

UNIVERSIDADE DE ITAÚNA

Faculdade de Direito

Programa de Pós-Graduação

Renato Braga Bicalho

**O PROCESSO CONSTITUCIONAL ADMINISTRATIVO COMO
GARANTIA DA EFETIVIDADE DO DIREITO FUNDAMENTAL AO
ACESSO À JUSTIÇA ADMINISTRATIVA**

Itaúna

2016

Renato Braga Bicalho

**O PROCESSO CONSTITUCIONAL ADMINISTRATIVO COMO
GARANTIA DA EFETIVIDADE DO DIREITO FUNDAMENTAL AO
ACESSO À JUSTIÇA ADMINISTRATIVA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Itaúna como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de concentração: Proteção dos Direitos Fundamentais.

Linha de pesquisa: Direito Processual Coletivo e Efetividade dos Direitos Fundamentais.

Orientador: Prof. Dr. Eloy Pereira Lemos Júnior.

Itaúna

2016

B583p Bicalho, Renato Braga.

O processo constitucional administrativo como garantia da efetividade do direito fundamental ao acesso à justiça administrativa / Renato Braga Bicalho. -- Itaúna, MG: 2016.

87 f.; 30 cm
Bibliografias: f. 81-87.

Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito em Proteção dos Direitos Fundamentais. Universidade de Itaúna



Universidade de Itaúna

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

MESTRADO EM PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Reconhecido pela Portaria do Ministério da Educação nº 1324/2012 (DOU de 09/11/2012, Seção 1, Pag.10)

“O PROCESSO CONSTITUCIONAL ADMINISTRATIVO COMO GARANTIA DA EFETIVIDADE DO DIREITO FUNDAMENTAL AO ACESSO À JUSTIÇA ADMINISTRATIVA”

Dissertação de Mestrado apresentada por **Renato Braga Bicalho**, do Mestrado em Proteção dos Direitos Fundamentais, em 16 de dezembro de 2016, ao Mestrado em Direito- Área De Concentração: Proteção Dos Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna - MG, e aprovada pela Banca Examinadora constituída pelos professores:

Prof. Dr. Eloy Pereira Lemos Júnior

Orientador

Prof. Dr. Deilton Ribeiro Brasil

Universidade de Itaúna

Prof. Dr. Eício Nacur Rezende

ESDHC/MG

A Deus, pela vida, saúde, discernimento e pela oportunidade de cursar o ensino superior *stricto sensu*.

Aos meus pais, por estarem sempre presentes e incentivando os meus passos.

A Alice, que veio para colorir a minha vida.

AGRADECIMENTOS

Como cristão, nunca posso deixar de expressar a minha fé e agradecimento a Deus, fonte de orientação, persistência e certeza de que o melhor caminho está reservado e de que o esforço e dedicação são obrigações nossas, para cumprir seus mandamentos.

Aos meus pais, Fábio e Maria, que mesmo nunca tendo a oportunidade de cursar o ensino superior sempre se preocuparam e se esforçaram para que seus filhos tivessem um caminho diferente, incentivando, de todas as formas, para que pudessem avançar na vida por meio dos estudos, trabalho, honestidade e fé em Deus.

Aos meus irmãos Wesley e João Paulo, que sempre apoiaram e incentivaram o meu caminhar, com a confiança da reciprocidade.

A minha filha, Alice, que mesmo no auge dos seus nove meses tem me ensinado o quanto é importante e bela a vida, pela simplicidade, pelo carisma e pela felicidade, e que Deus permita que eu possa passar os valores que recebi dos meus pais.

Agradeço à professora Doutora Edilene Lôbo, com quem tive a oportunidade de reencontrar-me no curso de Mestrado da Universidade de Itaúna e que foi minha professora na graduação na Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, quando aprendi a apreciá-la pela sabedoria e dedicação à docência. Com o estreitamento do nosso contato, devido ao curso de Mestrado, pude ter o privilégio e o prazer de conviver academicamente com ela, que demonstrou, a cada momento, ser um exemplo de ser humano, por sua qualidade acadêmica, seriedade no trato com os alunos, no exercício da docência e também pela sua retidão ética e profissional. Muito obrigado, Professora Doutora Edilene Lobo, pelo incentivo, pela colaboração intelectual, pelos vários livros emprestados, por ser parte importante na minha formação acadêmica!

Ao Professor Eloy pelas orientações ao trabalho, que muito contribuíram no meu caminhar.

Aos demais professores do Curso de Mestrado, na pessoa do Coordenador Carlos Alberto Simões de Tomaz que, com sabedoria e seriedade, vem conduzindo o curso de Mestrado da Universidade de Itaúna com maestria, certamente conduzindo o curso para ser um dos melhores do país.

Aos funcionários da Universidade de Itaúna que com muita simpatia e trabalho auxiliam os discentes no dia a dia.

Enfim, agradeço a todos que de alguma forma contribuíram para a concretização desse meu sonho.

Obrigado a todos.

“O grande problema do nosso sistema democrático é que permite fazer coisas nada democráticas democraticamente.”

(SARAMAGO, 2003)

RESUMO

O presente estudo busca compreender a função atribuída ao processo administrativo no Estado Democrático de Direito, sob os ditames da Constituição Federal de 1988, como um mecanismo de efetividade do direito fundamental ao acesso à justiça por esse tipo, sem ter a pretensão de afastar as funções constitucionais do Poder Judiciário, mas de garantir àqueles que desejam alcançar a solução definitiva do conflito dentro dessa espécie de via, o exercício das garantias constitucionais. Para tanto, foram abordados os parâmetros adotados pelo Estado Democrático de Direito no Brasil, com o objetivo de verificar qual a importância do processo administrativo, como mecanismo de solução de conflito, tendo por base, principalmente, o que preceitua os incisos LIV, LV e LXXVIII, do artigo 5º. Tem-se, com isso, um aspecto inovador na pesquisa, ao buscar o estudo do exercício das garantias constitucionais aplicadas ao processo administrativo como forma de solução de litígios de forma definitiva. Para alcançar as finalidades colimadas na investigação científica proposta, optou-se por uma pesquisa teórica, desenvolvida através do método dedutivo, a partir de pesquisas de obras já publicadas, por meio da análise de bibliografia e documentos, tais como legislação, periódico, literaturas estrangeiras e decisões judiciais que versam sobre a temática delimitada na presente pesquisa, com ênfase no direito constitucional, no direito administrativo e no direito processual. Ao final conclui-se acerca da necessidade de assegurar ao processo administrativo as mesmas garantias do processo judicial, eis que o texto da Constituição Federal de 1988 é claro ao certificar o devido processo legal, a ampla defesa, o contraditório e a razoável duração do processo aos litigantes dos processos administrativo e judicial, o que permite alcançar uma isonomia Constitucional entre ambos, enquanto meios de assegurar a solução de um determinado litígio por meio de uma processualidade previamente estabelecida. Desse modo o exercício da jurisdição é a técnica Constitucional para se buscar a solução definitiva de conflitos perante a Administração Pública, que ganha maior relevância diante do seu objeto de discussão. Verificou-se, ainda, que a legislação brasileira tem evoluído nesse sentido, haja vista a inovação trazida pelo artigo 15 do atual Código de Processo Civil, bem como o artigo 33, da Lei nº 13.140/2015, que sinalizam mudanças na cultura de concentração do Judiciário como o único solucionador de conflitos.

Palavras-Chave: Processo Administrativo; Justiça Administrativa, Direito Fundamental; Processualidade.

RESUMEN

Este estudio busca entender la función atribuida al proceso administrativo en el Estado Democrático de Derecho, bajo los dictámenes de la Constitución Federal de 1988, con un mecanismo de efectividad del derecho fundamental al acceso a la justicia en el proceso administrativo, sin tener la intención de dejar de lado las funciones constitucionales del Poder Judicial, pero asegurar aquellos que deseen alcanzar la solución definitiva del conflicto dentro del proceso administrativo, el ejercicio de las garantías constitucionales. Por lo tanto, fueron abordados los parámetros adoptados por el Estado Democrático de Derecho en Brasil, con el objetivo de verificar cual es la importancia del proceso administrativo como mecanismo de solución del conflicto, teniendo como base principal lo que prescriben los artículos LIV, LV y LXXVIII, del artículo 5°. Con eso se tiene un aspecto innovador en la investigación, al buscar el estudio para ejercer las garantías Constitucionales aplicadas al proceso administrativo como forma de solución de litigios de forma definitiva, sin dejar de lado el pleno e irrestricto acceso al Proceso Judicial. Para alcanzar los fines colimados en la investigación científica propuesta, se optó por una investigación teórica desenvuelta a través del método deductivo, a partir de investigaciones de obras ya publicadas por medio de análisis biográficos y documentos, tales como legislación, periódico, literaturas extranjeras y decisiones judiciales que versan sobre la actual investigación, con énfasis en el derecho constitucional, en el derecho administrativo, en el derecho procesal. Al final se llegó a la conclusión acerca de la necesidad de asegurar al proceso administrativo las mismas garantías del proceso judicial. El texto de la Constitución Federal de 1988 es claro al asegurar el debido proceso legal, la amplia defensa, el contradictorio y razonable duración del proceso al los litigantes de los procesos administrativos y judicial, lo que permite alcanzar una igualdad Constitucional entre ambos con respecto a la forma de asegurar la solución de un determinado litigio por medio de una procesualidad previamente establecida. Por lo tanto el ejercicio de la jurisdicción a través del proceso administrativo es el medio Constitucional para buscar la solución definitiva de conflictos en el proceso administrativo, el cual gana mayor relevancia ante su objetivo de discusión, por tratar de derecho colectivo a ser protegido. Se verificó que la legislación brasileña ha evolucionado en ese sentido, teniendo en cuenta la innovación traída por el artículo 15 del actual Código de Proceso Civil, bien como el artículo 33, de la Ley nº 13.140/2015, que señala cambios en la cultura de concentración Judicial como el único solucionador de conflictos.

Palabras claves: Proceso Administrativo; Justicia Administrativa, Derecho Fundamental; Procesualidad.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO E A PROCESSUALIDADE AMPLA	15
1.1 Constitucionalização do direito	16
1.2. Constitucionalização do direito administrativo	24
1.3. A processualidade no direito administrativo.....	27
1.4 Processo e procedimento administrativo	29
2 O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E A FUNÇÃO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO.....	34
3 JURISDIÇÃO ADMINISTRATIVA COMO EXERCÍCIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL ADMINISTRATIVO.....	48
4 O ACESSO À JUSTIÇA ADMINISTRATIVA COMO GARANTIA FUNDAMENTAL.....	57
4.1 O acesso à justiça administrativa no Brasil.....	59
4.2 Viés de direito difuso no processo administrativo	68
4.3 Nova visão na solução dos conflitos.....	70
4.4 O Julgador Administrativo	71
5 A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS PELO PROCESSO ADMINISTRATIVO: CELERIDADE PROCESSUAL.....	73
6 CONCLUSÃO	78
REFERÊNCIAS	81

INTRODUÇÃO

Partindo da análise da primeira Constituição brasileira de 1891 viu-se um sistema jurídico modelado para que as soluções dos conflitos ocorressem, quase que exclusivamente pelo Poder Judiciário, não oportunizando espaço para outras formas ou técnicas.

A essa função estatal exercida pelo Poder Judiciário¹ deu-se o nome de jurisdição, expressão que vem do latim *ius* (direito) e *dicere* (dizer). Trata-se de uma função exclusiva do Estado, pela qual este atua na composição dos conflitos de interesses, com o objetivo de resguardar a paz social e o império do direito.

Desde a primeira Constituição do Brasil aplica-se, no cenário jurídico brasileiro, o princípio da universalidade da jurisdição, o princípio da garantia jurisdicional ou sistema da jurisdição única. Como consequência, aceitou-se, por muito tempo, que a função jurisdicional era exclusiva do Poder Judiciário, não sendo aceito o seu exercício da jurisdição pelos órgãos do Poder Administrativo².

Nesse contexto, a jurisdição é tratada como monopólio estatal exercido apenas pelo Poder Judiciário, com a função de buscar a pacificação dos conflitos.

Antes disso, uma das primeiras ideias de processo foi desenvolvida pelo jurista alemão Bülow³, na segunda metade do século XIX, o qual demonstrou a natureza jurídica como relação autônoma e distinta da relação privada.

¹ A concepção de Poder Judiciário utilizada no trabalho foi empregada como uma das espécies das funções do Estado, definido por Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias: “Tais funções para Agesta, sob o rigor técnico, poderiam ser consideradas quatro: 1ª) – a proposição ou iniciativa das normas jurídicas (governo); 2ª) – a deliberação e aprovação das normas jurídicas (legislação) 3ª) a execução e aplicação dessas normas (administração); 4ª) o julgamento ou aplicação contenciosa do direito para restabelecer a paz jurídica (justiça). Todavia, ressalva referido publicista que se constata tendência geral da doutrina para simplificar o quadro dessas funções, reduzindo-as somente a três: 1ª) – a executiva, compreendendo o governo e a administração; 2ª) a legislativa; 3ª) – a judicial. Os fundamentos dessa simplificação estariam assentados em que são atribuídas tais funções, como competência próprias, a três órgãos específicos, que formam a base estrutural do Estado moderno, quais sejam, o governo, como órgão diretivo e cabeça da administração, as assembleias (Câmaras ou Parlamentos), como órgãos deliberativos da legislação, e os juízes e tribunais, como órgãos da função jurisdicional” (Dias, 2015, p. 16).

O autor completa dizendo que deve “ser compreendida como atividades do Estado que traduzem manifestações específicas do exercício do poder político, ou seja, um complexo ordenado de atos que o Estado desenvolve, por meio de seus órgãos e agentes, visando à realização das tarefas e incumbências que lhe cabem, impostas pela Constituição e pelas leis editadas, componentes do ordenamento jurídico” (Dias, 2015, p. 16-17)

² XAVIER, Alberto. **Princípios do Processo Administrativo e Judicial Tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 23 - 25.

³ Oskar Von Bülow afirma que “O processo é uma relação jurídica que avança gradualmente e que se desenvolve passo a passo. Enquanto as relações jurídicas provadas que constituem a matéria do debate judicial, apresentam-se como totalmente concluídas, a relação jurídica processual se encontra em embrião. Esta se prepara por meio de atos particulares. Somente se aperfeiçoa com a litiscontestação, o contrato de direito público, pelo qual, de um lado, o tribunal assume a obrigação concreta de decidir e realizar o direito deduzido

Outra contribuição importante foi do italiano Chiovenda⁴, na primeira metade do século XX, ao discorrer sobre o conceito de ação como direito potestativo, a jurisdição como atividade de substituição da ação do particular pelo Juiz imparcial e o processo como relação jurídica.

Após esse período, muitas outras propostas depois, Fazzalari traz o conceito de processo como procedimento em contraditório, tratando o como um instituto jurídico, realizada entre as partes envolvidas.

Aroldo Plínio Gonçalves⁵ agregando aos ensinamentos de Fazzalari, expõe a necessidade de considerar o processo como um procedimento em contraditório, respeitando os princípios constitucionais como da ampla defesa, do devido processo legal e o contraditório, dentre outros.

Todo esse contexto da evolução do estudo do Direito Processual se concentrou no entorno do processo judicial, por uma razão direta, a classificação dos tipos fundamentais de processos tem relação com a questão das funções do Estado⁶. Como nesse período, até a segunda metade do século XX, cabia quase que exclusivamente ao Poder Judiciário a solução dos conflitos sociais, não existia espaço para a construção de uma jurisdição administrativa concretizada por meio de um processo administrativo, fundado na procedimentalidade e processualidade de um órgão julgador do Poder Executivo.

Somente nos anos de 1950, processualistas e administrativistas visualizaram a possibilidade de aceitar o processo ligado ao exercício do poder estatal executivo, considerando o processo como um aspecto dinâmico de um fenômeno que vai se concretizando no tempo, com a possibilidade de seu exercício na função executiva e legislativa⁷.

Com essa nova construção, a processualidade passa a ser vista como algo possível de ser realizada fora dos limites da atuação do Poder Judiciário, e a ter um caráter mais expansivo. A processualidade ampla é vista como um mecanismo de garantia do exercício do

em juízo e de outro lado, as partes ficam obrigadas, para isto, a prestar uma colaboração indispensável e a submeter-se aos resultados desta atividade comum. Esta atividade ulterior decorre também de uma série de atos separados, independentes e resultantes uns dos outros. A relação jurídica processual está em constante movimento e transformação.” (BÜLOW, Oskar Von. **Teoria das exceções e dos pressupostos processuais**. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2003, p. 06-07).

⁴ CHIOVENDA, José. **Derecho Procesal Civil**. Madrid: Editorial Reus S.A, 1922.

⁵ GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**, AIDE Editora. Rio de Janeiro. 2001.

⁶ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Processo Constitucional**. Forense: Rio de Janeiro, 1984, p. 118.

⁷ MEDAUR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 8. ed. rev. e atual. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2004, p. 191-192.

Poder Estatal, mediante um procedimento previamente definido de obediência obrigatória que, após o seu desencadeamento, terá como resultado final o ato administrativo.

Essa valorização da processualidade administrativa brasileiro ganha maiores contornos com a promulgação da Constituição Federal de 1988.

A breve contextualização aqui realizada com um posterior aprofundamento no texto constitucional brasileiro vai ao encontro da temática proposta no presente trabalho, que é a de compreender o processo constitucional administrativo como garantia da efetividade do direito fundamental ao acesso à justiça administrativa. Mostra-se relevante a partir da concepção da demonstração da viabilidade de solução de conflito, em definitivo, na esfera administrativa, que poderá acontecer de forma mais rápida, barata e juridicamente segura para o interessado no exercício do direito fundamental ao devido processo legal.

Não se busca uma construção para afastar a atuação do Poder Judiciário, muito pelo contrário, procura-se as prerrogativas do processo administrativo amparadas pelas garantias do Estado Democrático de Direito, para que o administrado não fique adstrito apenas ao Poder Judiciário como forma de solução de conflito, mas consiga exercer a garantia fundamental ao acesso à justiça por meio do processo administrativo.

Esse estudo propõe compreender a função do processo administrativo dentro do Estado Democrático de Direito como garantidor de direitos fundamentais, tais como a ampla defesa, o contraditório e o devido processo legal, tendo em vista que suas prerrogativas constitucionais não são utilizadas apropriadamente dentro das prerrogativas Constitucionais, diante da possibilidade do acesso ao sistema de garantias de direitos a ser realizado por jurisdição independente do Poder Judiciário.

Essa análise se faz importante diante da necessidade do exercício das garantias ao processo administrativo advindo do texto Constitucional, bem como pelo retrato de ineficiência apresentada pelo Poder Judiciário nas soluções rápidas dos conflitos, e, sobretudo, diante do excessivo volume de conflitos que são levados continuamente ao Poder Judiciário. A título de exemplo, apenas em 2014, foram ofertados 7.883.371 novos casos de litígios ao Poder Judiciário⁸ na primeira instância, o que dificulta o respeito a direitos e garantias fundamentais como o descrito no inciso LXXVIII, artigo 5º, da Constituição Federal de 1988.⁹

⁸ BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA - CNJ JUSTIÇA EM NÚMEROS 2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/pj-justica-em-numeros>>. Acesso em: 15 out. 2016.

⁹ “Art.5º, inciso LXXVIII – a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.” (BRASIL. Constituição da República

O tema proposto decorre da necessidade de investigar a real função do processo administrativo, de base científica trazida pela atual Constituição brasileira, que igualou, em nível de importância na forma de solução de conflitos, frente aos direitos e garantias fundamentais descritos em seu artigo 5º, o processo administrativo e o processo judicial.

Nesses termos, é imperioso investigar a existência de técnica processual capaz de possibilitar a ativação do processo administrativo nos exatos preceitos atribuídos pela Constituição Federal vigente, como forma de garantir ao administrado o direito fundamental à jurisdição nos moldes definidos pelo Estado Democrático de Direito, assim elencado no artigo 1º da Constituição Federal de 1988.

Desta feita, o presente trabalho se propõe a estabelecer contornos teóricos relativos ao processo administrativo constitucional, garantia de acesso a técnica processual que conduz à efetivação dos direitos fundamentais.

O trabalho apresenta um aspecto inovador ao propor um estudo sistemático e organizado do processo administrativo como direito e garantia fundamental do administrado. Apresenta também um aspecto de utilidade, eis que o processo administrativo empregado com as garantias Constitucionais atribuídas a ele, poderá ser um eficaz mecanismo de desafogar o sobrecarregado Poder Judiciário. Espera-se que o assunto em voga desperte também o interesse científico, para complementação e aperfeiçoamento por parte dos estudiosos da ciência jurídica.

Como o objetivo anotado, optou-se pela pesquisa teórica, utilizando-se o método dedutivo, a partir de material já publicado, consubstanciado em livros, periódicos, jurisprudência, literatura pátria e estrangeira, com ênfase no Direito Constitucional, Direito Processual e Direito Administrativo. A investigação foi realizada em um plano geral e abstrato, com a pretensão de que os resultados alcançados possam ser utilizados em casos específicos.

A pesquisa foi realizada pela vertente jurídico-dogmática, tendo como referencial teórico os incisos LIV, LV e LXXVIII, do artigo 5º, da Constituição Federal de 1988, consubstanciados no devido processo legal administrativo, no contraditório, na ampla defesa e na razoável duração do processo, tendo em vista que, ao elencar tais direitos e garantias aos litigantes, o Estado brasileiro reconhece a essencialidade do processo administrativo, devendo os aplicadores, intérpretes e juristas, portanto, dar-lhe a mesma importância que ao processo judicial, como forma de solução de conflitos.

O problema consiste em saber a real função do processo administrativo no Estado Democrático de Direito brasileiro, como técnica de solução de conflitos e a franquia do acesso à jurisdição. Busca investigar quais são os caminhos constitucionais para se chegar a uma decisão administrativa nos moldes garantidos pela Constituição de 1988.

Para o desenvolvimento desse trabalho foram estruturados cinco capítulos. No primeiro será abordada a constitucionalização do direito e a processualidade ampla, com um viés de fundamentar a importância da Constituição no direito, sobretudo na condução do processo administrativo.

A seguir, no segundo capítulo, serão abordados o Estado Democrático de Direito e a função no processo administrativo, com o interesse de verificar a evolução da matéria nas várias fases do direito.

No terceiro capítulo será abordada a jurisdição administrativa como exercício do devido processo legal administrativo, na busca de demonstrar a visão de uma jurisdição além da função judicial, respeitando o direito fundamental ao devido processo legal.

O quarto capítulo discorrerá sobre o acesso à justiça administrativa como direito fundamental, haja vista que o acesso à justiça é uma garantia comum, independentemente do ambiente em que se apresenta, revelando-se Direito coletivo a ser protegido.

No último capítulo, será analisado a eficácia dos direitos fundamentais pelo processo administrativo, como mecanismo de garantia de maior acesso a solução de conflitos e as novas perspectivas legislativas sobre o tema. Trata-se de tópico para verificar a inovação e utilidade da presente proposta.

1 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO E A PROCESSUALIDADE AMPLA

A expressão constitucionalização do direito está relacionada ao efeito expansionista das normas Constitucionais. Ela irradia os valores do Estado, os fins públicos e os comportamentos do particular, os quais só terão validade se apresentarem consonância com as normas Constitucionais, em um nítido sentido de condicionante das condutas e normas infraconstitucionais¹⁰.

¹⁰ BARROSO, Luiz Roberto. A Constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum. 2012, p. 32.

É uma influência realizada nas funções exercidas pelo Estado, seja na executiva, legislativa e judiciária, e ainda nas ações dos particulares, estando todos subordinados ao texto Constitucional. Para Barroso a função relativa

(...) ao *Legislativo*, a constitucionalização (i) limita sua discricionariedade ou liberdade de conformação na elaboração das leis em geral e (ii) impõe-lhe determinados deveres de atuação para realização de direitos e programas constitucionais. No tocante à *Administração Pública*, além de igualmente (i) limitar-lhe a discricionariedade e (ii) impor a ela deveres de atuação, ainda (iii) fornece elemento de validade para a prática de atos de aplicação direta e imediata da Constituição, independente da interposição do legislador ordinário. Quanto ao *Poder Judiciário*, (i) serve de parâmetro para o controle de constitucionalidade por ele desempenhado (incidental e por ação direta), bem como (ii) condiciona a interpretação de todas as normas do sistema. Por fim, para os *particulares*, estabelece limitações à autonomia da vontade, em domínio como a liberdade de contratar ou o uso da propriedade privada, subordinando-a a valores constitucionais e ao respeito a direitos fundamentais.¹¹

Para o presente trabalho será abordado, com maior destaque, o aspecto relacionado a função administrativa, sobretudo a sua atuação jurisdicional. No entanto, antes de adentrar ao ponto central, é necessário compreender um pouco melhor a constitucionalização do direito e o atual estágio do ordenamento jurídico brasileiro.

1.1 Constitucionalização do direito

Boa parte da literatura defende que a expressão constitucionalização do direito não se trata de uma simples retórica ou um mero elemento de discurso político¹². Refere-se a um elemento de extrema importância que subordina as condutas e normas infraconstitucionais ao texto Constitucional. É dizer que a função da Constituição não se esgota em si, irradiando influência além do seu texto.

