

CÁSSIA SAMY FURTADO DE CARVALHO

**O DEVIDO PROCESSO LEGAL NO PROCESSO JUDICIAL
E NO PROCESSO ADMINISTRATIVO**

Monografia no tema da Disciplina de Direito Processual Civil, a ser apresentada junto ao Núcleo de Monografias do Curso de Direito da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Professor Joaquim Munhoz de Mello

CURITIBA

2004

CÁSSIA SAMY FURTADO DE CARVALHO

**O DEVIDO PROCESSO LEGAL NO PROCESSO JUDICIAL
E NO PROCESSO ADMINISTRATIVO**

Monografia no tema da Disciplina de Direito Processual Civil, a ser apresentada junto ao Núcleo de Monografias do Curso de Direito da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Professor Joaquim Munhoz de Mello

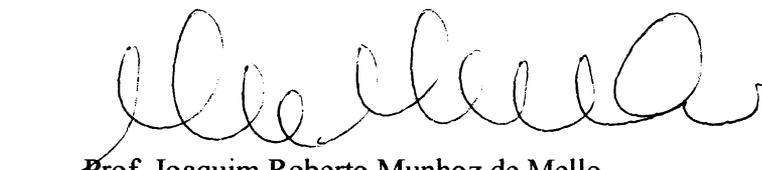
CURITIBA

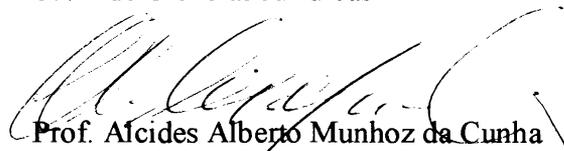
2004

CÁSSIA SAMY FURTADO DE CARVALHO

**O DEVIDO PROCESSO LEGAL NO PROCESSO JUDICIAL
E NO PROCESSO ADMINISTRATIVO**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná pela Comissão formada pelos professores:


Orientador: Prof. Joaquim Roberto Munhoz de Mello
Setor de Ciências Jurídicas


Prof. Alcides Alberto Munhoz da Cunha
Setor de Ciências Jurídicas


Prof. Edson Ribas Malachini
Setor de Ciências Jurídicas

Curitiba, 26 de outubro de 2004.

SUMÁRIO

| | |
|---|------------|
| RESUMO..... | iii |
| 1 INTRODUÇÃO | 1 |
| 2 DEVIDO PROCESSO LEGAL..... | 3 |
| 2.1 BREVE HISTÓRICO | 3 |
| 2.2 DEVIDO PROCESSO LEGAL NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 | 4 |
| 2.3 CONCEITO | 5 |
| 2.4 DEVIDO PROCESSO LEGAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO | 6 |
| 2.5 PRINCÍPIOS CONSITUCIONAIS RELATIVOS AO DEVIDO PROCESSO LEGAL | 8 |
| 2.5.1 Princípio do juiz natural..... | 8 |
| 2.5.2 Direito de ação | 9 |
| 2.5.3 Princípio dispositivo | 11 |
| 2.5.4 Princípio da ampla defesa | 14 |
| 2.5.5 Princípio do contraditório | 15 |
| 2.5.6 Princípio da publicidade | 19 |
| 2.5.7 Princípio da motivação das decisões | 19 |
| 2.5.8 Princípio da coisa julgada | 20 |
| 2.6 IMPORTÂNCIA DOS PRINCÍPIOS | 21 |
| 3 PROCESSO..... | 22 |
| 3.1 CONCEITO | 22 |
| 3.2 OBJETO..... | 24 |
| 3.3 NATUREZA JURÍDICA..... | 24 |
| 3.4 PROCESSO E PROCEDIMENTO NAS SEARAS JURISDICIONAL E ADMINISTRATIVA..... | 25 |
| 3.5 PROCESSO COMO INSTRUMENTO PRIVATIVO DO JUDICIÁRIO OU EXTENSIVO À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA | 29 |
| 4 PROCESSO ADMINISTRATIVO E O DEVIDO PROCESSO LEGAL..... | 30 |
| 4.1 Considerações gerais..... | 30 |
| 4.2 Devido processo legal e a lei n.º 9.784/99..... | 31 |
| 5 PARALELO ENTRE PROCESSO JUDICIAL E PROCESSO ADMINISTRATIVO..... | 33 |
| 5.1 DIREITO DE AÇÃO | 33 |
| 5.2 PRINCÍPIO DISPOSITIVO | 34 |
| 5.3 PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA | 35 |
| 5.4 PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO | 37 |
| 5.5 PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE | 38 |
| 5.6 PRINCÍPIO DA COISA JULGADA..... | 40 |
| 5.7 PRINCÍPIO DA MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES | 41 |
| 6 CONCLUSÃO..... | 43 |
| 7 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS | 45 |

RESUMO

A presente monografia tem como principal objetivo a análise das peculiaridades em relação ao devido processo legal nas searas jurisdicional e administrativa. O princípio do devido processo legal é muito importante em um Estado Democrático de Direito e por essa razão, é analisado em primeiro lugar juntamente com os princípios que o informam, para que depois haja uma breve análise acerca do processo em si. Finalmente, estabelece-se um relevante paralelo entre o processo judicial e o processo administrativo no tocante aos princípios basilares do devido processo legal, quais sejam o direito de ação, o princípio dispositivo, o da ampla defesa, o do contraditório, o da publicidade, o da coisa julgada e o da motivação das decisões. Discorre-se também sobre o termo “processo” utilizado no âmbito administrativo, haja vista que a Constituição Federal de 1988 estabelece que o processo não é instrumento privativo do Judiciário, mas deve ser estendido aos demais poderes, Executivo e Legislativo. Além disso, são feitas considerações gerais sobre o processo administrativo e a relação do devido processo legal com a lei federal que traz disposições sobre ele (Lei n.º 9.784/99).

1 INTRODUÇÃO

Esta monografia trata do princípio do devido processo legal inserido nos contextos judicial e administrativo. Tal tema é de extrema importância, haja vista o fato de ser absolutamente imprescindível em um Estado Democrático de Direito a obediência à lei, desde que sempre associada à idéia de persecução de um fim concernente ao interesse público.

Esse trabalho se propõe a analisar, inicialmente, os princípios que informam o devido processo legal em uma perspectiva predominantemente processualista no âmbito civil para depois desenvolver breves considerações sobre o processo administrativo e a Lei n.º 9.784/99 que o regula. Após a exposição, considerações são feitas acerca do processo como um instrumento de garantia aos cidadãos para que finalmente se abordem as principais semelhanças e diferenças entre o processo judicial e o administrativo.

A inclusão do processo administrativo nesse estudo ocorreu porque ele atende a um duplo objetivo: a resguarda dos administrados e a concorrência para uma atuação da Administração Pública mais clarividente. O primeiro objetivo se refere à possibilidade de que o administrado seja ouvido antes da tomada da decisão pela Administração, a qual irá afetá-lo, consistindo em uma evidente demonstração do princípio do contraditório. Em relação ao segundo objetivo citado, concorre-se para uma decisão melhor informada, mais responsável, elegendo a melhor solução para os interesses públicos em causa, pois a Administração não pode se voltar contra os administrados, nem contra os interessados.

A afirmação de Manoel de Oliveira Franco Sobrinho sobre a importância de se ter, em um Estado Democrático de Direito, a convivência de um processo judicial e de um processo administrativo define de forma brilhante a finalidade e a preocupação deste trabalho, pois a discussão sobre o processo administrativo “não pode continuar apenas acadêmica e doutrinária, sem que se lhe dê uma estrutura correspondente a do processo jurídico que se desenvolve no interesse da Administração e para a proteção dos

administrados, recebendo fluxos da teoria processual e das práticas normativas processuais seculares na aplicação do que é direito”.¹

Processo e democracia devem sempre constituir um binômio. No entanto, não se pode falar em qualquer tipo de processo, mas em devido processo legal como direito humano fundamental, presente nos arts 8º e 10º da Declaração Universal dos Direitos Humanos, datada de 1948. O processo deve sempre corresponder ao ideal democrático, tanto o judicial quanto o administrativo.

Tentou-se desvincular a idéia de um processo baseado no princípio do devido processo legal que ocorra somente no Judiciário, demonstrando-se que a própria Constituição Federal de 1988 assegura um processo justo e, portanto, inserido no contexto do devido processo legal em todos os poderes: Executivo, Judiciário e Legislativo.

A importância da garantia do devido processo legal em todas as searas do Estado é de tal magnitude que Dinorá Adelaide Musetti Grotti já defendeu que

“[...] o devido processo legal é o gênero do qual todos os demais princípios constitucionais do processo são espécies. Pode-se afirmar que, em face do agigantamento do Estado e do fortalecimento do Executivo, o instituto do *due process of law* encontrou nas searas do Direito administrativo um campo extremamente fértil para a sua mais recente afirmação”.²

¹ FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. **A prova no processo administrativo**. Publicação do Conselho de Pesquisas da Universidade Federal do Paraná. Curitiba: Imprensa da Universidade Federal do Paraná, 1971. p. 77.

² GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Devido processo legal e o procedimento administrativo. **Revista dos Tribunais – Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, São Paulo, n. 22, ano 6, p. 118-128, jan./mar. 1998. p. 127-128.

2 DEVIDO PROCESSO LEGAL

2.1 BREVE HISTÓRICO

O princípio do devido processo legal apareceu como acepção meramente formal na Magna Carta de João Sem Terra, datada de 1215, a qual, segundo Lúcia Valle Figueiredo era escrita em latim para que poucos tivessem acesso a seu conteúdo, em uma época em que o Estado era a lei: “na verdade, fazia a lei, cumpria a lei – ele mesmo – mas a lei era a que o soberano ditava”.³ Surgiu para que os barões tivessem a proteção da *law of the land*, a lei da terra, também conhecida como *rule of the law*. Os senhores feudais deveriam conhecer qual lei a seguir, para que se submetessem a ela. Esse diploma legal dispõe, pela primeira vez, de forma expressa acerca do princípio do juiz natural que representa um dos pilares em que se baseia o devido processo legal em um Estado Democrático de Direito. Nas palavras de José Frederico Marques: “era a célebre regra da *Magna Charta Libertatum*, de que nenhum homem livre pode ser preso ou encarcerado, despojado de seus bens, proscrito ou desterrado ou de qualquer forma liquidado (...), a não ser ‘*per legale iudicium parium suorum*’ (by the lawful judgement of his peers)”.⁴

Mas, conforme já exposto, o devido processo legal tinha mera concepção formal. Depois das emendas V e XIV da Constituição Americana é que o devido processo legal toma outro corpo. A emenda V (1791) defende o direito à liberdade e à propriedade, desde que obedecido o *due process of law*, mas o caráter continua meramente formal. Somente com a emenda XIV (1868) é que se passa a falar em igual proteção da lei, a *equal protection of law*. O devido processo legal passa a significar a igualdade na lei e não somente perante a lei.

³ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Estado de direito e devido processo legal**. Revista de direito administrativo. vol. 1. Rio de Janeiro: Renovar, 1991. p. 9.

⁴ MARQUES, José Frederico. **Instituições de direito processual civil**. vol. 1. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1971. p. 154.

