V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA II

CRISTIANO BECKER ISAIA

GABRIEL VALENTIN

DARCI GUIMARÃES RIBEIRO

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

P963

Processo, jurisdição e efetividade da justiça II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UdelaR/ Unisinos/URI/UFSM /Univali/UPF/FURG;

Coordenadores: Cristiano Becker Isaia, Darci Guimarães Ribeiro, Gabriel Valentin – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-268-2
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Instituciones y desarrollo en la hora actual de América Latina

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Interncionais. 2. Processo. 3. Jurisdição. 4. Efetividade da Justiça. I. Encontro Internacional do CONPEDI (5. : 2016 : Montevidéu, URU).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito
Florianópolis – Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br



Universidad de la República
Montevideo – Uruguay
www.fder.edu.uy

V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA II

Apresentação

O Novo Código de Processo de Processo Civil brasileiro, com vigência a partir do mês de março do ano de 2016, vem suscitando inúmeras discussões jurídicas, dada mesmo a complexidade inerente a todo novo ordenamento. Esse foi o foco principal do Grupo de Trabalho Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça II, por ocasião do V Encontro Internacional do Conpedi, realizado em Montevidéu/UY, de 08 a 10 de setembro de 2016.

A partir de uma metodologia dialogada, essencialmente participativa e compartilhada, o Grupo foi presidido pelos Professores Doutores Cristiano Becker Isaia e Darci Guimarães Ribeiro, do Brasil, e Gabriel Valentin, do Uruguai. Um total de 15 (quinze) trabalhos (aprovados previamente em sistema de dupla revisão cega) foi brilhantemente apresentado por inúmeros pesquisadores, os quais foram divididos em 3 (três) grupos.

No primeiro, o foco centrou-se principalmente no universo das teorias decisórias e no próprio papel da magistratura em cenários de Estado Democrático de Direito, momento em que se debateu sobre temas de extrema relevância, tais como ativismo judicial, função das súmulas vinculantes, democratização do processo e judicialização da política. No segundo, destacou-se o enfrentamento verticalizado dos princípios processuais, vindo à tona principalmente questões relacionadas à segurança jurídica, coisa julgada, dignidade da pessoa humana e cooperação processual. No terceiro, os olhos voltaram-se aos estudos dirigidos à técnica processual, quanto então se dialogou sobre o sistema de recursos e precedentes, relações entre direito processual, direito do trabalho e direito administrativo, e o mecanismo de tutela provisória instituído pelo Novo Código de Processo Civil.

Fica assim o convite à leitura dos trabalhos, o que certamente auxiliará no aprofundamento do estudo do direito processual civil, ramo fundamental da ciência jurídica na incessante busca pela sedimentação das promessas constitucionais.

Prof. Dr. Cristiano Becker Isaia – Universidade Federal de Santa Maria

Prof. Dr. Darci Guimarães Ribeiro – Universidade do Vale do Rio dos Sinos

Prof. Dr. Gabriel Valentin – Universidad de la República Uruguay

A IMPOSTERGÁVEL RECONSTRUÇÃO PROBATÓRIA DO PROCESSO ADMINISTRATIVO A PARTIR DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO – LEI N. 13.105 DE 2015

THE PROBATIVE UNPOSTPONABLE RECONSTRUCTION OF THE ADMINISTRATIVE PROCESS FROM THE BRAZILIAN CODE OF CIVIL PROCEDURE - LAW N. 13.105/2015

Sérgio Henriques Zandona Freitas
Felipe de Almeida Campos

Resumo

O trabalho científico busca investigar a sistemática probatória da Lei Federal n. 9.784/99 e sua relação com o novo modelo de provas previsto no Código de Processo Civil Brasileiro de 2015. Objetiva-se demonstrar os contornos e limites do instituto das provas na instrução processual administrativa, sobre uma perspectiva processual democrática. A problemática teórica, portanto, se concentra na análise crítica dos desafios para a adoção concreta de um processo administrativo constitucionalizado, com a finalidade precípua de efetivação dos Direito Humanos e do Estado Democrático de Direito. Como marco-teórico o Processo Constitucional. A pesquisa é de natureza teórico-metodológica, pelo método jurídico-dedutivo.

Palavras-chave: Processo administrativo, Processo constitucional, Técnica probatória, Lei n. 13.105 de 2015

Abstract/Resumen/Résumé

The scientific work investigates the evidentiary scheme of the Federal Law 9.784/99 and its relationship with the model of evidence provided in the Brazilian Civil Procedure Code of 2015. It aims to show the contours and limits of the institute of evidence in administrative procedural instruction, on democratic procedural perspective. The theoretical problem, therefore, focuses on the critical analysis of the challenges for the concrete adoption of an administrative process constitutionalized, with the purpose of realization of human rights and the democratic rule of law. Constitutional Process as theoretical framework. The research has theoretical-methodological nature, by the method legal-deductive method.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Administrative procedure, Constitutional process, Evidentiary technique, Law n. 13.105/2015

1 INTRODUÇÃO

Com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, e seu rol de direitos e garantias fundamentais, o Direito Processual ganhou inegáveis contornos principiológicos e houve, sobremaneira, relevante avanço processual em perspectiva constitucionalizada. Todavia, o Processo Administrativo brasileiro ainda mantém inegável influência instrumentalista.

