

1 Introdução

A partir da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988-CR/88, houve a constitucionalização do processo administrativo. Este passou a seguir os ditames constitucionais.

O processo, seja ele na esfera judicial ou administrativa, deve obediência as garantias constitucionais do processo (consectárias do devido processo legal).

Seguindo a linha das disposições constitucionais, o Código de Processo Civil-CPC, em seu artigo 15, fala expressamente da aplicação supletiva e subsidiária das disposições do Código aos processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos.

Por sua vez, a Lei Federal nº 9.784, que regula o processo administrativo federal, não traz nenhuma regra, ainda que em tese, que possa conflitar com as normas fundamentais positivadas na nova teoria geral do processo estabelecida pelo Código de Processo Civil.

Coadunando com o disposto na CR/88 e no CPC, à nova concepção da processualidade no âmbito da função administrativa (o agir a serviço da comunidade), deve ser pautada nos princípios do devido processo legal e do contraditório. Assim, os escopos do Código de Processo Civil devem ser aplicados integralmente ao processo administrativo, principalmente no que tange a fundamentação das decisões, que se apresenta como meio de controle da participação efetiva das partes no processo, denotando o reflexo tridimensional do contraditório, enquanto direito de influência no ato decisório.

O Supremo Tribunal Federal possui um acórdão emblemático (STF, RE 682011, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, julgado em 08/06/2012, publicado em DJe-114 DIVULG 12/06/2012 PUBLIC 13/06/2012), abordando o tema/problema aqui proposto.

Os métodos para a captação e processamento de informações com o objetivo de resolver os problemas investigados consistiram em analisar a realidade de maneira crítica, à luz de concepções teóricas com a finalidade de desenvolver a capacidade de observar, selecionar e organizar cientificamente os fatos da realidade.

Para a consecução de tal fim, utilizou-se os métodos dedutivo, dogmático e bibliográfico.

2 OS NOVOS RUMOS DO PROCESSO ADMINISTRATIVO A PARTIR DO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

O art.5º, LV, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – CR/88, estabelece 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.

No Brasil, houve previsão do princípio do contraditório na constituição de 1824 (art.179, n.11 e 17), de 1891 (art.72§ § 15, 16 e 23); de 1934 (art.113, n.24 a 27); de 1946 (art.141, § § 25 a 27); de 1967 (art.150, § § 15 e 16); na Emenda Constitucional n.1/69 (art.153, § § 15 e 16). Em todas essas constituições, o princípio do contraditório não alcançava, de modo expresse, os processos civil e administrativo. Apenas em relação ao processo penal se aplicava referida garantia. A partir de 1988, a inovação foi profunda e significativa, porque ampliou-se a abrangência do contraditório, sendo previsto expressamente no texto constitucional a sua aplicação ao processo penal, civil e administrativo. (BULOS, 2015, p.299)

O coroamento do caminho evolutivo da interpretação da cláusula do ‘devido processo legal’ ocorreu, no Brasil, com a Constituição de 1988, pelo art. 5º, inc. LV, que reza: ‘Art. 5º, LV. Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.’ Assim, as garantias do contraditório e da ampla defesa desdobram-se hoje em três planos: a) no plano jurisdicional, em que elas passam a ser expressamente reconhecidas, diretamente como tais, para o processo penal e para o não-penal; b) no plano das acusações em geral, em que a garantia explicitamente abrange as pessoas objeto de acusação; c) no processo administrativo sempre que haja litigantes. (...) É esta a grande inovação da Constituição de 1988. Com efeito, as garantias do contraditório e da ampla defesa, para o processo não-penal e para os acusados em geral, em processos administrativos, já eram extraídas, pela doutrina e pela jurisprudência, dos textos constitucionais anteriores, tendo a explicitação da Lei Maior em vigor natureza didática, afeição à boa técnica, sem apresentar conteúdo inovador. Mas agora a Constituição também resguarda as referidas garantias aos litigantes, em processo administrativo. E isso não é casual nem aleatório, mas obedece à profunda transformação que a Constituição operou no tocante à função da administração pública.(STF, RE 682011, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, julgado em 08/06/2012, publicado em DJe-114 DIVULG 12/06/2012 PUBLIC 13/06/2012)

A Lei nº 9.784/1999, estabelece normas básicas sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Federal direta e indireta, visando, em especial, à proteção dos direitos dos administrados e ao melhor cumprimento dos fins da Administração (art.1º).