Portanto, a Carta Magna de João Sem Terra foi o primeiro ordenamento a fazer menção ao princípio do devido processo legal, pois se referia ao direito à terra, em seu art. 39, mas tal princípio não chegou a ser mencionado expressamente. O termo, hoje consagrado, foi utilizado apenas em 1354, no reinado de Eduardo III, na Inglaterra, por meio de um legislador desconhecido.

Antes da Constituição dos Estados Unidos, de 1787, algumas constituições estaduais daquele país já consagravam a garantia do devido processo legal, como por exemplo, as de Maryland, Pensilvânia e Massachusetts, repetindo a regra da Magna Carta e da Lei de Eduardo III.

O devido processo legal surgiu em oposição a situações como as do Tribunal de Inquisição, no qual, quem julgava, defendia e condenava ou absolvía era exclusivamente a Igreja.

No Brasil, o primeiro texto constitucional a mencionar o devido processo legal nominalmente foi o de 1988, o qual vigora até os dias atuais. Impõe a Constituição, em seu art. 5º, inc. LV, que o devido processo legal abriga a igualdade substancial e a formal, sendo a igualdade o vetor fundamental desse princípio.

2.2 DEVIDO PROCESSO LEGAL NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

No ordenamento jurídico brasileiro, a Constituição Federal tem hegemonia total e absoluta no tocante à hierarquia das normas, fornecendo as diretrizes para todos os ramos do Direito.

A Constituição assegura a tutela jurisdicional sempre que alguém se sentir lesado ou atingido em seu direito subjetivo, cabendo ao Judiciário, mediante o processo, reprimir o ato lesivo. Esse direito de “pedir a intervenção do Judiciário consiste, pois, em direito ao devido processo legal, isto é, ao processo como *actus trium personarum* e suas diversas implicações essenciais: a garantia do direito de ação de par com a garantia do

direito de defesa; a adoção do contraditório processual; a equidistância do juiz no tocante aos interesses em conflito, como órgão estatal desinteressado, justo e imparcial”.⁵

Lúcia Valle Figueiredo atenta que “o respeito ao devido processo legal deverá informar todos os procedimentos judiciais e também os administrativos”.⁶ O processo judicial compreende o cível e o penal. A grande novidade ficou por conta da inclusão do processo administrativo, lado a lado com o judicial. Quaisquer dos poderes do Estado se vinculam à lei inteiramente, em seu sentido amplo. Deve-se considerar, ainda, que o “devido processo legal está na base dos demais princípios fundamentais”, segundo Rafael Munhoz de Mello.⁷

2.3 CONCEITO

O princípio do devido processo legal defende a necessidade de litigar com normas preestabelecidas, para garantir um julgamento justo. Entende-se por devido processo legal apenas o que se assenta em requisitos legais e princípios que permitam ao indivíduo justiça na decisão. Não será devido processo legal o processo que meramente observa uma seqüência de termos e atos, se esses não observarem os princípios fundamentais e informativos. O devido processo legal é, pois, um conjunto de garantias constitucionais que, de um lado, asseguram às partes o exercício de suas faculdades e poderes processuais e, de outro, são indispensáveis ao correto exercício da jurisdição. Essas garantias não servem apenas aos interesses das partes, como direito público subjetivo, mas configuram a salvaguarda do próprio processo, objetivamente considerado, como fator legitimante do exercício da jurisdição.

⁵ MARQUES, José Frederico. **Manual de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 1981-1982. p. 381.

⁶ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Estado...** p. 11.

⁷ MELLO, Rafael Munhoz. Processo Administrativo, Devido Processo Legal e a Lei n.º 9.784/99. **Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Curitiba, n. 11, p. 147-169, jan./fev./mar. 2003. p. 153.

Dinorá Adelaide Musetti Grotti, por sua vez, define o devido processo legal como:

instituto (que) atravessou os séculos e impôs sua presença no Direito contemporâneo com renovado vigor, evoluindo da garantia, simplesmente processual, formal ou adjetiva, para um postulado de caráter material ou substantivo. Ou seja, em sua concepção originária a expressão foi aplicada como garantia processual significando a exigência de processo regular e ordenado a ser observado nas várias instâncias judiciais, pois não visava a um questionamento da substância ou do conteúdo dos atos do Poder Público.⁸

2.4 DEVIDO PROCESSO LEGAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Nas palavras de José Frederico Marques, “o exercício da jurisdição deve operar-se através do devido processo legal, garantindo-se aos litigantes julgamento imparcial, em procedimento regular onde haja plena segurança para o exercício da ação e do direito de defesa, (...) pois de nada adiantaria garantir-se a tutela jurisdicional e o direito de ação sem um procedimento adequado em que o Judiciário possa atuar imparcialmente”.⁹

Para que se possa enunciar o princípio do devido processo legal no Estado Democrático de Direito, faz-se necessária a explicitação do conceito desse tipo de Estado. A mera sujeição à lei é insuficiente para que se caracterize o Estado de Direito em sentido material, pois há necessidade de outras características essenciais para que isso ocorra como, por exemplo, “a separação de poderes para a existência de ‘freios e contrapesos’, do ‘juiz natural’, ou, em outras palavras, de juiz não de exceção ou *post facto*, e, além disso e certamente, de juiz imparcial, dotado de prerrogativas para o exercício da magistratura independente”¹⁰, conforme proposto por Lúcia Valle Figueiredo. Portanto, não basta que a lei seja respeitada, devem também os conflitos nascidos entre Administração e administrados ser resolvidos de forma imparcial. Para que haja realmente um Estado Democrático de Direito, é necessário que o poder emane do povo, conforme o § único do art. 1º da Constituição Federal e que tal poder seja exercido de forma direta ou

⁸ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. p. 118-119.

⁹ MARQUES, José Frederico. **Manual...** 1981-1982. p. 74 e 75.

¹⁰ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Estado...** p. 7.

indireta. Lúcia Valle Figueiredo, citando José Afonso da Silva, enumera que os “princípios necessários para a existência efetiva do Estado de Direito são: princípio da constitucionalidade, princípio democrático, princípio da justiça social, sistema de direitos fundamentais, princípio da igualdade, princípio da divisão de poderes, princípio da legalidade e da segurança jurídica”.¹¹

Nas palavras de Rafael Munhoz de Mello,

há nítida relação entre Estado Democrático de Direito e a figura do processo administrativo. Pode-se dizer que o processo administrativo é instrumento de concretização da opção constitucional por um Estado Democrático de Direito, pois permite não só um maior controle sobre o exercício da função administrativa, como também a participação popular no *iter* de formação do ato administrativo.¹²

Na seara administrativa, ensina Romeu Felipe Bacellar Filho que o processo e o procedimento administrativo são instrumentos juspolíticos do Estado Democrático de Direito. A legislação acerca do procedimento administrativo é um grande indício de democracia, uma vez que “chegar a um consenso sobre como os conflitos entre a Administração e os cidadãos devam ser resolvidos representa, acima de tudo, a implementação de um sistema que não permita a existência do poder personalizado e arbitrário”.¹³ No entanto, acrescenta-se que o procedimento administrativo é elemento essencial para a democracia, mas não o único, uma vez que pode apresentar um conteúdo antidemocrático. Portanto, há que se exigir uma prévia aceitação da sociedade, ou seja, o princípio da participação do cidadão através do procedimento / processo.

¹¹ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Estado ...** p. 08-09.

¹² MELLO, Rafael Munhoz. p. 149.

¹³ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Princípios constitucionais do processo administrativo disciplinar aplicados ao regime dos servidores públicos civis**. Tese apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de doutor em direito do Estado, do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 1997. p. 116.

2.5 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS RELATIVOS AO DEVIDO PROCESSO LEGAL

2.5.1 Princípio do juiz natural

O princípio do juiz natural será tratado inicialmente porque estava expressamente previsto na Magna Carta. Segundo esse princípio, a jurisdição somente pode ser exercida pelo órgão previsto na Constituição da República. Para José Frederico Marques, “considera-se investido de funções jurisdicionais, tão-só, o juiz ou tribunal que se enquadrar em órgão judiciário previsto de modo expreso ou implícito, em norma jurídico-constitucional”.¹⁴

Nesse contexto, o juiz natural é aquele pré-designado para exercer sua função, atuando em um órgão pré-constituído pela Constituição Federal, investido de jurisdição. O juiz deve ter competência para julgar o fato e essa competência é determinada antes do fato acontecido, não havendo designação esporádica para um caso em concreto.

Esse princípio tem suma importância, pois informa todos os outros princípios ligados à jurisdição. A Constituição dispõe sobre ele em seu art. 5º, inc. LIII em um núcleo formado por cláusulas pétreas, para que as garantias individuais não sejam suprimidas, nem modificadas por uma emenda constitucional.

Se a autoridade escolhida para a resolução de um determinado conflito não tiver sua competência determinada anteriormente, a sentença não terá valor algum, sendo nula, pois, conforme dispõe José Frederico Marques: “o órgão judiciário que não encontrar na Constituição sua origem e fonte criadora, não está investido de atribuições jurisdicionais”.¹⁵

Outro dispositivo constitucional relacionado ao princípio do juiz natural está também no art. 5º, inc. XXXVII, o qual se refere aos tribunais de exceção. O tribunal de exceção é aquele designado para julgar uma determinada hipótese, sendo instaurado para

¹⁴ MARQUES, José Frederico. **Manual de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 1974. p. 76.

¹⁵ MARQUES, José Frederico. **Manual de direito processual civil**. p. 73.

julgar um fato concreto. É criado após a ocorrência desse fato ou já existe antes dele, porém, sem competência para julgá-lo.

Dinamarco sintetiza a garantia do juiz natural sob três aspectos, quais sejam “só são órgãos jurisdicionais os instituídos pela Constituição; ninguém pode se julgado por órgão constituído após a ocorrência do fato, não havendo, portanto, tribunais de exceção; e, entre os juízes pré-constituídos, há competências taxativas, encontradas na Constituição e nas legislações infraconstitucionais, e estas devem ser obedecidas, pois os juízes não podem julgar excepcionalmente uma situação”.¹⁶

Sua importância consiste em garantir a segurança jurídica, pois não há julgamento por qualquer juiz ou tribunal que não os competentes e pré-designados. É um princípio fundamental para afastar toda sorte de influências estranhas ao Poder Judiciário, como os tribunais de exceção e as substituições dos juízes, em casos de não impedimento ou suspeição.

É, por isso, um dos mais importantes princípios democráticos, pois garante a inexistência de qualquer forma de autoritarismo através do Poder Judiciário.

