

UNIVERSIDADE FUMEC
FACULDADE DE CIÊNCIAS HUMANAS, SOCIAIS E DA
SÁUDE - FCH

FLÁVIA COUTO DE OLIVEIRA CONTIGLI

COOPERATIVISMO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO
CIVIL NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR DO
BRASIL

PROFESSOR ORIENTADOR SÉRGIO HENRIQUES
ZANDONA FREITAS

Belo Horizonte

2016

FLÁVIA COUTO DE OLIVEIRA CONTIGLI

COOPERATIVISMO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL NO
PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR DO BRASIL

Dissertação apresentada ao Curso de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde (FCH), da Universidade FUMEC.

Área de Concentração: Instituições sociais, direito e democracia.

Linha de Pesquisa: Esfera Pública, Legitimidade e Controle.

Orientador: Prof. Dr. Sérgio Henriques Zandoná Freitas.

Belo Horizonte

2016

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

C762p Contigli, Flávia Couto de Oliveira, 1978-
O processo cooperativo do novo código de processo
civil no processo administrativo disciplinar do Brasil /
Flávia Couto de Oliveira Contigli. – Belo Horizonte, 2016.
135 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. Estado de
direito - Brasil. 3. Direito administrativo - Brasil. I. Título.
II. Freitas, Sérgio Henriques Zandona. III. Universidade
FUMEC, Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da
Saúde.

CDU: 35.077.3



UNIVERSIDADE
FUMEC/FCH

FACULDADE DE CIÊNCIAS

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

NOTA FINAL DA DEFESA DE DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

BANCA EXAMINADORA:

ASSINATURAS:

Prof. Dr. Sérgio Henriques Zandoná Freitas _____

Prof. Dr. André Cordeiro Leal _____

Prof^ª. Dra. Isabel Celeste Monteiro Fonseca _____

Prof. Dr. Wilson Engelmann _____

MESTRANDA: FLAVIA COUTO DE OLIVEIRA CONTIGLI

TÍTULO DA DISSERTAÇÃO:

*"COOPERATIVISMO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL NO
PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR DO BRASIL"*

NOTA: (90) _____

ASSINATURA ORIENTADOR: _____

DATA DA DEFESA: 31/10/2016

Dedicatória.

Ao meu amado marido Filipe Couto de Oliveira Contigli, sem o qual não teria
conseguido percorrer este longo caminho.

Aos meus amados pais, Marco Contigli e Maria Cristina de Oliveira Contigli.

AGRADECIMENTOS

Ao meu amado marido Filipe Couto de Oliveira Contigli, pelo incentivo, paciência, ensinamentos, aprendizados, amizade, apoio em todos os momentos, principalmente nos mais difíceis, com certeza se não fosse por você não teria conseguido concluir este trabalho. Lhe dedico todo meu amor, admiração e profundos agradecimentos.

A minha amada mãe Maria Cristina de Oliveira Contigli, exemplo de ética, educação, dedicação, trabalho, amizade, amor e carinho. Sem seus ensinamentos também não poderia ter chegado até aqui.

Ao meu saudoso e amado pai, que dedicou mais de 30 anos da sua vida a Universidade FUMEC, lecionando com paixão e extrema dedicação, tamanho apresso por esta instituição fez com que permanecesse nesta até o seu último suspiro, a quem dedico este trabalho e esta homenagem:

Morre um filósofo e mestre e nasce uma estrela. Marco Contigli com certeza foi o melhor pai do mundo, apesar do semblante sério sempre foi carinhoso, amoroso, sábio e companheiro, mesmo quando estava distante. Apesar de não expressar muito seus sentimentos amou intensamente suas filhas, sua mãe, sua ex-esposa, seu irmão, seu genro, seus seletos amigos, seus alunos e a FUMEC.

Professor dedicado, foi um mestre para muitos alunos, era apaixonado pela licenciatura. Apesar de ser muito compenetrado em suas aulas, tentava passar ao máximo aos seus alunos seu saber inigualável, além de tentar prepará-los para a vida, preparando-os principalmente para os momentos difíceis, como se seus filhos fossem.

Dedicou um terço da sua vida a uma Instituição que ajudou a construir, a qual defendia com todo empenho, equilíbrio e sabedoria. Para ele, dar aula na FUMEC era como um sacerdócio. Amava com todas as forças esta Instituição que é a FCH-FUMEC e a família que ela formou, da qual fazia parte.

Mestre, sábio, um homem totalmente íntegro, ético, estudioso, com um coração enorme, sério, mas nos momentos íntimos com a família e os amigos engraçado, brincalhão e que gostava de dar boas gargalhadas. Ateu, acreditava no homem, apesar de saber que o homem é capaz de cometer as maiores atrocidades, mas também é capaz de maravilhar os olhos e aquecer o coração através das artes. Em suas aulas, tentando explicar seu ateísmo sempre dizia: “a existência é um intervalo entre dois nada, nada antes, nada depois, tudo durante”.

Fervoroso na defesa de suas ideias, mas extremamente habilidoso e equilibrado quando enfrentava um conflito.

Morre um mestre nasce uma estrela, perdemos o melhor pai do mundo, seus alunos perderam um mestre que os amava, os parentes e amigos uma pessoa maravilhosa, autêntica, única. Foi um homem único, forte, corajoso, que enfrentou de cabeça erguida a 2ª Guerra Mundial, a perda precoce do pai, a imigração para outra pátria, um recomeço do zero, a perda da mãe e muitos outros problemas, mas sempre seguiu em frente, sem se queixar.

Eu, Flávia, só posso agradecer por ter tido o prazer e o privilégio de ser sua filha, o que me conforta, em relação a esta perda, é que meu amado pai se foi da forma como ele queria, apesar de cedo, viveu os últimos anos como os mais felizes da sua vida.

Por fim só há uma palavra a dizer OBRIGADA!

Ao Professor Dr. Sérgio Henriques Zandona Freitas, pela dedicada orientação, sugestões e indicações, confiança, paciência e amizade, uma vez que nunca desistiu de sua aluna, mesmo nos momentos mais difíceis.

Quando imaginava que não seria capaz me impulsionava e me fazia acreditar novamente na minha capacidade, meus sinceros agradecimentos.

Ao Professor Dr. André Cordeiro Leal pela orientações, sugestões, paciência, indicações e amizade, meu agradecimento.

A todos os professores do Mestrado da Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e de Saúde – FCH, da Universidade FUMEC, pelas valiosas e sábias lições, aos meus colegas do mestrado, em especial a Luciana Leal de Carvalho Pinto que me apoiou nos momentos mais difíceis que passei.

Por fim ao Reitor da Universidade FUMEC, Sr. Fernando de Melo Nogueira, o Ex-Reitor da Universidade Fumec, Sr. Eduardo Martins, aos Diretores Sr. Antônio Marcos Nohmi, Sr. João Batista de Mendonça Filho e a Diretora Sra. Silvana Lobo, pois sem contar com o apoio destes e muitos outros, aqui não nomeados, não conseguiria conquistar essa realização.

Muito obrigada a todos que contribuíram para concretização deste sonho.

RESUMO

A presente dissertação tem por objetivo analisar e apontar modificações principiológicas-constitucionais no Processo Administrativo Disciplinar do Brasil, a partir da identificação de lapsos no Direito Administrativo, na linha de pesquisa do Programa de Pós-graduação *Stricto Sensu* em Direito da Universidade FUMEC. A discussão aqui presente se faz necessária, em função do desrespeito aos princípios constitucionais, com destaque ao princípio da ampla defesa e contraditório de onde se origina o direito à participação e cooperação, mostrando desalinhamento com as bases fundamentais do Estado Democrático de Direito e com a necessidade de completar a transição de se repensar o Direito como um todo sob a ótica constitucional. As falhas na participação ativa e na cooperação dos litigantes nas decisões proferidas pela autoridade administrativa caracteriza falta de técnica normativa estrutural nessas decisões, estabelecendo por vezes procedimento inadequado, que prejudica frontalmente o interesse dos litigantes nos processos administrativo disciplinares e fere direitos e garantias constitucionais importantes para a legitimação do Estado Democrático de Direito no Brasil. O foco da discussão aqui presente trata das críticas na aplicação das atuais práticas comumente adotadas no processo administrativo disciplinar brasileiro, em especial frente à garantia de participação advinda do princípio do contraditório e ampla defesa, que desrespeitam os preceitos constitucionais do devido processo e impossibilitam que as decisões de caráter democrático, pelo processo cooperativo, possam transformar esses desvios do Direito Administrativo em uma Administração Pública dialógica e democrática. Assim, correções se fazem necessárias de forma a buscar maior aderência do processo administrativo disciplinar ao princípio do devido processo constitucional de forma a legitimá-lo.

PALAVRAS-CHAVE: Devido Processo Constitucional. Processo Administrativo Disciplinar. Estado Democrático de Direito. Devido Processo Legal. Direitos e garantias fundamentais. Processo Constitucional. Princípios Constitucionais. Processo Cooperativo.

ABSTRACT

This dissertation here aims to analyze and propose principled constitutional changes in administrative disciplinary process in Brazil, from the identification of lapses in Administrative Law, in research line of the Post - graduate studies in law at FUMEC University. The discussion here becomes necessary, due to the disregard of constitutional principles, especially the principle of ample defense and contradictory that originate the right to participation and cooperation, showing misalignment with the fundamental basis of the democratic rule of law and the need to complete the transition to rethink the law as a whole under the constitutional perspective. The failures in the active participation and cooperation of the litigants in the decisions given by the administrative authority characterizes lack of structural rules technique in these decisions, setting sometimes inappropriate procedure that frontally harms the interests of litigants in disciplinary administrative processes and hurting important constitutional rights and guarantees for legitimation of the democratic rule of law in Brazil. The focus of the discussion here concerns about the criticisms in the application of current practices commonly adopted in the Brazilian administrative disciplinary process, especially facing the participation guarantee originating from the of ample defense and contradictory principles, that disregarded the constitutional precepts of due process and preclude the democratic decision, by the cooperated process, transforms these deviations of Administrative Law in a dialogic and democratic Public Administration. Thus, corrections are necessary in order to seek greater adherence of the disciplinary administrative process to the principle of due constitutional process in a way to legitimize it.

KEY-WORDS: Constitutional Administrative Process. Administrative Disciplinary Process. Democratic state. Administrative Process. Fundamental rights and guarantees. Constitutional process. Constitutional principles. Cooperated Process.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AL	Estado de Alagoas
AM	Estado do Amazonas
art.	artigo
CPC	Código de Processo Civil
CPC/2015	Código de Processo Civil de 2015 – Lei Federal n. 13.105 de 16 de março de 2015
CPC/1973	Código de Processo Civil de 1973 – Lei Federal n. 5.869 de 11 de janeiro de 1973
CR/88	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
FUMEC	Fundação Mineira de Educação e Cultura
GO	Estado de Goiás
MG	Estado de Minas Gerais
MT	Estado do Mato Grosso
n.	número
PAD	Processo Administrativo Disciplinar
PE	Estado de Pernambuco
RR	Estado de Roraima
SP	Estado de São Paulo
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
SUSPAD	Suspensão do Processo Administrativo Disciplinar
TJ	Tribunal de Justiça

SÚMARIO

INTRODUÇÃO.....	14
CAPÍTULO I	
O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	18
CAPÍTULO II	
O DEVIDO PROCESSO CONSTITUCIONAL.....	34
CAPÍTULO III	
PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR.....	48
3.1 Conceito de Processo Administrativo Disciplina.....	48
3.2 A distinção entre processo e procedimento.....	52
3.3 Princípios constitucionais explícitos previstos na CR/88, no art. 37, <i>caput</i>	55
3.3.1 Princípio da Legalidade.....	55
3.3.2 Princípio da Impessoalidade.....	56
3.3.3 Princípio da Moralidade.....	57
3.3.4 Princípio da Publicidade	58
3.3.5 Princípio da Eficiência.....	60
3.4 Princípios enumerados no art. 2º da Lei Federal n. 9.784/99 que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal	61
3.4.1 Princípio da Finalidade.....	62
3.4.2 Princípio da Motivação.....	63
3.4.3 Princípio da Razoabilidade.....	64
3.4.4 Princípio da Proporcionalidade.....	65
3.4.5 Princípio da Ampla Defesa.....	67
3.4.6 Princípio do Contraditório.....	71
3.4.7 Princípio da Segurança Jurídica.....	74

3.4.8 Princípio do Interesse Público.....	78
3.4.9 Princípio da Boa-fé.....	79
3.4.10 Princípio do Formalismo Moderado.....	82
3.4.11 Princípio da Oficialidade.....	83
3.5 Fases do Processo Administrativo Disciplinar.....	85

CAPÍTULO IV

COOPERATIVISMO E O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.....	90
4.1 Considerações iniciais.....	90
4.2 Direito Processual Cooperativo.....	91
4.3 O princípio da Cooperação e seus Deveres – Influência evidente no Novo Código de Processo Civil.....	94
4.4 Algumas Inovações do Novo Código de Processo civil que possibilitam a cooperação.....	96
4.5 A visão mais democrática do Novo Código de Processo Civil através de uma maior participação das partes.....	102

CAPÍTULO V

O COOPERATIVISMO NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR.....	104
5.1 O Processo Cooperativo e o Princípio da Cooperação.....	104
5.2 Processo Administrativo Disciplinar, o cooperativismo e o processo cooperativo.....	109

CONCLUSÕES.....	116
------------------------	------------

REFERÊNCIAS.....	119
-------------------------	------------

INTRODUÇÃO

Ao analisar o Estado brasileiro sob o ponto de vista dos princípios do Estado Democrático de Direito, deve-se repensar o Direito como um todo sob a ótica constitucional e não de forma isolada.

Com o avanço do processo de constitucionalização do Direito no Brasil, transição que vem progredindo com a aplicação da teoria do Devido Processo Constitucional, inicialmente com ampla difusão na Europa¹, a consideração dos princípios constitucionais e sua influência sobre todo o arcabouço jurisdicional do Estado passou a ser imperativa.

Das garantias fundamentadas no próprio Estado Democrático de Direito filtram-se os princípios reguladores e seus subprincípios na proteção do direito, na especificação de tarefas e modo de trabalho, e na outorga dos cidadãos como sujeitos de direito, assim como sua legitimação através de sua participação direta

¹ Para aclarar este início deve-se recorrer ao trecho da obra de Rosemiro Pereira Leal: “É de inesgotável relevância para a ciência jurídica contemporânea (que não é mais dogmática) o registro assinalado por José Alfredo de Oliveira Barracho, em obra clássica, que introduz no Brasil com marcos bem-delineados o ensino da novel disciplina “**Processo Constitucional**”, de que, segundo opinião de Niceto Alcalá-Zamora y Castilho abonada por Fix-Zamudio, “deve-se a Hans Kelsen a criação desse ramo especial de processo, que vem recebendo a denominação de **Direito Processual Constitucional**, através da sistematização dos conceitos que surgiram empiricamente na prática do Direito Constitucional americano”(grifo nosso). Ao lado dessa notícia, colhe-se do mesmo autor a observação de que “As decisões decorrentes do exercício do controle de constitucionalidade das leis, **judicial review** ou a função criadora da Corte Suprema, por meio da interpretação *lata* ou *construction* da Constituição e das leis, demonstram a atuação essencial desse tribunal no sistema jurídico e político dos Estado Unidos”. Veremos adiante o que significa o Devido nas interfaces do *due process* e do *judicial review* que colimaram no controle jurisdicional de constitucionalidade anunciada por Kelsen a partir da Constituição austríaca de 1920.

Desses recortes, por proveitosas informações históricas de Nelson Nery Júnior, conclui-se que o *due process* se estudado desde suas origens pela *law of the land* da Carta Magna de João Sem Terra de 1215, torna-se *due process law* em 1354 pela lei inglesa no reinado de Eduardo III “como garantia dos nobres contra os abusos da cora inglesa”, encontrando recepção na Constituição Americana de 1787, uma vez que já 1776 a “Declaração dos Direitos” de Maryland (inciso XXI), de modo pioneiro, já fazia menção à *law of the land* como via **garantista e ativista** dos direitos de vida. Liberdade ou propriedade (*life, liberty or property*) (LEAL, 2013, p.23-24).

O mesmo autor ressalta que a facticidade inesclarecida sobre a expressão *due process*, causa confusão em relação a conceituação moderna e pós-moderna do instituto do devido processo legal (LEAL, 2001, p. 13).

André Cordeiro Leal ressalta que Eduardo Juan Couture, uruguaio foi um dos precursores da democracia processual, levando-se em consideração a democracia constitucional aplicada ao Processo Civil (LEAL, 2008, p. 100-101).

em todo esse processo, a partir dos princípios jurídicos da democracia e do Estado de Direito com aplicação das normas do direito e constitucionalmente estruturado.

Nessa perspectiva constitucional, os princípios das garantias aos direitos fundamentais capazes de limitar o poder do Estado de forma a conceder uma segurança jurídica mínima passível de permitir a organização ampla da sociedade e seus cidadãos no âmbito do Estado Democrático de Direito, devem refletir igualmente sobre as demais normas e leis buscando sempre o alinhamento.

Essa garantia concedida pelo Estado de Direito através de seu conjunto de normas jurídicas (princípios e regras) constitucionais aplicada a um sistema de leis, na interface com seus cidadãos, é onde se destaca o direito à jurisdição e o controle da constitucionalidade das leis, exercido por meio do bloco de instrumentos jurídicos processuais atribuídos aos tribunais, questionando entre outros, as infringências aos direitos fundamentais.

Dentro desse contexto, ressaltam-se os princípios da ampla defesa e do contraditório no contexto do princípio do devido processo legal, uma vez que este princípio é responsável por assegurar que os processos de qualquer natureza, incluindo os administrativos, ocorram conforme o modelo constitucional de processo, com destaque à garantia de participação que por fim resulta do princípio do contraditório, ainda mais importante.

No Novo Código de Processo Civil a constitucionalização deixa de ser uma construção teórica, doutrinária e jurisprudencial e passa a ser expressa, uma vez que o artigo 1º estabelece que o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado de acordo com as normas fundamentais estabelecida na Constituição da República de 1988.

Em relação a participação das partes no processo e as mudanças ocorridas através do processo e princípio cooperativo, abarcados e inseridos no Novo Código de Processo Civil, esta passa a ser um importante fator na construção da decisão, devendo ser levada em consideração pelo julgador, partindo da inserção do órgão jurisdicional na relação dialógica dos sujeitos do processo agindo de uma forma mais participativa e legitimadora.

Há também uma mudança em a relação a posição do juiz no processo, uma vez que anteriormente este possuía uma posição de central de destaque, sendo o protagonista do processo, pois na nova proposta há um resgate da participação de todos os envolvidos através de uma perspectiva policêntrica e participativa.

Outro viés importante nas mudanças expressas no Novo Código de Processo Civil é o incentivo à solução do litígio através de outros métodos de solução consensual, passando de uma perspectiva que fomentava o litígio para uma perspectiva que incentiva a conciliação e participação igualitárias das partes na construção da decisão, atribuindo assim maior legitimidade à decisão.

No que tange o Processo Administrativo Disciplinar – PAD, assim como os demais, necessita ser isonômico, pautado pelo contraditório e pela ampla defesa, ocorrer em tempo razoável sem prejuízo dos demais princípios, buscando a construção da decisão legítima, razoável, através do diálogo participativo e cooperativo das partes, a partir de decisões fundamentadas. O devido processo legal garante que o resultado final do processo se desenvolva sob a indispensável disciplina constitucional principiológica, levando-o inclusive à nomenclatura de devido processo constitucional.

Deve-se também buscar no Processo Administrativo Disciplinar métodos de solução consensual, bem como a participação cooperativa das partes, pautadas pela boa-fé, na construção de decisões mais participativas e dialógicas, bem como legitimadas em decorrência desta participação e mais eficientes, sem se afastar das garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório.

A presente dissertação objetiva analisar a sistemática do Processo Administrativo Disciplinar sob a ótica das adequações principiológica-constitucionais, conforme sugerido na teoria de Sérgio Henriques Zandoná Freitas, questionando a necessária opção pela Administração Pública Dialógica no procedimento administrativo, quanto à técnica normativa estrutural das decisões administrativas, tomando a devida cautela para que não ocorra a diminuição dos princípios fundamentais e constitucionais, entre eles o do devido processo legal, contraditório e ampla defesa, quando da busca pela celeridade processual, na

esfera do Processo Administrativo Disciplinar, prejudicando frontalmente as partes envolvidas no litígio administrativo (FREITAS, 2014).

Dessa maneira, isso se constitui no tema-problema aqui apresentado e com importância acadêmica relevante, além de impactar na atuação da autoridade administrativa e no entendimento entre a Administração e o Administrado, criando-se um debate sobre sugestões de melhoria ao Processo Administrativo Disciplinar sob a ótica do Devido Processo Constitucional e dentro desta do Processo Cooperativo, e não somente apenas no Direito Administrativo, como advento da nova ordem constitucional.

A metodologia utilizada para o desenvolvimento da dissertação, dogmática-jurídica, foi desenvolvida através da pesquisa bibliográfica, feita através de um levantamento bibliográfico e leitura analítica sobre o tema-problema.

CAPÍTULO I

O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Do entendimento das garantias estabelecidas pelo próprio Estado Democrático de Direito se obtém as premissas e definições enormemente importantes para a discussão aqui estabelecida, assim como os princípios reguladores e seus subprincípios igualmente fundamentais na formação do Estado constitucionalmente estruturado.

Jurgen Habermas ressalta a importância dos direitos fundamentais, tão necessários à construção das bases fundamentais do Estado Democrático de Direito, chamando a atenção para "o processo democrático que institucionaliza as formas comunicativas necessárias para uma formação política racional da vontade tem que satisfazer simultaneamente a diferentes condições da comunicação", ressaltando que:

em geral, as decisões da maioria são limitadas por meio de uma proteção dos direitos fundamentais das minorias; pois os cidadãos, no exercício de sua autonomia política, não podem ir contra o sistema de direitos que constitui esta mesma autonomia (HABERMAS, 2003, p. 224-225).

Habermas aponta então a formação do Estado Democrático de Direito como advindo desses direitos fundamentais e da proteção do direito, de onde resultam todos os demais princípios para a especificação de tarefas, modo de trabalho e garantia do *status* de uma jurisdição independente, de forma a resguardar, simultaneamente, a segurança do direito e a aceitabilidade racional das decisões judiciais, através do discurso participativo, a partir da maneira como estes são aplicados a esse direito (HABERMAS, 2000).

Dessa maneira faz-se entre os direitos fundamentais, os direitos humanos e o princípio da soberania popular, bases para a formatação do Estado Democrático de Direito, sendo os dois últimos determinantes deste Estado.

Segundo a pesquisa doutrinária sobre o Estado Democrático de Direito realizada por Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, a expressão Estado de Direito "é genuína construção do idioma germânico (*Rechtsstaat*) resultante da justaposição das palavras *Recht* (Direito) e *Staat* (Estado), feita com o objetivo de revelar teoria

criada e desenvolvida pelos juristas alemães sobre o Estado, na primeira metade do século XIX (BRÊTAS, 2004, p. 93-94).

Ainda de acordo com Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, a teoria do Estado de Direito surgiu em oposição à ideia do que, comumente, de forma aproximada, se traduz por Estado de Polícia (*Obrigkeitsstaat*), também chamado de Estado Iluminista ou de Estado Providência (BRÊTAS, 2004, p. 93-94).

O Estado Democrático de Direito também é resultante da evolução histórica tento atravessado do Estado de Polícia, para o Estado Liberal e do Estado Social, tendo enfrentando as deficiências dos sistemas antecedentes para se chegar ao modelo atual do Estado Democrático de Direito.

Neste Estado de Polícia, cujas características gerais eram o predomínio da ideia de soberania centrada no monarca, onde a lei e os preceitos religiosos se confundiam, o poder soberano se estendia, também, no âmbito religioso, assim exercendo autoridade eclesiástica, os súditos eram submetidos ao autoritarismo e as leis criadas pelo Estado absolutista, mas o Estado não submetia as normas e a configuração do Estado desvinculada do moderno constitucionalismo, designando a expressão polícia a administração estatal interna (BRÊTAS, 2004, p. 93-94).

No Estado Liberal, marcado pela mínima intervenção estatal, o Estado deveria intervir apenas para garantir e liberdade individual e liberdade de concorrência, tendo como centro de sua atuação a proteção à propriedade privada, via a tripartição dos poderes, mas tarde entendidos como funções² do Estado, tendo a omissão do Estado diante dos problemas econômicos e sociais levado ao Estado Social (LEAL, 2002, p. 25-27).

A deficiência do paradigma do Estado Liberal cedeu lugar ao aparecimento do Estado Social, tendo como marcos a Constituição Mexicana, de 1917 e a de *Weimar*, em 1919, em resposta aos problemas sociais da época, passando o Estado a exercer um papel intervencionista, tanto na economia quanto nas relações privadas, devendo Estado garantir os direitos sociais mínimos. Como ressaltado por

² O autor Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias ressalta o equívoco em se referir a teoria de separação de poderes de Montesquieu, sendo que essa trata da separação de funções do Estado e não de poderes, deixando claro este equívoco na sua obra Responsabilidade do Estado pela Função Jurisdicional (BRÊTAS, 2004, p. 61-93).

André Cordeiro Leal “este paradigma serviu de base à interpretação do Direito principalmente após a Segunda Guerra Mundial, apresentando-se como forma de diminuir a perda de legitimidade e de afastar o risco de *desintegração das instituições sociais*” (LEAL, 2002, p.27).

Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira define a estrutura dos tipos específicos advindos do código jurídico citado por Habermas como fundamental ao Estado Democrático de Direito através da seguinte composição que se segue:

- 1 – direitos a iguais liberdades subjetivas – as normas de ação, ao revestirem da forma jurídica, atribuem titularidade aos sujeitos para o exercício das liberdades subjetivas;
- 2 – direito a iguais direitos de pertinência – direitos de nacionalidade;
- 3 – direito à tutela jurisdicional – a garantia de meios jurídicos-processuais mediante os quais cada pessoa que acredite que seus direitos foram violados possa afirmar suas pretensões, direitos de agir em juízo, a um devido processo legal, a igual proteção jurídica, ao contraditório e a ampla defesa, a um igual direito à tutela jurisdicional;
- 4 – direito à elaboração legislativa autônoma – de importância central para o desenvolvimento e afirmação dos demais direitos, são direitos à igual participação nos processos de formação coletiva da vontade política. Através do exercício desses direitos é que os cidadãos realizam a prática de autolegislação, de autores dos seus próprios direitos e das normas de ação jurídicas às quais querem submeter-se;
- 5 – direitos participatórios – direitos ao provimento do bem-estar e da segurança sociais, à proteção contra riscos sociais e tecnológicos, bem como aos provimentos de condições ecologicamente não danificadas de vida e, quando necessário sob as condições prevalentes, o direito de igual oportunidade de exercício dos outros direitos elencados (CATTONI DE OLIVEIRA, 2002, p. 71-72).

Sérgio Henrique Zandona Freitas afirma que o Estado Democrático de Direito visa à indispensável compreensão sobre os direitos e garantias definidos no ordenamento jurídico, fundamentais à proteção da sociedade e dos bens públicos, bem como o cuidado vigilante que o Direito Constitucional e a própria Constituição dedicam a um setor tão delicado como o das relações entre o poder, o Estado e o Cidadão (FREITAS, 2014, p.20).

O mesmo autor ressalta que o Estado de Direito teve suas bases na vontade racional geral e na preservação da vida em comum e da liberdade das pessoas, além da segurança na administração da justiça (exercício da função jurisdicional), o atendimento às normas legais e a representação do povo junto à atividade

legislativa do Estado, assegurando as três funções legislativa, executiva e judiciária (FREITAS, 2014, p.68).

Também sustenta que o Estado Democrático de Direito tem sua base estruturante no direito do povo às funções do Estado, essenciais e jurídicas (legislativa, executiva ou administrativa ou governamental e a jurisdicional) que, do ponto de vista do processo (jurisdicional ou administrativo), ao administrado, efetivado estará o direito ao devido processo constitucional, desde que observados os preceitos constitucionais, sendo estas também as bases do Direito Processual moderno e do Direito Administrativo, uma vez que o Estado visa à indispensável compreensão sobre os direitos e garantias definidos no ordenamento jurídico, fundamentais à proteção da sociedade e dos bens públicos (FREITAS, 2014, p.20 e 74).

Já Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias é enfático ao definir o Estado Constitucional Democrático de Direito através do protótipo baseado na fonte de legitimação do exercício do poder emanado do povo a partir dos princípios jurídicos da democracia e do Estado de Direito, com aplicação das normas do direito e estruturado por leis, principalmente a constitucional. (BRÊTAS, 2004, p. 62-63).

O mesmo autor destaca também a importante função garantidora do Estado de Direito através de seu conjunto de normas jurídicas (princípios e regras) constitucionais onde se destaca para a discussão da questão em tela, além daqueles direitos fundamentais como da liberdade, igualdade perante a lei e segurança das pessoas e cidadãos, o princípio da reserva legal e o direito à jurisdição em prol da garantia do devido processo constitucional, estruturado nos princípios do contraditório e da ampla defesa, com a indispensável presença do advogado, o princípio da separação das funções do Estado, os princípios regentes da administração pública, quais sejam: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (BRÊTAS, 2004, p. 73-74).

Os direitos fundamentais são elencados por José Alfredo de Oliveira Baracho nos termos da jurisdição constitucional, quando garante que um dos aspectos mais importantes da jurisdição constitucional, como tutela dos direitos fundamentais constitucionais é o controle da constitucionalidade das leis, exercido por meio do

conjunto de instrumentos jurídicos processuais, submetidos aos tribunais, questionando infringências aos direitos fundamentais (BARACHO, 1984, p. 110, 113-114).

Importante conceituação é trazida por Raymond Carré de Malberg para a definição do Estado de Direito como Estado que se submete a um sistema de leis na interface com seus cidadãos. Isso é feito de maneira a garantir ao seu povo segurança jurídica, através da submissão a um conjunto de regras de natureza diversa, umas determinando os direitos outorgados aos indivíduos, preservando-lhes a liberdade, outras estabelecendo previamente as vias e os meios que podem ser empregados visando à realização dos fins do Estado (CARRÉ DE MALBERG, 1984).

Simone Goyard-Fabre resumiu Raymond Carré de Malberg ao dizer que para ele o princípio básico do Estado de Direito é a inalienabilidade dos direitos fundamentais reconhecidos ao homem (GOYARD-FABRE, 1997).