No art. 2º da referida lei, há a positivação expressa do respeito, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Os princípios do contraditório e da ampla defesa, consectários do devido processo legal, estão previstos constitucionalmente (art. 5º, LV, da CR/88) como garantia fundamental dos cidadãos de ter conhecimento dos atos processuais e poder se manifestar, tanto nos processos judiciais quanto nos processos administrativos. O desrespeito a esses princípios enseja a nulidade do processo e de todos os atos decorrentes.

A atuação da Administração Pública segue, em regra, o regime jurídico administrativo, alicerçado em princípios e características próprios.

O Código de Processo Civil, em seu artigo 15, prescreve que “*na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente*”.

Refere-se o art. 15 do CPC/2015, tanto à aplicação supletiva quanto à aplicação subsidiária. *Suprira* ausência de disciplina na lei omissa. A aplicação subsidiária por sua vez, é *auxiliar*, operando como que a dar sentido a uma disposição legal menos precisa. (MEDINA, 2020).

No processo administrativo, a autoridade administrativa julgadora também está submetida ao contraditório, bem como aos demais princípios constitucionais processuais, como o da fundamentação analítica e qualificada das decisões, trazida pelo CPC.

Os princípios do contraditório e da ampla defesa estão ganhando cada vez mais força e reconhecimento na esfera administrativa. Sua aplicação é suma importância para impedir que o cidadão possa vir a ser atingido por uma decisão administrativa sem ter direito de interferir na sua construção, ou seja, sem ter conhecimento e direito de defesa para que possa, influenciar a decisão do julgador. (MARINELA, 2015, p.88)

O princípio do contraditório por muito tempo foi compreendido como a mera bilateralidade de audiência, consubstanciado na intimação dos atos processuais e possibilidade de manifestação das partes. Muitos doutrinadores e alguns julgados, mesmo após a entrada em vigor do Código em 2016, ainda consideram o contraditório como mera bilateralidade da audiência.

Nesta vertente, para a realização/cumprimento do princípio do contraditório, bastava apenas o cumprimento do binômio conhecimento-reação. Para a efetivação do princípio, restava cumprir duas exigências básicas: “dar ciência aos réus, executados e interessados, da existência do processo, e aos litigantes de tudo o que nele se passa; e a de permitir-lhes que se

manifestem, que apresentem suas razões, que se oponham à pretensão do adversário” (GONÇALVES, 2016, p. 66).

Antes do CPC de 2015, a jurisprudência vinha paulatinamente, em alguns julgados isolados, reconhecendo o direito de influência como uma nova faceta do princípio do contraditório.

No julgamento do Mandado de Segurança n.º 24268 (MS 24268, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 05/02/2004, DJ 17-09-2004), o STF enfatizou o contraditório tridimensional, ressaltando o direito de influência.

O voto condutor do referido acórdão foi prolatado pelo Ministro Gilmar Mendes, nos seguintes termos:

Tenho enfatizado, relativamente ao direito de defesa, que a Constituição de 1988 (art. 5o, LV) ampliou o direito de defesa, assegurando aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. Como já escrevi em outra oportunidade, as dúvidas porventura existentes na doutrina e na jurisprudência sobre a dimensão do direito de defesa foram afastadas de plano, sendo inequívoco que essa garantia contempla, no seu âmbito de proteção, todos os processos judiciais ou administrativos. Assinale-se, por outro lado, que há muito vem a doutrina constitucional enfatizando que o direito de defesa não se resume a um simples direito de manifestação no processo. Efetivamente, o que o constituinte pretende assegurar – como bem anota Pontes de Miranda – é uma pretensão à tutela jurídica (Comentários à Constituição de 1967/69, tomo V, p. 234). Observe-se que não se cuida aqui, sequer, de uma inovação doutrinária ou jurisprudencial. Já o clássico João Barbalho, nos seus Comentários à Constituição de 1891, asseverava, com precisão: "Com a plena defesa são incompatíveis, e, portanto, inteiramente, inadmissíveis, os processos secretos, inquisitoriais, as devassas, a queixa ou o depoimento de inimigo capital, o julgamento de crimes inafiançáveis na ausência do acusado ou tendo-se dado a produção das testemunhas de acusação sem ao acusado se permitir reinquiri-las, a incomunicabilidade depois da denúncia, o juramento do réu, o interrogatório dele sob coação de qualquer natureza, por perguntas sugestivas ou capciosas." (Constituição Federal Brasileira – Comentários, Rio de Janeiro, 1902, p. 323). Não é outra a avaliação do tema no direito constitucional comparado. Apreciando o chamado "AnspruchaufrechtlichesGehör" (pretensão à tutela jurídica) no direito alemão, assinala o Bundesverfassungsgericht que essa pretensão envolve não só o direito de manifestação e o direito de informação sobre o objeto do processo, mas também o direito de ver os seus argumentos contemplados pelo órgão incumbido de julgar (Cf. Decisão da Corte Constitucional alemã — BVerfGE 70, 288-293; sobre o assunto, ver, também, Pieroth e Schlink, Grundrechte – Staatsrecht II, Heidelberg, 1988, p. 281; Battis, Ulrich, Gusy, Christoph, Einführung in das Staatsrecht, 3a. edição, Heidelberg, 1991, p. 363-364) MS 24268, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 05/02/2004, DJ 17-09-2004..