2.5.2 Direito de ação

Inicialmente, é de bom tom que se esclareçam, de forma sucinta, os conceitos de jurisdição, ação e processo, para que não sejam tomados como sinônimos. As lides perturbam a paz social e, sendo vedada a autodefesa, institui-se ao Estado o poder jurisdicional, cabendo-lhe o exercício dessa função e, conseqüentemente, a solução da lide com justiça e respeito às leis. Para que tal composição seja realizada, necessita-se da jurisdição, a qual atua nos casos concretos, ou seja, ocorrendo a lide e em face desta, serve-se a jurisdição do processo, para compô-la. No entanto, a jurisdição é uma função estatal provocada, pois quem tem interesse no conflito de uma lide, deve deduzir sua

¹⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 53.

pretensão, invocando a função jurisdicional do Estado para que se exerça em face do caso concreto, compondo o conflito segundo regulamentação legal. Para Moacyr Amaral Santos, “essa provocação do exercício da função jurisdicional, esse pedido de tutela jurisdicional do Estado, condição primeira para que tal função se exerça e se instaure o processo, é a ação. Assim, ação é o direito de invocar o exercício da função jurisdicional”.¹⁷ Portanto, ação, jurisdição e processo têm como função “a resolução dos conflitos de interesses, pois a ação provoca a jurisdição, que se exerce através de um complexo de atos, que é o processo”.¹⁸

O direito de ação surgiu quando o Estado retirou dos indivíduos o direito de fazer justiça por conta própria e lhes deu o direito de acionar um dos seus órgãos para resolver o conflito. Desde Roma, no processo civil, o princípio da demanda já existia. No processo penal, por exemplo, o pretor tinha liberdade para dar início ao processo em face de qualquer pessoa, bastando que se tivesse a notícia de um delito.

A ação é um direito subjetivo, de caráter público, pois preexiste ao processo e é desvinculada do direito material invocado perante o Judiciário. Por ser um direito subjetivo, Nelson Nery entende que o direito de ação se realiza quando seu objeto, “... a obtenção da tutela jurisdicional do Estado...”¹⁹, é alcançado com a pronúncia da sentença do juiz. Tem como sujeito passivo o Estado, pois é dele que se espera a prestação jurisdicional em cada caso concreto. É o direito que o indivíduo tem de provocar a atuação dos órgãos jurisdicionais, visando a satisfação de uma pretensão, de acordo com o art. 2º do Código de Processo Civil.

O direito de ação é garantido a todos, sejam pessoas físicas, jurídicas ou até mesmo órgãos despersonalizados (condomínio de apartamentos, espólio, por exemplo) e se manifesta de três formas: através da iniciativa da parte de provocar a atuação do órgão jurisdicional, através da reconvenção e a terceira manifestação decorre do princípio

¹⁷ AMARAL, Moacyr Santos. **Primeiras linhas de Direito Processual Civil**. São Paulo: Saraiva, 1974. p. 147.

¹⁸ AMARAL, Moacyr Santos. **Primeiras...** 1974. p. 147

¹⁹ NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 94.

dispositivo. O primeiro caso se refere à inércia do Judiciário, pois para que o indivíduo resolva sua lide deve provocar o órgão jurisdicional competente. Na reconvenção, o réu, além de se defender da acusação do autor durante o processo, pode propor uma ação contra o próprio autor. Segundo o princípio dispositivo, finalmente, deve o juiz decidir o conflito nos limites do pedido do autor.

Segundo Rui Portanova, o direito de ação é “... verdadeira garantia individual de liberdade dos cidadãos”.²⁰ É, portanto, uma das bases do Estado Democrático de Direito.

Por fim, existem certas condições para o exercício do direito de ação, que devem ser citadas. Conforme o art. 267, inc. VI do Código de Processo Civil, o processo é extinto “quando não ocorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual”. Essas condições, os prazos estabelecidos e as formas dos atos processuais são “... limitações naturais e legítimas ao exercício do direito de ação...”²¹, segundo Nelson Nery Júnior.

2.5.3 Princípio dispositivo

O fim do processo é a solução de litígios, mas não pode o juiz, exceto em casos autorizados pela lei, buscar por si mesmo a pretensão insatisfeita para julgá-la. Só há litígio para o Estado quando o interessado se submete ao poder jurisdicional.

Portanto, a primeira manifestação do princípio dispositivo é que a parte tem a disposição da pretensão ao processo. Instaurada a relação processual, no entanto, cabe ao juiz impulsionar o processo, pois este tem caráter público. O impulso oficial, nas palavras de Ernane Fidélis dos Santos, “não é a manifestação de inquisitorialidade no processo, já que impulsioná-lo não quer dizer que o juiz substitua a atividade das partes. O impulso

²⁰ PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1997. p. 120.

²¹ NERY JÚNIOR, Nelson. p. 94.

significa que o órgão estatal tem o poder de determinar o andamento do processo até onde se possa chegar sem iniciativa da parte, inclusive à sentença de mérito”.²²

A partir do momento em que a relação processual se forma, predomina o interesse público do Estado no processo para que chegue ao seu término o mais rápido possível com a conseqüente composição da lide. O art. 262 do Código de Processo Civil trata desse princípio.

Ao lado do princípio do impulso oficial está o princípio da iniciativa das partes, pois a estas a lei atribui determinadas faculdades para que haja colaboração no desenvolvimento do processo como, por exemplo, o fato do réu poder dar-se por citado nos autos de um processo e isso ser válido como real citação.

Traduz-se o princípio dispositivo, segundo Moacyr Amaral Santos na máxima: “*nemo iudex sine actore*” ou, ainda, na “*ne procedat iudex ex officio*”.²³ Tem como corolário o disposto no art. 2º do Código de Processo Civil, segundo o qual “nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e forma legais”.

A parte que pretende a solução de uma lide deve invocar sua pretensão perante o Judiciário em relação a um réu e o juiz tem o dever de decidir a esse respeito, fixando-se, assim, uma relação de direito material entre as partes. Antônio José de Souza Levenhagen adverte que não há a intervenção do Estado por sua própria iniciativa, sendo “imprescindível que o interessado requeira a tutela jurisdicional”.²⁴

As partes possuem o ônus de afirmar os fatos e apresentar provas acerca destes para que o juiz assente seu entendimento e decida. No entanto, não pode o juiz decidir fora dos limites do pedido das partes. Está, portanto, vinculado ao pedido formulado, conforme o princípio da iniciativa das partes.

²² SANTOS, Ernane Fidélis. **Manual de direito processual civil**. vol. 1. São Paulo: Saraiva, 1985. p. 37.

²³ SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 1989-1991. p. 76.

²⁴ LEVENHAGEN, Antônio José de Souza. **Manual de direito processual civil**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 1978. p. 24.

O juiz deve decidir conforme o alegado, mas não somente em relação a isso. Deve levar em consideração tudo o que foi provado nos autos, conforme a expressão “*iudex secundum allegata et probata partium iudicare debet*”.

Esse princípio é absoluto no direito brasileiro em relação à afirmação dos fatos em que se funda o pedido. Mas, sofre algumas restrições no que concerne à prova dos fatos, pois cabe às partes fornecer a prova dos fatos alegados, concedendo também ao juiz o poder de ordenar, de ofício, as diligências necessárias à instrução do processo, consoante o art. 130 do Código de Processo Civil.

Não pode o juiz se valer de seu próprio conhecimento privado dos fatos, tampouco de outros que lhe sejam trazidos e não estejam nos autos para pronunciar-se. É a consagração do “*quod non est actis non est in mundo*”. Isso garante a “imparcialidade do órgão judiciário”²⁵, na lição de José Frederico Marques. O juiz deve sempre atender as circunstâncias presentes nos autos. No entanto, não se prende a conferir a exata qualificação jurídica atribuída pelas partes aos fatos e circunstâncias constantes no processo.

Quando a causa versar acerca do interesse público, atribui-se ao juiz o mais amplo poder de indagar a verdade, subsumido no princípio denominado inquisitivo. No entanto, vale lembrar que esta é uma exceção ao princípio que ora é tratado. Quanto aos interesses indisponíveis, José Frederico Marques aduz que “em se tratando de interesse público, cabe ao direito administrativo fixar os deveres e encargos de seus órgãos, de par com as sanções correspondentes, para que dentro do processo dispositivo não se transijam indevidamente com aqueles interesses”.²⁶

²⁵ MARQUES, José Frederico. **Manual...** 1981-1982. p. 383.

²⁶ MARQUES, José Frederico. **Manual...** 1981-1982. p. 384.

2.5.4 Princípio da ampla defesa

A Constituição Federal de 1988 previu o contraditório e a ampla defesa em um único dispositivo, aplicável expressamente aos litigantes, em qualquer processo: judicial ou administrativo e aos acusados em geral, no art. 5º, inc. LV. Ninguém pode ser privado da liberdade ou de seus bens, sem que se lhe seja proporcionada a produção da ampla defesa e, por consequência, esta só poderá se efetivar em sua plenitude com o estabelecimento da participação ativa e contraditória dos sujeitos parciais em todos os atos e termos do processo.

A garantia da ampla defesa compreende o direito de ser informado, a bilateralidade da audiência (contraditoriedade) e o direito à prova legitimamente obtida ou produzida.

No tocante ao direito de ser informado, a tutela judicial de um direito subjetivo material reclama, sempre, a necessidade de informação, consoante as formas traçadas pelas normas processuais, ao titular da antagônica situação, abrangida pela relação jurídica cuja definição é solicitada ao agente do Poder Judiciário – juiz ou tribunal. Esse direito de ser informado do aforamento da ação, de sorte de o acionado conhecer o teor da postulação e poder preparar sua defesa, é concretizado, em um primeiro momento, pela citação válida. E tal é a importância da citação, que se tem, inclusive, como inexistente o processo em que ela não tenha se efetuado de modo regular e válido. No processo civil, efetivando-se a citação válida, há a possibilidade de contraditório: o réu, instado a comparecer e atuar tem o ônus de se defender, podendo, por isso, o processo se desenrolar à sua inteira revelia. Já no processo penal, entende-se indispensável que se dê ao acusado a possibilidade de se defender, mediante a defesa técnica (realizada por advogado) ou a autodefesa. Mas, enquanto a defesa técnica é indispensável, até mesmo pelo acusado, a autodefesa é um direito disponível pelo réu, que pode optar pelo direito ao silêncio, conforme dispõe art. 5º, inc. LXIII da Constituição Federal. É importante ressaltar que a ampla defesa a que alude o texto constitucional é a defesa técnica, precipuamente.

Em relação à bilateralidade da audiência, reclama a garantia da plenitude da defesa que sejam os sujeitos parciais do processo cientificados de todos os atos praticados no desenrolar do procedimento civil ou penal, com a possibilidade de se manifestar no prazo legal ou fixado pelo juiz, sobre a atuação do antagonista. Com efeito, a bilateralidade da audiência, ou contraditoriedade, assenta-se em um importante regramento, qual seja o princípio da justiça, a fim de que haja, o mais perfeito equilíbrio entre as suas respectivas atividades processuais.

Quanto ao direito à prova legitimamente obtida ou produzida, a garantia da plenitude de defesa deve ser complementada pelo direito à prova, mais especificamente, direito à prova lícita, do qual emerge o fundamento prático do contraditório. Considera-se a doutrina contemporânea como a faculdade reconhecida à parte de fazer encartar nos autos do processo todos os elementos da convicção de que dispõe, com a finalidade de demonstrar a verdade dos fatos que embasam suas alegações. Devem ser concedidas a ambas as partes iguais oportunidades de pleitear a produção de provas, descartando-se qualquer disparidade de critérios no deferimento ou indeferimento dessas provas pelo órgão judicial e ensejando-se aos interessados as mesmas possibilidades de participar dos atos probatórios e de se pronunciar sobre os seus resultados.