A constitucionalização do direito é um olhar mais à frente, é interpretar todas as ações à luz da Constituição, é uma subordinação atrelada a uma garantia na norma máxima do Estado. Barroso, ensina que este fenômeno é também conhecido como “filtragem constitucional”, tendo em vista que toda a ordem jurídica deve ser lida e apreendida sob a

¹¹ Idem. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro, exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 6.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012b.

¹² JUSTEN FILHO, Marçal **Curso de direito administrativo**. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos tribunais, 2014.

lente da Constituição, “de modo a realizar os valores nela consagrados”.¹³ O autor completa dizendo que a principal função da constitucionalização do direito não é a mera cópia do texto constitucional em normas infraconstitucionais, “mas, sobretudo, a reinterpretação de seus institutos sob uma ótica constitucional”.¹⁴

Moreira Neto destaca que a constitucionalização do direito ultrapassou o aspecto meramente formal, ressaltando a importante influência sofrida pelo Direito Administrativo, trazendo, para tanto, cinco aspectos para a sua caracterização:

Com efeito, a ordem jurídica tem no seu topo a *Constituição*, não apenas em sentido *formal*, mas também como a sua *fundamental referência material*, de modo que no *Direito Administrativo*, neste sentido, se *constitucionalizou*, como todo o Direito interno dos Estados, passando a apresentar auspiciosas características de uma transformação tão significativa, que já se a tem, por isso, denominada de *neoconstitucionalismo*, compreendendo os seguintes aspectos: 1 – a *supremacia dos direitos fundamentais constitucionais*; 2 – a *força preceptiva das normas constitucionais*, sejam elas regras ou princípios; 3 – a *sobreinterpretação* da Constituição, para dela deduzir princípios implícitos; 4 – a *universalidade aplicada* da Constituição, ou seja, a possibilidade de aplicação direta sobre todas as relações jurídicas, seja de que ramo forem; e 5 – a *orientação ética da Constituição*, com o rigoroso respeito dos valores implícitos nos direitos fundamentais e no seu *ethos* democraticamente legitimado.¹⁵

O doutrinador italiano Guastini, em obra publicada no México, entende que a constitucionalização do direito é um processo de transformação de um ordenamento jurídico de forma que “al término del cual, el ordenamiento em cuestión resulta totalmente ‘impregnado’ por las normas constitucionales.”¹⁶

Esse ensina que um ordenamento jurídico constitucionalizado se “caracteriza por una Constitución extremadamente invasora, entrometida, capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos así como las relaciones sociales”¹⁷.

Buscando tratar o assunto com maior rigor, Guastini traça uma lista com sete condicionantes mínimas para que um ordenamento jurídico possa ser considerado constitucionalizado, sendo eles:

¹³ BARROSO, Luiz Roberto. **A Constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo**. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 43.

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**: parte introdutória, parte geral e parte especial. 16.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro : Forense, 2014.

¹⁶ GUASTINI, Riccardo. **Estudios de teoría constitucional**. Doctrina Jurídica Contemporânea. México: Distribuciones Fontamara, S.A., 2001, p. 153).

¹⁷ *Ibidem*, p. 153.

Una constitución rígida, La garantía jurisdiccional de la Constitución, La fuerza vinculante de la Constitución, La sobreinterpretación de la Constitución, La aplicación directa de las normas constitucionales, La interpretación conforme de las leyes e La influencia de la Constitución las relaciones políticas.¹⁸

No Brasil, a influência da Constituição no ordenamento jurídico ganhou maior relevância e estudo com a promulgação da Constituição brasileira de 1988, a qual trouxe uma nova diretriz de comportamento do Estado, pautada, sobretudo, na participação ativa dos cidadãos na coisa pública, na legalidade e processualidade, exigindo, para tanto, uma mudança no olhar nos institutos jurídicos existentes antes de 1988, recepcionados, nesse novo viés, pela nova Constituição.

Barroso destaca que nos Estados de democratização mais tardia, tais como Portugal, Espanha e Brasil, a constitucionalização do direito é um processo novo, porém, muito intenso, como ocorrido em outros países mais maduros constitucionalmente, tais como Alemanha e Itália. Todos eles passaram pelo mesmo movimento, com a passagem da Constituição para o centro do sistema jurídico.¹⁹

O autor destaca que, após a promulgação do atual texto constitucional brasileiro, “a Constituição passou a desfrutar já não apenas da supremacia formal que sempre teve, mas também de uma supremacia material, axiológica, potencializada pela abertura do sistema jurídico e pela normatividade de seus princípios”.²⁰

Após 1988, o sistema jurídico brasileiro passa, definitivamente, a ser centrado nos preceitos constitucionais, não apenas formalmente, mas também materialmente, com influência nas três funções próprias do Estado, judiciária, legislativa e executiva, esse último também chamado de administrativo.

Essa realidade brasileira fica mais perceptível se analisada sob os sete elementos ofertados pelo doutrinador italiano Guastini²¹, anteriormente mencionados, para saber a presença da constitucionalidade em um sistema jurídico.

O primeiro ponto de análise é a existência de uma constituição rígida. A rigidez constitucional está na forma de como ela pode ser alterada²², decorre da maior complexidade

¹⁸ Ibidem, p. 155-163.

¹⁹ BARROSO, Luiz Roberto. A Constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum. 2012, p. 41.

²⁰ BARROSO, Luiz Roberto. A Constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum. 2012, p. 42.

²¹ GUASTINI, Riccardo. **Estudios de teoría constitucional**. Doctrina Jurídica Contemporânea. México: Distribuciones Fontamara, S.A., 2001, p. 153.

em modificar o texto constitucional diante das demais normas jurídicas da ordenação estatal²³. A rigidez constitucional significa que ela está no vértice do sistema jurídico do país, ao qual confere validade, e que todas as funções estatais são legítimas na medida em que ela os reconheça e na proporção por ela distribuídos²⁴.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 60, traz as regras para se realizar as reformas no texto constitucional, também chamadas de emendas à Constituição.

No Brasil para propor uma emenda à Constituição é necessário no mínimo um terço dos membros da Câmara dos deputados ou senadores, ou então ser proposta pelo Presidente de República, ou por mais da metade das Assembleias Legislativas das Unidades da Federação.

Por outro lado, a iniciativa de um projeto de lei complementar, por exemplo, não exige o respectivo quórum, podendo ser iniciado por qualquer membro das respectivas casas legislativas e até mesmo pelo cidadão por meio da iniciativa popular de leis, além dos demais legitimados descritos no artigo 61 da Constituição Federal.

Para a aprovação de uma emenda à Constituição deverá, obrigatoriamente, ser discutida e votada em dois turnos em cada casa legislativa, com quórum de pelo menos três quintos dos votos dos respectivos membros.

²² José Afonso da Silva explica que “As constituições brasileiras usaram os termos *reforma*, *emenda*, *revisão* e até *modificação* constitucional. A questão terminológica nessa matéria começa pela necessidade de fazer distinção entre *mudança constitucional* e *reforma constitucional*. A primeira consiste num *processo não formal de mudança* das constituições rígidas, por via da tradição, dos costumes, de alterações empíricas e sociológicas, pela interpretação judicial e pelo ordenamento de estatutos que afetem a estrutura orgânica do Estado. A segunda é o processo formal de mudança das constituições rígidas, por meio de atuação de certos órgãos, mediante determinadas formalidades, estabelecidas na próprias constituições para o exercício do poder reformador. Como Pinto Ferreira e Meirelles Teixeira, entendemos que a expressão *reforma*, genérica, abrange a *emenda* e a *revisão*, com significações distintas. A reforma é qualquer alteração do texto constitucional, é o caso genérico, de que são subtipos a emenda e a revisão. A emenda é a modificação de certos pontos, cuja a estabilidade o legislador constituinte não considerou tão grande como outros mais valiosos, se bem que submetida a obstáculos e formalidades mais difíceis que os exigidos para a alteração das leis ordinárias. Já a revisão seria uma alteração anexável, exigindo formalidade e processos mais lentos e dificultados que a emenda, a fim de garantir uma suprema estabilidade do texto constitucional. Na Constituição Federal de 1934 e, em certo sentido, na de 1946 essa distinção terminológica era particularmente expressiva. Houve proposta no mesmo sentido para a Constituição vigente, mas não vingou. A Constituição manteve, como princípio permanente, a técnica da constituição revogada, mencionando apenas as *emendas*, agora como único sistema de mudança formal da Constituição, já que a revisão constitucional, prevista no art. 3º. do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, já se realizou, não sendo mais possível outra revisão nos termos ali previstos, simplesmente porque, como norma transitória, foi aplicada, esgotando-se em definitivo. Portanto qualquer mudança formal na Constituição só deve se feita legitimamente com base no seu art. 60, ou seja, pelo procedimento das emendas como os limites dali decorrentes. (SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 61.).

²³ Ibidem, p. 45

²⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

Já para as leis complementares basta apenas a maioria absoluta dos membros das respectivas casas legislativas.

Diante dessa comparação é inquestionável que a Constituição brasileira vigente preocupou-se em preservar o texto constitucional, criando uma maior rigidez para que aconteça alguma modificação em seu texto, sendo necessária uma maior representatividade legislativa²⁵. Busca-se, com essas diretrizes, maior segurança e estabilidade constitucionais no ordenamento jurídico brasileiro.

Outro ponto abordado pelo autor italiano diz respeito à jurisdição Constitucional²⁶. O termo jurisdição Constitucional, que será melhor tratada *a posteriori*, refere-se à interpretação da Constituição por órgãos do Poder Judiciário²⁷. No Brasil, essa competência é exercida por todos os juízes e tribunais, estando o Supremo Tribunal Federal no topo do sistema²⁸. A atual Constituição brasileira manteve o sistema de controle de constitucionalidade misto, permitindo o controle direto e o sistema difuso, originário do sistema americano²⁹. A Constituição de 1988 inovou nesse mecanismo de controle ao ampliar os legitimados ativos (art. 103), ao criar o mecanismo de controle por omissão (art. 103, §2º), a recriação da ação direta de constitucionalidade na esfera estadual (art. 125, §2º), a previsão de uma defesa contra o descumprimento de preceito fundamental (art. 102, §1º) e, por fim, a possibilidade de um recurso processual apenas para matérias constitucionais: o recurso extraordinário (art. 102, III).

Fica nítida o comando da Constituição brasileira em garantir a estabilidade e a sua influência no sistema jurídico brasileiro, trazendo mecanismo para combater qualquer violação ao seu texto.

O terceiro ponto a ser observado refere-se a sua força vinculante. O texto da Constituição de 1988 preocupou-se em traçar os princípios gerais e as normas programáticas

²⁵ Pondera-se que a própria Constituição Federal trouxe, em seu artigo 60 §4º, temas que nunca poderão ser objeto de emenda constitucional, caso resultem em diminuição ou mesmo supressão, chamadas *clausulas pétreas*.

²⁶ Riccardo Guastini utiliza o termo *La garantía jurisdiccional de la Constitución*, assim definido pelo próprio autor: *Tampoco la segunda condición requiere de muchos comentarios. Es obvio que la rigidez de la Constitución, aunque esté formalmente establecida, no está asegurada en ausencia de algún control sobre la conformidad de las leyes con la Constitución. Ahora bien, en la mayor parte de los ordenamientos contemporáneos, el órgano competente para ejercer tal control es un órgano jurisdiccional o semijurisdiccional. Es claro que, en los ordenamientos contemporáneos, existen sistemas de control muy diversos, que pueden ser evaluados desde el punto de vista de su eficacia.* (GUASTINI, Riccardo. **Estudios de teoría constitucional**. Doctrina Jurídica Contemporânea. México: Distribuciones Fontamara, S.A., 2001, p. 155/156).

²⁷ BARROSO, Luiz Roberto. **Direito e política no Brasil contemporâneo**. Revista da Faculdade de Direito – UERJ, Rio de Janeiro, v.2, n.21, jan/jun. 2012ª. p. 5

²⁸ *Ibidem*, p. 5.

²⁹ *Idem*. A Constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 41-40.

de praticamente todos os ramos do direito brasileiro. Essa preciosidade, para Barroso vai dos “princípios gerais às regras miúdas, levando o leitor do espanto ao fastio”³⁰. Desse modo, têm-se no texto constitucional orientações gerais, *ad exemplum*, do direito tributário (art. 150), do direito administrativo (art. 37), do direito processual, penal, dentre outros.

Essa influência traça o caráter condicionante das normas constitucionais nos diversos ramos do direito. Na medida em que os princípios e as regras “específicos de uma disciplina ascendem à Constituição, sua interação com as demais normas daquele subsistema muda de qualidade e passa a ter um caráter subordinante”.³¹

Observa-se, dessa forma, um significativo caráter irradiante das normas constitucionais no ordenamento jurídico, mostrando sua força vinculante.

O quarto item a ser analisado é a “sobreinterpretação” da Constituição, referindo-se à postura do intérprete diante do texto constitucional³². Importante ressaltar que a estrutura da função Estatal judiciária brasileira dispõe de uma corte constitucional, o Supremo Tribunal Federal (STF), responsável, precipuamente, pela guarda do texto normativo máximo do País, nos termos dos artigos 92 e 102, da Constituição Federal de 1988 (CF/88).

A existência do STF demonstra o mecanismo de estabilizar e garantir, mesmo que em tese, a coerência, a uniformidade e a sobreposição das normas Constitucionais, diante das normas infraconstitucionais.

Tamanha é a força da valorização da constitucionalização do direito no ordenamento, que a corte Constitucional, ao pacificar determinado tema afeto ao texto constitucional, poderá vincular o comportamento de toda a Administração Pública do país com a edição de súmula que, a partir de sua publicação, “terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e a Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal”, nos termos do artigo 2º da Lei nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006³³. Observa-se, com isso, o caráter expansionista da interpretação da norma Constitucional.

³⁰ Ibidem, p. 40.

³¹ Ibidem, p. 41.

³² Sobre esse tópico Riccardo Guastini destaca que *La cuarta condición depende de la postura de los intérpretes frente a la Constitución: los jueces (especialmente el tribunal constitucional, en caso de que tal tribunal exista), los órganos del Estado em general y, naturalmente, los juristas.* (GUASTINI, Riccardo. **Estudios de teoría constitucional.** Doctrina Jurídica Contemporânea. México: Distribuciones Fontamara, S.A., 2001.)

³³ BRASIL, Lei nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006. Regulamenta o art. 103-A da Constituição Federal e altera a Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, disciplinando a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília 20 dez. 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11417.htm>. Acessado em: 20 ago. 2016.

Os itens cinco e seis referidos por Guastini, diante da sua estreita ligação, serão analisados de forma conjunta, correspondendo à aplicação direta das normas constitucionais e à interpretação conforme as leis, respectivamente.

Uma das características do texto da Constituição de 1988 é o seu *status* de norma jurídica, acompanhando a mudança de paradigma ocorrida no mundo ao longo do século XX, cuja característica mais marcante é a imperatividade de seu texto, diversamente do ocorrido com as constituições pretéritas, nas quais o seu conteúdo era tido como um documento político, um modo de agir do Poder Público³⁴.

Barroso lecionando que:

Partindo da constatação ideológica de que o constituinte é, como regra geral, mais progressista do que o legislador ordinário, forneceu substrato teórico para a consolidação e aprofundamento do processo de democratização do Estado e da sociedade no Brasil.

Para realizar esse objetivo, o movimento pela efetividade promoveu, com sucesso, três mudanças de paradigmas na teoria e na prática do direito constitucional no país. No plano *jurídico*, atribuiu normatividade plena à Constituição, que passou a ter aplicabilidade direta e imediata, tornando-se fonte de direitos e obrigações. Do ponto de vista *científico* ou dogmático, reconheceu ao direito constitucional um objeto próprio e autônomo, estreitando-o do discurso puramente político ou sociológico. E, por fim, sobre o aspecto *institucional*, contribuiu para a ascensão do Poder Judiciário no Brasil, dando-lhe um papel mais destacado na concretização dos valores dos direitos constitucionais.³⁵ (Itálico do Autor)

Esse vigor normativo Constitucional é de fundamental importância para identificar a inquestionável presença da constitucionalização do direito brasileiro, ou seja, o Direito Constitucional orientando as normas jurídicas e o convívio dos particulares.

Por conseguinte, a interpretação das normas infraconstitucionais só restará válida se estiver fielmente obediente ao texto constitucional, não podendo ultrapassar nem suprimir preceitos oriundos da norma maior.

Com a certeza de que todas as normas nascem com a presunção de constitucionalidade, suas interpretações devem ser no intuito de reafirmá-las. Desse modo:

[...] as normas infraconstitucionais surgem como a presunção de constitucionalidade. Daí que, se uma norma infraconstitucional, pelas peculiaridades de sua textura semântica, admite mais de um significado, sendo um deles harmônico com a Constituição e os demais com ela incompatíveis, deve-se entender que aquele é o sentido próprio da regra em exame – leitura também ordenada pelo princípio da economia legislativa (ou conservação das normas). A interpretação conforme a

³⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo, os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva. 2009, p. 120.

³⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo, os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva. 2009, p. 124.

Constituição, possui, evidentemente, limites. Não pode forçar o significado aceitável das palavras dispostas no texto nem pode desnaturar o sentido objetivo que inequivocamente o legislador perseguiu.³⁶

A interpretação em sintonia ao texto Constitucional proporciona estabilidade ao sistema jurídico e, ainda, segurança das relações sociais.

Pondera-se, ainda, que as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, por expressa determinação constitucional, artigo 5º, §1º, tem aplicabilidade imediata, conferindo força ainda maior aos argumentos apresentados.

Para Medes e Branco:

Os juízes podem e devem aplicar diretamente as normas constitucionais para resolver os casos sob a sua apreciação. Não é necessário que o legislador venha, antes, repetir ou esclarecer os termos da norma constitucional para que ela seja aplicada. O art. 5º, §1º, da CF autoriza que os operadores do direito, mesmo à falta de comando legislativo, venham a concretizar os direitos fundamentais pela via interpretativa.³⁷

Por fim, resta uma análise sobre o comportamento diante da *la influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas*³⁸.

A amplitude da Constituição de 1988 trouxe uma grande carga de influência na vida política de todos no país. Talvez o ponto de maior destaque tenha sido a constitucionalização dos direitos fundamentais. O texto constitucional brasileiro trouxe um título específico sobre os direitos e garantias fundamentais, como normas basilares do estado brasileiro, e de tão importantes, são consideradas *cláusulas pétreas*. Trata-se de normas que garantem tanto os direitos dos indivíduos, como também a limitação do poder estatal em todas as suas esferas. O Poder Legislativo, por exemplo, encontra limitação na forma de elaboração e nas matérias passíveis de regulamentação, já o Poder Executivo está intimamente subordinado às normas constitucionais, como os temas afetos ao orçamento público. Por fim, o Poder Judiciário talvez seja o que mais se relaciona com as normas constitucionais, possuindo, inclusive, um órgão responsável por sua guarda.

Diante dessas considerações, é inquestionável que o ordenamento jurídico brasileiro, fundado nos preceitos da Constituição de 1988, está estruturado no sistema de constitucionalização do direito. Essa constatação não significa um mero formalismo de cópia

³⁶ MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**, 7. ed. rev. e atual. São Paulo : Saraiva, 2012, p. 141.

³⁷ MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**, 7.ed., rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2012, p. 226.

³⁸ GUASTINI, Riccardo. **Estudios de teoría constitucional**. Doctrina Jurídica Contemporânea. México: Distribuciones Fontamara, S.A., 2001, p. 163.

do texto constitucional nas normas infraconstitucionais, mas sim uma verdadeira “impregnação”³⁹ da constituição com conteúdo material e axiológico como condutor pleno do ordenamento jurídico brasileiro, fruto de uma constituição rígida, que trouxe, em seu próprio arcabouço, os mecanismos de defesa de seu conteúdo, por meio das ações de controle de constitucionalidade direto e difuso. Justifica-se, ainda, a constitucionalidade do direito, pela força vinculante da Constituição em todas as relações jurídicas, sejam elas com ou entre o Poder Público e particulares, aliada a uma interpretação que conduz sempre à valorização da Constituição, garantindo, com isso, a aplicação direta de seu texto nas relações sociais, sobretudo nas relações políticas.

Assim sendo, diante da demonstração de que o texto constitucional brasileiro, manifestamente, trouxe o intuito de um sistema jurídico constitucionalizado, em atenção ao tema proposto, faz-se necessário uma análise da constitucionalização do Direito Administrativo.

1.2. Constitucionalização do direito administrativo

Após 1988, o Brasil entra em uma fase muito importante de seu ordenamento jurídico, a constitucionalização do direito, marcada pela promulgação da Constituição, a qual valoriza a participação popular nas tomadas de decisões da *res pública*, por meio da processualidade democrática.

Certamente, como parte de um todo, o direito administrativo não ficou de fora dessa nova ordem jurídica.

Mesmo frente a uma nova ordem Constitucional, não é pouco comum normas e práticas afetas ao direito administrativo, anteriores a 1988⁴⁰, com destaque para a forte carga de influência trazida do século XIX e início do século XX, numa demonstração do hermetismo dos intérprete, alheios ao novo paradigma.

Nesse contexto é necessária a condução de uma leitura concertada⁴¹ da Administração Pública, ou seja, com as prerrogativas trazidas pelo Estado Democrático de Direito,

³⁹ BARROSO, Luiz Roberto. A Constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum. 2012. p. 41 p. 39.

⁴⁰ Como, por exemplo, o Decreto Lei nº: 37 de 18 de novembro de 1966, que organiza os serviços aduaneiros no Brasil. (BRASIL. Decreto Lei nº: 37 de 18 de novembro de 1966. Dispõe sobre o imposto de importação, reorganiza os serviços aduaneiros e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 21 nov. 1966. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0037.htm>. Acesso em: 15 out. 2016.).

⁴¹ MOREIRA, Bernardo Motta. **Controle do lançamento tributário pelos conselhos de contribuinte: aspectos polêmicos do Processo Administrativo Fiscal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 64.

valorizando o consenso entre Administração e Administrado, com ampla participação dos particulares interessados na tomada das decisões administrativas, buscando mais aceitação que submissão. Esse “concerto” na Administração Pública refere-se também à conduta do próprio cidadão, pois sua participação efetiva é necessária para uma maior aproximação entre Estado e sociedade⁴².

Assim, o “concerto” é ter uma Administração Pública com um olhar constitucional, é ele que condicionará e irradiará o direito administrativo pós 1988.

Essa releitura do direito administrativo se faz necessária pelo fato desse ramo do direito não ter conseguido, mesmo após quase três décadas da promulgação do texto constitucional, absorver, por completo, preceitos constitucionais imprescindíveis para o desenvolvimento do direito administrativo, utilizando, muitas vezes⁴³, um conteúdo e uma interpretação vinculados a uma realidade sociopolítica já ultrapassada.

Justen Filho chama a atenção para que a repaginação no direito administrativo ocorra com rapidez em respeito à Constituição Federal de 1988:

O instrumental do direito administrativo é, na sua essência, o mesmo de um século atrás. É necessário constitucionalizar o direito administrativo, o que significa, então, atualizar o direito administrativo e elevá-lo ao nível das instituições constitucionais. Trata-se de impregnar a atividade administrativa com o espírito da Constituição, de modo a propiciar a realização efetiva dos direitos fundamentais e valores ali consagrados.⁴⁴

Trata-se de uma realidade a ser encarada e absorvida pelo ramo do direito administrativo, diante da nova realidade da constitucionalização.

Moreira Neto discorre que essa nova ordem jurídica transformadora do direito administrativo não pode ser

[...] apenas em sentido *formal*, mas também como a sua *fundamental referência material*, de modo que o *Direito Administrativo*, neste sentido, se *constitucionalizou*, como todo o Direito interno dos Estados, passando a apresentar auspiciosas características de uma *transformação* tão significativa, que já se a tem, por isso,

⁴² MOREIRA, Bernardo Motta. **Controle do lançamento tributário pelos conselhos de contribuinte: aspectos polêmicos do Processo Administrativo Fiscal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 64.

⁴³ Como exemplo de ato administrativo que é incompatível com o ordenamento constitucional pátrio, pode-se citar a necessidade de depósito prévio para a admissibilidade de recurso administrativo. Prática que até há pouco tempo era comum por força da Lei nº 70.253/1972, em seu artigo 33, §2º, que exigia que os recursos administrativos só seriam conhecidos mediante depósito prévio de pelo menos 30% do valor em discussão. Exigência essa que só foi definitivamente afastada em 2009, com a edição da súmula vinculante 21, ou seja, uma nítida limitação ao acesso à justiça incompatível com o ordenamento jurídico pátrio desde 1988. (BRASIL, 1988).

⁴⁴ JUSTEN FILHO, Marçal **Curso de direito administrativo**. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos tribunais, 2014, p. 108.

denominada de *neoconstitucionalismo*, compreendendo os seguintes aspectos: 1 – a *supremacia dos direitos fundamentais* constitucionais; 2 – a *força preceptiva das normas* constitucionais, sejam elas regras ou princípios; 3 – a *sobreinterpretação* da Constituição, para dela deduzir princípios implícitos; 4 – a *universalidade aplicativa* da Constituição, ou seja, a possibilidade de aplicação direta sobre todas as relações jurídicas, seja de que ramo forem; e 5 – a *orientação ética da Constituição*, com o rigoroso respeito dos valores implícitos nos direitos fundamentais e no seu *ethos* democraticamente legitimado.⁴⁵ (grifo do autor).