Para Raymond Carré de Malberg o regime do Estado de Direito é o que faz regras impostas a si próprio como forma de limitar seu poder de atuação e que podem ser conclamadas por seus cidadãos em defesa de seus direitos (CARRÉ DE MALBERG, 1984).

É também aquele que cria normas concernentes ao exercício do poder por ele próprio no seu ordenamento jurídico, garantindo aos seus cidadãos o poder jurídico de atuarem perante um órgão jurisdicional com a finalidade de alcançarem a invalidação ou a extinção dos atos estatais que as tenham infringido como sanção dessas regras (CARRÉ DE MALBERG, 1984).

É imprescindível que os cidadãos disponham do direito de ação em face do Estado, provocando a jurisdição, com o fito de impugnarem os atos estatais, quaisquer que sejam, causadores de lesão aos seus direitos individuais (CARRÉ DE MALBERG, 1984).

Importante evidenciar o destaque dado por Odete Medauar ao procedimento como sendo essencial ao fortalecimento dos interesses na busca pelo entendimento dos mesmos antes da tomada de decisão, deve ser aqui registrado, em especial num contexto da Administração inserida em sociedade e Estado, caracterizados

pela complexidade sócio-político-econômica, pelo fato de que isso permite o confronto objetivo e a coexistência de interesses, portanto a uma maior participação e sentimento de pertencimento por parte do cidadão (MEDAUAR, 2003, p. 224-228).

José Alfredo de Oliveira Baracho estabelece o Estado como instituto fundamental ao Direito Público e ao Direito Constitucional, concluindo que as instituições políticas são baseadas no poder político e no Estado, e que o ponto comum das análises políticas é o relacionamento dos fenômenos políticos com o poder, constatação vinculada à organização e ao exercício do poder em sociedade, ou ainda, na ideia de poder pela divisão de grupos sociais dos que mandam e dos que obedecem (BARACHO, 1977, p.134-137).

Para Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, as ideias de poder e direito tem importância no contexto sociopolítico, considerado como a infraestrutura das instituições sociais e políticas, na busca do equilíbrio harmonioso entre o exercício do poder político, na preservação da ordem e da autoridade, garantidoras da liberdade dos destinatários desse mesmo poder por meio do Direito Político (apoiado na Ciência Política), que estabelecem limites ao exercício do poder pelo Estado, nas suas relações com a sociedade, assegurando, com base nos princípios e regras do Direito Constitucional, direitos e liberdades fundamentais do ser humano, em detrimento do poder de forma degenerada, arbitrária ou abusiva (BRÊTAS, 2004, p.93-107).

Nesse mesmo âmbito, chama atenção a definição dada por Gustavo Binenbojm ao Estado Democrático de Direito, como sendo estruturado como conjunto de instituições jurídico-políticas erigidas sob o fundamento e para a finalidade de proteger e promover a dignidade da pessoa humana. Para ele a origem e alicerce de todos os direitos fundamentais estariam assim advindos dessa ideia de dignidade traduzida pelo postulado kantiano elevada a princípio jurídico (BINENBOJM, 2008).

Dessa maneira, trata-se da legitimidade do Estado Democrático de Direito através da fundamentação pelos princípios da garantia dos direitos fundamentais e da democracia. Além disso, esses princípios representariam igualmente como

elementos estruturantes desse Estado, sendo valores capitais da civilização ocidental (BINENBOJM, 2008).

A preocupação com a questão da dignidade humana e os princípios fundamentais pode também ser observada nas colocações feitas por Paulo Bonavides que relata o embate histórico entre a liberdade individual e o poder do monarca como gerador embrionário do Estado de Direito, seguido por um ciclo de evolução teórica e de decantação conceitual que chega a um arremate com a filosofia política de Kant, segundo Paulo Bonavides (BONAVIDES, 2004).

Ainda de acordo com o mesmo autor, nesse momento inicial a condição de Estado de Direito se vestia de um formalismo capaz de desnudar o Estado de substantividade ou conteúdo, marcando a luta da liberdade contra o despotismo inicialmente no continente europeu (BONAVIDES, 2004).

Essa luta capitaneada pela burguesia inicialmente como classe dominada e posteriormente como dominante, generalizou doutrinariamente os princípios filosóficos de sua revolta social como ideais comuns a todos os componentes do corpo social, mas que em seguida à chegada ao poder se desinteressa por manter na prática a universalidade daqueles princípios, mantendo-os somente de maneira formal uma vez que no plano de aplicação política eles se conservam, de fato, princípios constitutivos de uma ideologia de classe (BONAVIDES, 2004).

Essa questão do embate pelo controle do poder político dentro do Estado Democrático de Direito fica destacada também na definição dada por Karl Loewenstein ao caráter democrático do Estado Democrático de Direito, quanto forma de classificação a um sistema político, como dependente da existência de instituições efetivas por meio das quais o exercício do poder político está distribuído entre seus detentores e por meio das quais os detentores do poder estão submetidos ao controle dos destinatários desse poder (LOEWENSTEIN, 1976).

Karl Loewenstein já inclusive adiantaria a importante questão da necessidade constitucional na formulação e formalização da ordem fundamental da sociedade estatal, com um indispensável aspecto material em seu elemento fundamental para alcançar-se o controle do poder (LOEWENSTEIN, 1976).

O caráter democrático aparece igualmente destacado na definição de Alexandre de Moraes para Estado Democrático de Direito através da exigência de que o mesmo deve reger-se por normas democráticas, com eleições livres, periódicas e pelo povo, bem como o respeito das autoridades públicas aos direitos e garantias fundamentais. Notadamente é também perceptível a questão das garantias aos direitos fundamentais como oriundo da tratativa da dignidade humana marcada de forma bem evidente pelos autores anteriormente citados (MORAES, 2000, p. 43).

A questão da representação política não pode ser, no entanto a única forma de expressão democrática do Estado Democrático de Direito como princípio democrático, não se limitando à mesma, pois deve envolver obrigatoriamente o aspecto da soberania popular, entre outros que devem estar apresentados em seu significado.

Conforme Ronaldo Bretãs de Carvalho Dias explica sobre o caráter democrático, o mesmo deve necessariamente incluir a participação efetiva e operante da população na coisa pública, não se limitando, porém, à simples formação das instituições representativas, o que já seria uma evolução do Estado Democrático, entretanto não seria seu completo desenvolvimento, uma vez que:

[...] impõe-se perceber que a democracia, atualmente, mais do que forma de Estado e de governo, é um princípio consagrado nos modernos ordenamentos constitucionais como fonte de legitimação do exercício do poder, que tem origem no povo, daí o protótipo constitucional dos Estados Democráticos, ao se declarar que todo o poder emana do povo [...]. Como povo, há de se entender a comunidade política do Estado, composta de pessoas livres, dotadas de direitos subjetivos umas em face de outras e perante o próprio Estado, fazendo parte do povo tanto os governados como os governantes, pois estes são provenientes do povo, sejam quais forem suas condições sociais, todos obedientes às mesmas normas jurídicas, sobretudo à Constituição, que é o estatuto maior do poder político (BRÊTAS, 2004, p.102).

A efetividade dessa participação é perpassada também pelos mecanismos de geração e de controle das decisões políticas no mais amplo aspecto, função e tipos da esfera do poder estatal, para formação da soberania popular.

Explorando um pouco mais do conceito de soberania popular como no contexto do princípio democrático, Joaquim José Gomes Canotilho destaca quatro dimensões desse aspecto.

O domínio político não é pressuposto e aceite, carece de justificação, necessita de legitimidade; A legitimidade do domínio político só pode derivar do próprio povo e não de qualquer outra instância exterior do povo (ordem divina, ordem natural, ordem hereditária, ordem democrática); O povo é, ele mesmo, o titular da soberania ou do poder, o que significa:

(a) de forma negativa, o poder do povo distingue-se de outras formas de domínio “não populares” (monarca, classe, casta);

(b) de forma positiva, a necessidade de uma legitimação democrática efetiva para o exercício do poder, pois o povo é o titular e o ponto de referência dessa mesma legitimação – ela vem do povo e a este se deve reconduzir; A soberania popular – o povo, a vontade do povo e a formação da vontade política do povo – existe, é eficaz e vinculativa no âmbito de uma ordem constitucional materialmente informada pelos princípios da liberdade política, da igualdade dos cidadãos, de organização plural de interesses politicamente relevantes e procedimentalmente dotada de instrumentos garantidores da operacionalidade prática deste princípio; A constituição, material, formal e procedimentalmente legitimada, fornece o plano da construção organizatória da democracia, pois é ela que determina os pressupostos e os procedimentos segundo os quais “as decisões” e as “manifestações” de vontade do povo são jurídica e politicamente relevantes (CANOTILHO, 1999, p. 264-281).

Joaquim José Gomes Canotilho também nos lembra do caráter constitucional do Estado de Direito, que consagra o princípio da constitucionalidade da ordem jurídica, de forma a justificar o surgimento de um Estado vinculado ao direito (CANOTILHO, 2002, p. 292).

Isso teria permitido em sua visão o surgimento do Estado como ente constitucionalmente estruturado cujas atividades seriam regidas por normas e leis votadas e sancionadas por representantes eleitos pelo povo. Para ele, da mesma maneira que o sentido de Estado de direito não poderia ser vislumbrado senão à luz

do princípio democrático, também o do Estado democrático não seria compreendido senão na visão do Estado de direito, assim, da mesma forma que há um Estado de direito democrático, também existe um Estado democrático de direito, isto é, subordinado a normas jurídicas entre as quais se destacam as constitucionais. (CANOTILHO, 2002, p. 292).

Simone Goyard-Fabre faz essa mesma menção ao considerar a Constituição como a “escritura necessária do poder”. Essa visão constitucional de Estado enfatizado acima, afasta de maneira definitiva a consideração de um Estado sem a devida contribuição do constitucionalismo, tão caro e imprescindível para o Estado de Direito e o Estado Democrático. Há de se considerar o Estado somente estruturado através de um sistema de normas e leis (constitucionais), alinhando a conexão do Estado de Direito e Estado Democrático também com a ideia de um Estado Constitucional (GOYARD-FABRE, 1997).

José Alfredo de Oliveira Baracho faz similarmente essa leitura constitucional de maneira prévia ao considerar o Estado Democrático de Direito a partir de sua característica como dotado de sistemas jurídico-normativos consistentes, idealizados e analisados pela teoria do Estado e pela teoria constitucional tecnicamente como legítimos complexos de ideias, princípios e normas juridicamente dirigidas, relacionadas entre si por dependência lógico-formal, informadoras da contemporânea visão de Estado e reveladoras dos atuais intuitos científicos observados na sua caracterização e estruturação jurídico-constitucional (BARACHO, 2006, p. 46-49).

Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias igualmente confere sua preferência em se posicionar conceitualmente pela posição doutrinária que enxerga o Estado de Direito e o Estado Democrático, como verdadeiros princípios conexos e normas jurídicas constitucionalmente positivadas (BRÊTAS, 2003).

Assim considera a dimensão atual e marcante do Estado Constitucional Democrático de Direito resultante da articulação dos princípios do Estado Democrático e do Estado de Direito, cujo entrelaçamento técnico e harmonioso se dá pelas normas constitucionais (BRÊTAS, 2003).

Conclui dessa maneira pela percepção da democracia como princípio consagrado nos modernos ordenamentos constitucionais e fonte de legitimação do exercício do poder, que tem origem no povo e de onde se origina o protótipo constitucional dos Estados Democráticos, que declarar que todo o poder emana do povo, fazendo parte do povo tanto os governados como os governantes, pois estes últimos são oriundos do povo, sejam quais forem suas condições sociais, devendo ser todos obedientes às mesmas normas jurídicas, sobretudo à Constituição, que é o estatuto maior do poder político (BRÊTAS, 2003).

A seguir Norberto Bobbio traz um importante aspecto como visto acima do conceito democrático ou da democracia representativa, que é o da visibilidade e publicidade do poder, ou seja, o de tornar público o exercício do poder a partir da transmissão das sessões do parlamento com a formação de uma opinião pública mediante o exercício da liberdade de imprensa, com a solicitação dirigida aos líderes políticos que façam suas declarações através dos meios de comunicação de massa (BOBBIO, 2000).

Nesse aspecto deve, entretanto, prever formas de engajar o público de forma ativa na recepção dessa publicidade para que os instrumentos de divulgação não sejam somente dispendiosos e baldados do ponto de vista da participação efetiva e operante da população na coisa pública (BOBBIO, 2000).

Para Ênio Moraes da Silva a questão do aspecto da democracia dentro do Estado Democrático de Direito exige estimular a participação real do povo a partir dos mecanismos de participação popular, previstos na Constituição da República de 1988, em seu artigo 14, que são meios de exercício da soberania popular: plebiscito, referendo e iniciativa popular (SILVA, 2005).

Além disso, Ênio Moraes da Silva afirma que deve ser incentivado o movimento que postula o exercício desses instrumentos de participação popular, sendo necessário dizer que o Estado Democrático de Direito somente se realiza quando se constata que ele propicia uma real proteção e garantia efetiva dos direitos humanos em seu seio (SILVA, 2005).

Para Ênio Moraes da Silva a busca por uma definição mais exata de Estado Democrático de Direito deve ser substituída pelos valores e princípios que o envolvem ou com ele estão relacionados, que são:

- tem o seu fundamento na soberania popular; necessidade de providenciar mecanismos de apuração e de efetivação da vontade do povo nas decisões políticas fundamentais do Estado, conciliando uma democracia representativa, pluralista e livre, com uma democracia participativa efetiva;
- é também um Estado Constitucional, ou seja, dotado de uma Constituição da República material legítima, rígida, emanada da vontade do povo, dotada de supremacia e que vincule todos os poderes e os atos dela provenientes;
- existência de um órgão guardião da Constituição da República e dos valores fundamentais da sociedade, que tenha atuação livre e desimpedida, constitucionalmente garantida;
- existência de um sistema de garantia dos direitos humanos, em todas as suas expressões;
- realização da democracia – além da política – social, econômica e cultural, com a consequente promoção da justiça social; observância do princípio da igualdade;
- existência de órgãos judiciais, livres e independentes, para a solução dos conflitos entre a sociedade, entre os indivíduos e destes com o Estado;
- observância do princípio da legalidade, sendo a lei formada pela legítima vontade popular e informada pelos princípios da justiça; observância do princípio da segurança jurídica, controlando-se os excessos de produção normativa, propiciando, assim, a previsibilidade jurídica (SILVA, 2005).

Isabelle Baptista faz uma abordagem do Estado Democrático de Direito sob a luz do princípio da supremacia do interesse público como alicerce do Direito Administrativo, para análise da legitimidade do Estado Democrático de Direito fincada na satisfação do interesse público (BAPTISTA, 2013).

Para ela, a mudança paradigmática da origem do Estado moderno, sendo este instruído num ambiente de afirmação de valores individualistas para uma postura intervencionista com vistas à satisfação de interesses coletivos, acarreta o desenvolvimento da noção do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado (BAPTISTA, 2013).

Além disso, essa mudança paradigmática também teria influenciado no desenvolvimento dos pressupostos jurídicos que unificam o regime jurídico administrativo, baseado nas prerrogativas e sujeições, a partir se seu desenvolvimento de uma atuação fincada na proteção dos interesses individuais para outra dedicada à satisfação dos interesses da coletividade (BAPTISTA, 2013).

Dessa maneira, o Estado Democrático de Direito passaria a ter legitimidade de suas atuações quando da ligação dessas aos interesses da sociedade. No caso de ocorrência de algum conflito entre interesse privado e interesse público, este último é quem deveria ser implementado pelo ente estatal para que essa legitimação ocorresse de maneira concreta (BAPTISTA, 2013).

Cabe ressaltar que para Habermas não há supremacia entre a esfera pública e a privada e sim que estas são requisito da democracia, uma vez que só possível atender ao interesse coletivo através do diálogo entres as duas esferas. Através das ideias desenvolvidas por Habermas da Teoria Discursiva, como frisado por Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira:

Segundo Habermas, sem os direitos fundamentais que asseguram a autonomia privada dos cidadãos, não haveria o médium para a institucionalização jurídica das condições sob as quais os sujeitos de direito podem fazer uso da autonomia pública ao desempenharem seu papel de cidadãos. Assim, a autonomia pública e a privada pressupõem-se mutuamente, sem que haja primazia de uma sobre a outra (CATTONI DE OLIVEIRA, 2003, p.182).

Luiz Regis Prado também aborda as premissas fundamentais sobre o Estado, o define através da compreensão do ordenamento jurídico positivo, destacando a base da legitimidade democrática como sendo a garantia dos direitos individuais, das liberdades públicas, da legalidade e da igualdade, mediante organização policêntrica do poder público e a tutela judicial dos direitos dos indivíduos, que traz estrutura e conteúdo à comunidade social (PRADO, 2016).

Têmis Limberger aborda o Estado Democrático de Direito sob a ótica da informação, destacando-a como importante para a participação do cidadão nos assuntos públicos, especialmente no controle e na crítica dos mesmos. Já no modelo liberal seria uma consequência política do exercício de certas liberdades individuais (LIMBERGER, 2008).

A livre discussão seria um componente jurídico prévio à tomada de decisão que afeta à coletividade e imprescindível para legitimação do Estado democrático, sendo o processo de comunicação essencial à democracia. Para isso, a informação tem de ser assegurada e sua difusão protegida (LIMBERGER, 2008).

Ainda sob essa ótica, a autora aborda a publicidade como um preceito sobre o qual o ordenamento jurídico no Estado democrático se assenta, tendo o sigilo de ser excepcional e justificado, uma vez que a administração tem o dever de dar publicidade aos seus atos e os cidadãos devem ser informados consolidando a transparência necessária ao processo (LIMBERGER, 2008).

A divulgação através dos meios eletrônicos permitiria o desenvolvimento de um controle preventivo, além de estimular a participação popular, tornando-se o exercício do poder mais transparente e, portanto, mais democrático, evitando que os cidadãos fiquem desinformados dos assuntos públicos, o que fortaleceria o caráter democrático do Estado assim como ajudaria a legitimá-lo (LIMBERGER, 2008).

Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, traz à luz de seus estudos as considerações pela doutrina germânica do princípio democrático como um princípio configurador de caráter formal e orgânico e por outro lado, o Estado de Direito como princípio de natureza material e procedimental, pelas características de incidir no modo de proceder da atividade estatal, limitando e vinculando o exercício do poder pelo Estado ao direito a fim de garantir as liberdades individuais; reconhecer os direitos fundamentais das pessoas; instituir o controle jurisdicional da legalidade dos atos da administração pública; e por último conceder proteção jurídica às pessoas por meio dos provimentos jurisdicionais gerados (BRÊTAS, 2003).

Pelo seu estudo da Constituição da República de 1988, Ronaldo Brêtas ressalta os princípios do Estado Democrático e do Estado de Direito sob normas

jurídicas constitucionalmente positivadas, com o intuito de estabelecer o Estado Constitucional Democrático de Direito (artigo 1º da CR/88), destacando no texto da mesma o conjunto de normas jurídicas (princípios e regras) que fundamentam a base jurídico-constitucional do Estado de Direito destacando:

- o pujante rol de direitos, liberdades e garantias fundamentais declarados nos artigos 5º e 6º da CR/88³ (princípio da igualdade, da reserva legal, do direito à jurisdição pelo devido processo constitucional, princípios do contraditório, da ampla defesa, da presença do advogado – que para o autor o misoneísmo dos juízes e Tribunais brasileiros dita em não aceitar - no ato estatal de julgar, dentre outros);
- o princípio da separação das funções do Estado proclamado no artigo 2º, da CR/88;
- os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, que regem a administração pública como estabelece o artigo 37, da CR/88;
- o princípio da responsabilidade do Estado pelos danos causados aos particulares no exercício de suas funções essenciais (legislativa, administrativa / governamental e a jurisdicional) como estabelece o § 6º, do artigo 37, da CR/88, entre outros (BRÊTAS, 2003).

Ronaldo Brêtas complementa que para o Estado Democrático sua dimensão e se alicerça constitucionalmente na legitimidade do domínio político e na legitimação do exercício do poder abancadas exclusivamente na soberania e na vontade do povo (artigo 1º, incisos I, II, parágrafo único; artigo 14 e artigo 60, § 4º, inciso II, da CR/88) (BRÊTAS, 2003).

Instrumentalizadas através do sufrágio universal por meio do voto direto, secreto e igual para todos, ao constar no texto constitucional brasileiro que o povo além de escolher seus representantes, também exerce participação democrática intensa na solução dos problemas e questões pátrias por intermédio do plebiscito, do referendo, da iniciativa popular e sobretudo por intermédio do processo

³ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil, 1988**. Brasília: Senado Federal, Centro Gráfico, 1988. 292 p.

constitucional, uma vez que o texto da Constituição da República de 1988 confere ao cidadão, sem ônus, o direito de ação (ação popular) para invalidar atos nocivos ao patrimônio público e à moralidade administrativa (artigo 1º, parágrafo único; artigo 14, incisos I, II e III; e artigo 5º, inciso LXXIII, da CR/88) (BRÊTAS, 2003).

Maria Tereza Fonseca Dias analisa a mudança da função do Estado influenciada pelos movimentos denominados de pós-modernidade ao afirmar que o Estado perde seu privilégio de transcendência a partir do momento em que passa a precisar do subsídio da sociedade no cumprimento de suas funções, e a norma jurídica, necessitando do crivo da legitimidade, não pode mais ser definida como expressão da vontade geral, visto que a lei é desenvolvida a partir de um conjunto de relações políticas e sociais contingentes (DIAS, 2003).

Isabelle Baptista referenda essa mesma ideia ao afirmar que a supremacia jurídica possuída pela Administração Pública deriva da premissa de que o Estado é o agente garantidor da satisfação das necessidades reais e exclusivas da coletividade (BAPTISTA, 2013).

Dessa maneira o interesse público se apresenta como legitimador do exercício da atividade estatal, pois as atividades administrativas devem acontecer em virtude da satisfação dos interesses da coletividade, sendo assim o sistema jurídico garante uma distinção do ente público em relação ao particular como maneira de assegurar a implementação das medidas administrativas imprescindíveis para a efetivação dos interesses da coletividade (BAPTISTA, 2013).

Para a autora, o problema ocorre a partir do momento em que a autoridade administrativa é desempenhada de forma a concretizar as “razões de Estado”, ou seja, quando a função administrativa é efetivada para a satisfação de interesses privados daqueles que detém o poder, fazendo com que ocorra o exercício reiterado de autoritarismo por parte do Estado, antagônicos às premissas do Estado Democrático de Direito e da nova disposição constitucional que exige a concretização e aderência aos direitos e garantias fundamentais (BAPTISTA, 2013).

CAPÍTULO II

O DEVIDO PROCESSO CONSTITUCIONAL

Dentre as garantias constitucionais importantes para a legitimidade do Estado Democrático de Direito o princípio do Devido Processo Legal fundamentado no art. 5º, LIV da Constituição da República de 1988, recebe destaque pela sua contribuição ao tema-problema aqui abordado.

Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias e os autores abaixo citado defendem que, o que é ou deveria ser verdadeiramente assegurado pela Constituição é o Devido Processo Constitucional (BRÊTAS, 2003), ou de maneira equivalente o Devido Processo da Lei, como defendido por Nagib Slaibi Filho (SLAIBI FILHO, 2004, p. 402), diferentemente do que expressa o texto constitucional na expressão adotada “devido processo legal”, vista por autores como Paula Sarno Braga (BRAGA, 2008) como um conceito aberto, instituto de teor inexato, vago e indefinido.

O termo em si é originário da expressão de língua bretã como tradução de “*due processo of Law*” – mas se mal traduzida para o português - representando a proteção da jurisdição ou disposição à jurisdição cega e equilibrada. Essa ambiguidade colabora para a configuração do paradigma constitucional do processo, o que é sensivelmente importante para o tema-problema aqui tratado.

Essa diferenciação hermenêutica se deu pela influência do processo conhecido como constitucionalização do direito, iniciado na Europa em meados do século XX conforme descrito por Italo Andolina e Giuseppe Vignera e trazido ao Brasil ao final dos anos oitenta, repensando o Direito como um todo sob a ótica constitucional. Para eles a natureza constitucional dos princípios processuais fundamentais passou a ter um papel de destaque, essencial para o exercício de outros direitos fundamentais (ANDOLINA; VIGNERA, 1990).

Nessa perspectiva constitucional, o princípio do devido processo legal deve ser encarado como o princípio responsável por assegurar que os processos de qualquer natureza, em especial o Processo Administrativo Disciplinar, ocorram conforme o modelo constitucional de processo.

Além disso, o princípio do devido processo legal, também deve ser encarado como uma estrutura de certeza do respeito às garantias constitucionais do processo, com atenção especial à garantia de participação que por fim resulta do princípio do contraditório, ainda mais importante.

Assim, propõe-se a certificar de que o processo judicial ou administrativo se desenvolva conforme o modelo constitucional de processo, sendo uma garantia de que haverá um devido processo constitucional. Isso confirma o entendimento de que o pilar do devido processo constitucional garante que o resultado final do processo se desenvolva sob a indispensável disciplina constitucional principiológica.

Dessa forma, deve existir um perfeito alinhamento entre o processo administrativo e as garantias e direitos fundamentais advindos dos princípios constitucionais que integram o modelo constitucional de processo.

Em outras palavras, pelo menos no que se faz referência ao modelo constitucional de processo, o processo administrativo, assim como o judicial, necessita ser isonômico, garantir o direito ao contraditório, ocorrer em tempo razoável, com o princípio do acesso à jurisdição e a partir de decisões fundamentadas.

O devido processo legal visto como constitucional deve observar os direitos e garantias constitucionais do processo e essencial para o arcabouço do Direito Processual Constitucional, devendo exercer seu efeito nos diversos níveis do procedimento inclusive invalidando, quando aplicável, leis e decisões arbitrárias que legítima e injustificadamente possam ferir direitos fundamentais.

Dentre as várias garantias nominadas na Constituição brasileira, algumas devem ser examinadas mais de perto para entendimento da importância do papel constitucional no desenvolvimento do processo.

O princípio da isonomia, por exemplo, como devida garantia constitucional ao processo (art. 5º, *caput*, CR/88) compreende o equilíbrio de participação entre as diferentes partes, cada qual com a mesma importância para o resultado do processo, objetivando o desenvolvimento de um processo equânime, inibindo favorecimentos e garantindo um resultado razoável e legítimo.

Como elemento essencial ao princípio isonômico do processo constitucional pode-se considerar a justificativa decisória a partir de precedentes jurisprudenciais.

Essa praticada do julgador é bastante sensível à questão da isonomia devido ao grau de dificuldade para análise e certificação da igualdade da situação concreta, em que torna-se possível a aplicação de decisão já harmonizada, os outros casos em que há especificidades, que devem ser consideradas e tratadas com distinção, deve-se observar a isonomia, para que não ocorra a violação do direito constitucional à singularidade conforme explica Dierle José Coelho Nunes (NUNES, 2011).

Quando se trata de padronizar as decisões por precedentes já julgados, através de súmulas, da mesma maneira busca-se garantir decisões idênticas a casos similares, da mesma forma que se atribui aos casos distintos um exame singular, de maneira a respeitar essas diferenças de forma a refleti-las no resultado da decisão, obedecendo ao princípio da isonomia e respeitando-o da mesma maneira.

Ao considerar o devido processo legal dentro do âmbito constitucional, deve-se entender que afora o princípio isonômico que deve caracterizá-lo também é preciso compreendê-lo sob a ótica constitucional como uma premissa preestabelecida de antemão.

Há de se reconhecer as semelhanças existentes entre o princípio da isonomia e o da naturalidade do juízo em termos da padronização das decisões por precedentes, no sentido de fixar esferas de competência previamente preparadas para julgar casos de maneira geral e, portanto não de forma específica ou por exceção, dentro dessas esferas.

Essa competência separa as esferas de julgamento, no caso brasileiro, como responsável pelos princípios constitucionais para o STF, federais ou infraconstitucionais para o STJ e estaduais ou municipais para o TJ. A padronização das decisões por precedentes deve assim obedecer aos níveis de esfera de competência da natureza das normas jurídicas da maneira acima descrita. Isso evidencia o cumprimento ao princípio da naturalidade do juízo nestes termos, uma

vez que as pessoas terão sido julgadas por órgãos judiciais criados previamente e com competência prevista nas leis do país para julgar, conforme esse ordenamento.

O princípio do contraditório previsto no inciso LV do art. 5º da Constituição da República de 1988 é, da mesma maneira que os anteriores, extremamente importante no que tange as características constitucionais do devido processo legal, por garantir aos cidadãos o direito de participação e defesa. É considerado como a característica mais própria do processo, pilar sobre a qual o mesmo deve ser edificado, como ressaltado por André Cordeiro Leal:

Assim, no plano decisional, o *contraditório*, referido no art. 5º, LV, da CR/88, deve ser entendido, na atualidade, como princípio constitucional que atua como referente inafastável na leitura do Código de Processo Civil e da legislação procedimental no plano infra-constitucional (LEAL, 2002, p. 102).

Da ultrapassada visão da relação processual como relação jurídica de submissão das partes ao poder do juiz-Estado em posição de destaque nasce um conceito mais moderno, de domínio difuso e característica cooperativa, que passa a ser conhecido como procedimento em contraditório, se fazendo como parte integrante da real definição de processo, diferenciando-a da definição de simples procedimento.

Dessa maneira, o princípio do contraditório se destaca dos demais pela sua essencialidade ao garantir às partes efetiva participação no processo, de forma a influenciar substancialmente para ser considerada no resultado final proferido pelo juiz.

Essa real garantia de participação com poder de influência na decisão final do processo por meio do exercício de instrumentos processuais normalizados e em condições iguais entre as partes se consolidou na doutrina contemporânea. Para Frédérique Ferrand, significou a garantia das partes em ter oportunidade de se expressar perante ao órgão jurisdicional, de forma a ter seus argumentos considerados por ele (FERRAND, 2014).

Do mesmo modo defendido acima, alguma sentença que não leve em consideração o direito de ser ouvida de qualquer das partes fere diretamente o princípio do contraditório, salvo àquelas que por algum motivo não sejam resultantes

de um processo desenvolvido segundo um contraditório efetivo, sendo incompatível com os princípios do contraditório e do devido processo legal ou constitucional. Sendo assim, configurariam decisões arbitrárias proferidas pelo órgão jurisdicional e de forma subjetiva.