Nessa linha de raciocínio, o princípio do contraditório é a perfeita combinação entre o princípio da ampla defesa e o da igualdade das partes.

2.5.5 Princípio do contraditório

A garantia do contraditório, nas Constituições anteriores, era expressa apenas para o processo penal. Nesse sentido, a Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, inc. LV, inovou ao trazer em seu texto a garantia do contraditório também de forma expressa para os processos civil e administrativo. Ao se garantir o contraditório no texto

constitucional, optou-se pela proibição do processo inquisitório, próprio de regimes autoritários.

Apesar de constar do rol dos direitos e garantias individuais, o que poderia levar a concluir que é um princípio apenas do indivíduo, o contraditório é garantido também às pessoas jurídicas e mesmo àquelas entidades despersonalizadas. Dessa forma, o contraditório é formalmente assegurado. Contudo, é uma garantia que deve operar também substancialmente.

Segundo José Frederico Marques, o contraditório é a "ciência bilateral dos atos e termos processuais com a possibilidade de contrariá-los".²⁷ Não deve ser confundido com o direito à defesa. A distinção está no tratamento de uma garantia maior: ninguém pode ser julgado sem ser ouvido ou sem ter tido essa possibilidade. Pelo fato de o juiz ter o dever de ouvir ambas as partes, é denominado também de princípio da bilateralidade da audiência. Porém, o princípio não é a simples ouvida da parte, "há de se lhe ensejar oportunidade de rebater as alegações do outro litigante, com argumentos e provas",²⁸ como nota Humberto Theodoro Júnior. Se a parte é ouvida mas não se dá a oportunidade a ela de provar a sua versão, de nada adianta. O contraditório consiste em poder assegurar seus interesses, convencendo o juiz de que a solução da lide lhe deve ser favorável. Sendo o processo bilateral, a lei deve ser aplicada igualmente perante as duas partes.

O objetivo do processo é conduzir o litígio a uma solução que corresponda, com a maior fidelidade possível, à realização do direito material no caso concreto. As partes devem ter oportunidade de expor ao juiz as suas razões antes que ele profira a sua decisão, bem como se defender de forma completa, sem limitações arbitrárias. Nessa linha, o princípio está assegurado substancialmente na medida em que se busca uma

²⁷ MARQUES, José Frederico. **Manual de direito processual civil**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 402.

²⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Princípios gerais do direito processual civil**. Revista de Processo, nº 23, ano VI, 1981. p. 182.

decisão justa, para a qual o contraditório é *conditio sine qua non*. O juiz precisa conhecer os fatos para se convencer da justiça.

O princípio do contraditório no processo civil não impõe que as partes sempre participem efetivamente do processo, e sim, que se dê aos litigantes possibilidade de intervirem, especialmente, para cada qual externar seu pensamento em face das alegações do adversário. Defender-se efetivamente ou permanecer inativo é uma escolha pessoal. Assim, o instituto da revelia é legítimo em face da Constituição, porque o direito à defesa foi ofertado ao revel.

Nas palavras de José Frederico Marques, “com o contraditório, torna-se inviolável o direito do litigante de propugnar, durante o processo, com armas legais, a defesa de seus interesses, a fim de convencer o juiz, com provas e alegações, de que a solução da lide lhe deve ser favorável”.²⁹

Há a bilateralidade na ação, a qual acaba acarretando a bilateralidade também do processo, haja vista que em todo processo, verifica-se, ao menos, a presença de duas partes: o autor e o réu. O juiz, por sua vez, é colocado de forma eqüidistante de ambas as partes, por conta do princípio da imparcialidade.

Cândido Rangel Dinamarco, citando Calamandrei, acrescenta em relação ao contraditório que “já falou a doutrina no processo como jogo, sendo usual apontá-lo como a dinâmica do entrelaço entre uma tese sustentada pelo autor e uma antítese trazida pelo réu, ambas à espera da síntese que virá do juiz”.³⁰ Além disso, entende Dinamarco que para o cumprimento da exigência constitucional do contraditório todos os procedimentos devem conter momentos para que cada uma das partes tenha a possibilidade de pedir, alegar e provar.

Atenta Dinamarco, ainda, que a doutrina vem identificando o contraditório no “binômio informação-reação, com a ressalva de que, embora a primeira seja absolutamente necessária sob pena de ilegitimidade do processo e nulidade de seus atos, a

²⁹ MARQUES, José Frederico. **Manual...** 1981-1982. p. 382.

³⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 126.

segunda é somente possível. Esse é, de certo modo, um culto ao valor da liberdade no processo, podendo a parte optar entre atuar ou omitir-se segundo sua escolha”.³¹

Cabe ao juiz assegurar o exercício do contraditório pelas partes, como imperativo de sua função no processo, reportando-se ao art. 16 do *Nouveau Code de Procédure Civile* francês e ao art. 3º do Código de Processo Civil Português e isso é importante no Direito Brasileiro, porque, segundo Dinamarco, “a globalização da ciência processual foi o canal de comunicação pelo qual uma regra de direito positivo de um país pôde ser guindada à dignidade de componente desse princípio universal, transpondo fronteiras”.³²

O princípio do contraditório é base do devido processo legal, e relaciona-se com os demais princípios do processo. Se o juiz ouve uma parte, não pode deixar de ouvir a outra, por força do princípio da imparcialidade. José Frederico Marques entende que a ampla defesa encaixa-se no princípio do contraditório. Também o contraditório vincula-se diretamente ao princípio da igualdade, pois confere a ambas as partes possibilidades iguais no processo.

O contraditório é uma garantia tanto para os litigantes quanto para a própria jurisdição. Para aqueles está assegurada a efetiva possibilidade de apresentação de suas razões. Para a jurisdição se garante a regularidade dos processos, a imparcialidade do juiz e a justiça. Portanto, o contraditório é primordial para aumentar a seriedade da justiça, possibilitar decisões mais perfeitas e adequadas, conferir certeza à jurisdição. Sendo importante instrumento para a efetividade da democracia, o princípio deve ser difundido para além do limite da função jurisdicional, constituindo um parâmetro para os órgãos constitucionais democráticos. E é por essa sua importância para o processo que foi elevado a princípio constitucional.

³¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos...** p. 127.

³² DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos...** p. 131.

2.5.6 Princípio da publicidade

Pode a publicidade ser entendida como a obrigatoriedade de motivação da sentença e de sua publicação, a presença do público nas audiências, a possibilidade de exame dos autos por qualquer pessoa, a faculdade de intervenção das partes e de seus advogados em todas as partes do processo, bem como o direito à discussão de provas.

O interesse público na prestação jurisdicional se sobrepõe ao interesse privado. A publicidade é, na verdade, um instrumento de fiscalização do povo sobre a obra dos magistrados e dos defensores, constituindo uma garantia de imparcialidade, independência e responsabilidade do juiz. É o princípio que impõe o dever de moralidade e probidade a todos os que participam do processo: partes, membros do Ministério Público, advogados, juízes, auxiliares da justiça.

A publicidade garante a aplicação da justiça. Os atos processuais, em geral, são públicos. Exceção a essa regra consiste nos processos que tramitam em segredo de justiça, quais sejam os que assim exigir o interesse público e os que dizem respeito a casamento, filiação, separação dos cônjuges e conversão desta em divórcio, bem como alimentos, e guarda de menores, conforme ventila o art. 155 do Código de Processo Civil.

2.5.7 Princípio da motivação das decisões

O princípio da motivação das decisões é, assim como o da publicidade, uma forma de controle popular sobre o exercício da função jurisdicional.

Segundo Cândido Dinamarco, no pensamento tradicional, a motivação das decisões judiciais era tão-somente garantia às partes, para que pudesse ocorrer a impugnação para efeito de reforma. Modernamente, tem-se admitido uma função política da motivação das decisões judiciais, “cujos destinatários não são apenas as partes e o juiz

competente para julgar eventual recurso, mas *quisquis de populo*, com a finalidade de aferir-se em concreto a imparcialidade do juiz e a legalidade e justiça das decisões”.³³

Por isso, a Constituição Federal de 1988, inspirada nas constituições belga, italiana e grega, veio adotar em norma expressa (art. 93, inc. IX) o princípio da motivação, o qual já se defluía do § 4º do art. 153 da Constituição de 1969.

Não somente as decisões do juiz, mas também os acórdãos dos Tribunais devem estar sujeitos a esse artigo. A motivação das decisões judiciais faz com que o próprio juiz se submeta aos direitos fundamentais do Estado de Direito. Ao se analisarem os motivos que levaram o juiz a sentenciar de certa forma, pode-se constatar se ele observou o princípio da imparcialidade, por exemplo.

Fundamentar significa que o juiz deve fornecer as razões de fato e as de direito que o convenceram para que proferisse determinada decisão. Essa fundamentação tem um caráter substancial, não meramente formal. Não adianta o juiz querer se basear somente em documentos, por exemplo, se não demonstrar os valores sobre tudo o que lhe é submetido à apreciação. Nelson Nery Júnior cita o seguinte exemplo de motivação: “segundo os documentos e testemunhas ouvidas no processo, o autor tem razão, motivo por que julgo procedente o pedido”.³⁴ Somente com isto um juiz não pode fundamentar sua decisão, porque não explicou por que aquelas provas e testemunhas o convenceram.

A falta de motivação é tão grave no ordenamento jurídico brasileiro que acarreta a nulidade da decisão desmotivada.

2.5.8 Princípio da coisa julgada

A coisa julgada está disposta no art. 5º, inc. XXXVI da Constituição Federal e se caracteriza por uma face formal e outra material.

³³ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel e GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria geral do processo**. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 68

³⁴ NERY JÚNIOR, Nelson. p. 175.

A coisa julgada formal ocorre quando nenhum recurso mais é possível. Decorre, portanto, simplesmente da impossibilidade de interposição de recurso contra sentença ou acórdão, independentemente do julgamento do mérito. Refere-se, pois, unicamente, ao processo em que foi proferida. É conhecida como “preclusão máxima” e dá à sentença um caráter de imutabilidade, encerrando a relação processual. Ao se formar, a coisa julgada formal reveste a sentença de imutabilidade como ato processual.

Por sua vez, a coisa julgada material “é a eficácia, a força, que faz tornar imutável e indiscutível a sentença que não mais está sujeita a qualquer recurso ordinário ou extraordinário”³⁵, segundo Ernane Fidélis Santos. É a concentração da coisa julgada, pois ocorre nessa fase o mais alto grau de imutabilidade. Portanto, a coisa julgada material guarda alguma relação com a formal. Para ocorrer a primeira, necessariamente deve ocorrer a segunda, mas o contrário não é essencialmente válido.

A coisa julgada não é um efeito da sentença, pois não decorre dela. Geralmente, a eficácia da sentença se manifesta anteriormente à coisa julgada, mas somente esta é que impede que outro juiz, em outro processo, reexamine o caso já decidido e profira sentença em sentido diverso da primeira. Ela consiste em uma questão de ordem pública, pois assim a sentença adquire a imutabilidade e a indiscutibilidade. É uma questão de segurança jurídica, sendo dotada das características de obrigatoriedade, perenidade e imperatividade.