Conforme se verifica, é garantido às partes participação no processo com influência na formação do provimento estatal a ser proferido, pressupondo a análise pelo julgador dos argumentos e elementos de prova que forem produzidos pelas partes, os quais serão

contemplados ou rechaçados em uma decisão devidamente fundamentada, seja em processos judiciais ou administrativos.

No acórdão ficou consignado que o direito de defesa não pode mais ser visto como um simples direito de manifestação no processo. A pretensão à tutela jurídica de forma efetiva pressupõe direito de informação, direito de manifestação e o direito de a parte ver seus argumentos contemplados pelo órgão julgador, denotando, assim, o direito de influência. Prossegue o voto:

Daí afirmar-se, correntemente, que a pretensão à tutela jurídica, que corresponde exatamente à garantia consagrada no art. 5º LV, da Constituição, contém os seguintes direitos: 1) direito de informação (RechtaufInformation), que obriga o órgão julgador a informar à parte contrária dos atos praticados no processo e sobre os elementos dele constantes; 2) direito de manifestação (RechtaufÄusserung), que assegura ao defendente a possibilidade de manifestar-se oralmente ou por escrito sobre os elementos fáticos e jurídicos constantes do processo; 3) direito de ver seus argumentos considerados (RechtaufBerücksichtigung), que exige do julgador capacidade, apreensão e isenção de ânimo (AufnahmefähigkeitundAufnahmebereitschaft) para contemplar as razões apresentadas (Cf. Pieroth e Schlink, Grundrechte -Staatsrecht II, Heidelberg, 1988, p. 281; Battis e Gusy, Einführung in das Staatsrecht, Heidelberg, 1991, p.363-364; Ver, também, Dürig/Assmann, in: Maunz-Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Art. 103, vol IV, no 85-99). Sobre o direito de ver os seus argumentos contemplados pelo órgão julgador (RechtaufBerücksichtigung), que corresponde, obviamente, ao dever do juiz ou da Administração de a eles conferir atenção (Beachtenspflicht), pode-se afirmar que envolve não só o dever de tomar conhecimento (Kenntnisnahmepflicht), como também o de considerar, séria e detidamente, as razões apresentadas (Erwägungspflicht) (Cf. Dürig/Assmann, in: Maunz-Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Art. 103, vol. IV, no 97). É da obrigação de considerar as razões apresentadas que deriva o dever de fundamentar as decisões (Decisão da Corte Constitucional — BVerfGE 11, 218 (218); Cf. Dürig/Assmann, in: Maunz-Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Art. 103, vol. IV, no 97) (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Mandado de Segurança n. 24.268-0/MG. Relator p/ acórdão: min. Gilmar Mendes. Tribunal Pleno. DJ de 17 set. 2004)¹

Assim, resta materializado no art. 5º, LV, da Constituição, o conteúdo do princípio do contraditório como conhecimento-reação-influência (com aplicação em processos judiciais e administrativos), que verificar-se-á, séria e detidamente, na fundamentação das decisões (art. 93, IX, da CR/88)².

¹MS 24268, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 05/02/2004, DJ 17-09-2004.

