos e garantias fundamentais[40] e permite, a partir desse importante rol[41], o movimento de aproximação entre a Administração Pública e cidadão e se distancia da concepção liberal quando "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).

Extrai-se da leitura do 3.º artigo do referido diploma legal que são objetivos fundamentais desta República Federativa a construção uma sociedade livre, justa e solidária; a 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), oportunidade, em que 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 administrativo.

Nessa perspectiva, merece análise o texto constitucional e alguns dos aspectos do processo administrativo para se observar o limite constitucional do inciso LV acima citado.

É que o artigo 5º encontra-se localizado no Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais e cabe, no caso, uma observação sobre o que seriam direitos e o que seriam garantias fundamentais.

Feitas essas considerações, Odete Madauar oferece lição diferenciando os direitos e as garantias fundamentais, vejamos:

> Em essência, a expressão direitos fundamentais designa as prerrogativas que possibilitam uma convivência digna, livre e igual a todas as pessoas, dizendo respeito a situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive. Nos direitos fundamentais prepondera a

---

[40] Os direitos fundamentais já vêm apresentando evoluções em seu desenvolvimento constitucional na América Latina como é possível na Constituição equatoriana ao elevar ao nível de direitos e garantias fundamentais os direitos da natureza. Disponível em: < http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/destaquesNewsletter.php?sigla=newsletterPortalInternacionalFoco&idConteudo=195972>. Acesso em 16 out. 2016.

[41] Interessantemente, o Supremo Tribunal Federal tem projetado a dignidade da pessoa humana acima dos direitos e garantias fundamentais, como uma espécie de superprincípio. Segundo o STF, a dignidade da pessoa humana precede a CF/88 a diferencia como uma prerrogativa inerente às pessoas. Diz o STF: "a dignidade não tem preço, vale para todos quantos participam do humano". (ADPF 153, voto do rel. min. **Eros Grau**, j. 29-4-2010, P, *DJE* de 6-8-2010.).

> índole declaratória, o caráter de reconhecimento, pela Constituição, de prerrogativas e faculdades essenciais à pessoa humana. (MEDAUAR, 2008, p. 79).

Em relação às garantias, explica Odete Medauar:

> [...] associadas, de modo imediato, a direitos fundamentais, portanto levando-se em conta somente os preceitos do Título II da Constituição Federa, as garantias fundamentais, como ensina José Afonso da Silva, significam normas constitucionais que outorgam, aos titulares de determinados direitos, meios, técnicas e instrumentos destinados a impor o respeito e cumprimento de tais direitos; nesse sentido, tais garantias não são um fim em si mesmas, mas instrumentos para a tutela de direitos. Por conseguinte, apresentam caráter predominantemente assecuratório. (MEDAUAR, 2008, p. 80).

Segundo Renato Lessa (2008) “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 se 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).

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

Neste sentido, assuntos como a suposta supremacia do interesse público, a dicotomia existente entre público e privado, os conceitos indeterminados presentes no âmbito da Administração Pública merecem ser (re) pensados com vistas a se obter um processo administrativo equilibrado entres os envolvidos, em atenção aos ideais do Estado Democrático de Direito que possuem como principiologia básica o devido processo constitucional.

Não obstante, passa-se a questionar a própria estrutura do ato administrativo e seus atributos como a presunção de legitimidade, imperatividade e auto-executoriedade, compreensões oriundas de períodos centralizadores e autoritários do Estado.

Assim, entre a lei e um ato decisório passa-se à necessária observância da processualidade. Deste modo o processo administrativo adquire uma maior relevância dentro da relação administrativa.

Nos dizeres de Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

> Essa constitucionalização provocou sensível redução da discricionariedade administrativa e da amplitude do chamado mérito do ato administrativo, tendo em vista que a discricionariedade, anteriormente vista como liberdade de opção da Administração Pública limitada pela *lei*, passou a ser vista como liberdade de opção limitada não só pela lei, mas pelo *Direito*, expressão que abrange todos os valores e princípios extraídos do ordenamento jurídico, como a razoabilidade, a proporcionalidade, a moralidade, a boa-fé, a confiança legítima, a dignidade da pessoa humana, sob pena de invalidade passível de correção pelo Poder Judiciário. (DI PIETRO, 2015).

Dentre as demais previsões da CR/88 deve-se destacar a importante redação do artigo 5º, inciso LV, ao dispor 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.

Frisa-se, ainda, o inciso LXXVIII, acrescentado ao texto constitucional pela EC n.º 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). Grifo nosso.

Traz ainda o modelo Constitucional vigente a sua aproximação ao Direito Administrativo através do capítulo VII especialmente destinado à Administração Pública prevendo a sua atenção aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, além de reger o modo de investidura nos cargos e empregos públicos, qual seja, através do concurso público, garantiu-se, dentre outros direitos, a livre associação sindical, o direito de greve, embora ainda pendente de lei específica, garantia de fixação da remuneração e subsídios por lei específica, regras de acumulação remuneração de cargos públicos, previu seção específica para o regime jurídico dos militares, entre outras matérias atinentes à matéria administrativa brasileira.

Nos artigo 37, inciso XXI e 41, §1º vê-se a previsão do processo de licitação e do processo administrativo disciplinar, respectivamente, vejamos:

> Art. 37. 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 e, também, ao seguinte:
> XXI: ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.
> Art. 41. São estáveis após três anos de efetivo exercício os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público.
> § 1º O servidor público estável só perderá o cargo:

> I - em virtude de sentença judicial transitada em julgado;
> II - mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa;
> III - mediante procedimento de avaliação periódica de desempenho, na forma de lei complementar, assegurada ampla defesa. (BRASIL, 1988).

Nas lições de Odete Medauar, "ao abrigar dispositivos sobre processo administrativo, a Constituição de 1988 filia-se à tendência contemporânea de processualização da atividade administrativa [...]". (MEDAUAR, 2008, p. 77).

3.3 Aspetos da elaboração da Lei 9784/99

A Portaria nº 1.404, de 17 de outubro de 1995 foi a responsável por constituir a comissão de juristas com o fim de elaborar o anteprojeto de lei sobre normas gerais de procedimento administrativo.

Originalmente a comissão foi composta pelos juristas Inocêncio Mártines Coelho, Odete Medauar, Diogo de Figueiredo Moreira Neto, José Carlos Barbosa Moreira, Almiro de Couto e Silva e Maria Silvia Zanella Di Pietro, coordenados por Caio Tácito, sendo, após alguns meses, ampliada com a entrada de Adilson de Abreu Dallari, José Joaquim Calmon de Passos, Cármem Lúcia Antunes Rocha e Paulo Eduardo Garrido Modesto.

Primeiramente, é possível perceber que se tratava de comissão composta por administrativistas e processualistas cuja missão era traçar o início de uma codificação do Direito Administrativo que não ocorreu com a promulgação da Constituição da Republica de 1988. Tratava-se, portanto, do primeiro passo para a busca de uma codificação do Direito Administrativo Brasileiro[42].

Originalmente, a Lei 9784 de 1999 corresponde à mensagem do Executivo nº. 1.002 de 1996 que se transforma, em seguida, no Projeto de Lei 2464/96. Nesse sentido, vale a menção a destacável trecho da exposição de motivos do referido PL, vejamos:

> A comissão firmou como parâmetros básicos da proposição os ditames da atual Constituição que asseguram a aplicação, nos processo administrativos, dos princípios do contraditório e da ampla defesa, bem como reconhecem a todos o direito de receber informações dos órgãos públicos em matéria de interesse particular ou coletivo e garantem o direito de petição e a obtenção de certidões em repartição pública (art. 5º, nºs XXXIII, XXXIV e LV). Considerou ainda a missão atribuída à defesa de direito difusos e coletivos com a participação popular e associativa.
> Teve, ainda, presente que o sistema legal resguarda, quanto às matérias específicas, a observância de regimes especiais que regulam procedimentos próprios, como o tributário, licitatório ou disciplinar, a par do âmbito de competência de órgãos de controle econômico e financeiro.

---

[42] Para Ada Pellegrini Grinover o contraditório e a ampla defesa, após a Constituição de 1988, não se limitam apenas aos processos administrativos sancionatórios, sendo aplicáveis a todos os processos administrativos que apresentem conflitos. (GRIINOVER, 1998, p. 84).

> Por esse motivo, o projeto ressalvou a eficácia de leis especiais, com a aplicação subsidiária das normas gerais a serem editadas.

Concluído o processo legislativo federal no dia 29 de janeiro de 1999 o projeto de lei 2464/96 é transformado na Lei 9784 de 1999 destacando, em seu artigo 1º, que "esta lei estabelece normas básicas sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Federal, direta e indireta (...)" (BRASIL, 1999).

Em seguida, no parágrafo primeiro diz que "os preceitos desta Lei também se aplicam aos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário da União, quando no desempenho da função administrativa" (BRASIL, 1999).

Mais a frente o artigo 69 informa que "os processos administrativos específicos continuarão a reger-se por lei própria, aplicando-se-lhes apenas subsidiariamente os preceitos desta lei" (BRASIL, 1999).

Manteve o referido artigo 69 a autonomia de processos previstos em leis especiais, como aquelas tratadas na exposição de motivos, acima mencionada, sendo certo que se trata de uma lei cujo objetivo é, exatamente, trazer os conceitos e os principais entendimentos dos tribunais e dos estudiosos do direito sedimentando, assim, em âmbito administrativo federal, uma compreensão uniforme das garantias constitucionais. Tratava-se, em verdade, de uma busca pela sedimentação e unificação de normas e garantias processuais aplicáveis ao direito administrativo[43].

3.4 Teoria geral do processo na atualidade aplicada ao processo administrativo

Muito embora "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 grande parte dos estudiosos do direito processual, no Brasil [44], a exemplo de Enrico Tulio Liebman, Dante Angelotti, Cândido Rangel Dinamarco, Fredie

---

[43] Segundo Maria Silvia Zanella Di Pietro "a ideia não era elaborar uma lei detalhista, que indicasse cada passo do procedimento administrativo, mas sim uma lei com normas genéricas e princípios orientadores dos processos administrativos em geral". (NOHARA, 1999, p.187).

[44] A esse respeito, indica-se a tese de Doutoramento apresentada por Sérgio Henriques Zandona de Freitas intitulada: A Impostergável Reconstrução Principiológico-constitucional do Processo Administrativo Disciplinar no Brasil. Disponível em: < http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_FreitasSHZ_1.pdf>. Acesso em: 13 out. 2016.

Didier Jr., Ada Pellegrini Grinover, Calmon de Passos, Antônio Carlos de Araújo Cintra (OLIVEIRA JUNIOR, 2007, p. 963)[45].

Percebe-se que 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 e assim, para um núcleo comum de processualidade[46],enfatizando-se a ideia de existência desta de forma ampla na doutrina processual.

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

Neste 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 JUNIOR, 2007, p. 961 - 965).

Ganha ainda mais sustentação o reconhecimento de uma teoria geral do processo aplicada ao direito administrativo quando se analisa o livro I do CPC de 2015 ao tratar de conceitos que devem orientar toda a relação processual tais como a interpretação, ordenação e disciplina conforme os valores e as normas fundamentais da República Federativa do Brasil, a paridade de tratamento em relação aos exercícios de direitos e faculdades processuais, a cooperação entre os sujeitos processuais, o comportamento conforme a boa-fé, a publicidade e a fundamentação das decisões, a oportunidade de manifestação das partes ainda que sobre matéria apreciável de ofício, a ordem cronológica de conclusão para proferir decisão, matérias que devem constituir um núcleo comum de atenção.

---

[45] A esse respeito: MOREIRA, Rômulo de Andrade. Uma crítica à Teoria Geral do Processo. Porto Alegre: Lex Magister, 2013.

[46] Expressão utilizada por Odete Medauar (2008, p. 27) em sua obra "A Processualidade Administrativa" que se equipara ao entendimento já mencionado de Valdir Ferreira de Oliveira Júnior: "os conceitos lógico-jurídicos são aqueles conceitos constituídos *a priori*, com pretensão de validez universal para um determinado campo do conhecimento jurídico." (OLIVEIRA JÚNIOR, 2007, p.961). Grifos no original.

Pelas lições de Rosemiro Pereira Leal confirma-se sem dúvidas a aplicação dos elementos de teoria geral do processo ao processo administrativo quando bem ensina que:

> O processo é instituição pública constitucionalizada de controle tutelar da produção de provimentos, sejam judiciais, legislativos ou **administrativos.** Nenhum provimento (decisão judicial, legiferante ou **administrativa)** procedimental conclusivo pode ser exarado em desaviso aos princípios jurídicos que integram a instituição do processo: ampla defesa, contraditório e direito ao advogado e isonomia. Desqualifica-se, assim, em seus aspcetos de legalidade e legitimidade, o exercício da atividade jurisdicional que não seja regida pelo primado constitucional do processo, ou como já falamos, na critiva expressão de Andolina e Vignera, pelo "modelo constitucional de processo". (LEAL, 2008, p. 66-67). Grifos nossos.

Portanto, o processo administrativo vem se estendendo entre os estudos do direito administrativo contemporâneo, principalmente pela necessidade de construção e consolidação de um Estado Democrático Direito, conforme determina a Constituição Federal de 1988.

3.5 Processo e procedimento: mera terminologia?

A respeito do tema, faz-se importante destacar a discussão terminológica entre os estudiosos do Processo Administrativo.

Odete Medauar, ao diferenciar processo e procedimento, explica que, em seu aspecto substancial, o procedimento não se confunde com o processo.

Para a autora, o procedimento significa a sucessão encadeada de atos que visa a realização de um ato final (MEDAUAR, p. 194); por sua vez, processo representa o vínculo jurídico entre os sujeitos processuais consubstanciados em deveres, poderes e faculdades na relação (MEDAUAR, p. 194).

Hely Lopes Meirelles ensina, sobre o tema, que "processo é o conjunto de atos coordenados para obtenção de decisão sobre uma controvérsia no âmbito judicial ou administrativo; procedimento é o modo de realização de processo, ou seja, o rito processual. O processo, portanto, pode realizar-se por diferentes procedimentos, consoante a natureza da questão a decidir e os objetivos da decisão. Observamos, ainda, que não há processo sem procedimento, mas há procedimento administrativo que não constitui processo, como, por exemplo, os de licitação e concursos." (MEIRELLES, 1993, p. 584).

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro o processo é sempre forma, instrumento, modo de proceder. O procedimento é o conjunto de formalidades que devem ser observadas para a prática de certos atos administrativa; equivale a rito, a forma de proceder; o procedimento se desenvolve dentro de um processo administrativo". (DI PIETRO, 2001, p. 504-506).

Augustin Gordillo adverte que a compreensão do processo de forma ampla apresenta problemas já que bastaria a mera atenção aos princípios processuais, nesse seara, para que se compreendesse que, uma vez ouvido o indivíduo na esfera administrativa, não haveria violação de defesa. Para o autor, a defesa não se resume a apenas ouvir o interessado. (GORDILLO, 1998, p. VIII-5).

O atual cenário processual brasileiro caminha para a conceituação e diferenciação do que sejam processo e procedimento influenciados pela corrente instrumentalista, sem perder de vista o processo como instrumento da jurisdição.

Entretanto, para Sérgio Henriques Zandona Freitas, sobre esta influência da corrente insturmentalista de processo (influenciada pela Teoria do Processo como Relação Jurídica) ao processo administrativo, escreve que:

> 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, 2014, p. 123).

Neste trabalho nos posicionamos em consonância com as lições de Rosemiro Pereira Leal para quem:

> **Processo:** conjunto de institutos de direito fundamental constitucionalizado (ampla defesa, contraditório, isonomia, direito ao advogado, gratuidade da atividade jurisdicional) regente da construção estruturante (relação espácio-temporal normativa, não entre pessoas) dos procedimentos. **Procedimento:** Estrutura técnica de atos jurídicos seqüenciais, segundo o modelo legal, numa relação espácio-temporal, em que o ato inaugural é pressuposto do ato conseqüente e este como extensão do ato antecedente e assim sucessivamente até o final provimento (ato encerrador do procedimento). (LEAL, 2008, p. 76). Grifos nossos.

Rompe-se com a visão instrumentalista de processo, na medida em que o processo e o procedimento no âmbito administrativo ganham conotação constitucionalizada conforme visto acima.

3.6 Princípios Constitucionais Aplicados ao Processo Administrativo

Inicia-se o presente tópico informando que – de certo – pode-se estabelecer uma divisão dos princípios constitucionais aplicáveis ao processo administrativo, neste contexto de normatividade e viés democrático proposto.

Pretende-se, contudo, neste momento, analisar os princípios constitucionais aplicados ao Processo Administrativo à luz do devido processo, guardando sintonia notadamente com a

ampla defesa, o contraditório e a isonomia, tratados por Dhenis Cruz Madeira como Princípios Institutivos do Processo.

Assim, destacam-se as suas lições:

> Na atualidade, o processo é uma instituição jurídica justamente por abrigar princípios afins e por acolher o instituto do devido processo. Por sua vez, os princípios do contraditório, ampla defesa e isonomia são institutivos na medida em que alicerçam (institutem, formam) o próprio conceito de processo – sem eles, há somente rito, e não, processo. (MADEIRA, 2008, p. 129).

Uma vez caracterizado o entendimento sobre os princípios institutivos do processo, começa-se, por oportuno, a analisá-los:

3.7 O princípio do contraditório

É certo que a Constituição da República de 1988 dispôs expressamente que, em qualquer processo judicial ou administrativo, devem ser observados e assegurados às partes o contraditório, isto é, a plena ciência dos atos processuais praticados e a garantia efetiva de participação na construção dos atos processuais, com plena capacidade de influenciar a decisão.

Neste sentido, o contraditório é princípio de atenção obrigatória, absoluta, inadmitindo exceção, sob pena de nulidade do processo. Em verdade, estará formado o contraditório basicamente em cinco pontos: comunicação, resposta, igualdade, capacidade de influência e vedação à decisões surpresas.

Dentro deste conceito, em consonância com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CR/88), na Lei Federal n. 9.784 de 1999[47] é possível verificar o princípio do contraditório, sobretudo, nos artigos 2º, parágrafo único, inciso X e 3º, inciso II, além do artigo 26.

O primeiro artigo previu expressamente a obediência da Administração Pública ao contraditório, muito embora tenha limitada a garantia do seu inciso X[48] aos processos administrativos que possam resultar sanções e nas situações de litígio.

---

[47] Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal.

[48] Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência. Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: X - garantia dos direitos à comunicação, à apresentação de alegações finais, à produção de provas e à interposição de recursos, nos processos de que possam resultar sanções e nas situações de litígio. (BRASIL, 1999).

Todavia, a observação da comunicação, apresentação de alegações finais, produção de provas, recurso, entre outras garantias processuais, não podem ser limitadas tão somente a determinadas hipóteses por força do inciso LV do artigo 5º da CR/88. Já o artigo 3º identifica os elementos integrantes do contraditório, essenciais ao instituto, tais como a ciência da tramitação dos processos, vista dos autos e conhecimento das decisões proferidas.

Em relação à Lei Federal n. 13.105 de 2015 (Código de Processo Civil), importante dizer que houve importantes inovações textuais garantidoras do contraditório.

Dentre essas garantias, destacam-se a redação do artigo 7º, já que assegura às partes a paridade de tratamento, competindo ao juiz e, neste caso, à comissão ou órgão administrativo responsável pelo julgamento, o zelo pelo efetivo contraditório.

Destaca-se ainda o artigo 9º e a redação do art. 369 exatamente pela garantia da prévia oitiva das partes em caso de decisão e da ampla produção probatória a fim de proporcionar aos afetados a eficaz influência na convicção do Juiz.

É que o contraditório não deve ser lido como apenas um princípio que garanta às partes o ataque e o contra-ataque. Mais do que isso, é propriamente uma garantia do direito de ação (FAZZALARI, 1996, p. 86).

3.8 O princípio da ampla defesa

Muito próximo ao contraditório está a ampla defesa como princípio essencial para o devido processo. Nele está ínsita a garantia de se utilizar para o convencimento do julgador todos os meios de prova morais e legais, em busca da reconstrução fático-argumentativa dos elementos contidos na inicial do requerente e na defesa do requerido.

Do mesmo modo, não se deve encontrar exceção à garantia da ampla produção de provas, seja pela autodefesa, seja por meio de profissional legalmente habilitado. Contrariando esse caminho, vale citar interessante posicionamento de Odete Medauar sobre este princípio aplicado ao processo administrativo, veja:

> No atinente à ampla defesa, sua incidência no processo administrativo defronta com as clássicas considerações a respeito da auto-executoriedade das decisões administrativas, da urgência no atendimento do interesse público, do exercício do poder discricionário, da ordem na Administração Pública, subjacendo uma ideia de não total compatibilidade entre esses elementos e o direito de defesa. (MEDAUAR, 2008, p. 122).

Entende-se, contudo, que a defesa deve ser ampla, não sendo possível comprimi-la. Por tal razão, entende-se que merece reflexão o posicionamento de Odete Medauar (2008, p. 122), já destacado neste trabalho.

Ora, se há de ser ampla a defesa, não poderá se admitir qualquer estreitamento da garantia posta, sobretudo à vista de uma supremacia, a caminho de uma superação, da Administração Pública sobre o particular.

É que a relação entre interesses públicos e privados, muito antes de se afastarem, se harmonizam no sistema constitucional e não se deve considerar exceção, sobretudo em relação ao princípio da ampla defesa, em que o constituinte originário não o fez.

Isto é, quisesse limitar a defesa, não teria o constituinte originário, no artigo 5º, inciso LV da CR/88, informado que a ampla defesa será assegurada com os meios e recursos a ela inerentes.

Portanto, o princípio da ampla defesa não pode ser sacrificado sob o argumento de mera cessão de espaço a conceitos abertos como interesse público e ordem na administração, por exemplo.