Tal concepção constitucional do direito administrativo não é nova nem exclusiva do sistema jurídico brasileiro, o doutrinador austríaco Adolfo Merkl, em obra publicada em Granada/Espanha, nos anos de 1927, já destacava a função da Constituição no direito administrativo:

Dentro del orden jurídico se abren a la consideración jurídica, em virtude de la estructura escalonada de este orden, profundos peldaños que pueden servirnos como líneas preliminares de las primeras divisiones parciales. Así, todo el derecho en un Estado se subdivide em *derecho constitucional*, por un lado, y por otro, en *derecho legal subconstitucional* vuelve a articularse por su *distancia* a la *Constitución*. Y dentro de cada peldaño o piso jurídico vuelve a darse una *subdivisión* de la materia jurídica, según el *tipo de la fuente jurídica* que contenga el derecho.

Otro motivo de clasificación, inmanente al derecho, lo obtenemos com el *órgano competente* para la aplicación del mismo.

En la sistemática del derecho administrativo se combinan ambos criterios: son factores productores de conceptos las *gradas* en la *formación gradual del orden jurídico* y, además, el *órgano competente para la aplicación* del mismo. El *derecho administrativo* se destaca de la especie derecho mediante estas dos notas: *que se deriva de la Constitución* y *que se aplica por órganos que ejecutan la ley* y en especial por *órganos administrativos*. En forma más saliente el *derecho administrativo es un producto de la Constitución* y *de las fuentes jurídicas subordinadas a ella, y regla productora de la administración*.⁴⁶

(destaques do autor).

Ao direito administrativo moderno não existe outro espaço que a vinculação à Constituição, o que retrata a adoção de novos instrumentos e conceitos basilares para a atuação da administração, todos eles sob a luz da Constituição.

Toda essa força condicionante da Constituição no direito administrativo se materializa por meio da sua procedimentalização. A procedimentalização do agir administrativo é o mecanismo possível para coadunar esse novo desafio constitucional do direito administrativo, como ensina Pinto e Netto⁴⁷. A referida autora discorre que é por meio do procedimento previamente conhecido e definido que é possível compartilha o poder, tendo em vista que as

⁴⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**: parte introdutória, parte geral e parte especial. 16. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p.142.

⁴⁶ MERKL, Adolfo. **Teoría general del derecho administrativo**. Edición al cuidado de José Luis Monereop érez. Granada: Comares, S.L, 2004, p. 110.

⁴⁷ PINTO E NETO, Luísa Cristina. **A contratualização da função pública**. Belo Horizonte. Del Rey, 2005, p. 80.

decisões passam a ser tomadas após a manifestação dos interessados, propiciando, desse modo, a participação dos particulares nos processos decisórios da Administração Pública.⁴⁸

1.3. A processualidade no direito administrativo

A discussão acerca da processualidade administrativa começou a ser aceita pelos administrativistas somente no final dos anos 1920, como ensina Medauar⁴⁹.

Entre os processualistas o assunto só começou a despontar nos anos 1940, os quais sinalizaram um entendimento de que os três poderes estatais poderiam lançar mão da processualidade e não apenas do Poder Judiciário. Somente nos anos 1970 e 1980 é que houve uma convergência de processualistas e administrativistas em torno da afirmação do esquema processual referente aos poderes estatais.⁵⁰

Fazzalari aprofunda mais no tema ao considerar sua existência até mesmo fora do sistema estatal, para o autor

“Quem quiser, basta olhar os múltiplos grupos que giram na órbita da comunidade estatal que se verificará subitamente a tendência a organizar, no próprio seio e para os próprios membros, uma ainda que rudimentar forma de justiça: qualquer que seja a relevância dessas funções externas, o emprego de esquemas processuais para a resolução de controvérsias, o emprego de esquemas processuais para a resolução de controvérsias está presente no interior de partidos, sindicatos, associações esportivas, ordens profissionais e até mesmo microcosmos privados (pensa-se na função dos províbios que comparecem frequentemente às associações e também às sociedades comerciais.

Independentemente dos ordenamentos estatais em geral, e não só do nosso, se verificam processos no interior de grupos, por assim dizer, transnacionais, de coesão mais ou menos destacada: pensa-se nos processos arbitrais, derivados das várias *leges mercatoriae* que são determinados, para lá dos confins do Estado, pelos operadores econômicos transnacionais deste ou daquele setor.”⁵¹

O uso da processualidade, além dos limites do exercício da função judiciária, aceitando sua prática também no exercício das funções executiva e legislativa, a doutrinadora Medauar denominou de “processualidade ampla”, inspirada em Fazzalari.

A processualidade exerce uma função extremamente importante no direito administrativo, ela consubstancia a legitimação do agir estatal, como forma de garantir a sua democratização na relação jurídica cidadão e Estado.

⁴⁸ PINTO E NETO, Luísa Cristina. **A contratualização da função pública**. Belo Horizonte. Del Rey, 2005, p. 80.

⁴⁹ MEDAUAR, Odete. **A processualidade no direito administrativo**. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, p. 14 -15.

⁵⁰ Ibidem, p. 15.

⁵¹ FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. Tradução de Eliane Nassif. Campinas: Bookseller, 2006. p. 38

No mesmo sentido afirma Justen Filho:

[...] a procedimentalização consiste na submissão das atividades administrativas à observância de procedimentos como requisito de validade das ações e omissões adotadas. A função administrativa se materializa em atividade administrativa, que é um conjunto de atos.⁵²

O autor ressalta que esse conjunto de atos “deve observar uma sequência predeterminada, que assegure a possibilidade de controle do poder jurídico quanto à promoção dos direitos fundamentais.”⁵³

Importante reforçar que essa sequência deve guardar consonância com os comandos constitucionais.

A processualidade representa um “vir a ser” de um fenômeno, o momento em que algo está se realizando, como ensina Medauar.⁵⁴ Desse modo a processualidade denota o aspecto dinâmico que vai se concretizando, pelo conjunto de atos, no tempo.

Ela não pode ser encarada como apenas um formalismo, um *modus faciendi*, mas sim como uma garantia de limitação do poder, de cumprimento das funções estatais e de respeito aos direitos fundamentais.⁵⁵ Trata-se de algo necessário e obrigatório dentro de um limite constitucional.

Pode-se dizer que o referido instituto é uma garantia, por meio do qual é possível realizar o controle de poder público, garantir a efetiva participação do particular na tomada de decisão e ainda aperfeiçoar a qualidade da atuação administrativa, levando, por consequência, a uma redução na litigiosidade.⁵⁶

O doutrinador português Canotillo expressa que a processualidade administrativa é um procedimento juridicamente adequado para o desenvolvimento da atividade administrativa. Considera-se “como dimensão insubstituível da administração do Estado Democrático de Direito”⁵⁷, trata-se da garantia de um procedimento administrativo justo.

No exercício das ações estatais, o administrado tem como mecanismo constitucional de garantia, a processualidade, que diante da sucessão formal e jurídica dos atos é um

⁵² JUSTEN FILHO, Marçal **Curso de direito administrativo**. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos tribunais, 2014, p. 340

⁵³ *Ibidem*, p. 340

⁵⁴ MEDAUAR, Odete. **A processualidade no direito administrativo**. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, p. 24.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 340.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 341

⁵⁷ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 7.ed. Coimbra: Almedina, 1941, p. 274.

importante instrumento de controle regido por princípios e regras jurídicas, e de possibilidade de o interessado influenciar a produção do provimento final.

Nesse cenário, a processualidade administrativa ganha importante função de garantidora da realização democrática administrativa, eis que, a partir dela, só é considerado um ato válido aquele com a real participação dos interessados na formação da vontade estatal.

Dessa forma, se faz necessário definir a processualidade como um procedimento ou se revela na garantia de ampla argumentação e participação na construção do bem da vida buscado, diante da sua importância no contexto envolvido.

1.4 Processo e procedimento administrativo

Pondera-se que a processualidade administrativa não advém apenas da construção doutrinária, é um instituto fundado nos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos, extraído do artigo 5º, incisos LIV, LV e LXXVIII, todos da Constituição Federal de 1988, sendo que

[...] a constituição de 1988 submeteu a atividade administrativa à observância do devido procedimento administrativo. O art. 5º, LIV, determina ‘que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal’. O inc. LV estabelece que ‘aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.’

Mais ainda, o art. 1º, determina que o Brasil é um Estado Democrático de Direito, fundado, segundo o parágrafo único, na soberania popular. Por isso, a observância de procedimentos democráticos, com a ampla participação da população, é um fator constitutivo da validade da atividade administrativa.

[...]

A procedimentalização significa a necessidade de que as decisões administrativas surjam como conclusão de uma série ordenada de atos estruturados entre si, de modo a propiciar a participação de todos os interessados, a ampla investigação da realidade dos fatos, a exposição dos motivos determinantes para as escolhas e a submissão à revisão de entendimentos

Não há regime democrático quando as decisões administrativas são adotadas sem a observância de procedimentos predeterminados que assegurem a participação igualitária de todos os integrantes da comunidade.⁵⁸

A Administração Pública desempenha a sua função constitucional por meio do exercício da função pública, assim definida como a atividade estatal que “coadjuva as

⁵⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos tribunais, 2014, p. 211.

instituições políticas de cúpula no exercício da atividade de governo; organiza a realização das finalidades públicas postas; produz serviços, bens e utilidade para a população.”⁵⁹

Dentro dos atuais preceitos constitucionais, a função pública se subordina ao texto da lei; para cada tipo de função realizada pela Administração Pública se desenvolve um determinado tipo de procedimento. Dessa forma, a natureza do procedimento depende da natureza da função em que ele se situa⁶⁰.

Assim, pode-se afirmar que a processualidade está inerente em todas as funções do Estado, sendo que, na atualidade, diante da grande variedade de serviços, bens e utilidades a serem aferidos, destacam-se como suas funções modernas: (I) solução dos conflitos, (II) proximidade do estado e sociedade civil e (III) o interesse não é da administração, mas sim da sociedade.

Para atender a essas novas necessidades, o procedimento administrativo é o meio capaz de “promover a composição dos mais diversos interesses sociais; de garantia de uma *práxis* democrática; de legitimar as decisões da Administração através de uma participação efetiva dos cidadãos.”⁶¹

Desse modo, pode-se considerar a processualidade administrativa como um direito e garantia fundamental no exercício da função administrativa, descritos no artigo 5º, incisos LIV, LV e LXXVIII, todos da Constituição Federal de 1988, através da jurisdição, como será explicado adiante.

Mesmo diante dessa realidade, a doutrina diverge se a processualidade será considerada um *processo* ou um *procedimento*⁶².

A corrente que defende tratar-se de um procedimento prima em uma divisão entre um litígio na esfera administrativa e judicial. Santos⁶³ se filia a essa corrente e entende que o procedimento é o gênero do qual procedimento (*stricto sensu*) e processo são espécies. O

⁵⁹ MEDAUAR, Odete. **A processualidade no direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 54.

⁶⁰ SANTOS, Rodrigo Valgas do. **Procedimento Administrativo nos Tribunais de Conta e Câmaras Municipais**. Belo Horizonte: Dely Rey, 2006, p. 12.

⁶¹ *Ibidem*, p.15.

⁶² A título de exemplo, Rodrigo Valgas dos Santos destaca que Roberto Dromi, João Carlos Simões Gonçalves Loureiro, Paulo Ferreira da Cunha, Celso Antônio Bandeira de Melo, Carlos Ari Sundfeld e Marçal Justen Filho defendem o uso do termo *procedimento administrativo*. Por outro lado, José Cretella Júnior, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Egon Bockmann Moreira e Sérgio Ferraz, defendem o uso do termos *processo*.

⁶³ SANTOS, Rodrigo Valgas do. **Procedimento Administrativo nos Tribunais de Conta e Câmaras Municipais**. Belo Horizonte: Dely Rey, 2006, p.21-22.

autor discorre que a expressão “processo” deve ser utilizada na designação da função jurisdicional típica, considerando o processo como uma espécie do gênero procedimento.⁶⁴

Para este trabalho entende-se que ela não se ajusta ao atual estágio de desenvolvimento da conceituação da processualidade administrativa, eis que a jurisdição não pode ser encarada como função exclusivo do Poder Judiciário.

De outro modo, a corrente que defende a diferença conceitual entre processo e procedimento é marcada por obras de Gonçalves⁶⁵ e Medauar⁶⁶, dentre outros, a quem se filia a Fazzalari.

Para Gonçalves o procedimento “não é atividade que se esgota no cumprimento de um único ato, mas requer toda uma série de atos e uma série de normas que os disciplinam, em conexão entre elas, regendo a sequência de seu desenvolvimento.”⁶⁷ O procedimento é visto como uma sequência de normas, de atos e de posições subjetivas previamente previstas no ordenamento jurídico. Tais posições se “conectam de forma especial para tornar possível o advento do ato final, por ele preparado”.⁶⁸

Por outro lado, o processo caracteriza uma espécie do gênero do procedimento, o qual começa a se definir com a participação dos interessados em contraditório. Gonçalves⁶⁹ conclui que o processo é uma espécie do gênero procedimento, esse é realizado por meio do contraditório entre as partes, respeitando princípios constitucionais do processo como o da ampla defesa, da fundamentação, do devido processo legal, dentre outros.

Medauar, endossando os ensinamentos de Gonçalves, defende que o procedimento

consiste na sucessão necessária de atos encadeados entre si, que antecede e prepara o ato final. O procedimento se expressa como processo se for prevista também a cooperação de sujeitos, sob prisma do contraditório.

Entende-se que essa segunda corrente coaduna melhor com o atual estágio da processualidade administrativa aos olhos da Constituição de 1988, pois representa o exercício da participação dos interessados por meio do contraditório, que, somente após essas garantias, o ato administrativo poderá surtir os efeitos jurídicos esperados.⁷⁰

⁶⁴ SANTOS, Rodrigo Valgas do. **Procedimento Administrativo nos Tribunais de Conta e Câmaras Municipais**. Belo Horizonte: Dely Rey, 2006, p. 21.

⁶⁵ GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**, AIDE Editora. Rio de Janeiro. 2001.

⁶⁶ MEDAUAR, Odete. **A processualidade no direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993

⁶⁷ GONÇALVES, Aroldo. Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. Rio de Janeiro: AIDE, 2001, p. 108.

⁶⁸ Ibidem, p. 109.

⁶⁹ Ibidem, p. 113.

⁷⁰ MEDAUAR, Odete. **A processualidade no direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 40.

No entanto é preciso uma ponderação importante. Mesmo considerando essa diferença, não se pode olvidar que o procedimento deve seguir seus atos previamente definidos e concatenados por norma válida, em sintonia com o texto constitucional, sendo que a sua desobediência poderá ser suscitada nas várias etapas do contraditório, para que seja feito ou até declarado nulo.

Em outras palavras, no procedimento não está extirpada a participação democrática do interessado, sua participação deve ocorrer antes que o ato administrativo traga alguma restrição ou qualquer repercussão negativa ao patrimônio do interessado. Para tanto, deve-se sempre garantir o contraditório e a ampla defesa dentro de um prazo legal razoável, em sintonia com o comando constitucional do artigo 5º, incisos LIV e LV e LXXVII, da Constituição de 1988.

Sobre esse ponto, Fazzalari traz importantes contribuições. Para o autor a estrutura do procedimento decorre de uma série de normas “cada uma das quais reguladora de uma determinada conduta (qualificando-a como direito ou como obrigação), mas que enuncia como pressuposto da sua própria aplicação, o cumprimento de uma atividade regulada por uma outra norma da série”.⁷¹

Nesse contexto, o procedimento se apresenta como uma sequência de atos, “os quais são previstos e valorados pelas normas”.⁷²

Para Fazzalari, o efeito jurídico do procedimento dependerá o efeito final, que será o resultado do procedimento, “tal ato não deve ser considerado válido e que a eficácia porventura desenvolvida poderá ser neutralizada, caso ele (o ato final) não tenha sido precedido da sequência de atos determinados pela lei”.⁷³

O autor ensina que o procedimento será identificado, tendo em vista o provimento ao qual ele põe fim. Para reconhecer um procedimento deve-se analisar as normas que o regulamentam, denominadas de “normas reguladoras de um procedimento”:

O reconhecimento do procedimento consiste no apreender as normas (os atos, as posições subjetivas) que o constituem. E é apenas o caso de ressaltar que em se falando de “normas reguladoras de um procedimento” – *rectius*: conectadas no procedimento – não se está se referindo às normas que disciplinam o procedimento com um objeto inteiro, mas sim a cada norma das sequência. Somente se, e na medida que, cada uma de tais normas traga elementos de disciplinas comuns a

⁷¹ FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. Tradução de Eliane Nassif. Campinas: Bookseller, 2006. P. 113-114.

⁷² *Ibidem*, p. 114.

⁷³ *Ibidem*, p. 115.

algumas ou a todas as outras, o intérprete pode, por meio de sínteses, e para agilidade da exposição, falar de “regra do procedimento.”⁷⁴

Diante desse marco, o que enquadraria no conceito de procedimento, Fazzalari define processo como um procedimento “do qual participam (são habilitados a participar) aqueles em cuja esfera jurídica o ato final é destinado a desenvolver efeitos: em contraditório, e de modo que o autor do ato não possa oblitear as suas atividades”.⁷⁵

Para o autor a principal diferença entre processo e procedimento é o fato do processo ser um procedimento com uma estrutura dialética consistente na

(...) participação dos destinatários dos efeitos do ato final em sua fase preparatória; na simétrica paridade das suas posições; na mútua implicação das suas atividades (destinadas, respectivamente, a promover e impedir a emanção do provimento); na relevância das mesmas para o autor do provimento; de modo que cada contraditor possa exercer um conjunto – conspícuo ou modesto, não importa – de escolhas, de reações, de controles, e deva sofrer os controles e as reações dos outros, e que o autor do ato prestar contas dos resultados.⁷⁶

Para fechar esse tópico Gonçalves traz ensinamentos que condensa bem o sentido das duas expressões ao analisar que

“Processo começa a se definir pela participação dos interessados no provimento na fase que o prepara, ou seja, no procedimento. Mas essa definição se concluirá pela apreensão da específica estrutura legal que inclui essa participação, da qual se extrairá o predicado que identifica o processo, que é o ponto de sua distinção: a participação dos interessados, em contraditório entre eles.

(...)

Chega assim, ao processo como espécie de procedimento realizado através do contraditório entre os interessados, que, no processo jurisdicional, são as partes.

Dentro dessa linha de raciocínio desenvolvida por FAZZALARI, talvez a relação entre o “gênero” procedimento e a “espécie” processo possa ficar mais bem explicitada se se recorrer ao auxílio da lógica da relação entre classes para a apreensão de seu argumento.

Uma classe se define pelas qualidades, ou propriedades, comuns dos membros que nela se incluem. A classe dos procedimentos é constituída pela atividade que possui uma “estrutura normativa” determinada, voltada para a preparação do provimento. A classe dos processos (jurisdicionais, legislativos, administrativos, e outros admitidos pelos ordenamentos jurídicos como os arbitrais) possui em comum a preparação do provimento com a participação dos interessados, em contraditório entre eles. Como se disse, anteriormente, a respeito dos princípios lógicos da inclusão, ela é válida se obedecida a hierarquia das classes. O procedimento, como “estrutura normativa” que prepara o provimento, constitui a classe imediatamente superior pela abrangência que comporta, para que nela se inclua a classe dos processos.”⁷⁷

⁷⁴ FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. Tradução de Eliane Nassif. Campinas: Bookseller, 2006, p. 116.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 119.

⁷⁶ *Ibidem*, p. 119-120.

⁷⁷ GONÇALVES, Aroldo. Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. Rio de Janeiro: AIDE, 2001, p. 113/114.

Assim, poderá ser considerado um processo quando em uma ou mais fase do “*inter* de formação de um ato”⁷⁸ é contemplado a participação dos envolvidos, o autor e o destinatário dos seus efeitos, em contraditório, ou seja, em um desenvolvimento dialético.

2 O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E A FUNÇÃO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO

Com o declínio do sistema absolutista e a estrutura feudal se teorizava uma experiência constitucional na qual a autoridade pudesse ser exercida sob o império da lei, de tal forma a garantir a vivência da liberdade⁷⁹. Tem-se, então, o chamado Estado de Direito⁸⁰, um Estado pautado em garantias advindas da lei e o respeito às liberdades do homem e do cidadão.

Para Silva o conceito original do Estado de Direito é tipicamente liberal, tendo como características básicas a submissão ao império da lei, divisão dos poderes e os enunciados e garantia dos direitos individuais.⁸¹

No Estado Liberal buscava-se uma excessiva valorização da liberdade, no sentido de mínima intervenção do Estado na vida privada, como forma de buscar a justiça na sociedade. Tratava-se de um apoio aos direitos do homem, transformando os submissos ao sistema monárquico em cidadãos livres, mesmo que apenas formalmente.

O pressuposto filosófico do Estado Liberal está fundado no jusnaturalismo erigido sob três matrizes: “1º) a liberdade encarada como *liberdade-defesa* ou *liberdade-autonomia* em face do poder do monarca”⁸². Já a segunda matriz expressa uma “dimensão subjetiva dos direitos fundamentais à vida e à liberdade, sob suas várias acepções (deambulatória, de crença, sobretudo)”⁸³. Nesse cenário o Estado Liberal buscava garantir o “respeito da parte do

⁷⁸ Ibidem, p. 120.

⁷⁹ TOMAZ, Carlos Alberto Simões de. **Democracia e jurisdição: entre o texto e o contexto**. São Paulo: Braúna, 2012, p. 63.

⁸⁰ Carlos Alberto Simões de Tomaz entende que do ponto de vista formal, todo Estado é Estado de Direito ao lecionar que: “Na verdade, o que transforma uma sociedade em Estado é a existência de um ordenamento jurídico efetivo incidindo sobre a vida de um grupo de pessoas que habitam determinada região. Não se pode cogitar, sem dúvida, da existência de Estado sem Direito, portanto é correto afirmar que do ponto de vista formal todo Estado é Estado de Direito”. (TOMAZ, Carlos Alberto Simões de. **Democracia e jurisdição: entre o texto e o contexto**. São Paulo: Braúna, 2012, p. 65).

⁸¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 112-113.

⁸² TOMAZ, Carlos Alberto Simões de. Op cit, p. 67.

⁸³ Ibidem, p. 67.

Estado através de limites pré-constituídos e estabelecidos em normas a tais direitos, o que conduziria a uma postura negativa do Estado diante deles.”⁸⁴

Nessa concepção, observa-se definir com clareza as funções do Estado, cujos melhores mecanismos de controle para as suas atividades são encontradas em leis previamente editadas, estando a liberdade no centro das garantias, em oposição ao antagonismo do sistema monarca, que era conduzido pela vontade do rei e seus súditos, e no qual muitos destes não tinham sequer liberdade.

Para Bonavides:

O Estado liberal humanizou a ideia estatal, democratizando-a teoricamente, pela primeira vez, na Idade Moderna. Estado de uma classe – a burguesia-, viu-se ele, porém, condenado à morte, desde que começou o declínio do capitalismo.⁸⁵

Desse modo o Estado Liberal veio como uma garantia de direitos ao exercício da liberdade dos cidadãos.

Uma das características marcantes do Estado liberal foi a separação dos poderes, com maior destaque na França, onde a autonomia da função executiva passa a ser expressiva, inclusive com um controle exclusivo, o chamado contencioso administrativo, que fundou-se no interesse de proteger a autoridade estatal e criar uma isenção judicial da administração.⁸⁶

Para Pinto e Neto⁸⁷ o Direito Administrativo surge com o contencioso administrativo, o qual buscava, primordialmente, assegurar à Administração o julgamento dos litígios, com um viés protetivo da Administração como Poder Estatal e não como uma garantia aos particulares.

Com isso observa-se que o Direito Administrativo e o Estado liberal se entrelaçam no mesmo momento histórico, contudo, ambos não têm uma ruptura total com o Estado absolutista, carregando elementos autoritários herdados do Estado absolutista.

Se, por um lado, o liberalismo buscou uma valorização do indivíduo, por outro, sob o foco da Administração, manteve o administrado como súdito, totalmente submisso por meio

⁸⁴ Ibidem, p. 67.

⁸⁵ BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa. Por um direito constitucional de luta e resistência. Por uma nova hermenêutica. Por uma repolitização da legitimidade**, São Paulo: Malheiros, 2001, p. 143.

⁸⁶ MOREIRA, Bernardo Motta. **Controle do lançamento tributário pelos conselhos de contribuinte: aspectos polêmicos do processo administrativo fiscal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 56.

⁸⁷ PINTO E NETO, Luísa Cristina. **A contratualização da função pública**. Belo Horizonte. Del Rey, 2005.p. 42.

de princípios autoritários, consagrando inúmeros privilégios à Administração, sob o fundamento do interesse público.⁸⁸

No Estado liberal, a Administração Pública é caracterizada como “estruturalmente concentrada e centralizada, agressiva; administração-poder do tipo policial, que age por atos tipicamente unilaterais e executórios. É uma administração que, quase exclusivamente, atuava por meio de atos administrativos”.⁸⁹

O ato administrativo é uma das consequências da submissão do Executivo à lei, característica própria do Estado de Direito. Diversamente do ocorrido no período do Estado absolutista, no qual a vontade pessoal do governante imperava, o ato administrativo é inserido entre a vontade da autoridade e os direitos dos indivíduos, por meio de um conjunto de preceitos destinados a disciplinar a atuação do Estado e a prefixar seus efeitos⁹⁰.