²Brêtas ressalta as manifestações da doutrina a partir do referido julgamento. “Por exemplo, Lênio Streck afirmou que, a partir do mencionado acórdão, o Supremo Tribunal Federal dá sinais de incorporação da democratização do processo em seus julgamentos, fazendo-o com arrimo na jurisprudência do *Bundesverfassungsgericht*. De igual forma, Humberto Theodoro Júnior, ao sustentar a tese de que o contraditório é garantia de não-surpresa, a considerou adotada pelo Supremo Tribunal Federal no aludido acórdão, quando ali explorou precedentes da Corte Constitucional da Alemanha. Também Dierle José Coelho Nunes entendeu que, a partir do transcrito acórdão do Supremo Tribunal Federal, a concepção do contraditório como garantia de influência e de não-surpresa começou a ter ressonância embrionária em nosso sistema jurídico. (BRETAS, 2015, p.183)

Esta visão tridimensional do princípio do contraditório, como visto, foi materializada no Código de Processo Civil de 2015.

Na concepção constitucional de processo, positivada no CPC, o contraditório é aplicado na visão substantiva ou tridimensional, indo além do binômio conhecimento-reação, vedando a decisão-surpresa e garantindo às partes o direito de influência no processo.

Pelo novo Código, o contraditório vincula não somente as partes, mas também o juiz. O órgão julgador também deve respeitar o contraditório, bem como os demais princípios constitucionais processuais, como o da fundamentação analítica e qualificada das decisões, a boa-fé e a cooperação. *“O juiz não se encontra em papel de superioridade a nenhuma das partes, na medida em que só pode exercitar os poderes que a lei lhe confere, devendo, por outro lado, observar os deveres que lhe são impostos (arts. 139 e 143)”* (CARNEIRO, 2020). Tal dever é decorrente da visão tridimensional do princípio do contraditório, bem como consectário do princípio do devido processo legal.

Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida (art.9º), não se aplicando o disposto no *caput* à tutela provisória de urgência, às hipóteses de tutela da evidência previstas no art. 311, incisos II e III e à decisão prevista no art. 701. A previsão do art.9º juntamente com o disposto no art. 10, veda a chamada decisão surpresa, a qual se baseia em fatos ou circunstâncias que não eram de conhecimento da parte prejudicada pela mesma decisão (NERY, 2016)

É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, cabendo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório (art. 7º) *“constitui núcleo central do devido processo legal a igualdade de tratamento entre as partes. Igualdade formal e material, assegurada a paridade de armas”* (CARNEIRO, 2020).

O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício (art.10).

A sentença de mérito, quando proferida sem a integração do contraditório, será nula, se a decisão deveria ser uniforme em relação a todos que deveriam ter integrado o processo; ou ineficaz, nos outros casos, apenas para os que não foram citados (art. 115). *“O direito de participação acompanha o processo do início ao fim (item 4, supra), tendo origem no princípio do acesso justiça, desenvolvendo-se sob o signo do contraditório”*. (CARNEIRO, 2020)

Pelo Novo Código, a fundamentação é elemento estrutural da sentença e decorrência lógica do contraditório tridimensional.

É na fundamentação que verificar-se-á se houve ou não à integração do contraditório, uma vez que não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida e não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador (incisos I e IV do § 1º do art.489 do CPC).

A sentença de mérito, quando proferida sem a integração do contraditório, será nula, se a decisão deveria ser uniforme em relação a todos que deveriam ter integrado o processo; ou ineficaz, nos outros casos, apenas para os que não foram citados (art.115).

Como antes os princípios eram considerados subsidiários, no pós-positivismo³ eles, principalmente os constitucionais, deixaram de ser meros meios de integração do direito (frente às lacunas) e convertem-se em normas situadas no patamar mais elevado da ordem jurídica, aplicáveis em todos e quaisquer casos.

No constitucionalismo contemporâneo, tem-se como característica essencial, a concepção de Constituição e a centralidade dos direitos fundamentais. Há a normatividade dos princípios. Norma é gênero, do qual os princípios e as regras são espécies.

Os princípios consagrados na Constituição estão alçados no ponto mais alto da escala normativa. Assim o processo administrativo deve ser conformado com a aplicação do princípio do contraditório em sua visão tridimensional, bem como a fundamentação legítima e qualificada.

O neoconstitucionalismo, traduz a ideia de uma simbiose entre o liberal e o social, a ideia de um projeto político constitucional emancipador da sociedade, a ideia de uma constituição enquanto a fonte suprema, a constituição enquanto aquela lente através da qual tenho que ler todo o ordenamento jurídico, a constituição enquanto um documento principiológico que traduz os valores, os princípios fundantes da comunidade.