Com isso, conclui-se que a ampla defesa restará aperfeiçoada com o completo espaço de garantia de todas as relações de direito e de produção probatória, ainda que não prevista em lei, mas moralmente admitidas.

3.9 O princípio da isonomia

No que se refere à isonomia, trata-se de importante elemento referencial para o contraditório e a ampla defesa, já que visa nos dizeres de Rosemiro Pereira Leal, ser um "direito assegurador de **igualdade** de realização construtiva do **procedimento**" - grifos do autor (LEAL, 2008, p. 98).

Para o citado processualista,

> A **ISONOMIA** como princípio jurídico-processual de primeira geração não pode ser descuidada na construção e exercício da constitucionalidade democrática, porque é ela que torna possível a igualdade (simétrica paridade) entre os economicamente desiguais, entre os física e psiquicamente diferentes e entre maioria e minoria política, ideológica ou social. Processualmente, na democracia, é inconcebível uma desigualdade jurídica fundamental, porque, se tal ocorresse, romper-se-ia com as **garantias constitucionais do processo**
> em seus princípios enunciativos do contraditório, isonomia e ampla defesa na produção, correição e aplicação do direito, inclusive do próprio direito processual. (LEAL, 2004). Grifos do autor.

Trata-se de princípio de atenção indispensável ao processo constitucional e que se volta a garantir às partes, note-se, uma igualdade argumentativa, no espaço procedimental.

Portanto, afasta-se pelo princípio da isonomia a compreensão da desigualdade ou o desnivelamento das partes por razões diversas (cultural, moral, física, econômica, entre outras) daqueles inseridos no campo processual dialógico, democrático, cujo contexto é jurídico e argumentativo. Isto é, trata-se de uma garantia de igualdade procedimental, legitimadora, portanto, do devido processo constitucional adotado cuja vertente é a adotada neste trabalho.

3.10 Princípios informativos do processo administrativo e suas referências no Código de Processo Civil

Em seu artigo 2º a Lei 9784/99 informa que a Administração Pública será regida, dentre outros, pelos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência[49].

Tais princípios em verdade correspondem, em sua maioria, aos princípios constitucionais da Administração Pública descritos no artigo 37 da CR/88 a saber: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Influenciada pelos estudiosos do direito administrativo, maioria que compôs a comissão responsável pela elaboração da Lei 9784/99 e pelos processualistas arraigados na teoria processual da Relação Jurídica, encontra-se nos estudos sobre o tema a aplicação dos conceitos próprios do direito administrativo para explicar o fenômeno processual administrativo, tratando-se ambos (direito material e direito processual) sob o mesmo conceito, sem maior rigor científico.

---

[49] Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência. Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: I - atuação conforme a lei e o Direito; II - atendimento a fins de interesse geral, vedada a renúncia total ou parcial de poderes ou competências, salvo autorização em lei; III - objetividade no atendimento do interesse público, vedada a promoção pessoal de agentes ou autoridades; IV - atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé; V - divulgação oficial dos atos administrativos, ressalvadas as hipóteses de sigilo previstas na Constituição; VI - adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público;VII - indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinarem a decisão; VIII - observância das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados; IX - adoção de formas simples, suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados; X - garantia dos direitos à comunicação, à apresentação de alegações finais, à produção de provas e à interposição de recursos, nos processos de que possam resultar sanções e nas situações de litígio; XI - proibição de cobrança de despesas processuais, ressalvadas as previstas em lei; XII - impulsão, de ofício, do processo administrativo, sem prejuízo da atuação dos interessados; XIII - interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação.

A própria Lei 9784/99 cuidou de conceituar os princípios do *caput* de seu artigo 2º, portanto, conceituá-los seria apenas repetir o que já foi dito pelo legislador. Em razão disso, passa-se apenas a comentar de modo crítico alguns dos princípios que, a nosso ver, merecem uma reflexão e uma releitura a partir do marco teórico adotado neste trabalho.

Em relação ao princípio da legalidade, é certo que se tratou de importante conquista histórica já que vinculou o administrador público aos termos da Lei para a sua atuação, fato de grande relevância como contenção ao autoritarismo e à tirania. Hoje, tem-se a legalidade elevada ao *status* de garantia constitucional.

Noutro ponto, vale uma crítica inicial na medida em que os princípios da finalidade, como decorrência do princípio da legalidade (FIGUEIREDO, 2004), e o interesse público, por exemplo, são tratados como a busca pela aplicação da lei a fim de se alcançar o fim público e a satisfação desse interesse público, respectivamente.

Tratar o processo administrativo à luz das compreensões do Direito Administrativo cujo viés ainda remonta à supremacia e indisponibilidade do interesse público é ferir de plano as garantias constitucionais processuais, com destaque para a isonomia (entendida neste trabalho como igualdade argumentativa legitimadora do devido processo constitucional).

O princípio da motivação também merece críticas pois tem-se resumido, para os administrativistas, à mera indicação dos pressupostos de fato e de direito, muito aquém das críticas à constante ausência de motivação calcada exatamente no referido.

E isso tem sido repetido cotidianamente nos Tribunais, ainda que terminantemente contrário à essência da previsão constitucional do artigo 93, inciso IX.

Para Ronaldo Bretas,

> No Estado Democrático de Direito, essa justificação tem de ser feita dentro de um conteúdo estrutural normativo que as normas processuais impõem à decisão, em forma tal que o agente público julgador lhe dê motivação racional sob a prevalência do ordenamento jurídico em vigor e indique a legitimidade das escolhas adotadas, em decorrência da obrigatória análise dos argumentos desenvolvidos pelas partes, em contraditório, em torno das questões de fato e de direito sobre as quais estabeleceram discussão. (BRETAS, 2010, p. 130).

A moralidade, muito além de um sentido comum e até subjetivo, é vista sob o prisma da legalidade neste contexto como uma moralidade jurídica, mas um atuar conforme a Lei e da disciplina administrativa.

Sua previsão é importante para se detectar não só a falta de probidade ou honestidade do gestor público, mas para identificar muitas das vezes o desvio do caminho legal a ser praticado (desvio de poder ou desvio de finalidade), já que vigora a garantia da reserva legal nesse sentido.

É o que se tem, portanto, expressamente previsto no inciso IV do artigo 2º da Lei 9784/99 como uma “atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé”.

A impessoalidade, muito semelhante à isonomia, busca romper com aspectos como influência, prestígio ou qualquer outra questão que possa comprometer a atuação do gestor em relação ao particular ou ente privado.

A publicidade transcende da própria fiscalização e controle dos atos da administração e fundamentalmente proporciona a transparência dos atos da administração. No aspecto processual, resguardados os casos de sigilo, é plena decorrência do atual Estado Democrático de Direito que proporciona amplo conhecimento das atividades praticadas pelo Estado.

Por fim, a segurança jurídica tem compreensão clara no inciso XIII do artigo 2º da Lei 9784/99 ao proibir a aplicação retroativa de nova interpretação e encontra-se ligado nos aspectos objetivo e subjetivo: Sobre aquele, relaciona-se a estabilidade das relações jurídicas; sobre este, relaciona-se a proteção da confiança.

3.11 Fases do processo administrativo

O processo administrativo, conforme lição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2015), compreende quatro fases: instauração, instrução, defesa e decisão.

Em relação à fase inicial da instauração, tem-se que poderá se dar de ofício (princípio da oficialidade) ou, conforme o artigo 5º da Lei 9784/99, a pedido do interessado.

Nesta fase o requerimento inicial do interessado deverá ocorrer – em regra – por escrito (poderá ocorrer em alguns caso por solicitação oral) e deve atentar para as o seu correto endereçamento ao órgão ou autoridade administrativa, devidamente identificado pelo próprio interessado ou seu representante. Deve ainda observar a correta indicação do domicílio do requerente ou outro local em que possa receber intimações ou demais comunicações, além, certamente, de fazer constar os fatos, os fundamentos e o pedido com a consequente assinatura.

Em relação à instrução, prevê o artigo 29 que tal atividade realiza-se de ofício ou mediante impulsão do órgão responsável pelo processo, podendo as partes propor atuações probatórias.

Em atenção à vedação constitucional da utilização de provas obtidas por meio ilícitos, o artigo 30 retrata essa garantia.

Interessantemente prevê o artigo 31 a possibilidade da realização de consulta pública para manifestação de terceiros quando a matéria a ser apreciada envolver assunto de interesse

geral, desde que não represente prejuízo para a parte e no artigo 32 encontra-se prevista a possibilidade de realização de audiências públicas, podendo ainda haver no processo a participação de organizações e associações legalmente reconhecidas (artigo 33).

A realização de audiência resta prevista na Lei podendo ainda ocorrer em reunião conjunta com a participação dos órgãos e entidades interessadas.

Sobre a prova e a fase da defesa, ainda no espaço instrutório, tem-se que o ônus competirá à sua distribuição convencional, nesse primeiro momento, oportunidade em que compete à parte comprovar os fatos por ela alegados, podendo ainda, conforme o artigo 37, ser oficiado outro órgão caso disponha de informações e documentos necessários à instrução do feito.

Limita-se até a fase decisória a juntada de documentos, pareceres, perícias e demais meios de prova.

Por fim, a fase decisória ocorrerá após encerrada a instrução e, consequentemente, o prazo de 10 (dez) dias para as alegações finais da parte, momento em que a Administração deverá decidir sobre a matéria que lhe foi posta e afeta à sua competência em até 30 (trinta) dias, podendo o prazo ser prorrogado uma vez por igual período desde que expressamente motivado.

CAPÍTULO 4

UMA RELEITURA CONSTITUCIONAL DO PROCESSO ADMINISTRATIVO NO SISTEMA JUÍRICO BRASILEIRO

4.1 O processo administrativo como ramo do direito processual:

Segundo Sérgio Henriques Zandona Freitas,

> Um dos grandes equívocos dos autores que estudam o processo administrativo diz respeito à busca do conceito dos institutos no direito administrativo, em detrimento às definições da área específica (direito processual).
> Outros autores administrativistas simplesmente desconsideram as várias teorias que conceituam diversamente o processo, para adotar visão instrumentalista do instituto, visão esta já superada para muitos, pelo processo constitucional. (FREITAS, 2014, p. 137).

É proposta na tese acima apontada uma superação do processo administrativo (disciplinar) – sendo certa a sua abordagem aplicada também neste trabalho sobre a Lei 9784/99 – da corrente instrumentalista do processo e seus consequentes escopos políticos, sociais e jurídicos (escopos metajurídicos) devendo se adequar, por sua vez, ao viés processual democrático em atenção às garantias constitucionais do processo, inseparáveis à sua legitimação no Estado Democrático de Direito em total e inafastável obediência aos princípios do contraditório, ampla defesa, isonomia e razoável duração.

Neste contexto, são propostas duas reflexões fundamentais: a primeira sobre a repartição de competência constitucional para o tratamento do processo legislativo e, a segunda, sobre a localização normativa do estudo Lei 9784 de 1999, sob crítica à atual visão instrumentalista e, por sua vez, afastada da técnica processual constitucional como será explorado nos parágrafos abaixo.

Note-se que Themístocles Brandão, em 1938, já denunciava a necessidade de uma unificação normativa sobre processo administrativo, veja:

> Variam, de accordo com as repartições, as formalidades desses processos que, **no entretanto, deveriam obedecer a formulas prefixadas e uniformes afim de evitar o arbitrio** dos encarregadas desses inqueritos na determinação dos meios de defeza e dos prazos, bem como' a confusão geralmente verificada por falta de tirocinio dos seus presidentes. (CAVALCANTI, 1938, p. 714).

E continua Themíscocles Brandão:

> As differentes leis de organização das numerosas repaltições federaes regulam o processo administrativo de cada uma; não existe um padrão unico, uma bitola dentro da qual seja possive pre determinar prazos e formalidades processuae.;, no entretanto, todas ellas obedecem áquellas exigencias de or-dem geral que consistem em assegurar ampla defeza aos accusados. (CAVALCANTI, 1938, p. 715).

Nesse sentido, Sérgio Henriques Zandona Freitas aponta em diversos artigos da Lei 9784/99 e justifica sua tese no afastamento da técnica processual pela utilização de conceitos equivocados[50] na referida lei como é o caso do artigo 22, §4º quando menciona que "**o processo** deverá ter suas páginas numeradas sequencialmente e rubricadas" e do artigo 46 quando diz que "os interessados têm direito à **vista do processo** (BRASIL, 1999). Tem-se, em verdade, a numeração e vista das páginas e documentos que instruem os autos.[51]

Contraria, assim, a vertente constitucional de processo defendida nesta dissertação na medida em que este, o processo, conforme bem ensina Dierle Nunes "não é aquele instrumento formal que aplica o direito com rapidez máxima, mas, sim, aquela estrutura normativa constitucionalizada que é dimensionada por todos os princípios constitucionais" (NUNES, 2008, p. 247).

Com efeito Sergio Henriques Zandona Freitas ainda destaca a ausência de menção da Lei 9784/99 à CR/88 o que eleva o tom acerca de uma flexibilização de princípios constitucionais do processo, com destaque para o artigo 3º, inciso IV que faculta a assistência do advogado (BRASIL, 1999) e que encontrou vozes no Supremo Tribunal Federal por meio da criticável Súmula Vinculante n.5 com redação dada pelo saudoso Min. Carlos Alberto Direito ao dizer "a falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a constituição"[52].

É que a redação que relativiza a indispensabilidade contradiz com a CR/88 quando diz que o "advogado é indispensável à administração da justiça" (BRASIL, 1988).

---

[50] Disponível em: < http://www.imdp.com.br/revista/detalhes.aspx?c=318-Cadernos-Juridicos-IMDP-n%C2%BA-5---1%C2%BASem--2012---PROCESSO-ADMINISTRATIVO--ABORDAGEM-PELO-PROCESSO-CONSTITUCIONAL-NO-ESTADO-DEMOCR--TICO-DE-DIREITO>. Acesso em: 20 nov. 2016.

[51] Sergio Henriques Zandona Freitas ainda destaca outros dispositivos legais da Lei 9784/99 sobre o mesmo enfoque: Art. 3º. (...) II – **ter ciência da tramitação dos processos** administrativo em que tenha a condição de interessado (...); – grifos no original; • Art. 22. Os **atos do processo** administrativo não dependem de forma determinada senão quando a lei expressamente a exigir. § 1º. Os **atos do processo** devem ser produzidos por escrito, em vernáculo, com a data e o local de sua realização e a assinatura da autoridade responsável. § 2º. Salvo imposição legal, o reconhecimento de firma somente será exigido quando houver dúvida de autenticidade. § 3º. A autenticação de documentos exigidos em cópia poderá ser feita pelo órgão administrativo. Art. 23. Os **atos do processo** devem realizar-se em dias úteis, no horário normal de funcionamento da repartição na qual tramitar o processo. – grifos nossos; • Art. 26. O órgão competente perante o qual **tramita o processo** administrativo determinará a intimação do interessado para ciência de decisão ou a efetivação de diligências. § 1º. A intimação deverá conter: (...) V - informação da **continuidade do processo** independentemente do seu comparecimento; (...) – grifos no original; Art. 47. O órgão de instrução que não for competente para emitir a decisão final elaborará relatório indicando o pedido inicial, o conteúdo das fases do procedimento e formulará proposta de decisão, objetivamente justificada, **encaminhando o processo** à autoridade competente. – grifos no original; Art. 52. O órgão competente poderá declarar **extinto o processo** quando exaurida sua finalidade ou o objeto da decisão se tornar impossível, inútil ou prejudicado por fato superveniente. – grifos no original;

[52] Disponível em: < http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/SUV_04_05_06__Debates.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2016.

Além disso, diversos outros pontos como a delegação de competência do artigo 12 da Lei 9784/99 contrastando com o artigo 5º, inciso XXXVII da CR/88 e do artigo 45 da Lei 9784/99 contrastando com o artigo 5º inciso LV são ressaltados na tese defendida por Sérgio Henriques Zandona Freitas como fundamentais para a promoção de uma reconstrução principiológico-constitucional do processo administrativo, devendo ser lido, portanto, com os olhos voltados (e não afastados, como demonstrado) da CR/88.

Com isso, 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.

Defende-se o afastamento das influências do direito material administrativo e de seus conceitos oriundos do Regime Jurídico Administrativo fundado na Supremacia do Interesse Público[53] sobre o particular e na indisponibilidade, de posições verticais, privilegiadas, consistente em prerrogativas e sujeições[54] totalmente incompatíveis como o direito processual constitucional.

Tais conceitos do Direito Administrativo não se amoldam à proposta processual democrática.

---

[53] Segundo ensinamentos de Hely Lopes Meireles, é a partir da existência da supremacia do interesse público que decorre a formação do princípio da indisponibilidade deste interesse público. Entretanto, o próprio autor admite que "essa supremacia do interesse público é o motivo da desigualdade jurídica entre a Administração e os administrados." (MEIRELES, 2002, p. 100). Contrariando a posição de Hely Lopes Meirelles, SCHIER entende que "os interesses públicos não são superiores aos privados. Os privados não são superiores aos públicos. Ambos são reconhecidos na Constituição em condição de igualdade. Ambos encontram-se no mesmo patamar e hierarquia" (SCHIER, 2010, p.235). Versam, na atualidade, questionamentos a respeito da supremacia do público sobre o privado, sendo necessário um (re) pensar das teorias que compõem o direito administrativo que já se mostram ultrapassadas e não condizentes com a atual dogmática jurídica. Nesse sentido, Gustavo Binenbojm: O reconhecimento da centralidade do sistema de direitos fundamentais instituídos pela Constituição e a estrutura pluralista e maleável dos princípios constitucionais inviabiliza a determinação a priori de uma regra de supremacia absoluta dos interesses coletivos sobre os interesses individuais ou dos interesses públicos sobre interesses privados. (BINENBOJM, 2007, p. 752).

[54] Sobre o assunto, ensina Maria Sylvia Zanella Di Pietro: "O Direito Administrativo nasceu sob a égide do Estado Liberal, em cujo seio se desenvolveram os princípios do individualismo em todos os aspectos, inclusive o jurídico; paradoxalmente, o regime administrativo traz em si traços de autoridade, de supremacia sobre o indivíduo, com vistas à consecução de fins de interesse geral". E continua: "Isto significa que a Administração Pública possui **prerrogativas** ou **privilégios,** desconhecidos na esfera do direito privado, tais como autoexecutoriedade, a autotutela, o poder de expropriar, o de requisitar bens e serviços, o de ocupar temporariamente o imóvel alheio, o de instituir servidão, o de aplicar sanções administrativas, o de alterar e rescindir unilateralmente os contratos, o de impor medidas de polícia. Goza, ainda, de determinados privilégios como a imunidade tributária, prazos dilatados em juízo, juízo privativo, processo especial de execução, presunção de veracidade de seus atos. (DI PIETRO, 2015, p. 95).

É que o regime de prerrogativas e sujeições muito se amolda à sujeição também proposta pela teoria processual da relação jurídica, pontos que devem ser criticamente enfrentados no atual Estado Democrático de Direito.

A supremacia, ao contrário do regime jurídico administrativo, deve se dar em relação às normas da Constituição como propõe o processo constitucional, vejamos:

> Em síntese, mais uma vez escudados na doutrina de Baracho, podemos dizer que a teoria constitucionalista do processo toma por base a ideia primeira da supremacia das normas da Constituição sobre as normas processuais. Considera o processo uma importante garantia constitucional, daí a razão pela qual surge consolidada nos textos das Constituições do moderno Estado Democrático de Direito, sufragando o direito das pessoas obterem a função jurisdicional do Estado, segundo metodologia normativa do processo constitucional. (BRETAS, 2010, p. 92)

Com isso surge um importante debate: tratando-se o processo administrativo de ramo do direito processual, defendida neste tópico, como ficaria a repartição de competências constitucional para legislar sobre a matéria?

Sobre isso, faz-se uma pequena avaliação histórica do tema, vejamos:

Adiantando um dos temas que serão ainda tratados neste trabalho, pode-se dizer que o processo no Brasil foi influenciado, originariamente, por normas portuguesas e, dentre elas, podem ser citadas o Livro III das Ordenações Afonsinas (de 1500 a 1521), Ordenações Manuelinas (1521 a 1603) e das Ordenações Filipinas após 1603.

Não obstante, o primeiro ponto de interesse para a análise da competência legislativa está na Constituição do Império de 1824 quando o poder de legislar sobre processo era atribuído à Assembleia Geral (artigo 15, 8º: É da atribuição da Assembleia Geral: 8º: Fazer leis, interpretá-las, suspendê-las e revogá-las.).

Entretanto, essa previsão sofre modificação na Constituição de 1891. Tratava o artigo 34, 23º, que competia privativamente ao Congresso Nacional legislar sobre o direito civil, comercial e criminal da República e o processo da Justiça Federal. Já o artigo 65, 2º, dispunha que competia ao Estado todo e qualquer poder ou direito, que lhes não for negado por cláusula expressa ou implicitamente contida nas cláusulas expressas da Constituição.

Com isso, a União era a responsável por legislar sobre a Justiça Federal e seu processo (o que ocorreu com o Decreto n. 3084/1898) e os estados legislariam sobre sua Justiça e seu processo. Tratou-se de um sistema misto, muito influenciado no Brasil pelo sistema americano.

No entanto, críticas eram feitas a esse respeito posto que a competência legislativa sobre o direito material era da União e, por outro lado, a legislação processual era de

competência repartida entre a União (Justiça e processo no âmbito federal) e os Estados (natureza estadual), como consequência de sua prerrogativa de auto-organização.

Em 1934, 1937 e 1946 a competência legislativa sobre o processo volta a se centralizar com a União. Destaquem-se a elaboração do Código de Processo Civil de 1939 e de 1973 sob a influência dessa referida centralização da matéria na União.