2.6 IMPORTÂNCIA DOS PRINCÍPIOS

O sistema jurídico de um país deve ser harmônico em seu conteúdo, em especial no tocante a seus princípios. Nestes estão aglutinadas a orientação e as diretrizes adotadas pelo legislador para a condução da ordem normativa e sistemática do país.

Conforme ensinamento de Moacyr Amaral Santos, “o processo, quer na sua estrutura, quer no seu funcionamento, obedece a um sistema, que não é eleito

³⁵ SANTOS, Ernane Fidélis. p. 485.

exclusivamente por uma questão de política legislativa, mas também por motivos de ordem técnica e científica”.³⁶

Em cada sistema processual, nota-se a preponderância de determinados princípios, os quais se disseminam a todos os demais sistemas processuais. A aplicação desses princípios ocorre de forma mais ou menos intensa, depende do sistema. A principal diferença entre eles é a existência de princípios próprios.

Nessa seara, é relevante a lição de José Joaquim Gomes Canotilho, que nos reporta à concepção e ao entendimento de que “regras e princípios são duas espécies de normas”.³⁷ Os princípios são normas com maior grau de abstração que as regras, são vagos e indeterminados, de natureza estruturante, radicados nas exigências de justiça e, além disso, constituem a base das regras.

Os princípios constitutivos do devido processo legal formam a base do sistema jurídico brasileiro e devem ser respeitados para que se proceda com justiça e legalidade nas questões a serem julgadas. Os princípios são, pois, os alicerces de todo o ordenamento jurídico, sendo indispensáveis ao bom funcionamento do sistema.

3 PROCESSO

3.1 CONCEITO

As lides, em geral, perturbam a paz social e, por esse motivo, reclama-se ao Judiciário o exercício de sua função, qual seja a de restabelecer a ordem jurídica.

Processo, no entendimento de Moacyr Amaral dos Santos, “é uma operação por meio da qual se obtém a composição da lide”.³⁸ É uma operação porque se traduz como

³⁶ SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva 1989-1991, p. 73 e 74.

³⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5 ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 1144.

³⁸ AMARAL, Moacyr Santos. **Primeiras linhas de Direito Processual Civil**. Vol. 1. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 11.

um complexo de atos combinados para que um fim determinado seja atingido. Os atos do processo devem ser coordenados para que a lide seja composta e sempre se destinam à obtenção da atuação da lei. Nessa seara, pode-se dizer que o processo “é um complexo de atos coordenados, tendentes ao exercício da função jurisdicional”.³⁹

Na doutrina de Ernani Fidélis dos Santos,

a caracterização do processo no sentido jurídico só se dá pelas finalidades específicas da jurisdição, ou seja, a solução de litígios, efetivos ou eventuais, a realização de direito já reconhecido e o acautelamento de outros processos. No global, portanto, o processo é o meio pelo qual a jurisdição atua e a tutela jurisdicional é prestada nos seus fins específicos, tal seja o pedido de quem a requer.⁴⁰

Processo contempla a idéia de caminho e a de uma seqüência lógica de atos encadeados. Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari, ao diferenciarem processo e procedimento, fornecem exatamente a noção do conceito de processo:

No plano conceitual, há duas realidades abarcadas na palavra ‘processo’, em seu contexto jurídico: uma realidade maior, o todo, panoramicamente identificado num conjunto, teleologicamente concebido, que parte de uma provocação ou requerimento e, por consequência inelutável, caminha, mediante a prática de atos instrumentais, para a produção do resultado inevitável, qual seja, a decisão; uma realidade atomizada, concretizada no caminho que vai do início ao fim do processo, isto é, exatamente na série de atos, encadeados lógica e juridicamente. A realidade maior se aplica, por tradição na teoria geral do Direito, o nome ‘processo’; à realidade atomizada, que o compõe e, sobretudo, o viabiliza, a teoria geral do Direito após o nome ‘procedimento’ (tema em face do Direito Brasileiro, tão apenas).⁴¹

3.2 OBJETO

A finalidade do processo é a composição da lide. Esta se configura como uma pretensão resistida ou insatisfeita. A pretensão dá origem à lide e, conseqüentemente, ao

³⁹ AMARAL, Moacyr Santos. **Primeiras linhas de Direito Processual Civil**. 1997. p. 13.

⁴⁰ SANTOS, Ernane Fidélis. **Manual de direito processual civil**. vol. 1. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1988-1994. p. 23.

⁴¹ FERRAZ, Sérgio e DALLARI, Adilson Abreu. **Processo administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 32.

processo, o qual ocorre porque alguém deduz uma pretensão em juízo em face de outra pessoa.

O processo é composto pelo objeto material e pelo objeto formal. A pretensão é o objeto material do processo, enquanto o objeto formal do processo é o próprio processo. Segundo Moacyr Amaral dos Santos, o fato do objeto formal do processo ser ele próprio “é uma coisa curiosa, mesmo aparentemente paradoxal, mas a verdade é que o processo atua sobre o próprio processo”.

O processo se auto-regula, pois ao juiz cabe verificar sua regularidade. Verificando irregularidades sanáveis, determina sua correção ou supressão das suas falhas, bem como declara nulo o processo que não pode ser sanado. Isso é decidido antes do próprio julgamento de mérito do processo, ou seja, antes de se reportar à resolução da pretensão do autor em face do réu.

3.3 NATUREZA JURÍDICA

A ação é a provocação da jurisdição e o processo é o instrumento da jurisdição. Além disso, a ação suscita o processo e nele acaba por intervir até que haja a satisfação do dever jurisdicional provocado. Portanto, no processo há atividades do juiz e das partes, as quais são destinadas a um mesmo fim: a prestação jurisdicional.

Nessa seara, entende-se que o processo é uma relação jurídica ou, minimamente, contém uma relação jurídica, por ser um conjunto de direitos e deveres das partes e do juiz que se concretizam em atos sucessivos até a sentença, tendo um fim comum.

Na lição de Moacyr Amaral Santos, “no processo (...) se contém uma relação jurídica, de natureza complexa, compreendendo direitos, deveres e ônus das partes, mais direitos, poderes e deveres do juiz, prescritos pela lei processual. Trata-se, pois, de uma relação jurídica processual, da qual participam o autor, o réu e o juiz”.⁴²

⁴² AMARAL, Moacyr Santos. **Primeiras linhas de Direito Processual Civil**. 1997. p. 275.

Esse é o entendimento da questão também para Ernane Fidélis dos Santos, tendo em vista que o Código de Processo Civil Brasileiro adota a teoria do processo como relação jurídica triangular entre partes e juiz. Mas, para esse autor, o mais importante é compreender que a relação processual é dotada de autonomia plena, não se relacionando à questão de direito material que se discute no processo. Geralmente, as partes são coincidentes nas relações de direito material e de direito processual, mas, ainda nesses casos há a autonomia do processo. Um exemplo de que essa coincidência não é obrigatória é o fato de o Ministério Público ter legitimidade para ingressar como parte em casos de família pobre da vítima ou da própria vítima ser pobre – art. 68 do Código de Processo Penal. Neste caso, sujeito da relação de direito material é a família da vítima ou a própria vítima, enquanto sujeito da relação processual é o Ministério Público.

3.4 PROCESSO E PROCEDIMENTO NAS SEARAS JURISDICIONAL E ADMINISTRATIVA

A terminologia “processo jurisdicional” já é consagrada em nosso ordenamento jurídico. A discussão doutrinária, no entanto, é extremamente farta no tocante ao “processo administrativo”. Discute-se se o melhor seria a expressão “processo administrativo” ou “procedimento administrativo”.

No sentido processual, expõe Ernane Fidélis dos Santos que a movimentação do processo não se confunde com ele próprio, pois a movimentação traduz a idéia de forma, tramitação, rito e se denomina “procedimento”. Portanto, processo e procedimento não se confundem, pois “o primeiro é soma de atos que tem fim determinado, não importando a marcha que toma para atingi-lo e o segundo é o modo pelo qual o processo se forma e se movimenta, para atingir o respectivo fim”.⁴³

⁴³ SANTOS, Ernane Fidélis. **Manual de direito processual civil**. 1997. p. 25.

Romeu Felipe Bacellar Filho entende que o procedimento é o requisito essencial da atividade do Estado, configurando-se como a explicitação da competência e faz considerações acerca da seara administrativa:

Quando à competência adiciona-se a colaboração de sujeitos e contraditório, o procedimento expressa-se como processo. O processo administrativo é forma de ‘exteriorização da função administrativa’ qualificado pela participação dos interessados em contraditório, imposto diante da circunstância de se tratar de procedimentos celebrados em preparação a algum provimento, capaz de interferir na esfera jurídica das pessoas.⁴⁴

Além disso, como também defende Romeu Felipe Bacellar Filho, a própria Constituição Federal, em seu art. 5º, inc. LV,

junge o conceito de processo administrativo a litigantes e acusados, sob a égide do contraditório e da ampla defesa com todos os meios e recursos inerentes. [...] quando a Constituição Federal de 1988 adota a expressão ‘processo administrativo’, a escolha vai além de preferência terminológica. Comporta o reconhecimento expresso da exigência do regime jurídico processual nas atividades administrativas delimitadas pela Carta Magna.⁴⁵

Sobrevive, no entanto, uma corrente minoritária, mas valiosa que abraçou a concepção de procedimento administrativo, utilizando o vocábulo processo para o judicial e procedimento para o administrativo. Celso Antonio Bandeira de Mello adotou o vocábulo procedimento, mas alertou que “estava a fazê-lo tão apenas por ser essa a tradição do nosso direito administrativo, não negando, entretanto, o acerto do título ‘processo administrativo’ para a categoria de que estamos a cogitar”.⁴⁶

O processo é o caminhar para frente, portanto, pode-se falar em processo legislativo, judicial e executivo, como faz a Constituição. Entende Lúcia Valle Figueiredo que o termo procedimento deve ser reservado às formalidades que precedem os atos administrativos, à necessidade administrativa de praticar determinados atos anteriormente

⁴⁴ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. p. 33.

⁴⁵ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. p. 34-35.

⁴⁶ FERRAZ, Sérgio e DALLARI, Adilson Abreu. p. 33.

ao ato final: “procedimento, consoante se nos afigura, é o caminho a ser percorrido pela Administração a fim de cumprir determinadas formalidades seqüenciais para chegar ao ato final”.⁴⁷

José Cretella Júnior acrescenta que o termo “processo” tem filiação tradicional, enquanto o “procedimento” tem sua formação muito mais recente. Para ele, “processo é o todo, procedimento as diferentes operações que integram esse todo”.⁴⁸ Processo, seria, em sentido amplo, o conjunto ordenado de atos que se desenvolvem, progressiva e dinamicamente, com objetivo determinado, desde seu momento inicial até o final. Seria, portanto, um conjunto sistemático de procedimento.