³ “O pós-positivismo busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto. Procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas. A interpretação e aplicação do ordenamento jurídico não de ser inspiradas por uma teoria de justiça, mas não podem comportar voluntarismos ou personalismos, sobretudo os judiciais. No conjunto de ideias ricas e heterogêneas que procuram abrigo neste paradigma em construção incluem-se a atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica constitucional; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana. Nesse ambiente, promove-se uma reaproximação entre o Direito e a filosofia”. (BARROSO, 2019)

Analisando a Lei nº 9.784, que regula o processo administrativo federal, não se vislumbra disposições que possam, em tese, gerar conflito com as regras gerais trazidas pelo Código de Processo Civil.

O CPC fixou parâmetros para nortear a atividade judicial, estabelecendo um núcleo mínimo de conteúdo quando da prolação de decisões judiciais, consagrando a fundamentação qualificada, analítica ou legítima, indispensável ao estado democrático de direito e ao devido processo legal, uma vez que concretiza um dos escopos do contraditório tridimensional, qual seja, o direito das partes de influenciar a decisão.

Referida fundamentação, além de impedir o arbítrio, coaduna com o princípio da eficiência, que o Judiciário também está adstrito, aprimorando e qualificando o direito fundamental da motivação dos atos judiciais, consagrado no artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal de 1988.

O Código de Processo Civil dissimulou a importância do mecanicismo da subsunção e do silogismo, resgatando a argumentação e a racionalidade prática. Em qualquer caso, o juiz deve sempre fundamentar sua decisão com argumentos responsáveis, desenvolvidos a partir da construção lógica e sistemática.

É importante a justificação argumentativa de qualquer decisão judicial, com oferecimento da atividade estatal de jurisdição com transparência, como resultado de ação séria e responsável, evitando-se decisões aleatórias, teratológicas, injustas, incompreensíveis e principalmente, que cause prejuízos às partes e a sociedade.

Toda essa evolução contribui sobremaneira para a democratização do processo administrativo.

Odete Medauar assevera que:

A processualidade está associada ao exercício do poder estatal; o poder é, por si só, autoritário. No âmbito estatal, a imperatividade característica do poder, para não ser unilateral e opressiva, deve encontrar expressão em termos de paridade e imparcialidade, no processo pré-constituído. Daí a importância dos momentos de formação da decisão como legitimação do poder em concreto, pois os dados do problema que emergem no processo permitem saber se a solução é correta ou aceitável e se o poder foi exercido de acordo com as finalidades para as quais foi atribuído [...].

Desse modo, a imperatividade do ato apresenta-se como resultado de um processo que viu o confronto de muitos interesses, direitos e deveres e chegou a um ponto de convergência; é possível, então, falar de nova imperatividade, pois é construída e buscada, superando a idéia de imperatividade unilateral (MEDAUAR, 2008, p.70).

Os novos rumos da processualidade administrativa devem ser coadunados com os escopos do Código de Processo Civil, principalmente no que tange a fundamentação das decisões, que se apresenta como meio de controle da participação efetiva das partes no processo, denotando o reflexo tridimensional do contraditório, enquanto direito de influenciando ato decisório.

O Supremo Tribunal Federal (STF, RE 682011), numa vertente neoconstitucional, já assentou a concretização dos valores constitucionalizados, da nova concepção da processualidade no âmbito da função administrativa, seja para transpor para a atuação administrativa os princípios do devido processo legal, seja para fixar imposições mínimas quanto ao modo de atuar da administração.

No julgamento do Recurso Extraordinário n.º 682011, o STF acolheu as tendências contemporâneas do direito administrativo, tanto em sua finalidade de limitação ao poder e garantia dos direitos individuais perante o poder, como na assimilação da nova realidade do relacionamento Estado-sociedade e de abertura para o cenário sociopolítico-econômico em que se situa

No referido julgamento, o acórdão enfatizou que a Constituição de 1988 trata de parte considerável da atividade administrativa, no pressuposto de que o caráter democrático do Estado deve influir na configuração da administração, pois os princípios da democracia não podem se limitar a reger as funções legislativa e jurisdicional, mas devem também informar a função administrativa. Nessa linha, dá-se grande ênfase, no direito administrativo contemporâneo, à nova concepção da processualidade no âmbito da função administrativa.