Na atual Constituição da República de 1988 restou previsto no artigo 22, inciso I que a competência privativa para legislar sobre processo é da União e no artigo 24 é tratada a competência concorrente entre União, Estado e Distrito Federal (estando fora os Municípios) para legislar sobre criação, funcionamento e processo do juizado de pequenas causas (inciso X) e procedimento em matéria processual (inciso XI).

A questão que chega, neste momento, é definir – portanto - de quem seria a competência legislativa para legislar sobre Processo Administrativo e qual a ruptura se pretende provocar com a tese defendida por Sérgio Henriques Zandona Freitas.

Nesse sentido,

> Assim, destaque para o problema da edição de normas processuais pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, quando a competência constitucional é exclusiva da União, ressalvadas as normas procedimentais, com atribuição residual dos Estados e Distrito Federal, aqui também excluídos os Municípios.
> O presente panorama é constante na doutrina e jurisprudência brasileira, o que demonstra a gravidade do problema, principalmente, sob o ponto de vista estrutural do processo administrativo disciplinar e a falta de adoção da moldura constitucional do processo. (FREITAS, 2014, p. 142-143).

Inicialmente a questão passa pela necessária conceituação, primeiro, da competência legislativa dos entes federados para se auto-organizarem (legislar sobre direito administrativo) e, segundo, a diferença a ser firmada entre processo e procedimento.

Não se nega e disso advém da inegável competência de auto-administração dos entes federados a regulamentação de matérias como, por exemplo, regras afetas ao servidor público, no âmbito do estados, Distrito Federal e Municípios.

Por outro lado, está-se diante de um grave problema constitucional que se alastrou pelo Brasil sem a devida crítica que é, exatamente, a legitimidade dos entes federados estabelecerem suas próprias normas processuais administrativas.

Percebe-se que estados-membros, D.F e Municípios passaram repentinamente a dispor de legitimidade (constitucional?) para a própria edição de normas de conteúdo eminentemente processual trazendo verdadeiros contrastes com as garantias processuais previstas na CR/88.

Sobre a diferença entre processo e procedimento, os administrativistas buscam tratar o procedimento como termo utilizado para se referir à atuação administrativa e, a partir disso,

diferenciam a atuação administrativa (procedimento) da judicial (processo) e, por tal razão, não conseguem perceber a ciência do **processo** em âmbito administrativo.

Como já mencionado acima quando da análise da falta de técnica da Lei Federal 9784/99, pode-se perceber o mesmo fenômeno quando os entes federados legislam sobre o assunto[55], conforme alguns exemplos que podem ser extraídos da Lei Estadual n. 10.177/1998 que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Estadual de São Paulo como no artigo 5º ao prever que "a norma administrativa deve ser interprestada e aplicada da forma que melhor garanta a realização do fim público a que se dirige"; no parágrafo único do artigo 9º ao prever que "**a motivação** do ato no procedimento administrativo **poderá consistir na remissão a pareceres ou manifestações** nele proferidos"; no artigo 19 ao prever que "salvo vedação legal, **as autoridades superiores poderão delegar a seus subordinados a prática de sua competência** ou avocar os de competência destes"; no artigo 35 ao prever que "durante a instrução, será concedida vista dos autos ao interessado, mediante simples solicitação, **sempre que não prejudicar o curso do procedimento"**[56] (grifos nossos). (SÃO PAULO, 1998).

Em Minas Gerais, Lei 14184/2002, encontram-se destaques semelhantes aos mencionados acima e impropriedades técnicas também observadas na Lei Federal 9784/99 como no artigo 3º - A norma administrativa será interpretada da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige; no artigo 15 - Os atos do processo administrativo não dependem de forma determinada, exceto quando a lei o exigir ou quando houver padronização estabelecida por órgão da Administração; no artigo 41 - A competência é irrenunciável, é exercida pela autoridade a que foi atribuída e poder ser delegada e artigo 45 - Será permitida, em caráter excepcional e por motivos devidamente justificados, a avocação temporária de competência atribuída a órgão hierarquicamente inferior.

---

[55] Note-se que o Distrito Federal remete à Lei 9784 de 1999 as regras de seu processo administrativo: CÂMARA LEGISLATIVA DO DISTRITO FEDERAL. LEI N° 2834, DE 7 DE DEZEMBRO DE 2001 (AUTOR DO PROJETO: Poder Executivo). Recepciona a Lei Federal n° 9.784, de 29 de janeiro de 1999. O GOVERNADOR DO DISTRITO FEDERAL, FAÇO SABER QUE A CÂMARA LEGISLATIVA DO DISTRITO FEDERAL DECRETA E EU SANCIONO A SEGUINTE LEI: Art. 1° Aplicam-se aos atos e processos administrativos no âmbito da Administração direta e indireta do Distrito Federal, no que couber, as disposições da Lei Federal n° 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Art. 2° Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação. Art. 3° Revogam-se as disposições em contrário. Publicada no DODF de 10.12.2001.

[56] Nesse sentido, Maria Cristina Diniz Caixeta: "O Texto Constitucional prestigiou o direito de recebimento de informações dos órgãos públicos referente a interesses particulares, coletivo ou geral, sendo descabida a exigência que ainda impera em alguns órgãos da Administração de ter o indivíduo interesse direto ou pessoal, para o acesso a informações, sendo que a legitimidade para obter informações é ilimitada, quer sob o rótulo de pessoa física ou jurídica, brasileiros ou estrangeiros." (CAIXETA, 2010, p. 49).

Sobre a imprecisa aplicação dos institutos da delegação e avocação, vejamos:

> MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. COMISSÃO DESIGNADA SUPERINTENDENTE REGIONAL. LEGALIDADE. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. **É legal a delegação de competência ao Superintendente Regional da Polícia Federal para designar membros de comissão disciplinar.** Precedentes. Só se declara a nulidade do processo administrativo disciplinar por vícios meramente formais quando for evidente o prejuízo à defesa, o que não ocorreu no caso. Segurança denegada. (BRASIL, 2010). Grifos nossos.

Assim, percebe-se que restou formada no Brasil uma grave repartição de competência sobre matéria que deveria ser atribuída privativamente à União, causando inconciliáveis distorções terminológicas e desatenção às garantais constitucionais sobre direito processual.

Defende-se, portanto, o total rompimento com a vertente instrumentalista atualmente predominante no Brasil, e uma releitura constitucional do Processo Administrativo, conforme bem elucida André Cordeiro Leal:

> A forma de tornar possível a legitimidade permanente do direito se dará mediante a institucionalização jurídica das condições para a ação comunicativa (ou, como quer Habermas, as condições pragmáticas do discurso), ou seja, através do estabelecimento de normas jurídicas por via das quais se permita uma constante participação dos destinatários das normas na produção normativa, afastando, assim, a contingência de decisões arbitrárias ou que determinem o retorno continuado à autopoiesis. (LEAL, 2008, p. 146).

Posto isto e à luz de um sólido discurso constitucional, Sérgio Henriques Zandona Freitas consolida sua tese:

> Portanto, falta ao processo administrativo uma sistematização principiológico-constitucionalizada e democrática, com prestígio à atividade
> discursiva compartilhada dos afetados pelo provimento administrativo final, garantindo a efetividade dos direitos fundamentais. (FREITAS, 2014, p. 144).

E conclui:

> Assim, cabe ao processo administrativo disciplinar brasileiro a superação dos entraves ideológicos dos escopos metajurídicos, para se adequar às concepções teóricas asseguradas no discurso da constitucionalidade brasileira em vigor, como pressuposto de sua correta aplicação e legitimidade, o que torna impostergável sua reconstrução principiológico-constitucional, com a adoção do processo constitucional e constante testificação em Popper, resguardados assim as garantias e direitos fundamentais, por uma *Administração Pública Dialógica* e a transferência de seu estudo para o *Direito Processual da Administração Pública Democrática*, com prestígio aos apropriados institutos de direito processual, no Estado Democrático de Direito Constitucionalizado. (FREITAS, 2014, p. 146).

Não se pode negar que o devido processo legal como espaço de direito e garantias seja afastado do processo administrativo sob a premissa de que suas bases estão no direito administrativo. Não se pode entender o processo administrativo como mero instrumento para se atingir o aberto conceito do interesse público.

O processo administrativo deve ser irrestritamente trabalhado por meio do devido processo legal em perspectiva constitucional cuja decisão, construída pelas partes e inseridas no espaço dialógico e argumentativo, se legitima pela atuação dos seus destinatários em contraditório.

Tem-se, portanto, como necessária uma imprescindível revisitação da teoria processual ainda dominante no Brasil[57], oportunidade em manifesta-se a adoção deste trabalho à tese exposta neste tópico.

4.2 A competência para legislar sobre direito processual: diferenciação entre processo jurisdicional e administrativo nas teses de Carmen Lúcia Antunes Rocha e Paula Sarno Braga

Adotando posicionamento contrário à tese defendida acima por Sérgio Henriques Zandona Freitas, Carmén Lúcia Antunes Rocha se apoia na tese segundo a qual a autonomia organizatória dos entes federados prevista no artigo 25 e pela própria forma federativa, prevista no artigo 60, §4º, inciso I, ambos da CR/88, autorizam os entes federados a legislarem sobre processo administrativo, posto que também estão autorizados a legislar sobre sua organização administrativa.

Assim, cabe a cada ente a autonomia legislativa para legislar e se adaptar, ainda que em matéria processual, quanto à sua organização administrativa com seus limites estipulados pela própria CR/88 e os direitos fundamentais.

---

[57] No mesmo sentido Carolina Caiado Lima: “Todavia, entendemos que a edição de uma lei geral de processo administrativo asseguraria aos cidadãos maior eficiência no exercício dessas garantias constitucionais. De outro lado, a existência de normas de processo administrativo, aglutinadas em uma lei geral de processo administrativo, aplicável a todos os entes federados, coaduna-se melhor com o princípio do Estado democrático de direito do que a existência de diferentes leis, editadas por cada um dos membros da federação. Esse raciocínio não suprime a competência legislativo dos Estados, Distritos Federal e Município para editar suas próprias normas acerca de procedimentos administrativos [...]”.LIMA, Carolina Caiado. Por uma lei geral de processo administrativo, in MEDAUAR e SCHIRATO (org.), Atuais rumos do Processo Administrativo. São Paulo: RT, 2010, p. 53/77.

Nesse sentido,

> Ora, um dos princípios mais fortes e vinculantes do sistema constitucional brasileiro é exatamente o federativo (cf., por exemplo, o art. 60, § 4º). Este princípio é formulado a partir da garantia da autonomia política e administrativa das entidades que compõem a Federação. Carente
> dessa autonomia o que se tem não é senão o que Paulo Bonavides já apelidou de "federação de opereta". Se o processo administrativo, instrumentalizador das condutas administrativas e somente utilizado para a garantia dos direitos subjetivos do cidadão e do administrado em geral, não fosse inserido no espaço de competência própria e autônoma de cada entidade federada, como se ter que a autoadministração dessa pessoa estaria garantida? Como dizer autônoma para organizar a sua própria administração quem não dispõe de
> autonomia política para legislar sequer sobre o processo a ser seguido no exercício dessa matéria? Assim, tanto o processo administrativo, quanto os procedimentos que lhe são inerentes são objetos precípuos de tratamento autônomo de cada qual das entidades da Federação brasileira e a referência à legislação processual que compete privativamente à União, por definição constitucional expressa, é tão-somente aquela correspectiva à unidade do direito processual judicial (civil ou penal). (ROCHA, 1997)

Portanto, para Carmén Lúcia a Constituição ao diferenciar o processo judicial do processo administrativo, teria deixado a cargo a competência privativa da União apenas legislar sobre direito processual judicial.

Paula Sarno Braga defende sua tese no mesmo sentido, já que, segundo ensina, o artigo 22, inciso I atinge apenas os processos jurisdicionais, sem alcançar, todavia, o processo administrativo (BRAGA, 2015).

Não obstante, informa que se excepcionam deste entendimento o processo administrativo de desapropriação por força do artigo 22, inciso II e normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas, conforme previsto no artigo 22, inciso XXVII, ambos da CR/88[58].

[58] Paula Sarno Braga ainda vai além para defender que os entes federados também seriam competentes para suplementar, inclusive, a legislação processual federal, vejamos: "Se, no campo administrativo, isso é possível, não se enxerga porque não o seria no campo jurisdicional. Permitir que o Estado suplemente diplomas processuais federais é permitir que regre no plano regional o exercício de uma função pública (jurisdição) que lhe fora constitucionalmente confiada". (BRAGA, 2015, p. 351).

CAPÍTULO 5

A APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DO PROCESSO CIVIL NO PROCESSO ADMINISTRATIVO

5.1 A aplicação subsidiária do CPC de 2015.

Dispõe o artigo 15[59] do CPC/15 que: **"**na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou **administrativos,** as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente" (BRASIL, 2015, grifo nosso).

Alguns ramos do direito, em especial o trabalhista e o eleitoral, se atualizaram sobre a aplicabilidade do referido artigo 15 do CPC/15.

No direito do trabalho, além do artigo 769[60] prever expressamente a matéria, o Tribunal Superior do Trabalho (TST), visando maior segurança jurídica no processo trabalhista, previu por meio da Instrução Normativa n.39 de 2016 quais as normas do CPC/15 serão aplicáveis ao Processo do Trabalho, ainda que de forma não exaustiva.

No mesmo sentido o direito eleitoral, por meio do Tribunal Superior Eleitoral, também regulou a incidência do CPC nessa matéria pela Resolução nº 23.478 destacando o caráter supletivo e subsidiário em relação aos feitos eleitorais desde que haja compatibilidade sistêmica.

A indagação que se faz diante do novo artigo 15 é se o CPC/15 é, ou não, norma subsidiária do processo administrativo.

Antes disso, porém, chama a atenção a problemática causada pela atual repartição de competência que atribui aos estados e municípios a condição de legislarem sobre processo administrativo.

O que se quer dizer é: a Lei 9784/99 de aplicação subsidiária aos demais processos administrativos específicos sofrerá a influência, ainda subsidiária, do CPC de 2015? Ainda: considerando o artigo 69 da Lei 978499 que diz que os processos administrativos específicos continuarão a reger-se por lei própria, aplicando-se-lhes apenas subsidiariamente os preceitos desta Lei, seria então o Código de Processo Civil de aplicação subsidiária à Lei 9784 que, por sua vez, seria de aplicação subsidiária às demais Leis de Processo Administrativo?

Seria o CPC/15 uma norma de aplicação subsidiária da subsidiária?

---

[59] Importante dizer que o artigo 15, por força do artigo 14, ambos do CPC/15, tem aplicação imediata, vejamos: Art. 14. A norma processual não retroagirá e será aplicável imediatamente aos processos em curso, respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada.(BRASIL, 2015).

[60] Art. 769 - Nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste Título. (BRASIL, 1943).

Sobre o assunto, se posicionou Guilherme Dias Reisdorfer, vejamos:

> É necessária a consideração das características especificas da função administrativa exercida em cada caso. Haverá situações mais propícias à aplicação do NCPC, como aquelas que envolvam disputas tipicamente patrimoniais envolvendo Administração e terceiros. Haverá outras que, sendo mais próximas e relevantes ao exercício da democracia no âmbito administrativo, apresentam-se menos compatíveis com o sistema processual jurisdicional, ainda que se verifique tendência de o processo civil incorporar mecanismos de participação coletiva. Enfim, haverá casos, envolvendo o exercício de competências punitivas, que podem aproximar-se mais do processo penal e das garantias a ele insitas do que do sistema processual civil. (REISDORFER, 2016, p. 580-581).

É preciso, todavia, deixar claro que a aplicação subsidiária não se confunde com a aplicação supletiva e esse ponto merece nosso breve destaque: a aplicação subsidiária ocorrerá quando se constatar lacunas (falta de previsão legal) e compatibilidade sistêmica; já a aplicação supletiva ocorrerá quando a norma (importada) é acoplada a outra norma (já existente) por restar desatualizada ou superada, por exemplo.

No entanto, é preciso observar que a aplicação subsidiária demanda a análise de dois eixos, o que significa dizer que não basta a lacuna na norma processual administrativa, será preciso ainda analisar a sua adequação e compatibilidade com o contexto da atividade administrativa.

Nesse sentido, as disposições do artigo 15 do CPC/15 tornam claras a sua aplicação ao processo administrativo.

Contrariando a posição de Guilherme Dias Reisdorfer, Egon Bockmann Moreira observa que:

> Por conseguinte, o CPC/2015 não pode ser compreendido como norma “estranha” ou “alheia” ao processo administrativo (inclusive em relação à Lei 9.784/1999). Ao contrário: a leitura deve ser integrada, de molde a fazer com que o CPC/2015 seja sempre aplicado, tanto nos casos em que a lei específica seja omissa como naqueles em que ele proveja solução mais adequada ao caso concreto (desde que compatível com o regime jurídico-administrativo). Não se faz necessária a omissão em sentido estrito (a mais absoluta ausência de norma), mas sim a aplicação da diretriz da efetividade do processo[61].

Coerente à tese adotada neste trabalho, verifica-se, com respeito aos entendimentos contrários, que o CPC/15 é de franca aplicação ao processo administrativo por tudo o que se contrói neste trabalho até o momento.

Ao adotar-se a teoria geral do processo aplicada ao processo administrativo e ao demonstrar os equívocos sobre a conceituação do que é processo e procedimento pelos

---

[61] Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/egon-bockmann-moreira/o-impacto-do-cpc-2015-nos-processos-administrativos-uma-nova-racionalidade.>. Acesso em 18 out. 2016.

administrativistas, tendo o processo administrativo localização junto ao artigo 22, inciso I da Constituição da República de 1988, entende-se pela plena aplicação subsidiária do CPC/15 ao processo administrativo previsto na Lei 9784/99.

5.2 A ADIN nº. 5492 e os paradoxos efeitos de uma compreensão sobre a repartição de competências para legislar sobre Processo Administrativo

Consequência da confusão terminológica e da equivocada observação dos administrativistas sobre o processo administrativo, o Governador do Estado do Rio de Janeiro ajuizou no Supremo Tribunal Federal a Ação direta de inconstitucionalidade 5492[62], protocolada em 05 de abril de 2016[63], com pedido de medida cautelar, tendo como objeto diversos dispositivos do CPC de 2015, dentre eles o artigo 15, posto que sua imposição, por legislação federal, como fonte normativa para o processo administrativo estadual e municipal viola a autonomia federativa.

Diz que a simples referência a processos administrativos conduz à conclusão de sua abrangência também ao processo administrativo dos demais entes da federação (estadual e municipal) ofendendo, assim, o artigo 18 da CR/88. A partir disso, propõe a ADI que seja dada ao artigo 15 do CPC 2015 interpretação conforme a constituição restringindo sua aplicação ao processo administrativo federal.

Nesse sentido, aduz o Governador do Estado do Rio de Janeiro em sua petição inicial:

> Ao se referir pura e simplesmente a processos "administrativos", sem a adição de um qualificativo, a regra dá ensejo a interpretação de abarcar também os processos administrativos das demais esferas federativas, como a estadual ou a municipal, e não apenas a federal. Tal interpretação, porém, agride a noção básica de autonomia federativa (CF, art. 18), já que não está ao alcance do legislador federal ditar a fonte normativa do processo administrativo dos demais entes políticos. (BRASIL, 2016)

Segundo Paula Sarno Braga, cujo entendimento coaduna com as teses levantadas na ADI, os artigos 18, 21, 25 §1, 30 V, 39 e 48 todos da CR/88, lidos em conjunto, permitem que cabe a cada ente federal disciplinar suas próprias regras de processo administrativo (BRAGA, 2016).

Segundo seu entendimento, há uma competência legislativa privativa dos entes estaduais e municipais para disciplinar o seu direito administrativo e seu próprio processo

---

[62]Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4959031>. Acesso em 18 out. 2016.

[63] Até a conclusão deste artigo a ADI 5492 encontrava-se em tramitação, sem apreciação do mérito.

administrativo, excetuando a desapropriação e a licitação, dentro dos limites constitucionais. (BRAGA, 2015).

Não obstante a importante lição acima destacada, pede-se vênia para apontar conclusão diversa sobre a aplicação do artigo 15, como discutido na ADI.

É que o artigo 15 – de fato – inserido no capítulo "Da aplicação das normas processuais" não faz ressalvas à sua aplicação no processo administrativo federal, e a compreensão acerca da aplicação sobre a contestada competência estadual ou municipal traz, em verdade, maior perplexidade ao sistema jurídico.

Quer isso dizer que a legislação dos estados e municípios sobre processo administrativos tende a promover abusos, notadamente pela vasta extensão territorial brasileira.

Mantém-se, com isso, o caminho e a busca por princípios e diretrizes gerais do processo constitucionalizado.

Ganha espaço, assim, a adoção da tese de uma teoria geral do processo aplicada ao processo administrativo e sua localização como verdadeira vertente do direito processual, inserido no rol do artigo 22, inciso I da CR/88.

CAPÍTULO 6

A PROVA NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

6.1 Aspectos gerais da evolução histórica da prova:

Ao longo da história houve grande mudança nos métodos de apreciação da prova, caracterizando três sistemas principais, quais sejam: da prova legal, da livre convicção e da persuasão racional, marcadamente influenciados por critérios éticos, morais, políticos, sociais e religiosos.

Nas lições de Vincius Lott Thibau,

> A sucessão dos critérios de apreciação do resultado probatório aponta-nos que a passividade do julgador na análise probatória é gradualmente substituída por um ativismo judicial por muitos festejado e firmado em poderes instrutórios que seriam garantidores de uma adequada fundamentação decisória. (THIBAU, 2011, p. 44).

A percepção inicial nos leva a concluir que a apreciação da prova dependia da atuação do julgador e essa percepção mudará a cada período, sendo certo que as organizações mais rudimentares apresentavam sistemas probatórios mais primitivos.