O Novo Código de Processo Civil em seu art. 10º, conforme Isabella Fonseca Alves e Daniela Moreira de Souza, pode ser considerado como premissa interpretativa para os demais artigos do código, quando destacado o contraditório por suas características de influência e não surpresa por meio do policentrismo processual e de um sistema cooperativo e participativo (ALVES; SOUZA, 2015).

Para isso, o magistrado deve proferir sentença levando em consideração os argumentos apresentados pelas partes, ao invés de fundamentar sua decisão em elementos fora do debate processual. Essa é a premissa da obrigatoriedade do órgão jurisdicional de levar em consideração toda fundamentação levantada pelas partes e capaz de influenciar positivamente a seu favor, garantindo resultado favorável à mesma no processo, conforme estabelecido no art. 489, § 1º, IV, do Novo Código de Processo Civil (ALVES; SOUZA, 2015).

André Cordeiro Leal reforça a importância que seja dada às partes igual oportunidade de pronunciamento e que este seja efetivamente considerado quando da prolação da sentença, sendo que se ocorrer de forma diversa estará sendo negada a vigência aos princípios do processo ou da própria força normativa do texto constitucional (LEAL, 2002, p. 104).

Lênio Luiz Streck também suscita a importância do art. 10º do Novo Código de Processo Civil ao afirmar que as partes têm direito fundamental a participar do provimento jurisdicional a que se submetem (STRECK, 2014).

O mesmo autor ressalta as “*auto-nomias*” habermasianas da esfera privada e pública a dogmática processual, balanceando de maneira eficiente “o *agir*” das partes, constantemente estratégico e dirigido por interesses, com as limitações determinadas pela organização comunicativa voltada para o conhecimento, necessária à articulação racional de pretensões jurídicas na esfera pública formal. Todos devem cooperar para o resultado final. Cada elemento tem seu papel

particular institucionalizado para que possa disputar, à sua forma, para a construção de um provimento comum (STRECK, 2014).

Isabella Fonseca Alves e Daniela Moreira de Souza, defendem o domínio do princípio constitucional do contraditório que se faz presente no art. 10º do Novo Código de Processo Civil abaixo transcrito:

o juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito na qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deveria decidir de ofício (BRASIL, 2015).

Bem como as autoras ressaltam a implantação do policentrismo processual, elidindo qualquer concepção de protagonismo individual, estruturador do modelo processual de processo constitucional, corroborando de forma efetiva para a consolidação do Estado Democrático de Direito, sendo o único processo viável o processo constitucional, por ter ele a função de garantir a participação dos interessados, tendo no art. 10º uma maneira distinta de concretização dessa apropriada participação (ALVES; SOUZA, 2015).

Sobre a participação das partes na decisão e fundamentação das decisões ressalta-se as conclusões apresentadas por André Cordeiro Leal.

A questão de fundo que é deslembada pela afirmativa de que o juiz é livre para decidir, *bastando* que motive “racionalmente” sua decisão, é exatamente a da própria “racionalidade” decisória no Estado Democrático de Direito, porque o juiz, mediante *mera* indicação de textos legais e de fórmulas de que se utilizara para aplicação das normas ao caso posto extirparia das partes o direito fundamental de construir discursivamente a própria racionalidade decisória.

Mais do que garantia de participação das partes em simétrica paridade, portanto, o contraditório deve efetivamente ser entrelaçado com o princípio (requisito) da fundamentação das decisões de forma a gerar bases argumentativas acerca dos fatos e do direito debatido para a motivação e das decisões (LEAL, 2002, p. 104-105).

Dierle José Coelho Nunes e Natanael Lud Santos e Silva abordam a questão do princípio contraditório como algo impossível de ser analisado simplesmente como mera garantia formal de bilateralidade do processo. Ele ressalta como uma das mais importantes, a possibilidade de influência sobre o desenvolvimento do processo e sobre a formação de decisões racionais, considerando-se as argumentações influentes das partes (NUNES; SILVA, 2015).

Dessarte é inaceitável que o juiz profira sua sentença sem examinar qualquer argumento das partes que possa a vir influência na decisão final do pleito ou ser importante na defesa de seus interesses (NUNES; SILVA, 2015).

Uma decisão que desconsidere, ao seu embasamento, os argumentos produzidos pelas partes durante o procedimento, será inconstitucional por falta de legitimidade como frisado por André Cordeiro Leal (LEAL, 2002, p. 105).

Essa premissa traz consigo o fato de que não se pode mais acreditar que o contraditório se limite a argumentação formal das partes, sem que isso gere uma contribuição de fato para a fundamentação da decisão, dessa maneira enfraquecendo o conceito que considera a participação das partes no processo possa ser algo fictício, aparente ou mesmo desnecessária ao plano substancial.

Do contrário, aceitar a premissa de que o órgão jurisdicional não está obrigado a examinar todos os fundamentos apresentados pelas partes, que não raro pode ser constatada nas decisões dos tribunais brasileiros⁴, constituiria um sistema processual que transformaria o direito ao contraditório como somente o direito à

⁴Segue a jurisprudência do STJ no mesmo sentido que a citada acima do STF, pertinente ao desrespeito ao princípio do contraditório: REsp 1258041/DF, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/04/2012, DJe 02/05/2012.

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. VÍCIOS FORMAIS. AUSÊNCIA. REGULARIDADE DO ATO IMPUGNADO.

[...] 5. Não implica cerceamento de defesa o indeferimento motivado pela Comissão Processante do pedido de produção de provas, quando for suficiente o conjunto probatório do processo administrativo disciplinar.

[...] (MS 16.185/DF, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 11/04/2012, DJe 03/08/2012)

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA ORIGINÁRIO - SERVIDORA PÚBLICA - TCE - PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR - APLICAÇÃO DE PENA DE SUSPENSÃO - DESCUMPRIMENTO DO DEVER DE ASSIDUIDADE - COMPROVAÇÃO PELOS DOCUMENTOS ACOSTADOS NO PAD - PROVA TESTEMUNHAL - DISPENSA - DESNECESSIDADE - CERCEAMENTO DE DEFESA - INOCORRÊNCIA - SEGURANÇA DENEGADA.

- A garantia da ampla defesa não obsta a dispensa de provas desnecessárias ou protelatórias no processo administrativo, assim como ocorre no processo judicial, não se configurando a nulidade por cerceamento de defesa neste caso.

- Se a própria interessada não cuidou de demonstrar a imprescindibilidade da prova e de arrolar as testemunhas que desejava ouvir, mostra-se descabida a pretensão de anular o processo administrativo que lhe foi desfavorável, em razão de sua própria desídia.

- Demonstrado através de espelho de ponto o descumprimento do dever de assiduidade do servidor e não tendo sido apresentadas justificativas para as faltas, dentro dos limites e hipóteses em que a lei autoriza a ausência, cabível a aplicação da pena de suspensão prevista em lei. (TJMG - Mandado de Segurança 1.0000.15.013658-8/000, Relator(a): Des.(a) Ana Paula Caixeta, 4ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 03/03/0016, publicação da súmula em 04/03/2016)

expressão, e não ao de ser ouvido e influenciar na decisão de forma efetiva e legitimadora.

No acórdão seguinte proferido pelo Supremo Tribunal Federal pode se verificar a hipótese exposta acima:

EMENTA DIREITO ADMINISTRATIVO. POLICIAL MILITAR. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR – PAD. EXCLUSÃO DA CORPORÇÃO. DECISÃO DO COMANDANTE-GERAL DA CORPORÇÃO. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL NÃO CONFIGURADA. DEBATE DE ÂMBITO INFRACONSTITUCIONAL. PROVA EMPRESTADA. AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. ACÓRDÃO RECORRIDO PUBLICADO EM 05.9.2012. Inexiste violação do artigo 93, IX, da Constituição Federal de 1988. **Na compreensão desta Suprema Corte, o texto constitucional exige que o órgão jurisdicional explicita as razões de seu convencimento, sem necessidade, contudo, do exame detalhado de cada argumento esgrimido pelas partes.** Precedentes. O Tribunal a quo julgou harmônico, ao ordenamento jurídico infraconstitucional, o procedimento administrativo disciplinar que resultou na exclusão do agravante dos quadros da Polícia Militar do Estado do Rio de Janeiro. Solvida a controvérsia com base no Estatuto dos Policiais Militares do Estado do Rio de Janeiro (Lei Estadual nº 433/81) e no Decreto Estadual nº 2.155/1978, que dispõe sobre o Conselho de Disciplina da Polícia Militar e do Corpo de Bombeiros, não se mostra viável, na espécie, concluir pela afronta à literalidade dos preceitos constitucionais veiculados nas razões do extraordinário (arts. 1º, III, e 5º, XII, XXXV, LIV, LV e LVI, da Carta Política). Agravo regimental conhecido e não provido. (ARE 768633 AgR, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 11/03/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-060 DIVULG 26-03-2014 PUBLIC 27-03-2014) (BRASIL, 2014) (grifo nosso)

Importante também a questão da redução ou eliminação das decisões-surpresa, que igualmente ferem princípio do contraditório e, por conseguinte, o devido processo constitucional. Isso por assim dizer são as decisões do ente jurisdicional fundamentadas em leis, normas ou fatos, sem que tenha sido dado às partes o direito ou a possibilidade de prévia manifestação a respeito destas, ou que não tenham sido previamente debatidos pelas mesmas.

Significa assim dizer que, nenhuma decisão judicial pode ser embasada por fundamento que não tenha sido submetido ao contraditório, para que possa ser validamente empregado de forma a fundamentá-la, sujeita a ser classificada como decisão não resultante de um procedimento em contraditório, levando-se em consideração a afirmação de André Cordeiro Leal, acima citada, de que “o contraditório deve efetivamente ser entrelaçado com o princípio (requisito) da fundamentação das decisões” (LEAL, 2002. p. 105).

O princípio do contraditório quando interpretado como garantia de não-surpresa passa a ser conflitante com a premissa prévia que considerava que cabia às partes unicamente narrar os fatos, sendo de responsabilidade do órgão jurisdicional aplicar o Direito aos fatos comprovados no processo.

O princípio do contraditório demanda que, a despeito do profundo saber que o juiz tenha em relação ao Direito – tomando como premissa que é possível ele levantar embasamentos jurídicos que as partes não tenham oferecido – tem ele a obrigação de submeter tais embasamentos ao debate antes de se fundamentar neles para proferir decisão.

Dessa maneira, o tribunal não dispõe de privilégio exclusivo da aplicação do direito, desconsiderando as argumentações das partes, tendo em vista as normas jurídicas invocadas pelas mesmas.

Isso pode ser destacado por Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias ao elencar a compreensão do princípio do contraditório como um princípio garantidor e essencial para a participação das partes no processo. Para ele o contraditório passou a ser parte fundamental do devido processo legal não podendo mais ser compreendido na visão limitada de ciência bilateral e contrariedade aos atos e termos do processo (BRÊTAS, 2012).

Isso se coloca na prática profissional jurídica de maneira mais e ampla, além de garantia fundamental das partes de participação e manifestação concretas em todos os atos e fases do procedimento, sem reservas de quaisquer tipos, permitindo a essas partes influenciarem em favor próprio de cada uma delas no resultado em defesa de seus interesses.

Apenas dessa maneira é possível permitir que seja proferida decisão de caráter democrático causada pela comparticipação dos sujeitos do processo, sendo estas formadas pelo juiz e partes contraditoras, incluindo aí a introdução prática dos direitos e garantias constitucionais legítimos pertencentes às partes contraditoras.

Dentro desse espírito é importante suscitar, que mesmo nas questões em que ao órgão jurisdicional é permitido o conhecimento de ofício através de litispendência ou coisa julgada, como sendo pressupostos processuais, ainda assim há a determinação de debate preliminar como seguimento ao princípio do

contraditório, uma vez que a permissão de conhecer de ofício não pode ser entendida como autorização para decidir de ofício, o que diretamente fere o princípio do contraditório em sua raiz.

Há de se entender, que no caso do órgão jurisdicional resolver conhecer de ofício matéria através de litispendência ou de ordem pública, ainda assim terá de submetê-la preliminarmente para que as partes se manifestem em prazo conveniente ou legalmente determinado, e somente após isso promulgar sentença, levando em consideração as razões e justificativas apresentadas pelas mesmas, elucidando preliminarmente quais os pontos de fato e de direito que foram importantes para que a decisão seja proferida e de forma a elidir o risco de ocorrência de decisão-surpresa.

Nas decisões tomadas de ofício, supracitadas, deve-se destacar, que quando não se respeita o princípio do contraditório, ocorre um erro por parte do julgador, devendo a decisão feita nestes moldes ser questionada por sua inconstitucionalidade por ferir o princípio do contraditório, previsto expressamente na Constituição da República de 1988.

Não é raro encontrar decisões proferidas pelo órgão jurisdicional *fundamentada* (como já ressaltado acima quando não é respeitado o contraditório, possibilitando a efetiva participação discursiva das partes não se considera que a decisão foi fundamentada) por decisões de ofício, principalmente nos casos de extinção do processo sem resolução do mérito, mesmo quando a própria decisão procura justificar os fatos para decisão de ofício, buscando razões ou eufemismos que pudessem justificar essa arbitrariedade.

Esse tipo de anomalia praticada comumente pelo órgão jurisdicional é que deve ser elidida com o advento do Novo Código de Processo Civil, que em seu art. 10º procurou fortalecer o princípio constitucional do contraditório em seu texto, buscando evitar através efetiva participação discursiva das partes na construção da decisão a inconstitucionalidade de atos praticados pelos juízes, que sobrecarregam os Tribunais Superiores.

Até então, esses casos causaram, ano após ano, o enfileiramento de feitos na instância máxima jurisdicional brasileira, atrasando de sobremaneira as

decisões, podendo ser evitada de forma preliminar se respeitado efetivamente o princípio do contraditório e o Devido Processo Constitucional.

Assim, necessita-se que seja fortalecido e respeitado efetivamente o contraditório, de maneira fundamental para que se possa ter um verdadeiro Estado Democrático de Direito, com a presença e alinhamento de um sistema jurisdicional com um processo também democrático.

Uma vez que já ficou evidenciado acima que não há processo sem que haja também um contraditório amplo, legítimo e eficiente, dentre todos os princípios que compõem o modelo constitucional de processo civil, como o princípio constitucional mais importante a ser seguido do ponto de vista da técnica processual, assim como do ponto de vista da legitimação e alinhamento com o Estado Democrático de Direito, uma vez que é ele também o princípio considerado como cerne do processo e, portanto também legitimador da existência desse.

Outro princípio complementar e com grande ligação ao do contraditório é o princípio da fundamentação das decisões judiciais, pois não se pode falar em devido processo constitucional sem que essa conexão seja de fato ressaltada. Obviamente isso decorre, dentro da definição contemporânea de Estado Democrático de Direito, do princípio de proteção e segurança do cidadão frente ao poder dos órgãos jurisdicionais, que desta maneira devem ser controlados, evitando-se o abuso por esse poder e enquadrando-o ao ordenamento jurídico em vigor.

Conforme Rosemiro Pereira Leal elucida na teoria neoinstitucionalista⁵ do processo busca-se “legitimar uma instituição processual constitucionalizada de controle irrestrito dos procedimentos políticos-jurídicos como diretriz principiológica das regras de relacionamento na elaboração e operacionalização de um sistema de direitos” (LEAL, 2016, p. 154).

⁵ Rosemiro Pereira Leal elucida que: “Recebe, em minha teoria, a acepção de *conjunto* de institutos *jurídicos* reunidos ou aproximados pelo texto constitucional com a denominação jurídica de *devido processo*, cuja característica é assegurar, pelos institutos do contraditório, ampla defesa, isonomia, direito ao advogado e livre acesso à jurisdicionalidade, o exercício dos direitos criados e expressos no ordenamento constitucional e infraconstitucional por via de *procedimentos* estabelecidos em modelos legais (*devido processo legal*) como instrumentalidade manejável pelos juridicamente legitimados” (LEAL, 2016, p. 153-154).

Essa preocupação torna-se evidente quando da reformulação do Código de Processo Civil brasileiro em sua nova versão, que tratou devidamente desse tema em seu art. 489:

Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I – se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II – empregar conceitos jurídicos indeterminados sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III – invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV – não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V – se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI – deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento (BRASIL, 2015)

Isso posto, se faz óbvia a obrigatoriedade de se fundamentar de forma efetiva as decisões judiciais, com o objetivo de legitimá-las em termos constitucionais - art. 5º da Constituição da República de 1988.

Outro importante princípio que deve ser aqui registrado é o princípio da celeridade processual, previsto na CR/88 no art. 5º, inciso LXXVIII, que igualmente aos demais supramencionados se alinha com a questão do devido processo constitucional e, portanto, com as premissas do Estado Democrático de Direito, uma vez que leva em consideração valores democráticos de acessibilidade à esfera jurisdicional, ao permitir que os interesses das partes possa ser levado à produção de resultados nas decisões judiciais em tempo hábil e sem abrir mão das devidas garantias legais.

Deve-se destacar, ainda o princípio da eficiência, na qual se busca a produção de um resultado, levando-se em consideração os interesses envolvidos no procedimento, bem como deve ser proporcional ao custo necessário para a sua produção, para que essa eficiência seja comprovada, também de forma democrática a garantir tais direitos, sem que se minimize, subtraia ou desrespeite os princípios do Devido Processo Constitucional. Alexandre Freitas Câmara focaliza a questão dos custos econômicos processuais no processo civil em termos de democráticos ao considerar todos esses dispêndios para a produção dos resultados esperados nas decisões judiciais. Para ele o princípio da eficiência processual nada

mais é do que aquilo que tradicionalmente se chamou de economia processual (CÂMARA, 2013).

José dos Santos Carvalho Filho aborda esse mesmo tema sob a ótica da qualidade do serviço no âmbito do direito administrativo, fundamentando com base nesse princípio a legitimação constitucional das decisões dos órgãos jurisdicionais em acordo com uma prestação de serviços jurisdicional efetiva e de qualidade (CARVALHO FILHO, 2012, p. 15-32).

Assim, não se pode admitir conflito entre celeridade e qualidade do resultado proferido quando se trata de ambos legitimarem princípios constitucionais, pois o Devido Processo Constitucional deve ser competente o suficiente para produzir, em tempo razoável ou com celeridade, resultados considerados legítimos sob a ótica constitucional e processual, sem de ferir estes (CARVALHO FILHO, 2012, p. 15-32).

André Ramos Tavares trata do mesmo tema ao afirmar a necessidade de duração em tempo mínimo do processo, porém ao mesmo tempo com duração suficiente para garantir que não haja violações aos princípios constitucionais na prestação jurisdicional. Dessa maneira a premissa de garantia razoável de duração do processo não pode, sob nenhum aspecto, colocar em risco a obrigatoriedade de produção de sentença que não seja constitucionalmente legítima (TAVARES, 2005).

Como supracitado no âmbito do direito administrativo, é importante enfatizar a questão procedimental trazida por Lúcia Valle Figueiredo ao explicar a necessidade do cumprimento de formalidade e uma série de atos necessários à formação válida do procedimento para os atos administrativos, através de realização de procedimentos e também de aplicação dos princípios constitucionais, ressaltando-se aí a necessidade da ampla defesa, contraditório e isonomia, sobretudo nos processos disciplinares, para que haja efetiva possibilidade de amplo contraditório e demais garantias constitucionais (FIGUEIREDO, 1998).

A totalidade dos princípios acima elencados pode ser considerada ou inspirada pelo princípio do acesso à jurisdição, também constitucional, mas que não se confunda com o da garantia de amplo acesso ao judiciário presente no art. 5º da

CR/88. Para o primeiro o que é necessário é que haja cooperação, participação simétrica e paritária entre os sujeitos do processo, objetivando que o resultado promulgado seja constitucionalmente legítimo e fundamentado, ou seja, em consonância com os princípios do devido processo constitucional.

Assim, a mudança de paradigma da influência da letra da lei sobre as decisões judiciais para os princípios direcionadores da Constituição, também chamado de constitucionalização do direito, foi o que fez com que o devido processo legal passasse a ser interpretado como devido processo constitucional. Qualquer decisão promulgada pelos órgãos jurisdicionais que não alinhadas com esse devido processo, passam então a ter comprometido seu caráter democrático e deixam de ser legítimas, por estar em desarmonia com o Estado Democrático de Direito.

Para que esse alinhamento se dê de forma participativa e paritária, legitimando a atuação democrática desses órgãos é preciso que tais decisões se façam de maneira participativa, elidindo a atuação arbitrária e inconstitucional. Deve-se então estimular que cada vez mais os princípios constitucionais e democráticos percolem pelo poder judiciário legitimando sua atuação.

CAPÍTULO III

O PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 no art. 41, § 1º, inciso II, prevê que para aplicação de sanção que implique a perda de cargo para funcionário público estável é o obrigatório Processo Administrativo Disciplinar, devendo ser assegurada a ampla defesa, como expresso no referido artigo:

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:
[...] II - mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa (BRASIL, 1988).

Em razão das normas e princípios constitucionais, o Direito Administrativo como um todo, incluído o Processo Administrativo Disciplinar (PAD), também está submetido a Constituição da República de 1988 e a observância do devido processo legal, com seus consectários lógicos, os princípios do contraditório, da ampla defesa e da isonomia.

O tema-problema trata-se da análise de alguns aspectos jurídicos do cooperativismo do Novo Código de Processo Civil, coligados ao PAD e à observância dos princípios constitucionais e do Devido Processo Constitucional ao PAD.

Deve-se levar em consideração que o servidor acusado deixou de ser objeto do procedimento para ser sujeito participativo do procedimento.

Iniciaremos este capítulo analisando alguns conceitos do Processo Administrativo Disciplinar.

3.1 Conceito de Processo Administrativo Disciplinar

O conceito de Direito Administrativo, nas palavras de Hely Lopes Meirelles, “é o conjunto harmônico de princípios jurídicos que regem os órgãos, os agentes e as atividades públicas tendentes a realizar concreta, direta e imediatamente os fins desejados pelo Estado” (MEIRELLES, 2002. p. 38).

Com base neste conceito ao Direito Administrativo compete a função de organização interna da Administração Pública, dentre estas funções as ligadas aos funcionários e pessoal, hierarquia, relação com os administradores e funcionamento dos serviços, não cabendo ao mesmo tratar das atividades legislativas, judiciais e sociais do Estado, sendo estes componentes de outros ramos do Direito.

Antes de adentrar e conceituar especificamente o Processo Administrativo Disciplinar cabe citar o conceito de Processo Disciplinar de De Plácido e Silva, que de forma ampla define o mesmo como: “Denominação genérica dada ao processo que se opera perante a autoridade administrativa, quando não é de natureza contenciosa e provocada por iniciativa dela” (SILVA, 2012, p. 1101).

Um dos ramos do Direito Administrativo é o do Direito Administrativo Disciplinar que trata e regula a relação da Administração Pública com os seus funcionários, sendo estes os funcionários públicos e os que integram a Administração Pública, constituindo e estabelecendo o conjunto de normas e regras que estes devem seguir, como os deveres, direitos e proibições, bem como estabelece as punições ou penas que serão aplicadas em caso de descumprimento das regras estabelecidas.

A Administração para desenvolver e executar as tarefas e funções das quais está incumbida, necessita de meios para controlar e corrigir suas atividades e ações, bem como organizar todas estas atividades e o desenvolvimento das mesmas. Para que o serviço público funcione de forma eficiente, regular e uniforme foram criadas leis e regras com objetivo de garantir este funcionamento, disciplinar a relação entre os subordinados e administração, fazer com que todos os envolvidos cumpram e façam cumprir as regras estabelecidas, sendo todo este conjunto denominado Direito Administrativo Disciplinar.

Como o Direito Administrativo Disciplinar é um ramo do Direito Administrativo, esse se relaciona com vários outros segmentos do Direito, principalmente com o Direito Constitucional e dentro deste especificamente o do Devido Processo Constitucional, analisado no capítulo anterior, de suma importância para o regular andamento e funcionamento do Processo Administrativo Disciplinar, Direito Processual Civil e Penal, Direito Penal e até mesmo do Direito

do Trabalho, mas é distinto destes e não se confundindo com estes, com características próprias.

O Processo Administrativo Disciplinar é uma das espécies do Processo Administrativo e neste capítulo irá se analisar apenas este, não adentrando nas demais espécies do Processo Administrativo, uma vez que estes não são objeto do presente trabalho.

Para que se situe em relação ao conceito do Processo Administrativo Disciplinar na doutrina cita-se abaixo algumas definições.

Segundo Hely Lopes Meirelles, o conceito de Processo Administrativo Disciplinar é:

Processo administrativo disciplinar, também chamado impropriamente inquérito administrativo, é o meio de apuração e punição de faltas graves dos servidores públicos e demais pessoas sujeitas ao regime funcional de determinados estabelecimentos da Administração (MEIRELLES, 2002, p. 662).

Marcos Vinicius Corrêa Bittencourt define o Processo Administrativo Disciplinar como:

A competência disciplinar do Poder Público consiste no dever-poder de apurar ilícitos administrativos e aplicar penalidades às pessoas que se vinculam, de alguma forma, à Administração Pública. O exercício dessa atribuição também é encontrado numa relação profissional, mediante a instauração de um processo administrativo para examinar se infrações funcionais foram cometidas por agentes no âmbito do Poder Público. Observe-se que o poder do Estado de punir seus agentes deve ser exercido quando necessário, mas deverá sempre ser apurado por meio de um processo adequado (BITTENCOURT, 2015).

Já para José dos Santos Carvalho Filho a definição do Processo Administrativo Disciplinar é: “o instrumento formal através do qual a Administração apura a existência de infrações praticadas por seus servidores e, se for o caso, aplicar as sanções adequadas” (CARVALHO FILHO, 2015, p. 1022).

O Processo Administrativo Disciplinar se aplica a todos os que se vinculam as suas atividades ou serviços, através do qual a Administração Pública desempenha seu poder-dever para apurar as infrações funcionais e aplicar as penalidades previstas nas normas e regras aos agentes públicos e os demais que possuem uma relação jurídica com a administração.

Após as considerações e conceitos acima citados, cabem algumas observações. Primeiramente como ressaltado por Sérgio Henrique Zandona Freitas, deve-se aplicar no Processo Administrativo Disciplinar (PAD) os princípios do Devido Processo Constitucional. Segundo poder-dever da Administração Pública versa sobre o dever dessa de apurar quando se depara com atos ilícitos, supostamente praticados pelos agentes públicos e os demais que possuem uma relação jurídica com a administração e, no caso concreto, aplicar as sanções cabíveis, de acordo com as normas aplicáveis, sendo que não é permitido à Administração se omitir em decorrência deste dever-poder, podendo essa estar sujeita a punição no caso de omissão ou não ação perante os atos ilícitos praticados pelos agentes acima citados no âmbito da Administração Pública (FREITAS, 2014).

O PAD se aplica a todos os níveis da Administração Pública, União, Estados e Municípios, obedecendo as legislações próprias em cada nível, com aplicação subsidiária, quando houver omissão das Leis Federais n. 8.112/1990⁶ e 9.784/1999⁷, bem como em todos os níveis e respeitando os princípios constitucionais, norteado e embasado no Devido Processo Constitucional.

O PAD deve sempre estar pautado e respeitando a ampla defesa, o contraditório, a isonomia, o devido processo legal, aqui incluído no Devido Processo Constitucional como apontado no capítulo anterior, buscando a celeridade e economia processual, mas sem deixar de respeitar os princípios anteriores ou minimizando-os sob a justificativa de uma resposta célere.

Através do PAD não se apura apenas a culpabilidade do servidor e dos demais que possuem uma relação jurídica com a administração, mas, também é a ocasião onde estes podem provar sua inocência, baseados no Devido Processo Constitucional, que são direitos garantidos a todos os cidadãos e que devem ser aplicados ao PAD.

⁶ BRASIL. Lei Federal n. 8112, de 11 de dezembro de 1990. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Diário Oficial da União, 12 dez. 1990, republicado em 18 mar. 1998.

⁷ BRASIL. Lei Federal n. 9784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Diário Oficial da União, 01 fev. 1999, retificado em 11 mar. 1999.

Já os princípios constitucionais previstos no art. 37, *caput* da Constituição da República de 1988, que estabelece que “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 [...]” são aplicáveis diretamente a todas as atividades administrativas, o que não exime a Administração de respeitar os demais princípios constitucionais citados anteriormente.

Sobre a questão vale colacionar o trecho do Sérgio Henrique Zandoná Freitas:

Aplicável ainda, no Processo Administrativo Disciplinar (PAD), princípios constitucionais do Direito Administrativo, tais como legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, além dos já mencionados, em tópico específico, princípios constitucionais do processo, devido processo legal (*due process of law*), da ampla defesa, do contraditório, e da presunção de não culpabilidade. Finalmente, o CPP (Código de Processo Penal) e o CPC (Código de Processo Civil) também valem subsidiariamente ao direito processual administrativo disciplinar.

Daí que, com a edição da Lei Federal n. 9.784, de 29.1.1999, que regula o processo administrativo no âmbito da União Federal, sistematizou o processo administrativo disciplinar, com o preenchimento de lacuna do direito brasileiro, bem como consolidou majoritariamente orientações doutrinárias e jurisprudenciais sobre o tema.

Alguns Estados e Municípios, seguindo a sistematização federal, já editaram normas de processo administrativo disciplinar, quais sejam: Leis Estaduais ns. 10.177/98 (SP), 6.161/00 (AL), 2.794/03 (AM), 13.800/01 (GO), 7.692 (MT), 14.184/02 (MG), 11.781/00 (PE), 418/04 (RR), e a Lei Municipal (SP) n. 14.141/06 (FREITAS, 2014, p.109).

A seguir analisa-se o funcionamento do Processo Administrativo Disciplinar.

3.2 A distinção entre processo e procedimento

Inicialmente vamos expor as definições de processo e de procedimento para após apresentar as diferenças.

Processo é uma palavra com origem no latim *processum*, “avançar, ir para frente”, de PRO, “diante de”, mais CEDERE, “ir” (FARIA, 1962, p. 171, 796-797), sendo assim de forma genérica o processo é um conjunto de passos ordenados no

tempo para se chegar a um objetivo, um método, um sistema, uma maneira de agir ou conjunto de medidas tomadas para atingir algum objetivo.