O procedimento, no entanto, é um instrumento indispensável para o exercício de uma função administrativa. Todo ato final feito pela Administração Pública sempre é precedido de uma série de atos materiais ou jurídicos (estudos, pareceres, informações, laudos), como por exemplo, a execução de uma obra, a edição de um regulamento. Di Pietro ensina que “o procedimento é o conjunto de formalidades que devem ser observadas para a prática de certos atos administrativos; equivale a rito, a forma de proceder; o procedimento se desenvolve dentro de um processo administrativo”.⁴⁹

Celso Antônio Bandeira de Mello expõe o conceito de processo administrativo, concluindo que se pode continuar a utilizar o termo procedimento por uma questão de tradição:

procedimento administrativo ou processo administrativo é uma sucessão itinerária e encadeada de atos administrativos que tendem, todos, a um resultado final e conclusivo. Isto significa que para existir o procedimento ou processo cumpre que haja uma seqüência de atos conectados entre si, isto é, armados em uma ordenada sucessão visando a um ato derradeiro, em vista do qual se compôs esta cadeia, sem prejuízo, entretanto, de que cada

⁴⁷ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Estado...** p. 15.

⁴⁸ CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 439.

⁴⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 13 ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 494.

um dos atos integrados neste todo conserve sua identidade funcional própria, que autoriza a neles reconhecer o que os autores qualificam como uma autonomia relativa.⁵⁰

Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari embasam a escolha da expressão “processo administrativo” em três critérios: lógico, normativo e ideológico. Segundo o critério lógico, o Direito não é fruto de geração espontânea, mas de uma realidade social. Nessa seara, pode-se afirmar que palavras usadas na linguagem usual com um significado podem ser utilizadas pelo Direito com outro, mas dentro do próprio Direito, não se pode conceituar realidade análoga com outra expressão, tampouco mudar o conteúdo semântico amplamente aceito. “Por esse primeiro imperativo, de lógica formal, permitimo-nos ter por equivocado usar o título ‘procedimento administrativo’ para nominar, a um só tempo, o processo e o procedimento (em senso estrito) administrativos”.⁵¹ No tocante ao critério normativo, pode-se citar a Constituição Federal, em seu art. 5º, inc. LV que batiza a categoria como “processo administrativo”. Finalmente, em relação ao critério ideológico, cita-se que os administrativistas sempre se queixaram da ausência de um processo administrativo que associasse configurações, inspirações, princípios e segurança próprios do processo judicial. No entanto, o constituinte de 1988 ouviu tais apelos e criou o processo administrativo com a mesma índole e alcance do judicial. “Como amesquinhar essa notável redefinição, de índole substantiva, na apertada síntese de uma expressão de índole estritamente instrumental e adjetiva, como é próprio da expressão procedimento administrativo?”⁵²

3.5 PROCESSO COMO INSTRUMENTO PRIVATIVO DO JUDICIÁRIO OU EXTENSIVO À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

⁵⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 432.

⁵¹ FERRAZ, Sérgio e DALLARI, Adilson Abreu. p. 34.

⁵² FERRAZ, Sérgio e DALLARI, Adilson Abreu. p. 35.

O processo, em sua origem etimológica, tem o sentido de marchar para frente, avançar, progredir, desenvolver. Maria Sylvia Zanella di Pietro, citando José Frederico Marques, diz que processo seria “um fenômeno em desenvolvimento”.⁵³ Nesse sentido, pode-se considerar de forma ampla a existência de processo em todos os poderes do Estado: Judiciário, Executivo e Legislativo, cada um para a consecução de seus próprios fins. A própria Constituição Federal estabelece as regras fundamentais de competência e forma, institui órgãos, define atribuições e prerrogativas, impõe obrigações de cada um desses processos estatais, os quais estão sujeitos a princípios próprios e adequados para a função que exercem. Porém, di Pietro afirma que “todos eles obedecem, pelo menos, aos princípios da competência, da formalidade, da predominância do interesse público sobre o particular, o que permite falar na existência de uma teoria geral do processo”.⁵⁴

Pelo processo legislativo, o Estado elabora a lei e mediante os processos judicial e administrativo a aplica. Portanto, deve-se distinguir esses processos, pois em cada um deles o Estado aplica a lei de uma determinada forma.

O processo judicial se instaura mediante provocação da parte interessada, que é titular de uma lide com outra parte (o réu), necessitando da intervenção de uma terceira pessoa representante do Estado (o juiz), o qual deve sempre atuar de forma imparcial. Portanto, desenvolve-se uma relação trilateral, entre autor, réu e juiz. O processo administrativo, por sua vez, pode ser instaurado mediante provocação do interessado ou iniciativa da própria Administração, neste caso deve haver um evento justificador de sua atuação. A Administração decide, não como um terceiro ente, mas como parte que atua em seu próprio interesse e nos limites da lei. Portanto, alguns autores preferem a denominação “interessados”, não “partes”. A denominação “partes”, no entanto, pode ser utilizada, haja vista que parte é quem propõe ou contra quem se propõe uma pretensão. Do mesmo entendimento compartilha José Cretella Júnior.

⁵³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. 2001. p. 494.

⁵⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. 2001. p. 494

Nesse sentido, pelo fato da Administração ser parte interessada, decorre o fato do processo administrativo não ser oneroso, contrariamente ao processo judicial, no qual o vencido é responsável pelo pagamento de despesas, tais como custas e honorários advocatícios de sucumbência, conforme art. 20 do Código de Processo Civil. Pela mesma razão, não pode a Administração proferir decisões com força de coisa julgada, pois “ninguém pode ser juiz e parte ao mesmo tempo ou ninguém pode ser juiz em causa própria”⁵⁵, na preciosa observação de Maria Sylvia Zanella di Pietro.

4 PROCESSO ADMINISTRATIVO E O DEVIDO PROCESSO LEGAL

4.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS

Rafael Munhoz de Mello, citando Egon Bockmann Moreira, afirma que “o princípio do devido processo legal significa que a liberdade e os bens dos cidadãos não podem sofrer qualquer alvitamento ou ataque ‘sem processo, que deverá ser adequadamente desenvolvido, tal como predefinido em lei’. Há, portanto, três aspectos do princípio – ‘devido’, ‘processo’, ‘legal’ – que podem ser analisados em separado”.⁵⁶

A palavra “processo” se refere ao fato de que todo ato contrário à liberdade e a bens particulares deve sempre ser precedido de um processo, para que os interessados exerçam suas garantias processuais. Deve, ainda, o processo ser instaurado pela própria Administração Pública, de modo que seja anterior ao ato final que atinja patrimônio dos particulares.

Quanto ao termo “devido”, refere-se à adequação da atuação da Administração Pública no processo administrativo, assegurando ao administrado um Estado Democrático de Direito, em que a isonomia e a segurança jurídica devem ser sempre respeitadas.

⁵⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. 2001. p. 494.

⁵⁶ MELLO, Rafael Munhoz. p. 154.

No tocante à palavra “legal”, cabe dizer que não tem a função de definir o princípio em foco. Não submete os dois primeiros termos analisados, pois não se pode conceber como legítima a supressão de liberdades e bens do particular somente pelo fato de estar prevista em lei.

Finalmente, Egon Bockmann Moreira acrescenta que não há necessidade de existir um determinado processo positivado para que os administrados pleiteiem a defesa de seus direitos frente à Administração, pois em caso de não haver processo positivado, devem ser aplicadas de forma extensiva e analógica as leis processuais já em vigor.

Odete Medauar, citada por Romeu Felipe Bacellar Filho, aduz a elevação do processo administrativo na seara constitucional como garantia, haja vista que se destina “a tutelar direitos, porque representa meio para que sejam preservados, reconhecidos ou cumpridos direitos dos indivíduos na atuação administrativa”.⁵⁷

Para Romeu Felipe Bacellar Filho, “a acolhida do devido processo legal administrativo assegura o contraponto para o cidadão frente ao poder da Administração de autotutela do interesse público”.⁵⁸ Os poderes da Administração em agir, mas sempre limitada pelos princípios do contraditório e da ampla defesa, acabam acarretando legitimação, racionalização, imparcialidade e equilíbrio a ela mesma.

4.2 DEVIDO PROCESSO LEGAL E A LEI N.º 9.784/99

Os princípios inseridos no devido processo legal, segundo Cândido Rangel Dinamarco, mencionado por Rafael Munhoz de Mello, “podem ser reduzidos ao binômio informação-reação: a parte deve ser informada da existência do processo, bem como dos atos praticados em seu curso; a informação permite à parte reagir, ao menos

⁵⁷ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. p. 45.

⁵⁸ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. p. 52.

potencialmente, defendendo-se, apresentado alegações e produzindo provas”.⁵⁹ Tal binômio se clarifica no art. 3º da lei n.º 9.784/99.

A lei n.º 9.784/99, por sua vez, privilegiou os princípios da ampla defesa e do contraditório, assim como se pode constatar pela mera leitura do *caput* de seu art. 2º.

O processo administrativo contém procedimentos. O processo é o caminhar para frente, portanto, pode-se falar em processo legislativo, judicial e executivo, bem como faz a Constituição. Entende Lúcia Valle Figueiredo que o termo procedimento deve ser reservado às formalidades que precedem os atos administrativos, à necessidade administrativa de praticar determinados atos anteriormente ao ato final: “procedimento, consoante se nos afigura, é o caminho a ser percorrido pela Administração a fim de cumprir determinadas formalidades seqüenciais para chegar ao ato final”.⁶⁰

A aplicação do devido processo legal é cabal quando haja litigância, conforme dispõe o próprio texto constitucional, em seu art. 5º, inc. LV, “aos litigantes em processo administrativo ou judicial, e aos acusados em geral”.

A legislação acerca do processo administrativo é escassa e tardia e basicamente se resume à Constituição Federal de 1988 e à Lei n.º 9.784/99, em âmbito federal. No entanto, mesmo falha, a Lei n.º 9.784/99 privilegiou de maneira absoluta o princípio do devido processo legal, estando em consonância com o Texto Maior Brasileiro.

No Brasil, basicamente duas leis tratam do processo administrativo, quais sejam a lei 9.784/99, em âmbito federal, e a lei 10.177/98, no estado de São Paulo. A lei federal disciplina o conjunto sistêmico e sistematizado de atos que vislumbram a solução de uma controvérsia administrativa, sendo a lei geral do processo administrativo federal, bem como a lei subsidiária para suprir eventuais lacunas de leis especiais federais relativas a processo administrativo. Já a lei paulista abrange não só essa idéia da lei federal, como também a de todo e qualquer conjunto de medidas preparatórias à produção de um ato

⁵⁹ MELLO, Rafael Munhoz. p. 157.

⁶⁰ FIGUEIREDO. Lúcia Valle. **Estado ...** p. 15.

administrativo. Reserva à primeira categoria, de concepção processualista, a denominação “procedimento administrativo” e à segunda o rótulo de “ato administrativo”.