O procedimento administrativo configura meio de atendimento a requisitos da validade do ato administrativo. Propicia o conhecimento do que ocorre antes que o ato faça repercutir seus efeitos sobre os indivíduos, e permite verificar como se realiza a tomada de decisões. Assim, o caráter processual da formação do ato administrativo contrapõe-se a operações internas e secretas, à concepção dos 'arcana imperii' dominantes nos governos absolutos

De fato, na concepção mais recente sobre a processualidade administrativa, firma-se o princípio de que a extensão das formas processuais ao exercício da função administrativa está de acordo com a mais alta concepção da administração: o agir a serviço da comunidade.

O acórdão (STF, RE 682011) é emblemático nesse sentido. A Constituição não mais limita o contraditório e a ampla defesa aos processos administrativos (punitivos) em que haja acusados, mas estende as garantias a todos os processos administrativos, não-punitivos e punitivos, ainda que neles não haja acusados, mas simplesmente litigantes. Litigantes existem

sempre que, num procedimento qualquer, surja um conflito de interesses. Não é preciso que o conflito seja qualificado pela pretensão resistida, pois neste caso surgirão a lide e o processo jurisdicional. Basta que os partícipes do processo administrativo se anteponham face a face, numa posição contraposta. Litígio equivale a controvérsia, a contenda, e não a lide. Pode haver litigantes – e os há – sem acusação alguma, em qualquer lide.” (STF, RE 682011, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, julgado em 08/06/2012, publicado em DJe-114 DIVULG 12/06/2012 PUBLIC 13/06/2012)

No Estado Democrático de Direito implementado a partir da promulgação da Constituição, o Processo Administrativo, nesta seara, é fundamentalmente determinado pela Constituição Federal⁴. Tal fato está relacionado à necessidade de se adotar a Constituição Federal como “ponto de partida” para tratar de qualquer tema relacionado ao direito e processo administrativo, e ainda, como “ponto de chegada” de qualquer análise que seja feita do direito e processo administrativo.

Isso implica dizer que a processualidade administrativa, o direito e o processo administrativo devem ser estudados e aplicados a partir das disposições da Constituição, mas os resultados alcançados na processualidade administrativa, no direito e no processo administrativo somente serão válidos se estiverem em conformidade com o que está estabelecido pela Constituição. Essas são as premissas básicas do direito constitucional processual.

José Alfredo de Oliveira Baracho (2008, p.125), assenta, ainda, que o direito processual tem linhagem constitucional, calcada nos direitos de ação e de defesa, alicerçados no devido processo legal, de modo a dar maior significação à proteção efetiva dos direitos processuais, em todas as instâncias, visando tutelar o princípio da supremacia constitucional e protegendo os direitos fundamentais.

“Mais uma vez, escudados na doutrina de Baracho, podemos dizer que a teoria constitucionalista do processo toma por base a idéia primeira da supremacia das normas da Constituição sobre as normas processuais. Considera o processo uma importante garantia constitucional, daí a razão pela qual surge consolidada nos textos das Constituições do moderno Estado Democrático de Direito, sufragando o direito de as pessoas obterem a função jurisdicional do Estado, segundo a metodologia normativa do processo constitucional. A viga-mestra do processo constitucional é o devido processo legal, cuja concepção é desenvolvida tomando-se por base os pontos estruturais adiante enumerados, que formatam o devido processo constitucional ou modelo constitucional de processo: *a*)- direito de ação (direito de postular a jurisdição); *b*)- o direito de ampla defesa; *c*)- o direito ao advogado ou ao defensor público; *d*)- o direito à produção da prova; *e*)- o direito ao processo sem dilacoes indevidas, de sorte a ser obtida uma decisão jurisdicional em prazo razoável; *f*)- o direito a uma decisão proferida por órgão jurisdicional previamente definido

⁴ Neste aspecto, resta superado o entendimento do STF na súmula vinculante n.º 05: A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição.

no texto constitucional (juízo natural ou juízo constitucional) e fundamentada no ordenamento jurídico vigente (reserva legal); g)- o direito ao recurso, na perspectiva de coextensão do direito de ampla defesa(BRÉTAS, 2004, p.118)”

Baracho assevera que “a condensação metodológica e sistemática dos princípios constitucionais do processo toma o nome de Direito Processual Constitucional”. O autor ainda aduz, que a aproximação entre Constituição e processo fez surgir a expressão Direito Constitucional Processual ou Direito Processual Constitucional, como preferem alguns autores (BARACHO, 2008, p.125)⁵.