Juridicamente, conforme Rosemiro Pereira Leal, pode-se dizer que o processo é uma instituição constitucionalizada composta do conjunto dos institutos jurídicos reunidos pelo texto constitucional, assegurando-se pelos institutos contraditório, ampla defesa e isonomia, desenvolvido pela via de procedimentos estabelecidos em modelos legais, manejado pelos juridicamente legitimados, onde as partes (juridicamente legitimadas) devem ter uma atuação crítico-participativa, com o objetivo de se chegar a uma decisão impessoalizada, fixando-se constitucionalmente o conceito do que seja juridicamente processo, tendo como base produtiva de seus conteúdos “a estrutura de um *discurso* advindo do exercício permanente da cidadania pela plebiscitarização continuada no espaço processual das temáticas fundamentais à construção efetiva de uma sociedade jurídico-política de direito democrático” (LEAL, 2016, p.153-158).

O procedimento é a forma na qual o processo será realizado concretamente, configura-se na exteriorização e materialização do processo.

Odete Medauar, afirma que:

o procedimento distingue-se de processo porque, basicamente, significa a sucessão encadeada de atos. De outro lado, o processo implica além do vínculo entre atos, vínculos jurídicos entre os sujeitos, englobando direitos, deveres, poderes, faculdades, na relação processual. Processo implica, sobretudo, atuação dos sujeitos sobre o prisma contraditório (MEDAUAR, 2005, p. 185).

Nas leis e na doutrina no direito Administrativo não há uma posição unificada e pacífica em relação a utilização da expressão processo e procedimento, quando está se fazendo referência as ocorrências contenciosas, mas segundo Celso Antônio Bandeira de Melo, a expressão mais utilizada no Direito Administrativo, nestes casos, é procedimento (MELLO, 2005, p. 454).

A terminologia mais adequada a ser utilizada nos referidos casos é processo e não procedimento, uma vez que procedimento é uma sucessão de atos e o processo, de acordo com a Odete Medauar, “implica além do vínculo entre atos, vínculos jurídicos entre os sujeitos, englobando direitos, deveres, poderes, faculdades, na relação processual” (MEDAUAR, 2005).

Ressaltada por André Cordeiro Leal a importância sobre os estudos de Oskar von Bülow, de 1868, que inseriu o processo no âmbito do Direito Público visto como relação jurídica, conforme o trecho citado:

Oskar von Bülow, em 1868, debruçou-se sobre o discernimento da idéia de processo, passando a inseri-lo, ainda que obediente à velha dicotomia dogmática jurídica, na orbitado Direito Público.

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

[...] É que Bülow, assumindo esse posicionamento teórico, deixou, por um lado, de entender como consequência direta da relação litigiosa de Direito Privado debatida pelas partes perante os tribunais, como entediam seus antecessores. Ao mesmo tempo, por outro lado, demonstrou que o processo possuía regras especiais e princípios próprios que nenhuma vinculação guardavam com o Direito Material (LEAL, 2002, p. 81-82).

A justificativa utilizada para utilização do termo “procedimento” de que poderia ocorrer uma dúvida, sobre qual processo estaria se referindo, o processo jurisdicional ou o administrativo não se sustenta uma vez que a palavra processo vem acompanhada do termo administrativo, desta forma não há dúvida quanto à esfera, quando se refere ao “processo administrativo” desta forma.

A própria Constituição da República de 1988 optou pela utilização do termo “processo” para designar o processo administrativo. O art. 5º, inciso LV, da CR/88, prevê 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).

Desta forma a expressão mais adequada para se designar atuação de partes sobre o prisma contraditório é processo.

3.3 Princípios constitucionais explícitos previstos na CR/88, no art. 37, *caput*⁸

Conforme esclarece Carmen Lucia Antunes Rocha,

Princípios são conteúdos primários diretores do sistema jurídico normativo fundamental de um Estado. Dotados de originalidade e superioridade material sobre todos os conteúdos que formam o ordenamento constitucional, os valores firmados pela sociedade são transformados pelo Direito em princípios (ROCHA, 1994, p. 25).

Partindo do raciocínio acima, os princípios que regem a Administração Pública são normas de regulação direta da ação administrativa, na qual a legislação deve se guiar, afastando-se a ideia equivocada de que seriam apenas normas programáticas ou de organização.⁹

3.3.1 *Princípio da Legalidade*

Profundas diferenças separam o Estado Democrático de Direito dos demais formas de governo que sejam fundamentados em liderança autoritária e arbitrária, não democráticas, que limitam os direitos do cidadão. No Estado de Direito fica destacada a defesa da vontade da coletividade e a limitação do poder do governante.

Assim sendo, a apresentação do Estado de Direito ocorre na forma de Estado Constitucional, uma vez que a prevalência da lei deve se originar de norma fundamental. Sendo assim, mesmo tendo força institucional a lei deve estar, no ordenamento, abaixo daquilo que for estabelecido pelo Poder Constituinte proveniente.

Para Norberto Bobbio há uma clara distinção, na construção do Estado efetivamente existente, entre Estados justos e injustos, que do ponto de vista do

⁸ 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: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) (BRASIL, 1988).

⁹ GIUDICE, Federico del. (org). **Le domande di Diritto Amministrativo**. Napoli: Esselibri, 2009. p.14.

direito positivo passa pela definição de Estado como ordenamento jurídico (BOBBIO, 2008).

Na ideia de ordenamento salienta-se que ambos os princípios da legalidade da Administração Pública e da legalidade na esfera privada advém do Estado de Direito. O princípio da legalidade da Administração Pública é escopo limitante da atuação da autoridade administrativa, ensejando que seu espectro de ações e de omissões seja estabelecido unicamente conforme estabelecido na lei. Já o princípio da legalidade na esfera privada não estabelece escopo de atuação limitante, deixando em aberto a atuação dos particulares, permitindo suas ações ou omissões desde que não exista proibição legal.

O princípio da legalidade da Administração Pública preconizado no *caput* do art. 37, da CR/88, se traduz na ação limitante da lei sobre a atividade funcional da autoridade administrativa, incluído aí as sindicâncias e processos administrativos disciplinares, não podendo se desviar ou mesmo se afastar a nenhum tempo desses princípios legais, sob pena de praticar ato inválido e ter posteriormente de sujeitar-se às sanções administrativas, cíveis e penais estabelecidas no ordenamento jurídico.

3.3.2 Princípio da Impessoalidade

O princípio da impessoalidade deriva do princípio da isonomia devendo ser garantido tratamento isonômico aos administrados.

O processo administrativo deve ser pautado pela imparcialidade, isonomia independente das partes que estejam participando, observadas as leis específicas aplicáveis e não interesse pessoal de alguma delas.

No processo administrativo, mesmo no caso de eventual decisão favorável a Administração esta deve estar baseada e fundamentada na lei e não apenas nos interesses da Administração.

Não devem as decisões ser de cunho pessoal, como exemplo uma simples perseguição pessoa, devendo ser pautada na finalidade específica estabelecida

pela legislação e aplicável ao caso concreto, mantendo racionalidade, que não se encontra na subjetividade do julgador e sim no Direito Positivo (LEAL, 2002, p. 107).

3.3.3 *Princípio da Moralidade*

O princípio da moralidade está previsto expressamente nos artigos 5º, LXXIII¹⁰, e 37, *caput*¹¹, da Constituição da República de 1988.

Quando tratamos do princípio da moralidade somos remetidos a ideia da atuação do administrador público que deve atuar observando as normas e a boa-fé, sem desvios, assegurando as regras boa administração.

O princípio da moralidade é um dos requisitos de validade dos atos da Administração Pública, uma vez que o desrespeito à moralidade administrativa pode acarretar a anulação do ato ou ação praticada, estando desta forma atrelado ao princípio da legalidade, demonstrando sua importância.

Demonstrando esta relevância do princípio da moralidade citamos Maria Sylvia Di Pietro:

Certamente com o objetivo de sujeitar ao exame judicial a moralidade administrativa é que o desvio de poder passou a ser visto como hipóteses de ilegalidade, sujeita, portanto ao controle judicial. Ainda que, no desvio de poder, o vício esteja na consciência ou intenção de quem pratica o ato, a matéria passou a inserir-se no próprio conceito de legalidade administrativa (DI PIETRO, 2011, p.78).

Ainda de acordo com Maria Sylvia Di Pietro, especificamente no âmbito administrativo, além de se respeitar os preceitos legais deve-se seguir, também, as regras de boa administração, os princípios constitucionais, a equidade, a boa-fé, uma vez que desrespeitados esses ocorrerá ofensa ao princípio da moralidade

¹⁰ LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência (BRASIL, 1988).

¹¹ 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: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) (BRASIL, 1988).

administrativa, não bastando, apenas, estar de acordo com a norma (DI PIETRO, 2011, p.79).

É imposto ao administrador público, pelo princípio da moralidade, uma atuação pautada por preceitos da boa-fé, fazendo-se a distinção entre o certo e o errado, devendo tal conduta ser observada tanto no âmbito interno, relação entre os agentes públicos e a Administração, bem como na relação de administradores e administrados, devendo-se cumprir as normas estabelecidas pelos códigos de conduta das instituições e as normas jurídicas.

Sobre o tema Hely Lopes Meirelles, afirma que:

[...] o agente administrativo, como ser humano dotado da capacidade de atuar, deve, necessariamente, distinguir o bem do mal, o honesto do desonesto. E, ao atuar, não poderá desprezar o elemento ético de sua conduta. Assim, não terá que decidir somente entre o legal e o ilegal, o justo e o injusto, o conveniente e o inconveniente, o oportuno e o inoportuno, mas também entre o honesto e o desonesto (MEIRELLES, 2011, p. 90).

O princípio da moralidade também é aplicado ao particular quando este estiver se relacionando diretamente com Administração Pública.

O princípio em questão cuida dos padrões de conduta objetivos, de domínio da sociedade em geral e não subjetivos, pessoais do agente administrativo, devendo ainda serem observados no caso concreto.

3.3.4 Princípio da Publicidade

O princípio da publicidade está previsto na Constituição da República de 1988, no art. 93, IX, *caput* e é aplicável a toda a Administração, relacionando-se a ampla defesa e do contraditório.

Pode-se citar alguns exemplos destes princípios, ampla defesa, contraditório e publicidade no processo administrativo como: o dever de informar o administrado do que lhe é imputado, das possíveis consequências que possam resultar do processo; o direito a ter acesso aos autos; a observância as fases e prazos previstos para o procedimento como já ressaltado acima, o direito à defesa técnica de um advogado.

O interesse público legitimado pelo povo determina o conhecimento, publicidade dos atos dos seus gestores, sendo este um instrumento de controle da Administração.

Norberto Bobbio ressalta as dificuldades e o valor da participação e principalmente a importância da transparência para a democracia.

Pode-se definir a democracia das maneiras as mais diversas, mas não existe definição que possa deixar de incluir em seus conotativos a visibilidade ou transparência do poder. Elias Canetti escreveu: “o segredo está no núcleo mais interno do poder (BOBBIO, 2006, p. 20).

Para Norberto Bobbio, um dos lugares-comuns dos discursos sobre a democracia é a questão da sua afirmação como governo do “poder visível”, e que em sua natureza nada possa ficar confinado no espaço do mistério (BOBBIO, 2006).

A partir dessa premissa, Norberto Bobbio realiza um aparente jogo de palavras com a democracia como o poder público em público, sendo o primeiro oposto de privado e o segundo de secreto. Nesse primeiro, o sentido toma a conotação de “manifesto” ou evidente, dando os primeiros sinais de publicidade que ele destacou em seu pensamento (BOBBIO, 2006).

A publicidade é tão importante que marca a diferença entre o Estado Absoluto e o Estado Democrático, uma vez que das características do Estado Absoluto é a cegueira dos súditos e segredo em relação aos atos do Estado, inclusive com objetivo de conservar o Estado enquanto tal e conservar a forma de governo existente, no Estado Absoluto o segredo não é uma exceção e sim a regra.

Desta maneira, o poder público somente pode se legitimar como tal se em sua atuação a publicidade de seus atos puderem ter a visibilidade suficiente alcance quando do acompanhamento pelos indivíduos de uma população ou sua coletividade.

Para que os atos administrativos tenham eficácia deve ser dada ciência aos interessados, desta forma a publicidade é também requisito de eficácia, em sentido amplo do ato administrativo.

3.3.5 Princípio da Eficiência

O princípio da eficiência na administração pública trata do dever do administrador público de aprimorar suas competências funcionais e técnicas de forma contínua, agir de forma rápida, com dedicação e bom desempenho, utilizando-se de técnicas, conhecimentos e métodos eficientes atribuídos à atividade desenvolvida pelo administrador, com o objetivo de se obter o melhor resultado possível, satisfatório para o interessado, evitando-se repetições, observando as circunstâncias subjetivas e objetivas atinentes ao caso concreto, respeitando as normas, as garantias individuais e os princípios constitucionais.

O princípio da eficiência está previsto no *caput* do art. 37 da Constituição da República de 1988 e para Sérgio Ferraz e Adilson de Abreu Dallari, no processo administrativo este princípio “exige que este, no mínimo, chegue ao seu final, com celeridade, com uma decisão conclusiva que afirme ou negue um direito, ou solucione uma controvérsia” (FERRAZ; DALLARI, 2003, p.100).

No âmbito do processo administrativo deve-se buscar a celeridade, isonomia, garantir a ampla defesa e o contraditório, bem como se utilizar das técnicas para se chegar a solução da controvérsia, mas cabe ressaltar que a busca pela celeridade não pode justificar a flexibilização das garantias constitucionais do devido processo ou de qualquer outra garantia constitucional ou processual, uma vez que se esses princípios ou garantias não forem respeitados o ato pode ser invalidado e o processo não terá legitimidade.

Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro “a eficiência é um princípio que se soma aos demais princípios impostos à Administração, não podendo sobrepor-se a nenhum deles, especialmente ao da legalidade, sob pena de sérios riscos à segurança jurídica e ao próprio Estado de Direito” (DI PIETRO, 2007, p 76).

À Administração compete buscar através da eficiência, atingir o resultado útil e determinado na lei, através de uma atuação ativa, moral, transparente, impessoal, cumprindo as finalidades da norma de forma adequada para que surtam os efeitos determinados e esperados pela norma.

Deve-se buscar também uma administração mais voltada para o respeito à dignidade humana, ao social, se tornando assim mais humanizada, menos burocratizada, sendo assim mais eficiente.

A administração também deve cuidar para que o andamento do processo ocorra de forma eficiente, mas respeitando o princípio da legalidade e as normas estabelecidas, uma vez que agindo de forma contrária fere o Regime Jurídico, a Constituição da República de 1988, o Estado Democrático de Direito e suas garantias.

3.4 Princípios enumerados no art. 2º da Lei Federal n. 9.784/99¹², que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal.

Os Princípios Administrativos da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, que regem a Administração Pública estão previstos na Constituição da República de 1988, no art. 37, como já analisado no tópico anterior.

Os princípios constitucionais referidos acima, aplicam-se ao Processo Administrativo Disciplinar e a toda Administração Pública, bem como outros princípios constitucionais como os do devido processo legal, ampla defesa e contraditório, entre outros que serão detalhados no tópico abaixo.

Além da CR/88, a legislação infraconstitucional, de forma expressa, reitera os princípios previstos na CR/88 e apresenta outros Princípios Administrativos, listado no art. 2º, da Lei Federal n. 9.784, de 29.01.99, que regulam o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, sendo estes: legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Devemos chamar atenção para o fato de que os princípios constitucionais da legalidade, moralidade e eficiência, foram ratificados pela Lei Federal n. 9.784 /99.

¹² 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. (BRASIL, 1999)

Abaixo serão analisados os demais princípios previstos na referida lei.

3.4.1 *Princípio da Finalidade*

O princípio da finalidade impõe ao administrador público que primeiramente atenda o interesse público, coletivo, que só atue de acordo com a finalidade indicada na lei que lhe outorgou competência, devendo este fim ser exatamente seguida, sendo vedada a promoção pessoal, das autoridades ou a prática de ato administrativo voltado a satisfazer, unicamente o interesse privado.

Resumidamente a finalidade do referido princípio é atender aos fins de interesse público, geral, coletivo, adstrito a lei e a competência específica determinada pela mesma, vedada a prática em interesse próprio ou privado.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello e para Hely Lopes Meirelles, o princípio da finalidade é inerente ao da legalidade, uma vez trata a aplicação da lei da forma e para competência que foi determinada, devendo seguir a sua finalidade de forma rigorosa, sendo assim deve atender aos fins do interesse público e também aos fins da lei específica que está executando (MELLO, 2005) (MEIRELLES, 2002. p. 89 e 90).

Através deste princípio busca-se coibir o abuso de poder e os desvios de finalidade, quando os atos não atender a finalidade da lei específica ou o interesse público, coibindo a atuação arbitrária ou apenas para proveito próprio ou particular dos administradores públicos, devendo os atos administrativos seguir esta finalidade.

Os atos praticados desrespeitando este princípio são considerados desvio de finalidade também denominado, desvio de poder, considerada uma atuação arbitrária.

3.4.2 Princípio da Motivação

Este princípio está diretamente ligado ao Estado Democrático de Direito, uma vez que estabelece que todos os atos praticados no processo sejam motivados justificados e fundamentados, com o objetivo de se verificar se o ato praticado está em conformidade com a lei (justificado), ligando ao princípio da finalidade (motivado), agindo de forma a impedir os desvios de poder ou atos arbitrários, sem a devida justificativa legal (fundamentado), sendo aplicado, inclusive, em relação aos atos discricionários.

No âmbito do processo administrativo deve-se observar sua aplicação, pertinente a exigência de justificação e motivação, também quando dos atos interlocutórios, na fase de se colher os elementos que fundamentarão a decisão, bem como na decisão final do processo, que deve ser motivada pelos elementos colhidos ao longo do processo, destacando-se o papel desenvolvido pela participação das partes nas discussões, pelas normas aplicáveis ao caso concreto, que farão parte dos fundamentos da decisão.

Em decorrência da ligação do princípio da motivação com o da finalidade, entende-se que quando ocorrem falhas na motivação, também, pode-se dizer que ocorre um desvio de finalidade, uma vez que a fundamentação, motivação das decisões está prevista na lei.

Ainda sobre o prisma da ligação com o princípio da finalidade torna-se uma garantia de que o interesse público foi alcançado, uma vez que explicita as razões da decisão tomada e a justifica.

Na motivação deve-se levar em conta os fatos colhidos, levando em consideração e respeitando todos os princípios constitucionais e administrativos, fundamentados nas normas jurídicas aplicáveis aos fatos e às consequências, conforme art. 93, inciso IX, da CR/88 deve-se observar a diferença entre motivação e a fundamentação das decisões.

3.4.3 Princípio da Razoabilidade¹³

De acordo com o ponto de vista do princípio da razoabilidade, aplicado a Administração Pública está previsto no art. 2º, da Lei 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, observa-se uma situação jurídica específica, sob a ótica dos aspectos qualitativos, como econômico, social, cultural, ético e político, sem abandonar as orientações e balizas legais.

Sob o ponto de vista constitucional Fábio Pallaretti Calcini ensina que:

A razoabilidade é uma norma a ser empregada pelo Poder Judiciário, a fim de permitir uma maior valoração dos atos expedidos pelo Poder Público, analisando-se a compatibilidade com o sistema de valores da Constituição e do ordenamento jurídico, sempre se pautando pela noção de Direito justo, ou Justiça (CALCINI, 2003, p. 146).

Os objetivos pretendidos pela lei são atingidos pelo Administrador quando se buscam os meios adequados atuando com razoabilidade, moderação, moralidade, economicidade, legalidade, sem excessos, aplicáveis circunstâncias das situações concretas.

A razoabilidade é um instrumento de ponderação entre um fato concreto relativamente ao direito e a lei a ser aplicada numa determinada situação e não de forma genérica.

Sobre o princípio, Fábio Corrêa Souza de Oliveira conceitua que:

O razoável é conforme a razão, racional. Apresenta moderação, lógica, aceitação, sensatez. A razão enseja conhecer e julgar. Expõe o bom senso, a justiça, o equilíbrio. Promove a explicação, isto é, a conexão entre um efeito e uma causa. É contraposto ao capricho, à arbitrariedade. Tem a ver com a prudência, com as virtudes morais, com o senso comum, com valores superiores propugnado em data comunidade (OLIVEIRA, 2003, p.92).

No caso da aplicação das penalidades a Lei Federal n. 8.112/90, no art. 128, disciplina o deve ser consideração, conforme se vê no referido artigo:

Art. 128. Na aplicação das penalidades serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para o

¹³Para Humberto Ávila o princípio da razoabilidade é postulado, conforme sua obra Teoria dos Princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos, ver p. 151-159 (ÁVILA, 2009).

serviço público, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes funcionais.

Parágrafo único. O ato de imposição da penalidade mencionará sempre o fundamento legal e a causa da sanção disciplinar (BRASIL, 1990).

Não há que se questionar a aplicação dos princípios e parâmetros da razoabilidade e proporcionalidade, sendo que o segundo será detalhado abaixo, no Processo Administrativo Disciplinar, uma vez que o órgão julgador está obrigado a analisar a gravidade, os danos, as circunstâncias da suposta infração, levando-se em consideração situações atenuantes e agravantes aplicadas ao caso concreto, bem como os próprios antecedentes funcionais, ponderando sob estes parâmetros a aplicação das penalidades.

3.4.4 Princípio da Proporcionalidade¹⁴

De acordo com a Lei 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, ressalta-se que o princípio da proporcionalidade, esta expressamente previsto no *caput* do artigo 2º, bem como no inciso VI, como se vê:

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.

[...]

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 (BRASIL, 1999).

Entende-se por proporcionalidade a relação entre causa e consequência de uma forma lógica e equilibrada.

Uma das finalidades mais relevantes do princípio da proporcionalidade é a limitação dos excessos, protegendo desta forma as garantias fundamentais e constitucionais, bem como os direitos adquiridos, limitando, também a

¹⁴ Para Humberto Ávila o princípio da proporcionalidade é postulado, conforme sua obra Teoria dos Princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos, ver p. 161-174 (ÁVILA, 2009).

discricionariedade do Estado e o seu poder em relação as garantias e direitos constitucionais dos indivíduos.

O princípio da proporcionalidade, na Alemanha, proibição de excessos (*Übermas-sverbot*), tem o objetivo de limitar a discricionariedade administrativa (BARROSO, 2009, p. 256).

De acordo com José dos Santos Carvalho Filho, conforme a doutrina alemã, o princípio da proporcionalidade tem um tríplice significado sendo estes:

a) adequação, significando que o meio empregado na atuação deve ser compatível com o fim colimado; b) exigibilidade, porque a conduta deve ter-se por necessária, não havendo outro meio menos gravoso ou oneroso para alcançar o fim público, ou seja, o meio escolhido é o que causa o menor prejuízo possível para os indivíduos; c) proporcionalidade em sentido estrito, quando as vantagens a serem conquistadas superam as desvantagens (CARVALHO FILHO, 2006, p. 31).

Este princípio auxilia o operador do direito na tomada da decisão, aplicada ao caso concreto evitando excessos (DIDIER JR., 2008, p. 36).

No mesmo sentido Wilson Antônio Steinmetz:

O princípio ordena que a relação entre o fim que se pretende alcançar e o meio utilizado deve ser proporcional, racional, não excessiva, não arbitrária. Isso significa que entre meio e fim deve haver uma relação adequada, necessária e racional ou proporcional (STEINMETZ, 2001, p.149).

Cláudio Rozza chama atenção para o fato das punições desproporcionais não atingirem a finalidade de melhorar, aperfeiçoar, regularizar o serviço público e sim produzir a ruína deste por não “configurar antídoto legal necessário ao saneamento que pretende realizar” (ROZZA, 2010, p.58).

Quando se atribui racionalidade os conceitos inseridos no princípio da proporcionalidade, impõe-se ao órgão julgador disciplinar o dever de uma avaliação criteriosa e comparativa em relação a falta funcional com a sanção a ser aplicada, buscando a proporcionalidade quantitativamente em si, com o objetivo de se chegar a uma relação não excessiva, efetiva e equânime.

O princípio da proporcionalidade radica o seu conteúdo na noção segundo a qual deve a sanção disciplinar guardar adequação à falta cometida. Tal princípio, mesmo que não esteja literalmente previsto no nosso ordenamento jurídico, encontra-se nele integrado por força de compreensão lógica (COSTA, 2010, pág. 64).

O princípio da proporcionalidade está intrinsecamente ligado ao da razoabilidade. Entretanto, na doutrina há divergência em relação a estes princípios serem ou não considerados postulados.

Humberto Ávila entende que razoabilidade e proporcionalidade seriam postulados e não princípios. Desta forma, o postulado é aplicado ao princípio norma, que por sua vez é aplicado ao fato. Assim, proporcionalidade e razoabilidade não seriam aplicados diretamente ao fato, e em decorrência deste há menor vulnerabilidade do sistema, uma vez que diminui o subjetivismo do julgado (ÁVILA, 2001).

3.4.5 Princípio da Ampla Defesa

Previsto de forma destacada diretamente no art. 5º, inciso LV, da Constituição da República de 1988 em vigor, o princípio da ampla defesa garante aos litigantes, além dos acusados, tanto em processos judiciais quanto nos administrativos, a ampla defesa, aí inclusos os meios e recursos que a acompanham, de maneira a estabelecer uma relação dialógica entre partes e desses com o julgador, garantindo também o direito de contradizer em igual paridade as declarações e acusações feitas contra os mesmos.

Com substancial importância de possibilitar as mais básicas condições de organização e convivência em uma sociedade estruturada no modelo democrático, os direitos e garantias fundamentais constitucionais já discutidos anteriormente são os alicerces da organização dessa sociedade.

Esses direitos e garantias se expressam como premissas declaradas da ação e limitação do poder sobre os cidadãos e bens específicos, concedendo garantias no sentido de gerar proteção em defesa desses. Isso se dá a partir do momento em que cada cidadão exige do Estado os devidos mecanismos de proteção aos seus direitos, assim como os instrumentos capazes de sistematizar adequadamente esses mecanismos, que são materializados sob forma de garantias.

Esse mesmo instrumento e o arcabouço jurisdicional que o acompanha precisam garantir também aos litigantes em processos administrativos os mesmos direitos dados àqueles dos processos judiciais, permitindo ao acusado ou investigado em sindicâncias no âmbito da administração pública o direito constitucionalmente garantido de se defender adequadamente.

Dessa maneira, tal e qual no processo judicial, o princípio da ampla defesa deve ser aplicado em toda a sua extensão nos processos administrativos disciplinares, como debatido acima, garantindo um processo esvaziado de qualquer vício processual que contamine a ampla e concreta defesa do servidor ou que possa tornar a penalidade aplicada ao mesmo algo incorreto, ilegítimo e até mesmo inconstitucional.

Héctor Jorge Escola se posiciona no sentido de que o interesse público deva ser objeto do Direito Administrativo, necessitando ser estruturado para permitir e assegurar que a Administração Pública, em toda sua plenitude, desenvolva atos, procedimentos, propensos a alcançar os seus fins devidamente adequados aos fins gerais do Estado, como análise da contribuição dos critérios do serviço público e do interesse público (ESCOLA, 1989).

No que tange a aplicação da ampla defesa no PAD é importantíssimo que essa seja exercitada de maneira plena sob o risco dela se tornar foco da discussão, quando desrespeitada ou limitada, ao invés de se concentrar o debate sobre o caso concreto.

Como ressaltado nos capítulos II e III, ampla defesa é um dos institutos jurídicos constitucionais que garantem o Devido Processo Constitucional e o Estado Democrático de Direito, sendo que quando é desrespeitada ou limitada, há o desrespeito às normas constitucionais.

Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira, ressalta a importância da participação discursiva dos cidadãos, no processo de tomada das decisões, segundo o qual,

O direito de fundar-se tão-somente no princípio democrático, não mais compreendido como mecanismo liberal de decisão majoritária ou a partir de uma pretensa 'vontade geral' republicana, mas como institucionalização de processos estruturados por normas que garantam a possibilidade de participação discursiva dos cidadãos no processo de tomada de decisões (CATTONI DE OLIVEIRA, 2000, p. 93).

Seguindo esta mesma linha André Pereira Leal afirma: “daí, a racionalidade da decisão só pode ser encontrada na interpretação compartilhada dos textos legais democraticamente elaborados e na reconstrução dos fatos pelas partes” (LEAL, 2002, p. 106).

A questão da ampla defesa no PAD passou a ganhar força a partir da análise da necessidade ou não da presença de advogado nesse para apresentação de defesa técnica no decurso do procedimento, tendo sido objeto de discussão interpretativa jurisdicional fora da administração pública, nos Tribunais Superiores para que se elucidasse essa questão, por não contar com essa premissa prevista de forma expressa na legislação administrativa, o que não é necessário por estar contida na CR/88.

Logo no princípio, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) emitiu decisão a favor da presença obrigatória e atuante do advogado nas várias etapas do PAD, sob o fundamento de inconstitucionalidade, através da súmula n. 343¹⁵ editada por esse órgão colegiado no ano de 2007.

Posteriormente, houve um revés nessa situação a partir da edição da súmula vinculante n. 5¹⁶ do Supremo Tribunal Federal (STF), no ano de 2008, que de forma oposta avaliou que a inexistência de defesa técnica e da atuação do advogado nas etapas do PAD não poderia ser considerada inconstitucional, tornando essa questão bastante controversa, devido ao impacto no direito à ampla defesa e contraditório do acusado, que ficou prejudicado.

Para Figueiredo, o direito à defesa técnica é inerente ao direito de ampla defesa, declarando que se o acusado no PAD não constituir advogado para sua defesa é necessário que o Estado nomeie um defensor para tal (FIGUEIREDO, 1995, p. 390 - 405).

Entretanto, é nítida a importância constitucional do princípio do contraditório e da ampla defesa para a consolidação das garantias fundamentais do cidadão e, portanto, do servidor. A isso se dá destaque devido ao fato desse princípio se

¹⁵ Súmula n. 343 do STJ: “É obrigatória a presença de advogado em todas as fases do processo administrativo disciplinar” (BRASIL, 2007).

¹⁶ Súmula vinculante n. 5: “A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição (BRASIL, 2008).

encontrar no capítulo referente aos direitos e deveres individuais e coletivos da Constituição Federal, sendo considerado como parte do núcleo irreformável dessa. Essencial, portanto, que esse princípio não se torne alvo de interpretação restritiva, seja devido às leis infraconstitucionais ou por influência de súmula vinculante ou decisão dos Tribunais.