Desse modo, o papel do contencioso administrativo no Estado liberal tinha suas limitações, diante de um Estado ainda com características repressivas e autoritárias, havendo pouco espaço para a participação do administrado na condução das decisões do contencioso administrativo, sendo que:

o contencioso administrativo, na medida em que era entendido como um procedimento objetivo dirigido contra um ato e não como meio de defesa de interesses próprios dos particulares, contribuía para considerarem-se inexistentes verdadeiros direitos subjetivos em face do Estado. Neste quadro, não se admitia que os particulares defendessem posições jurídicas próprias; seu possível direito nada mais era do que o asseguramento do respeito às normas objetivas, ou seja, mero reflexo do direito objetivo: os particulares funcionariam como colaboradores do estado no desempenho da boa administração. Esta concepção do contencioso administrativo como processo feito a um ato impedia a aceitação de direitos subjetivos do particular nas relações administrativas. A negação da existência de direitos subjetivos nas relações administrativas faz a lume a dogmática subjacente às concepções da época, segundo as quais o particular não era considerado verdadeiro sujeito de direito em face da administração.⁹¹

O Estado liberal teve um papel importante no processo administrativo, iniciou a vinculação da administração à lei, mesmo diante de um papel restrito do administrado na formação da decisão administrativa, sendo um mero espectador da processualidade administrativa.

⁸⁸ MOREIRA, Bernardo Motta. **Controle do lançamento tributário pelos conselhos de contribuinte: aspectos polêmicos do Processo Administrativo Fiscal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 58.

⁸⁹ Ibidem, p. 59.

⁹⁰ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 8. ed. rev. e atual. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2004, p. 158.

⁹¹ PINTO E NETO, Luísa Cristina. **A contratualização da função pública**. Belo Horizonte. Del Rey, 2005, p. 49.

O Estado liberal destacou-se por reconhecer direitos e limitar a atuação do Estado por meio da lei, cenário que até então, em poucos momentos da sociedade, se viu igual⁹². No entanto, apesar da grande preocupação por assegurar garantias ao cidadão, muito se deixou a desejar no campo da efetividade.

Para Tomaz nesse período o Estado assumiu uma posição passiva, deixando de realizar ações voltadas a garantir e para a eficácia dos direitos fundamentais. “Enfim, quem já era livre continuava a ser, como igualmente, quem não gozava de liberdade, não obstante, agora a tivesse expressamente preconizada, continuando na condição de aliado desse direito.”⁹³

Nesse período, a atuação da Administração mostrava-se exageradamente agressiva em proteger o interesse público, esse, muitas vezes, lacunoso e sem uma definição clara e objetiva, marcado por uma ampla discricionariedade. Assim, o liberalismo político se contrapunha ao autoritarismo de um regime jurídico exclusivo da Administração Pública, “utilizando para a implementação do Estado-polícia, por meio de meios unilaterais, agressivos, coercitivos, auto executórios para o seu desempenho”.⁹⁴

Durante o Estado liberal ficou claro que aclamar direitos não é garantia de sua real efetividade. Na prática, demonstrou ser um verdadeiro Estado policial, sem maiores preocupações de efetivar garantias advindas das leis. Viu-se um Estado vazio de legitimidade, no qual o império da lei foi reduzido a uma mera função técnica de garantias jurídicas, sem muita efetividade para os cidadãos.⁹⁵ Essas características são perceptíveis também no processo administrativo, o qual era um mecanismo muito maior de defesa da Administração do que uma garantia para o administrado.

Na verdade, o Estado liberal se transformou em um direito do Estado contra a sociedade.⁹⁶

Com o passar do tempo verificou-se que o Estado liberal mantinha muitas das distorções herdadas do Estado absolutista, sendo necessário corrigir essas situações, até

⁹² Carlos Alberto Simões de Tomaz destaca que a ideia desenvolvida pelo Estado liberal não é nova ao discorrer que: “Na verdade a ideia não era original: já na Idade Antiga, atribuíam-se a Cícero a difusão máxima: “Sejamos escravos da lei para podermos ser livres”. (TOMAZ, Carlos Alberto Simões de. **Democracia e jurisdição**: entre o texto e o contexto. São Paulo: Braúna, 2012, p. 68).

⁹³ TOMAZ, Carlos Alberto Simões de. **Democracia e jurisdição**: entre o texto e o contexto. São Paulo: Braúna, 2012, p.69.

⁹⁴ FRATTARI, Rafael. Processo Administrativo–tributário, contraditório e administração cidadã. In: TEIXEIRA, Alessandra Bransão; RIOS, Marcelo Jabour (Org). **O contencioso Administrativo fiscal no Estado de Minas Gerais**. Belo Horizonte: Arraes, 2016, p. 3.

⁹⁵ TOMAZ, op. cit.

⁹⁶ FERRAZ, Luciano. Direito administrativo. In: MOTA, Carlos Pinto Coelho (Org). **Curso prático de direito administrativo**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 156, v. 3.

mesmo por exigência da própria sociedade diante das revoluções do século XVIII, que clamavam por liberdade, igualdade e fraternidade.

Para corrigir essa falha, optou-se pelo social sem desconsiderar os pressupostos filosóficos do Estado liberal. No entanto, “consciente de que só é vivenciada a liberdade onde se estabeleça condições de igualdade, acrescentou um novo dado a ser observado”, o social, como ensina Tomaz⁹⁷.

O Estado social vem para suprir uma inspiração de justiça, igualdade e liberdade, com o emprego de meios intervencionistas para estabelecer o equilíbrio na repartição dos bens sociais, com garantias na fruição dos direitos fundamentais, em contrapartida ao individualismo clássico liberal até então formado. O Estado passa a ter um objetivo maior: “a paz e da justiça na sociedade”.⁹⁸

Bonavides insere como característica do Estado social uma espécie de “humanizador do poder jurídico nos fundamentos sociais da liberdade, democrático na essência de seus valores”.⁹⁹

Observa-se, no Estado social, uma preocupação em garantir uma igualdade para propiciar a vivência da liberdade.

Böckenförde busca clarear o significado do Estado social ao mencionar que:

El Estado social solo puede tener un significado: el de crear los supuesto sociales de esta misma libertad para todos, esto es, el de suprimir la desigualdad social. Parece por tanto algo necesario a nivel de la Administración, incluyendo la legislación, y desarrolla aquí toda su fuerza.¹⁰⁰

Buscando alcançar as finalidades sociais pretendidas, o Estado social se apresenta com uma forte interferência na economia, com uma ingerência agressiva na esfera dos particulares.

Trata-se na verdade de um típico estado interventor, cujo objetivo principal era assegurar garantias, tais como uma renda mínima, alimentação, saúde, habitação e educação a todos os cidadãos, não como caridade, mas como direito público, como ensina Tomaz¹⁰¹.

⁹⁷ TOMAZ, Carlos Alberto Simões de. **Democracia e jurisdição: entre o texto e o contexto**. São Paulo: Braúna, 2012. p.69.

⁹⁸ BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa. Por um direito constitucional de luta e resistência. Por uma nova hermenêutica. Por uma repolitização da legitimidade**. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 157.

⁹⁹ Ibidem

¹⁰⁰ BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. **Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia**. Traducción de Rafael de Apapito Serrano. Madri: Editorial Trota, 1993, p. 37.

¹⁰¹ TOMAZ, Carlos Alberto Simões de. **Democracia e jurisdição: entre o texto e o contexto**. São Paulo: Braúna, 2012, p 70.

Buscando a realização do fim almejado, sobretudo o bem-estar dos indivíduos, caracterizado pela atividade administrativa prestada, o Estado social também ficou conhecido como “Estado de Administração”, pela influência da atividade executiva comparado ao judiciário e ao legislativo na execução das garantias individuais.¹⁰²

Ferraz entende que do ponto de vista da organização e dos métodos administrativos, a Administração Pública, no Estado social, pode ser denominada Administração burocrática de Max Weber, com uma administração patrimonialista e regaliana (tudo aos amigos do chefe de plantão). Para o autor o estado social caracteriza:

[...] como calcada nos meios e nos rígidos instrumentos de controle dos procedimentos, baseando-se na centralização das decisões, na hierarquia traduzida na unidade de comando, na estrutura piramidal do poder, nas rotinas rígidas, no controle passo a passo dos processos administrativos. O aparato estatal deve ser composto por administradores profissionais especialmente recrutados e treinados, que atuam e respondem de forma neutra aos comandos políticos.¹⁰³

Essa rigidez da qual se reveste a Administração Pública na busca de realizar os comandos políticos, transforma-se, na verdade, em Estado de prestações, com grande influência por uma visão kelsaniana do Direito; a atividade jurídico-material de Administração Pública transformou-se em um automático cumpridor de regras preestabelecidas, em busca da concretização do bem-estar-social.¹⁰⁴

É nítido que existe um aumento significativo do relacionamento da Administração Pública com o particular, razão pela qual não se podia mais aceitar uma Administração Pública na qual o Estado combatia a sociedade, como ocorrido no Estado liberal, mas sim um novo conceito de esfera pública, no qual não se permitia mais o isolamento entre Estado e administrados, mas sim, uma interação, uma colaboração de atuações.

Nesse viés, o ato administrativo foi repensado, não podendo mais ser aceito o engessamento advindo do Estado liberal. O ato administrativo ganha uma repaginada, sendo um instrumento de consecução de interesse público por meio da satisfação de interesses dos particulares de prestação, extirpando de vez a ideia de um instrumento desfavorável aos

¹⁰² MOREIRA, Bernardo Motta. **Controle do lançamento tributário pelos conselhos de contribuinte: aspectos polêmicos do Processo Administrativo Fiscal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 61

¹⁰³ FERRAZ, Luciano. Direito administrativo. In: MOTA, Carlos Pinto Coelho (Org). **Curso prático de direito administrativo**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, v.3, p. 35.

¹⁰⁴ MOREIRA, Bernardo Motta. **Controle do lançamento tributário pelos conselhos de contribuinte: aspectos polêmicos do Processo Administrativo Fiscal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 158.

particulares, configurando-se em um ato constitutivo de direitos, em busca do bem do administrado.¹⁰⁵

No Processo Administrativo observa-se uma maior aproximação entre a Administração e o cidadão, rompe a ideia de administração contraposta à sociedade, como ensina Medauar¹⁰⁶.

O Estado social mostrou-se excessivamente protetor e ao mesmo tempo mergulhado em regimes políticos antagônicos, como a democracia, o fascismo e o nacional-socialismo. Com o fim da segunda guerra mundial, o mundo começou a questionar essa forma de Estado, diante da excessiva interferência do Estado na vida dos cidadãos.

Nesse período, o Estado assume o papel de garantidor material de uma gama de direitos e, conseqüentemente, o Direito Administrativo, além de adotar esse novo viés, teve que desenvolver instrumentos fortes e capazes de garantir o sucesso dessa nova realidade. Resultado prático foi o crescimento da Administração Pública com uma estrutura altamente complexa e muitas vezes confusa. Com a presença e a necessidade de execução de múltiplas tarefas, exigiu o uso da discricionariedade administrativa e, conforme assevera Frattari:

A gestão de planos de longo prazo, pelo que passou a Administração a conformar aspectos cada vez mais amplos da vida social, valendo-se, frequentemente, de intervenções mais drásticas na esfera privada do que as típicas do modelo anterior¹⁰⁷.

Tomaz aponta como elementos que contribuíram para a crise do Estado social, problemas como a corrupção e os desvios de recursos públicos:

As referências críticas que ora deduzimos à custa do Estado de Bem-Estar Social, projetadas a partir do aumento da demanda e da deslegitimação do poder do Estado, fortalecem-se com um exame mais acurado da realidade periférica brasileira, onde qualquer sociólogo, politólogo ou jurista – que faça valer essa qualificação – não poderá se distanciar da conclusão de que a esfera pública sempre esteve distante e alheia às camadas mais pobres da população.¹⁰⁸

Observa-se que o Estado social sucumbiu por uma política muitas vezes transvertida de protecionismo ao bem-estar social que, na verdade, foi pretexto para a criação de regimes

¹⁰⁵ MOREIRA, 2012, p. 63.

¹⁰⁶ MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 196.

¹⁰⁷ FRATTARI, Rafael. Processo Administrativo–tributário, contraditório e administração cidadã. In: TEIXEIRA, Alessandra Bransão; RIOS, Marcelo Jabour (Org). **O contencioso Administrativo fiscal no Estado de Minas Gerais**. Belo Horizonte: Arraes, 2016, p. 4.

¹⁰⁸ TOMAZ, Carlos Alberto Simões de. **Democracia e jurisdição: entre o texto e o contexto**. São Paulo: Braúna, 2012, p. 76.

cerceadores da liberdade da população ou ainda de mecanismos de corrupção e favorecimentos a particulares em nome da realização do bem-estar. Tudo isso foi levando uma perda de credibilidade do Estado suprimindo, inclusive do processo das tomadas de decisão e execução da coisa pública, comprometendo a continuação desse modelo de organização estatal.

Diante do retrocesso demonstrado pelo Estado social e o clamor da sociedade por uma maior participação na vida pública para a realização do seu desenvolvimento, viu-se a necessidade de criação de um novo conceito na relação entre Estado e cidadãos, no qual fosse necessária uma garantia de maior participação dos interessados e não um defensor unilateral do Estado.

Nunes mostra que diante de um sistema que não mais atendia aos anseios da sociedade, era necessário uma mudança por um sistema que garantisse a real influência do cidadão na vida pública, por meio de uma participação eficaz, dando origem ao Estado Democrático de Direito:

[...] disputa entre uma matriz liberal, social ou, mesmo pseudo-social (neoliberalismo processual) do processo, não pode mais solitariamente responder aos anseios de uma cidadania participativa, uma vez que tais modelos de concepção processual não conseguem atender ao pluralismo, não-solipsita e democrático do contexto normativo atual.

Procura-se uma estruturação de um procedimento que atenda, ao mesmo tempo, ao conjunto de princípios processuais constitucionais, às exigências de efetiva normativa do ordenamento e à geração de resultados úteis, dentro de uma perspectiva procedimental de Estado Democrático de Direito.¹⁰⁹

No Brasil, o Estado Democrático de Direito, é inaugurado com a promulgação da Constituição da República do Brasil de 1988, na qual, em seu artigo 1º, parágrafo primeiro¹¹⁰, fica claro a intenção da norma máxima do Estado brasileiro em garantir a participação do cidadão na coisa pública, tornando-se, a partir de então, o paradigma do Estado brasileiro.

¹⁰⁹ NUNES, Dierle José Coelho. Teoria do Processo Contemporâneo: por um processualismo constitucional democrático. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**, ed. especial. Pouso Alegre, 2009, p. 19

¹¹⁰ “Art. 1º - A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.” (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, 5 de out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaoconsolidado.htm>. Acesso em: 15 out. 2016).

Trata-se de uma nova concepção de Estado, na qual democrático o qualifica e leva os valores da democracia sobre todos os elementos constitutivos do Estado, com destaque para a ordem jurídica, como leciona Silva¹¹¹.

O direito passa a ter uma nova roupagem, tem-se a primazia do interesse coletivo, baseado na soberania popular, como expresso no artigo 1º da Constituição Federal de 1988, com garantias à efetivação aos direitos e às liberdades fundamentais, com o objetivo de realizar a democracia participativa¹¹².

A liberdade tem um novo viés, não significa mais a liberdade-autonomia, mas sim, uma liberdade participação. A preocupação passa a ser o homem membro da sociedade, como ensina Tomaz¹¹³.

Dentro dessa nova estrutura, uma das funções primordiais do Estado é a garantia dos objetivos fundamentais, como a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Realizar a promoção do bem-estar da coletividade e garantir que o povo conduzirá o exercício do Poder, seja por meio da escolha dos representantes pela realização de eleições periódicas, seja por meio da participação direta no processo decisório e na formação dos atos de governo.

O Estado democrático de Direito pressupõe um diálogo de pensamentos e opiniões diferentes, com a possibilidade de convivência de “interesses diferentes da sociedade, há de ser um processo de libertação da pessoa humana das formas de opressão que não depende apenas do reconhecimento formal de certos direitos individuais, políticos e sociais.”¹¹⁴

Tomaz traça como ideia central do Estado democrático de direito a estruturação em dois pilares:

Nessa ordem, portanto, a ideia de Estado Democrático de Direito sempre estará ligada a dois fatores: 1º) a limitação jurídica e legitimação do poder; 2º) a igualdade jurídica projetada na eficácia dos mecanismos garantidos dos direitos fundamentais, aí incluídos não apenas os direitos individuais, mas também os direitos sociais e, ainda, os chamados direitos de solidariedade, com o direito à paz, ao desenvolvimento, ao patrimônio comum da humanidade, ao meio ambiente equilibrado e às relações de consumo sadias. Somente a concepção democrática pode propiciar a existência de tais pressupostos.¹¹⁵

¹¹¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 119.

¹¹² Idem

¹¹³ TOMAZ, Carlos Alberto Simões de. **Democracia e jurisdição: entre o texto e o contexto**. São Paulo: Braúna, 2012, p.81.

¹¹⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005, 120.

¹¹⁵ TOMAZ, Carlos Alberto Simões de. **Democracia e jurisdição: entre o texto e o contexto**. 1 ed. Editora Braúna. São Paulo. 2012. p. 83.

O Estado democrático de direito é um novo *locus* da relação entre órgãos estatais e cidadão. A participação do cidadão de forma plena e igualitária na concretização dos interesses do Estado é condição primordial, como mecanismo garantidor da concretização dos direitos fundamentais.

Para Maciel Júnior o Estado democrático de direito é calcado no consenso, o qual é obtido por meio das normas previamente estabelecidas e aprovadas, segundo um processo legislativo válido, para vigorar em uma dada sociedade. Para o autor, a lei é o critério geral das condutas em um determinado ordenamento, “no sentido de estabelecer o norteamento das ações legítimas de um dado Estado”¹¹⁶.

Reforça, ainda, o autor, a importância do consenso no Estado democrático de direito, ou seja, a expressão da maioria, que nesse paradigma se consubstancia na lei.

Unindo os ensinamentos, pode-se afirmar que o Estado democrático de direito é o mecanismo de garantia da participação dos cidadãos, por meio dos seus representantes, consubstanciado em um consenso majoritário, que é a lei, a qual irá orientar as condutas dentro de uma determinada sociedade.

Essa nova roupagem da organização estatal transformou também a esfera pública, cujos atores, Estado e sociedade, não podem ser encarados isoladamente. O cidadão ganha *status* de protagonista do diálogo democrático, garantindo a sua participação na processualidade advinda do texto constitucional e nas leis.

A Constituição Federal de 1988 remodelou a atividade administrativa, com a adoção do Estado democrático de direito. O Direito Administrativo foi constitucionalizado, sendo esse o mecanismo de subordinação da Administração Pública. Ao cidadão, que também está subordinado a Constituição, é garantido a ampla participação na construção da decisão administrativa que irá lhe impactar direta ou indiretamente. Não existe mais espaço para uma administração focada tão somente na defesa do Estado, mas sim na submissão a processualidade constitucional administrativa.

Diante do novo paradigma do Estado democrático de direito, a Administração Pública ocupa um novo papel, não é vista mais com um viés meramente protetivo do Estado ou perseguidora dos objetivos estatais sem a participação do cidadão, tem-se uma nova Administração Pública, uma visão de administração concertada, no sentido de adequar-se às sistemáticas da nova formação do Estado, “pois o que se busca é o consenso, a participação

¹¹⁶ MACIEL JUNIOR, Vicente de Paula. **Teoria das ações coletivas**: as ações coletivas como ações temáticas. São Paulo: Ltr, 2006.p. 68.

dos particulares envolvidos e interessados nas decisões administrativas, objetivando mais aceitação que imposição”¹¹⁷,

O Estado democrático de direito mostra a necessidade de construção de uma nova lógica de Administração Pública, a partir da qual a necessidade pública e os interesses do Estado devem ser construídos, tendo como elementos nucleares os direitos fundamentais e o processo democrático. O interesse público¹¹⁸ primordial sempre deve ser a concretização da Constituição Federal¹¹⁹.

Medauar ressalta que a “constituição determina a observância do esquema processual em determinadas atuações”. A autora reforça que a nova ordem Constitucional trouxe uma “nova ordem de certezas e de garantias nas relações entre administração e administrado, um dos pontos principais das preocupações atuais do direito administrativo”.¹²⁰

Como definido por Merkl *el derecho administrativo es un producto de la Constitución*¹²¹. No caso, a constituição elevou o processo administrativo ao *status* de direito fundamental, igualando a sua importância como mecanismo de solução de conflito ao

¹¹⁷ PINTO E NETO, Luísa Cristina. **A contratualização da função pública**. Belo Horizonte. Del Rey, 2005, p. 67.

¹¹⁸ Vicente de Paula Maciel Junior definiu o direito como interesses juridicamente protegidos, sendo que interesses e direitos são conceitos totalmente distintos, não podendo ser confundidos, razão pela qual não se pode aceitar a definição ora proposta.

O autor define interesse como “manifestações unilaterais de vontade de um sujeito em face de um ou mais bens”. Já direito é definido como sendo um “conjunto de normas abstratamente previstas e vigentes em um determinado país e que formam o seu sistema jurídico”. (MACIEL JUNIOR, 2006, p. 39).

O que vincula as pessoas a um dado comportamento são os direitos e não os interesses. É o direito que subordina o comportamento das pessoas dentro do convívio social, sendo que os interesses é são sempre individuais de cada pessoa, diante de um determinado bem.

O referido autor discorre que o interesse sempre é um momento anterior à formação do próprio direito, sendo que o direito só existe “quando a própria sociedade, pelo consenso, admite que o interesse da parte é válido socialmente, havendo respeito a esse direito.” (MACIEL JUNIOR, 2006, p. 42). Não havendo reconhecimento do respectivo interesse, caberá à parte procurar o Estado-Juiz, que no exercício da jurisdição, terá ou não o seu interesse confirmado perante o caso concreto.

Nessa perspectiva, pode-se afirmar que o interesse está na esfera privada da pessoa, sendo que cada um tem aquele que melhor lhe convém, ou, ainda, trata-se de um caráter individual da pessoa, pertencente à esfera psíquica que liga um sujeito a um bem, como definido por Vicente de Paula Maciel Júnior (2006, p. 54).

Assim, na visão do Estado democrático, a expressão “interesse público” fica totalmente impossibilitada de ser utilizada, diante da sua característica pessoal, privada. O autor, de forma veemente, afirma que a “expressão ‘interesse público’ é inconcebível em um sistema democrático que pressuponha a vinculação dos agentes políticos ao consenso estabelecido pela norma. (MACIEL JUNIOR, 2006, p.60).

Para o referido doutrinador o termo correto a ser empregado é direito público, o qual não escapa da vinculação à lei dos atos dos agentes públicos. (MACIEL JUNIOR, Vicente de Paula. **Teoria das ações coletivas**: as ações coletivas como ações temáticas. São Paulo: Ltr, 2006).

¹¹⁹ FRATTARI, Rafael. Processo Administrativo–tributário, contraditório e administração cidadã. In: TEIXEIRA, Alessandra Bransão; RIOS, Marcelo Jabour (Org). **O contencioso Administrativo fiscal no Estado de Minas Gerais**. Belo Horizonte: Arraes, 2016, p. 6.

¹²⁰ MEDAUAR, Odete. **A processualidade no direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.p. 73-74.

¹²¹ MERKL, Adolfo. **Teoría general del derecho administrativo**. Edición al cuidado de José Luis Monereo Pérez. Granada: Comares, S.L. 2004, p. 110.

processo judicial, é o que se abstrai dos incisos LV, LIV e LXXVII, do artigo 5º, da Constituição Federal de 1988.

Ao garantir a observância do contraditório, da ampla defesa, do devido processo legal e a razoável duração do processo judicial e administrativo, a Constituição está exigindo, expressamente, que a formação do ato administrativo deve se desenvolver por meio do processo, com participação jurídica e isonômica das partes envolvidas, sobretudo nos mecanismos de defesas e no contexto probatório.

Desse modo, a decisão administrativa capaz de afetar interesses de um sujeito determinado “deve ser produzida mediante a observância de um processo administrativo norteado pelo contraditório e pela ampla defesa”.¹²² Assim, não resta espaço para a vontade da Administração Pública ou, pior ainda, dos agentes públicos, mas para um resultado obtido pela processualidade administrativa constitucional.

Diante desse nítido *status* protetor de direitos fundamentais conferido ao processo administrativo, assim como no processo judicial, aquele não pode ser encarado como um mero formalismo ou passagem para a confirmação de uma vontade estatal, mas sim como uma garantia da ampla participação do cidadão na formação da decisão final.

Medauar defende que com o Estado democrático de direito os objetivos do processo administrativo foram ampliados na mesma relação que alteraram as funções do Estado e da Administração, as relações entre Estado e sociedade e as próprias concepções do direito administrativo. “Extrapolou-se o perfil do processo administrativo ligado somente à dimensão do ato administrativo em si, para chegar à legitimação do poder.”¹²³

A autora traça oito finalidades do processo administrativo dentro do Estado democrático de direito, sendo: garantia, melhor conteúdo das decisões, legitimação do poder, correto desempenho da função, justiça na administração, aproximação entre administração e cidadãos, sistematização de atuações administrativas e facilitar o controle administrativo.¹²⁴

Por garantia, entende-se a existência de parâmetros determinados de obediência obrigatória como mecanismo de legitimidade. Os parâmetros basilares encontram-se na Constituição, sendo que “as garantias constitucionais do processo alcançam todos os participantes do mesmo”¹²⁵, como ensina Baracho, o qual discorre, ainda, que “o processo,

¹²² JUSTEN FILHO, Marçal **Curso de direito administrativo**. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos tribunais, 2014, p. 361.