5 PARALELO ENTRE PROCESSO JUDICIAL E PROCESSO ADMINISTRATIVO

5.1 DIREITO DE AÇÃO

O direito da ação, na lição de Cândido Dinamarco, “indica a atribuição à parte da iniciativa de provocar o exercício da função jurisdicional. (...) denomina-se ação o direito (ou poder) de ativar os órgãos jurisdicionais, visando à satisfação de uma pretensão”.⁶¹

O processo judicial se configura por haver uma lide resistida entre duas partes, quais sejam o “autor” e o “réu”. Há, ainda, uma terceira pessoa, que representa o Estado e sempre deve agir de forma imparcial no conflito entre essas partes: o juiz. Dessa forma, triangulariza-se a relação processual. Já o processo administrativo tem uma estrutura diferente, pois não há um juiz, mas um órgão da Administração Pública responsável pelo julgamento da questão, o que pode parecer um pouco contraditório, pois a própria Administração é parte e julgadora da demanda. Atua, pois, em seu próprio interesse, sempre respeitados os limites da lei. Exatamente por esse motivo, há autores que preferem a denominação “interessados” em detrimento de “partes” na seara administrativa, pois defendem que partes somente existem no processo judicial. No entanto, pode-se utilizar o termo “partes”, no entendimento de que “parte” é quem propõe ou contra quem se propõe uma dada pretensão.

Pelo motivo notório da Administração ser parte e julgadora de uma questão é que se faculta ao administrado recorrer ao próprio Poder Judiciário. Pode, ainda, iniciar um

⁶¹ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel e GRINOVER, Ada Pellegrini. p. 57.

procedimento na Administração Pública e depois recorrer ao processo judicial. Não há, também por esse motivo, coisa julgada na esfera administrativa.

O direito de ação é garantido a todos tanto no processo judicial quanto no processo administrativo, desde que as condições da ação sejam atendidas: possibilidade jurídica do pedido, legitimidade das partes e interesse processual.

5.2 PRINCÍPIO DISPOSITIVO

É também conhecido como princípio da iniciativa das partes. No processo judicial, a parte que pretende solucionar uma controvérsia, deve invocar sua pretensão perante o Judiciário, haja vista que esse poder, por si só, é inerte. Uma consideração deve ser feita nesse ponto: uma vez provocado o órgão jurisdicional e instaurada a relação processual, deve o juiz impulsionar o processo de ofício, ou seja “mover o procedimento fase em fase, até exaurir a função jurisdicional”.⁶²

No processo administrativo, por sua vez, a iniciativa não depende estritamente do interesse da parte. Pode a Administração Pública provocar sua própria atuação em um processo administrativo, desde que haja interesse ou, ainda, ser provocada por meio do interessado. É essa uma diferença fundamental em relação ao princípio dispositivo nas esferas administrativa e judicial.

Também a Administração tem o dever de impulsionar o processo para a consecução de seus fins, assim como dito em relação ao processo judicial.

No tocante à forma, o processo judicial segue a máxima da liberdade de forma, somente sendo exigida em casos determinados em lei. No processo administrativo, pode haver uma simplificação, mas somente em relação à sua exteriorização, desde que o processo administrativo tramite unicamente para concretizar fins da própria Administração, a qual fica obrigada, no entanto, a reter a memória das circunstâncias e

⁶² CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel e GRINOVER, Ada Pellegrini. p. 66 e 67.

das formas não exteriorizadas. Quando o processo administrativo envolver, mesmo que de forma indireta, interesse do administrado, inadmissível qualquer sacrifício ao princípio da instrumentalidade das formas.

Adilson Abreu Dallari e Sérgio Ferraz advertem que “cabe jamais esquecer: o processo administrativo aberto, visível, participativo, é instrumento seguro de prevenção à arbitrariedade. Dele não se pode abrir mão, minimamente que seja. Se bem é certo que a função administrativa não se perfaz somente pela via do processo administrativo, inequívoco que essa é a via majoritária”.⁶³

5.3 PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA

A ampla defesa está prevista no art. 5º, inc. LV, da Constituição Federal, juntamente com o contraditório, informando a teoria geral do processo e se insere no rol dos direitos fundamentais dos indivíduos.

Odete Medauar esclarece que o vocábulo defesa:

significa a contestação ou o rebate, em favor de si próprio, ante condutas, fatos, argumentos, interpretações que possam acarretar prejuízos físicos, materiais ou morais [...]. Os termos ‘direito de defesa’, ‘garantia de defesa’ configuram expressão sintética do preceito segundo o qual ninguém pode ser condenado sem ser ouvido, freqüentemente citado em latim, pela força ritual de que assim se reveste: *inauditus nemo damnari potest*.⁶⁴

Bertoncini discorre que “o devido processo legal há de ser compreendido em sua dupla acepção: substancial (*substantive due process*) e processual (*procedural due process*). No direito administrativo [...] o sentido substantivo do princípio do devido processo legal está baseado no princípio da legalidade, enquanto o devido processo legal

⁶³ FERRAZ, Sérgio e DALLARI, Adilson Abreu. p. 24.

⁶⁴ MEDAUAR, Odete. **A processualidade no direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 111.

formal consubstancia-se na idéia de garantias processuais”.⁶⁵ Ou seja, o aspecto substantivo se refere ao princípio da legalidade, princípio este que “nasceu juntamente com o Estado de Direito e constitui uma das principais garantias de respeito aos direitos individuais”⁶⁶, segundo Maria Sylvia Zanella di Pietro. A vontade da Administração Pública decorre de lei, pois só se pode fazer o que a lei lhe permite, diferentemente do que ocorre nas relações entre particulares, em que o princípio reinante é o da autonomia da vontade, pois aos particulares se permite fazer tudo o que a lei não proíbe. Na seara processual, deve sempre haver o devido processo legal formal, com as garantias inseridas no processo judicial. O devido processo legal material não pode ser formado e constituído em sede administrativa, pois deve tal prerrogativa ser exclusiva do Judiciário.

A ampla defesa e o contraditório não têm incidência sobre todos os procedimentos administrativos, aplicando-se essencialmente nos procedimentos de que possam resultar sanção e nos procedimentos litigiosos, conforme estipulado na Constituição, em detrimento do processo judicial, no qual as partes têm direito de defesa sob pena de nulidade do processo.

Nessa seara se insere o problema da defesa técnica. No processo civil, pode o processo tramitar à inteira revelia do réu simplesmente pelo fato dele não se defender, consistindo a defesa, portanto, em um ônus ao réu do processo civil. No tocante ao processo penal, entende-se indispensável que ao acusado se ofereça também a possibilidade de se defender das acusações que o atingem. Mas, nesse caso, a defesa técnica é indispensável, não pode nem mesmo o acusado dispensá-la, pois se não constituir advogado livremente, nomear-se-á a ele um defensor dativo. Na seara administrativa, pode a parte se dirigir à Administração sem advogado. Todavia, em processos sancionatórios e disciplinares, tal defesa é obrigatória.

⁶⁵ BERTONCINI, Mateus Eduardo Siqueira Nunes. **Principiologia de direito administrativo**. Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre no Curso de Pós- Graduação em Direito, Área de Concentração em Direito do Estado, Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2001. p. 177.

⁶⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia. **Direito Administrativo**. 16 ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 67.

O art. 3º, inc. IV da lei n.º 9.784/99 trata da defesa técnica, a qual é realizada por profissional habilitado para exercer a defesa processual ou do mérito, em nome do constituinte. O art. 2º, § único, inc. X do mesmo diploma legal assegura a ampla defesa expressamente.

5.4 PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO

É um princípio de larga incidência, previsto constitucionalmente no art. 5º, inc. LV da Constituição Federal, além de encontrar guarida nos arts. 3º, incs. II, III e IV e 46 da lei n.º 9.784/99. Bertoncini ventila acerca desse princípio que “ao lado do princípio da ampla defesa, compõe as bases sobre as quais se fundamenta o princípio do devido processo legal, que é considerado por dois prismas (material e formal), além de ultrapassar as fronteiras do direito administrativo, para integrar o rol de princípios essenciais do Estado de Direito”.⁶⁷

Esse princípio é decorrência do próprio direito de defesa e da bilateralidade do processo. Nas palavras de Maria Sylvia Zanella di Pietro, “ele supõe o conhecimento dos atos processuais pelo acusado e o seu direito de resposta ou de reação. Exige: 1. notificação dos atos processuais à parte interessada; 2. possibilidade de exame das provas constantes do processo; 3. direito de assistir à inquirição de testemunhas; 4. direito de apresentar defesa escrita”.⁶⁸ Ou seja, como consequência dos princípios da ampla defesa e do contraditório insere-se a necessidade de citação, da intimação ou da notificação do interessado.

Na lição de Odete Medauar, a noção de contraditório nasceu no processo jurisdicional, mas foi admitida também na esfera administrativa, na qual modificou concepções relativas “à supremacia do Estado, à existência de um só juízo sobre o

⁶⁷ BERTONCINI, Mateus Eduardo Siqueira Nunes. p. 178.

⁶⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. 2001. p. 502.

interesse público, à posição do administrado como súdito, servil e submisso, à predominância absoluta da autotutela”.⁶⁹

A contraditoriedade no processo administrativo pode ocorrer entre particular e Administração, servidor e Administração, dois ou mais particulares contrapostos ante a Administração (casos de concurso público, licitação), dois ou mais servidores contrapostos ante a Administração (processos de acesso ou promoção em carreiras funcionais).

Para a autora supracitada, o contraditório traz três desdobramentos em especial, quais sejam:

a regra da informação geral significa o direito, atribuído aos sujeitos e à própria Administração, de obter conhecimento adequado dos fatos que estão na base da formação do processo, e de todos os demais fatos, dados, documentos e provas que vierem à luz no curso do processo [...]; a ouvida dos sujeitos ou audiência das partes, que se mescla com facilidade aos desdobramentos da ampla defesa, consiste, em essência, na possibilidade de manifestar o próprio ponto de vista sobre fatos, documentos, interpretações e argumentos, apresentados pela Administração e por outros sujeitos [...] e a oportunidade de reagir a informação seria vã, se não existisse fórmula de verificar se a autoridade administrativa efetivamente tomou ciência e sopesou as manifestações dos sujeitos.⁷⁰

5.5 PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE

Segundo Diogo de Figueiredo Moreira Neto,

o Direito é, por definição, um sistema de normas de conduta social gerais, abstratas e previamente conhecidas, o que está a indicar que a publicidade é um requisito lógico e, por extensão e do mesmo modo, para a execução de ofício do Direito pelo Estado, visando à produção de quaisquer outros atos, abstratos ou concretos, uma vez que só por ela se poderá ter ciência, se tais atos obedeceram ao que em abstrato para ele se prescreveu e submetê-los a controle.⁷¹

⁶⁹ MEDAUAR, Odete. p. 97.

⁷⁰ MEDAUAR, Odete. p. 104, 106-107.

⁷¹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 82.

Nesse entendimento, o princípio da publicidade pode ser entendido como o mais importante princípio instrumental, em especial no Direito Público e no Administrativo, pois “será pela transparência de seus atos, ou, como mais adequadamente pode ser expressado, por sua visibilidade, que se tornará possível constatar a sua conformidade ou desconformidade com a ordem jurídica e, em conseqüência, serem exercidas as várias modalidades de controle nela previstos”.⁷²

No sentir da Administração Pública, deve ela, Administração, manter transparência plena em seu comportamento. No entender de Celso Antônio Bandeira de Mello, “não pode haver em um Estado Democrático de Direito, no qual o poder reside no povo, ocultamento aos administrados dos assuntos que a todos interessam e muito menos em relação aos sujeitos individualmente afetados por alguma medida”.⁷³

Impede a existência de processos secretos, conforme dispõe o art. 37 da Constituição Federal. As exceções a tal artigo também são constitucionais, como se depreende do art. 5º em seu inc. LX, além de poder ser o segredo determinado mediante decisão motivada da Administração Pública. Podem ser citados os arts. 2º, inc. V; 3º, inc. II e 46 da lei n.º 9.784/99 como ilustradores desse princípio.