A súmula vinculante n. 5 do STF é um retrocesso e fere os princípios constitucionais.

A interpretação restritiva sobre ambos os princípios da ampla defesa e do contraditório ferem diretamente a saúde do Estado Democrático de Direito por serem esses princípios dispositivos capazes de equilibrar as relações entre Estado e cidadãos, além de conflitar com o art. 133 da CR/88 em vigor, que preconiza que a existência do advogado no processo é indispensável à administração da justiça, o que, por assim dizer, poderia inclusive prejudicar o acesso à justiça, outra premissa fundamental prevista no art. 5º da CR/88.

Nestes termos, a inexistência do advogado atuando como procurador do acusado no desenvolvimento do PAD atenta contra os princípios da ampla defesa e do contraditório desrespeitando também o devido processo legal constitucional, visto que as implicações para o acusado são a diminuição ou limitação do seu direito à ampla defesa, o que o expõem a sofrer uma sanção e decisão ilegítima, que pode inclusive culminar com perda do cargo público.

Dessa maneira, a realização e garantia da ampla defesa juridicamente ou administrativamente do acusado deve ser o objetivo do órgão jurisdicional, possibilitando que as decisões no âmbito de um Direito Democrático, sejam racionais, fundamentados nas leis democraticamente instituídas, garantida a imparcialidade procedimental, estruturados de maneira dialógica, garantindo-se o contraditório e a legitimidade da decisão, como exposto por André Cordeiro Leal (LEAL, 2002, p. 106-108).

Para que se garanta a efetividade dos princípios constitucionais, em particular a ampla defesa, o contraditório e a isonomia, devem as novas concepções acerca da normativa vinculante do STF, relativa a participação do advogado atuando como procurador do acusado no PAD serem alteradas.

3.4.6 Princípio do Contraditório

No art. 5º da Constituição da República de 1988 brasileira em vigor é que está normatizado o princípio do contraditório, juntamente com o da ampla defesa discutido logo anteriormente. Diferentemente da ampla defesa que possui foco no estabelecimento da organização da forma das relações entre litigantes e julgador, o contraditório enfatiza a regulação das relações entre as partes contrapostas de forma a parear as oportunidades de atuação.

Para Sérgio Henrique Zandona Freitas, o contraditório pode ser explicado em termos da igualdade, tanto de atuação das partes na causa para serem ouvidas no processo judicial ou administrativo, de garantia da liberdade de debater a causa, de apresentar resposta, de requerer e produzir provas, de interpor recursos das decisões, ou seja, de utilização e acesso aos mesmos instrumentos processuais, fazendo valer os direitos e pretensões de cada uma das partes (FREITAS, 2014, p.84).

Para Diógenes Gasparini o Processo Administrativo Disciplinar (PAD) é norteado também pelo princípio do contraditório, devendo ser garantida a igualdade entre as partes, concedendo à cada uma delas as mesmas condições de apresentar suas razões e provas em cada passo do processo (GASPARINI, 1993).

Isso poderia ser traduzido no direito assegurado de cada uma das partes de atuar no procedimento de forma isonômica, simétrica, em contraditório, participando na construção discursiva da própria racionalidade decisória, sob os parâmetros dos princípios constitucionais do Estado Democrático de Direito de acordo com André Cordeiro Leal (LEAL, 2002, p. 05-108).

Para o princípio do contraditório o importante é a colaboração das partes ao longo do percurso no desenrolar do procedimento de forma a influenciar na decisão do mesmo, possibilitando que fatos externos à discussão, que não tem passado pelo crivo do contraditório sejam considerados na decisão (LEAL, 2002, p. 105-106).

A influência do acusado no resultado do processo para Diogo Figueiredo Moreira Neto é parte de sua participação política, conforme histórico apresentado:

A participação política na atividade administrativa do Estado foi modalidade pouco explorada no passado mas, cada vez mais, se vai tornando difundida e intensa, principalmente nos países que ostenta sistemas políticos democráticos amadurecidos. A participação administrativa visa, principalmente, à legitimidade dos atos da Administração Pública embora, incidentalmente, possa servir ao controle de legalidade. Essa participação pode dar-se em qualquer dos campos da atividade administrativa do Estado: no exercício do Poder de Polícia, na Prestação de Serviços Públicos, no Ordenamento Econômico, no Ordenamento Social e no Fomento Público (MOREIRA NETO, 1992. p. 123).

Esse mesmo pensamento ecoa nas ideias de Francisco Gérson Marques de Lima:

A participação do cidadão na administração da coisa pública amplia-se na mesma proporção em que aumenta a Democracia. É da essência da Democracia, da idéia de cidadão e – por que não dizer?! – do próprio Estado Democrático de Direito o caráter participativo na gestão da res publica. A cidadania só pode ser compreendida e se afirmar respeitada com a transparência dos atos administrativos (daí o direito à informação pelo administrado/usuário) e uma adequada regulação das formas pelas quais se possa fiscalizar e acompanhar a condução das coisas do povo.

Nesta perspectiva participativa, importa entabular fórmulas e procedimentos adequados à participação do cidadão na Administração Pública. Procedimentos adequados, eficazes, justos. Não só de natureza judicial, mas também administrativa. O administrado tem direito a procedimento dessa natureza [...]. é o chamado direito à organização e ao procedimento, tipificado como direito fundamental [...] (LIMA, 2002. p. 164).

Já Odete Medauar remete à questão do princípio do contraditório destacando à proteção dos direitos fundamentais do cidadão frente ao poder do Estado, que não pode ser, em nenhuma hipótese, absoluto. Ao contrário disso, o exercício do poder se associa a um fim de onde se decorrem direitos, ônus e sujeições, e é o que conduz o ordenamento a determinar o filtro das processualidades nas intervenções do poder estatal (MEDAUAR, 1993).

Essa questão do ordenamento é importante para a percepção de que a legalidade de ação jurisdicional do Estado sobre o cidadão depende da observância ao princípio do devido processo legal, que contém, em sua descrição, o próprio princípio do contraditório, não podendo ser esse dissociado de qualquer decisão do Estado que tenha como objetivo intervir no patrimônio jurídico do cidadão ou afetar qualquer cidadão.

Apenas para frisar a existência de correntes divergentes, citados que para Marcelo Harger a questão do contraditório é tratada como uma possibilidade oferecida às partes litigantes de se manifestarem no âmbito do procedimento e até

mesmo contra ele se insurgir. Para ele não é que princípio possa ser considerado incompatível com o processo administrativo, entretanto, ele reconhece existir uma vasta corrente que apoia a não aplicação da ampla defesa ao PAD, justificada por prerrogativas da autoridade administrativa como a da iminência no atendimento ao interesse público (HARGER, 2001).

Odete Medauar destaca que decorre do princípio contraditório a aplicação, na primeira fase do PAD (citação e intimação), do direito geral de informação dos atos processuais e da manifestação sobre eles. Dessa maneira, o acusado possui o direito de receber notificação de que o referido processo se iniciou, tendo de estarem explícitos na notificação todos os fatos, assim como as premissas legais sobre as quais se baseiam a acusação; o direito de ser informado, com antecedência tal que permita a sua participação, da realização das provas; o direito de ser notificado da juntada de documentos e de sobre eles se manifestar (MEDAUAR, 1993).

Conforme André Cordeiro Leal reforça:

Reitera-se, pois, que as linhas atuais do pensamento jurídico-processual que entendem o processo a partir de suas bases constitucionais não podem ser deslembradas quando da interpretação do Direito Material e da reconstrução dos fatos pelas partes, porque urge sejam afastadas posturas pouco ou nada comprometidas com o Estado de Direito Democrático e, portanto com o povo.

[...] Portanto, racional, agora é a decisão proferida no âmbito de um Direito democrático positivo que se torna auto-referente por sua legitimação discursiva. Uma razão construída compartilhadamente mediante processos legislativos e jurisdicionais adequados que somente tornam racionais as decisões que se fundamentem nas leis democraticamente instituídas e a partir de procedimentos judiciais que assegurem a imparcialidade (colhida da estrutura procedimental, e não como atributo mítico do julgador) na reconstrução compartilhada dos fatos e do próprio Direito aplicável ao caso concreto (LEAL, 2002, p. 105,107-108).

Devendo o contraditório ser respeitado integralmente, sem restrições¹⁷ em decorrência de ser um princípio constitucional fundamental para o Estado Democrático de Direito.

¹⁷ Exemplos de julgados onde o princípio do contraditório não foi respeitado no PAD:
EMENTA: REEXAME NECESSÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. DEMISSÃO. VIOLAÇÃO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. CUSTAS PROCESSUAIS: INDEVIDA IMPOSIÇÃO À AUTORIDADE COATORA E ISENÇÃO DO ENTE FEDERADO. SENTENÇA REFORMADA EM PARTE. I - Por violação ao devido processo

3.4.7 Princípio da Segurança Jurídica

Inicialmente cabe esclarecer que o princípio da segurança jurídica analisado não se confunde com o direito à segurança expresso no art. 5º da CR/88, uma vez que esse princípio não trata de violação de direitos e sim da estabilidade do sistema jurídico.

O princípio da segurança jurídica trata da proteção das decisões jurídicas, garantindo que essas sejam respeitadas, cumpridas, mantendo a estabilidade jurídica, a segurança das decisões, ligado aos atos jurídicos e assegurando o direito adquirido, a coisa julgada e o ato jurídico perfeito.

Almiro do Couto e Silva declara que:

A segurança jurídica é entendida como sendo um conceito ou um princípio jurídico que se ramifica em duas partes, uma de natureza objetiva e outra de natureza subjetiva. A primeira, de natureza objetiva, é aquela que envolve a questão dos limites à retroatividade dos atos do Estado até mesmo quando estes se qualifiquem como atos legislativos. Diz respeito, portanto, à proteção ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada [...]. A outra, de natureza subjetiva, concerne à proteção das pessoas no pertinente aos atos, procedimentos e condutas do Estado, nos mais diferentes aspectos de sua atuação (COUTO E SILVA, 2005, p. 3-4).

O princípio da segurança jurídica, objetivamente, sob essa perspectiva, resume-se na proteção outorgada pelo direito adquirido, pela coisa julgada e pelo

legal (art. 5º, LIV, CF), é nulo o processo administrativo disciplinar levado a cabo por Comissão Processante que efetivamente funcionou com apenas dois dos três membros exigidos pela lei. II - Em sendo a autoridade coatora mero órgão da pessoa jurídica em cujo nome atua, praticando atos administrativos, as consequências desses atos serão necessariamente arcadas por esta pessoa, como as custas processuais decorrentes da procedência de mandado de segurança, devendo, contudo, ser observada a isenção conferida pelo art. 10, I, da LE n.º 14.939/03. (TJMG - Reexame Necessário-Cv 1.0091.10.001076-7/001, Relator(a): Des.(a) Peixoto Henriques, 7ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 26/03/2013, publicação da súmula em 05/04/2013)

ADMINISTRATIVO. REMESSA NECESSÁRIA. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. INSTAURAÇÃO. PENALIDADE APLICADA. INOBSERVÂNCIA DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. NULIDADE. I - Consoante maciço entendimento jurisprudencial, asseguram-se aos acusados em geral a ampla defesa e o contraditório, tanto em processos judiciais como em feitos administrativos. II - É nulo o ato administrativo que culmina penalidade de suspensão das atividades do servidor, prevista no art.149, II, da Lei 8.112/90, sem prévia instauração de sindicância, por inobservância do devido processo legal. III - Inobservados requisitos legais para composição da comissão processante em PAD instaurado para apurar falta grave de servidor, o ato de nomeação reveste-se de ilegalidade, devendo, de consequência, ser anulado. (TJMG - Reexame Necessário-Cv 1.0674.09.010056-3/001, Relator(a): Des.(a) Fernando Botelho, 8ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 16/06/2011, publicação da súmula em 18/08/2011)

ato perfeito jurídico, enquanto pelo lado subjetivo retrata o arcabouço capaz de gerar confiança aos cidadãos perante as ações e condutas do Estado.

O princípio da segurança, subjetivamente sob essa perspectiva jurídica, gera uma confiança jurídica para o cotidiano do cidadão através que, segundo Humberto Ávila, é classificada como dimensão da proteção procedimental, substancial e compensatória. Essa confiança advém da expectativa que pode ser criada tanto em função do ato jurídico de natureza geral, impessoal e abstrata, quanto do ato jurídico de natureza individual, pessoal e concreta, sendo este último pela incidência da boa-fé objetiva (ÁVILA, 2006).

Perez define a boa-fé como confiança, segurança em relação aos termos estabelecidos, além de sua aplicação na administração pública representada pela exigência por parte da autoridade administrativa do cumprimento do estritamente necessário para realização dos fins públicos pelo servidor (PEREZ, 1989).

Dessa maneira, analisando sob a perspectiva subjetiva do princípio da segurança jurídica, esse pode ser entendido como sendo a confiança das pessoas de que elas estão protegidas de qualquer ação arbitrária e juridicamente não fundamentada por parte do Estado.

De maneira análoga deve o funcionário público sentir seus direitos resguardados, havendo a mesma confiança em face da autoridade administrativa no sentido de não estar desprotegido frente às mudanças de posicionamento de caráter normativo dessa, originadas pela mudança de interpretação de determinadas normas legais, o que poderia afetar situações já reconhecidas e consolidadas na vigência da orientação anterior, devendo assim ter igualmente resguardado o direito às suas expectativas legítimas originais, especialmente se essas mudanças lhe for prejudicial.

Para que as expectativas legítimas sejam protegidas essas devem observar alguns princípios para serem garantidas como tal. A Lei Federal n. 9.784 de 29 de janeiro 1999, em seu art. 54 coloca à autoridade administrativa o limite máximo de cinco anos, contados da data em que foram praticados, para anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários, que

podem resultar na manutenção de condutas administrativas inválidas de caráter excepcional, mas geradoras de expectativas legítimas.

Em decorrência da proteção às legítimas expectativas, deve-se destacar a questão de a autoridade administrativa buscar não anular os atos administrativos válidos, de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários. Ainda que possa haver proteção da confiança dos destinatários em caso de condutas inválidas, essa proteção não poderá ensejar precedente que tenham efeitos vinculantes.

Conforme observa Rafael Maffini, também são considerados excepcionais atos administrativos ilegais, mesmo quando geradores de expectativas legítimas, em decorrência da norma de que administração pública tem de agir no sentido de invalidar seus atos quando contrários à lei ou aos princípios de Direito Administrativo. Os atos contrários à lei apurados pela autoridade administrativa, antes do prazo legal de cinco anos, quando instaurado o procedimento o julgador deverá analisar a proteção das legítimas expectativas relacionadas ao ato em exame (MAFFINI, 2005).

Em relação à conservação dos atos administrativos válidos, que originam expectativas legítimas, é preciso observar que a autoridade administrativa necessita obedecer à aplicação do limite temporal ao que se refere o art. 54 da Lei Federal n.9.784/99 para invalidar tais atos, ressalvando quando houver mudança das bases fáticas e das circunstâncias que se estabeleceram quando da prática do ato administrativo ocorrido. Assim, a modificação na decisão da autoridade administrativa necessitará de alguma mudança fática relevante para ser justificável, mantidas as mesmas circunstâncias, uma vez que a proteção à confiança afasta alterações que possam vir a lesar o servidor.

Rafael Maffini também ressalta que, se as circunstâncias forem as mesmas que existiam quando da época em que se praticou o ato administrativo, não será possível a revogação do ato administrativo, sob pena de se ferir a proteção da confiança, mesmo que se invoque a questão do interesse público. Assim, fica condicionado o exercício do direito da prerrogativa administrativa de revogação dos atos administrativos à mudança nas bases fáticas estabelecidas quando da prática do ato administrativo (MAFFINI, 2005).

A questão da vinculação dos precedentes decisórios na administração pública igualmente reforça o princípio da segurança jurídica, visto que o principal da força vinculante se localiza também no princípio da proteção da confiança. Isso sugere que o administrado poderia confiar no tratamento a ser recebido da autoridade administrativa ao analisar casos semelhantes, não podendo ser surpreendido por decisões muito divergentes para casos parecidos com o dele.

Para Daphne Barak-Erez a proteção das expectativas está intimamente ligada à proteção da igualdade. A experiência ocorrida no passado é usualmente essencial no surgimento das expectativas, sendo o histórico sobre comportamentos anteriores particulares um alicerce para acreditar que, sob essas mesmas circunstâncias, estes comportamentos irão se repetir (BARAK-EREZ, 2005).

Expectativas podem vir a ser frustradas se circunstâncias similares vierem a resultar em comportamentos diferentes. Frente às circunstâncias similares o administrado espera decisões equivalentes. A conduta diferente obrigatoriamente irá contrariar, dessa maneira, as expectativas. A proteção das expectativas de um tratamento equivalente passa a ser assim uma relevante parte do direito à igualdade (BARAK-EREZ, 2005).

Dessa maneira, a proteção das legítimas expectativas gera confiança e segurança jurídica, mas não podem ter o objetivo de imobilizar condutas administrativas, sob risco de que não sejam atendidos os fins definidos pela administração pública e o desempenho de suas atividades.

Por conseguinte, as mudanças de orientação na interpretação da administração pública são possíveis, porém demandam que ocorra uma alteração relevante nas bases normativas e fáticas responsáveis pela consolidação do precedente. Faz-se necessário que estas mudanças sejam juridicamente fundamentadas e justificadas.

3.4.8 Princípio do Interesse Público

O princípio do interesse público trata da supremacia do interesse público sobre o privado, sendo indisponível a não ser quando a exceção expressa na lei, uma vez que este busca o interesse geral e da sociedade, estando ligado à finalidade pública.

O administrador deve interpretar a norma com base na finalidade pública almejada ou pretendida através dos atos administrativos, levando sempre em consideração o interesse da coletividade, da sociedade em detrimento do interesse individual.

Tal entendimento também se aplica ao processo administrativo, uma vez que deve se resguardar os fins públicos, estatais e coletivos, evidenciando-se no processo administrativo através da finalidade pública, uma vez que só justifica ação ou atuação quando há um interesse público a ser alcançado e preservado, almejando-se a solução que melhor atender a finalidade: o interesse público.

Uma vez determinados os interesses públicos, a Administração Pública passar a ter o poder-dever de atuar. Não lhe cabe mais deixar de atendê-los, procrastinar, variá-lo, ou declinar de sua competência: o interesse público específico torna-se indisponível para a Administração Pública, seja de que natureza for (MOREIRA NETO, 1996).

O interesse público é aquele conferido e direcionado à sociedade como um todo e não a cada indivíduo isoladamente, devendo o interesse do indivíduo ser visto dentro de uma coletividade.

No caso de conflito de interesses entre o público e o privado, o público deve se destacar e predominar, mas esta supremacia não é absoluta, existindo situações onde deve prevalecer o direito individual, exemplificativamente como o direito à propriedade no caso de desapropriações que pode ser utilizado legitimamente como exceção à regra acima citada.

O interesse público representa a coletividade, não cabendo a discricionariedade de escolha ao agente público, sendo assim indisponível, devendo o agente público atuar em prol deste com intuito de satisfazê-lo e preservá-lo.

Cabe ressaltar que para Habermas não há supremacia entre a esfera pública e a privada e sim que estas são requisito da democracia, uma vez que só possível atender ao interesse coletivo através do diálogo entres as duas esferas, como ressaltado no capítulo I (OLIVEIRA, 2004, p.182).

3.4.9 Princípio da Boa-fé

O princípio da boa-fé foi positivado e está previsto no art. 2º, § único, inciso IV¹⁸, da Lei Federal n. 9.784/99, no âmbito do Processo Administrativo, sendo que sua aplicação nos processos administrativos já era reconhecida pela doutrina e pela jurisprudência do Direito Administrativo, mesmo antes de estar expresso na referida lei.

Uma das características inerentes do Estado Democrático de Direito é a subordinação de todos, Estado e Indivíduos as normas.

¹⁸ 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;(BRASIL, 1999).

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 (BRASIL, 1999).

Sob a perspectiva objetiva, a efetivação da boa-fé é a proteção da confiança entendida esta como um princípio ético, ligado à confiança, de vinculação jurídica individual e aplicável a todos os ramos do direito, segundo Camilla de Jesus Mello Golçalves (GONÇALVES, 2008. p. 38).

O princípio da boa-fé protege as expectativas legítimas ocorridas em uma relação jurídica, uma vez que respeitando este princípio, as partes, bem como seus procuradores, não devem gerar situações procedimentais ou fácticas falsas, infundadas, injustificadas, que venha a obstruir indevidamente o andamento regular do processo, podendo ocasionar a invalidação do ato praticado por má-fé.

As relações jurídico-administrativas devem se ater a este princípio, no âmbito da Administração Pública, em relação aos administrados e ao administrador quanto à Administração Pública, bem como nas relações entre a Administração Pública e o agente administrativo, e vice-versa.

De maneira subjetiva compreende-se a boa-fé como um agir racional em conformidade com as normas, entendendo-se como racional a consciência relativa à ação praticada, devendo essa não ser intencionalmente dolosa ou de má-fé.

Objetivamente pode-se dizer que se está baseado em uma regra, um modelo de conduta normal, entendido aqui como o comportamento do homem padrão, racional, pautado dentro dos preceitos legais e éticos.

Neste contexto podem ocorrer situações onde o agente desconhece a ilegalidade ou ilicitude do ato (boa-fé subjetiva), mas ao mesmo tempo ter um comportamento ético desrespeitoso, ferindo assim a boa-fé objetiva, mas preservando a boa-fé subjetiva.

Sobre a temática, Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves de Farias expõem:

Esse dado distintivo é crucial: a boa-fé objetiva é examinada externamente, vale dizer, a aferição dirige-se à correção da conduta do indivíduo, pouco importando a sua convicção. Não devemos observar se a pessoa agiu de boa-fé, porém de acordo com a boa-fé. Ou seja: há de avaliar-se qualquer comportamento em conformidade com padrões sociais vigentes, pouco importando o sentimento que animou o agente. O contrário da boa-fé objetiva não é a má-fé, mas ausência da boa-fé. De fato, o princípio da boa-fé encontra sua justificativa no interesse coletivo de que as pessoas pautem seu agir pela cooperação e lealdade, incentivando-se o sentimento de justiça social, com repressão a todas as condutas que importem em desvio dos parâmetros de honestidade e retidão (FARIAS; ROSENVALD, 2006, p.41).

No Processo Administrativo, além de todos os princípios e garantias constitucionais já citadas, deve-se observar o princípio da boa-fé, juntamente com o dever de agir e se comportar dentro dos limites dos preceitos legais.

Segundo Romeu Felipe Bacellar Filho, no Processo Administrativo Disciplinar, podem ser verificadas, de forma ampla, as seguintes consequências relativas ao princípio da boa-fé:

(a) no exercício de poderes e faculdades com relação ao tempo, exigindo-se a fixação de prazos adequados ao cumprimento da prestação, vedando a imposição de obstáculo resultante de um comportamento desleal; (b) no estabelecimento de um debate processual leal, em que a acusação e a defesa sejam expostas de forma clara, a partir de capítulos e pontos numerados, que não constituam uma emboscada para o adversário; (c) na unificação das exceções a fim de evitar sucessiva e interminável possibilidade de oposições; (d) na limitação da prova: os meios de prova devem limitar-se aos fatos debatidos para evitar a maliciosa dispersão do material probatório e a demonstração de fatos irrelevantes; (e) na convalidação das nulidades: os erros de procedimento devem ser corrigidos imediatamente mediante recurso de nulidade, sob pena de convalidação; (f) na fixação das condenações processuais: o litigante que atua com malícia é condenado ao pagamento dos gastos excessivos em razão de sua conduta (BACELLAR FILHO, 2013, p. 197).

Nesta mesma linha, Egon Bockmann Moreira também enumera formas de manifestação do princípio da boa-fé no processo administrativo, destacando:

(i) interdição ao abuso de direito (excesso no exercício de prerrogativas legítimas; (ii) proibição ao *venire contra factum proprium* (conduta contraditória, dissonante do anteriormente assumido, ao qual se havia adaptado a outra parte e que tinha gerado legítimas expectativas); (iii) proibição à inação inexplicável e desarrazoada, vinculada a exercício de direito, que gera legítima confiança da outra parte envolvida; (iv) dever do *favor acti* (dever de conservação dos atos administrativos, explorando-se ao máximo a convalidação); (v) lealdade ao fator tempo (proibição ao exercício prematuro de direito ou dever ou retardamento desleal do ato e à fixação de prazos inadequados); (vi) dever de sinceridade objetiva (não só dizer a verdade, mas não omitir qualquer fato ou conduta relevantes ao caso concreto, tampouco se valer de argumentos genéricos ou confusos); (vii) dever de informação, no sentido de não omitir qualquer dado que seja relevante na descrição da questão controversa e/ou que possa auxiliar na sua resolução (MOREIRA, 2003. p. 108-109).

No Processo Administrativo Disciplinar, o princípio da boa-fé recai na pretensão da certeza, confiança e segurança jurídica, com base na atuação equânime pautada pela legalidade, devendo a Administração Pública atuar com base nesses princípios e preceitos legais, quando da instauração do procedimento, instrução e decisão, devendo também o agente público acusado e da mesma maneira o particular litigante agir com base nos mesmos princípios e preceitos,

tendo de respeitar e proteger o devido processo legal (contraditório, ampla defesa e isonomia).

3.4.10 Princípio do Formalismo Moderado

O princípio do formalismo moderado está expressamente previsto, no artigo 22 da Lei Federal n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999, cujo teor é o seguinte: “Os atos do processo administrativo não dependem de forma determinada senão quando a lei expressamente a exigir.”

Segundo Odete Medauar:

O princípio do formalismo moderado consiste, em primeiro lugar, na previsão de rito e formas simples, suficientes para propiciar um grau de certeza, segurança, respeito aos direitos dos sujeitos, o contraditório e a ampla defesa. Em segundo lugar, se traduz na exigência de interpretação flexível e razoável quanto a formas, para evitar que estas sejam vistas como um fim em si mesmas, desligadas das verdadeiras finalidades do processo (MEDAUAR, 2004, p. 203).

No processo administrativo disciplinar a aplicação do referido princípio possibilita a diminuição da formalidade, a previsão de formas e ritos mais simples relativamente aos atos processuais, mas devem funcionar sem flexibilizar, descumprir ou deixar de observar os princípios da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal, como bem ressaltado por Odete Medauar no trecho acima citado (MEDAUAR, 2004, p. 203).

A informalidade não pode ser arguida ou utilizada como impedimento ou obstáculo para a realização plena da defesa do agente no âmbito do PAD, devendo se observar os ritos e formalidades estabelecidas pela lei, ressaltando que a não observância desses princípios invalida o processo e não confere certeza jurídica ao mesmo.

Em outras palavras, o poder administrativo disciplinar deve ser desenvolvido através do processo apropriado, devendo ser assegurado ao agente investigado ou acusado, por força dos princípios constitucionais, o contraditório e a ampla defesa.

O postulado *pas de nullité sans grief* foi incorporado ao processo disciplinar pela doutrina, segundo o qual não há nulidade sem prejuízo, sendo assim quando o ato processual não causar prejuízo não será declarada sua nulidade.

Em relação à nulidade, Marçal Justem Filho afirma que:

A nulidade deriva da incompatibilidade do ato concreto com valores jurídicos relevantes. Se certo ato concreto realiza os valores, ainda que por vias indiretas, não pode receber tratamento jurídico equivalente ao reservado para atos reprováveis. Se um ato, apesar de não ser o adequado, realizar as finalidades legítimas, não pode ser equiparado a um ato cuja prática reprovável deve ser banida.

A nulidade consiste num defeito complexo, formado pela (a) discordância formal com um modelo normativo e que é (b) instrumento de infração aos valores consagrados pelo direito. De modo que, se não houver a consumação do efeito (lesão a um interesse protegido juridicamente), não se configurará invalidade jurídica.

Aliás, a doutrina do direito administrativo intuiu essa necessidade, afirmando o postulado de *pas de nullité sans grief* (não há nulidade sem dano) (JUSTEM FILHO, 2009, p. 323 e 324).

O princípio do formalismo moderado é a faceta processual do princípio da proporcionalidade, sob a ótica de que a forma não pode se sobrepor à substância, uma vez que o exercício de um direito não pode ser obstado pelo rigor formal, bem como a falta do rigor, informalidade, também não podendo impedir o exercício de um direito.

Dessa forma no PAD, bem como nos outros processos administrativos, para que o processo seja válido devem ser respeitados os princípios da legalidade, da oficialidade, do formalismo moderado, da publicidade, da verdade material, da boa-fé, do contraditório, da ampla defesa e da segurança jurídica, promovendo a igualdade das partes e atribuindo eficiência ao processo.

3.4.11 Princípio da Oficialidade

De acordo com Maria Sylvia Zanella Di Pietro, uma das diferenças entre o processo judicial e processo administrativo é o princípio da oficialidade, em decorrência da possibilidade da Administração Pública iniciar o processo de ofício (DI PIETRO, 2007).

O princípio da oficialidade trata do poder-dever da Administração de instaurar, movimentar e rever a decisão de ofício, estando previsto nos artigos 2º, inciso XII e 29, da Lei Federal n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999 e na súmula 473¹⁹ do STF.

No caso do PAD, somente a Administração Pública pode iniciar o procedimento, bem como não se pode confundir a denúncia com o ato inicial do Processo Administrativo Disciplinar. O interesse público fundamenta o princípio da oficialidade.

Ligado ao princípio da oficialidade está o princípio da verdade material ou verdade real, em que a Administração Pública não está limitada a agir de forma passiva, podendo a mesma buscar as provas, mas devendo se ater, quando da tomada da decisão, se embasar nos fatos como estes se apresentam na realidade, tendo de se ater às provas presentes aos autos que passaram pelo crivo do contraditório.

Nesse contexto a Administração pública pode produzir provas de ofício, desde que possibilite a manifestação da parte em relação à prova produzida de ofício, respeitando o contraditório e o devido processo legal.

Segundo Odete Medauar, a Administração Pública, “tem o direito e o dever de carrear para o expediente todos os dados, informações, documentos a respeito da matéria tratada, sem estar jungida aos aspectos considerados pelos sujeitos” (MEDAUAR, 1993).

A liberdade para produção das provas que a Administração possui está limitada à restrição de que essas têm de ser obtidas através de meios lícitos, respeitando o inciso LVI do artigo 5º da CR/88, o contraditório, ressaltando-se que ao indiciado deve ser garantido o acesso e manifestação a todas as provas, inclusive àquelas produzidas de ofício.