¹²³ MEDAUAR, Odete **Direito administrativo moderno**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 194.

¹²⁴ *Ibidem*, p. 194-196.

¹²⁵ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria Geral do Processo Constitucional. **Revista brasileira de estudos políticos**, Belo Horizonte, v. nº. 90, jun/dez 2004, p. 70.

como garantia constitucional consolida-se nas constituições do século XX, através da consagração de princípios de direito processual, com o reconhecimento e a enumeração de direitos da pessoa humana.”¹²⁶

Outra finalidade do processo administrativo seria a busca por melhor conteúdo das decisões. No Estado democrático de direito, o processo passa a ser um resultado direto da participação isonômica das partes envolvidas na construção da melhor decisão ao caso concreto, ou seja, aquela decisão que reflete a dialética entre as partes envolvidas. Ao garantir essa participação, afasta-se o poder de império de decidir, mas busca-se uma participação ativa, corolário do devido processo legal. Para Nunes o processo dentro do Estado democrático de direito ganha uma maior dimensão, pois passa a ser um espaço no qual os temas e demais contribuições “devam ser intersubjetivamente discutidos, de modo preventivo ou sucessivo a todos os provimentos, assegurando técnicas de fomento ao debate que não descurem o fato tempo-espacial de seu desenvolvimento”¹²⁷.

A terceira finalidade do processo é a legitimação do poder. Trata-se de um dos temas em que o Estado democrático de direito se contrapõe ao Estado social e liberal. O exercício do poder, enquanto funções próprias do Estado, sendo ele singular, mas as “as funções decorrentes do exercício desse poder são as formas pelas quais a atividade dominadora do Estado se manifesta sobre as pessoas, obviamente, ressaltamos, com intransigente fidelidade às normas jurídicas”¹²⁸, não é mais possível acontecer de forma unilateral e opressora, mas sim através de uma imparcialidade e mediante a garantia de participação paritária dos interessados, conduzido por meio de uma processualidade pré-ordenada, resultando em decisões legítimas pela sua observância.

A quarta finalidade é abordada pelo correto desempenho da função. Para Medauar o “processo administrativo, enseja o afloramento de vários interesses, posições jurídicas, argumentos, provas, dados técnicos, obriga à consideração dos interesses e direitos copresentes em certa situação”.¹²⁹ Importante ponderar que todas essas funções não decorrem da vontade ou do interesse do agente público, mas sim da lei, com ampla possibilidade de participação do interessado.

¹²⁶ Ibidem, p. 70-71.

¹²⁷ NUNES, Dierle José Coelho. Teoria do Processo Contemporâneo: por um processualismo constitucional democrático. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**. ed, especial. Pouso Alegre, 2009.

¹²⁸ DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **Processo Constitucional** e Estado Democrático de Direito, Belo Horizonte. 3ª Edição. Revisada, atualizada e ampliada. 2015, p. 16

¹²⁹ MEDAUAR, Odete **Direito administrativo moderno**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 195.

Outra função desempenhada é a concretização da justiça administrativa. Esse ponto decorre da isonomia constitucional, em grau de importância e processualidade, no mecanismo de solução de conflito, com o processo judicial. O processo administrativo passa a ter uma conotação de mecanismo efetivo para a solução de um litígio, advindo das garantias constitucionais insculpidas nos incisos LIV, LV, e LXXVII, do artigo 5º da Constituição Federal.

A sexta função refere-se à aproximação entre administração e cidadãos. Um dos pressupostos da democracia é a participação ativa do cidadão, não apenas na escolha de representantes por meio do voto, mas na vida pública, de forma irrestrita. Sobre esse ponto Böckenforde entende que o conceito:

de la democracia constituye también em nuestros días el fundamento del movimiento em favor de una democracia de base. Para este movimiento la democracia significa participación desde abajo, participación de los individuos (como la base de los afectados) em todas las decisiones que les conciernen. Y se ve en ello también una vía para la solución del problema del dominios: de lo que se trata es de su autosuperación, de una cancelación, em último extremo, del dominio. Está aquí en juego la participación de todos los ciudadanos (afectados) em un proceso de decisión que se aclara a través de la discusión, y que por ello perde su carácter de ejercicio del dominio.¹³⁰

A maior interação entre a Administração Pública e os cidadãos no Estado democrático de direito, decorre, sobretudo, da garantia da participação imprescindível dos interessados na elaboração do ato final. Como consectário, coíbe o exercício do poder arbitrário e ditatorial em desfavor do cidadão.

O penúltimo ponto a ser visto refere-se à sistematização das atuações administrativas. Esse tópico decorre explicitamente da processualidade administrativa. É através dela que é possível assegurar uma maior garantia, legitimidade e não surpresas dos envolvidos nos atos da Administração Pública, eis que se trata de um meio de simplificar e sistematizar as práticas da Administração Pública, visando uniformizar o agir, permitindo o conhecimento prévio do exercício da função administrativa, em contraste com as funções não processualizadas, cujo modo de exercício dificilmente se dá a conhecer.¹³¹

Por fim, tem-se como função do processo administrativo dentro do Estado democrático de direito, o mecanismo de facilitar o controle administrativo. Essa função pode ser considerada como uma conclusão das demais vistas anteriormente eis que, para ser

¹³⁰ BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. **Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia**. Traducción de Rafael de Apapito Serrano. Madri: Editorial Trota, 1993, p. 135-136.

¹³¹ MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 196.

considerado um processo válido dentro da processualidade administrativa Constitucional, sobretudo decorrentes dos incisos LIV e LV, do artigo 5º, da Constituição Federal de 1988, é necessária a observância dos critérios de validade; sua inobservância atestará que houve falha na decisão final, passível de nulidade.

Observa-se a evolução do processo administrativo nas últimas formas de organização do Estado. Em um período aproximado de cem anos, o que, em termos de evolução de uma sociedade é um tempo relativamente curto, houve mudanças significativas. Saiu-se de um modelo elaborado para a proteção do Estado e de seus interesses, que muitas vezes tinha um viés de combate em desfavor do administrado, para se chegar aos dias de hoje, nos quais o processo deve ser encarado como uma garantia de proteção dos direitos fundamentais, da grandeza do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, no qual busca consubstanciar a justiça dentro de um espaço discursivo, agindo como um limitador do poder estatal e, ao mesmo tempo, uma estrutura normativa de:

[...] implementação de uma coparticipação cidadã que garantiria a tomada de consciência e de busca de direito em um espaço onde deve imperar a ampla possibilidade de influência na formação de decisões, no âmbito de uma ordem isonômica.¹³²

3 JURISDIÇÃO ADMINISTRATIVA COMO EXERCÍCIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL ADMINISTRATIVO

Analisado a processualidade administrativa e a função do processo no Estado democrático de direito, faz-se necessária um estudo da atuação do Estado na solução dos litígios administrativos, realizando jurisdição.

A compreensão da jurisdição decorre da análise das funções desempenhadas pelo Estado, sendo a corrente mais aceita, atualmente, a desenvolvida por Montesquieu, vinculada à doutrina da separação dos poderes.

Alvim¹³³ disserta que teorizada por Locke (Tratado do governo civil), com subsídio na obra de Aristóteles (A política), foi Montesquieu o responsável por solidificar a teoria da separação dos poderes, a qual consiste, basicamente, em delimitar as três funções básicas do Estado: a legislativa, a administrativa (ou executiva) e a jurisdicional.

¹³² NUNES, Dierle José Coelho. Teoria do Processo Contemporâneo: por um processualismo constitucional democrático. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**. ed, especial. Pouso Alegre, 2009. p. 26-27.

¹³³ ALVIM, José Eduardo Carreira. **Teoria Geral do Processo**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 62

Dentro dessa realidade, cabe uma análise mais detalhada do poder jurisdicional, enquanto função do Estado.

A palavra *jurisdição* vem do latim *ius* (direito) e *dicere* (dizer), no sentido de representar a “dicção do direito”, correspondendo à função jurisdicional, poder emanado do Estado.¹³⁴

Para Grinover¹³⁵ a jurisdição é o dever do Estado de buscar a realização prática das normas diante de um conflito entre pessoas. Trata-se de uma função de monopólio estatal. Para a doutrinadora a jurisdição é, ao mesmo tempo, poder, função e atividade:

Como poder, é manifestação do poder estatal, conceituado como capacidade de decidir imperativamente e impor decisões. Como função, expressa o encargo que têm os órgãos estatais de promover a pacificação de conflitos interindividuais, mediante a realização do direito justo e através do processo. E como atividade ela é o complexo de atos do juiz no processo, exercendo o poder e cumprindo a função que a lei lhe comete. O poder, a função e a atividade somente transcendem legitimamente através do processo devidamente estruturado (devido processo legal).¹³⁶

Dinamarco define jurisdição como sendo uma função do Estado, “consistente na oferta de tutela a um sujeito que tenha direito ao bem pretendido. Seu escopo magno, que a caracteriza, é a pacificação a ser promovida entre sujeitos em conflito, eliminando-os mediante justiça”.¹³⁷

Para Gonçalves uma das funções mais importante da jurisdição é substituir a autodefesa, extirpando o recurso da autotutela, da vingança privada, da represália. Para o autor:

a jurisdição se organiza para a proteção de direitos e das liberdades, asseguradas na ordem jurídica, contra o ilícito, e ilícito, em qualquer campo do Direito, é a inobservância da conduta normativamente valorada como devida, cuja ocorrência na prática, se se admitir a liberdade do reino humano, não estará fora da esfera possível.¹³⁸

Assim sendo, pode-se afirmar que a jurisdição é um exercício da função Estatal com o intuito de promover a pacificação de conflitos por meio da processualidade ampla, consubstanciada no devido processo legal.

¹³⁴ ALVIM, José Eduardo Carreira. **Teoria Geral do Processo**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 63.

¹³⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do processo**. 21. ed. São Paulo: Malheiros. 2006. p. 38.

¹³⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 130.

¹³⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do novo processo civil**. De acordo com a Lei 13.256, de 4.2.2016. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 244.

¹³⁸ GONÇALVES, Aroldo. Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. Rio de Janeiro: AIDE, 2001, p. 55.

Trata-se de um poder exercido nos limites do texto Constitucional, Ronaldo Bretas de Carvalho Dias entende que “na concepção estruturante do Estado Democrático de Direito, a função jurisdicional ou, simplesmente, jurisdição, é atividade de dever do Estado, prestadas pelos órgãos competentes indicados no texto da Constituição”.¹³⁹

Desde já é importante firmar posição de que a jurisdição é o exercício de solução de conflitos não apenas pelo Poder Judiciário, mas sim pelos indicados no texto Constitucional. É o que se extrai do artigo 5º, inciso LIV e LV, no qual é nítido que o texto constitucional iguala as garantias do processo judicial e administrativo como técnica de solução de litígios, através do exercício da jurisdição.

A jurisdição se caracteriza por meio de um processo instaurado e desenvolvido dentro dos mecanismos obedientes aos princípios e regras constitucionais, ou seja, balizada pelo devido processo legal.¹⁴⁰

Dias explana que o devido processo constitucional é a metodologia normativa que “informa e orienta o processo jurisdicional, o processo legislativo e o processo administrativo, fundamento pelos quais podemos falar em processo constitucional jurisdicional, processo constitucional legislativo e processo administrativo.”¹⁴¹

O doutrinador disserta ser a jurisdição uma figura constitucionalizada e um direito fundamental do ser humano, sendo que a jurisdição é responsável por concretizar os direitos fundamentais:

[...] os textos constitucionais da atualidade incluem no rol dos direitos fundamentais do ser humano o direito à jurisdição ou, melhor dizendo, o direito de ser postular o Estado a tutela jurisdicional, visando à preservação de seus direitos, como faz a constituição brasileira de 1988.

[...]

A tanto, devemos considerar que jurisdição e devido processo legal são figuras de direito manifestamente constitucionalizadas, permitindo-lhes sentido técnico-jurídico mais preciso e vigoroso, daí se falar em processo constitucional e jurisdição constitucional, que se interligam, visando à realização concreta dos direitos fundamentais, tarefa que o Estado deve empenhar-se em cumprir de forma esmerada, ao exercer suas funções jurídicas fundamentais, embora, lamentavelmente, muitas vezes não o faça, sobretudo o Estado brasileiro. À evidência, de nada adiantaria um extensivo rol de direitos fundamentais, se mecanismos que assegurassem sua concretização também não fossem selecionados e incluídos no texto constitucional, nas situações – e não são raras – em que o Estado e os particulares os desconsiderassem. Assim, enquanto os direitos fundamentais são os direitos humanos expressamente enumerados e declarados no ordenamento jurídico-constitucional, as garantias constitucionais, por isto, garantias

¹³⁹ DIAS, Ronaldo Brêtas Carvalho. **Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito**. 3.ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey Editora. 2015, p. 38.

¹⁴⁰ DIAS, Ronaldo Brêtas Carvalho. **Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito**. 3.ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey Editora. 2015, p.38.

¹⁴¹ Ibidem, p. 41-42.

fundamentais, diversamente, compreendem as garantias processuais estabelecidas na própria Constituição (devido processo constitucional ou modelo constitucional de processo) e formadoras de um essencial sistema de proteção aos direitos fundamentais, tecnicamente apto a lhes assegurar plena efetividade. Não fosse assim, os enumerados direitos fundamentais somente serviriam para aformosear o texto da Constituição ou para revesti-lo de inócuo ornamento retórico.¹⁴²

A jurisdição, enquanto poder, função e atividade do Estado,¹⁴³ é exercida de forma plena e não setorizada ou por órgão segmentado. Trata-se de uma função plena do Estado utilizada sempre que for necessária na garantia da justiça ao caso concreto, mediante uma processualidade previamente definida.

Desse modo, não é incorreto expressar a existência de uma jurisdição administrativa, muito pelo contrário, trata-se de uma realidade tecnicamente correta, haja vista ser o mecanismo de solução de conflitos, orientada pelo Estado, sob a égide, sobretudo, do comando Constitucional do artigo 5º, inciso LIV, LV e LXXVIII, em outras palavras é o exercício da função estatal de solução de conflitos através do processo administrativo.

Tal tema não é novo na doutrina internacional. Merkl define jurisdição como “*una actividad por cuya mediación se dice o declara el derecho.*” Para o autor a jurisdição é exercida dentro do direito positivado, “*no sólo por órganos judiciales, sino también por administrativos*”¹⁴⁴, haja vista tratar-se de um mecanismo de concretizar a justiça.

O autor completa dizendo que a:

jurisdicción la subsunción de una situación de hecho contra una norma jurídica abstracta. Mediante la jurisdicción se determina en cada caso concreto lo que para el caso particular es derecho según el sentido de una norma general.

(...)

Las características conceptuales de la jurisdicción con el momento: decisión de contienda. En consecuencia, son actos de jurisdicción aquellos actos ejecutivos por medio de los cuales se dice o declara el derecho en un caso individual entre partes contendientes. Pero no se puede desconocer que semejantes actos no los encontramos únicamente en el campo de actuación de los Tribunales, sino también de aquellos órganos ejecutivos que, valiéndose de un criterio cualquiera, suelen considerarse como órganos administrativos, pero que a nuestro parecer deben ser calificados como judiciales.¹⁴⁵

Albuquerque Sousa aceita a possibilidade de haver jurisdição fora dos domínios públicos de solução de litígios, como nos tribunais arbitrais, para o autor

¹⁴² Ibidem, p. 90-92.

¹⁴³ GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 38.

¹⁴⁴ MERKL, Adolfo. **Teoría general del derecho administrativo**. Edición al cuidado de José Luis Monereop érez. Granada: Comares, S.L. 2004, p. 31.

¹⁴⁵ Ibidem, p. 43-44.

O Estado moderno tem o monopólio do uso da força, e os tribunais, isto é, a *justiça pública*, aplicam a justiça em nome do povo. A coerção que exige o uso da força está reservada aos tribunais como órgãos de soberania. O Estado reivindicou o monopólio da função jurisdicional. O exercício da função jurisdicional cabe aos tribunais, devendo-se abranger na lei portuguesa os tribunais judiciais e restantes tribunais estaduais, os julgados de paz e os tribunais arbitrais. Formando o sistema de justiça pública um poder soberano, possibilita-se a aplicação do princípio da separação de poderes que pretende acautelar o eventual exercício abusivo dos poderes públicos e a garantia das liberdades fundamentais dos cidadãos.

A *justiça privada* não é substitutiva da justiça pública em matéria da separação constitucional de poderes como elemento do Estado de direito. A jurisdição consiste na resolução de litígios concretos e legal e princípios gerais do direito.

A jurisdição pode ser exercida pelos tribunais estatais e arbitrais e, nos casos legalmente previstos, por entidades administrativas, como conservatórias do registo civil ou comercial, cartório notariais, etc¹⁴⁶. (itálicos no original)

Assim, tomando como ponto de análise a função desempenhada pela jurisdição, pode-se falar, com segurança, que os órgãos de julgamento na esfera administrativa, por buscarem a pacificação de um determinado conflito no caso concreto, estão a exercer a jurisdição, por meio de uma processualidade orientada pelo texto Constitucional. Importante reforçar que a atual Constituição brasileira reconhece essa situação, ao garantir uma isonomia de garantias entre os processos administrativo e judicial, no exercício da jurisdição, como se observa nos direitos e garantias fundamentais insculpidos no artigo 5º, incisos LIV, LV e LXXVIII.

Meireles, em obra atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho¹⁴⁷, ao analisar o tema, reconhece com clareza a jurisdição administrativa como sendo a atividade de dizer o direito:

[...] e tanto diz o direito o Poder Judiciário como o Executivo e até mesmo o Legislativo, quando interpretam e aplicam a lei. Todos os Poderes e órgãos exercem jurisdição, mas somente o Poder Judiciário tem o monopólio da jurisdição judicial, isto é, de dizer o direito com força de coisa julgada¹⁴⁸.

Verificada a existência da jurisdição administrativa, é importante uma análise de sua materialização através do devido processo legal administrativo, o qual tem sua pedra angular

¹⁴⁶ ALBURQUERQUE SOUSA, Nulo J. Vasconelos Albuquerque. *Justiça Administrativa e Direito Fundamental à Tutela Jurisdicional Efetiva*. In **Temas Contemporâneos de Direito: Brasil e Portugal**. VILELA, Alexandra; MADEIRA, Dhenis Cruz; LEITE, Jorge; BOANERGES, José Meira; COSTA, José de Faria; MOTA, Lindomar Roch. (Org.). Arraes Editores. 2013, p. 61/62.

¹⁴⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo brasileiro**. Atualizado Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. 23ª Edição. São Paulo. Malheiros Editores. 1998.

¹⁴⁸ *Ibidem*, p. 628

fundada na Constituição Federal de 1988, mais precisamente, os incisos LIV e LV do artigo 5º.¹⁴⁹

Como visto, a jurisdição tem *status* de direito fundamental, cuja fruição se dá pela garantia do processo, orientado pelas normas constitucionais, sendo que a mais importante é o devido processo legal.¹⁵⁰ Nesse ponto Baracho, expressa com precisão que “o processo constitucional é técnica de garantias dos direitos fundamentais.”¹⁵¹

Desse modo, pode-se afirmar que o processo é a metodologia utilizada para o exercício da jurisdição, sendo que as suas orientações estão presentes no texto Constitucional, o qual, em diversos momentos, mostra a isonomia existente, em grau de garantia constitucional na solução dos conflitos, entre o processo judicial e administrativo. É o que se extrai das normas do art. 5º, incisos II, XXXV, XXXVII, LII, LIV e LXXVIII, todos da Constituição Federal de 1988.¹⁵²

Desconsiderar que a Constituição brasileira reconhece o devido processo legal administrativo é considerar que o termo processo empregado em seu texto tenha sido utilizado de forma despreziosa, sem a devida técnica ou conteúdo semântico próprio, o que leva a compreendê-lo como um mero procedimento, sem a participação do interessado, existindo e validado por ato unilateral da Administração Pública. Por outro lado, é possível entender que a Constituição Federal, ao referir-se a “processo”, garantiu aos interessados o direito ao devido “processo administrativo” em sentido amplo, entendido como mecanismo no qual se preserva, peremptoriamente, a oportunidade de participação do interessado em contraditório isonômico.¹⁵³

Na estrutura desenvolvida no Estado democrático de direito como mecanismo de solução de conflito, buscando um espaço participativo na solução dos conflitos, com ampla participação das partes influenciarem na construção da decisão final do julgador, entende-se que existe apenas uma possibilidade, a consubstanciada no segundo caminho, eis que, “dada a sua centralidade e proeminência axiológica, toda a atividade interpretativo-aplicativa (do

¹⁴⁹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, 5 de out. 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 15 out. 2016.

¹⁵⁰ DIAS, Ronaldo Brêtas Carvalho. **Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito**. 3. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey Editora. 2015, p. 92-93.

¹⁵¹ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria Geral do Processo Constitucional. **Revista brasileira de estudos políticos**, Belo Horizonte, v. nº. 90, jun/dez 2004. p. 123

¹⁵² BRASIL, op cit.

¹⁵³ FRATTARI, Rafael. Processo Administrativo-tributário, contraditório e administração cidadã. In: TEIXEIRA, Alessandra Bransão; RIOS, Marcelo Jabour (Org). **O contencioso Administrativo fiscal no Estado de Minas Gerais**. Belo Horizonte: Arraes, 2016, p. 9.

legislador, do administrador e do juiz) deve ser realizada em conformidade e com vistas à maior realização possível dos direitos fundamentais.¹⁵⁴

Tal opção se solidifica no fato que diante de conceitos jurídicos imprecisos que comportem até mesmo mais de uma interpretação, “deve o administrador fazer-se permeável ao sistema de direitos fundamentais e levá-lo devidamente em conta em seus respectivos juízos de apreciação ou de escolha”, com leciona Binjenbojm.¹⁵⁵

No Estado democrático de direito, a interpretação constitucional sempre deve ser balizada na concretização dos direitos fundamentais “e a preservação das formas democráticas de manifestação, daí porque a lei não pode impedir o acesso ao processo administrativo, senão que regular a forma do seu exercício, mas sempre o preservando”.¹⁵⁶

Nesse escopo, o processo administrativo se caracteriza pela atuação dos interessados dentro do devido processo legal, sob orientação constitucional, sem prejuízo de existir normas infraconstitucionais detalhando o procedimento que deverá ser seguido, como acontece com a Lei nº 9784, de 29 de janeiro de 1999, que regulamenta o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal¹⁵⁷.

Além da norma supracitada, existem várias outras que regulamentam o processo administrativo. A mais recente, que merece destaque, é o artigo 15 do Código de Processo Civil brasileiro, Lei nº 13.105/2016, a qual define que “na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente”.¹⁵⁸

Diante da clara redação, pode-se afirmar que havendo uma omissão normativa que regule o exercício da jurisdição administrativa por meio do processo, poderão ser utilizadas as regras que orientam os processos judiciais.

Essa recente ordenação poderá trazer grandes ganhos aos litigantes no processo administrativo, dentre eles a distribuição dinâmica das provas prevista no artigo 373¹⁵⁹, do código de processo civil.

¹⁵⁴ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do Direito Administrativo, Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 76.

¹⁵⁵ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do Direito Administrativo, Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p.76

¹⁵⁶ FRATTARI, op.cit.

¹⁵⁷ Brasil. Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o Processo Administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. **Diário Oficial da União, Brasília**, 1º fev.1999. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm>. Acesso em: 30 de ago. de 2016.

¹⁵⁸ BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial União**, Brasília, 17 mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 13 set. 2016.

¹⁵⁹ “Art. 373. O ônus da prova incumbe:

A título de exemplo, estando o administrado diante de uma hipossuficiência processual em produzir determinada prova no curso do processo administrativo, poderá requerer que a Administração Pública seja incumbida de realizar o respectivo mecanismo probatório, caso esteja comprovado que ela tenha uma maior facilidade de fazê-lo, o que poderá ser de extrema valia para igualar as “forças” dentro da processualidade administrativa constitucional.

Desse modo, está a cargo do Código de Processo Civil vigente, como ensina Theodoro Júnior:

[...] não apenas disciplinar a jurisdição civil, mas também funcionar como principal fonte do direito processual no ordenamento jurídico brasileiro. Toca, pois, ao estatuto civil o papel de fonte de preenchimento de todas as lacunas dos outros diplomas processuais.¹⁶⁰

A inovação trazida pelo Código de Processo Civil garantirá uma maior concretização da processualidade do devido processo legal no processo administrativo.