Outro ponto interessante é que o avanço de cada sistema não parece ter representando uma ruptura total do sistema anterior, superado, embora seja possível identificar que o modo com o qual o julgador aprecia a prova, em cada sistema, muda e traz impactos diversos.

6.1.1 Sistema da Prova Legal

No primeiro sistema, também conhecido como “tarifação do resultado probatório” a atuação do juiz é passiva e se limitava a aplicar a lei ao caso particular, já que a prova tem valor inalterável e constante sendo o seu valor previamente fixado pela Lei.

O sistema de tarifação da prova surge e se desenvolve na Idade Média. Tratava-se de um modelo que significou um importante rompimento com os chamados “Juízos Divinos, Juramente e Duelo”.

É que pelos Juízos Divinos a verdade era obtida através de rituais em que uma Divindade era a responsável por identifica-la.

Acreditava-se que a divindade intervia nos julgamentos e protegia os inocentes sendo o Juiz, nesse caso, apenas uma figura fiscalizadora do resultado.

Dentre as provas comumente utilizadas, destacam-se a “prova da água fria” e a “prova de fogo”.

A primeira era dividida em água fria e água fervendo: na primeira, o acusado tinha sua mão amarrada a um dos pés sendo, após, lançado na água e a absolvição ocorreria se mesmo nessas circunstâncias ele (o acusado) submergisse; já na prova da água fervendo, coloca-se um determinado objeto no fundo de um reservatório ou vasilhame com água quente e caso o acusado conseguisse recuperar o objeto sem se queimar seria considerado inocente. (FOUCALT, 2003).

Na prova de fogo, o acusado permanecia por três dias em jejum e era submetido a segurar uma barra de ferro em brasa.

Caso não se queimasse, seria então considerado inocente. (FOUCALT, 2003). Muito comuns também os chamados duelos ou combates como meio de prova proposto pelas próprias partes ou entre suas testemunhas, por exemplo.

É possível encontrar na Bíblia uma passagem interessante no livro de NÚMEROS, quarto livro do Pentateuco (cinco primeiros livros do Velho Testamento), quando em seu capítulo 5, versículo 11, trata da “prova da mulher suspeita de adultério”, quando narra o caminho seguido para apurar o desvio da mulher em poder do seu marido. Na oportunidade, a mulher – suspeita de traição – é levada pelo varão ao sacerdote que durante o ritual de apuração dá a mulher, para beber, a água amarga (envenenada), vejamos:

> E, havendo-lhe dado a beber aquela água, será que, se ela tiver contaminado, e contra seu marido tiver prevaricado, a água amaldiçoante entrará nela para amargura, e o seu bentre se inchará, e a sua coxa descairá; e aquela mulher será por maldição no meio de seu povo. E, se a mulher se não tiver contaminado, mas estiver limpa, então será livre, e conceberá semente”. (BIBLIA, 1962, p. 162)

A propósito, o juramento também era um dos importantes meios de prova primitiva, já que se tratavam de sociedades organizadas sob forte influência religiosa.

Foi a partir desses meios primitivos que se inicia o desenvolvimento do sistema de prova legal e tarifação.

Passa-se à adoção de um sistema de busca formal da verdade consistente no somatório das provas produzidas pelas partes, isto é, será a partir do valor de cada prova apresentada que se chegará à verdade formal.

Busca afastar a prova dos critérios pessoais do Juiz. As provas, nesse sistema, tem valor previamente fixado e inalterável, cabendo ao Juiz apenas o somatório e a verificação.

Eduardo José Couture ensina que “se a demanda, entre homens de um mesmo povoado, era sobre bens móveis, a prova devia ser feita por duas testemunhas do mesmo povoado; se era sobre imóveis, deviam depor cinco testemunhas”. (COUTURE, 1946, p. 190).

Sobre as testemunhas, Eduardo José Couture esclarece que “duas testemunhas idôneas fazem prova plena que obriga o juiz. Se duas partes apresentam testemunhas em igual número, prevalecem a de melhor fama”. (COUTURE, 1946, p. 191).

Esse sistema, no entanto, passa a ser questionado no Iluminismo e apesar de não ser mais utilizado, principalmente após as ideias iluministas, ainda se verifica influencias no ordenamento jurídico brasileiro atual, como nos art. 374, inc. IV[64] e 406[65], ambos do CPC/2015.

6.1.2 Sistema da Livre Convicção

O sistema da Livre Convicção reage ao sistema da Prova Legal ao valorizar as impressões particulares dos Juízes na apreciação da prova apresentada, pelas partes.

Desvincula-se o Juiz do resultado e das provas apresentadas, autorizando-o a decidir em harmonia ou contra as provas produzidas. Pode o Juiz decidir, inclusive, com base em elementos que estejam fora do processo.

Nos dizeres de Vinicius Lott Thibau:

> Por conseguinte, no sistema de Livre Convicção, a passividade na apreciação do resultado probatório, que marcou o critério da Prova Legal, é substituída por uma atividade exclusiva e juridicamente pouco demarcada de apreciação probatória pelo julgador, que busca solucionar conflitos por via de sua sensata, talentosa e privilegiada mente. (THIBAU, 2011, p. 50).

Conforme observa Rosemiro Pereira Leal, nesse sistema as decisões são proferidas conforme os juízos de equidade e conveniência do julgador, baseado por temperamentos cívicos e humanitários que ainda estão presentes no *common law*. (LEAL, 2009).

Dessa forma, esse sistema faz com que as partes fiquem à deriva da liberdade do julgador na apreciação das provas, que pode se dar de forma ilógica e não fundamentada. Ao contrário do Sistema da Prova Legal que buscava a verdade formal, a adoção da Livre Convicção enfatiza a busca pela verdade real.

---

[64]Art. 374. Não dependem de prova os fatos: IV - em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade.

[65] Art. 406. Quando a lei exigir instrumento público como da substância do ato, nenhuma outra prova, por mais especial que seja, pode suprir-lhe a falta.

Identifica-se resquício também da adoção deste sistema no ordenamento jurídico brasileiro, como o procedimento penal do júri popular, em que cabe ao conselho de sentença decidir segundo a consciência de cada um dos seus membros e na Lei Complementar 64 de 1990[66].

6.1.3 Persuasão Racional

Já no sistema da persuasão racional, tenta-se superar os sistemas anteriores (busca pela verdade formal e busca pela verdade real), ou seja, afasta-se da rigidez da Prova Legal e das incertezas da Livre Convicção.

A partir disso, deverá o juiz formar livremente sua convicção, porém condicionado aos fatos controversos; às provas desses fatos; às regras legais e máximas de experiência, sendo que há obrigatoriedade de motivação das decisões (SANTOS, 1952, p. 333).

Conforme salienta Leal (2009, p. 199), esse sistema é feito em bases normativas com apoio no princípio da reserva legal, em que a convicção do julgador é condicionada por juízos *secundum legis.*

Para Leal (2009, p. 207), a valoração da prova consiste em perceber a existência do elemento de prova e expressamente dizer que foi visto e examinado seu conteúdo, sendo ainda necessária a indicação da importância da prova, em escala gradativa de relevância jurídica.

Assim, cabe ao juiz – primeiro - valorar e – posteriormente - valorizar a prova, fixando sua convicção em decisão devidamente fundamentada.

6.2 Os sistemas de apreciação de provas no processo civil brasileiro de 1939 a 2015

6.2.1 Código de processo civil de 1939

No Brasil, o processo civil até o século XX encontrava-se regido pelo Livro 3 das Ordenações Filipinas[67] que representavam, à época, um compilado da legislação portuguesa (resultado das ideias, opiniões e costumes da população) e do Direito Comum Romano.

Em seguida, editou-se no Brasil o Decreto 737 de 1850 que era responsável, inicialmente, por regulamentar “a ordem do Juizo no Processo Commercial”[68] e passou a ser

---

[66] Art. 23. O Tribunal formará sua convicção pela livre apreciação dos fatos públicos e notórios, dos indícios e presunções e prova produzida, atentando para circunstâncias ou fatos, ainda que não indicados ou alegados pelas partes, mas que preservem o interesse público de lisura eleitoral. (BRASIL, 1990).

[67] Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/242733>. Acesso em: 23 out. 2016.

aplicado ao processo civil por meio do Decreto n.º 763 de 1890. Em verdade, mantinha-se a base das históricas ordenações portuguesas que influenciavam a regulação processual naquela época (LIEBMAN, 1962), entretanto, serviu o Decreto 737 para simplificar e modernizar as regras, na época.

No entanto, Constituição de 1891 em seu artigo 65, nº2[69] facultava a cada Estado legislar sobre matéria processual tendo, por exemplo, os códigos de processo do Pará, de 1904 e dos Estados de São Paulo, Espírito Santo e Paraíba de 1930 (COSTA, 1970). Somado a isso, destaca-se o Código Civil de 1916 que se manteria vigente até o ano de 2002.

Acontece que se passou a perceber uma espécie de espaço normativo formado por uma lacuna entre o direito material, representado pelo Código Civil de 1916, e os textos processuais fragmentados pelos Estados, em razão do permissivo constitucional.

Com isso, influenciado pelo Ministro Francisco Campos e pelas lições de Chiovenda, sob a Constituição de 1934[70] – que conferia à União a competência privativa para legislar sobre direito processual[71] - o CPC de 1939 foi aprovado pelo Decreto-Lei nº. 1.608, de 18 de setembro de 1939 e publicado no Diário Oficial no dia 13 de outubro de 1939, entrando em vigor no dia 01 de março de 1940, através do Decreto-Lei nº. 1965 de 16 de janeiro de 1940.

Historicamente, portanto, o CPC de 1939 promoveu no Brasil a unificação do processo civil, muito discutida à época vez que o processo civil, até aquele momento, apresentava características liberais e de competência legislativa dos Estados-membros.

Pode-se dizer também que o Código Civil de 1916 influenciou significativamente o CPC de 1939, notadamente por que contava com previsões de natureza processual, como no seu revogado artigo 18 que previa hipótese de prestação de caução, nas ações que tramitavam nos Tribunais, para os autores que não eram titulares de bens imóveis no Brasil e no artigo 177 (BRASIL, 1916).

---

[68] Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Historicos/DIM/DIM737.htm>. Acesso em 23 out. 2016.

[69] Art 65 - É facultado aos Estados: 1º) celebrar entre si ajustes e convenções sem caráter político (art. 48, nº. 16); **2º) em geral, todo e qualquer poder ou direito, que lhes não for negado por cláusula expressa ou implicitamente contida nas cláusulas expressas da Constituição.** Disponível em: << http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm>>. Acesso em: 21 out. 2016.

[70] Art 5º - Compete privativamente à União: XIX - legislar sobre: a) direito penal, comercial, civil, aéreo e processual, registros públicos e juntas comerciais. (BRASIL, 1934)

[71] A Constituição de 1934 previa em suas Disposições Transitórias a formação de uma comissão para a elaboração de um projeto de Código de Processo Civil: Art 11 - O Governo, uma vez promulgada esta Constituição, nomeará uma comissão de três juristas, sendo dois ministros da Corte Suprema e um advogado, para, ouvidas as Congregações das Faculdades de Direito, as Cortes de Apelações dos Estados e os Institutos de Advogados, organizar dentro em três meses um projeto de Código de Processo Civil e Comercial; e outra para elaborar um projeto de Código de Processo Penal. (BRASIL, 1934).

Não se pode deixar de destacar, todavia, que o CPC de 1939 possuía forte característica política da época, de natureza autoritária como reflexo do Estado Novo, como pode ser visto nos artigos 112[72] e 117[73].

No que se refere à prova, o CPC de 1939 adotou claramente o sistema do Livre Convencimento Motivado expresso em seu artigo 118, vejamos:

> Art. 118. Na apreciação da prova, o juiz formará livremente o seu convencimento, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pela parte. Mas, quando a lei considerar determinada forma como da substância do ato, o juiz não lhe admitirá a prova por outro meio.
> Parágrafo único. O juiz indicará na sentença ou despacho os fatos e circunstâncias que motivaram o seu convencimento. (BRASIL, 1939).

Nesse sentido, percebe-se que o Brasil passa a contar com um verdadeiro conjunto de normas processuais que até então estavam dispostas, apenas, no Decreto 737 de 1850 seguindo o sistema da época, qual seja, o Livre Convencimento Motivado, com bases na equidade do julgador e na sua consciência na escolha do melhor resultado para a solução dos conflitos.

6.2.2 Código de processo civil de 1973

Como dito anteriormente, o CPC de 1939 foi, antes de tudo, um Código elaborado por influências políticas daquele período, cuja concepção retratava a ideologia de Getúlio Vargas, à época, autoritária e não-liberal.

Rompendo com essa influência política, o CPC de 1973 buscou privilegiar a técnica processual sendo fortemente influenciado pelos estudos de Enrico Tulio Liebman[74].

Buscava-se, como narra a Exposição de Motivos do CPC de 1973, dar ao processo civil brasileiro uma nova roupagem científica, como consequência dos avanços experimentados à época.

Um ponto inicial interessante do CPC de 1973 foi que houve uma clara divisão inicial em quatro partes fundamentais[75], sendo elas o processo de conhecimento, os

---

[72] Art. 112. O juiz dirigirá o processo por forma que assegure à causa andamento rápido sem prejuizo da defesa dos interessados. (BRASIL, 1939)

[73] Art. 117. A requerimento ou ex-officio, o juiz poderá, em despacho motivado ordenar as diligências necessárias à instrução do processo e indeferir as inúteis em relação a seu objeto, ou requeridas com propósitos manifestamente protelatórios. (BRASIL, 1939).

[74] Nesse sentido: LIEBMAN, Enrico Tulio. Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada. Rio de Janeiro: Forense, 1945.

procedimentos especiais, os recursos e processos de competência originária dos Tribunais e o processo de execução.

No que se refere à prova, a visão do legislador era a de valorizar a oralidade, flexionando o rigor do CPC de 1939. Assim, dispunha a Exposição de Motivos do CPC de 1973[76], veja:

> Os elementos que a caracterizam são: a) a identidade da pessoa física do juiz, de modo que este dirija o processo desde o seu início até o julgamento; b) a concentração, isto é, que em uma ou em poucas audiências próximas se realize a produção das provas; c) a irrecorribilidade das decisões interlocutórias, evitando a cisão do processo ou a sua interrupção contínua, mediante recursos, que devolvem ao Tribunal o julgamento da decisão impugnada. (BRASIL, 1973).

Nesse caminho, adotou o CPC de 1973 o sistema de persuasão racional com apoio às bases do devido processo legal.

Pelo artigo 131 o CPC de 1973 dispunha que o juiz poderia apreciar livremente a prova, porém deveria indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.

Um ponto característico da técnica pretendida pelo CPC de 1973 pode ser vista no artigo 126 ao informar que o juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da Lei.

Nesse caso, deve o juiz atentar para as normas legais e, não havendo, deverá buscar na analogia, costumes e nos princípios gerais do direito os fundamentos para a sua decisão.

Os juízos de equidade ficavam limitados, tão somente, aos casos previstos em Lei. Outro ponto de destaque estava em seu artigo 128 combinado com o artigo 460, limitando o Juiz e a sua decisão aos limites propostos na lide pelas partes.

Por fim, tem-se no artigo 436[77], juntamente com os demais dispositivos acima indicados, que o CPC de 1973 adotou o sistema de persuasão racional já que cabe a ele (o Juiz) decidir com base nos elementos demonstrados nos autos e nos limites da lide, avaliando as provas com bases críticas e racionais.

---

[75] Não se esquece de que o CPC de 1973 foi alterado diversas vezes e novos institutos foram incorporados ao seu texto, como as tutelas antecipadas previstas na Lei 9494 de 1997 e o sincretismo entre o processo de conhecimento e de execução promovida pela Lei 11232 de 2005, não obstante outras importantes alterações.

[76] Disponível em: < http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/177828>. Acesso em: 23 out. 2016.

[77] Art. 436. O juiz não está adstrito ao laudo pericial, podendo formar a sua convicção com outros elementos ou fatos provados nos autos.

6.2.3 O Código de Processo Civil de 2015 – surge um novo sistema?

O CPC de 2015 é o resultado da notória complexidade do estudo da ciência processual relevada no decorrer das últimas décadas.

O CPC de 1973 foi diretamente impactado por diversas alterações legislativas ao longo dos anos com mudanças substanciais nos institutos originais e também na incorporação de novos institutos. Diversas mudanças originadas da evolução dos estudos e da jurisprudência foram incorporadas ao CPC, além, claro, do inegável impacto da Constituição da República de 1988.

No que se refere à prova, o CPC de 2015 trouxe interessantes novidades em relação aos institutos que eram regulados pelo CPC de 1973.

Muito embora o atual CPC não apresente textualmente grandes novidades sobre a matéria, é possível perceber significativos avanços e a própria tendência a uma mudança de comportamento das partes, haja vista o dever de boa-fé e da cooperação expressamente previsto para os sujeitos processuais e diretamente aplicáveis ao campo das provas, no processo.

Verifica-se que o novo CPC/2015 avançou no sentido de não manter o preceito de apreciação livre da prova dos fatos e circunstâncias não alegados pelas partes, contido no revogado art. 131, do CPC/73.

Na nova redação do CPC/2015 o dispositivo que versa sobre as provas suprime o termo “livremente” ao estabelecer que “o juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação do seu convencimento.” (BRASIL, 2015).

Com isso, surge a discussão a respeito da superação do sistema adotado em 1973, sobre a influência do novo paradigma jurídico constitucional do Estado Democrático de Direito.

Nesta perspectiva, tem-se um novo modelo marcado pela cooperação dos sujeitos processuais, a teor do novo artigo 6º do CPC de 2015.

No caso, trouxe o CPC/15 a garantia expressa do contraditório, o que equivale a dizer que não tem o magistrado a liberdade de apreciar a prova segundo seu livre entendimento. Portanto, nessa nova roupagem constitucionalizada do processo o magistrado

tem o dever de amplo e constante diálogo com as partes, saindo de cena a visão da decisão solitária[78] e da livre apreciação da prova, marcadas na redação do CPC de 1973.

6.3. A prova como instituto jurídico

A existência do direito constitucional à prova pode ser inferido, no ordenamento jurídico brasileiro, desde 1891, mas foi consagrado na C.R de 1988, em seu art. 5º, inc. LV (BRASIL, 1988), como decorrência dos direitos fundamentais do contradiório e da ampla defesa.

Conforme assinala Dinamarco (2003, p.47), o direito à prova é a liberdade que as partes possuem de ter acesso às fontes e meios, de acordo com determinação legal, sem restrições que maculem ou descaracterizem o justo processo, para que possam demonstrar a veracidade do que afirmam em relação aos fatos relevantes para o julgamento.

Conforme ensina Rosemiro Pereira Leal (2009, p.196), trata-se de um instituto de grande complexidade teórica, pois provar consiste em representar e demonstrar os elementos da realidade objetiva através dos meios lógico-jurídicos autorizados em lei.

Ainda refletindo as lições de Rosemiro Pereira Leal:

> Por **instituto jurídico,** entende-se um conjunto de princípios que se unificam pela **conexão normativa** determinante de seu significado e aplicação. A **prova**, portanto, como **instituto jurídico,** para cumprir sua finalidade de "fixação dos fatos no processo", enuncia-se pelos conteúdos lógicos de aproximação dos seguintes princípios: a) *indiciariedade* (caracterizada pelos **elementos** integrativos da realidade objetivada no espaço); b) *ideação* (exercício intelectivo da apreensão dos elementos pelos **meios** do pensar no tempo); c) *formalização* (significa a **instrumentação** da realidade pensada pela **forma** legal). (LEAL, 2008, p. 200)

O instituto da prova opera-se em um ciclo de constante transformação que não possui fim, já que os instrumentos de prova (ex. um documento) transformam-se em novos elementos de prova (ex. uma testemunha) que, através dos meios de prova (ex. o testemunho), produzem novos instrumentos de prova.

Constituem objetos de prova todos os fatos alegados pelo autor, desde que sejam precisos, controvertidos, relevantes e pertinentes, não se constituindo em objeto de prova os fatos notórios, confessados pela parte contrária, incontroversos ou que tenham presunção legal de existência ou veracidade, de acordo com o art. 374, do CPC 2015 (BRASIL, 2015).

---

[78] A crítica ao ato da decisão solipsista, em que o juiz se utiliza de sua experiência para preferir a decisão sem o apego aos argumentos produzidos pelas partes, pode ser encontrada nos estudos de Rosemiro Pereira Leal, com forte influência do filósofo Karl Popper, indicando-se a leitura da obra: LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo:* primeiros estudos. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

A finalidade das provas é demonstrar, pelos meios em direito admitidos, a situação fática alegada. Assim, provar não significa alcançar a verdade dos fatos, mas sim a realidade comprovável, de acordo com o devido processo legal.

Como preceitua Carnelutti (1982, p. 44), “provar significa determinar e fixar formalmente os fatos”.

Nesse sentido, a finalidade da prova não é exclusivamente dirigida à formação da convicção do juízo, mas consiste na garantia de efetivação do princípio do devido processo legal às partes, que se colocam em relação horizontal e não mais triangular com ênfase na atuação do magistrado.

6.4 Princípios e prova

Conforme ensina Antônio Cota Marçal:

> O princípio é uma construção teórica integradora, na medida em que é o resultado de uma generalização, que reúne e organiza outros e anteriores conhecimentos e, como tal, permite compreender e explicitar a correlação entre conhecimentos e realidade conhecida. O princípio é, neste processo, também uma construção conceitual operativa, na medida em que os conhecimentos nele reunidos e expressos possibilitam progredir na produção de novos conhecimentos e também orientar a forma e o curso da ação humana voltada para fins. (TAVARES, 2007, p. 34).