¹⁹ SÚMULA 473 STF: “A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque dêles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial” (BRASIL, 1969).

3.5 Fases do Processo Administrativo Disciplinar

O Processo Administrativo Disciplinar (PAD) foi instituído na Constituição da República de 1988 em seu art. 41, parágrafo 1º, inciso II, além de também ter sua inclusão ocorrida no título III (Da Organização do Estado), Capítulo VII (Da administração pública) e Seção II (Dos servidores públicos): “mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa”; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) (BRASIL, 1988).

Afora as ocorrências acima citadas, o PAD, como é comumente chamado, é regulado pelo art. 151 da Lei Federal n. 8.112/90:

Art. 151. O processo disciplinar se desenvolve nas seguintes fases:
I - instauração, com a publicação do ato que constituir a comissão;
II - inquérito administrativo, que compreende instrução, defesa e relatório;
III – julgamento (BRASIL, 1990).

Pode-se observar através do Art. 151 da Lei Federal n. 8.112/90 que o PAD possui três fases distintas em seu procedimento, sendo elas: a instauração (em seu início), o inquérito administrativo (parte central dividida em instrução, defesa e relatório) e o julgamento (como conclusão ou desfecho final do processo).

Quando não existem evidências necessárias para instauração do PAD, o Estado pode recorrer ao procedimento de Sindicância, onde irá registrar as controvérsias e argumentações sobre o acontecimento ou episódio no qual pairam-se as dúvidas relativas a ocorrência de falha, erro, falta grave, ato administrativo irregular ou ilegal, assim como as suposições sobre a autoria ou agente responsável por cometê-lo.

Este procedimento de Sindicância, que ocorre de forma independente, pode ser equiparado ao procedimento do inquérito policial, atualmente reconhecido como inquisitivo, e irá fazer parte do PAD (Lei n. 8.112/90, art. 154), e mesmo que haja possibilidade, quando da não exigência do PAD, culminar diretamente na aplicação de punição. O PAD, por seus atos procedimentais, não depende de forma determinada, exceto quando a lei exigir (Lei Federal n.9.784/99 art. 22).

De acordo com o art. 152, *caput*, da Lei Federal n. 8.112/90, o tempo máximo determinado para a resolução do PAD não poderá ultrapassar o período de 60

(sessenta) dias contados a partir da publicação do ato que constituiu a comissão processante, tempo que pode ser prorrogado pelo mesmo período, caso seja justificada a prorrogação de forma a atender ao princípio constitucional da razoável duração do processo administrativo (CR/88, art. 5º, inciso LXXVIII).

De forma geral, o PAD é constituído por três grandes fases, sendo a segunda delas dividida em subfases. Essas fases maiores são sequenciadas como:

- **Instauração** – considerada como fase inicial do PAD, é instrumentalizada pela publicação em diário oficial pela autoridade administrativa competente de portaria que formaliza o início do processo e designa os membros da comissão disciplinar conforme a Lei Federal n. 8.112/90, art. 149, assim como informa o objeto do processo instaurado, prazo para conclusão dos trabalhos, demais informações relevantes necessárias ao processo;
- **Inquérito** – Essa é a fase mais volumosa do processo, sendo o meio que se decompõe ainda em três subfases que serão detalhadas à frente. Nessa fase se destaca a intensa atuação do grupo nomeado pela autoridade administrativa para compor a chamada Comissão Processante. Além disso, é nessa fase que se dá a parte de contraditório (defesa do servidor indiciado no inquérito) conforme o PAD preconiza em nas Leis Federais n. 8.112/90, art. 153 e 9.784/99, art. 29;
- **Julgamento** – considerada a fase final do PAD o julgamento é regulamentado pela Lei Federal n. 8.112/90, art. 167. É nessa fase que é proferida decisão pela autoridade administrativa relativa às apurações e levando em considerações as argumentações da defesa do investigado.

O início da instauração deve se dar de imediato quando a autoridade administrativa tomar ciência do fato ou irregularidade, observando, entretanto, todos os requisitos legais obrigatórios à instauração e ao procedimento conforme determina a Lei n. Federal 8.112/90, art. 149, assim como os cuidados quanto aos direitos dos investigados, evitando arbitrariedades e ilegalidades durante o

desenvolvimento dos trabalhos nessa fase inicial do processo, respeitando também os princípios do Devido Processo Constitucional.

A primeira subfase do inquérito é a instrução. Nessa etapa ocorre intensa apuração dos fatos que compõe o objeto da instauração denunciado na fase inicial do PAD. Para que essa fase discorra de maneira eficiente, a Comissão Processante deve realizar de maneira precisa a produção de todas possíveis provas permitidas pela Lei Federal n. 9.784/99, art. 30, tais como as documentais, testemunhais, periciais e inspeccionais.

É também nessa subfase que ocorre ou não o indiciamento do servidor ou grupo de servidores denunciados inicialmente quando da instauração do processo. Ainda nessa fase as provas podem levar a Comissão Processante a sugerir de ofício a absolvição do acusado. No caso de se proceder com o indiciamento, os trâmites e prazos previstos deverão seguir, destacando-se o prazo para apresentação de defesa escrita.

A segunda subfase do inquérito é a defesa. Nessa etapa dá-se ênfase aos direitos garantidos ao servidor que está sendo acusado, através do devido processo legal, onde destacam-se o direito de apresentação de resposta às acusações feitas, direito a um advogado, direito de acompanhamento do processo, direito de constituir provas e contraprovas conforme Lei Federal n. 8.112/90, art. 156, tudo que se faz necessário para cumprir os procedimentos que compõe o PAD e garantir o contraditório e a ampla defesa.

O não cumprimento do devido processo legal pode culminar na anulação do processo. A ampla defesa e o contraditório ficam assegurados ao servidor acusado pela CR/88, art. 5o, inciso LV. Já a garantia aos prazos, analogamente ao processo judicial, estão estabelecidos na Lei Federal n. 9.784/99, art. 66.

A terceira e última subfase do inquérito é o relatório. Essa fase contempla a produção de documento do mesmo nome onde constam as considerações e conclusões elaboradas pela Comissão Processante.

O instrumento do relatório deve se apresentar com características opinativas, não vinculantes, refletindo de forma célere e sucinta a apreciação dos fatos apurados da forma como ocorreu durante o processo, levando em consideração

factualmente os fundamentos legais para a indicação da sugestão de absolvição ou punição do servidor acusado, assim como a da penalidade ou sanção administrativa que deve ser aplicada no caso. Ao final, o relatório conclusivo elaborado pela Comissão Processante deverá ser endereçado à autoridade administrativa responsável para que o PAD passe para a fase final de julgamento, conforme Lei Federal n. 8.112/90, art. 166.

O PAD passa então à última fase constituída pelo julgamento. Nessa etapa é proferida a decisão elaborada pela autoridade administrativa acerca do inquérito instaurado, conforme as diretivas do PAD. A decisão deve estar, conforme a Lei Federal n. 9.784/99, art. 50, de acordo com os elementos probatórios colhidos nas fases anteriores, de maneira a indicar absolvição ou aplicação de sanção administrativa, conforme previsto na Lei Federal n. 9.784/99, art. 68, bem como ter respeitado durante a sua tramitação os princípios da ampla defesa e do contraditório, assim como todos os princípios constitucionais.

Em caso de condenação, conforme previsto na Lei Federal n. 8.112/90, art. 141, a competência para aplicação das penalidades administrativas sugeridas pela Comissão Processante conforme o PAD, dependerá da própria severidade da punição, conforme o que está previsto.

A partir daí, de acordo com a Lei Federal n. 8.112/90, art. 167, a autoridade julgadora passa a ter vinte dias contados do recebimento do processo para proferir sua decisão, que deverá seguir com a consequente publicação do ato no Diário Oficial vinculado ao órgão público, segundo a Lei Federal n. 9.784/99, art. 26.

A Lei Federal n. 9.784/99, art. 26 torna obrigatória a comunicação por intimação ao servidor pelo órgão competente perante o qual tramita o processo administrativo, que determinará a intimação do interessado para ciência de decisão ou a efetivação de diligências. A comunicação ao servidor deverá ocorrer por via postal com aviso de recebimento, por telegrama ou outro meio que assegure a certeza da ciência do interessado.

É importante ressaltar que conforme a Lei Federal n. 8.112/90, art. 164, que mesmo o servidor indiciado considerado revel ao ser regularmente citado e não apresentar defesa no prazo legal, terá defesa constituída por servidor designado

pela autoridade instauradora do processo como defensor dativo, ocupante de cargo de nível igual ou superior ao do indiciado e configurando, conforme a Lei Federal n. 9.784/99, art. 27, no prosseguimento do processo e garantia ao direito de ampla defesa ao interessado, mesmo no caso de não haver resposta à intimação e nem renúncia ao direito pelo administrado, tornando inaplicável o efeito da revelia de fato.

Conforme a Lei Federal n. 8.112/90, art. 168, o Estado pode discordar da aplicação das penalidades indicadas pela Comissão Processante, quando as provas dos autos dela divergirem, uma vez que se o relatório da comissão contrariar as provas dos autos, a autoridade julgadora poderá, motivadamente, agravar a penalidade proposta, abrandá-la ou isentar o servidor de responsabilidade.

Importante ressaltar também que a Lei Federal n. 9.784/99, art. 56, garante ao servidor recurso necessário, uma vez que das decisões administrativas cabe recurso, em face de razões de legalidade e de mérito, que deverá ser dirigido à autoridade que proferiu a decisão, a qual, se não a reconsiderar no prazo de cinco dias, o encaminhará à autoridade superior.

É garantido ao interessado também desistir do recurso, conforme Lei Federal n. 9.784/99, art. 51, que deve ser feito mediante manifestação escrita, podendo o interessado desistir total ou parcialmente do pedido formulado ou, ainda, renunciar a direitos disponíveis, vedada a renúncia aos direitos indisponíveis, como exemplo à defesa.

A Lei Federal n. 8.112/90, art. 171, determina que, se a infração estiver capitulada como crime, o processo disciplinar deverá ser remetido ao Ministério Público na pessoa de seu representante para instauração da ação penal, ficando trasladado na repartição como cópia.

A qualquer tempo, a requerimento ou de ofício o processo administrativo disciplinar poderá ser revisto conforme disposto na Lei Federal n. 8.112/90, art. 174, quando se aduzirem fatos novos ou circunstâncias suscetíveis de justificar a inocência do punido ou a inadequação da penalidade aplicada, sendo considerado inaplicável na esfera administrativa o instituto da coisa julgada.

CAPÍTULO IV

COOPERATIVISMO E O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

4.1 Considerações iniciais

As novas regras do Novo Código de Processo Civil, promulgado em 16 de março de 2015, com *vacatio legis* de um ano, privilegiam a conciliação entre as partes, com a intenção de minimizar o litígio e incentivar a composição amigável entre elas.

O incentivo a utilização de meios consensuais alternativos de litígio, como a mediação e arbitragem, está ressaltada no Novo CPC, como destacado por Luiz Guilherme Marinoni:

Nessa linha, note-se que também por essa razão é impróprio pensar a jurisdição como meio de resolução de uma lide por sentença. Na verdade, o conflito deve ser tratado com a técnica processual mais apropriada às suas peculiaridades – que inclusive podem determinar o recurso à jurisdição como última *ratio*. Não é por outra razão que o novo Código explicitamente coloca a jurisdição como uma das possíveis formas de resolução de litígios e de forma expressa incentiva os meios alternativos de resolução de controvérsias (art. 3º do CPC) (MARINONI, 2016, p.187).

O intuito de impulsionar a conciliação e incentivar que esta aconteça encontra-se previsto já nos primeiros artigos do Novo Código de Processo Civil definindo como função do Estado promover, sempre que possível a solução consensual dos conflitos (art. 3º, § 2º, CPC/2015). Prevê ainda que a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial (art. 3º, § 3º, CPC/2015).

O Novo Código de Processo Civil busca conscientizar a sociedade sobre a necessidade crescente de busca por formas mais pacíficas de solução dos conflitos, na tentativa de abandonar uma cultura de litigiosidade cada vez mais presente no Brasil. Paulatinamente tende-se a estender o acesso à jurisdição e não apenas o acesso a uma decisão derivada do processo, através de uma solução pelos meios consensuais, como a conciliação e a mediação previstas nos dois parágrafos do

artigo do Novo Código de Processo Civil, já citados, evidenciando uma mudança de paradigma.

Como ressaltado por Humberto Theodoro Júnior, o Novo Código de Processo Civil enfatizou a constitucionalização do processo e os princípios constitucionais como ressaltado no trecho abaixo:

Na Parte Geral, o Novo Código dispensou grande atenção à constitucionalização do processo, dedicando seus 12 artigos iniciais para definir aquilo que denominou de Normas Fundamentais do Processo Civil, entre as quais merecem especial destaque os princípios do contraditório sem surpresas; da cooperação entre partes e juiz na atividade de formulação do provimento jurisdicional; da sujeição de todos os participantes do processo ao comportamento de acordo com a boa-fé; da duração razoável do processo; da dignidade da pessoa humana; da eficiência da prestação a cargo do Poder Judiciário; da submissão do próprio juiz ao contraditório; da fundamentação adequada das decisões judiciais; da vedação de privilégios da ordem de julgamento das causas. Dentre as normas fundamentais figura também a que estimula a prática da justiça coexistencial (juízo arbitral, conciliação e mediação) (THEODORO JÚNIOR, 2015, p.70).

Esta mudança também se aplica a própria administração estatal como ressaltado por José Miguel Garcia Medina:

O CPC/2015 adota esse modo de pensar, trazendo para o ambiente da administração estatal da justiça esses meios consensuais de solução de controvérsias, antes chamados de “alternativos”, agora estimulados (cf. comentário ao art. 3º). A mudança da cultura da sentença para a cultura da pacificação, a que se refere Kazuo Watanabe (*Política pública ...*, *RePro* 195/381), tende a ser lenta e gradual, ainda que o CPC/2015 dê passos importantes, nesse sentido (MEDINA, 2015, p.29-30).

Abaixo serão analisadas as inovações do novo CPC ressaltando-se o sentido da cooperação no novo Código.

4.2 Direito Processual Cooperativo

O Novo Código de Processo Civil introduz uma mudança no entendimento do processo judicial, que apesar das divergências na nomenclatura, pode ser inquisitivo, dispositivo e cooperativo, de acordo com Fredie Souza Didier Júnior (DIDIER JR., 2011, p. 213 – 225).

No direito processual inquisitivo há mais incidência do princípio inquisitivo, entendendo aqui o princípio como fundamento, onde o legislador atribui mais

poderes ao juiz na condução do processo e atribui conseqüentemente menos poderes às partes.

No direito processual dispositivo, contrariamente ao inquisitivo, o legislador atribui mais poderes e tarefas às partes, seguindo o princípio dispositivo, aqui também entendido como fundamento.

Nos dois modelos acima citados coexistem os princípios inquisitivo e dispositivo, o que os diferencia é a uma maior atribuição pelo legislador de poderes ao magistrado ou às partes.

A dicotomia *princípio inquisitivo-princípio dispositivo* está intimamente relacionada à atribuição de poderes ao juiz: sempre que o legislador atribuir um poder ao magistrado, independentemente da vontade das partes, vê-se manifestação de “inquisitividade”; sempre que se deixe ao alvedrio dos litigantes a opção, aparece a “dispositividade”.

[...] A “dispositividade” e a “inquisitividade” podem manifestar-se em relação a vários temas: a) instauração do processo; b) produção de provas; c) delimitação do objeto litigioso (questão discutida no processo); d) análise de questões de fato e de direito; e) recursos etc.

Nada impede que o legislador, em relação a um tema, encampe o “princípio dispositivo” e, em relação ao outro, o “princípio inquisitivo” (DIDIER JR., 2011, p. 213-225).

No direito processual cooperativo o princípio da cooperação é o norteador do processo, sendo que este é a união dos princípios do devido processo legal, da boa-fé processual e do contraditório, todos princípios garantidos pela norma constitucional.

Esse modelo caracteriza-se pelo redimensionamento do princípio do contraditório, com a inclusão do órgão jurisdicional no rol dos sujeitos do diálogo processual, e não mais como um mero espectador do duelo das partes. O contraditório volta a ser valorizado como instrumento indispensável ao aprimoramento da decisão judicial, e não apenas como uma regra formal que deveria ser observada para que a decisão fosse válida (DIDIER JR., 2011, p. 213-225).

Entre os sujeitos processuais, nesse novo modelo processual, busca-se uma condução do processo cooperativo, em que não se privilegia uma das partes, incentivando que órgão jurisdicional e os participantes do processo atuem conjuntamente para se chegar a uma solução para o litígio, podendo esta ser consensual, acordada e não imposta pelo órgão jurisdicional.

Nesse mesmo contexto, uma das diretrizes interpretativas do Novo Código de Processo Civil, conforme Dierle Nunes é um sistema processual

comparticipativo, cooperativo, onde não há um protagonismo, apenas na figura do juiz ou das partes do processo, sendo este um sistema policêntrico, onde sobressalta-se o protagonismo de todos os sujeitos processuais (NUNES, 2014, p.2).

Segundo esta ideia o juiz desenvolve uma atuação como garantidor dos direitos fundamentais, possibilitando no processo o debate, a discussão, a participação cooperativa das partes, com objetivo de que seus argumentos sejam considerados e influenciem na formação das decisões.

Por ser um modelo baseado nos princípios constitucionais do devido processo legal, da boa-fé processual e do contraditório pode se dizer que é um modelo mais democrático. É um processo “pautado pelo diálogo judiciário, pela colaboração e pela lealdade entre as pessoas” segundo Daniel Mitidiero (MITIDIERO, 2011, p. 17).

O seu funcionamento é baseado na divisão do trabalho entre o órgão jurisdicional e as partes, onde se diminui os protagonistas e há uma divisão mais paritária na condução do processo, no diálogo processual, buscando um equilíbrio na participação processual.

Com relação a decisão tomada pelo juiz, quando não há acordo entre as partes, esta é tomada sem participação direta das mesmas, mas, apesar de não haver uma participação direta, há a participação indireta na formação da decisão, uma vez que cooperam e participam durante o processo, através da ampla dilação probatória, discussão sobre a lide, prestando informações, esclarecendo, agindo de boa-fé.

Neste sentido, ocorre quando da tomada da decisão pelo juiz uma assimetria, em decorrência do poder que é exclusivo do órgão jurisdicional, sendo que esta assimetria é apenas em função do poder próprio e exclusivo do órgão jurisdicional, mas é preservada a simetria durante o processo com a participação das partes na conformação da decisão

Sendo assim, o juiz passa a desempenhar um novo papel no processo, conforme Daniel Mitidiero:

O juiz do processo cooperativo é um juiz isonômico na condução do processo e assimétrico no quando da decisão das questões processuais e materiais da causa. Desempenha duplo papel, pois, ocupa dupla posição: paritário no diálogo, assimétrico na decisão. Visa-se alcançar, com isso, um “ponto de equilíbrio” na organização do formalismo processual, conformando-o como uma verdadeira “comunidade de trabalho” entre as pessoas do juízo. A cooperação converte-se em prioridade no processo (MITIDIERO, 2011, p. 81).

O Novo Código de Processo Civil segue o direito processual cooperativo e algumas mudanças implementadas pelo novo diploma legal evidenciam o privilégio dado a esse modelo, conforme será explorado em tópico próprio. No entanto, para que a implantação deste modelo ocorra é necessária uma mudança de postura das partes envolvidas no conflito, e como ressaltado por Fredie Souza Didier Júnior “o princípio da cooperação torna devidos os comportamentos necessários à obtenção de um processo leal e cooperativo” (DIDIER JR, 2011, p. 213-225).

A consolidação do princípio da cooperação corrobora de forma direta para que o princípio do contraditório também se consolide, uma vez que diretamente garante aos litigantes um papel ativo, empoderando-os de forma a influenciar de maneira plena a busca da solução para a controvérsia.

4.3 O Princípio da Cooperação e seus Deveres - Influência evidente no Novo Código de Processo Civil

Do princípio da cooperação decorrem alguns deveres, que visam efetivar a utilização do referido modelo processual cooperativo, deveres estes que recaem tanto sobre as partes, quanto sobre o Juiz. Os deveres de esclarecimento, de prevenção, de consulta ou diálogo e de auxílio, são requisitos mínimos para que o processo cooperativo seja posto em prática. Esses deveres, já antes explorados no direito brasileiro, agora se fazem presente de forma expressa no novo CPC, demonstrando assim a evidente influência do modelo processual cooperativo no novo diploma legal.

O diferencial do modelo cooperativo, todavia, reside na previsão de deveres de cooperação, tanto das partes para com o juiz como deste para com as partes, além de deveres direcionados a outros participantes do processo, a exemplo do advogado, de testemunhas, de auxiliares da

justiça etc. todos devem colaborar para o atingimento da justa composição do litígio (BARREIROS, 2013, p. 179-180).

O dever de esclarecimento consiste no dever que as partes têm de esclarecer exatamente suas alegações e pedidos, para evitar decisões tomadas baseadas em falsas premissas. Esse dever não se restringe somente à obrigação das partes de participar de forma clara do processo, mas também da necessidade de o órgão jurisdicional esclarecer suas decisões às partes, sendo a base para o dever de motivação das decisões judiciais, dever este que além de expresso no texto constitucional, ganhou enorme destaque no novo CPC, conforme será adiante exposto (DIDIER JR, 2010, p. 80).

O dever de consulta ou diálogo impõe ao Juiz que não decida sobre nenhuma questão, seja de fato, seja de direito, ainda que a mesma pudesse ser conhecida de ofício, sem que tenha sido oportunizado as partes o conhecimento e manifestação acerca da mesma, concretizando assim o princípio do contraditório e permitindo ampla participação das partes e possibilidade das partes influenciarem no provimento jurisdicional.

O dever de prevenção se faz presente em “todas as situações em que o êxito da ação a favor de qualquer das partes possa ser frustrado pelo uso inadequado do processo” (DIDIER JR., 2010, p. 82). O juiz deve prevenir as partes sobre eventual deficiência das alegações, oportunizando o aperfeiçoamento e conseqüentemente, auxiliando na real compreensão da demanda posta em julgamento.

O dever de auxílio, por sua vez, impõe ao Juiz que aja de forma a “auxiliar as partes na remoção das dificuldades ao exercício dos seus direitos ou faculdades ou no cumprimento de ônus ou deveres processuais” (GOUVEA, 2011, p. 382), evitando assim decisões desfavoráveis unicamente proferidas em razão do não cumprimento do ônus probatório pelas partes.

4.4 Algumas Inovações do Novo Código de Processo Civil que possibilitam a Cooperação

O Novo Código de Processo Civil trouxe em seu texto diversas características do processo cooperativo, sendo que uma das primeiras inovações é o artigo 1º, que não possui correspondência com nenhum artigo do Código de Processo Civil de 1973, onde está previsto que o CPC/2015 será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na CR/88, demonstrando o viés democrático e constitucional do CPC/2015, e incluindo como normas fundamentais do processo civil diversos princípios antes constantes somente da Constituição da República de 1988.

A nova sistemática do novo Código põe fim à controvérsia da aplicação dos princípios constitucionais no processo civil brasileiro, com esta previsão agora expressa no próprio CPC/2015, fortalecendo e efetivando o devido processo constitucional.

Como já ressaltado anteriormente, no processo judicial cooperativo são necessários deveres para todas as partes que participam do processo de resolução de conflito para que esse modelo cooperativo possa funcionar. Alguns desses deveres já estão previstos no artigo 1º, mas um dos fundamentais está previsto no artigo 5º do CPC/2015, que prevê o dever da boa-fé para aquele que participa do processo de qualquer forma, princípio sem o qual não é possível obter a cooperação na resolução da lide. Esse artigo também não possui correspondente na versão anterior do CPC, e com essa inclusão, o dever da boa-fé processual, que antes era tido como consequência do devido processo legal, passa a ter previsão expressa no texto do CPC.

Ainda relativo ao artigo 5º, um dos importantes aspectos ressaltados é o do direito das partes à participação procedimental. Nesse sentido, é defendida uma postura amplamente ativa e racional das partes e do órgão jurisdicional no decorrer do processo judicial. Para isso, o processo tem a obrigação de ofertar instrumentos que sejam de proteção e realização dos direitos dos indivíduos para que os mesmos sejam exercitados de maneira ampla e democrática.

O Juiz deve ouvir as partes em toda e qualquer situação, ainda que a questão a ser decidida possa ser conhecida de ofício, visando garantir que as partes não sejam surpreendidas por decisões das quais não participaram.

Dentro de um processo organizado a partir da necessidade de colaboração é absolutamente indispensável tenham as partes a possibilidade de se pronunciar sobre tudo que pode servir de ponto de apoio para a decisão da causa, inclusive quanto àquelas questões que o juiz pode apreciar de ofício. Vários ordenamentos, aliás, prevêm expressamente esse dever de debate, de consulta do órgão jurisdicional às partes. Observe-se o ponto: exigir-se que o pronunciamento jurisdicional tenha apoio tão somente em elementos sobre os quais as partes tenham tido a oportunidade de se manifestar significa evitar a decisão-surpresa no processo (MITIDIERO, 2011, p. 151).

Nesse sentido, dentro da teoria das relações de *status*, o direito de exigir do Estado a adequada prestação jurisdicional se sedimenta no *status positivo*, mas não esgota em nenhum momento o papel ativo das partes. Entretanto, o Estado pode julgar procedente ou não a demanda apresentada, sendo dever das partes se submeter à decisão do órgão jurisdicional, o que configura o papel de *status subiectiois*, ou de submissão às decisões legítimas do órgão jurisdicional e seu poder de decidir o pleito a favor ou contra cada uma das partes.

A importância do papel ativo e cooperativo das partes no decurso do processo é também ponto importante destacado no artigo 6º, que trata da colaboração cruzada dos sujeitos do processo objetivando a obtenção em tempo razoável da decisão de mérito efetiva. Não há o que se discordar de que o papel cooperador dos sujeitos do processo, incluindo além das partes o órgão jurisdicional, não é possível de existir sem que esses sujeitos estejam dotados de pró-atividade, ou seja não há comportamento cooperativo sem que haja por trás um espírito ativo dos sujeitos.

A determinação de razoabilidade do tempo para se alcançar a desejada decisão de mérito efetiva não obriga a celeridade implícita principalmente do órgão jurisdicional de maneira a trazer alguma forma de sacrifício ao mesmo. Essa razoabilidade vem de fato cobrar eficiência na maneira de agir do mesmo, para que o alcance e a efetividade da obtenção da decisão sejam verdadeiramente perseguidos, demonstrando a colaboração importante desse sujeito e sua participação mais uma vez ativa no processo jurídico.

Em relação ao tempo razoável ressalta-se a reflexão de Wilson Engelmann, que afirma que:

o novo CPC se cataloga como texto que procura mesclar as necessidades de uma resposta jurisdicional em tempo razoável e compatível com os desafios temporais trazidos pela globalização e, por outro lado, garantir segurança e previsibilidade dos mecanismos processuais eleitos para garantir eficácia ao projeto constitucional do Estado Democrático Brasileiro (ENGELMANN, 2015, p. 69)

Especificamente sobre a celeridade processual deve-se tomar o devido cuidado para que não se flexibilize ou diminua as garantias dos princípios constitucionais, principalmente os do devido processo constitucional, pautado entre outros, nos princípios da ampla defesa, do contraditório, da necessidade da fundamentação das decisões e do devido processo legal, aqui entendido, como delimitado no capítulo anterior, como devido processo constitucional.

Devemos ser cautelosos em relação a celeridade, para que não ocorra a supressão ou sejam minimizados os princípios constitucionais, como ressaltado por Sérgio Henrique Zandona Freitas:

- 1) A busca da celeridade e da efetividade da prestação da tutela decisória, administrativa ou judicial, principalmente pela adoção de informalidades no procedimento e o aumento dos poderes instrutórios dos processantes e julgadores, vem ocasionando, na verdade, redução dos direitos e garantias constitucionais.
- 2) Não se pode afastar a aplicação dos princípios constitucionais do processo a pretexto da celeridade processual, este último reflexo do fetiche instrumentalista da efetividade do processo.
- 3) Não se questiona, aqui, a necessidade da busca da celeridade e da efetividade da prestação da tutela decisória, aliás, princípios também a serem observados no processo constitucional. O que se rechaça é o fato de julgadores usarem abusivamente da escassa ou inexistente fundamentação, nas decisões administrativas ou judiciais, que minoram e até mesmo excluem direitos e garantias fundamentais; situação incompatível com as conquistas tuteladas por um Estado Democrático de Direito, orientador do processo constitucional composto de, entre vários outros princípios, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa (FREITAS, 2014, p. 154).

Dentro desse espírito cooperativo, a colaboração entre as partes e o órgão jurisdicional deve ocorrer de maneira cruzada objetivando a desejada resolução efetiva e efetiva do mérito em que trata o artigo 6º do CPC (BRASIL, 2015).

Para o órgão jurisdicional, isso se observa de maneira elementar no dever de decidir de maneira amplamente aderente ao princípio do contraditório, sem prejuízo

às partes em litígio. Esse dever se amplia no sentido de cooperação através do auxílio e da prestação de esclarecimento às partes, entre outras formas de cooperação. Para tal, o magistrado deve estar imbuído, não somente de fazer cumprir as leis, mas também de agente ativo na colaboração do processo e do contraditório.

A previsão da necessidade de motivação das decisões, com a disposição expressa acerca das situações em que a decisão será considerada efetivamente fundamentada, para garantir que todos os argumentos trazidos pela parte ao longo do processo tenham sido devidamente analisados corrobora a tentativa de implementação do modelo processual cooperativo.

Já para as partes envolvidas na lide é improvável que as mesmas cooperem entre si, uma vez que defendem interesses opostos. Entretanto, há de se convir que a possibilidade de cooperação para que possa atingir o objetivo de se alcançar, em tempo razoável, uma composição justa e efetiva do pleito não pode ser descartada, uma vez que o contrário, ou a procura das partes por mecanismos de procrastinar o resultado final do processo é muitas vezes uma prática aversiva e muitas vezes passível de punição pelo magistrado encarregado.

Por outro lado, a cooperação das partes para com o órgão jurisdicional se dá, entre outras maneiras, pela observância da boa-fé, conforme mencionado anteriormente. Isso é importante de se ressaltar, uma vez que pode existir em muitos casos uma dependência cruzada de cooperação entre as partes e o magistrado para essa seja de fato efetiva, ou para que não implique em vantagem para nenhuma das partes em detrimento da outra. Essa colaboração inter-relacional entre os sujeitos passa ser de fato então necessária para o alcance da justiça na decisão do mérito pleiteado.