Os princípios do contraditório e da ampla defesa, frutos indelévels do devido processo legal, estão previstos constitucionalmente (art. 5º, LV, da CR/88) como garantia fundamental dos cidadãos de ter conhecimento dos atos processuais e poder se manifestar, tanto nos processos judiciais quanto nos processos administrativos. O desrespeito a esses princípios enseja a nulidade do processo e de todos os atos decorrentes⁶.

CONCLUSÃO

⁵ Marcelo Cattoni, em face do modelo constitucional brasileiro do controle jurisdicional de constitucionalidade, assevera que: [..]o Direito Constitucional Processual seria formado a partir dos princípios basilares do “devido processo” e do “acesso à justiça”, e se desenvolveria através dos princípios constitucionais referentes às partes, ao juiz, ao Ministério Público, enfim, os princípios do contraditório, da ampla defesa, da proibição das provas ilícitas, da publicidade, da fundamentação das decisões, do duplo grau, da efetividade, do juiz natural etc. Já o Direito Processual Constitucional seria formado a partir de normas processuais de organização da Justiça Constitucional e de instrumentos processuais previstos nas Constituições, afetos à “Garantia da Constituição” e à “Garantia dos direitos fundamentais”, controle de constitucionalidade, solução de conflitos entre os órgãos de cúpula do Estado, resolução de conflitos federativos e regionais, julgamento de agentes políticos, recurso constitucional, “Habeas Corpus”, “Amparo”, “Mandado de Segurança”, “Habeas Data” etc.” [..] esta distinção é problemática à luz de uma teoria constitucional constitucionalmente adequada do Direito brasileiro, pelo menos, pelas seguintes razões: 1) – Por um lado, se o Direito Constitucional é o fundamento de validade de todo o ordenamento jurídico, posto que estabelece os processos através dos quais todas as demais normas serão produzidas, quer da perspectiva legislativa, quer da perspectiva da aplicação, não há Direito Processual que não deva ser, nesse sentido, ‘constitucional’; 2) – Por outro lado, no Brasil, apesar de vozes discordantes, o controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e dos atos normativos é fundamentalmente difuso e incidental, como exigência constitucional basilar no esteio da melhor tradição democrática e constitucional brasileira. Assim, no Brasil e cada vez mais em toda parte, a Constituição estabelece um verdadeiro “Modelo Constitucional do Processo”, estruturante do Direito Processual, que não pode ser desconsiderado, sob pena de inconstitucionalidade e até mesmo de descaracterização do instituto do processo enquanto tal (OLIVEIRA, 2000, p.6.).

⁶O Tribunal de Justiça de Minas Gerais já decidiu no sentido que “O princípio do contraditório não mais pode ser compreendido como a mera bilateralidade de audiência (intimação dos atos processuais e possibilidade de manifestação das partes), devendo ser encarado, sobretudo, como uma garantia de influência (efetiva participação das partes na formação do provimento jurisdicional) e de não surpresa (dever de consulta prévia). Nesse contexto, é de bom alvitre que o julgador consulte as partes sobre questão ainda não ventilada no processo - e por isso não posta em contraditório -, antes de decidir. (TJMG - Correição Parcial (Adm) 1.0000.14.043766-6/000, Relator(a): Des.(a) Eduardo Mariné da Cunha, CONSELHO DA MAGISTRATURA, julgamento em 01/12/2014, publicação da súmula em 12/12/2014). No mesmo caminho o Superior Tribunal de Justiça consignou que “O contraditório e a ampla defesa devem ser compreendidos como a garantia conferida constitucionalmente aos indivíduos em geral de ter ciência da instauração do feito, participar do processo, produzir provas e influenciar o órgão julgador na formação do juízo de mérito acerca do caso analisado”. (RMS 27.440/AL, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 08/09/2009, DJe 22/09/2009)

Resta materializado no art. 5º, LV, da Constituição, o conteúdo do princípio do contraditório como conhecimento-reação-influência (com aplicação em processos judiciais e administrativos), que verificar-se-á, séria e detidamente, na fundamentação das decisões (art. 93, IX, da CR/88).

No processo administrativo, a autoridade administrativa julgadora deve respeitar o contraditório, bem como os demais princípios constitucionais processuais, como o da fundamentação analítica e qualificada das decisões.

Assim, também no processo administrativo (considerando a aplicação supletiva e subsidiária), não se poderá proferir decisão-surpresa, ou seja, todo fato depende de manifestação do interessado antes de ser submetido a julgamento.