Os princípios devem ser compreendidos, em verdade, como normas, seguindo as teorias de Robert Alexy para quem os princípios são mandados de otimização, ou seja, devem ser realizados na medida do possível e compõem o gênero normas jurídicas. Nesse caso, a norma jurídica é o gênero e o princípio uma de suas espécies, ao lado das regras.

Pode-se estabelecer uma divisão dos princípios aplicáveis às provas, neste contexto de normatividade e viés constitucionalizado, em dois blocos: princípios constitucionais probatórios e princípios infraconstitucionais probatórios.

Os primeiros guardam sintonia notadamente com as garantias constitucionais da ampla defesa, contraditório e isonomia, tratados por Dhenis Cruz Madeira como Princípios Institutivos do Processo (MADEIRA, 2008).

É através do contraditório que se obtem a dialética constitucional e a efetiva participação das partes no campo de formação e discussão das provas, seja por meio da impugnação, fiscalização e, sobretudo, produção das mesmas, assim como pela ampla defesa, em que se garante às partes a auto defesa e a defesa técnica, realizada por profissional habilitado.

Em relação aos princípios infraconstitucionais, deve-se destacar o princípio da concentração dos atos processuais, que exige das partes a apresentação de documentos com a inicial ou defesa, bem como a indicação dos meios de prova que pretendem produzir seja com apresentação de quesitos, assistente técnico ou rol de testemunhas.

Destaca-se também o princípio da oralidade como uma tendência processual e garantia à razoável duração do processo, vez que sua produção se dá em audiência, proporcionando aos próprios sujeitos processuais externar a prova pretendida, proporcionando ao magistrado maior proximidade com a fala dos sujeitos.

Por fim, na lição de Rosemiro Pereira Leal, podem-se destacar três princípios: a indiciariedade, que correspondente aos elementos da prova; a ideação, que se relaciona ao tempo (argumento) e formalização, que diz respeito ao nstrumento de prova. (LEAL, 2001, p. 348).

6.5 A prova no processo constitucional

O processo, atento aos princípios e regras constitucionais, torna-se elemento concretizador da jurisdição, entendida esta como a "atividade-dever do Estado, prestada pelos seus órgãos competentes indicados nos textos das Constituições" (DIAS, 2015, p. 187).

Entender a jurisdição se concretizando pelo processo significa, portanto, observar a imperiosa observância dos princípios institutivos que regem a matéria, notadamente aqueles garantidores do contraditório, ampla defesa e isonomia[79].

Além disso, destaca-se também o princípio do juiz natural e, como corolário da ampla defesa, o direito à ampla produção probatória e a fundamentação das decisões como garantia de se evitar decisões surpresas e propiciar ao processo atenção à reserva legal.

Neste sentido, tem-se a prova como um dos desdobramentos do princípio da ampla defesa, dividido, basicamente, em defesa técnica e auto-defesa. Dentro desta estrutura chamada processo há que se permitir – à luz do contraditório – que as partes informem ao juízo de modo livre as provas que pretendem produzir, desde que moralmente legitimas e previstas previamente em Lei.

Essa prova, no processo democrático, precisa ser realizada invariavelmente como reflexo da garantia fundamental à fundamentação da decisão e do contraditório.

---

[79] A esse respeito remete-se o leitor à obra MADEIRA, Dhenis Cruz. *Processo de conhecimento e cognição*: uma inserção no estado democrático de direito. Curitiba: Juruá, 2008.

Nesse caminho, o contraditório, no processo constitucionalizado, passa a ser compreendido numa perspectiva dinâmica, rompendo com o mero contraditório formal ou com o mero espaço de manifestação incentivador, muitas das vezes, da produção de atos inúteis ou de pouquíssima contribuição para a decisão.

Em consonância com o inciso IX do artigo 93[80] da CR/88, o CPC/15 expressamente prevê que:

> Artigo 489. São elementos essenciais da sentença:
> § 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 (*omissis*);
> III (*omissis*);
> IV – não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador. (BRASIL, 2015).

Com isso supera-se a hipótese de uma decisão surpresa, ou seja, aquela decisão proferida sem o prévio espaço de debate pelas partes e não observadas pelo magistrado, antecipadamente, como nos casos de decisões de ofício.

O avanço constitucional, nesta leitura dinâmica do contraditório, entre o CPC/15 e o CPC/73 (Código de Processo Civil de 1973) pode ser observada, como exemplo, pela leitura do antigo artigo 285-A e pela leitura no novo artigo 10, veja:

> Artigo 285-A. Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada. (BRASIL, 2006).

Sobre o artigo 10 do CPC/15, veja:

> Artigo 10. 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, 2015).

Exemplificando a nova relação do citado artigo 10 com os dispositivos do CPC/15, veja o que dispõe o atual artigo 485, §3º:

> Artigo 485. O juiz não resolverá o mérito quando:
> §1º *omissis;*
> §2º *omissis;*

---

[80] Artigo 93. CR/88. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: IX- todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação. (BRASIL, 1988).

> §3º. O juiz conhecerá de ofício da matéria constante dos incisos IV, V, VI e IX[81], em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não ocorrer trânsito em julgado. (BRASIL, 2015).

Muito embora conhecível de ofício, deverá o magistrado, nas hipóteses narradas no §3º do artigo 485, oportunizar a parte a sua manifestação como resultado claro de uma nova releitura do contraditório – dinâmico – em espaço comparticipado, efetivo e influente, aqui destacado o processo envolvendo questões ambientais.

Outro exemplo interessante no CPC/15 está no artigo 372 quando diz que "o juiz poderá admitir a utilização de prova produzida em outro processo, atribuindo-lhe o valor que considerar adequado, observado o contraditório" (BRASIL, 2015).

6.5.1 A produção da prova no espaço cooperativo de processo

O CPC/15 trouxe novidade em seu texto tratando expressamente do dever de cooperação em seu artigo 6º: "Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva" (BRASIL, 2015).

O processo atento aos princípios e regras constitucionais torna-se elemento concretizador da jurisdição, entendida esta como a "atividade-dever do Estado, prestada pelos seus órgãos competentes indicados nos textos das Constituições" (DIAS, 2015, p. 187). Entender, portanto, a jurisdição se concretizando pelo processo significa observar a imperiosa observância dos princípios institutivos que regem a matéria, notadamente aqueles garantidores do contraditório, ampla defesa e isonomia[82].

Além disso, destaca-se também o princípio do juiz natural e, como corolário da ampla defesa, o direito à ampla produção probatória e a fundamentação das decisões como garantia de se evitar decisões surpresas e propiciar ao processo atenção à reserva legal. Neste sentido, tem-se a prova como um dos desdobramentos do princípio da ampla defesa, dividido, basicamente, em defesa técnica e auto-defesa. Dentro desta estrutura chamada processo há que se permitir – à luz do contraditório – que as partes informem ao juízo de modo livre as

---

[81] Sobre os incisos citados no §3º, trata-se, respectivamente das hipóteses de ausência de pressupostos de constituição e desenvolvimento válido e regular do processo; reconhecimento da perempção, litispendência ou de coisa julgada; ausência de legitimidade e interesse processual e em caso de morte da parte, nas ações de natureza intransmissível por disposição legal, como, por exemplo, no caso do instituto da interdição previsto nos artigo 747 e seguintes do CPC/15.

[82] A esse respeito remete-se o leitor à obra MADEIRA, Dhenis Cruz. **Processo de conhecimento e cognição:** uma inserção no estado democrático de direito. Curitiba: Juruá, 2008.

provas que pretendem produzir, desde que moralmente legitimas e prevista previamente em Lei.

Essa prova, no processo democrático, precisa ser realizada invariavelmente como reflexo da garantia fundamental à fundamentação da decisão e do contraditório.

6.5.2 Contraditório dinâmico no Processo Civil de 2015

Nesse caminho, o contraditório, no processo constitucionalizado, passa a ser compreendido numa perspectiva dinâmica, rompendo com o mero contraditório formal ou com o mero espaço de manifestação incentivador, muitas das vezes, da produção de atos inúteis ou de pouquíssima contribuição para a decisão. É que, em verdade, a simples formalização do contraditório apenas gera a garantia do espaço (para manifestação) e do tempo (prazo para a prática do ato) sem, contudo, dispor de poderes para influenciar a decisão, isso por que não era necessária a análise de todas as alegações das partes, no processo, pela decisão.

Ao contrário, o atual Código de Processo Civil expressamente prevê, em consonância com o inciso IX do artigo 93[83] da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CR/88) que:

> Artigo 489. São elementos essenciais da sentença:
> § 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; [...]
> IV – não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador. (BRASIL, 2015).

Com isso supera-se a hipótese de uma decisão surpresa, ou seja, aquela decisão proferida sem o prévio espaço de debate pelas partes e não observadas pelo magistrado, antecipadamente, como nos casos de decisões de ofício.

O avanço constitucional, nesta leitura dinâmica do contraditório, entre o CPC/15 e o CPC/73 pode ser observada, como exemplo, pela leitura do antigo artigo 285-A e pela leitura no novo artigo 10:

---

[83] Artigo 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: IX- todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação. (BRASIL, 1988).

> Artigo 285-A. Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada. (BRASIL, 2006).

Sobre o artigo 10 do CPC/15: "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, 2015).

Exemplificando a nova relação do citado artigo 10 com os dispositivos do CPC/15, veja o que dispõe o artigo 485, §3º: "O juiz não resolverá o mérito quando: [...] §3º. O juiz conhecerá de ofício da matéria constante dos incisos IV, V, VI e IX, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não ocorrer trânsito em julgado" (BRASIL, 2015).

Sobre os incisos citados no §3º, trata-se, respectivamente das hipóteses de ausência de pressupostos de constituição e desenvolvimento válido e regular do processo; reconhecimento da perempção, litispendência ou de coisa julgada; ausência de legitimidade e interesse processual e em caso de morte da parte, nas ações de natureza intransmissível por disposição legal, como, por exemplo, no caso do instituto da interdição previsto nos artigos 747 e seguintes do CPC/15.

Muito embora conhecível de ofício, deverá o juiz, nas hipóteses narradas no §3º do artigo 485, oportunizar a parte a sua manifestação como resultado claro de uma nova releitura do contraditório – dinâmico – em espaço comparticipado, efetivo e influente.

Outro exemplo interessante no CPC/15 está no artigo 372 quando diz que "o juiz poderá admitir a utilização de prova produzida em outro processo, atribuindo-lhe o valor que considerar adequado, observado o contraditório" (BRASIL, 2015). No caso trouxe o CPC/15 novamente a garantia expressa do contraditório, o que equivale a dizer que não tem o juiz a liberdade de apreciar a prova segundo seu livre entendimento. Portanto, nessa nova roupagem constitucionalizada do processo o juiz tem o dever de amplo e constante diálogo com as partes, saindo de cena a visão da decisão solitária e da livre apreciação da prova, marcadas na redação do CPC de 1973.

Assim, portanto, consiste o contraditório dinâmico na impossibilidade de surpresa nas decisões judiciais e possibilidade de influência dos argumentos das partes na decisão, vez que, uma, a decisão deverá enfrentar todos os argumentos das partes e, duas, ainda nas questões de ofício deverá ocorrer manifestação dos envolvidos, num claro privilégio à comparticipação processual pela via do contraditório.

Novos ares tomam conta, como se vê, do novo processo civil brasileiro com vistas à tão almejada efetividade processual.

6.5.3 O ônus da prova no modelo cooperativo de processo

Sobre o ônus da prova, dispõe o artigo 373 do CPC/15:

> Art. 373. O ônus da prova incumbe:
> I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;
> II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.
> § 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.
> § 2º A decisão prevista no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.
> § 3º A distribuição diversa do ônus da prova também pode ocorrer por convenção das partes, salvo quando:
> I - recair sobre direito indisponível da parte;
> II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.
> § 4º A convenção de que trata o § 3º pode ser celebrada antes ou durante o processo. (BRASIL, 2015)

Pela leitura inicial, percebe-se que o CPC/15 manteve a mesma dinâmica do ônus probatório prevista no anterior artigo 333[84], ou seja, competirá à parte autora o encargo de provar o que alega e ao réu o encargo de provar, reconhecendo a existência do fato alegado pelo autor, a matéria impeditiva, extintiva ou modificativa.

No entanto, previu o CPC/15, expressamente, que esse encargo probatório poderá ser distribuído de forma diversa da tradicional previsão mencionada no *caput*, pelo magistrado, desde que se constate a impossibilidade ou excessiva dificuldade de cumprimento, pela parte, do seu encargo probatório ou, por sua vez, a maior facilidade da obtenção da prova do fato contrário.

É certo que a matéria da inversão do ônus da prova não é novidade. O Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990) prevê, em seu artigo 6º, inciso VIII, a inversão do ônus da prova quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência.

---

[84] Art. 333. O ônus da prova incumbe:I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito; II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. Parágrafo único. É nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando: I - recair sobre direito indisponível da parte; II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito. (BRASIL, 1973).

Acontece que a inversão do ônus do CPC/15 traz novidades em relação àquela prevista no Código de Defesa do Consumidor. Pela norma do artigo 373 do CPC/15 o magistrado poderá distribuir, no caso concreto, o ônus da prova de modo diverso na medida em que suportará o encargo aquela parte que tenha maior facilidade na sua obtenção, muito embora não fosse ela a onerada, inicialmente.

Torna-se, portanto, dinâmica essa inversão.

Importante dizer que essa atribuição diversa do ônus já era admitida no direito brasileiro para os casos de responsabilidade civil ambiental, conforme se depreende da leitura de importante decisão do Superior Tribunal de Justiça, veja:

> PROCESSUAL CIVIL E AMBIENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. RESPONSABILIDADE CIVIL AMBIENTAL. CONTAMINAÇÃO COM MERCÚRIO. ART. 333 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. ÔNUS DINÂMICO DA PROVA. CAMPO DE APLICAÇÃO DOS ARTS. 6º, VIII, E 117 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO. POSSIBILIDADE DE INVERSÃO DO ONUS PROBANDI NO DIREITO AMBIENTAL. PRINCÍPIO IN DUBIO PRO NATURA.
> [...]
> 3. No processo civil, a técnica do ônus dinâmico da prova concretiza e aglutina os cânones da solidariedade, da facilitação do acesso à Justiça, da efetividade da prestação jurisdicional e do combate às desigualdades, bem como expressa um renovado due process, tudo a exigir uma genuína e sincera cooperação entre os sujeitos na demanda.
> 4. **O legislador, diretamente na lei (= ope legis), ou por meio de poderes que atribui, específica ou genericamente, ao juiz (= ope judicis), modifica a incidência do onus probandi, transferindo-o para a parte em melhores condições de suportá-lo ou cumpri-lo eficaz e eficientemente, tanto mais em relações jurídicas nas quais ora claudiquem direitos indisponíveis ou intergeracionais, ora as vítimas transitem no universo movediço em que convergem incertezas tecnológicas, informações cobertas por sigilo industrial, conhecimento especializado, redes de causalidade complexa, bem como danos futuros, de manifestação diferida, protraída ou prolongada.** Grifos nossos. (BRASIL, 2012).

As peculiaridades do caso, sobretudo na responsabilidade civil por dano ambiental, somada a essa dinâmica distribuição do ônus, trazem grande contribuição à matéria a fim de que seja demonstrado o nexo de causalidade do dano.

A vítima do dano ambiental, não bastasse a própria dificuldade da prova, pode não contar com os instrumentos técnicos aptos à comprovação que deve fazer, já que os danos ambientais, notadamente, são complexos e apresentam grande variedade de matérias envolvidas. Basta a reflexão sobre um dano causado num determinado rio, por exemplo, aonde serão afetados elementos variados necessitando da avaliação de biólogos, engenheiros ambientais, entre outros.

Nisso, a inversão dinâmica traz ao processo a possibilidade de o suposto causador do dano, eventualmente dotado de melhores condições financeiras e técnicas para a prova,

demonstrar se há ou não a relação (nexo de causalidade) de sua atividade ou de seu ato com o dano ambiental alegado.

6.6 Provas ilícitas no Processo Civil

6.6.1 A garantia constitucional da inadmissibilidade da prova ilícita

A CR/88 trata, em seu rol de direitos e garantias fundamentais, da inadmissibilidade das provas obtidas por meio ilícito no seu artigo 5º LVI, decorrência até mesmo do inciso anterior, LV, garantidor da irrestrita atenção ao contraditório e ampla defesa, com seus meio e recursos inerentes.

Assim, como decorrência do devido processo legal a garantia da inadmissibilidade da prova ilícita ganha relevante projeção no atual Estado Democrático, já que o réu, considerando apenas neste exemplo o processo penal, goza da proteção de não ser denunciado e condenado com amparo em provas que afrontem o sistema constitucional de direitos e garantias, processual e material normativo, ainda que por derivação[85].

Pela leitura do texto constitucional, conclui-se que não há margem de exceção para a inaptidão probatória de material comprobatório colhido de modo ilícito. A compreensão, no sentido do texto, é irrestrita.

Por outro lado, é importante considerar que a prova, para o uso da defesa, embora colhida ilicitamente, poderá ser utilizada, ou seja, admite-se a prova ainda que ilícita para a legítima defesa do próprio interesse[86]. Nesse caso, segundo o entendimento da jurisprudência capitaneada pelo STJ, demonstra-se que a prova não será considerada ilícita, portanto, a prova para a autodefesa é lícita, sendo afastada a discussão de sua (i) legalidade.

---

[85] Nesse sentido ver o RE 251.445- GO no informativo STF nº. 197/2000: Disponível em: < http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo197.htm#Prova%20Il%C3%ADcita:%20Inadmissibilidade%20(Transcri%C3%A7%C3%B5es)>. Acesso em: 20 out. 2016.

[86] Nesse sentido: "EMENTA: CONSTITUCIONAL. PENAL. GRAVAÇÃO DE CONVERSA FEITA POR UM DOS INTERLOCUTORES: LICITUDE. PREQUESTIONAMENTO. Súmula 282-STF. PROVA: REEXAME EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO: IMPOSSIBILIDADE. Súmula 279-STF. I. - **gravação de conversa entre dois interlocutores, feita por um deles, sem conhecimento do outro, com a finalidade de documentá-la, futuramente, em caso de negativa, nada tem de ilícita, principalmente quando constitui exercício de defesa**. II. - Existência, nos autos, de provas outras não obtidas mediante gravação de conversa ou quebra de sigilo bancário. III. - A questão relativa às provas ilícitas por derivação "the fruits of the poisonous tree" não foi objeto de debate e decisão, assim não prequestionada. Incidência da Súmula 282-STF. IV. - A apreciação do RE, no caso, não prescindiria do reexame do conjunto fático-probatório, o que não é possível em recurso extraordinário. Súmula 279-STF. V. - Agravo não provido" (AI 50.367-PR, 2ª. Turma. Rel. Min. Carlos Velloso. J. 01/02/05. DJ 04/03/05.). (grifos nossos).

6.6.2 É possível a aplicação do princípio da proporcionalidade às provas ilícitas?

Sobre o tema, ensina Ada Pellegrini Grinover:

> A teoria, hoje dominante, da inadmissibilidade processual das provas ilícitas, colhidas com infringência a princípios ou normas constitucionais, vem, porém, atenuada por outra tendência, que visa corrigir possíveis distorções a que a rigidez da exclusão poderia levar em casos de excepcional gravidade. Trata-se do denominado verhaltnismassigkeit prinzcip (sic), ou seja, de um critério de proporcionalidade, pelo qual os tribunais da então Alemanha Federal, sempre em caráter excepcional e em casos extremamente graves, têm admitido a prova ilícita, baseando-se no princípio do equilíbrio entre valores fundamentais contrastantes. (GRINOVER, 2001, p.115).

Em interesse lição, Nestor Távora destaca que:

> A proteção da sociedade está melhor amparada pela preservação do núcleo básico de garantias de todos. Afinal, os criminosos integram o corpo social. Flexibilizar os direitos de alguns, como já acontece com o "bode expiatório" das organizações criminosas, que são invocadas toda vez que se quer justificar ilegalidade ou mitigação de direitos, é abrir caminho para o desrespeito à segurança de todos. Desta maneira, a prova ilícita poderia ser utilizada em favor da inocência, de sorte a evitar-se uma limitação na utilização de prova que, mesmo produzida ao arrepio da lei, cumpra o papel de inibir condenação descabida. Deve-se avaliar, portanto, a sua real utilidade para a persecução penal e o grau de contribuição para revelar a inocência, além do bem jurídico violado para a obtenção da prova. O balanceamento deve ser checado não só na conclusão
> solar que a proibição da prova ilícita não deve prosperar diante de uma possível condenação injusta, mas também nos meios utilizados para obtenção desta prova, e o prejuízo provado por eles. Havendo desproporção, a prova não deve ser utilizada. Ademais, a prova ilícita utilizada para demonstrar a inocência, amparada pela proporcionalidade, não pode servir para prejudicar terceiros. Os efeitos são limita dos à obtenção da inocência, não cabendo a utilização desta prova para demonstrar a culpa de outrem, no mesmo ou em outro processo, pois seria verdadeira proporcionalidade às avessas. (TÁVORA, 2009, p. 311).

Nesse sentido, tem-se que a prova ilícita não pode ser relativizada a critério ou discricionariedade do juiz por meio da proporcionalidade. A prova, como elemento de reconstrução fática no processo, deve ser revestida pelo indissociável respeito aos direitos e garantias fundamentais.

Todavia, têm os estudos processuais admitidos o aproveitamento da prova ilícita apenas para autodefesa, hipótese que não se tratará de prova ilícita, mas sim de prova lícita. Exceção feita, deve prevalecer o texto constitucional que deixa claro o amplo respeito à vedação de provas produzidas ilicitamente, fora do ambiente constitucional e democrático.