A colaboração das partes para com o órgão jurisdicional e vice-versa também pode ser observada, ainda no âmbito do artigo 6º, na economia de processos, atos e formalidades na busca da razoabilidade do uso do tempo para a decisão do mérito. Nesse sentido, busca-se evitar a ocorrência de audiências ou atividades probatórias que não irão colaborar ou contribuir de maneira objetiva para a resolução do pleito que esteja sendo tratado, fazendo com que este apenas se

alongue, sem acrescentar atos, provas ou informações que efetivamente irão influenciar na decisão do mérito (BRASIL, 2015).

Em relação ao parágrafo anterior, deve-se observar, porém com cautela o direito ao contraditório e à ampla defesa das partes, para que o mesmo não seja ferido por uma celeridade prejudicial ao direito das partes, ou de somente uma delas em benefício da outra. Essa questão também se relaciona à cooperação como inovação trazida pelo CPC/2015 de que se trata esse capítulo.

A participação de ambas as partes no procedimento é fundamental como ressaltado por Luiz Rodrigues Wambier:

Uma conquista civilizatória fundamental é a ideia de que os agentes jurisdicionais não podem decidir favoravelmente ao autor sem ouvir o réu. Essa é a ideia de contraditório (v. n. 3.8): todo aquele que pode vir a ser atingido por um futuro ato concreto de poder estatal tem o direito de manifestar-se previamente e participar do procedimento de produção de tal ato (WAMBIER, 2016).

O contraditório entendido como a participação das partes, sujeitos no processo, de forma simétrica e com tratamento paritário, conforme Sérgio Henriques Zandoná Freitas:

Assim, de forma mais ampla, o contraditório se traduz nas mesmas oportunidades que devem ser dadas às partes de serem ouvidas no processo (judicial ou administrativo), como também da paridade de tratamento, mesmos instrumentos processuais e da liberdade de discussão da causa, fazendo valer seus direitos e pretensões, ajuizando ação e apresentando resposta, requerendo e produzindo provas, interpondo recursos das decisões e apresentando resposta.

[...]

No entanto, Brêtas amplia a compreensão, respaldado em Paulo Roberto de Gouvêa Medina (Sentença emprestada: uma nova figura processual. Revista de Processo, v. 135, p. 155-156 e 159) e José Lebre de Freitas (Ação executiva depois da reforma, n. 1.6, p. 27-28), afirmando que a visão moderna do conceito de contraditório perpassa por uma garantia de efetiva participação dos envolvidos no litígio, por meio da plena igualdade em todos os atos processuais que sejam potencialmente importantes (fatos, provas, questões de direito; elementos ligados ao objeto da causa) e possam influir no provimento final, pelo que se reporta ao conteúdo normativo do art. 16 do *nouveau code de procédure civile* francês em que “o juiz deve, em todas as circunstâncias, fazer observar e observar ele próprio o princípio do contraditório” (FREITAS, 2014, p.84-85).

A ampla defesa entendida como a defesa exercida de forma plena ampla, de acordo com Andréa Alves de Almeida:

A ampla defesa é co-extensiva aos princípios do contraditório e da isonomia, porque se faz nos limites temporais do procedimento em contraditório. A defesa (argumentação) irrestrita só se efetiva pela participação dos advogados das partes ou interessados na estruturação

dos procedimentos jurisdicionais, sejam ordinários, sumários, especiais ou extravagantes, porque a defesa apenas poderá ser exercida de forma plena e ampla quando o direito à liberdade e de acesso à informação não for limitado (ALMEIDA, 2005, p.71).

Com intuito de simplificar a defesa, pautada no princípio da celeridade processual, o Novo Código de Processo Civil aboliu os incidentes que anteriormente deveriam ser feitos em petições próprias, apartadas da contestação, como os pedidos de defesa nos casos de incompetência territorial, impedimento do juiz por falta de imparcialidade, impugnação do valor da causa, apresentação de pedido contraposto, previstos no Código de Processo Civil de 1973.

Um artigo que demonstra o intuito cooperador e conciliador do CPC/2015 é o artigo 3º, também sem correspondente em nenhum artigo do CPC/1973, que prevê arbitragem e coloca a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual do conflito em destaque em relação às soluções litigiosas, e institui o dever do Estado de promover, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.

Com esse dispositivo, foi incluído então, no ordenamento brasileiro, um novo princípio, qual seja o da promoção pelo Estado da solução por autocomposição, sendo que esse dever de incentivar a consensualidade passa a ser política pública, uma meta do Estado, que deve utilizar de todas as formas para incentivar as soluções por meios pacíficos.

Para tentar promover e incentivar as soluções amigáveis para os conflitos, tal artigo ainda prevê que estes tipos de resolução da lide sejam estimulados prioritariamente pelos juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive durante todo o curso do processo judicial.

Segundo José Garcia Medina, o novo CPC traz o sistema de prestação jurisdicional conhecido como “multiportas”, que prevê várias formas de resolução de conflitos, ou maneiras flexíveis e diversas para os processos de solução da lide, de formas diferentes para atender aos diferentes casos particulares, ou uma combinação desses processos para a resolução do mesmo conflito (MEDINA, 2015, p.40).

Um dos mecanismos do Novo Código de Processo Civil que possibilita e incentiva a composição entre as partes é a previsão no art. 334, da obrigatoriedade, ressalvadas as exceções no próprio artigo, da realização de audiências de conciliação ou de mediação antes da apresentação da defesa por parte do réu, em todas as ações que versem sobre direitos dos quais não há impedimentos para as partes disporem.

Como inovação trazida pelo CPC/2015, dentro do princípio da cooperação, a prevalência do mecanismo da audiência de conciliação é importante para permitir que a pró-atividade no intuito de se obter o quanto antes uma resolução adequada ao pleito corrobora amplamente para a composição de uma solução para as partes. Obviamente deve haver entre as partes o expresso interesse pela composição amigável da lide. A mediação e a conciliação são assim balizadas pelo princípio da autonomia da vontade das partes, presentes no artigo 166 do novo CPC. O espírito cooperativo está presente em ambos os artigos.

A importância da aplicação do princípio da colaboração no processo civil é evidente para aqueles que buscam a solução da demanda de forma efetiva, sendo que para a construção dessa decisão é necessária a colaboração de todos.

4.5 A visão mais democrática do Novo Código de Processo Civil através de uma maior participação das partes

Conforme pode ser verificado no curso do presente capítulo, várias características inovadoras presentes no novo CPC privilegiam a cooperação cruzada entre os sujeitos do processo, como a boa-fé dos participantes e a busca por efetividade dos princípios constitucionais e princípios fundamentais do processo civil.

O novo CPC traz uma visão mais democrática do processo, uma vez que possibilita através de discussões a participação de todas as partes envolvidas, bem como abre espaço para uma gradativa alteração entre o sistema do CPC/1973, que fomentava a solução litigiosa dos conflitos, e o CPC/2015 busca trazer soluções

conciliatórias para os mesmos, com a intenção de minimizar o litígio e incentivar a composição amigável entre elas.

O processo civil que privilegie a cooperação se aproxima do Estado Democrático de Direito, possibilitando ao jurisdicionado ter uma verdadeira efetiva participação na decisão, contribuindo com lealdade e boa-fé na solução da demanda.

Essa mudança de hábito não será automática, uma vez que se configura como uma quebra de paradigma do modelo litigioso atual, mas deverá ser incentivada pelo órgão jurisdicional e participantes como o Ministério Público, Defensoria e advogados, além do que necessitará da cooperação ativa das partes envolvidas nos litígios para que possa gerar resultados em um prazo mais curto de tempo.

O espírito de cooperação, em especial dos sujeitos do processo, foi destacado nos artigos mencionados acima, e é a base de funcionamento para que o CPC/2015 possa ter efetividade em suas previsões, possibilitando se obter o máximo possível das mudanças inovadoras aqui citadas. Nos próximos capítulos será analisado o Processo Administrativo Disciplinar e cooperativismo no mesmo.

CAPÍTULO V

O COOPERATIVISMO NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR – PAD

Como destacado no capítulo IV, o cooperativismo está presente de forma explícita no Novo Código de Processo Civil, Lei Federal n. 13.105, de 16 de março de 2015, mostrando a influência na referida lei do direito processual cooperativo e do princípio da cooperação.

A possibilidade de uma aplicação processual cooperativa e do princípio da cooperação no Processo Administrativo Disciplinar decorre dos próprios princípios alicerçantes destes, sendo o devido processo legal, da boa-fé processual e do contraditório, sendo todos princípios assegurados na norma constitucional.

Como visto no capítulo III, além dos princípios constitucionais que devem ser respeitados e aplicados ao Processo Administrativo Disciplinar, na própria legislação específica também estão previstos como regentes do PAD os princípios do devido processo legal, contraditório e da boa-fé processual.

Inicialmente, será analisado abaixo o processo cooperativo e o princípio da cooperação, antes de adentrar propriamente no cooperativismo no Processo Administrativo Disciplinar.

5.1 O processo cooperativo e o princípio da cooperação

Primeiramente deve-se ressaltar que uma das diretrizes do CPC/2015 é o processo cooperativo, participativo²⁰, segundo Dierle José Coelho Nunes, onde não há o protagonismo de alguma parte e sim a participação de todos os sujeitos do processo, sendo assim um sistema policêntrico. (NUNES, 2008, p.215)

No processo cooperativo, almeja-se uma condução participativa do processo, sendo que nenhum dos sujeitos processuais é destacado, desta forma

²⁰O autor aborda o modelo participativo de processo, afirmando que a “comunidade de trabalho deve ser revista em perspectiva policêntrica e participativa, afastando qualquer protagonismo e se estruturando a partir do modelo constitucional do processo” (NUNES, 2008, p. 215).

organizando o papel das partes e do juiz na estrutura do processo, propiciando uma discussão processual eficaz, com intuito de fundamentar o provimento jurisdicional através do devido processo constitucional.

O juiz neste sistema atua como garantidor dos direitos fundamentais, do devido processo legal, possibilitando o debate entre as partes e a participação cooperativa destas no próprio processo, atuando todos com base no princípio da boa-fé objetiva, moralidade e razoabilidade, considerando os argumentos das partes na formação da decisão.

Ressalta-se que a decisão não é simétrica e é imposta às partes, como destacado por Daniel Mitidiero:

O juiz do processo cooperativo é um juiz isonômico na condução do processo e assimétrico no quando da decisão das questões processuais e materiais da causa. Desempenha duplo papel, pois, ocupa dupla posição: paritário no diálogo, assimétrico na decisão. Visa-se alcançar, com isso, um “ponto de equilíbrio” na organização do formalismo processual, conformando-o como uma verdadeira “comunidade de trabalho” entre as pessoas do juízo. A cooperação converte-se em prioridade no processo (MITIDIERO, 2011, p. 81).

O processo cooperativo pode ser considerado hoje o modelo processual do Estado Democrático de Direito com base no Devido Processo Constitucional, baseada no estrito respeito e garantia dos direitos fundamentais, bem como a efetivação dos mesmos, com intuito de propiciar uma discussão processual eficaz, a fim de embasar o provimento jurisdicional através do devido processo legal.

O princípio da cooperação no processo civil faz parte do processo moderno, atual, aqui entendido como processo cooperativo, privilegiando a participação das partes juntamente com o judiciário para alcançar a função jurisdicional e a solução dos litígios, debatida entre os sujeitos do processo.

O modelo constitucional do processo é a base do processo sendo que deixam de haver protagonistas e sim colaboradores e cooperadores, diferentemente do que acontecia anteriormente onde haviam um protagonismo (DIDIER JR., 2011, p. 219).

Uma vez que as partes no processo possuem interesses opostos, pode-se dizer que não se espera uma cooperação direta das mesmas, mas sim uma discussão pautada na boa-fé processual, diálogo destas com o juiz, através do próprio processo, como por exemplo esclarecendo os pedidos, para que possa se

chegar a uma decisão, garantindo-se sempre o respeito aos princípios constitucionais ao devido processo legal.

Com intuito de definir inclusive o termo cooperação, cita-se a definição da palavra no dicionário Michaelis:

Cooperação (cooperar+ação): sf: Colaboração; prestação de auxílio para um fim comum. Cooperador (lat cooperatore): adj+sm: que ou aquele que coopera; colaborador. Cooperar (lat cooperari): vti: 1. agir ou trabalhar junto com outro ou outros para um fim comum; colaborar. 2. Agir conjuntamente para produzir um efeito; contribuir (MICHAELIS, 2002, p. 205).

Através da definição da palavra, pode-se verificar que a mesma tem um significado similar ao atribuído ao princípio da cooperação, sendo que cooperar é agir conjuntamente, auxiliar, contribuir para a realização de um objetivo, mesmo não sendo esta contribuição espontânea, como nos casos em que a parte é chamada para prestar esclarecimentos, clarear pontos controvertidos entre outros momentos em que coopera de forma imposta, mas sem deixar de contribuir para solução do litígio.

Segundo Daniel Mitidiero, (MITIDIERO, 2011, p. 152) no processo cooperativo nascem deveres de comportamento, tanto as partes quanto para o órgão jurisdicional, elidindo as opiniões pré-constituídas e tão pouco decisões inesperadas, em decorrência do juiz ter que se ater às pretensões levadas pelas partes através das discussões ocorridas no processo, assumindo assim o judiciário uma posição dupla na condução e no diálogo processual, mostrando-se “paritário na condução do processo e assimétrico no momento da decisão” (DIDIER JR., 2011).

Segundo Fredie Didier Júnior, no modelo cooperativo o juiz não desconsidera ou reduz o papel das partes durante o processo, colocando-se em uma posição paritária com diálogo e equilíbrio, mas quando do julgamento a relação deixa de ser simétrica, uma vez que apenas o juiz irá decidir, sendo uma função exclusiva do mesmo (DIDIER JR., 2011).

Analisando o direito comparado, o princípio da cooperação está presente no *Nouveau Code de Procédure Civile* francês e da *Zivilprozessordnung* alemã, mas deve ser dado destaque especial ao Código de Processo Civil Português, uma vez que neste o princípio da cooperação está expresso, como pode se verificar abaixo:

ARTIGO 266.º

Princípio da cooperação

1 - Na condução e intervenção no processo, devem os magistrados, os mandatários judiciais e as próprias partes cooperar entre si, concorrendo para se obter, com brevidade e eficácia, a justa composição do litígio.

2 - O juiz pode, em qualquer altura do processo, ouvir as partes, seus representantes ou mandatários judiciais, convidando-os a fornecer os esclarecimentos sobre a matéria de facto ou de direito que se afigurem pertinentes e dando-se conhecimento à outra parte dos resultados da diligência.

3 - As pessoas referidas no número anterior são obrigadas a comparecer sempre que para isso forem notificadas e a prestar os esclarecimentos que lhes forem pedidos, sem prejuízo do disposto no n.º 3 do artigo 519.º

4 - Sempre que alguma das partes alegue justificadamente dificuldade séria em obter documento ou informação que condicione o eficaz exercício de faculdade ou o cumprimento de ónus ou dever processuais, deve o juiz, sempre que possível, providenciar pela remoção do obstáculo.

ARTIGO 519.º

Dever de cooperação para a descoberta da verdade

1 - Todas as pessoas, sejam ou não partes na causa, têm o dever de prestar a sua colaboração para a descoberta da verdade, respondendo ao que lhes for perguntado, submetendo-se às inspeções necessárias, facultando o que for requisitado e praticando os atos que forem determinados.

2 - Aqueles que recusem a colaboração devida serão condenados em multa, sem prejuízo dos meios coercitivos que forem possíveis; se o recusante for parte, o tribunal apreciará livremente o valor da recusa para efeitos probatórios, sem prejuízo da inversão do ónus da prova decorrente do preceituado no n.º 2 do artigo 344.º do Código Civil.(PORTUGAL, 1976)²¹

A litigância de boa-fé é a guia da conduta cooperativa das partes no processo, bem como de todo os envolvidos, sendo que a conduta protelatória ou a dedução de pretensão viola este princípio.

Fredie Didier Júnior divide os deveres de cooperação das partes em esclarecimento, lealdade e proteção, sendo esta a mesma divisão utilizada pelo Código de Processo Civil de 1973, conforme abaixo citado:

(a) Dever de esclarecimento: os demandantes devem redigir a sua demanda com clareza e coerência, sob pena de inépcia (art. 295, I, parágrafo único, do CPC); (b) dever de lealdade: as partes não podem litigar de má-fé (art. 17, do CPC), além de observar o princípio da boa-fé

²¹ PORTUGAL. Constituição (1976). Constituição da República Portuguesa, Portugal, 1976.

processual (art. 14, II, do CPC); (c) dever de proteção: a parte não pode causar danos à parte adversária (punição ao atentado, arts. 879 a 881, do CPC; há a responsabilidade objetiva do exequente nos casos de execução injusta, arts. 475-O, I, e 574, do CPC) (DIDIER JR., 2011).

A atuação do juiz no processo cooperativo, imbuído pelo princípio da cooperação de ser isonômica, atua através de um debate paritário, para que possa extrair da melhor forma as proposições e requerimentos das partes, bem como elucidar eventuais dúvidas ou requerimentos que não estejam claramente expostos, evitando eventuais decisões equivocadas, por falta de esclarecimento, preservando os princípios constitucionais garantidos a ambas as partes, bem como garantidores do devido processo legal.

Neste contexto o juiz deixa de ser apenas um árbitro e passa a compor um trio, juntamente com as partes na busca de uma discussão aberta e dialógica para se chegar a uma solução para o litígio, sem se descuidar do respeito aos direitos fundamentais e preceitos constitucionais, evitando nulidades, não podendo abrir mão destes, mesmo quando se busca um deslinde célere para a demanda.

Na busca pela solução dos litígios, o dever de cooperação e do princípio da cooperação, pautado na boa-fé objetiva se estende, também, aos funcionários do próprio judiciário e das demais partes que possam ser envolvidas, como peritos, testemunhas, devendo todos colaborar de forma eficiente, moral e isonômica, respeitados os princípios do devido processo legal e a Constituição.

Quando a decisão é tomada com a participação dos envolvidos, através de um amplo diálogo sobre as questões controvertidas, esta é legitimada pelas partes, que participarão cooperativamente para se chegar a mesma, bem como propicia a aceitação da decisão de uma forma menos impositiva e evita surpresas.

As questões formais, tem um papel menos relevante no processo cooperativo, uma vez que há um maior aproveitamento dos atos processuais praticados, em detrimento das questões formais, em decorrência do diálogo ter uma vertente vertical e não horizontal, possibilitando uma maior celeridade, sem deixar de respeitar o devido processo legal e os preceitos constitucionais, ou flexibilizando os mesmos.

No processo cooperativo o órgão jurisdicional atua de forma a prevenir as postulações deficientes, solicitando que estas sejam aperfeiçoadas, corrigidas ou

esclarecidas, mantendo uma atuação isonômica e respeitando a ampla defesa e o contraditório, mas possibilitando um processo mais célere, aproveitando melhor os atos já praticados que não contenham vícios insanáveis.

Deve-se ressaltar ainda, que o princípio da cooperação e boa-fé objetiva se estendem aos procuradores das partes que, também, devem atuar de forma leal, sem opor obstáculos injustificados ao andamento processual ou própria solução do litígio, agindo de forma cooperativa, sem se utilizar de subterfúgios apenas com a finalidade de delongar a lide, o que fere o princípio da boa-fé, impedindo uma solução célere.

O processo cooperativo está calcado na defesa e garantia dos direitos fundamentais protegidos pela Constituição da República em harmonia com o Estado Democrático de Direito, devendo ser fomentada sua utilização de forma a conscientizar e se criar uma “cultura” menos litigiosa e mais dialógica, consensual.

Uma vez que o objetivo do Estado Democrático de Direito é o de efetivar os direitos fundamentais, o do processo também é o mesmo, sendo esta também a finalidade do processo cooperativo.

5.2 Processo Administrativo Disciplinar, o cooperativismo e processo cooperativo

O princípio da cooperação se encaixa no Processo Administrativo Disciplinar, até mais facilmente que no próprio processo civil, onde está atualmente previsto de forma explícita no CPC/2015, uma vez que o princípio da cooperação busca o protagonismo de todos os sujeitos que participam do processo de forma isonômica, bem como privilegia menos o formalismo, um princípio que já é inerente ao PAD.

Como visto anteriormente, o princípio do formalismo moderado prevê que o processo siga de forma simplificada com intuito de produzir uma decisão célere, entretanto não pode deixar de preservar o contraditório, a ampla defesa e o devido legal, porém, o princípio da cooperação, a relação equânime e uma maior discussão

e participação das partes no decorrer do processo já o tornam mais célere sem ferir as garantias constitucionais.

A celeridade advém da discussão dialógica, uma vez que ao cooperar, cada uma das partes auxilia a compor a gama de informações necessárias para que a autoridade administrativa, no caso do PAD, chegue a uma decisão sobre o litígio.

Participando ativamente de maneira a influenciar com seus argumentos e pontos de vista para a decisão do processo, as partes acabam por legitimar de maneira mais ampla a decisão proferida ao final, com o benefício complementar de melhor compreensão dos elementos que compõe essa decisão.

Sob o viés do princípio do interesse público aplicado ao PAD, podemos verificar uma incidência dupla: de um lado o interesse da coletividade, visto que ao tornar o processo algo mais democrático, isso atinge o interesse de todos mesmo que aparentemente individualizado nas partes, pois fomenta a garantia dos direitos constitucionais, enquanto do outro lado há igualmente o interesse no andamento e resultado do processo de alcance no objetivo comum, coibindo de forma mais incisiva os abusos de poder, atos irregulares e ilegais, uma vez que conscientiza os participantes do processo, através do diálogo, a agirem de forma mais efetiva e eficiente ao dar uma resposta muitas vezes gerando economia aos litígios da Administração Pública.

Princípio da eficiência aplicado no PAD, conforme os preceitos do processo cooperativo e do princípio da cooperação, constituem-se, também, em uma maior participação de todas as partes envolvidas no processo, agente público e administração, através de uma abertura mais ampla para o diálogo recíproco, permeado pela boa-fé processual, lealdade, cooperação, possibilitando uma participação baseada no devido processo legal e no contraditório.

Os requisitos do processo cooperativo são os deveres de esclarecimento, de prevenção, de consulta ou diálogo e de auxílio, para que possa estabelecer um diálogo entre as partes e cooperação, sendo estes aplicáveis ao Processo Administrativo Disciplinar, uma vez que o objetivo desta cooperação entre si, prevista no artigo 6º do CPC/2015 é a busca por uma decisão de mérito justa e efetiva, em um tempo razoável.

Estes preceitos estão disseminados em vários princípios norteadores do Processo Administrativo Disciplinar e da própria Administração Pública, analisados no capítulo anterior, podendo ser facilmente identificados nos princípios da proporcionalidade, razoabilidade, legalidade, publicidade, eficiência, moralidade, impessoalidade, formalismo moderado, segurança jurídica, boa-fé, ampla defesa e contraditório, demonstrando a possibilidade da aplicação do processo cooperativo no âmbito do PAD.

Neste contexto identifica-se o objetivo da busca eficiente, célere pela decisão justa e efetiva, através da participação dialógica e cooperativa das partes no PAD, sem que se flexibilize ou reduzam as garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório.

No processo cooperativo se privilegia o aproveitamento dos atos processuais em decorrência de haver maior diálogo entre as partes, sendo assim as questões formais são menos expressivas.

Em decorrência do Direito Administrativo ser um ramo do Direito Público, no exercício da função administrativa este tem o dever de agir, diferentemente do Direito Privado onde o particular age pela vontade, uma vez que a Administração Pública atua em proteção do interesse coletivo, sendo assim dever e não discricionariedade.

Sendo assim, quando o Estado age, legitimamente no cumprimento da função estatal, no sentido de determinar restrições ao agente administrativo, através do Processo Administrativo Disciplinar, este deve seguir estritamente os preceitos do devido processo legal²² em consonância com Constituição da República de 1988, que garante aos sujeitos do processo a ampla defesa e o contraditório.

²² Seguem alguns julgados exemplificando a ocorrência de cerceamento de defesa e não observância do princípio do contraditório no PAD, o que é inaceitável: Recurso ordinário em mandado de segurança. 2. Direito administrativo. 3. Processo administrativo-disciplinar. 4. Servidor punido com pena de suspensão. 5. Indeferimento de diligência probatória, motivadamente, não viola o contraditório e a ampla defesa. 6. É dispensável a intimação de acusado em PAD para interrogatório dos demais envolvidos, não se configurando, na espécie, cerceamento de defesa (art. 159, § 1º, Lei 8.112/90). 7. Ausência de intimação do acusado para interrogatório de testemunhas. Cerceamento de defesa configurado. 8. Reconhecimento da ausência de irregularidades na conduta do impetrante. Inexistência de dano ao erário. 9. Condenação inadequada do recorrente. 10. Recurso provido para conceder a segurança e anular o ato administrativo que aplicou a penalidade de suspensão ao recorrente.

Nesse contexto, o processo é forma pela qual o Estado, através das funções estatais, legitimamente efetiva o direito quantitativamente e qualitativamente, garantindo ao seu destinatário o exercício do interesse juridicamente protegido.

(STF - RMS: 24716 DF, Relator: Min. GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 06/03/2012, Segunda Turma, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-100 DIVULG 22-05-2012 PUBLIC 23-05-2012)

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO.PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. PRODUÇÃO DE PROVA ORALREQUERIDA PELOS INVESTIGADOS. RECUSA PELA COMISSÃO PROCESSANTE.FUNDAMENTAÇÃO INSUFICIENTE. CERCEAMENTO DE DEFESA CONFIGURADO. 1. Reconhecida a nulidade dos atos de demissão dos impetrantes, e determinada sua reintegração, cumpre a eles assegurar todos os direitos do cargo, inclusive financeiros, desde a data da impetração, conforme requerido nos presentes aclaratórios, como efeito lógico do reconhecimento da ilegalidade ocorrida no processo administrativo disciplinar. Precedentes. 2. Embargos declaratórios acolhidos.

(STJ - EDcl no MS: 13247 DF 2007/0295920-8, Relator: Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Data de Julgamento: 25/05/2011, S3 - TERCEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 02/06/2011)

MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. DEMISSÃO. CONVERSÃO EM CASSAÇÃO DE APOSENTADORIA. CABIMENTO. ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. PRODUÇÃO DE PROVA ORAL REQUERIDA EM DEFESA ESCRITA PELO INVESTIGADO. RECUSA PELA COMISSÃO PROCESSANTE. FUNDAMENTAÇÃO INSUFICIENTE. CERCEAMENTO DE DEFESA CONFIGURADO. 1. "Não há óbice legal para que ocorra a simples conversão da pena de demissão em cassação de aposentadoria" (MS 12269/DF, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, TERCEIRA SEÇÃO, DJ 14.05.2007). 2. Apenas quando do indiciamento do servidor, posteriormente à fase instrutória do processo administrativo disciplinar, deve haver a descrição detalhada dos fatos a serem apurados. Precedentes. 3. Diante da independência entre as esferas criminal, civil e administrativa no que se refere à responsabilidade de servidor público pelo exercício irregular de suas atribuições, o fato de o impetrante não constar como réu na ação de improbidade administrativa não é apto a impossibilitar sua punição na esfera administrativa. 4. Consoante assentado por esta Terceira Seção, a Lei de Improbidade Administrativa não revogou a previsão da Lei nº 8.112/90 de demissão de servidor pela prática de ato de improbidade, razão pela qual é cabível a aplicação daquela penalidade no âmbito administrativo, independentemente de condenação em ação de improbidade administrativa. 5. Ausência de violação dos princípios da moralidade e da proporcionalidade diante da vinculação da autoridade coatora ao que estabelece expressamente a lei. Precedente. 6. A falta de demonstração de que o impetrante não foi intimado para acompanhar os depoimentos das testemunhas arroladas pela Comissão Processante e pelos demais acusados impede a configuração do direito líquido e certo a ser amparado nesta via estreita. 7. É assegurado ao servidor arrolar e reinar testemunhas no processo administrativo disciplinar, não incorrendo em ilegalidade a negativa de sua participação ou de seu procurador no interrogatório dos demais acusados. 8. O presidente da Comissão Processante deve fundamentar adequadamente a rejeição de pedido de oitiva de testemunhas formulado pelo servidor (art. 156, § 1º, da Lei 8.112/90), em obediência aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa (CF, art. 5º, LV). A insuficiente fundamentação da recusa ao pleito do impetrante configura cerceamento de defesa, o que importa na declaração de nulidade do processo administrativo disciplinar desde tal ato. 9. Segurança concedida

(STJ - MS: 10987 DF 2005/0148090-8, Relator: Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Data de Julgamento: 12/03/2008, S3 - TERCEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJ 03.06.2008 p. 1)

Sendo assim o processo é a via procedimental, tipificada (princípio da legalidade) adequada para se buscar, motivadamente (princípio da motivação), razoavelmente (princípio da razoabilidade e da proporcionalidade), o provimento estatal (princípio da finalidade e da eficiência), em decorrência a indisponibilidade do interesse público (princípio do interesse público), respeitando-se as garantias constitucionais da ampla defesa (princípio da ampla defesa) e do contraditório (princípio do contraditório), mantendo assim a segurança jurídica (princípio da segurança jurídica), consolidados no Estado Democrático de Direito.

Neste sentido, o devido processo legal, garantido constitucionalmente (Devido Processo Constitucional), seria o direito de todos, e sob esta ótica o processo adequado é o processo cooperativo, uma vez adota uma via procedimental participativa e dialética para se chegar a tomada da decisão, num contexto do Estado Democrático de Direito, defendendo uma os preceitos sociais e da dignidade humana.

Por ser um Estado Democrático de Direito, ao executar atividades através do direito, este interfere na vida dos sujeitos objeto dos atos praticados, em decorrência desta interferência, deve-se buscar, pelos operadores do direito, uma atuação analítica das normas expressas, através razoabilidade e legalidade, visando o benefício da coletividade.

Voltando ao processo cooperativo, que incentiva as soluções consensuais para os litígios e está pautado na construção dialogada da decisão, com a participação equânime de todas as partes envolvidas no processo, como visto acima o processo cooperativo também é aplicável na execução da função pública, em análise ao Processo Administrativo Disciplinar, uma vez que é construída de forma conjunta, equilibrada, pautada pela razoabilidade, como veremos no exemplo citado a frente.