O devido processo legal administrativo, garantido constitucionalmente no inciso LIV, artigo 5º, Constituição Federal de 1988, é um sistema de limitação ao poder, como ensina Dinamarco. Para o autor refere-se a um limitador proposto pelo próprio Estado de direito para a preservação de seus valores democráticos e trata-se de uma

autolimitação do Estado-juiz no exercício da própria jurisdição, no sentido de que a promessa de exercê-la será cumprida com as limitações contidas nas demais garantias e exigências, sempre segundo os padrões democráticos da República brasileira. (grifo do autor).¹⁶¹

A função do devido processo legal é organizar o exercício do perfil democrático do processo e,

por atrair à órbita das medidas de tutela constitucional certas garantias não caracterizadas como verdadeiros princípios ou lançadas de modo genérico em outros

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

§ 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído”. (BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial União**, Brasília, 17 mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 13 set. 2016).

¹⁶⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Código de Processo Civil Anotado**. 20. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 82.

¹⁶¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do novo processo civil**. De acordo com a Lei 13.256, de 4.2.2016. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 75

dispositivos constitucionais, mas que com ele guardem pertinência. Diante disso, consideram-se incluídas no quadro do devido processo legal as garantias do direito à prova, da inadmissibilidade da prova obtida por meios ilícitos (art. 5º, inc. LVI), da inviolabilidade do domicílio (art. 5º, inc. XI), do sigilo das comunicações e dados (art. 5º, inc. XII), do dever de motivação dos atos judiciais (art. 93, inc. IX), etc.¹⁶²

O devido processo legal vem para garantir uma simetria entre as partes envolvidas, assim, tratando-se de processo desenvolvido perante os órgãos administrativos, deve haver igualdade de oportunidade entre o Poder Público e o particular, por meio do exercício do contraditório, o qual deve ser eficiente o suficiente para influenciar na formação da convicção do julgador que irá prolatar a decisão final.

A igualdade de participação será consubstanciada na garantia do contraditório, mecanismo imprescindível para o desenvolvimento do processo, o qual deve ser tratado com todo o respeito, tanto por quem cria as normas - que deve ter o cuidado de privilegiar o contraditório -, quanto pela administração, cuja atuação processual deve sempre privilegiar o contraditório, por ser uma garantia processual administrativa, que constitui um núcleo constitucional do processo administrativo.¹⁶³

Para Frattari uma das funções mais importantes do processo administrativo é permitir a participação do cidadão na produção do ato, “exatamente para prevenir que a unilateralidade se transforme em arbitrariedade”.¹⁶⁴

Após a Constituição de 1988, o processo passa a ser encarado como uma estrutura normativa de implementação da participação cidadã, como ensina Nunes:

[...] que garantiria a tomada de consciência e de busca de direitos em um espaço onde deve imperar a ampla possibilidade de influência na formação de decisões, no âmbito de uma *ordem isonômica*, ou seja, com a adoção de um contraditório em sentido forte

Assim, o contraditório forma o pilar do devido processo legal administrativo, o qual, no Estado Democrático de Direito, deve ser visto como instrumento de participação igualitária

¹⁶² Ibidem, p. 76.

¹⁶³ FRATTARI, Rafael. Processo Administrativo-tributário, contraditório e administração cidadã. In: TEIXEIRA, Alessandra Bransão; RIOS, Marcelo Jabour (Org). **O contencioso Administrativo fiscal no Estado de Minas Gerais**. Belo Horizonte: Arraes, 2016, p. 10.

¹⁶⁴ Ibidem, p.7

entre a Administração Pública e o administrado, com ampla possibilidade de ambos influenciarem na decisão final¹⁶⁵.

4 O ACESSO À JUSTIÇA ADMINISTRATIVA COMO GARANTIA FUNDAMENTAL.

Paulo Nader busca uma definição de justiça nas concepções de Platão e Aristóteles ao afirmar que “*justitia est constans et perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi* (Justiça é a constante e firme vontade de dar cada um o que é seu). Inserida no *Corpus Juris Civilis*”¹⁶⁶.

¹⁶⁵ Tal realidade vem ganhando força cada dia mais no cotidiano do processo administrativo, um exemplo é a decisão prolatada Edna Márcia Silva Medeiros Ramos da 13ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, na ação de mandado de segurança nº.: 1005300-81.2016.4.01.3400. Discutia-se nos autos a validade ou não do chamado “voto de qualidade” ou seja, quando o presidente da turma de julgamento administrativo, no caso o CARF, vota duas vezes, uma durante o julgamento e outra em caso de empate, nos termos do artigo 54 do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, RICARF (“As turmas só deliberarão quando presente a maioria de seus membros, e suas deliberações serão tomadas por maioria simples, cabendo ao presidente, além do voto ordinário, o de qualidade”). Ao precisar o tema a Juíza Federal expressou o seguinte entendimento: “(...) De outro lado, vê-se também que, a construção da “maioria” necessária à proclamação do resultado pela manutenção da multa deu-se em decorrência de uma indevida interpretação, por parte do CARF, do que seria o voto de qualidade, conferido aos presidentes das turmas. No caso, entendeu-se que o voto de qualidade seria uma espécie de voto dúplice, que conferiria ao presidente o poder de, após votar e, restando empatado, **votar novamente**, promovendo o desempate. Todavia tal interpretação não pode ser mantida, por violar frontalmente os mais basilares princípios democráticos de direito. O Estado Democrático, cuja instituição foi um dos principais objetivos visados pelos Constituintes de 1988, que o elevou à condição de pedra fundamental da República Federativa do Brasil, com referência inclusive no preâmbulo da Carta Magna, tem como fundamento básico a igualdade. Tal princípio, por óbvio, se propaga para os órgãos colegiados de decisão, nos quais não se pode admitir que um dos membros tenha o poder de voto maior que dos outros, com aptidão até mesmo para modificar completamente o resultado da opinião expressa pela maioria. Ora, **o voto de qualidade, ou voto de Minerva é reservado para aquelas situações em que, não tendo votado o presidente do órgão, o resultado da votação esteja empatado**. Nestas condições, cabe ao presidente desempatar, através de seu único voto, pois nem de longe tal faculdade pode significar o poder do presidente votar duas vezes, induzindo o empate (já que sem sua intervenção a orientação por ele escolhida não seria vitoriosa) e, após, garantir a prevalência do seu entendimento pelo uso do “voto de qualidade”. Aceitar tal entendimento, significa, na prática, que quase todas as questões polêmicas, que gerem entendimentos divergentes, sejam decididas unicamente pelo Presidente, já que este somente não teria o poder de decidir, inclusive modificando o resultado do julgamento quando a diferença de votos fosse superior a dois votos. Numa diferença de apenas um voto, o que não é difícil num colegiado pequeno, especialmente nos casos mais polêmicos, acabaria sempre prevalecendo a posição do Presidente, num rematado e claro descumprimento do princípio democrático, tanto mais quando se nota que, no caso em tela, **havia um conselheiro ausente**, de sorte que nada obstava que o julgamento, pelo menos quanto às restrições em que não se alcançou maioria absoluta, pudesse ser adiado para colher o voto dele e, assim, definir a questão ou então que fosse resolvida a questão com apenas 5 dos Conselheiros presentes, abstenendo-se o Presidente de votar, o que, por outra via, evitaria o empate. Ademais, ainda que assim não fosse, isto é, ainda que se admitisse que pudesse o Presidente votar duas vezes, esse estranho voto de “qualidade” serviria unicamente para decidir qual orientação prevaleceria, e nunca para formar a maioria qualificada, que necessita de quatro conselheiros, não podendo o presidente ser contado como se “fosse dois”. (...) Ante o exposto, **DEFIRO** o pedido liminar para suspender a exigibilidade do crédito tributário lançado de ofício e consubstanciado no PA 15540.720415/2011-24, até ulterior manifestação desde Juízo ou até que outra sessão de julgamento seja realizada no mesmo processo, sem a possibilidade de voto dúplice do Presidente da sessão.” (...)

¹⁶⁶ NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito**. 36. ed. Rio de Janeiro. Forense. 2014, p. 138.

Essa definição retrata a justiça como virtude humana, bem como a ideia nuclear desse valor. “Dar a cada um o que é seu”.¹⁶⁷

Esse sentido distributivo de justiça não se refere apenas ao conteúdo referente à riqueza, mas também a algo próprio da pessoa. A prática de justiça representa respeito à vida, à liberdade, à igualdade de oportunidade, ou seja, é o bem nas relações sociais.¹⁶⁸

Ampliando um pouco o conceito, justiça pode ser encarada como a virtude da convivência humana, dar a cada um o que lhe pertence, mediante uma igualdade simples ou proporcional, sendo necessária uma atitude de respeito para com os outros, dando aquilo a que tenham direito de ter ou de fazer, como ensina Diniz¹⁶⁹.

Bobbio colabora com o tema, ao apontar que o problema da justiça está na correspondência e não na norma aos valores últimos ou finais que orientam um determinado ordenamento jurídico:

O problema se uma norma é justa ou não é um aspecto do contraste entre o mundo ideal e mundo real, entre o que deve ser e o que é: norma justa é aquela que deve ser; norma injusta é aquela que não deveria ser. Pensar sobre o problema da justiça ou não de uma norma equivale pensar sobre o problema da correspondência entre o que é real e o que é ideal. Por isso, o problema da justiça se denomina comumente de problema deontológico do direito.¹⁷⁰

A justiça pode ser encarada como uma instituição “concretizadora das normas nos casos concretos, é condição das liberdades, e a todos tem de ser concretamente assegurado o acesso ao direito em geral e, caso seja necessário, aos tribunais para garantia e defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos”¹⁷¹.

Para o Albuquerque Sousa a justiça é também um problema moral ao dizer que:

“A justiça não é apenas um problema político ou econômico, mas também moral. O desenvolvimento de um país liga-se ao conjunto de oportunidades que se oferece à população de fazer escolhas e exercer a sua cidadania. Tal implica a garantia dos direitos sociais como a saúde, a educação, a segurança, a liberdade, a habitação e a cultura.”¹⁷²

¹⁶⁷ Ibidem, p. 138

¹⁶⁸ Ibidem, p. 138.

¹⁶⁹ DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à ciência do Direito**. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva. 2009, p. 412.

¹⁷⁰ BOBBIO, Noberto. **Teoria da norma jurídica**. Tradução Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Bauru: Edipro, 2001, p.46

¹⁷¹ ALBURQUERQUE SOUSA, Nulo J. Vasconelos Albuquerque. Justiça Administrativa e Direito Fundamental à Tutela Jurisdicional Efetiva. In **Temas Contemporâneos de Direito: Brasil e Portugal**. VILELA, Alexandra; MADEIRA, Dhenis Cruz; LEITE, Jorge; BOANERGES, José Meira; COSTA, José de Faria; MOTA, Lindomar Roch. (Org.). Arraes Editores. 2013, p. 60.

¹⁷² Idem, p. 61.

4.1 O acesso à justiça administrativa no Brasil.

No Brasil o poder estatal detém o monopólio da solução dos litígios contenciosos, por meio do exercício da jurisdição, que poderá ocorrer dentro do Poder Judiciário ou nos órgãos de julgamentos perante a Administração Pública.

Assim, o ponto a ser analisado é como permitir o acesso à justiça perante os órgãos de julgamento em respeito aos fundamentos da Constituição, mais especificamente, como garantir o acesso à justiça no processo administrativo nos moldes orientados pela Constituição.

A concepção de acesso à justiça vem alterando com a evolução da sociedade, migrando de um mero direito para uma garantia do cidadão.

No Estado liberal, a forma de solução dos litígios civis refletia uma filosofia essencialmente individualista dos direitos em vigor, era um direito essencialmente formal do indivíduo de propor uma ação ou de apresentar defesa contra um determinado pedido em seu desfavor.

O acesso à justiça era visto como um direito natural, o qual não necessitava de uma intervenção do Estado para sua proteção.¹⁷³

O Estado adotava uma postura passiva sobre a aptidão de uma pessoa pleitear ou defender um direito e não estava preocupado com os possíveis entraves que o cidadão encontrava para acessar a justiça. Era uma época em que os custos para se pleitear uma demanda eram altos, muitas vezes seu acesso ficava restrito a uma classe que pudesse arcar com os valores, diante do quase completo afastamento do Estado do tema.

No Estado Social, com o crescente reconhecimento dos direitos e deveres sociais dos governos, o acesso à justiça torna-se fundamental para efetivar os direitos proclamados pelo Estado.

Assim, com o crescimento quantitativo das relações sociais, o conceito de direitos humanos começou a sofrer uma transformação significativa. As ações e os relacionamentos em comunidade assumem um caráter mais coletivo que individual e foi necessário as sociedades modernas deixarem para trás o viés individualista dos direitos, consubstanciadas nas “declarações de direitos” peculiares do século dezoito e dezenove.¹⁷⁴

¹⁷³ CAPELLETTI, Mauro; GARTH, Brayant. **Acesso à Justiça**. Tradução Ellen Gracie Northfleet, Sérgio Antonio Fabris. Porto Alegre: Editor, 1988, p. 4.

¹⁷⁴ Ibidem, p. 4.

Diante dessa nova realidade, o acesso à justiça não pode ser visto como uma mera formalidade, mas sim como algo de importância vital para a garantia dos direitos individuais e sociais. “O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos”, como ensina Capelletti e Garth¹⁷⁵.

O acesso à justiça passa a ser uma garantia, saindo, definitivamente, do campo de um mero formalismo à disposição de poucos diante do seu grau de complexidade e até mesmo por ser oneroso.

Desse modo, existe uma transição significativa no acesso à justiça, que deixa de ser um direito formal e passa a ser uma garantia, nos dias atuais, expressa na Constituição.

Silva busca traçar uma distinção entre direito e garantia, o que não é um tema de fácil consenso:

[...] no texto da lei fundamental, as disposições meramente declaratórias, que são as que imprimem existência legal aos direitos reconhecidos, e as disposições assecuratórias, que são as que, em defesa dos direitos, limitam o poder. Aquelas instituem os direitos; estas, as garantias: ocorrendo não raro juntar-se, na mesma disposição constitucional, ou legal, a fixação da garantia, com a declaração do direito.¹⁷⁶

O autor salienta que não é nítida a linha divisória entre direito e garantias, nem é decisivo em face da Constituição afirmar que os direitos são declaratórios e as garantias assecuratórias, “porque as garantias em certa medida são declaradas e, às vezes, se declaram os direitos usando formas assecuratórias.”¹⁷⁷

A Constituição brasileira garante o acesso à justiça em diversos dispositivos, sobretudo do artigo 5º, incisos XXXIV, XXXV (BRASIL, 1988), elevando, portanto, o acesso à justiça ao status de garantia dos direitos fundamentais.

As garantias advindas do texto Constitucional, com maior destaque daquelas presentes no artigo 5º, por expressarem “os Direitos e Garantias Fundamentais”¹⁷⁸, tratam-se de normas constitucionais que auferem aos titulares dos direitos e garantias fundamentais “meios, técnicas, instrumentos ou procedimentos para impor o respeito e a exigibilidade de seus

¹⁷⁵ CAPELLETTI, Mauro; GARTH, Brayant. **Acesso à Justiça**. Tradução Ellen Gracie Northfleet, Sérgio Antonio Fabris. Porto Alegre: Editor, 1988, p. 5.

¹⁷⁶ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 185.

¹⁷⁷ Ibidem, p. 185

¹⁷⁸ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, 5 de out. 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 15 out. 2016.

direitos. Nesse sentido, essas garantias não são um fim em si mesmas, mas instrumentos para a tutela de um direito principal.”¹⁷⁹

Desse modo, o acesso à justiça deve ser encarado como uma garantia, um meio disponível para que todos possam ter solucionados os seus conflitos de forma pacífica e harmônica, em busca da tutela de um direito.

Como uma garantia, o dispositivo normativo central em matéria de processo administrativo é o inciso LV, do art. 5º, da Constituição Federal, o qual garante “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.”¹⁸⁰

Essa norma apresenta-se essencialmente como uma garantia, por se destinar a tutelar direitos. Ela representa meios para que sejam preservados, reconhecidos ou cumpridos direitos dos indivíduos na atuação administrativa.¹⁸¹ Medauar ensina que sob a perspectiva do cidadão:

[...] trata-se de direito-instrumental. Deve ser focado também como garantia de direitos difusos, do que fornece exemplo o licenciamento ambiental com participação em contraditório, de entidades ambientalistas direcionadas à defesa de interesses difusos.¹⁸²

Ao analisar o acesso à justiça, verifica-se que ele não se esgota no processo judicial, muito pelo contrário, é garantido que ele se realize e se materialize também no processo administrativo, este, inclusive, é o interesse claro e inequívoco do texto Constitucional.

Capelletti e Garth¹⁸³ traçam como soluções práticas para os problemas de acesso à justiça três situações: a criação da assistência judiciária, a representação jurídica para os interesses difusos e, em terceiro lugar, o enfoque de acesso à justiça.

A garantia ao acesso à justiça no processo administrativo brasileiro passa pelos caminhos acima informados, no entanto, alguns pontos com maior grau de maturação no direito brasileiro, outros em fase de necessidade de maior reflexão.

¹⁷⁹ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 23. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros 2004, p. 188.

¹⁸⁰ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, 5 de out. 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao compilado.htm>. Acesso em: 15 out. 2016.

¹⁸¹ MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.197.

¹⁸² MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.197.

¹⁸³ CAPELLETTI, Mauro; GARTH, Brayant. **Acesso à Justiça**. Tradução Ellen Gracie Northfleet, Sérgio Antonio Fabris. Porto Alegre: Editor, 1988, p 12.

O primeiro ponto a ser analisado é a assistência judiciária, sob a perspectiva da inclusão do interessado nas estruturas estatais de solução das controvérsias de forma gratuita, tendo em vista que a ausência dessa garantia poderá significar a restrição do acesso à justiça àqueles desfavorecidos economicamente.

Sobre esse tema é necessário analisar dois pontos importantes: as custas processuais e o custo do advogado, por ser o técnico com formação combatível para elaborar uma defesa técnica dentro de um processo repleto de regras e procedimentos jurídicos.

No processo administrativo existe uma vantagem por inexistir, em quase totalidade, a cobrança de custas processuais, o que, por si só, demonstra ser uma vantagem. Alguns órgãos de julgamento cobram taxas, as quais via de regras são infinitamente inferiores as custas processuais, não comprometendo o acesso à justiça, até mesmo pelo fato de serem apenas iniciais, não sendo devidas outras ao final do processo.

No entanto, até há pouco tempo havia outro limitador que onerava o litigante: o depósito prévio como requisito de admissibilidade recursal.

Para melhor explorar esse tema, se faz necessário a análise das Súmulas Vinculantes números 21¹⁸⁴ e 5¹⁸⁵ do Supremo Tribunal Federal.

A Súmula 21 tratou de analisar a constitucionalidade dos artigos 33¹⁸⁶ e 43¹⁸⁷ do Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972 (BRASIL 1972), recepcionado pela atual Constituição como lei ordinária.

¹⁸⁴ É inconstitucional a exigência de depósito ou arrolamento prévios de dinheiro ou bens para admissibilidade de recurso administrativo. (Aprovada pela seção plenária do Supremo Tribunal Federal em 03 de fevereiro de 2010). (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula vinculante 21. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1278>>. Acesso em: 21 de set. de 2016).

¹⁸⁵ A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição. (Aprovada pela seção plenária do Supremo Tribunal Federal em 07 de maio de 2008). (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula vinculante 5. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=5.NUME.%20E%20S.FLSV.&base=baseSumulasVinculantes>>. Acesso em: 21 de set. . 2016).

¹⁸⁶ Art. 33. Da decisão caberá recurso voluntário, total ou parcial, com efeito suspensivo, dentro dos trinta dias seguintes à ciência da decisão. Parágrafo único. No caso em que for dado provimento a recurso de ofício, o prazo para interposição de recurso voluntário começará a fluir a partir da ciência, pelo sujeito passivo, de decisão proferida no julgamento do recurso de ofício. § 1º - No caso de provimento a recurso de ofício, o prazo para interposição de recurso voluntário começará a fluir da ciência, pelo sujeito passivo, da decisão proferida no julgamento do recurso de ofício.

§ 2º Em qualquer caso, o recurso voluntário somente terá seguimento se o recorrente arrolar bens e direitos de valor equivalente a 30% (trinta por cento) da exigência fiscal definida na decisão, limitado o arrolamento, sem prejuízo do seguimento do recurso, ao total do ativo permanente se pessoa jurídica ou ao patrimônio se pessoa física.

§ 3º O arrolamento de que trata o § 2º será realizado preferencialmente sobre bens imóveis.

§ 4º O Poder Executivo editará as normas regulamentares necessárias à operacionalização do arrolamento previsto no § 2º.

§ 5º O Poder Executivo editará as normas regulamentares necessárias à operacionalização do depósito, da prestação de garantias e do arrolamento referidos nos §§ 1º a 4º.

Os referidos artigos disciplinavam a necessidade de depósito prévio de pelo menos trinta por cento do valor discutido no processo administrativo fiscal para apresentar recurso voluntário, espécie de defesa utilizada no processo administrativo fiscal, buscando uma reanálise do julgamento pelo segundo grau de jurisdição administrativa.

Tais normas representavam uma clara e inequívoca restrição ao acesso à justiça no processo administrativo, eis que, basta imaginar que aquele que não dispunha do respectivo montante econômico estaria impedido de ter o seu litígio reanalisado por uma instância de julgamento superior, deixando de garantir ao interessado os recursos a ele inerentes, à ampla defesa, ao contraditório, dentre outras garantias constitucionais do devido processo legal. Inclusive, esse foi o argumento utilizado no precedente representativo que consubstanciou na referida súmula vinculante:

[...]

4. No julgamento da medida cautelar, o Ministro Francisco Resek afirmou (fls. 45/46): '[...] O que o dispositivo impugnado institui importa cerceamento do direito à tutela jurisdicional. O artigo determina que a admissão de 'ações judiciais' que tenham por objeto a discussão de débito para com o INSS se condiciona - obrigatoriamente - ao depósito preparatório do valor do débito cuja legalidade será discutida. Está claro que o [sic] a norma cria séria restrição à garantia de acesso aos tribunais (artigo 5º - XXXV da CF). O que se pretende, à primeira vista, é assegurar a eventual execução. Nesta trilha, a norma não representaria grande novidade em nosso ordenamento jurídico. Entretanto, o que a singulariza é a restrição vestibular e ponderável do acesso ao Poder Judiciário. A necessidade do depósito, tal como aqui lançada, limitará o próprio acesso à primeira instância. Da garantia de proteção judiciária decorrem diversos princípios tutelares do processo - o contraditório, a ampla defesa, o duplo grau de jurisdição, entre outros - e o depósito aqui exigido poderá, em muitos casos, inviabilizar o direito de ação'. (ADI 1074, Relator Ministro Eros Grau, Tribunal Pleno, julgamento em 28.3.2007, *DJ* de 25.5.2007).¹⁸⁸

¹⁸⁷ Art. 43. A decisão definitiva contrária ao sujeito passivo será cumprida no prazo para cobrança amigável fixado no artigo 21, aplicando-se, no caso de descumprimento, o disposto no § 3º do mesmo artigo.

§ 1º A quantia depositada para evitar a correção monetária do crédito tributário ou para liberar mercadorias será convertida em renda se o sujeito passivo não comprovar, no prazo legal, a propositura de ação judicial.

§ 2º Se o valor depositado não for suficiente para cobrir o crédito tributário, aplicar-se-á à cobrança do restante o disposto no caput deste artigo; se exceder o exigido, a autoridade promoverá a restituição da quantia excedente, na forma da legislação específica.

§ 3º Após a decisão final no processo administrativo fiscal, o valor depositado para fins de seguimento do recurso voluntário será:

a) devolvido ao depositante, se aquela lhe for favorável;

b) convertido em renda, devidamente deduzido do valor da exigência, se a decisão for contrária ao sujeito passivo e este não houver interposto ação judicial contra a exigência no prazo previsto na legislação.

§ 4º Na hipótese de ter sido efetuado o depósito, ocorrendo a posterior propositura de ação judicial contra a exigência, a autoridade administrativa transferirá para conta à ordem do juiz da causa, mediante requisição deste, os valores depositados, que poderão ser complementados para efeito de suspensão da exigibilidade do crédito tributário.

¹⁸⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 1074-3. Distrito Federal. Relator: Ministro Eros Grau, Tribunal Pleno, julgamento em 28.3.2007, **Diário de Justiça**, Brasília, 25 maio 2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=459624>>. Acesso em: 15 out. 2016.

Desse modo, dentro dos pilares estruturados no acesso à justiça administrativa, a corte constitucional brasileira acertou em afastar tal exigência limitadora da realização da justiça.

Por outro lado, a mesma técnica não foi observada pelo Supremo Tribunal Federal na edição da súmula vinculante número 05¹⁸⁹, negado a imprescindibilidade da defesa técnica realizada por advogado no processo administrativo.

Analisando os votos dos ministros julgadores, Gilmar Mendes, Celso de Mello, Marco Aurélio, Ellen Gracie, Cezar Peluso, Carlos Britto, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia e Menezes Direito, no Recurso Extraordinário nº 434.059-3¹⁹⁰, que serviu de paradigma para edição da respectiva súmula vinculante, observa-se um posicionamento retrógrado do processo, algumas manifestações com viés garantidor essencialmente formalista, posição típica do Estado Liberal, outras mais utilitárias, no entanto, nenhuma discussão dentro da processualidade constitucional como garantia ao acesso à justiça.