CAPÍTULO 7

A PROVA APLICADA AO PROCESSO ADMINISTRATIVO

7.1 Aspectos gerais do Código de Processo Civil de 2015

Pode-se dizer que o CPC/15 foi um dos mais importantes projetos de lei a tramitar no Congresso Nacional, sendo o resultado de debates das mais diversas classes de operadores do direito, registrando diversas audiências públicas e debates envolvendo os mais conceituados estudiosos do tema do Brasil.

Dentre os diversos motivos que impunham a discussão de um novo modelo de processo no Brasil, é certo que o CPC de 1973 já se encontrava originalmente modificado em diversas passagens, fruto do amadurecimento de diversos institutos jurídicos, dentre os quais destacam-se como exemplo de mudanças significativas a tutela antecipada (Lei 9494/97), o cumprimento de sentença (Lei 11232/05) e a execução de títulos extrajudiciais (Lei 11382/06).

Mesmo com as diversas alterações ocorridas no texto, percebeu-se que o CPC de 1973 necessitava de novas abordagens frente a todas as mudanças e, sobretudo, ao novo modelo constitucional democrático.

Espera-se que as inovações do CPC/15 e de seu novo modelo reduzam a discricionariedade do magistrado e promova a superação da atual, e majoritária, corrente instrumentalista de processo e seus fins metajurídicos.

7.2 Normas fundamentais do Processo Civil e suas repercussões no Processo Administrativo

Pode-se dizer que o Código de Processo Civil de 2015 possui normas de caráter fundamental, com imediata aplicação no processo administrativo, com especial relevância para as normas dispostas nos artigos 1 ao 12.

Inegavelmente o artigo 1º possui relevante aplicação no processo administrativo, por informar que o código de processo civil “será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidas na Constituição da República Federativa do Brasil” (BRASIL, 2015).

Junto a isso, destacam-se a boa-fé prevista no artigo 5º como dever de comportamento para aqueles que, de qualquer forma, participam do processo (BRASIL, 2015); a paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório; o atendimento aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência; efetiva relação do contraditório com o ato decisório, previsto nos artigos 9 e 10 (BRASIL, 2015) e a publicidade e fundamentação previstas no artigo 11.

Destaque-se também a permissão da arbitragem e a solução consensual dos conflitos como uma busca e promoção do Estado.

Pontos de interessante novidade legislativa também merecem análise como a cooperação processual na medida em que todos os sujeitos do processo deverão cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva, em consonância com o direito previsto no artigo 4º, também do CPC.

Certamente outros pontos merecem análise e, certamente, serão objeto de maiores estudos de compatibilidade sistêmica, como é o caso da garantia da ordem cronológica de conclusão para as decisões, o *amicus curiae* previsto no artigo 138 e, com destaque, os negócios processuais do artigo 190.

Não resta dúvida de que todos os pontos acima destacados revelam a importância da aplicação subsidiária do CPC 2015 ao processo administrativo e que a prática e os estudos revelarão, com o tempo, os avanços de sua adoção.

À luz da efetividade processual, tem-se como inegável e essencial para a harmonia processual constitucionalizada a aplicabilidade do CPC de 2015 aos processos administrativos, como destacados acima.

7.3 A cooperação dos sujeitos processuais: as influências do artigo 6º do CPC/15 na produção das provas

O CPC/15 trouxe novidade em seu texto tratando expressamente do dever de cooperação em seu artigo 6º: “Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva” (BRASIL, 2015).

O processo atento aos princípios e regras constitucionais torna-se elemento concretizador da jurisdição, entendida esta como a "atividade-dever do Estado, prestada pelos seus órgãos competentes indicados nos textos das Constituições" (DIAS, 2015, p. 187).

Entender, portanto, a jurisdição se concretizando pelo processo significa observar a imperiosa observância dos princípios institutivos que regem a matéria, notadamente aqueles garantidores do contraditório, ampla defesa e isonomia[87].

Além disso, destaca-se também o princípio do juiz natural e, como corolário da ampla defesa, o direito à ampla produção probatória e a fundamentação das decisões como garantia de se evitar decisões surpresas e propiciar ao processo atenção à reserva legal. Neste sentido, tem-se a prova como um dos desdobramentos do princípio da ampla defesa, dividido, basicamente, em defesa técnica e auto-defesa. Dentro desta estrutura chamada processo há que se permitir – à luz do contraditório – que as partes informem ao juízo de modo livre as provas que pretendem produzir, desde que moralmente legitimas e prevista previamente em Lei.

Essa prova, no processo democrático, precisa ser realizada invariavelmente como reflexo da garantia fundamental à fundamentação da decisão e do contraditório.

7.4 O direito à ampla produção probatória no CPC/15

O primeiro destaque está exatamente no primeiro artigo deste capítulo, qual seja, o artigo 369. Vejamos a sua redação:

> **Art. 369** - As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz. (BRASIL, 2015)

Percebe-se que é mantida a vertente constitucional da proibição e inadmissão das provas obtidas por meios ilícitos, tornando, por outro lado, amplamente aberta a atividade probatória pelas partes, já que podem produzir todos os meios de provas moralmente legítimos, com vistas a influir, como diz o texto, "[...] eficazmente na convicção do juiz". Inobstante a inovação do texto, vale refletir sobre o que seria essa eficaz influência.

Como já mencionado anteriormente neste artigo, não se pode compreender no processo democrático que o juiz seja uma espécie de único recebedor das provas, ou seja, o

---

[87] A esse respeito remete-se o leitor à obra MADEIRA, Dhenis Cruz. **Processo de conhecimento e cognição:** uma inserção no estado democrático de direito. Curitiba: Juruá, 2008.

alvo a que se propõe a prova. Não é adequado, dentro do contexto de um processo constitucional, afastar os demais integrantes do processo como destinatários da prova. Assim, a melhor compreensão encontra sentido na medida em que as partes, o Ministério Público e os demais interessados também devem ser compreendidos como destinatários da prova, no contexto de simétrica paridade e construção conjunta do provimento.

Outro ponto é a posição do juiz na determinação das provas no processo. No artigo 370 do atual CPC está previsto que o juiz deverá, de ofício ou por requerimento das partes, determinar as provas necessárias para o julgamento do feito e, ainda, desde que fundamentado, indeferir diligências inúteis ou protelatórias. Além disso, o direito à ampla produção probatória assegura que não poderá o magistrado indeferir – por meras razões subjetivas - os meios de provas indicados pelas partes para provarem suas alegações, na medida em que garante o emprego de "todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos". Portanto, não cabe ao magistrado indeferir a produção de provas por razões de cunho subjetivo, embora lhe assegure o novo CPC indeferir as diligências inúteis ou protelatórias.

Um ponto interessante diz respeito à relação do artigo 370, ora em análise, e o artigo 190 (negócios jurídicos processuais)[88].

Vejamos a inovação do artigo 190 do CPC/15, *verbis:*

> Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo. (BRASIL, 2015)

A pergunta que se faz é: as partes poderiam, amparadas no artigo 190, dispor eventualmente sobre uma prova necessária à solução da controvérsia?

Pela redação e interpretação literal do artigo 370 a resposta é negativa, ou seja, mesmo que as partes estipulem mudanças, ainda sim deverá o juiz determinar a produção de provas necessárias ao julgamento da controvérsia.

Prevê também o novo CPC que o juiz apreciará a prova independente de quem as tiver produzido, motivando-a. Neste caso, é possível dizer que as consequências das provas recairão sobre as partes, independente de quem as tenha produzido.

Autoriza o novo CPC, no mesmo caminho tratado pelo CPC de 1973, a utilização de regras de "experiência comum, subministradas pela observação do que ordinariamente

---

[88] Sobre o tema "negócios jurídicos processuais no Novo Código de Processo Civil", remete-se o leitor a leitura da obra: JUNIOR, Humberto Teodoro et al. Novo CPC – Fundamentos e sistematização. 2 ed. Ver. Atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

acontece e, ainda, as regras de experiência técnica, ressalvado, quando a estas, o exame pericial". (BRASIL, 2015).

Em consonancia com a principiologia básica do atual paradigma constitucional é importante dar as partes a oportunidade de se manifestarem e assim contribuirem para a formação da decisão judicial a ser tomada. Portanto, não cabe ao magistrado decidir de maneira discricionaria e autoritaria e sim, decidir a partir de uma valoração das provas que lhe são fornecidas no decorrer do processo.

Neste sentido, cabe ao juiz fundamentar o seu convencimento, justificando os motivos que o levaram acolher ou rejeitar as alegações apresentadas. E assim, encontrar uma única verdade para o caso em concreto em análise.

Mostra-se um ganho para a construção da democraticidade, devido a possibilidade de não se permitir que a tomada de decisão fique única e exclusivamente restrita ao subjetivismo do julgador.

7.5 O ônus da prova no modelo cooperativo de processo

Embora mantido no CPC/15 a mesma regra prevista no antigo artigo 333 do CPC de 1973 sendo devido ao autor provar os fatos constitutivos de seu direito e, por sua vez, ao réu a prova da existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, o juiz, nesta nova perspectiva, poderá atribuir o ônus da prova de modo diverso da referida regra em três casos: a) quando permitido em lei (caso do artigo 6º, inciso VIII do CDC que permite a inversão do ônus da prova em favor do consumidor pela verossimilhança de suas alegações ou por sua hipossuficiência); b) pelas peculiaridades do caso (impossibilidade ou dificuldade da parte cumprir o seu ônus) e c) pela maior facilidade em se obter a prova.

Não bastasse a possibilidade de distribuição pelo juiz dos ônus da prova – diferentemente da regra do artigo 373, *caput* e seus incisos I e II - o CPC/15 disciplina expressamente a distribuição diversa do ônus da prova pelas próprias partes quando diz que estas poderão convencionar tal distribuição, exceto nos casos de direito indisponível ou por dificuldade excessiva do exercício do direito.

7.6 Aspectos probatórios no Processo Administrativo

7.6.1 O instituto da Prova na Lei do Processo Administrativo

Consiste a prova em reconstruir, no ambiente processual democrático, os atos ou fatos que já se realizaram no tempo. Portanto, é pela prova que o passado é apresentado no processo.

Nesta reflexão, Michele Spinelli ensina que, no processo, a prova se caracteriza pelo que denominou de "dupla magia"[89]. Nesse sentido, Ronaldo Bretas elucida, em síntese, no que consiste essa "dupla magia" tratada por Michele Spinelli, veja:

> 1º) Fazer reviver fatos que já não vivem, pois aconteceram no passado, portanto, sepultados pelo tempo; 2º) fazê-los reviver na consciência de alguém que estava totalmente ausente e era estranho aos acontecimentos já ocorridos em tempo pretérito e que devem ressurgir, ou seja, o juiz. (DIAS, 2016, p.140).

Na lição de Nelson Nery Costa, "a prova serve para formar a convicção do julgador, de modo que seja suficiente para justificar a argumentação, seja clara e não duvidosa ou incompleta e seja oportunamente produzida" (NOHARA, 2011, p. 202).

Nesse contexto, será possível encontrar na Lei de Processo Administrativo (Lei n. 9.784/99) as normas que tratam e regulam o instituto da prova, objetivando delimitar os fatos alegados no processo. Destaque-se, com isso, o art. 29 da mencionada Lei:

> 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.
> § 1º O órgão competente para a instrução fará constar dos autos os dados necessários à decisão do processo.
> § 2º Os atos de instrução que exijam a atuação dos interessados devem realizar-se do modo menos oneroso para estes. (BRASIL, 1999).

Vê-se que a garantia probatória deverá ocorrer em harmonia com o Devido Processo Legal, sobretudo, em relação ao referido art. 29 respeitando-se o contraditório, garantindo a participação das partes interessadas na construção da decisão final, como fonte legitimadora da atividade instrutória.

É certo que a participação dos interessados, no processo administrativo, deve ocorrer de modo irrestrito, em perfeita harmonia com os princípios institutivos do processo, caracterizadores, sobretudo, do Devido Processo Constitucional.

---

[89] Expressão utilizada originalmente por Michele Spinelli. A esse respeito, remete-se o leitor à obra: SPINELLI, Michele. **Las pruebas civiles.** Trad. Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: EJEA, 1973.

Essa leitura constitucionalizada também deve ser feita em relação à oficialidade, prevista no *caput* do art. 29 da Lei n. 9.784/99. Significa dizer que a oficialidade garante o andamento das fases do processo administrativo e sua instrução, não se confundindo com o domínio ou prevalência da Administração na relação processual instaurada.

A prova ilícita também encontra previsão expressa no art. 30 da Lei n. 9.784/99 sendo, portanto, inadmitida no processo administrativo.

Sobre a prova documental, resta garantido ao interessado na fase probatória, até a tomada da decisão, a juntada de documentos, pareceres, requerimentos de diligências, pareceres, perícias, bem como aduzir alegações, tudo em conformidade com o art. 38 da lei em comento.

Nos arts. 31 e 32 encontram-se interessantes previsões para a consulta pública visando a manifestação de terceiros, nos casos em que a matéria do processo envolver assunto de interesse geral[90]; no mesmo sentido, poderá o processo se valer de audiências públicas para debates sobre as matérias relevantes[91].

Já na fase instrutória, faz-se importante mencionar a previsão do art. 38, veja:

> Art. 38. O interessado poderá, na fase instrutória e antes da tomada da decisão, juntar documentos e pareceres, requerer diligências e perícias, bem como aduzir alegações referentes à matéria objeto do processo.
> § 1º Os elementos probatórios deverão ser considerados na motivação do relatório e da decisão.
> § 2º Somente poderão ser recusadas, mediante decisão fundamentada, as provas propostas pelos interessados quando sejam ilícitas, impertinentes, desnecessárias ou protelatórias. (BRASIL, 1999).

Nas hipóteses em que deva ser ouvido algum órgão consultivo, para a devida instrução probatória, a Lei n. 9.784/99 traz algumas previsões importantes: primeiro, se a oitiva desse órgão for obrigatória, terá este o prazo de 15 (quinze) dias para emissão de parecer, exceto nos casos de norma especial sobre a matéria ou em caso de necessidade de dilação de prazo, o que se faz possível.

Na sequência vale a indagação: e se o parecer não for emitido? Nesse caso, serão analisadas as seguintes hipóteses: a) se o parecer é obrigatório e vinculante e b) se o parecer é obrigatório e não vinculante. Na primeira hipótese, o processo não terá seguimento até que a omissão seja suprida, responsabilizando-se quem der causa ao atraso; na segunda hipótese, o

---

[90] Hipótese semelhante é encontrada na Instrução Normativa n. 18 da Agência Nacional de Aviação Civil.

[91] Segundo Carvalho Filho, “ambas retratam, na verdade, instrumentos de participação das comunidades na tomada de decisões administrativas. É correto, pois, firmar que de sua realização emanam efeitos significativos: um deles é o de influenciar a vontade estatal; outro, é o de reclamar que a Administração (ou o juiz) apresente argumentação convincente no caso de optar por caminho contrário ao que foi sugerido na consulta ou na sessão da audiência pública”. (CARVALHO FILHO, 2008, p. 873).

processo poderá seguir e ser decidido, com a dispensa do parecer, responsabilizando-se quem der causa à omissão no atendimento.

Certamente, no caso da omissão de um órgão pela emissão de um parecer técnico deverá o órgão responsável pelo processo determinar a outro órgão técnico – com a mesma condição técnica – o parecer, em atenção clara aos princípios institutivos do processo, sobretudo, nesse caso, à ampla defesa.

Vale também mencionar que a Lei n. 9.784/99 determina que os interessados deverão ser intimados de prova ou diligência ordenada, com antecedência mínima de 3 (três) dias úteis, oportunizando, assim, a devida participação na atividade probatória.

Por fim, encerrada a instrução, o interessado poderá se manifestar no prazo não superior a 10 (dez) dias, ou em prazo diverso desde que legalmente previsto, competindo à Administração preferir decisão no prazo de 30 (trinta) dias, prorrogável por igual período por decisão motivada.

7.6.2 O ônus da prova no Processo Administrativo

Acerca do ônus da prova na Lei n. 9.784/99, dispõe o artigo 36:

> Art. 36. Cabe ao interessado a prova dos fatos que tenha alegado, sem prejuízo do dever atribuído ao órgão competente para a instrução e do disposto no art. 37 desta Lei.
> Art. 37. Quando o interessado declarar que fatos e dados estão registrados em documentos existentes na própria Administração responsável pelo processo ou em outro órgão administrativo, o órgão competente para a instrução proverá, de ofício, à obtenção dos documentos ou das respectivas cópias. (BRASIL, 1999).

O ônus da prova, assim como na legislação processual civil, caberá ao interessado quanto aos fatos que alega, sendo certo que o art. 37 admite a obtenção de prova (documento ou cópias) nas hipóteses em que o interessado declare que os fatos e dados estão registrados em documentos existentes na própria Administração.

Caminha, portanto, a Lei n. 9.784/99 (BRASIL, 1999) no mesmo sentido do art. 373 do Código de Processo Civil Brasileiro, Lei n. 13.105/15,[92] ao atribuir ao autor o ônus da prova quanto ao fato constitutivo de seu direito e ao réu o ônus quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

---

[92] Art. 373. O ônus da prova incumbe: I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito; II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. (BRASIL, 2015).

7.6.3 A apreciação da prova no Processo Administrativo

Pode-se dizer que o sistema de apreciação das provas passou por três fases históricas, quais sejam: o sistema de certeza legal; o sistema da livre convicção e o sistema da persuasão racional.

Na primeira fase, denominada de certeza legal e identificada na Idade Média, a certeza dos fatos estava ligada a uma manifestação divina ou natural. No caso, a prova estava lançada (ou pode-se dizer que a sorte estava lançada) a partir de compreensões místicas, santas, entre outras, sempre considerando uma espécie de "força divina".

Havia ainda a prova resultante de desafios, sendo o vencedor do duelo considerado o escolhido pela entidade divina.

Vale considerar que havia, neste sistema, a tarifação das provas vez que a fala dos nobres era valorada de acordo com o grau de sua posição social, chegando até as classes sociais menores. Certamente, as palavras das classes sociais menores pouco ou nenhum efeito produziam.

A segunda fase de apreciação da prova, chamada de livre convicção, se caracterizava pela aplicação das convicções particulares do julgador, dando, a partir disso, a melhor decisão sem qualquer compromisso com as provas produzidas pelas partes.

Elucidando o referido sistema, Eduardo Couture ensina que a livre convicção "se levada às suas últimas consequências, não é senão um regime voluntarístico de apreciação da prova, semelhante ao do direito livre preconizado para a interpretação da lei" (COUTURE, 1946, p. 197).

No Brasil esse sistema pode ser visto pela instituição do Tribunal do Júri, previsto no Código de Processo Penal Brasileiro.[93]

Por último, o sistema de persuasão racional se funda em bases legais, conforme ensina Rosemiro Pereira Leal:

> Finalmente, temos o **sistema de persuasão racional** que se faz em **bases normativas** com apoio no princípio da **reserva legal**, pelo qual a convicção do julgador se condiciona a juízos *secundum legis* Esse sistema deu origem ao **processo de conhecimento** que assume denominação de **processo comum** no cível e **processo acusatório** no âmbito penal. - grifos do autor (LEAL, 2008, p. 199).

---

[93]Art. 472. Formado o Conselho de Sentença, o presidente, levantando-se, e, com ele, todos os presentes, fará aos jurados a seguinte exortação: Em nome da lei, concito-vos a examinar esta causa com imparcialidade e a proferir a vossa decisão de acordo com a vossa consciência e os ditames da justiça. Os jurados, nominalmente chamados pelo presidente, responderão: Assim o prometo. Parágrafo único. O jurado, em seguida, receberá cópias da pronúncia ou, se for o caso, das decisões posteriores que julgaram admissível a acusação e do relatório do processo.(BRASIL, 1941).

Segundo Cássio Scarpinella Bueno, “o princípio do livre convencimento motivado do juiz é expressamente agasalhado pelo artigo 371, segundo os passos do artigo 131 do CPC de 1973”. (BUENO, 2015, p. 272).

Nesse sentido, vale transcrever a redação atual do art. 371 do Código de Processo Civil de 2015, veja: “o juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento” (BRASIL, 2015).

É, portanto, um sistema de apreciação de provas de bases normativas, também aplicado ao Processo Administrativo[94], conforme pode-se extrair da análise conjunta dos artigos 48[95], 49[96] e 50[97], todos da Lei n. 9.784/99 (BRASIL, 1999).

7.6.4 Das provas obtidas por meios ilícitos

A prova ilícita possui tratamento constitucional, posto que o art. 5º, inciso LIV da CR/88 previu que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos” (BRASIL, 1988).

Analisando de modo sistemático o sistema processual brasileiro, considerando o Código de Processo Civil, o Código de Processo Penal e a Lei do Processo Administrativo, é

---

[94] Muito embora seja o sistema adotado no Brasil, faz-se importante anotar a crítica feita por Vinícios Lott Thibau, veja: “ao que nos parece, contudo, embora supere os sistemas do Prova Legal e da Livre Convicção, o método em exame apresenta deficiências discursivo-racionais que já foram oportunamente apontadas em obras especializadas, as quais, se consideradas e acolhidas, estariam a denunciar a sua insuficiência paradigmática e, de conseguinte, a necessidade da teorização de um novo critério que se mostre adequado às bases normativas de Ordenamentos Jurídicos que se estruturem no marco teórico do Estado Democrático de Direito, como o brasileiro.” (THIBAU, 2001, p. 54).

[95] Art. 48. A Administração tem o dever de explicitamente emitir decisão nos processos administrativos e sobre solicitações ou reclamações, em matéria de sua competência. (BRASIL, 1999).

[96] Art. 49. Concluída a instrução de processo administrativo, a Administração tem o prazo de até trinta dias para decidir, salvo prorrogação por igual período expressamente motivada. (BRASIL, 1999).