Maria Sylvia Zanella di Pietro informa que o princípio da publicidade é um princípio processual. A atividade da Administração é pública, portanto, devem estar os processos abertos a amplo acesso dos interessados:

esse direito de acesso ao processo administrativo é mais amplo do que o de acesso ao processo judicial; neste, em regra, apenas as partes e seus defensores podem exercer o direito; naquele, qualquer pessoa é titular desse direito, desde que tenha algum interesse atingido por ato constante do processo ou que atue na defesa do interesse coletivo ou geral, no exercício do direito à informação [...].⁷⁴

⁷² MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. p. 82.

⁷³ MELLO, Celso Antonio Bandeira. **Elementos de direito administrativo**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 1992. p. 61.

⁷⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. 2001. p. 498.

E isso pode ser explicado até mesmo pelo interesse envolvido em cada um desses ramos do Direito: em geral, o processo judicial trata de relações entre os particulares ou entre particulares e o poder público, as quais têm interesse somente entre as partes, enquanto no processo administrativo o interesse envolvido é essencialmente público.

5.6 PRINCÍPIO DA COISA JULGADA

A coisa julgada é um instituto decorrente de decisões judiciais transitadas em julgado, para as quais não há mais recursos possíveis. A coisa julgada formal decorre da impossibilidade de interposição de recurso contra sentença ou acórdão, enquanto a coisa julgada material torna imutável a decisão.

A principal diferença entre a coisa julgada formal e a material é que a primeira consiste na imutabilidade da sentença dentro de um processo, enquanto a segunda é a imutabilidade de todos os efeitos da sentença que transitou em julgado.

A coisa julgada é a resolução da lide pelo Judiciário, ou seja, é o pronunciamento final do julgador sobre um caso concreto.

É muito importante destacar que coisa julgada somente ocorre no Judiciário. As decisões proferidas pela Administração Pública não são dotadas de tal característica, pois pode o particular, insatisfeito com a determinação administrativa, buscar a tutela jurisdicional ou, ainda, sequer precisa aguardar o término da decisão em sede administrativa para invocar tal tutela. Conforme ensinamentos de Átila J. Gonzales e Ernomar Octaviano, “é de se observar que, nas interposições judiciais, não é necessária a exaustão da via administrativa para que o servidor ingresse em juízo, na defesa de um seu direito presumidamente ofendido. O detentor de um direito poderá exercê-lo como bem lhe aprouver, seja pela via administrativa ou diretamente pela judiciária, consoante o seu desejo ou interesse”.⁷⁵

⁷⁵ GONZALES, Átila J. e OCTAVIANO, Ernomar. **Sindicância e Processo Administrativo**. 6 ed. São Paulo: Editora Universitária de Direito Ltda. (EUD), 1994. p. 172.

Tal afirmação se depreende da própria Constituição Federal, ao dispor em seu art. 5º, inc. XXXV, que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de lesão”. Esse direito é assegurado, portanto, constitucionalmente e Maria Sylvia Zanella di Pietro afirma que se aplica “ainda que a mesma (lesão ou ameaça de lesão) decorra de ato da Administração”.⁷⁶ Além disso, a Constituição ainda prevê “outros remédios específicos contra a ilegalidade administrativa, como a ação popular, o *habeas corpus*, o *habeas data*, o mandado de segurança e o mandado de injunção; tudo isto sem falar no controle pelo Legislativo, diretamente ou com auxílio do Tribunal de Contas, e no controle pela própria Administração”.⁷⁷

5.7 PRINCÍPIO DA MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES

Motivar, no sentir de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, “é enunciar expressamente, portanto explícita ou implicitamente, as razões de fato e de direito que autorizam ou determinam a prática de um ato jurídico”.⁷⁸

Assim como o princípio da publicidade, o princípio da motivação das decisões é instrumental e conseqüente do devido processo legal, tendo necessária aplicação às decisões administrativas e judiciárias (decisão entendida como ato administrativo ou judiciário cujo comando solucione um litígio).

Para Rafael Munhoz de Mello, especificamente no Direito Administrativo, esse princípio “impõe aos agentes administrativos o dever de fundamentar seus atos, indicando os pressupostos legais e de fato que justificaram o exercício da competência”.⁷⁹ A Constituição Federal determina tal princípio em seu art. 93, inc. X.

⁷⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia. **Direito Administrativo**. 2001. p. 68.

⁷⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia. **Direito Administrativo**. 2001. p. 68.

⁷⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. p. 89.

⁷⁹ MELLO, Rafael Munhoz. p. 162.

Mateus Eduardo Siqueira Nunes Bertoncini entende “que a motivação é princípio geral, aplicando-se a uma série de atos administrativos, decorram ou não de processos administrativos”.⁸⁰

Deve a Administração, pois, assim como o Poder Judiciário justificar seus atos, dando-lhes o fundamento de direito e de fato, bem como a correlação lógica entre os eventos e situações que ocorreram e motivaram a providência tomada.

Tal motivação deve ser prévia ou contemporânea à expedição do ato em si. Conforme expõe Celso Antônio Bandeira de Mello,

É que o princípio da motivação é reclamado, quer como afirmação do direito político dos cidadãos ao esclarecimento do ‘por quê’ das ações de quem gere negócios que lhe dizem respeito por serem titulares últimos do poder, quer como direito individual a não se assujeitarem a decisões arbitrárias, pois só têm que se conformar às que forem ajustadas às leis.⁸¹

Portanto, atos praticados sem motivação suficiente são ilegítimos e invalidáveis pelo Poder Judiciário.

⁸⁰ BERTONCINI, Mateus Eduardo Siqueira Nunes. p. 168-169.

⁸¹ MELLO, Celso Antonio Bandeira. **Elementos...** p. 59.

6 CONCLUSÃO

É importante salientar, nessas considerações finais, que a Constituição Federal inovou ao prever, em seu corpo normativo, o princípio do devido processo legal, nas esferas judicial e administrativa. Tal opção foi de suma importância para a consolidação de um Estado Democrático de Direito no Brasil.

Os direitos das pessoas e dos administrados devem sempre ser garantidos frente às prerrogativas concedidas ao Estado e, em especial, à Administração Pública. Na sempre preciosa lição de Lúcia Valle Figueiredo, “a aplicação do devido processo legal, em seu sentido substantivo, será o meio inesgotável para a garantia dos direitos individuais, coletivos e difusos”.⁸²

Portanto, o devido processo legal tem a missão de atuar contra o despotismo e o arbítrio do Estado, assegurando, com auxílio dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade das leis, o respeito aos direitos e liberdades individuais.

O princípio do devido processo da lei, para Diogo de Figueiredo Moreira Neto, “veio a se tornar pedra angular dos sistemas jurídicos anglo-saxônicos, e, por construção jurisprudencial, neles se expandiu conceptualmente para incluir a preservação substantiva das liberdades e direitos fundamentais, nela entendida a substância justa dos direitos, no sentido de que esse conceito, de devido processo da lei, não agasalharia atos públicos irrealistas ou irrazoáveis”.

Portanto, este trabalho se fixou na idéia da importância do devido processo legal, mas não somente na seara judiciária, mas também na administrativa, pois a Constituição expressamente dispõe acerca desses processos. A concretização desse princípio é também a concretização do Estado Democrático de Direito.

O processo civil já está inserido no contexto social, haja vista o número de obras relevantes escritas por doutrinadores de saber admirável a esse respeito. Não se pode deixar que o processo administrativo fique relegado a um segundo plano nesse contexto.

⁸² FIGUEIREDO. Lúcia Valle. *Estado ...* p. 18.

É preciso que nossos doutrinadores também se esforcem, apesar da pouca legislação a respeito, e façam o belo estudo traçado no processo civil também em relação ao processo administrativo.

Portanto, acredito que a comparação entre esses processos seja válida para despertar um senso crítico e analisar cada um dos princípios constitucionais do processo tanto em relação ao processo judicial quanto à luz do processo administrativo.

7 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Moacyr Santos. **Primeiras linhas de Direito Processual Civil**. São Paulo: Saraiva, 1974.

AMARAL, Moacyr Santos. **Primeiras linhas de Direito Processual Civil**. vol. 1. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Princípios constitucionais do processo administrativo disciplinar aplicados ao regime dos servidores públicos civis**. Tese apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de doutor em direito do Estado, do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 1997.

BERTONCINI, Mateus Eduardo Siqueira Nunes. **Principiologia de direito administrativo**. Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre no Curso de Pós- Graduação em Direito, Área de Concentração em Direito do Estado, Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5 ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel e GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria geral do processo**. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 13 ed. São Paulo: Atlas, 2001.

DI PIETRO, Maria Sylvia. **Direito Administrativo**. 16 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. São Paulo: Malheiros, 2001.

FERRAZ, Sérgio e DALLARI, Adilson Abreu. **Processo administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2001.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Estado de direito e devido processo legal**. Revista de direito administrativo. vol. 1. Rio de Janeiro: Renovar, 1991.

FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. **A prova no processo administrativo**. Publicação do Conselho de Pesquisas da Universidade Federal do Paraná. Curitiba: Imprensa da Universidade Federal do Paraná, 1971.

GONZALES, Átila J. e OCTAVIANO, Ernomar. **Sindicância e Processo Administrativo**. 6 ed. São Paulo: Editora Universitária de Direito Ltda. (EUD), 1994.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Devido processo legal e o procedimento administrativo. **Revista dos Tribunais – Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, São Paulo, n. 22, ano 6, p. 118-128, jan./mar. 1998.

LEVENHAGEN, Antônio José de Souza. **Manual de direito processual civil**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 1978.

MARQUES, José Frederico. **Manual de direito processual civil**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

MARQUES, José Frederico. **Manual de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 1981-1982.

MARQUES, José Frederico. **Manual de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 1974.

MARQUES, José Frederico. **Instituições de direito processual civil**. vol. 1. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1971.

MEDAUAR, Odete. **A processualidade no direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MELLO, Celso Antonio Bandeira. **Elementos de direito administrativo**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

MELLO, Rafael Munhoz. Processo Administrativo, Devido Processo Legal e a Lei n.º 9.784/99. **Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Curitiba, n. 11, p. 147-169, jan./fev./mar. 2003.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial.** Rio de Janeiro: Forense, 2003.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal.** 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1997.

SANTOS, Ernane Fidélis. **Manual de direito processual civil.** vol. 1. São Paulo: Saraiva, 1985.

SANTOS, Ernane Fidélis. **Manual de direito processual civil.** vol. 1. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1988-1994.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil.** São Paulo: Saraiva, 1989-1991.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Princípios gerais do direito processual civil.** Revista de Processo, nº 23, ano VI, 1981.