O primeiro voto foi do ministro relator Gilmar Mendes, citando literatura estrangeira, demonstrando o seguinte entendimento sobre a matéria:

Apreciando o chamado “Anspruch auf rechtliches Gehör (pretensão à tutela jurídica) no direito alemão, assinala a Corte Constitucional que essa pretensão envolve não só o direito de manifestação e o direito de informação sobre o objeto do processo, mas também o direito de ver os seus argumentos contemplados pelo órgão incumbido de julgar (cf. Decisão da Corte Constitucional alemã – BverfGE 70, 288-293; sobre o assunto, ver também PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Grundrechte – Staatsrecht II*, cit p. 286; BATTIS, Ulrich; GUSY, Christoph. *Einführung in das Staatsrecht*. 3. Ed. Heidelberg, 1991, p. 363-364).

Daí afirmar-se, correntemente, que a *pretensão à tutela jurídica*, que corresponde exatamente à garantia consagrada no art. 5 LV, da Constituição, contém os seguintes direitos:

(I) – direito de informação (Recht auf Information), que obriga o órgão julgador a informar à parte contrária dos atos praticados no processo e sobre os elementos dele constantes;

(II) – direito de manifestação (Recht auf Äusserung), que assegura ao defendente a possibilidade de manifestar-se oralmente ou por escrito sobre os elementos fáticos e jurídicos constantes do processo (cf. Decisão da Corte Constitucional – BverfGE 11, 218 (218); CF. DÜRIG/ASSMANN. In: MAUNZ-DÜRIG. *Grundgesetz-Kommentar*, Art. 103, v. IV, nº97),

(III) – direito de ver seus argumentos considerados (Recht auf Berücksichtigung), que exige do julgador capacidade de apreensão e isenção de ânimo (Aufnahmefähigkeit und Aufnahmebereitschaft) para contemplar as razões apresentadas (cf. PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Grundrechte – Staatsrecht II*, cit p. 286; BATTIS, Ulrich; GUSY, Christoph. *Einführung in das Staatsrecht*, cit.

¹⁸⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula vinculante 5. **Diário de Justiça**, 7 maio 2008. Disponível em < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=5.NUME.%20E%20S.FLSV.&base=baseSumulasVinculantes>>. Acessado em: 21 set. 2016.

¹⁹⁰ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO 434.059-3. **Diário de Justiça**, 11 de junho de 2008. Disponível http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/SUV_04_05_06_Debates.pdf. Acessado em 21 set. 2016.

p. 363-364; ver, também, DÜRING/ASSMANN. In: MAUNZ-DÜRING. Grundgesetz-Kommentar, Art. 103, v. IV, n° 97).

[...]

Sobre a Constituição de 1988, o Supremo Tribunal Federal vem afirmando que em tema de restrição de direitos em geral e, especificamente no caso de punições disciplinares, há de assegurar-se a ampla defesa e o contraditório no processo administrativo.

(...)

Ora, se devidamente garantido o direito (i) à informação, (ii) à manifestação e (iii) à consideração dos argumentos manifestados, a ampla defesa foi exercida em sua plenitude, inexistindo ofensa ao art. 5º, LV, da Constituição Federal.

Por si só, a ausência de advogado constituído ou de defensor dativo com habilitação não importa nulidade de processo administrativo disciplinar.

[...].¹⁹¹

O ministro relator inicia seus argumentos sob fundamento da literatura alemã, a qual tem como ponto de destaque o direito de informação, direito de manifestação e o direito de ver seus argumentos considerados, no entanto ao concluir seus argumentos o Ministro mostrou entender que basta a garantia formal desses direitos, que o artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal estará atendendo a seu interesse constitucional.

O julgador partiu de premissas corretas, mas, ao “esticar” a interpretação, desrespeitou garantias processuais constitucionais e chegou a uma conclusão equivocada. Para se garantir o acesso à justiça, o direito de manifestação só será exercido em sua plenitude se for realizado por pessoa com conhecimento científico capaz de trazer todos os possíveis argumentos de defesa técnica, caso contrário, o exercício do direito à consideração dos argumentos pelo julgador estará prejudicado, eis que, o julgador decidirá o mérito nos limites propostos pelo interessado, sendo-lhe vedado conhecer questões não suscitadas.

Desse modo, tal posicionamento, ao buscar uma garantia meramente formal, não atende aos preceitos constitucionais da processualidade democrática, pois não permite que o interessado tenha uma defesa técnico-jurídica, o que aumentaria a possibilidade de aumentar a chance dos argumentos do interessado influenciar na decisão final do litígio.

Os demais ministros julgadores acompanharam o Relator, no entanto todos manifestaram considerações que reforçam tratar-se de uma decisão muito mais formalista do que preocupada com a técnica processual e o acesso à justiça.

O ministro Menezes Direito, ao concordar com o Relator, acrescentou que que “a lei especial de regência expressamente faz a indicação dessa possibilidade do próprio servidor

¹⁹¹ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO 434.059-3. **Diário de Justiça**, 11 de junho de 2008. Disponível http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/SUV_04_05_06__Debates.pdf. Acessado em 21 set. 2016.

manifestar sua defesa, que, no caso, sob julgamento, de fato, ocorreu; o servidor foi notificado e não quis”.¹⁹²

Os argumentos apresentados pela ministra Carmem Lúcia mostraram a fragilidade técnica da súmula vinculante número 05, ao expressar:

A doutrina tem entendido que só em dois casos o servidor poderia falar: quando alega e comprova que a questão é complexa, exige certo conhecimento que escapa ao que lhe foi imputado, vindo a manifestar-se como inapto para exercer a autodefesa; e nos casos especificados, em que essa facultatividade não seria bastante para não se ter mais do que um simulacro de defesa.¹⁹³

A ministra mostrou certa preocupação em garantir a efetiva processualidade e, conseqüentemente, o pleno acesso à justiça nas duas hipóteses citadas, o que, de certa forma, comprometeu o campo de validade da súmula vinculante, pois no texto final aprovado não existem tais ressalvas. O texto da súmula vinculante deveria vir com a respectiva ressalva ou não seria possível aceitar a sua validade em todos os casos, o que fugiria do escopo constitucional do artigo 103-A, da Constituição Federal de 1988¹⁹⁴, ou seja, trata-se de um argumento sem um sustentáculo técnico processual.

O voto do ministro Ricardo Lewandowski demonstrou uma das maiores contradições do julgamento. Em um parágrafo ele defendeu que a defesa técnica integra o devido processo legal, ou seja, trata-se de uma garantia.

No parágrafo subsequente, manifesta entendimento que a defesa técnica é “uma faculdade que deve ser colocada à disposição do acusado, daquele que responde a processo judicial ou administrativo, basta que seja intimado, para que possa, em querendo, oferecer defesa, então não haverá nenhuma nulidade”.¹⁹⁵

Tal viés fere frontalmente a Constituição em seu artigo, 133, ao determinar que o advogado é indispensável à justiça, haja vista não tratar de um mero formalismo, mas sim elemento indispensável no exercício da jurisdição.

¹⁹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula vinculante 5. **Diário de Justiça**, 7 maio 2008. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=5.NUME.%20E%20S.FLSV.&base=baseSumulasVinculantes>>. Acesso em: 21 set. 2016.

¹⁹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula vinculante 5. **Diário de Justiça**, 7 maio 2008. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=5.NUME.%20E%20S.FLSV.&base=baseSumulasVinculantes>>. Acesso em: 21 set. 2016.

¹⁹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula vinculante 5. **Diário de Justiça**, 7 maio 2008. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=5.NUME.%20E%20S.FLSV.&base=baseSumulasVinculantes>>. Acessado em: 21 set. 2016.

¹⁹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula vinculante 5. **Diário de Justiça**, 7 maio 2008. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=5.NUME.%20E%20S.FLSV.&base=baseSumulasVinculantes>>. Acessado em: 21 set. 2016.

Por outro lado, no voto do ministro Carlos Britto, ele se perde no conceito de jurisdição, para fundamentar que a defesa técnica não é obrigatória no processo administrativo:

[...] atendo-me a um fundamento esgrimido pelo eminente Advogado-Geral da União de que, de fato, a presença obrigatória do advogado se faz no processo judicial, porque a “Seção III” do “Capítulo IV” sobre a “FUNÇÕES ESSENCIAIS À JUSTIÇA” deixa claro (art. 133) que “o advogado é indispensável à administração da justiça,” sendo que justiça, aqui, no “Capítulo IV” significa função jurisdicional, ou seja, quando a Constituição no “Capítulo IV” diz “DAS FUNÇÕES À JUSTIÇA”. Justiça, ai, entende-se, lógico, não como aparelho judiciário, é a função jurisdicional. Isso está muito bem explicado na cabeça do art. 127, [...]

A comprovar, portanto, que justiça aqui, nesse capítulo, não é outra coisa senão função jurisdicional ou função judicante propriamente dita.

[...] que se lê no inciso LV do art. 5º, que não incorpora nos processos administrativos a defesa técnica, a obrigatoriedade da defesa técnica do advogado.

196

Em outras palavras, o citado Ministro propôs o entendimento que não existe justiça no processo administrativo, logo não é necessária a presença do advogado na confecção da defesa técnica.

Destaca-se, dentre os votos dos julgadores, o voto do ministro Gilmar Mendes que, apesar de não observar a técnica processual, seu fundamento trouxe uma visão de utilidade, ferindo preceitos constitucionais. Defende o ministro a impossibilidade de exigir a defesa técnica de um advogado por impossibilidade do Estado em garantir a defesa técnica para os considerados hipossuficientes, o que causaria um assoberbamento da defensoria pública.

Nesse caso o ministro utilizou a ineficiência estatal para cotejar uma garantia do litigante em processo administrativo. Em outras palavras, mitigou o devido processo legal, não encontrando consonância com a melhor técnica processual, eis que a ineficiência estatal não pode resultar em mitigação de garantias ao jurisdicionado no processo administrativo.

Desse modo, essa análise mais detalhada do julgamento que originou a súmula vinculante número 05 mostra que, ao desprezar a figura do advogado, o Supremo Tribunal Federal estremeceu as bases da garantia à justiça no processo administrativo, sobretudo pelos frágeis argumentos e muitas vezes contraditórios, não atendendo à processualidade democrática, ou seja, à plena participação do interessado na influência da decisão final.

Tal discussão se torna relevante não apenas como uma garantia para o desenvolvimento Constitucional da processualidade, mas também em respeito ao artigo 133 da Constituição

¹⁹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula vinculante 5. **Diário de Justiça**, 7 maio 2008. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=5.NUME.%20E%20S.FLSV.&base=baseSumulasVinculantes>>. Acessado em: 21 set. 2016.

Federal que determina ser o advogado indispensável à administração da justiça, vale dizer que quando se busca a justiça é obrigatória a participação do advogado, como ocorre no processo administrativo, pois, “a garantia de recorrer à justiça compreende mais do que simplesmente deduzir em juízo uma pretensão, pois se assim o fosse poderia e estaria dispensada a atuação do advogado no caso concreto”, como ensina Pires.¹⁹⁷

O Autor completa dizendo:

“O princípio do livre acesso à justiça deve garantir os meios necessários para a consecução de um pronunciamento sobre a razão do pedido, assegurando durante todo o processo a observância do ordenamento jurídico, o que só pode ser alcançado com a atuação por meio dos conhecimentos técnicos e científicos de profissionais habilitados que reduzam a margem de erros.

(...)

A Constituição garante ao cidadão que não possui recursos para promover a defesa de seus interesses, a assistência jurídica gratuita, a ser realizada pela Defensoria Pública ou, em não havendo atendimento na comarca, por advogado particular. Não se trata de regra proteção corporativa no interesse dos advogados. Na verdade, revela-se garantia do cidadão de que seu direito será defendido por profissional qualificado para a postulação em juízo. Assim como aquele que está acometido de qualquer moléstia procura por um especialista na proteção da sua saúde, o indivíduo que se vê atingido por um ato de ilegalidade deve ser atendido por um estudioso capaz de prescrever o tratamento concreto.

(...)

Desse modo é o advogado, em face, inclusive, do seu envolvimento com questões sociais, o responsável pela tutela das garantias do cidadão com guardião da ordem jurídica”¹⁹⁸

Desse modo se faz necessário uma revisão da súmula vinculante sob o manto da garantia constitucional da processualidade, pois afastando o advogado do processo administrativo está correndo sério risco de desequilibrar a participação das partes no processo, ferindo toda a estrutura processual administrativa.

4.2 Viés do Direito Difuso no processo administrativo

Dando prosseguimento às orientações de Capelletti e Gath na análise dos elementos que compõe o acesso à justiça, passa-se ao exame que os autores denominam de “Representação dos interesses difusos”.¹⁹⁹

¹⁹⁷ PIRES, Pedro Henrique Ramirez. A imprescindibilidade do advogado e o instituto do *jus postulandi*. In: SILVA, José Anchieta da; FIUZA, Ricardo A. Malheiros (Coord.). **25 Anos de Advocacia**. Belo Horizonte. Del Rey Editora. 2015, p. 663.

¹⁹⁸ PIRES, Pedro Henrique Ramirez. A imprescindibilidade do advogado e o instituto do *jus postulandi*. In: SILVA, José Anchieta da; FIUZA, Ricardo A. Malheiros (Coord.). **25 Anos de Advocacia**. Belo Horizonte. Del Rey Editora. 2015, p. 663/664.

¹⁹⁹ CAPELLETTI, Mauro; GARTH, Brayant. **Acesso à Justiça**. Tradução Ellen Gracie Northfleet, Sérgio Antonio Fabris. Porto Alegre: Editor, 1988, p. 18.

Trata-se da garantia do acesso à justiça relacionada aos direitos coletivos ou grupais, em contrapartida a um sistema processual vigente estruturado na solução de conflitos individuais.

Os Direitos difusos se caracterizam pela impossibilidade de determinar, com exatidão, quem são os titulares ou os beneficiários; refere-se a um direito que transcende o indivíduo, trata-se de pessoas indeterminadas²⁰⁰.

Por seu turno, os direitos coletivos definem-se pela possibilidade de determinar os interessados. Trata-se de direitos pertencentes a grupos ou categorias de pessoas com interesse comum, possuindo uma só base jurídica, como ensina Gomes Júnior²⁰¹.

Por fim, os direitos individuais homogêneos encontram definição e caracterização no Código de Defesa do Consumidor, mais precisamente em seu artigo 81, inciso III²⁰². Trata-se daqueles direitos de uma origem comum. Theodoro Júnior expressa acerca dos direitos individuais homogêneos que “desde a origem se pode identificar a titularidade do direito pelo indivíduo, sem conotação alguma com o grupo que posteriormente se confirmou apenas para efeito de atuação em juízo”.²⁰³

Desse modo, uma ação coletiva é aquela utilizada para a defesa de uma pretensão de natureza coletiva²⁰⁴, ou seja, aquela cujo objeto de defesa é um direito difuso, um direito coletivo ou ainda um direito individual homogêneo.

Diante dessas considerações, o processo administrativo apresenta, em vários casos, uma proteção de direito coletivo, eis que, o seu objeto em diversas hipóteses transcende o interesse individual da matéria em litígio com o Estado.

Em um processo administrativo tributário, por exemplo, ao se discutir a validade ou não de um tributo não vinculado²⁰⁵, está-se, em sua essência, diante a um objeto de discussão eminentemente coletivo, eis que, a receita tributária tem função precípua de financiar as atividades estatais, visando ao interesse de todos.

²⁰⁰ GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. **Curso de Direito Processual Civil Coletivo**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 8.

²⁰¹ GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. **Curso de Direito Processual Civil Coletivo**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 9.

²⁰² BRASIL. Lei nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário oficial da União, Brasília**, 12 set. 1990. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=5.NUME.%20E%20S.FLSV.&base=baseSumulasVinculantes>>. Acesso em: 25 set. 2016.

²⁰³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Algumas observações sobre Ação Civil Pública e Outras Ações Coletivas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 63.

²⁰⁴ GOMES JÚNIOR, op.cit., p. 13.

²⁰⁵ Tributos não vinculados são aqueles nos quais existe o dever de pagar o tributo sem a exigência de uma contraprestação estatal, como por exemplo, o Imposto de Renda, o IPTU, IPVA, dentre outros.

Assim se observa, também, nos processos perante os tribunais de conta. Neles se apura, essencialmente, direito da coletividade referente à aplicação correta ou não dos recursos públicos, nos termos das previsões e destinações legais. São inúmeros os exemplos que se poderiam estender aqui, todos eles com o mesmo viés coletivo.

4.3 Nova visão na solução de conflitos.

Por fim, tem-se o terceiro ponto que se refere a um novo enfoque ao acesso à justiça. Trata-se de um alcance muito mais amplo do que a simples concretização da justiça perante um órgão de julgamento estatal. Esse último ponto centra sua atenção no conjunto de mecanismos e procedimentos para processar e prevenir disputas na sociedade moderna.²⁰⁶

Trata-se de novos métodos de se concretizar a justiça sem a necessidade do Poder Judiciário, o qual, muitas vezes, se mostra caro, ineficiente e moroso.

Nesse ponto, o Brasil parece iniciar uma forte sinalização para adoção de métodos alternativos de solução de conflitos, que poderá sofrer sérios impactos na busca pela solução dos litígios quanto for parte pessoa jurídica de direito público.

Com a edição da Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015²⁰⁷, foi regulamentada a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias, e, ainda, possibilitou a autocomposição de conflitos no âmbito da Administração Pública.

Por essa norma, em seu artigo 32, a Administração Pública, União, Estados, Distrito Federal e Municípios poderão criar câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos, no âmbito das respectivas competências.

Trata-se de um procedimento facultativo para dirimir conflitos entre órgãos e entidades da Administração Pública, devendo acontecer perante os respectivos órgãos da Advocacia Pública.

É um instituto ainda pendente de regulamentação pelos entes Públicos e, até o presente momento, não se tem notícia de sua utilização por qualquer Município, Estado ou até mesmo a União.

²⁰⁶ CAPELLETTI, Mauro; GARTH, Brayant. **Acesso à Justiça**. Tradução Ellen Gracie Northfleet, Sérgio Antonio Fabris. Porto Alegre: Editor, 1988, p. 25.

²⁰⁷ BRASIL. Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da Administração Pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. **Diário oficial da União**, Brasília, 29 jun. 2015. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm> Acesso em: 25 set. 2016.

Certo que se trata de uma sinalização importante como mecanismo de solução de controvérsia no âmbito do processo administrativo. É um procedimento que poderá ser inserido antes do início de um contencioso administrativo para que, de forma volitiva, o interessado se manifeste favorável ou contrário em submeter a controvérsia a uma autocomposição.

Ponto importante da referida norma é a preocupação de realizar todo o procedimento perante os respectivos órgãos da Advocacia Pública da União, Estado, Distrito Federal ou Município.

Tal situação demonstra a preocupação do legislador de garantir o advogado como parte ativa e integrante do procedimento de solução de controvérsia, o que enfraquece ainda mais a súmula vinculante número 05, eis que, por uma questão de paridade, não se pode aceitar que em uma autocomposição uma parte seja assistida por advogado e a outra não.

4.4 O Julgador administrativo

Na seara do processo administrativo um ponto de grande relevância é a definição do julgador administrativo, o qual deve primar pela imparcialidade, por decorrência do princípio da igualdade, visando que as partes devem ser tratadas com isonomia, quanto a possibilidade de interferência na construção de uma decisão final, dentro de uma processualidade previamente definida no texto Constitucional.

Analisando o tema sob a perspectiva da Constituição portuguesa, Duarte entende que a atividade administrativa está limitada pelo princípio da imparcialidade que “como corolário do princípio da igualdade, indica que se devem tratar de modo igual situações idênticas e que cobre valorativamente, assim, a proibição de discriminações positiva e negativas”.²⁰⁸

O referido autor completa dizendo que

Uma aproximação deste tipo ao princípio da imparcialidade leva à identificação axiomática entre os princípios da igualdade e da imparcialidade e, portanto, à consideração do princípio da igualdade e da imparcialidade e, portanto, à consideração do princípio da igualdade como uma realidade de duas faces. Uma, virada para o legislador, que lhe determina a idêntica consideração abstracta de todos perante à lei. Outra, dirigida, pessoalmente à Administração – o princípio da imparcialidade – e que lhe impõe a igualdade de avaliação dos destinatários na tarefa de aplicação normativa.

²⁰⁸ DUARTE, David. **Procedimentalização, participação e fundamentação: para uma concretização do princípio da imparcialidade administrativa como parâmetro decisório**. Coimbra. Livraria Almedina. 1996. p. 279

O percurso pelo processo de densificação desenvolvida pela doutrina italiana, cujo pioneirismo se deve ao facto de se ter debruçado sobre a primeira individualização constitucional da imparcialidade como princípio jurídico, permite ver que, ao lado de tendência de concretização relativamente periféricas, é da tradição jurisdicional administrativizada das regras relativas ao impedimento decisórios, com as exceções a referir, que se encontra o cerne da principalização da imparcialidade.

A esta luz, é em redor da premissa que encontra no valor imparcialidade uma proibição de decisões que impliquem o privilégio ou o prejuízo daqueles que se colocam sob o seu espaço de operatividade – o correspondente administrativo do *nemo iudex in causa própria* –, e que se baseiam numa convergência de interesses particulares exorbitante do núcleo central do interesse público em causa, que se encontra o entendimento tradicional do princípio da imparcialidade.

As decisões administrativas ficam subordinadas, assim, a um princípio limitativo que impede que os destinatários ou terceiros sejam favorecidos ou prejudicados de acordo com a sua situação objectiva ou com os seus interesses. Esta significação da imparcialidade tem como consequência que a decisão parcial é a que se justifica por ter como ponto de apoio explicativo a cadeia que se forma entre o ou um dos interesses individuais do decisor e um bem (ou elemento) que se insere no âmbito daquilo que é a projecção procedimental e decisória do destinatário.²⁰⁹

Sob o prisma da Constituição brasileira observa-se no artigo 5º, incisos, I, LIV e LV, garantias de igual valor, através do devido processo legal administrativo e a igualdade de oportunidade aos participantes do processo administrativo.

Para se chegar ao exercício da igualdade o julgador não pode está representando classe ou mesmo categoria que sofreram os efeitos da decisão final do processo administrativo, sob pena de não atender o princípio da imparcialidade, consequentemente ferindo a igualdade no julgamento.

Nesse viés, a maioria dos órgãos de julgamento dos processos administrativos brasileiros se encontram fora da ordem Constitucional vigente, eis que, grande parte deles utilizam a representação paritária na composição dos julgadores, herança adquirida no Estado Social e até mesmo Liberal.

A título de exemplo, o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF –, nos termos do artigo 1º de seu regimento interno²¹⁰, é um órgão de julgamento colegiado de representação paritária, com a finalidade de julgamento de matérias afetas a tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil.

As turmas de julgamento serão integradas por oito conselheiros, sendo quatro representantes da Fazenda Nacional e quatro dos contribuintes, a presidência do CARF e das

²⁰⁹ DUARTE, David. **Procedimentalização, participação e fundamentação: para uma concretização do princípio da imparcialidade administrativa como parâmetro decisório**. Coimbra. Livraria Almedina. 1996. p. 280/281.

²¹⁰ BRASIL, Portaria MF nº.: 343, de 09 de junho de 2015. Aprova o regimento interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) e dá outras providências. Disponível em <http://idg.carf.fazenda.gov.br/aceso-a-informacao/institucional/regimento-interno/reg-outros/ricarf-multi-11072016.pdf>. Acessado em 21 de novembro de 2016.

câmaras de julgamentos, as quais são formadas por até duas turmas, serão sempre da Fazenda Nacional, nos termos do artigo 11, 12 e 21²¹¹ do regimento interno.

Nessa composição, a processualidade, a imparcialidade e do devido processo legal administrativo muitas vezes não são atendidos, em detrimento de fundamentação utilitarista dos julgadores que compõe o respectivo órgão de julgamento, sejam em favor da Fazenda Nacional ou mesmo do contribuinte.

Tal situação compromete frontalmente a imparcialidade dos julgadores e conseqüentemente do julgamento, ferindo a igualdade das partes no processo administrativo.

Diante da igualdade de garantias conferidas pela Constituição Federal de 1988, ao processo administrativo e judicial, a escolha de julgadores deve ocorrer de forma a garantir a imparcialidade e a igualdade, sendo necessário um sistema de concurso público, para a escolha dos julgadores com melhores aptidão técnica, afastando assim representação de classe ou mesmo de temas, buscando a garantia da imparcialidade e da igualdade do julgador no processo administrativo.

5. A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS PELO PROCESSO ADMINISTRATIVO: CELERIDADE PROCESSUAL

O Poder Judiciário mostra-se cada vez mais sobrecarregado para atender aos anseios da sociedade, não havendo motivos para ser a única via de solução de conflitos de forma eficiente, até mesmo pelo fato da Constituição ter franqueado garantias ao processo administrativo para que o interessado o utilize como meio de solução de conflitos.

Partindo do texto da Constituição que, de forma peremptória, deixou claro a sua intenção de assegurar ao processo administrativo garantias processuais para a solução de conflitos, chegando ao atual código de processo civil, que, em seu artigo 15 permitiu a aplicação das regras processuais que no passado eram exclusivas do processo judicial, ao processo administrativo.

Toda essa preocupação é uma tentativa de colocar à disposição do administrado a implementação das garantias advindas do texto constitucional para a solução dos conflitos na via administrativa, eis que, até mesmo pelo fato que o Poder Judiciário como via única de

²¹¹ Art. 11. A presidência do CARF será exercida por conselheiro representante da Fazenda Nacional.