[97] Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando: I - neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses; II - imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções; III - decidam processos administrativos de concurso ou seleção pública; IV - dispensem ou declarem a inexigibilidade de processo licitatório; V - decidam recursos administrativos; VI - decorram de reexame de ofício; VII - deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais; VIII - importem anulação, revogação, suspensão ou convalidação de ato administrativo.

§ 1º A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato.§ 2º Na solução de vários assuntos da mesma natureza, pode ser utilizado meio mecânico que reproduza os fundamentos das decisões, desde que não prejudique direito ou garantia dos interessados.§ 3º A motivação das decisões de órgãos colegiados e comissões ou de decisões orais constará da respectiva ata ou de termo escrito. (BRASIL, 1999).

possível encontrar equivalência entre as vedações, todas em sintonia com a vedação constitucional acima referida.

No Processo Penal, o art. 157 (BRASIL, 1941) informa que as provas ilícitas são inadmissíveis, devendo ser retiradas dos autos do processo. O mesmo art. 157 ainda oferece uma breve conceituação do que seria essa prova ilícita ao menciona-la como aquela "obtida em violação as normas constitucionais ou legais" (BRASIL, 1941).

No mesmo sentido é possível verificar a mesma proibição, de modo expresso, no art. 30 da Lei n. 9.784/99 inadmitindo no processo administrativo as provas obtidas por meio ilícito.[98]

7.7 A reconstrução probatória do Processo Administrativo à luz do Código de Processo Civil de 2015

Em verdade, o atual CPC/15 em seu capítulo destinado às provas, trouxe poucas inovações legislativas, com destaque para alterações acerca do ônus da prova, produção antecipada de prova, ao valor probante da ata notarial, intimação das testemunhas a cargo dos advogados, à forma direta de inquirição de testemunhas, escolha consensual do perito e da produção simplificada da prova técnica.

Todavia, é possível notar que o CPC/15 inovou ao remodelar antigos institutos, dando a eles uma roupagem constitucionalizada, como é o caso da necessária intimação das partes mesmo nos casos em que o julgador possa decidir de ofício.

Outros pontos merecem destaque, como a co-participação das partes na construção da decisão, em igualdade de oportunidades, a boa-fé e a obrigação da colaboração de terceiros, sem contar a possibilidade de as partes deliberarem sobre diversos pontos processuais, como na inversão da ordem das testemunhas, produção de provas e o incentivo aos métodos de solução de conflitos, como a conciliação e mediação.

É nesse sentido que se percebe a necessária revisão de leitura dos institutos processuais previstos na Lei n. 9.784/99.

Em razão disso, iniciando esta análise pela indispensável observância ao contraditório, é possível perceber a superação do art. 45 da Lei n. 9.784/99 que prevê a possibilidade de a Administração Pública adotar medidas acauteladoras sem prévia manifestação do interessado.

---

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

Nesse sentido, deve o referido dispositivo legal ser lido à luz do art. 10 do CPC/15, no sentido de que a Administração e seus órgãos julgadores não poderão decidir 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, 2015).

Outra previsão de grande relevo está no art. 9º do CPC/15 ao prever que "não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida" (BRASIL, 2015). Como já mencionado acima, neste trabalho, o contraditório não admite mitigações e deve ser observado sem restrições, o que também deve se dar na produção de provas no processo administrativo.

Sobre o ônus da prova, entende-se, em sintonia com o CPC/15 que a distribuição da prova deve se ater à proximidade das partes com a própria prova e sua melhor condição de produzi-la.

Nesse caso, nada obsta que se adote no Processo Administrativo o instituto da distribuição dinâmica da prova, incumbindo àquele que tenha melhores condições, o ônus de provar, desde que por decisão fundamentada com o devido espaço para o interessado se desincumbir desse ônus.

A participação de terceiros no processo administrativo também deve ser admitida, harmonizando-se com o art. 380 do CPC/15. É claro que o referido dispositivo prevê imposição de multa e demais atos coercitivos ao terceiro que descumprir a ordem, haja vista que se trata de processo judicial.

Todavia, muito embora não caiba essa coerção em sede administrativa, há que se proporcionar do interessado o espaço para requerer ao terceiro informações ou a exibição de documentos.

A ata notarial, instrumento que atesta algum fato, mediante ata lavrada por tabelião, também deverá ser admitida no processo administrativo como prova, a teor do art. 384 do CPC/15.

No que se refere aos documentos, há que se admitir no processo administrativo a utilização de documentos eletrônicos, devendo ser convertido à forma impressa e autenticado, garantindo-se ao interessado a sua utilização. Nesse sentido, a ata notarial pode ser de grande utilidade.

Outra interessante novidade é a admissão no processo civil do "*direct examination*", veja:

> Art. 459. As perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, começando pela que a arrolou, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com as questões de fato objeto da atividade probatória ou importarem repetição de outra já respondida. (BRASIL, 2015).

Nesse caso, como visto prevê o art. 459 que a testemunha seja inquirida diretamente pela parte interessada, cabendo ao julgador do mesmo modo inquirir a testemunha antes ou depois da parte.

Válido destacar o que ensina Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias acerca do "*direct examination*", veja:

> O NCPC, assim, ao permitir que a inquirição das testemunhas seja feita diretamente pelos advogados das partes, aproxima-se do sistema *commom Law*, que adota a forma de inquirição denominada *direct examination*, por meio da qual as respostas da testemunha são obtidas diretamente pelos próprios advogados que formularam as perguntas e não pelo juiz. (DIAS, 2016, p. 159).

Portanto, em sintonia com o novo instituto, deve ser observado no processo administrativo o sistema do *direct examination*, por total compatibilidade, garantido ao interessado a inquirição com perguntas diretamente formuladas à testemunha.

No mesmo caminho, deverá ser garantida ao interessado a oitiva de testemunhas, quando arrolada e que resida em comarca, seção ou subseção diversa, por meio de recursos tecnológicos, dentre eles a videoconferência[99], podendo também o seu depoimento ser documentado por meio de gravação.

Nada obsta que o julgador inquira a testemunhas em ordem diversa daquela prevista no artigo 456 do CPC/15. Isto é, pela regra geral, as testemunhas são ouvidas separada e

---

[99] A videoconferência foi regulamentada no processo penal por meio da Lei 11.900/09. Nesse sentido: STJ - RECURSO ORDINARIO EM HABEAS CORPUS RHC 57546 SP 2015/0051676-9 (STJ) Data de publicação: 23/04/2015. Ementa: PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. TRANSNACIONALIDADE. AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E INTERROGATÓRIO POR VIDEOCONFERÊNCIA. ATO PROCESSUAL SOB A ÉGIDE DA LEI FEDERAL N.º 11.900/09. POSSIBILIDADE. ELEMENTOS CONCRETOS A JUSTIFICAR A MEDIDA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. OCORRÊNCIA. FLAGRANTE ILEGALIDADE. INEXISTÊNCIA. RECURSO DESPROVIDO. 1. A determinação judicial para a realização da audiência de instrução e o interrogatório do réu por videoconferência ocorreu após a alteração do artigo 185 do Código de Processo Penal pela Lei n.º 11.900/2009. 2. A adoção da medida foi calcada em elementos extraídos do caso concreto, especialmente nos fortes indícios de que a conduta do agente provavelmente estaria inserida na atividade de organização criminosa empresarial com atuação internacional e na necessidade da escolta do acusado por centenas de quilômetros para propiciar o interrogatório presencial, com risco de fuga. 3. Não se limitou o magistrado a reproduzir o texto legal, mas alinhavou a gravidade concreta como substrato para a realização de atos processuais por intermédio da referida tecnologia, com espeque nos requisitos do artigo 185, § 2.º, incisos I e IV, do Código de Processo Penal, demonstrando-se, assim, a necessidade da providência excepcional. 4. Recurso a que se nega provimento.

sucessivamente, primeiro as do autor e, após, as do réu. Portanto, essa ordem poderá ser alterada se as partes concordarem.

Outro grande destaque está exatamente no primeiro artigo da seção X, qual seja, o artigo 464, §§ 2°a 4°.

Vejamos a sua redação, em sintonia com o disposto no artigo 156, ambos do CPC/15:

> **Art. 156.** O juiz será assistido por perito quando a prova do fato depender de conhecimento técnico ou científico.
> **Art. 464** - A prova pericial consiste em exame, vistoria ou avaliação.
> § 2º De ofício ou a requerimento das partes, o juiz poderá, **em substituição à perícia**, determinar a produção de **prova técnica simplificada**, quando o **ponto controvertido for de menor complexidade**.
> § 3º A prova técnica simplificada consistirá apenas na **inquirição de especialista**, pelo juiz, sobre ponto controvertido da causa que demande especial conhecimento científico ou técnico.
> § 4º Durante a arguição, o **especialista**, que deverá ter formação acadêmica específica na área objeto de seu depoimento, **poderá valer-se de qualquer recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens** com o fim de esclarecer os pontos controvertidos da causa. (BRASIL, 2015). Grifos nossos.

Traz o legislador a novidade da produção de prova técnica simplificada pelas partes, que consiste em inquirição do julgador a especialistas escolhidos pelas partes, em substituição à perícia, quando o ponto controvertido for de complexidade menor, somando-se também a novidade sobre a possível escolha comum do perito (perícia consensual), pelas partes, feita por requerimento desde que: as partes sejam plenamente capazes e a causa possa ser resolvida por autocomposição.

CONCLUSÃO

Pretendeu-se, neste estudo, demonstrar a evolução processual brasileira a partir da influência de Büllow, até o atual estágio processual democrático, tendo no contraditório, na ampla defesa e isonomia, sua base principiológica inafastável, tornando o processo um espaço normativo de garantias fundamentais.

Nesta perspectiva, a Lei 13105 de 2015 instituiu o Código de Processo Civil influenciado e direcionado pela ampla garantia de direitos fundamentais.

Neste giro, observou-se que o Processo Administrativo, previsto na Lei 9784 de 1999, necessita ser revisitado superando a sua influência instrumentalista, baseada, notadamente, em garantias formais e na valorização do próprio julgador sobre a produção e análise da prova, desprezando a construção participada da decisão.

Refletiu-se sobre o atual paradoxo do processo administrativo brasileiro, tratado com influências das normas de direito material administrativo. Além disso, observou-se que os administrativistas, ao não observarem a técnica processual democrática, têm apresentado o processo administrativo como matéria de competência legislativa extensiva aos demais entes da federação, por não reconhecerem o tema inserido na competência legislativa do artigo 22, inciso I da CR/88.

Nesse sentido, defendeu-se neste trabalho o processo administrativo como ramo do direito processual e, portanto, de competência legislativa da União, a teor dos estudos de Sérgio Henrique Zandona Freitas.

Assim, foram analisados os principais princípios constitucionais informadores do Processo deixando claro que devem ser estendidos ao Processo Administrativo. Com isso, foram analisados, em seguida, os principais institutos probatórios atuais, propondo a sua aplicabilidade e consequentemente o avanço do Processo Administrativo sobre essa nova visão processual.

Em relação à prova, observou-se que as novidades previstas na Lei 13105 de 2015 devem ser aplicadas ao Processo Administrativo, tornando a sua construção amplamente co-participativa, garantindo ao interessado franca interação na produção probatória refletindo a garantia da ampla defesa, como, por exemplo, a utilização da videoconferência, a utilização da *direct examination*, inversão dinâmica do ônus da prova, entre outros meios eficazes de construção da prova no processo democrático.

Assim, é preciso revisitar a normatividade probatória da Lei 9784/99, ampliando a participação do interessado e garantindo a ampla produção de provas, sempre em estrita

atenção ao contraditório, hipóteses que elevarão o processo administrativo à moderna concepção processual democrática.

No mesmo caminho, foram analisados os requisitos e limites para a aplicação subsidiária do artigo 15 do CPC de 2015 quando se exige a figura da lacuna normativa e a compatibilidade sistêmica da norma importada com o sistema normativo receptivo.

Diante disso, foram analisadas as características gerais do CPC de 2015 de modo a demonstrar a plena compatibilidade com o processo administrativo, tratando-se a Lei 9784 de 1999 como um conjunto normativo nacional, embora destinado a reger o processo administrativo na esfera federal.

Com isso, demonstrou que as normas gerais do CPC são aplicáveis ao processo administrativo, demonstrando, assim, o direcionamento a uma processualidade administrativa constitucionalizada em sintonia com a nova sistemática do CPC/15.

Assim, tem-se assegurado no processo administrativo o devido processo legal, o contraditório dinâmico e irrestrito, a ampla defesa, a isonomia, a paridade de tratamento, o dever de se comportar com a boa-fé, a cooperação na busca de um processo com decisões em tempo razoável, entre outros direitos e garantias basilares para a formação do Estado Democrático de Direito, afirmando, assim, uma maior aproximação entre o Processo Constitucional e o Processo Administrativo.

REFERÊNCIAS

ALCANTARA, Christian Mendez. **O modelo gerencial:** organizações públicas não-estatais e o princípio da eficiência : uma visão jurídica e administrativa. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. A Prova Pericial no novo CPC. In: André Vasconcelos Roque; Humberto Dalla Bernardina de Pinho. (Org.). **O Projeto do novo Código de Processo Civil: uma análise crítica.** 1ed.Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

ANDOLINA, Italo; VIGNERA, Giuseppe. **Il modelo costituzionale del proceso civile italiano**. Torino: Giappichelli, 1990.

ANDOLINA, Italo; VIGNERA, Giuseppe. **I fondamenti constituzionale della giustizia civile**: il modello constituzionale del proceso civile italiano. 2. ed. Torino: G. Giappichelli, 1997.

ARAGÃO, Alexandre dos Santos; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Direito Administrativo e Seus Novos Paradigmas, Belo Horizonte, Fórum, 2008.

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.

ARAÚJO CINTRA, Antônio Carlos; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo.** 19. ed., São Paulo, Malheiros, 2003.

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

AROCA, Juan Montero. **Principios del proceso penal**: una explicación basada em la razón. Valencia: Tirant lo blanch, 1997.

AURELLI, Arlete Inês. **A defesa do réu no Código de Processo Civil Projetado**. In: Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil. v. 2, Salvador: JusPodivum, 2014.

BALTAZAR. Antônio Henrique Lindemberg. **Repartição constitucional de competências no Estado Federal brasileiro** - Parte II. Disponível em: <http://www.vemconcursos.com/opiniao/index.phtml?page_sub=5&page_id=2108>. Acesso em: 09 de nov. de 2016.

BAPTISTA, Patrícia. **Transformações do direito administrativo.** Rio de Janeiro: São Paulo: Renovar, 2003.

BAPTISTA, Patrícia. **Os limites constitucionais à autotutela administrativa:** o dever de observância do contraditório e da ampla defesa antes da anulação de um ato administrativo ilegal e seus parâmetros. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). A reconstrução democrática do direito público no Brasil. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Teoria geral da justiça constitucional**. Revista Forense. Rio de Janeiro, v. 101, n. 380, jan./fev. 2006.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Teoria geral do processo constitucional**. Revista Forense. Rio de Janeiro, v. 102, n. 383, jul./ago. 2006.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Direito processual constitucional**: aspectos contemporâneos. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

BARROS, Flaviane de Magalhães. Ensaio de uma teoria geral do processo de bases principiológicas: sua aplicação no processo legislativo, administrativo e jurisdicional. p. 227-238. In: GALUPPO, Marcelo Campos (Org.). **O Brasil que queremos: reflexões sobre o Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-Minas), 2006.

BARROSO, Luís Roberto. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de, MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

BÍBLIA. Português. **A Bíblia Sagrada**: contendo o velho e o novo testamento. São Paulo: Sociedade Bíblica do Brasil, 1962.

BINENBOJM, Gustavo. A constitucionalização do Direito Administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira e SARMENTO, Daniel (Coord). **A Constitucionalização do Direito:** Fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BINENBOJM, Gustavo. **A constitucionalização do direito administrativo no Brasil**: um inventário de avanços e retrocessos. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). A reconstrução democrática do direito público no Brasil. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

BINENBOJM, Gustavo. A constitucionalização do direito administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado** (RERE). Salvador. Instituto Brasileiro de Direito Público. n. 13.mar./abr./mai.2008.Disponívelem:<http://www.direitodoestado.com.br/rere.a p>. Acesso em: 20 jul.2016.

BINENBOJM, Gustavo. Da Supremacia do Interesse Público ao Dever de Proporcionalidade: Um novo Paradigma para o Direito Administrativo. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Interesses públicos versus interesses privados**: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa**: por um Direito Constitucional de luta e resistência, por uma Nova Hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade. 3ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BONFIM, Alberto. **O processo administrativo**. 8. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963.

BORGES, Ronaldo Souza. **A prova pela presunção na formação do convencimento judicial.** Belo Horizonte, D´Plácido, 2016.

BRAGA, Paula Sarno. **Norma de processo e norma de procedimento: o problema da repartição de competência legislativa no Direito Constitucional brasileiro.** Salvador: Juspodivm, 2015.

BRAGA, Paula Sarno. Aplicação supletiva e subsidiária das normas processuais ao processo administrativo. ADIN n. 5492 e a constitucionalidade do art. 15, CPC-2015. **Mulheres no processo civil brasileiro.** Disponível em: < https://www.youtube.com/watch?list=PLWojDj1pTEob3d3Ft6ZAukvfimnd7baUv&v=VyL9_LtJ8gk>. Acesso em: 03 out. 2016

BRASIL. Decreto nº. 737, de 25 de novembro de 1850. **Determina a ordem do Juizo no Processo Commercial.** Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del1608.htm>. Acesso em 23 out. 2016.

BRASIL. **Decreto-Lei 579. 30 de julho de 1938**. Organiza o Departamento Administrativo do Serviço Público, reorganiza as Comissões de Eficiência dos Ministérios e dá outras providências. Disponível em: <http://www12.senado.gov.br/orcamento/documentos/outros/linha-do-tempo/Decreto Lei_579_de_30_de_julho_de_1938.pdf>. Acesso em: 18 jul. 2015.

BRASIL. Constituição (1934). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil.** Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 21 out. 2016.

BRASIL. Decreto-lei 1.608, de 18 de setembro de 1939. **Institui o Código de Processo Civil.** Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del1608.htm>. Acesso em 23 out. 2016.

BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho (1943). **Decreto-lei nº 5452, de 01 de maio de 1943.** Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 18 abr. 2016.

BRASIL. **Decreto-lei n. 200/67. 25 de fevereiro de 1967**. Dispõe sobre a organização da Administração Pública Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0200.htm > Acesso em: 04 ago. 2015.

BRASIL. **Código de Processo Civil** (1973). Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o código de processo civil. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ ccivil_03/leis/L5869compilada.htm>. Acesso em 23 jun. 2016.

BRASIL. **Decreto n.. 83.740. 18 de julho de 1979**. Institui o Programa Nacional de Desburocratização e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D83740.htm>. Acesso em: 16 jul. 2015.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 21 jul. 2015.

BRASIL**. Código de Defesa do Consumidor** (1990). Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 19 jul. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 11.834/PB, Rel. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, QUARTA TURMA, julgado em 17/12/1991, DJ 30/03/1992. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=199100118338&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em 18 out 2016.

BRASIL. **Lei 9637, de 15 de maio de 1998.** Dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais, a criação do Programa Nacional de Publicização, a extinção dos órgãos e entidades que menciona e a absorção de suas atividades por organizações sociais, e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9637.htm>. Acesso em: 02 ago. 2015.

BRASIL. **Lei 9649, de 27 de maio de 1998.** Dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9649cons.htm>. Acesso em: 02 ago. 2015.

BRASIL. **Emenda Constitucional n. 19, de 04 de junho de 1998**. Modifica o regime e dispõe sobre princípios e normas da Administração Pública, servidores e agentes políticos, controle de despesas e finanças públicas e custeio de atividades a cargo do Distrito Federal, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc19.htm>. Acesso em: 23 jul. 2015.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 13º Região. **Consultar processo por número.** Reclamatória trabalhista nº. 01718. 2007.027.13.00-6. Disponível em: < https://www.trt13.jus.br/portalservicos/consultaproc/informarProcesso.jsf>. Acesso em 04 dez. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança Nº 15.434 - DF (2010/0112746-3). **Consulta Processual**. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201001127463&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em 18 nov 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 153. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. voto do rel. min. Eros Grau**,** j. 29-4-2010, P, *DJE* de 6-8-2010. **Consulta processual.** Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2644116. Acesso em 07 nov. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2ª Turma. Recurso Especial nº 883656/RS. Ação Civil Pública proposta com o objetivo de reparar dano ambiental, causado por contaminação com mercúrio. **Consulta processual.** Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200601451399&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 13 jun. 2016.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. RE nº 626.358-AgR/MG, rel. Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, julg. 22/03/2012. **Consulta processual.** Disponível em: < http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=3908829> Acesso em: 18 out 2016.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Sistema de Divulgação de Candidatos**. Eleições/Eleições 2014/Divulgação de candidaturas. Disponível em: < http://www.tse.jus.br/eleicoes/eleicoes-2014/sistema-de-divulgacao-de-candidaturas>. Acesso em: 15 jul. 2015.

BRASIL. **Código de Processo Civil** (2015). Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em << http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>>. Acesso em 25 out. 2015.

BRASIL. **Resolução n. 203, de 15 de março de 2016**. Edita a Instrução Normativa n°39, que dispõe sobre as normas do Código de Processo Civil de 2015 aplicáveis e inaplicáveis ao Processo do Trabalho, de forma não exaustiva. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/documents/10157/429ac88e-9b78-41e5-ae28-2a5f8a27f1fe.>. Acesso em: 09 jul. 2016.

BRASIL. **Resolução n. 23.478, de 15 de junho de 2016.** Estabelece diretrizes gerais para a aplicação da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 Novo Código de Processo Civil, no âmbito da Justiça Eleitoral. Disponível em: http://www.justicaeleitoral.jus.br/arquivos/resolucao-23-478-2016-aplicacao-do-novo-cpc-na-justica-eleitoral. Acesso em 09 jul. 2016.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado.** Disponível em: <http://www.bresserpereira.org.br/Documentos/MARE/PlanoDiretordaReformadoAparelhodoEstado>. Acesso: 25 jul.2015.