Nesta relação acima exposta, busca-se a construção conjunta da decisão e não somente sua imposição e uma vez que é dever a Administração Pública atuar e impulsionar o processo administrativo pode atuar de acordo com estes preceitos.

Nesta visão atual do processo cooperativo, a Administração Pública atuando de forma conciliadora e participativa, tem como modelo prático o ajustamento de

conduta, demonstrando aplicabilidade dos pressupostos acima expostos e do processo cooperativo no Processo Administrativo Disciplinar, mesmo que ainda mais utilizado nas ações ligada à proteção dos direitos difusos e coletivos, como exemplo, no âmbito do Direito Ambiental, sendo esta uma alternativa para solução dos litígios.

Exemplificando de forma mais objetiva citamos a SUSPAD – Suspensão do Processo Administrativo Disciplinar, criado pelo Município de Belo Horizonte, através da Lei Municipal 9.310/07²³, art. 6º, e implementado pelo Decreto Municipal n. 12.636/07²⁴ e alterado pelo Decreto Municipal n. 15.987/15²⁵, descrito conforme Luciano Ferraz com fulcro na “pacificação negociada das controvérsias na ordem interna, na conformidade do que preceitua o Preâmbulo da Constituição da República” (FERRAZ, 2007).

Outro exemplo de ajustamento de conduta no Processo Administrativo Disciplinar, está presente no Estatuto dos Servidores Públicos do Tocantins, Lei Estadual n.1.818²⁶, de 23 de agosto de 2.007.

Deve-se observar que o ajustamento de conduta depende da adesão voluntária do interessado, por ser um instrumento consensual.

Citando ainda o modelo do SUSPAD, conforme Luciano Ferraz, podemos observar no mesmo a presença do princípio da eficiência, da economicidade, da razoabilidade, da boa-fé, dignidade da pessoa humana (FERRAZ, 2007).

Sendo assim, além dos exemplos acima citados, podemos aplicar no próprio Processo Administrativo Disciplinar todos os preceitos analisados, sem ferir os

²³ “Art. 4º Aos Professores Municipais ativos e inativos, que obtiveram provimento jurisdicional favorável e definitivo referente ao denominado "divisor 81", e que, expressamente, renunciaram ao recebimento do crédito judicial, por transação homologada em juízo, fica concedido abono temporário a ser pago em parcelas mensais e sucessivas, a partir de janeiro de 2007, nos valores e prazos fixados em decreto, observados os limites previstos na referida transação (Regulamentado pelo Decreto nº 12.610/2007) (BELO HORIZONTE, 2007).

²⁴Decreto n. 12.610, de 12 de janeiro de 2007. Regulamenta os artigos 4º e 5º da lei nº 9.310, de 12 de janeiro de 2007 (BELO HORIZONTE, 2007).

²⁵Decreto n. 15.987, de 02 de junho de 2015. Define critérios para a aplicação da suspensão do processo administrativo disciplinar – SUSPAD (BELO HORIZONTE, 2015).

²⁶Lei Estadual n. 1.818, de 23 de agosto de 2007. Dispõe sobre o Estatuto dos Servidores Públicos Civis do Estado do Tocantins (TOCANTIS, 2007).

princípios do Regime Jurídico Administrativo e consubstanciado com o Estado Democrático de Direito, ressalta ainda, o princípio cooperativo e o processo cooperativo presente no CPC/2015.

CONCLUSÕES

1 – Ao se considerar a realidade da existência do Estado brasileiro, dentro dos princípios do Estado Democrático de Direito, é necessário que se faça a transição de se repensar o Direito como um todo sob a ótica constitucional, sendo que os preceitos e as normas fundamentais estabelecidas na Constituição da República de 1988 devem ser aplicados a todo o ordenamento jurídico e seus ramos, incluindo aí o Direito Administrativo.

2 – Com o Devido Processo Constitucional, a consideração com os princípios constitucionais e sua influência sobre todo arcabouço jurisdicional do Estado passou a ser imperativa.

3 – Sob a ótica do Estado Democrático de Direito, o modelo processual adequado aos seus princípios reguladores é o do processo cooperativo, por ser um modelo caracterizado por uma perspectiva policêntrica e participativa da participação de todos os envolvidos no processo.

4 – É urgente e necessária a participação cada vez maior das partes no processo, pois as mudanças ocorridas através do processo cooperativo e do princípio da cooperação, preconizadas no Novo Código de Processo Civil, passam a ser um importante fator na construção da decisão, necessitando de serem levadas em consideração pelo julgador e caracterizando-se pelo redimensionamento do princípio do contraditório, com a inclusão do órgão jurisdicional no rol dos sujeitos do diálogo processual e não mais como um mero espectador do duelo das partes.

5 – Também se faz necessária outra mudança abarcada pelo novo Código de Processo Civil e, igualmente relativa ao processo cooperativo, sendo essa a necessidade de se incentivar e promover métodos de soluções consensuais dos conflitos, sendo que para que isso ocorra é importante a efetividade do princípio da cooperação de todos os envolvidos nos procedimentos.

6 - Um maior cuidado deve ser tomado pela autoridade administrativa para que não se flexibilize ou diminua as garantias dos princípios constitucionais, principalmente aquelas relativas ao devido processo constitucional pautado, entre

outros, nos princípios da ampla defesa e do contraditório, em benefício ao princípio da celeridade para atendimento às urgências do interesse público.

7 – A sistemática que deve ser adotada no processo administrativo disciplinar, quanto à técnica normativa estrutural das decisões administrativas, precisa ser a da Administração Pública Dialógica no procedimento administrativo, em alinhamento com princípios fundamentais, em especial à garantia de participação resultante do princípio do contraditório, sendo que o modelo atualmente utilizado necessita passar por adequações principiológica-constitucionais para que não se afaste da aplicação dos princípios constitucionais do processo.

8 – A pretexto da busca pela celeridade e efetividade na ânsia pela tutela decisória, princípios fundamentais aplicáveis ao Processo Administrativo Disciplinar, faz-se com que a autoridade administrativa atue de maneira arbitrária ferindo direitos e garantias fundamentais importantes à legitimação do Estado Democrático de Direito.

9 – A decisão proferida pela autoridade administrativa deve obedecer aos preceitos do debate democrático e participativo dos litigantes. É de suma importância o papel ativo e cooperativo das partes no decurso do processo, objetivando a obtenção da decisão de mérito efetiva, legítima e em tempo razoável.

10 – É preciso que os sujeitos do processo estejam dotados de pró-atividade para que o papel cooperador dos mesmos, incluindo além das partes o órgão jurisdicional, possa existir.

11 – É preciso que se busque métodos de solução consensual, bem como a participação cooperativa das partes, pautadas pela boa-fé, na construção de decisões mais participativas e dialógicas, sem se afastar das garantias constitucionais, da ampla defesa e do contraditório.

12 – Há a necessidade urgente de se ter decisões construídas a partir da maior participação discursiva de todos os envolvidos, para que essas sejam mais legítimas e, portanto, mais eficientes.

13 – Tem de se buscar a participação mais ativa dos litigantes, de maneira a influenciar com seus argumentos e pontos de vista para a decisão do processo, de

forma a legitimizar de maneira mais ampla a decisão final proferida, com o benefício complementar de melhor compreensão dos elementos que compõe essa decisão.

14 – Buscar a maior participação dos envolvidos, através de um amplo diálogo sobre as questões controversas, é legitimizar através das partes a decisão proferida, da qual participarão cooperativamente para se chegar a mesma, bem como irá propiciar a aceitação da decisão de uma forma menos impositiva e evitando surpresas.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALMEIDA, Andréa Alves de. **Processualidade Jurídica e Legitimidade Normativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

ALVES, Isabella Fonseca e SOUZA, Daniela Moreira de. O art. 10 do Novo Código de Processo Civil: o contraditório como influência e não surpresa. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, Mar / 2015 Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/37506/o-art-10-do-novo-codigo-de-processo-civil-o-contraditorio-como-influencia-e-nao-surpresa>> Acesso em: 26 maio 2016.

ANDOLINA, Italo e VIGNERA, Giuseppe. **Il modello costituzionale del processo civile italiano**. Turim: G. Giappichelli, 1990.

ARENDT, Hannah. **Responsabilidade e julgamento**. São Paulo: Companhia da Letras, 2004.

ARENDT, Hannah. **O que é política?**: fragmentos das obras póstumas compilados por Ursula Ludz. 7. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2007.

ÁVILA, Humberto. A Distinção entre Princípios e Regras e a Redefinição do Dever de Proporcionalidade. **Revista Diálogo Jurídico**. Salvador, Direito Público. ano I, v.I, n.4, jul. 2001.

ÁVILA, Humberto. Benefícios Fiscais Inválidos e a Legítima Expectativa do Contribuinte. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 4, nov./dez. 2005 – jan. 2006.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 9. ed., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo Administrativo Disciplinar**. 4. ed. São Paulo: 2013.

BAPTISTA, Isabelle de. O princípio da supremacia do interesse público sobre o privado: uma análise à luz dos direitos fundamentais e do Estado Democrático de Direito. **Revista TCEMG**, Belo Horizonte, p. 58-62, jan./fev./mar. 2013.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Regimes Políticos**. São Paulo: Resenha Universitária, 1977.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Processo Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Direito processual constitucional**: aspectos contemporâneos. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

BARAK-EREZ, Daphne. The Doctrine of Legitimate Expectations and the Distinction between the Reliance and Expectation Interests. **European Public Law**, v. 11, Issue 4, 2005. Disponível em: <<http://www.tau.ac.il/law/barakerez/articals/legitimate.pdf>>. Acesso em 28: abr. 2016.

BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Fundamentos Constitucionais do Princípio da Cooperação Processual**. Salvador: Jus Podivm, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009.

BELO HORIZONTE. Lei n. 9.310, de 12 de janeiro de 2007. **Concede reajustes remuneratórios aos servidores que menciona e dá outras providências**. Disponível em: <<https://leismunicipais.com.br/a/mg/b/belo-horizonte/lei-ordinaria/2007/931/9310/lei-ordinaria-n-9310-2007-concede-reajustes->

remuneratorios-aos-servidores-que-menciona-e-da-outras-providencias?q=9310>. Acesso em: 16 set. 2016.

BELO HORIZONTE. Decreto n. 12.610, de 12 de janeiro de 2007. **Regulamenta os artigos 4º e 5º da lei nº 9.310, de 12 de janeiro de 2007.** Disponível em:<<https://leismunicipais.com.br/a/mg/b/belo-horizonte/decreto/2007/1261/12610/decreto-n-12610-2007-regulamenta-os-artigos-4-e-5-da-lei-n-9310-de-12-de-janeiro-de-2007>>. Acesso em: 16 set. 2016.

BELO HORIZONTE. Decreto n. 15.987, de 02 de junho de 2015. **Define critérios para a aplicação da suspensão do processo administrativo disciplinar - SUSPAD.** Disponível em:<<https://leismunicipais.com.br/a/mg/b/belo-horizonte/decreto/2015/1599/15987/decreto-n-15987-2015-define-criterios-para-a-aplicacao-da-suspensao-do-processo-administrativo-disciplinar-suspad?q=15.987>>. Acesso em: 16 set. 2016.

BINENBOJM, Gustavo. A constitucionalização do Direito Administrativo no Brasil:um inventário de avanços e retrocessos. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Salvador, número 13, mar./abr./mai.2008. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-13-MAR%C7O-2007-GUSTAVO-BINENBOJM.PDF>>. Acesso em: 10 out. 2015.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo:** Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BITTENCOURT, Marcos Vinicius Corrêa. Considerações Sobre O Processo Administrativo Disciplinar. **Revista Âmbito Jurídico**, Goiânia. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=204. Acesso em: 18 nov. 2015.

BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e democracia.** Trad: Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 2000.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia.** Trad: Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2006.

BOBBIO, Norberto. **Direitos e deveres na República:** os grandes temas da política e da cidadania. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

BOBBIO, Norberto. **Direito e Poder**. São Paulo: UNESP, 2008.

BONAVIDES, Paulo. **Democracia participativa**. São Paulo: Malheiros, 2001.

BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **A constituição aberta**: temas políticos e constitucionais da atualidade, com ênfase no federalismo das regiões. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRAGA, Paula Sarno. **Aplicação do devido processo legal nas relações privadas**. Salvador: Juspodivm, 2008.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. **Diário Oficial da União**, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 16 set. 2016.

BRASIL. Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. **Diário Oficial da União**, 12 dez. 1990. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8112cons.htm>. Acesso em: 16 set. 2016.

BRASIL. Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. **Diário Oficial da União**, 01 fev. 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9784.htm>. Acesso em: 16 set. 2016.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Súmula nº 473. A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial. **Diário do Judiciário**, 10 dez. 1969. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=473.NUMER.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>>. Acesso em: 16 set. 2016.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Súmula Vinculante nº 05. A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição. Diário Oficial da União, 16 maio 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=5.NUME.%20E%20S.FLSV.&base=baseSumulasVinculantes>>. Acesso em: 16 set. 2016.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Direito administrativo, policial militar, Procedimento administrativo disciplinar – PAD, exclusão da corporação, decisão do Comandante Geral da Corporação, negativa de prestação jurisdicional não configurada, debate de âmbito infraconstitucional, prova emprestada, autorização judicial. Agravo no Recurso Extraordinário n. 768633 – RJ. Partes: Frankney Guedes de Carvalho e Estado do Rio de Janeiro. Relatora: Ministra Rosa Weber. Acórdão 11 mar. 2014. PROCESSO ELETRÔNICO DJe-060. DIVULG 26-03-2014. PUBLIC 27-03-2014.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Administrativo, Processual Civil, Recurso Especial. Servidor Público, ofensa Ao Art. 535, I E li, do CPC, não ocorrência, afronta aos arts. 128 e 460 do CPC, questão superada com o exame, pelo Tribunal de Origem, do mérito da ação rescisória, recurso que não informa os fundamentos do acórdão recorrido. Súmula 283/STF, Processo Administrativo Disciplinar, termo de indiciamento, assinatura apenas do Presidente, nulidade, inexistência. Recurso Especial n. 1258041-DF. Partes: Ivan José dos Reis e União. Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima. Acórdão 14 abr. 2012. DJe 02/05/2012. Recurso conhecido e não provido.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Súmula nº 343. É obrigatória a presença de advogado em todas as fases do processo administrativo disciplinar. Diário do Judiciário, 21 set. 2007. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=\(sumula%20adj1%20%27343%27\).sub.>](http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=(sumula%20adj1%20%27343%27).sub.>). Acesso em: 16 set. 2016.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, 17 mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 16 set. 2016.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **Apontamentos sobre o Estado Democrático de Direito**. Revista do Instituto dos Advogados de Minas Gerais. Belo Horizonte, v. 9, 2003.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **Responsabilidade do Estado pela Função Jurisdicional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **Processo constitucional e Estado Democrático de Direito**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. Apontamentos sobre o Estado Democrático de Direito. **Revista Eletrônica Virtuajus**, Belo Horizonte, Ano 2, número 1, agosto de 2003. Disponível em: <www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/Ano2_08_2003.../Estado%20de%20Direito.doc>. Acesso em: 05 fev. 2016.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. Esboço de uma introdução ao estudo do direito político. **Revista Eletrônica Virtuajus**, Belo Horizonte, Ano 1, número 1, outubro de 2002. Disponível em: <www.fmd.pucminas.br/.../ESBOÇO%20DE%20UMA%20INTRODUÇÃO%20AO%20>. Acesso em: 07 de fev. 2016.

CALCINI, Fábio Pallaretti. **O princípio da razoabilidade**: um limite à discricionariedade administrativa. Campinas: Millennium, 2003.

CÂMARA, Alexandre Freitas. O Direito à Duração Razoável do Processo: entre eficiência e garantias. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 223, p. 40 – 45, set. 2013.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito constitucional**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito constitucional e Teoria da Constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CARNELUTTI, Francesco. **Teoria geral do direito**. Trad. A. Rodrigues Queiro e Artur Anselmo de Castro. São Paulo: Acadêmica Saraiva, 1942.

CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de direito processual civil**. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo: Classic Book, 2000, v. I, n. 89.

CARNELUTTI, Francesco. **Como se faz um processo**. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2001.

CARRÉ DE MALBERG, Raymond. **Teoría general del Estado** [Contribution à la Théorie générale de l'État spécialement d'après les données fournies par le Droit Constitutionnel français]. Versión española de José Lión Depetre. Mexico: Fondo de Cultura Económica, 1948.

CARRÉ DE MALBERG, Raymond. **La Loi, expression de la volonté générale**. Paris, Economica, coll. Classiques, 1984.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 16. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

CARVALHO FILHO, Jose dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **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.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Direito processual constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Coesão interna entre Estado de Direito e Democracia na Teoria Discursiva do Direito de Jürgen Habermas: Jurisdição e Hermenêutica Constitucional. **Revista Eletrônica Virtuajus**, Belo Horizonte, Ano 2, número 2, dezembro de 2003. Disponível em: <http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/ano2_2/Coesao%20interna.pdf > Acesso em: 25 jan. 2016.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Jurisdição e hermenêutica constitucional**: no Estado democrático de direito. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Teoria da constituição**. Belo Horizonte: Initia Via, 2012.

CAETANO, Marcello. **Manual de ciência política e direito constitucional**. 6. ed. rev. ampl. Coimbra: Almedina, 1996, t. I.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil** [Istituzioni di Diritto Processuale Civile]. Trad. J. Guimarães Menegale. Notas por Enrico Tullio Liebman. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1965, v. I, II.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Principii di diritto processuale civile**. Napoli: Jovene, 1980.

CHIOVENDA, Giuseppe. **A ação no sistema dos direitos**. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2003.

CONTIGLI, Flávia Couto de Oliveira. **A necessidade da efetividade da participação popular e do controle social na administração pública para a consolidação do processo democrático brasileiro**. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 25., Belo Horizonte/MG. Anais...Belo Horizonte/MG: CONPEDI, 11 a 14 de 2015. p. 23-39. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/1ppyi8tz/l6Dird13372NJG3W.pdf>> Acesso em: 22 jan. 2016.

CONTIGLI, Flávia Couto de Oliveira. **O presidencialismo de coalizão e o Estado Democrático de Direito no Brasil**. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 25., Belo Horizonte/MG. Anais...Belo Horizonte/MG: CONPEDI, 11 a 14 de 2015. p. 23-39. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/0wgz69fe/W5FxcuWQ9Q2aN7tp.pdf>> Acesso em: 22 jan. 2016.

COOPERAÇÃO. In: MICHAELIS: **dicionário da língua portuguesa**. 1. ed., 10 imp. São Paulo: Melhoramentos, 2002.

COSTA, José Armando da. **Processo administrativo disciplinar: teoria e prática**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

COUTURE, Eduardo J. **Interpretação das leis processuais**. Trad. Gilda Maciel Corrêa Meyer Russomano. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

COUTO E SILVA, Almiro do. O Princípio da Segurança Jurídica (Proteção à Confiança) no Direito Público Brasileiro e o Direito da Administração Pública de Anular seus Próprios Atos Administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei nº 9784/99). **Revista Eletrônica de Direito do Estado**. Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 2, abr./mai./jun. 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 15 de abr. 2016.

DIAS, Maria Tereza Fonseca. **Direito administrativo pós-moderno: novos paradigmas do direito administrativo a partir do estudo da relação entre o Estado e a sociedade**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 20. ed. 2. reimpr. São Paulo: Atlas, 2007.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**, 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Teoria geral do processo e processo de conhecimento. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2008.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: Teoria geral do processo e processo de conhecimento. 12. ed. Salvador: Jus Podivm, 2010. v. 1.

DIDIER JR., Fredie. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. In WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (org.). **Revista de processo**, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 198, p. 213 – 225, ago. 2011.

DUTRA, Yuri Frederico. **Democracia e controle de constitucionalidade**: a partir da teoria discursiva de Jürgen Habermas. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

ENGELMANN, Wilson. A lei processual e sua vigência temporal: aportes para uma teoria geral da (ir)retroatividade. In: BOECKEL, Fabrício Dani de; ROSA, Karin Regina Rick; SCARPARO, Eduardo (orgs.). **Estudos sobre o novo Código de Processo Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

ESCOLA, Héctor Jorge. **El interes público como fundamento del derecho administrativo**. Buenos Aires: Depalma, 1989.

FARIA, Ernesto. **Dicionário Escolar Latino – Português**. 3. ed. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Cultura, 1962. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/me001612.pdf>>. Acesso em: 25 de jan. 2016.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Obrigações**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006.

FAZZALARI, Elio. **Istituzioni di diritto processuale**. 6. ed. Padova: Cedam, 1992.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual** [Istituzioni di diritto processuale]. Trad. Eliane Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.

FERRAND, Frédérique. Ideological background of the Constitution, Constitutional rules and civil procedure. in International Association of Procedural Law Seoul Conference 2014. Seul: IAPL, 2014.

FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson de Abreu. **Processo Administrativo**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

FERRAZ, Luciano. 28 de ago. 2007. Disponível em : <<http://www.cgu.gov.br/sobre/institucional/eventos/anos-anteriores/2007/arquivos/seminario-nacional-de-direito-administrativo-disciplinar/painel-vi-luciano-ferraz.pdf>>. Acesso em: 25 nov. 2015.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1998.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Procedimento e processo administrativo**. In: ROCHA, Carmen Lúcia Antunes (coord.). *Perspectivas de direito público: estudos em homenagem a Miguel Seabra Fagundes*. Belo Horizonte: Del Rey. 1995.

FREITAS, Sérgio Henriques Zandona; FREITAS, Carla R. C. C. Z. Direito processual e a hermenêutica constitucional democrática. In: CASTRO, João Antônio Lima (Coord.). **Direito processual: constitucional e democrático**. Belo Horizonte: Instituto de Educação Continuada da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (IEC-PUC-Minas), 2008.

FREITAS, Sérgio Henriques Zandona; FREITAS, Carla R. C. C. Z. Tempo, cautela e processo. In: CASTRO, João Antônio Lima (Coord.). **Direito processual: fundamentos constitucionais**. Belo Horizonte: Instituto de Educação Continuada da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (IEC-PUC-Minas), 2008.

FREITAS, Sérgio Henriques Zandona. Responsabilidade do Estado. In: MOTTA, Carlos Pinto Coelho (Coord.). 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

FREITAS, Sérgio Henriques Zandona. **A impostergável reconstrução principiológico-constitucional do processo administrativo disciplinar no Brasil**. 2014. 210 f. Tese (Doutorado em Direito da Faculdade Mineira de Direito) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2014.

FONSECA, Isabel Celeste Monteiro. **Dos Novos Processos Urgentes no Contencioso Administrativo: Função e Estrutura**. Lisboa: Lex, 2004.

FONSECA, Isabel Celeste Monteiro. **Introdução ao Estudo Sistemático da Tutela Cautelar no Processo Administrativo**. Coimbra: Almedina, 2002.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 1993.

GONÇALVES, Camilla de Jesus Mello. **Princípio da Boa-fé**. Perspectivas e Aplicações. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

GOUVEA, Lucio Grassi de. **Cognição Processual Civil: atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real**. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). Leituras Complementares de Processo Civil. 9. ed. Salvador: Jus Podivm, 2011.

GOYARD-FABRE, Simone. **Les principes philosophiques du droit politique moderne**. Paris: PUF, 1997.

GOYARD-FABRE, Simone. **Filosofia crítica e razão jurídica**. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

GOYARD-FABRE, Simone. **Os fundamentos da ordem jurídica**. Trad. Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

GUSTIN, Miracy B. S.; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)pensando a pesquisa jurídica**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

HABERMAS, Jurgen. **La Constelación posnacional** – Ensayos políticos. Barcelona: Paidós, 2000.

HABERMAS, Jürgen. **Pensamento pós-metafísico**: estudos filosóficos. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. 2. ed. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. I.

HABERMAS, Jürgen. **Mudança estrutural da Esfera Pública**: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa. Trad. Flávio R. Kothe. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HARGER, Marcelo. **Princípios constitucionais do processo administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

JUSTEM FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

LEAL, André Cordeiro. **O Contraditório e a Fundamentação das Decisões no Direito Processual Democrático**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

LEAL, André Cordeiro. **Instrumentalidade do processo em crise**. Belo Horizonte: Mandamentos, Faculdade de Ciências Humanas/FUMEC, 2008.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Comentários a reforma do código de processo civil**. São Paulo: LED, 1996.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Estudos continuados de teoria do processo**: a pesquisa jurídica no curso de Mestrado em Direito Processual. Porto Alegre: Síntese, 2001.

LEAL, Rosemiro Pereira. **O ciclo teórico da coisa julgada**: de Chiovenda a Fazzalari. Belo Horizonte, Del Rey, 2007.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Uma pesquisa institucional de Estado, Poder Público e União na Constitucionalidade brasileira**: significados equívocos e a interpretação do Direito; busca de um novo medium linguístico na teoria da constitucionalidade democrática. Belo Horizonte: Del Rey/FUMEC/FCH, 2008.

LEAL, Rosemiro Pereira. **A teoria neoconstitucionalista do processo**: uma trajetória conjectural. Belo Horizonte: Arraes, 2013.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo**: primeiros estudos. 13. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

LIMA, Francisco Gérson Marques de. **Fundamentos constitucionais do processo**: sob a perspectiva de eficácia dos direitos e garantias fundamentais. São Paulo: Malheiros. 2002.

LIMBERGER, Têmis. Transparência administrativa e novas tecnologias: o dever de publicidade, o direito a ser in-formado e o princípio democrático. **Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, n. 60, p. 47 – 65, ago./2007/abr./2008. Disponível em: <http://www.amprs.org.br/arquivos/revista_artigo/arquivo_1246468989.pdf>. Acesso em: 14 out. 2015.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la constitución**. 2. ed. Trad: Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1976.

MAFINNI, Rafael. **Princípio da Proteção Substancial da Confiança no Direito Administrativo Brasileiro**. 2005. 253 f. Tese (Doutorado em Direito da Faculdade de Direito) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2005.

Disponível em:

<<http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/5220/000512451.pdf>>. Acesso em: 15 maio 2016.wen

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novo Curso de Processo Civil** [livro eletrônico]: teoria do processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. v. 1.

MEDAUAR, Odete. **A processualidade no Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 37. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros. 2005.

MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no Processo Civil**: pressupostos sociais, lógicos e éticos. 2. ed. São Paulo: 2011. v.14.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. **O Espírito das leis**. Trad. Henrique de Carvalho. Belo Horizonte: Líder, 2004.

MORAES, Alexandre de. **Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais**. São Paulo: Atlas, 2000.

MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo Administrativo**: Princípios Constitucionais e a Lei 9.784/99. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito da participação política**: fundamentos e técnicas constitucionais da democracia. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

NEGRI, Antonio; HARDT, Michael. **O trabalho de Dioniso**: para a crítica ao Estado pós moderno. Juiz de Fora: UFJF/Pazulin, 2004.

NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional Democrático** - Uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá, 2008.

NUNES, Dierle José Coelho. Processualismo constitucional democrático e o dimensionamento de técnicas para a litigiosidade repetitiva: a litigância de interesse público e as tendências 'não compreendidas' de padronização decisória. **Revista de Processo**, v. 199, p. 41 – 82, set. 2011.

NUNES, Dierle José Coelho. Juiz deve ser visto como garantidor de direitos fundamentais, nada mais. **Revista Consultor Jurídico**, 3 set. 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-set-03/juiz-visto-garantidor-direitos-fundamentais-nada>>. Acesso em: 01 fev. 2016

NUNES, Dierle José Coelho; SILVA, Natanael Lud Santos e (organizadores). **CPC Referenciado** - Lei 13.105/2015. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. **Por uma teoria dos princípios**: o princípio constitucional da razoabilidade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

PEREZ, Jesus Gonzalez. **El Principio General de La Buena Fe em El Derecho Administrativo**. Madrid: Civitas, 1989.

PFERSMANN, Otto. **Positivismo e justiça constitucional no século XXI**. São Paulo: Saraiva. 2014.

PRADO, Luiz Regis. Infração (crime) de responsabilidade e impeachment. **Rev. de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo: RT, abr.-jun./2016. Disponível em:

<<http://www.professorregisprado.com/resources/Artigos/Crime%20de%20responsabilidade%20e%20impeachment.pdf>>. Acesso em: 01 maio 2016.

PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa**, Portugal, 1976.

ROCHA, Cármen Lucia Antunes. **Princípios Constitucionais da Administração Pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

ROZZA, Cláudio. **Processo administrativo disciplinar & comissões sob encomenda**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2010.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Conhecimento prudente para uma vida decente**: um discurso sobre ciências revisitado. São Paulo: Cortez, 2004.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Pela mão de Alice**: o social e o político na pós-modernidade. 11. ed. São Paulo: Cortez, 2006.

SANTOS, Boaventura de Souza. **A gramática do tempo**: para uma nova cultura política. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2008.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

SILVA, Ênio Moraes da. O Estado Democrático de Direito. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 42, n. 167, jul./set. 2005.

SILVA, José Afonso da. O Estado Democrático de Direito. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, São Paulo, v. 30, dez. 1988.

SLAIBI FILHO, Nagib. **Direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

STRECK, Lenio Luiz. Novo CPC terá mecanismos para combater o decisionismos e arbitrariedade?. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, Dez/2014. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2014-dez-18/senso-incomum-cpc-mecanismos-combater-decisionismos-arbitrariedades>>. Acesso em: 11 de mar. 2016.

STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica, Neoconstitucionalismo e o “Problema da Discricionariedade dos Juízes”. **ANIMA – Revista Eletrônica Do Curso De Direito da OPET**, Curitiba, 1. ed., v. I, p. 383 – 413, jul./dez. 2009. Disponível em: <http://www.anima-opet.com.br/pdf/anima1/artigo_Lenio_Luiz_Streck_hermeneutica.pdf>. Acesso em: 09 de maio 2016.

TAVARES, André Ramos. **Reforma do Judiciário no Brasil pós-88**. São Paulo: Saraiva, 2005.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**: Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum. 56. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.v.1.

TOCANTINS. Lei Estadual n. 1.818, de 23 de agosto de 2007. **Dispõe sobre o Estatuto dos Servidores Públicos Cíveis do Estado do Tocantins**. Disponível em: <<https://central3.to.gov.br/arquivo/223380/>>. Acesso em: 16 set. 2016.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. v. 1.