Todos esses aspectos são plenamente aplicáveis aos processos administrativos, merecendo destaque a defesa técnica, enquanto forma de evitar abusos por parte das autoridades públicas.

Os novos rumos da processualidade administrativa devem ser coadunados com o CPC, seja para transpor para a atuação administrativa os princípios do devido processo legal, seja para fixar imposições mínimas quanto ao modo de atuar da administração.

A Lei n.º 13.105/2015 instituiu o Código de Processo Civil adotando a teoria do processo constitucional.

O Código foi escrito à luz dos preceitos constitucionais. Diversos princípios constitucionais processuais foram irradiados para dentro do Código.

Na exposição de motivos restou consignada a “necessidade de que fique evidente a harmonia da lei ordinária em relação à Constituição Federal da República fez com que se incluíssem no Código, expressamente, princípios constitucionais, na sua versão processual⁷”.

O art.1º fala que o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil.

Segundo a teoria constitucionalista de processo, este é lido, interpretado e aplicado de forma constitucionalizada, sendo empregado como meio de efetivação dos direitos fundamentais.

Como dito, por força do disposto no artigo 15 do CPC, toda a parte principiológica deste, alcança também a processualidade administrativa.

⁷ Exposição de Motivos do Projeto do Novo Código Civil. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/54a-legislatura/8046-10-codigo-de-processo-civil/arquivos/quadro-comparativo-do-cpc-atual-e-pl-8.046-11>>. Acesso em: 18 abr. 2018

O art.5º, LV, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – CR/88, estabelece 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 inerentes⁸.

Antes da CR/88, o contraditório não alcançava, expressamente, os processos civil e administrativo, sendo que, somente a partir de 1988, houve a previsão constitucional de aplicação do contraditório ao processo penal, civil e administrativo.

Nesta perspectiva, a nova concepção da processualidade no âmbito da função administrativa é delineada pela Constituição.

REFERÊNCIAS

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Direito processual constitucional: aspectos contemporâneos*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p.125.

BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr. 2005. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618>>. Acesso em: 02 Set. 2019. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v240.2005.43618>.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Responsabilidade do Estado pela Função Jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p.118.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Mandado de Segurança n. 24.268-0/MG. Relator p/ acórdão: min. Gilmar Mendes. Tribunal Pleno. DJ de 17 set. 2004

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Recurso Especial n. 682011, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, julgado em 08/06/2012, publicado em DJe-114 DIVULG 12/06/2012 PUBLIC 13/06/2012

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988

BRASIL. Planalto. Lei nº. 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de processo civil**. . Acesso em: 20 de janeiro de 2016.

⁸ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado, 1988.

BULOS, UadiLammêgo. **Constituição Federal anotada**. 11ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo Civil Brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2015.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. Breves comentários ao novo código de processo civil. In WAMBIER, Teresa; et al (orgs.). **Breves comentários ao novo código de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2020. E-book.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: Introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento. Salvador: Jus Podivm, 2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo** (Vigésima Sétima edição). São Paulo: Atlas, 2014.

GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. **Direito Processual Civil Esquematizado**. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 9. ed. – São Paulo: Saraiva, 2015

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo Código de Processo Civil Comentado**: com remissões e notas comparativas ao CPC/1973. 3. ed., São Paulo: RT, 2020. Ebook.

MELLO, Celso Antônio B. de. **Curso de direito administrativo**. 18. ed. São Paulo, Malheiros, 2005.

MS 24268, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 05/02/2004, DJ 17-09-2004.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil comentado artigo por artigo**– 1. ed. – Salvador: JusPodivm, 2016.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de, In "JP - Jornal da Pós-Graduação em Direito da FD - UFMG", Belo Horizonte, junho de 2000, ano 2, nº 13.

RMS 27.440/AL, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 08/09/2009, DJe 22/09/2009

SOUZA, André Pagani de. **Vedação das decisões-surpresa**. São Paulo: Saraiva, 2014.

THEODORO JR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre de Melo Franco; PEDRON, Flávio. **Novo CPC: Fundamentos e Sistematização**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

TJMG - Correição Parcial (Adm) 1.0000.14.043766-6/000, Relator(a): Des.(a) Eduardo Mariné da Cunha , CONSELHO DA MAGISTRATURA, julgamento em 01/12/2014, publicação da súmula em 12/12/2014