BRUNING, Raulino Jacó. **Processo Administrativo Constitucional.** Florianópolis: Conceito Editorial, 2007.

BULOW, Oskar Von. **Excepciones y pressupuestos procesales.** Bueno Aires: Europa-América, 1964.

CAIXETA, Maria Cristina Diniz. **O novo processo constitucional administrativo**: sua importância na construção do Estado Democrático de Direito (Mestrado em Direito Processual). Programa de Pós-Graduação em Direito. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2010.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad. Ellen Gracie Nortfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988.

CAPPELLETTI, Mauro. **O processo civil no direito comparado.** Belo Horizonte: Líder, 2001.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Processo Administrativo Federal:** comentários à Lei nº 9.784/99. 2. ed. Rev. ampl. Atualizada,Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005.

CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. **Filosofia do direito na alta modernidade:** incursões teóricas em Kelsen, Luhmann e Habermas. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CITTADINO, Gisele. Judicialização da Política, Constitucionalismo Democrático e Separação de Poderes. In: Luiz Werneck Vianna. (Org.). **A Democracia e os Três Poderes do Brasil**. Belo Horizonte: Editora da UFMG, 2002.

COELHO, Daniela Mello. **Administração pública gerencial e direito administrativo.** Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

COMPARATO, Fábio Konder. **Direito público**: estudos e pareceres. São Paulo : Saraiva, 1996.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Jurisdição constitucional democrática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

CRUZ JUNIOR, Jeziel Rodrigues, LEAL DA ROCHA, Libero Cristiano, PIMENTA, Luciana Pereira, A teoria Processual de Jaime Guasp Delgado. **Estudos Continuados de teoria Processual**, Vol. VI, p. 119 a 176, Ed. Thomson-IOB, 2005, Coordenação de Rosemiro Pereira Leal.

CUNHA, Maurício Ferreira. **A prova sob a perspectiva do direito democrático e a legitimidade dos provimentos**: a importância do interrelacionamento dialético judicial. 2013. 190f. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. Belo Horizonte/MG.

DIAS, Maria Tereza Fonseca. **Direito Administrativo Pós-Moderno?** Novos paradigmas da relação Estrado e Sociedade. Belo Horizonte. Mandamentos, 2003.

DIAS, Maria Tereza Fonseca; PAIVA, Carlos Magno de Souza (Coord.). **Direito e proteção do patrimônio cultural imóvel.** Belo Horizonte: Fórum, 2010.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **Fraude no processo civil.** 3. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional.** Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho; NEPOMUCENO, Luciana Diniz (Org.). **Processo civil reformado.** 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **Processo constitucional e estado democrático de direito.** 1. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **Processo constitucional e estado democrático de direito.** 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho; SOARES, Carlos Henrique (Coord.). **Técnica processual.** Belo Horizonte, MG: Del Rey, 2015.

DIAS, Ronaldo Bretas de Carvalho *et al.* **Direito probatório:** temas atuais. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

DIAS, Ronaldo Bretas de Carvalho *et al.* **Estudo sistemático do NCPC com as alterações introduzidas pela Lei nº. 13256, de 4/2/2016.** Belo Horizonte: D'Plácito, 2016.

DIDIER JUNIOR, Fredie (Coord.). **Teoria do processo:** panorama doutrinário mundial. Salvador: Juspodivm, 2008.

DIDIER JÚNIOR, Fredie *et al*. **Normas fundamentais.** Coleção Grandes Temas do Novo CPC. Salvador: Juspodivm. v. 8, 2016.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Teoria geral do processo, essa desconhecida.** 3 ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Participação popular na administração pública. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 191, jan./mar.1993.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo.** 28 ed.São Paulo: Atlas, 2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Princípios do processo administrativo no novo Código de Processo Civil. **Revista Consultor Jurídico.** <http://www.conjur.com.br/2015-out-29/interesse-publico-principios-processo-administrativo-cpc>. Acesso em: 26. out 2016.

DISTRITO FEDERAL. LEI N° 2834, DE 7 DE DEZEMBRO DE 2001. Publicada no DODF de 10.12.2001. Disponível em: < http://www.fazenda.df.gov.br/aplicacoes/legislacao/legislacao/TelaSaidaDocumento.cfm?txtNumero=2834&txtAno=2001&txtTipo=5&txtParte

ESTORNINHO, Maria João. **Requiem pelo contrato administrativo.** Coimbra: Almedina, 1990.

ESTORNINHO, Maria João. **A fuga para o direito privado:** contributo para o estudo da actividade de direito privado da administração pública. Coimbra: Almedina, 1999.

FARIA, Cláudia Feres. **Democracia deliberativa:** Habermas, Cohen e Bohman. Revista Lua Nova, n º 50, 2000.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional.** 5 ed. Revista, ampliada e atualizada. Salvador: JusPODIVM, 2013.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves; PEDRON, Flávio Quinaud. **Curso de direito constitucional.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

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

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

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Comentários a lei federal de processo administrativo:** lei nº 9.784/99. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas.** Tradução Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. 3. ed. Rio de Janeiro: NAU, 2003.

FREITAS, Sérgio Henriques Zandona Freitas. Responsabilidade Patrimonial do Estado. In: MOTTA, Carlos Pinto Coelho (Coord.). **Curso prático de direito administrativo**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

FREITAS, Sérgio Henriques Zandona Freitas; *et al*. A coisa julgada em Fazzalari. In: LEAL, Rosemiro Pereira (Coord.); FREITAS, Sérgio Henriques Zandona (Org.). **Coisa julgada**: de Chiovenda a Fazzalari. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

Freitas, Sérgio Henriques Zandona. **Medidas cautelares judiciais e de polícia no processo constitucional penal:** abordagem no Estado Democrático de Direito. 2008. 308 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito, Belo Horizonte/MG.

FREITAS, Sérgio Henriques Zandona Freitas. Responsabilidade extracontratual do Estado, pela atuação do magistrado e do representante do ministério público, e a ação regressiva. In: CASTRO, João Antônio Lima (Coord.). **Direito Processual**: enfoque constitucional. Belo Horizonte: IEC-PUC-MINAS, 2008.

FREITAS, Sérgio Henriques Zandona. Aplicabilidade de princípios constitucionais do processo no recurso de agravo no direito processual civil. **Meritum (FUMEC),** v. 3, p. 33-59, 2009.

FREITAS, Sérgio Henriques Zandona, *et al* . Direito e justiça: Estado Democrático de Direito e Processo Constitucional. Revista Jurídica / **Cadernos Jurídicos do IMDP** (Instituto Mineiro de Direito Processual), p. 1, 2010. v.1.

FREITAS, Sérgio Henriques Zandona *et al* . Processo administrativo: abordagem pelo processo constitucional no Estado Democrático de Direito. **Revista Jurídica / Cadernos Jurídicos do IMDP (Instituto Mineiro de Direito Processual),** p. 1, 2012, v.1.

FREITAS, Sérgio Henriques Zandona; E OUTRO . O contraditório em Fazzalari e sua concretização no Processo Constitucional do Estado Democrático de Direito. In: FREITAS, Sérgio Henriques Zandona; CASTRO, João Antônio Lima (Coordenadores). (Org.). **Direito Processual:** estudo Democrático da Processualidade Jurídica Constitucionalizada. 1ed.Belo Horizonte: PUC MINAS, 2012, p. 813-821. v.1.

FREITAS, Sérgio Henriques Zandona. **A impostergável reconstrução principiológico-constitucional do processo administrativo disciplinar no Brasil**. 2014. 210f. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito, Belo Horizonte, 2014.

FREITAS, Sérgio Henriques Zandona; ALMEIDA, L. S. . **Reconstrução principiológico-constitucional do processo administrativo disciplinar no Brasil.** In: CONPEDI. (Org.). Reconstrução principiológico-constitucional do processo administrativo disciplinar no Brasil. 1ed.Florianópolis: CONPEDI, 2015, p. 400-420, v.1.

FREITAS, Sérgio Henriques Zandona; FREITAS, Gabriela Oliveira. **O processo constitucional como elemento essencial para a concretização da democracia do direito Iberto-americano.** In: III Encontro de Internacionalização do CONPEDI, 2015, Madrid - Espanha. Participação, Democracia e Cidadania na perspectiva do Direito Iberoamericano, 2015, p. 1-1, v.1.

FREITAS, Sérgio Henriques Zandona. Devido Processo Constitucional e Institutos Jurídicos de Teoria Geral do Estado Democrático de Direito. **Cadernos Jurídicos IMDP** nº 11 – 1º Sem/2015.

GAMBOGI, Luís Carlos Balbino. **Direito:** razão e sensibilidade: as intuições na hermenêutica jurídica. Belo Horizonte: Del Rey: Universidade FUMEC. Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde, 2005.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de derecho administrativo, II.** 12. ed. Pamplona: Civitas, 2011.

GAMBOGI, Luís Carlos Balbino. **Direito:** razão e sensibilidade : as intuições na hermenêutica jurídica. Belo Horizonte: Del Rey: Universidade FUMEC. Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde, 2005.

GOMES NETO, José Mário Wanderley. **O acesso à justiça em Mauro Cappelletti**: análise teórica desta concepção como 'movimento' de transformação das estruturas do processo civil brasileiro. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. Rio de Janeiro: Aide, 2001.

GORDILLO, Agustín A. Ideas sobre participación en America Latina. **Revista de Direito Público.**São Paulo, n. 57/58, p. 29-38, jan./jun. 1981.

GORDILLO, Augustín. **Tratado de Derecho Administrativo: la defensa del usuario y del administrado.** 1. ed., Colombiana, Bogotá: Fundación de Derecho Administrativo, Biblioteca Jurídica Dike,1998.

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: < http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/20046 >. Acesso em: 27 ago. 2016.

GUASP, Jaime. **La pretensión procesal**. Madrid: Civitas, 2. ed. 1985.

GUEDES, Demian. **Processo administrativo e democracia**: uma reavaliação da presunção de veracidade. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

GUEDES, Clarissa Diniz; LEAL, Stela Tannure. **O cerceamento do acesso à prova devido à confusão entre os planos de admissibilidade e valorização do material probatório.** Revista de Processo, São Paulo, v.40, n. 240, p. 15-40, fev. 2015.

GUIMARÃES. Bernardo Strobel. A participação no processo administrativo. In: MEDAUAR, Odete, Vitor Rhein Schirato (Org.). **Atuais Rumos do Processo Administrativo. São Paulo**: Revista dos Tribuanais, 2010.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)pensando a pesquisa jurídica:** teoria e prática. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

HABERMAS, Jürgen. Três modelos normativos de democracia. **Cadernos da Escola do Legislativo** nº 3 – 1º Sem/1995.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia:** entre facticidade e validade; volume I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **Agir comunicativo e razão destranscendentalizada.** Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002.

HARGER, Marcelo. **Princípios constitucionais do processo administrativo.** Rio de Janeiro: Forense, 2008.

JAYME, Fernando Gonzaga. **Tribunal constitucional**: exigência democrática. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

JOBIM, Marco Félix. **Cultura, escolas e fases metodológicas do processo**. 3.ed. rev. atual. de acordo com o novo CPC. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

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, Rosemiro Pereira (Coord.). **Estudos continuados de teoria do processo:** vol. I : a pesquisa jurídica no curso de Mestrado em Direito Processual. Porto Alegre: Síntese, 2000.

LEAL, Rosemiro Pereira. A prova na teoria do processo contemporâneo. In FIÚZA, César Augusto de Castro SÁ, Maria de Fátima Freire de, BRÊTAS C. DIAS, Ronaldo. (coord.) **Temas atuais de Direito Procesual Civil.** Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

LEAL, Rosemiro Pereira (Coord.). **Estudos continuados de teoria do processo:** vol. II: a pesquisa jurídica no curso de Mestrado em Direito Processual. Porto Alegre: Síntese, 2001.

LEAL, Rosemiro Pereira. A prova na teoria do processo contemporâneo. In FIÚZA, César Augusto de Castro SÁ, Maria de Fátima Freire de, BRÊTAS C. DIAS, Ronaldo. (coord.) **Temas atuais de Direito Processual Civil.** Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria processual da decisão jurídica.** São Paulo: Landy, 2002.

LEAL, Rosemiro Pereira. Isonomia Processual e Igualdade Fundamental a Propósito das Retóricas Ações Afirmativas. Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil, Porto Alegre, v. 1, n.30, p. 38-45, 2004.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Relativização inconstitucional da coisa julgada:** temática processual e reflexões jurídicas. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**: primeiros estudos. 6. ed. São Paulo: Thomson-IOB, 2005.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo:** primeiros estudos. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como teoria da lei democrática.** Belo Horizonte: Fórum, 2010.

LEAL, Rosemiro Pereira. **A Teoria Neoinstitucionalista do Processo:** uma trajetória conjectural. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo:** Primeiros estudos. 12 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **A monografia jurídica**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

LEITE, Gisele. Apontamentos sobre a teoria geral da prova. **Revista Síntese Direito Civil e Processual Civil,** São Paulo, v.12, n. 84, p. 50-79, jul. 2013.

LESSA, Renato. A Constituição de 1988 como experimento de filosofia pública: um ensaio. In: OLIVEN, Ruben George; RIDENTI, Marcelo; BRANDÃO, Gildo Marçal. (Org.). **A Constituição de 1988 na vida brasileira**. v. 1. São Paulo: Hucitec, 2008.

LIJPHART, Arend. **Modelos de democracia**:desempenho e padrões de governo em 36 países. Tradução Roberto Franco. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

LIMA, Carolina Caiado. Por uma lei geral do processo administrativo. In: MEDAUAR, Odete, Vitor Rhein Schirato (Org.). **Atuais Rumos do Processo Administrativo. São Paulo**: Revista dos Tribunais, 2010.

LIMA, Eduardo Martins de. **Sistemas multipartidários e eleitorais brasileiros em perspectiva comparada.** São Paulo: Annablume; Belo Horizonte: Centro Universitário FUMEC, Faculdade de Ciências Humanas, 2004.

LOUREIRO, Maria Rita Garcia; ABRUCIO, Fernando Luiz; PACHECO, Regina Silvia. **Burocracia e política no Brasil:** desafios para a ordem democrática no século XXI. Rio de Janeiro: FGV, 2010.

MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi. **A dinamização do ônus da prova sob a ótica do novo Código de Processo Civil.** In: Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil. v. 3, Salvador: JusPodivum, 2014.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. **Código de processo civil interpretado:** artigo por artigo, paragráfo por paragráfo. 6. ed. Barueri: Manole, 2007.

MADEIRA, Dhenis Cruz. **Processo de conhecimento e cognição:** uma inserção no estado democrático de direito. Curitiba: Juruá, 2008.

MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução.** 2. ed. São Paulo: R. dos Tribunais, 2003.

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

MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (Org.). **Atuais rumos do processo administrativo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 18. ed., São Paulo: Malheiros, 1993.

MEIRELLES, Hely Lopes**. Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2002.

MINAS GERAIS. **Fóruns Regionais**. Disponível em: < http://www.forunsregionais.mg.gov.br/sobre>. Acesso em: 21 jul. 2015.

MITIDIERO, Daniel Francisco. **Colaboração no processo civil:** pressupostos sociais, lógicos e éticos. 2. ed. São Paulo: R. dos Tribunais, 2011.

MODESTO, Paulo (Coord.). **Nova organização administrativa brasileira:** [estudo sobre a proposta da comissão de especialistas constituída pelo Governo Federal para reforma da organização administrativa brasileira]. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

MORAES, Alexandre de. **Reforma administrativa.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

MOREIRA, Egon Bockmann. **O direito à prova no processo administrativo.** Fórum Administrativo – Direito Público, ano 4, n. 39, p. 3796, maio 2004.

MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo administrativo**: princípios constitucionais e a Lei 9.784/1999. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. **Uma crítica à Teoria Geral do Processo.** Porto Alegre: Lex Magister, 2013.

MONTEIRO, Vítor. Desafio à codificação do processo administrativo no ordenamento brasileiro: a forma federativa de Estado. **Revista Digital de Direito Público,** vol. 1, n. 1, 2012, p. 94 - 115.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Apontamentos sobre a Reforma Administrativa.** Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Anotações sobre o título 'Da prova' do novo código civil. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil,** Porto Alegre, v.6, n.36, p.5-18, jul-ago/2005.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. Uma crítica à Teoria Geral do Processo. Porto Alegre: Lex Magister, 2013.

NEPOMUCENO, Luciana Diniz (Coords.). **Processo civil reformado**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal.** 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NOHARA, Irene Patrícia; MORAES FILHO, Marco Antonio Praxedes de (Org.). **Processo administrativo:** temas polêmicos da lei n. 9.784/99. São Paulo: Atlas, 2011.

NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático**: uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá, 2008.

NUNES, Dierle; PICARDI, Nicola. A Escola Paulista de São Paulo -- A contribuição de Enrico Tullio Liebman -- O movimento de reforma processual após a Constituição de 1988. III Projeto preliminar de um novo código -- O impacto de movimento de convergência entre 'civil law' e 'common law'. **Revista de informação legislativa,** v. 48, n. 190 t.2, p. 93-120, abr./jun. 2011. Disponível em: < http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/242945>. Acesso em 18 jul. 2016.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. O processo constitucional como instrumento da jurisdição constitucional. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, v. 3, ns. 5 e 6, 1º e 2º sem./2000.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Devido processo legislativo**. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; MACHADO, Felipe Daniel Amorim (Coord.). **Constituição e processo:** a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de (Org.) **Prova civel.** 2. Rio de Janeiro Forense, 2005.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Processo constitucional.** 2. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Pergamum, 2013.

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.
PAULA, Ana Paula Paes de. **Por uma nova gestão pública:** limites e potencialidades da experiência contemporânea. Rio de Janeiro: FGV Ed., 2005.

PEREZ, Marcos Augusto. **A administração pública democrática:** institutos de participação popular na administração pública. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

PEYRANO, Jorge W. Informe sobre la doctrina de las cargas probatorias dinámicas. **Revista de Processo,** São Paulo, v.38, n.217 , p.205-223, mar. 2013.

QUINAUD PEDRON, Flávio Barbosa, *et al*. **Os Princípios Processuais Constitucionais e os Novos Rumos do Processo Civil Brasileiro.** 1. ed. BELO HORIZONTE: Clube dos Autores, 2014.

RIBEIRO, Darcy. **O Povo Brasileiro**: A Formação e o Sentido do Brasil. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Princípios constitucionais do processo administrativo no Direito brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, número 136, volume 34, outubro/dezembro-1997, p. 05-28.

RODRIGES, Sérgio Murilo. **A democracia deliberativa-argumentativa de Jurgen Habermas.** Revista Eletrônica do Curso de Direito – PUC Minas Serro. [on-line]. Edição n. 5. Minas Gerais: Puc Minas Serro, 2012. Disponível em: <http://periodicos.pucminas.br/index.php/DireitoSerro/issue/view/237>. Acesso em: 02 ago. 2015.

SACCO, Ricardo Ferreira. **Constitucionalismo e Ministério Público:** uma visão panorâmica. Belo Horizonte: Universidade FUMEC. Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde: Mandamentos, 2008.

SARAIVA, Márcia Maria Tamburini Porto. **A Lei Federal nº 9.784/1999.** Base para a codificação do Direito Processual Administrativo? Lumen Júris, Rio de Janeiro, 2005.

SARMENTO, Daniel. Interesses públicos VS. interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). **Interesses públicos versus interesses privados**: desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SCHIER, Paulo Ricardo. Ensaio sobre a Supremacia do Interesse Público sobre o Privado e o Regime Jurídico dos Direito Fundamentais. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Interesses públicos versus interesses privados**: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SCHIRATO. Vitor Rhein. O processo administrativo como instrumento do Estado de Direito e da Democracia. In: MEDAUAR, Odete, Vitor Rhein Schirato (Org.). **Atuais Rumos do Processo Administrativo. São Paulo**: Revista dos Tribunais, 2010.

SICCA, Gerson dos Santos. **Discricionariedade Administrativa**: conceitos indeterminados e aplicação. 1ªed. Curitiba: Juruá, 2011.

STRECK, Lênio. Devemos nos importar, sim, com o que a doutrina diz, por Lenio Luiz Streck. **Revista Consultor Jurídico.** Disponível em: < http://www.conjur.com.br/2006-jan-05/devemos_importar_sim_doutrina>. Acesso em: 07 nov. 2016.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo para céticos.** 2. ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2014.

TALAMINI, Eduardo. **Processo e administração pública.** Coleção Repercussões do Novo CPC. Salvador: Juspodivm. v. 10, 2016.

TAVARES, Fernando Horta (Coord.). **Constituição, direito e processo**: princípios Constitucionais do Processo. Curitiba: Juruá, 2007.

TEIXEIRA, Welington Luzia. **A construção do provimento jurisdicional no estado democrático de direito.** 2006. 145 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito, Belo Horizonte/MG.

THEODORO JR., Humberto ; Nunes, Dierle ; BAHIA, Alexandre Gustavo de Melo Franco ; QUINAUD PEDRON, Flávio Barbosa . **Novo CPC Fundamentos e Sistematização** - De acordo com a Lei 13.256/2016. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense / Gen, 2016. v. 1.

THIBAU, Vinícius Lott. **Presunção e prova no direito processual democrático.** Belo Horizonte: Arraes Editores, 2011.

TOMAZ, Carlos Alberto Simões de. **Democracia e jurisdição:** entre o texto e o contexto. 1 ed. São Paulo: Baraúna, 2011.

TSEBELIS, George. **Atores com poder de veto**: como funcionam as instituições políticas. Tradução Micheline Christophe. Rio de Janeiro: FGV, 2009.