Art. 12. A presidência das Seções e das Câmaras será exercida por conselheiro representante da Fazenda Nacional.

Art. 21. As Seções são compostas, cada uma, por 4 (quatro) Câmaras. Art. 22. As Câmaras poderão ser divididas em até 2 (duas) Turmas de julgamento. Art. 23. As Turmas de Julgamento são integradas por 8 (oito) conselheiros, sendo 4 (quatro) representantes da Fazenda Nacional e 4 (quatro) representantes dos Contribuintes.

acesso para a solução dos conflitos, não vem se mostrando cumpridor do inciso LXXVIII, art. 5º, CF/88. Levantamento realizado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) retrata o gargalo que o Poder Judiciário enfrenta na atualidade, em contrapartida a um vultoso aumento no custo desse meio de solução de conflito.

. Dados publicados pelo CNJ em 2015, ano-base 2014²¹², mostram que as despesas no exercício da função judiciária pelo Poder Judiciário somaram o importe de R\$ 68,4 bilhões, um crescimento de 4,3%, comparado com 2013.²¹³

O mesmo estudo apontou que em 2014 o Poder Judiciário, incluído aqui a Justiça Estadual, Justiça Militar Estadual, Tribunais Superiores, Justiça Eleitoral, Justiça Federal e Justiça do Trabalho, iniciou com um acervo de 70,8 milhões de conflitos. No final do mesmo ano estimou-se um crescimento de 0,5%, chegando-se ao montante de 71,2 milhões de litígios apreciados pelo Poder Judiciário.²¹⁴

Em 2014, o número de novas demandas que ingressaram no Poder Judiciário chegou ao montante de 28,9 milhões.²¹⁵

Entre 2009 e 2014, o volume de litígios novos no Poder Judiciário²¹⁶ aumentou em 17,2%, fato que demonstra uma estimativa crescente de contencioso que chega até o Poder Judiciário.

O estudo aponta que, para zerar o estoque de litígios pendentes de solução, seriam necessários quase dois anos e meio de trabalho, sem ingressar nenhum caso novo, o que é quase inviável diante da cultura de judicialização de conflitos, implantada na sociedade brasileira atualmente.

Diante desses números, um ponto de importante análise é a quantidade de julgadores e serventuários para fazer essa “máquina de solução de conflitos” funcionar.

Para tanto, em 2014, o estudo apontou que o Poder Judiciário dispunha de 16.927 magistrados²¹⁷, quando deveriam ser 22.451²¹⁸, conforme cargos já criados por autorização legal, existindo, portanto, um *déficit* de 21,8% magistrados.²¹⁹

²¹² JUSTIÇA EM NÚMEROS 2015: ano-base 2014/Conselho Nacional de Justiça - Brasília: CNJ, 2015. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoess/pj-justica-em-numeros>>. Acesso em: 25 de set. 2016.

²¹³ Ibidem, p. 29.

²¹⁴ Ibidem, p. 34.

²¹⁵ Ibidem, p. 34.

²¹⁶ JUSTIÇA EM NÚMEROS 2015: ano-base 2014/Conselho Nacional de Justiça - Brasília: CNJ, 2015, p. 34. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoess/pj-justica-em-numeros>>. Acessado em: 25 de set. 2016.

²¹⁷ Ibidem, p. 31.

²¹⁸ Ibidem, p. 31

²¹⁹ Ibidem, p. 31

O quadro de servidores não é diferente. Em 2014, o Poder Judiciário possuía uma equipe de 278.707 servidores.²²⁰ Importante ressaltar que existem 40.248 cargos²²¹ criados por lei e ainda não providos, o que representa um montante de 14% dos cargos efetivos existentes.²²²

Os números mostram claramente que o Poder Judiciário se encontra totalmente sobrecarregado e deficitário.

Ao dispor de um volume cada vez maior de litígios levadas ao Poder Judiciário, chegando à casa de 70 milhões dispõe, por outro lado, de números cada vez mais reduzidos de juízes e serventuários, sendo necessária ainda uma vultosa quantia financeira para manter esse aparato, superior a R\$ 68 bilhões de reais.

Essa realidade demonstra que é necessário fomentar outros caminhos constitucionalmente aceitos para a solução do contencioso com credibilidade. Nesse viés, o processo administrativo se mostra uma via com um grande potencial, sendo imprescindível para isso, um maior respeito à processualidade diante da sua importância constitucional.

A legislação brasileira vem sinalizando que tende a seguir nesse caminho. Observa-se essa tendência no Código de Processo Civil, em vigor desde março de 2016, em seu artigo 15 e na Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015²²³, em seu artigo 32, sendo necessária, também, uma mudança de mentalidade da sociedade, gerando maior acesso e confiança em outras formas de solução de litígios fora do Poder Judiciário.

O artigo 15 do novo Código de Processo Civil poderá ser de fundamental importância para a condução de uma cultura de solução de conflito via processo administrativo. É fundamental, para que essas novidades processuais sejam aplicadas no Brasil, efetivamente, sem tergiversações ou jogo de palavras que reduzam seu valor de direito humano essencial, que os julgadores encontrem seu lugar no paradigma vigente, renunciando aos “argumentos da autoridade” para se renderem à autoridade dos argumentos e das teorias mais modernas, rumo à compreensão da proposta policentrista dialogal da processualidade democrática que se quer instalada com o atual código de processo civil²²⁴.

²²⁰ Ibidem, p. 31

²²¹ Ibidem, p. 31

²²² Ibidem, p. 31

²²³ BRASIL. Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da Administração Pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. **Diário oficial da União**, Brasília, 29 jun. 2015. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm> Acesso em: 25 set. 2016.

²²⁴ LÔBO, Edilene, BICALHO, Renato Braga. Jurisdição administrativa para a resolução de conflitos aduaneiros. In Resolução Alternativa de Conflitos e (IN) Eficiência da jurisdição na proteção de direitos fundamentais. LÔBO, Edilene (Org.). Editora Virtual Books. Pará de Minas. 2015.

Para atingir esse desiderato, logicamente, os julgadores dos órgãos administrativos deverão se preparar técnica e psicologicamente, imbuídos de boas teorias e da consciência do paradigma vigente que não lhes confere o papel de protagonistas, sendo este do povo, mas de coadjuvantes da construção da cidadania por meio do processo.

Entretantes, tramita no congresso nacional um projeto de lei complementar visando a “estabelecer normas gerais sobre o processo administrativo fiscal no âmbito das administrações tributárias da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios”.²²⁵

Essa iniciativa de lei teve início no Senado Federal por meio do Projeto de Lei Complementar nº 222/2013²²⁶, de relatoria do Senador Vital do Rêgo. Foi encaminhado à Câmara dos Deputados, recebendo o número PLC nº 381/2014. Atualmente o projeto de lei se encontra na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania com o relator Deputado Alceu Moreira.

Apesar do projeto de lei tratar apenas do processo administrativo fiscal, mostra um avanço e preocupação do legislador em garantir a processualidade administrativa, nos termos delimitados no texto Constitucional, o que poderá ser um início para irradiar para os demais assuntos possíveis de serem solucionados por meio do processo administrativo.

Analisando o texto elaborado pelo Senado Federal e enviado para a Câmara dos Deputados, o projeto de lei busca assegurar o contencioso administrativo federal, estadual, municipal e no âmbito do Distrito Federal, tendo como mecanismo de defesa e recurso a impugnação, os embargos de declaração, o recurso voluntário, o recurso de ofício, o recurso especial e o pedido de reexame de admissibilidade do recurso especial, conforme previsto no artigo 1º, do PLC nº 381/2014.

Esse primeiro ponto mostra uma preocupação com a reanálise da matéria julgada, evitando que o processo administrativo padeça no formalismo ao ponto do mesmo órgão que lavra o auto de infração julgue e decida pela validade do crédito tributário. O que mostra ser um avanço no processo administrativo fiscal.

²²⁵ REGO, Vital. **Projeto de Lei do Senado nº 381, de 2014**. Estabelece normas gerais sobre o processo administrativo fiscal no âmbito das administrações tributárias da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Disponível em: < <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=611441>>. Acesso em: 15 out. 2016.

²²⁶ SENADO FEDERAL. Projeto de Lei Complementar nº.: 222 de 2013. Estabelece normas gerais sobre o processo administrativo fiscal, no âmbito das administrações tributárias da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Disponível em < <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/113086>>. Acesso em: 30 set. 2016.

O Projeto de Lei traz, ainda, a obrigatoriedade do duplo grau de jurisdição administrativa, sendo que, na primeira instância, o julgamento poderá ser realizado monocraticamente ou por órgão colegiado, a critério da legislação específica do ente tributante. Na segunda instância, o julgamento será realizado por órgão colegiado com representação paritária, ou seja, por membros da respectiva administração tributária e dos contribuintes.

Trata-se de um ganho e um respeito ao contribuinte litigante no processo administrativo fiscal. Essa regra permite maior segurança na decisão administrativa e uma maior imparcialidade do julgamento.

Pelo projeto de lei, passa a ser obrigatória a publicidade prévia das pautas de julgamentos, com antecedência mínima de 10 dias. Tal requisito refere-se ao respeito à publicidade dos atos processuais, permitindo que o contribuinte conheça previamente a data do seu julgamento, franquiando a possibilidade de apresentar memoriais, por exemplo.

Outro ponto positivo refere-se ao dever de fundamentação das decisões administrativas, com a indicação dos pressupostos fáticos e de direito que serviram de convencimento no caso concreto, tema que retrata o respeito à ampla defesa.

Por fim, destaca-se a possibilidade de criação das súmulas vinculantes administrativas, com o objetivo de dar validade, interpretação e eficácia à norma determinada, buscando, com isso, estabilizar as decisões administrativas, dar maior segurança jurídica e previsibilidade ao administrado.

Uma vez editada pelo órgão colegiado de instância superior do órgão julgador administrativo, mediante decisão de dois terços dos seus membros, a súmula terá efeito vinculante para a respectiva administração tributária, a partir da sua aprovação pelo Ministro da Fazenda ou pelo Secretário estadual, distrital ou municipal da Fazenda.

Esse projeto de lei é uma amostra de que é preciso mudar o processo administrativo como um todo, com o objetivo de atender aos anseios advindos do texto Constitucional, sobretudo os direitos e garantias fundamentais descritos no artigo 5º, inciso LIV, LV e LXXVIII, buscando, com as implementações desses direitos e garantias, maior efetividade ao processo administrativo, para que ele se torne um verdadeiro instrumento de solução de conflitos e não um amontoado de procedimentos para cumprir etapas meramente formais, sem a efetividade das garantias advindas do texto constitucional.

CONCLUSÃO

Os avanços alcançados com a promulgação da Constituição Federal de 1988 influenciaram a leitura dos diversos ramos do direito brasileiro, em razão dos vários institutos inovadores que faz inserir na ordem jurídica implementada.

Dentre esses avanços destaca-se a constitucionalização do direito, condicionando a leitura do ordenamento jurídico brasileiro sob esse viés, irradiando condutas a serem observadas pelas técnicas jurídicas.

Para as normas e técnicas jurídicas recepcionadas pela atual Constituição exige-se uma releitura, com um olhar da Constituição de 1988.

O direito processual também sentiu forte influência dessa constitucionalização, eis que o processo torna-se constitucionalizado, viabilizando, em especial, como mecanismo de solução de conflitos por meio da jurisdição.

Nesse viés a Constituição de 1988 igualou as garantias asseguradas ao processo administrativo e judicial como mecanismos de solução dos conflitos, mesmo sendo inquestionável que nenhuma discussão poderá ser afastada do Poder Judiciário, a teor do artigo 5º, inciso XXXV.

O grande benefício proporcionado por essa igualdade de garantias é a oferta para os administrados que queiram exercer o direito fundamental de ter o seu litígio solucionado na seara administrativa.

Como se observa no artigo 5º, incisos LIV, LV e LXXVIII, da Constituição Federal de 1988, deve ser garantido ao administrado um regular processo administrativo, obrigando o aplicador do direito a ter uma visão concertada do processo administrativo; em outras palavras, um respeito às garantias fundamentais constitucionais do processo administrativo, em detrimento a um processo no qual se buscava, tão somente, a concretização da vontade do Estado.

Com isso, há uma quebra no paradigma da solução de conflito que deixa de ser exclusiva do Poder Judiciário no exercício da jurisdição, assim entendida como a função do Estado em ofertar a solução de um litígio, passando a ser aceita, constitucionalmente, no processo administrativo, caso assim o interessado opte pelo exercício da jurisdição administrativa.

Desse modo, caso o administrado queria buscar como mecanismo de solução de controvérsia a via do processo administrativo, deve ser garantido a ele o devido processo legal administrativo, o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

Outro ponto de reflexão é o julgador administrativo. O modelo de representação paritária adotado pela maioria dos tribunais de julgamento administrativo brasileiro, encontram-se em descompasso com a imparcialidade e conseqüentemente a igualdade do julgamento, não atendendo os preceitos constitucionais atinentes a matéria, eis que, não se privilegia a igualdade, mas sim a proteção de interesses no qual o julgador faz parte.

Assim, pelo estudo realizado, demonstrou-se que a função do processo administrativo no Estado Democrático de Direito brasileiro é uma técnica de solução de conflitos colocada à disposição do administrado caso queira ter a sua demanda apreciada por um órgão de julgamento específico no trato da matéria afeta à Administração, através da jurisdição.

Observou-se que é totalmente possível considerar a jurisdição fora do âmbito do Poder Judiciário, tomando como atuação concreta da lei pelos órgãos estatais, por ser uma função do Estado na solução de um litígio, podendo ocorrer nas diversas formas de manifestação de julgamentos, desde que subordinados ao texto Constitucional.

Desse modo, o caminho Constitucional trilhado para se chegar a uma decisão final no processo administrativo, impõe validade ao que ocorre pela processualidade, garantindo sempre a participação isonômica dos interessados e um juízo imparcial.

Mesmo após quase três décadas da promulgação do texto Constitucional, somente nos últimos anos é que o legislador começou a se preocupar em efetivar essas garantias, como se observa nas inovações trazidas pelas legislações infraconstitucionais, tomando como exemplo o artigo 15 do Código de Processo Civil, que autoriza a aplicação de forma supletiva e subsidiária às normas do processo judicial também ao processo administrativo.

Com efeito, como extrai do artigo 5º, incisos LIV, LV e LXXVIII, o ordenamento jurídico pátrio confere ao processo administrativo o *status* de direito fundamental, razão pela qual não pode ser tratado como uma mera passagem para se afirmar uma decisão administrativa.

Restou demonstrado que, em termos de garantias ao interessado, a Constituição Federal igualou o processo administrativo ao judicial; aquele exercendo função de mecanismo constitucional de solução de conflitos, por meio da jurisdição administrativa, também como um instrumento de efetivação dos direitos fundamentais.

De sorte que o processo administrativo, exercido dentro da processualidade Constitucional garantida, poderá se afirmar como um efetivo mecanismo de solução de conflito, desafogando, por via reflexa, o exacerbado Poder Judiciário, que vem demonstrando atuar, em termos estatísticos, como um órgão ineficiente.

Para tanto é necessário que seja concertada a visão do processo administrativo, deixando de ser compreendido como um mero afirmador do interesse do Estado, viés herdado do Estado Liberal, passando a ser visto como um agente para uma construção democrática da solução de conflitos, dentro das bases definidas pelo Estado Democrático de Direito brasileiro.

REFERÊNCIAS

AGESTA, Luis Sanches. **Curso de Derecho Constitucional Comparado**. 7ª. ed. rev. (reimpressão). Madrid. Universidade de Madrid/Faculdade de Derecho. 1988.

ALBURQUERQUE SOUSA, Nulo J. Vasconelos Albuquerque. Justiça Administrativa e Direito Fundamental à Tutela Jurisdicional Efetiva. In **Temas Contemporâneos de Direito: Brasil e Portugal**. VILELA, Alexandra; MADEIRA, Dhenis Cruz; LEITE, Jorge; BOANERGES, José Meira; COSTA, José de Faria; MOTA, Lindomar Roch. (Org.). Arraes Editores. 2013

ALVIM, José Eduardo Carreira. **Teoria Geral do Processo**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

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

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria Geral do Processo Constitucional. **Revista brasileira de estudos políticos**, Belo Horizonte, v. nº. 90, jun/dez 2004

BARROSO, Luiz Roberto. A Constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum. 2012.

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

BARROSO, Luiz Roberto. **Direito e política no Brasil contemporâneo**. Revista da Faculdade de Direito – UERJ, Rio de Janeiro, v.2, n.21, jan/jun. 2012a

BARROSO, Luiz Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro, exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 6.ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012b.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do Direito Administrativo, Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BOBBIO, Noberto. **Teoria da norma jurídica**. Tradução Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Bauru: Edipro, 2001.

BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. **Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia**. Traducción de Rafael de Apapito Serrano. Madri: Editorial Trota, 1993.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa**. Por um direito constitucional de luta e resistência. Por uma nova hermenêutica. Por uma repolitização da legitimidade. São Paulo: Malheiros, 2001.

BRASIL, Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972. Dispõe sobre o processo administrativo fiscal, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, 7 set. 1972. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d70235cons.htm>. Acessado em 20 de set. de 2016.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA - CNJ JUSTIÇA EM NÚMEROS 2015. Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/pj-justica-em-numeros>>. Acesso em: 15 out. 2016.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, 5 de out. 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 15 out. 2016.

BRASIL. Decreto-Lei nº 37, de 18 de novembro de 1966. Dispõe sobre o imposto de importação, reorganiza os serviços aduaneiros e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 21 nov. 1966. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0037compilado.htm>. Acesso em: 02 ago. 2016.

BRASIL. Lei nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006. Regulamenta o art. 103-A da Constituição Federal e altera a Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, disciplinando a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 20 dez. de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111417.htm>. Acessado em: 20 de ago. de 2016.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial União**, Brasília, 17 mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 13 set. 2016.

BRASIL. Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da Administração Pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. **Diário oficial da União**, Brasília, 29 jun. 2015. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm> Acesso em: 25 set. 2016.

BRASIL. Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o Processo Administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. **Diário Oficial da União, Brasília**, 1º fev.1999. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm>. Acessado em: 30 de ago. de 2016.

BRASIL. Lei nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário oficial da União, Brasília**, 12 set. 1990. Disponível em:< <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=5.NUME.%20E%20S.FLSV.&base=baseSumulasVinculantes>>. Acesso em: 25 set. 2016.

BRASIL, Portaria MF nº.: 343, de 09 de junho de 2015. Aprova o regimento interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) e dá outras providências. Disponível em <http://idg.carf.fazenda.gov.br/aceso-a-informacao/institucional/regimento-interno/reg-outros/ricarf-multi-11072016.pdf>. Acessado em 21 de novembro de 2016.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO 434.059-3. **Diário de Justiça**, 11 de junho de 2008. Disponível http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/SUV_04_05_06__Debates.pdf. Acesso em: 21 set. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 1074-3. Distrito Federal. Relator: Ministro Eros Grau, Tribunal Pleno, julgamento em 28.3.2007, **Diário de Justiça**, Brasília, 25 maio 2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=459624>>. Acesso em: 15 out. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula vinculante 21. **Diário de Justiça**, 29 out. 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1278>>. Acessado em: 21 set. 2016

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula vinculante 5. **Diário de Justiça**, 7 maio 2008. Disponível em <

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=5.NUME.%20E%20S.FLSV.&base=baseSumulasVinculantes>>. Acessado em: 21 set. 2016.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 7.ed. Coimbra: Almedina, 1941.

CAPELLETTI, Mauro; GARTH, Brayant. **Acesso à Justiça**. Tradução Ellen Gracie Northfleet, Sérgio Antonio Fabris. Porto Alegre: Editor, 1988.

CHIOVENDA, José. **Derecho Procesal Civil**. Editorial Reus S.A. Madrid. 1922.

DIAS, Ronaldo Brêtas Carvalho. **Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito**. 3.ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey Editora. 2015.

DINAMARCO, Cândito Rangel, **Teoria Geral do novo processo civil**. De acordo com a Lei 13.256, de 4.2.2016. São Paulo: Malheiros, 2016.

DINAMARCO, Cândito Rangel. **A instrumentalidade do processo** .14.ed. edição. Editora Malheiros. São Paulo. 1997

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à ciência do Direito**. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva. 2009.

DUARTE, David. **Procedimentalização, participação e fundamentação: para uma concretização do princípio da imparcialidade administrativa como parâmetro decisório**. Coimbra. Livraria Almedina. 1996.

FAZZALARI, Elio. **INSTITUIÇÕES DE DIREITO PROCESSUAL**. Traduzido por Eliane Nassif. Editora Bookseller. Campinas/SP. 2006.

FERRAZ, Luciano. Direito administrativo. In: MOTA, Carlos Pinto Coelho (Org). **Curso prático de direito administrativo**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, v.3.

FERRAZ, Luciano; MOTTA, Fabrício. Direito Público Moderno. In. FREITAS, Juarez. **A democracia como princípio Jurídico**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

FRATTARI, Rafael. Processo Administrativo–tributário, contraditório e administração cidadã. In: TEIXEIRA, Alessandra Bransão; RIOS, Marcelo Jabour (Org). **O contencioso Administrativo fiscal no Estado de Minas Gerais**. Belo Horizonte: Arraes, 2016.

GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. **Curso de Direito Processual Civil Coletivo**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

GONÇALVES, Aroldo. Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2001.

GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1997.

GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do processo**. 21. ed. São Paulo: Malheiros. 2006.

GUASTINI, Riccardo. **Estudios de teoría constitucional**. Doctrina Jurídica Contemporânea. México: Distribuciones Fontamara, S.A., 2001.

JUSTEN FILHO, Marçal **Curso de direito administrativo**. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos tribunais, 2014.

JUSTIÇA EM NÚMEROS 2015: ano-base 2014/Conselho Nacional de Justiça - Brasília: CNJ, 2015. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/pj-justica-em-numeros>>. Acessado em: 25 de set. 2016.

LÔBO, Edilene, BICALHO, Renato Braga. Jurisdição administrativa para a resolução de conflitos aduaneiros. In **Resolução Alternativa de Conflitos e (IN) Eficiência da jurisdição na proteção de direitos fundamentais**. LÔBO, Edilene (Org.). Editora Virtual Books. Pará de Minas. 2015.

MACIEL JUNIOR, Vicente de Paula. **Teoria das ações coletivas**: as ações coletivas como ações temáticas. São Paulo: Ltr , 2006.

MAGALHAES, Joselia Lima. Título do trabalho. In: Encontro Nacional do CONPEDI, 19, 2010, Fortaleza. **Anais...** Local de Publicação, ano publicação.

MARTINS, Antônio. A sociedade portuguesa quer a independência dos juízes? In: **HOMEM**, Antônio Pedro Barbas; PINTO, Eduardo Vera Cruz; COSTA E SILVA, Paula; VIDEIRA, Susana; FREITAS, Pedro (Org.). **O perfil do juiz na tradição ocidental**. Lisboa: Almedina, 2007.

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

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo brasileiro**. Atualizado Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. 23ª Edição. São Paulo. Malheiros Editores. 1998.

MENDES, Gilmar Ferreira, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**, 7. ed. rev. e atual. São Paulo : Saraiva, 2012.

MERKL, Adolfo. **Teoría general del derecho administrativo**. Edición al cuidado de José Luis Monereop érez . Granada: Comares, S.L. 2004.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**: parte introdutória, parte geral e parte especial. 16.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro : Forense, 2014.

MOREIRA, Bernardo Motta. **Controle do lançamento tributário pelos conselhos de contribuinte**: aspectos polêmicos do Processo Administrativo Fiscal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito**. 36. ed. Rio de Janeiro. Forense. 2014.

NUNES, Dierle José Coelho. Teoria do Processo Contemporâneo: por um processualismo constitucional democrático. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**. ed, especial. Pouso Alegre, 2009.

PINTO E NETO, Luísa Cristina. **A contratualização da função pública**. Belo Horizonte. Del Rey, 2005.

PIRES, Pedro Henrique Ramirez. A imprescindibilidade do advogado e o instituto do *jus postulandi*. In: SILVA, José Anchieta da; FIUZA, Ricardo A. Malheiros (Coord.). **25 Anos de Advocacia**. Belo Horizonte. Del Rey Editora. 2015.

REGO, Vital, **Projeto de Lei do Senado nº 381 , de 2014**. Estabelece normas gerais sobre o processo administrativo fiscal no âmbito das administrações tributárias da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Disponível

em:<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=611441>>. Acesso em: 15 out. 2016.

SANTOS, Rodrigo Valgas do. **Procedimento Administrativo nos Tribunais de Conta e Câmaras Municipais**. Belo Horizonte: Dely Rey, 2006.

SENADO FEDERAL. Projeto de Lei Complementar nº 222 de 2013. Estabelece normas gerais sobre o processo administrativo fiscal, no âmbito das administrações tributárias da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Disponível em <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/113086>>. Acessado em 30 de setembro de 2016.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 23. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros 2004.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Algumas observações sobre Ação Civil Pública e Outras Ações Coletivas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Código de Processo Civil Anotado**. 20. ed. rev. e atual.. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

TOMAZ, Carlos Alberto Simões de. **Democracia e jurisdição: entre o texto e o contexto**. São Paulo: Braúna, 2012.

XAVIER, Alberto. **Princípios do processo administrativo e judicial tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.