Portanto, há que se promover uma importante revisão do Processo Administrativo (Lei n. 9.784/99) à luz dos direitos fundamentais, somado, atualmente, aos novos contornos do Código de Processo Civil, Lei n. 13.105 de 2015 (CPC/15).

Em verdade, a falta de uma discussão principiológica-constitucional sobre os institutos processuais administrativos tem provocado um afastamento destes em relação ao pretendido modelo processual democrático. Com isso, percebe-se que o Processo Administrativo apenas tem garantido aos seus envolvidos um contraditório formalista, transformando a ampla defesa em simples direito de defesa, com práticas que não privilegiam a efetiva participação do cidadão-interessado como condição de influenciar, por seus argumentos, a decisão administrativa.

Diante deste necessário exame principiológico-constitucional propõe-se, no presente estudo, uma reflexão sobre o instituto das provas no processo administrativo e o atual modelo probatório adotado pelo CPC/15. Portanto, a justificativa deste trabalho consiste na necessária reflexão sobre a adequação e aplicabilidade das novas modelagens processuais probatórias ao modelo de processo previsto na Lei n. 9.784 de 1999.

A rigor, o atual CPC/15 manteve boa parte de sua estrutura normativa probatória, muito embora tenha proporcionado alterações substanciais no comportamento das partes, ou pelo menos naquele comportamento esperado das partes e, nesse caso, sem limitações apenas ao autor e réu. O magistrado, o promotor de justiça, autor, réu, testemunhas, peritos e terceiros, inclusive, passam a assumir papel de verdadeiros cooperadores, em sentido positivo, para a construção participada do provimento final. Há um caminho constitucionalizado construído pelo legislador desde a petição inicial até a decisão de mérito, devidamente fundamentada com a abordagem dos argumentos levantados pelos integrantes deste ambiente processual revestido de direitos e garantias fundamentais que o validam e dão eficácia.

Cumpre destacar ainda que o CPC/15 trouxe, dentre outros institutos, a possibilidade da construção cooperativa da prova, a exigência da boa-fé no comportamento, a dinâmica distribuição do ônus da prova, a prova produzida por meios audiovisuais, a necessária adaptação aos novos espaços processuais eletrônicos, videoconferências e ainda trouxe novo realce à ata notarial como meio de prova, além de tecer obrigações a terceiros quanto à prestação de informações e exibição de coisas e documentos.

Com isso, o presente estudo buscará a análise do ambiente probatório administrativo num escopo teórico constitucional, com vistas a superar o modelo ideológico instrumentalista presente na Lei n. 9.784 de 1999, com vistas à sua correta adequação às concepções constitucionais vigentes, como pressuposto para a sua legitimidade normativa.

Para o presente estudo, utiliza-se a pesquisa bibliográfica e o método dedutivo, partindo-se de uma perspectiva macro para uma concepção micro analítica acerca do tema ora em estudo e, por fim, como procedimento técnico a análise temática, teórica e interpretativa, buscando sugestão para a solução da questão destacada.

2 PROCESSO ADMINISTRATIVO CONSTITUCIONALIZADO

2.1 Estado Democrático de Direito e o modelo de garantias processuais nas constituições europeias e latino americanas

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

O Estado de Policia, estágio inicial desta análise, foi a marca da Idade Média, caracterizado, notadamente, pela ausência de qualquer responsabilidade política com fortíssima influência religiosa num contexto cuja lei era resultado de um modelo absolutista. Interessantemente, nesse modelo, as leis eram destinadas apenas aos indivíduos, submissos ao poder indiscriminado de criação de normas das quais, por sua vez, não submetiam o Estado à sua observância.

Na sequência surge o Estado Liberal, influenciado pelo pensamento iluminista e pelas ideias de John Locke. Foi um modelo identificado pelas revoluções burguesas na Inglaterra, Estados Unidos e França, ocorridas no século XVII, sendo, com isso,

também conhecido como Estado-burguês, compreendendo, em seu aspecto político, o Estado como um garantidor da proteção às liberdades individuais, capaz de impor restrições aos seus membros, ao mesmo tempo em que lhes assegurava a fruição da liberdade através da Lei.

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

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

Como resultado destas crises surge o Estado Social, caracterizado pelo modelo do *Walfare State* e pela luta dos movimentos operários. Nessa passagem, ocorreu nítica transição de um modelo de não impedimento do livre desenvolvimento das relações do mercado para um modelo intervencionista, com assunção de tarefas positivas - até aquele momento - típicas da iniciativa privada.

Essa atividade prestacional do Estado o obrigou a assegurar garantias mínimas de qualidade de vida de seus indivíduos tais como: renda, alimentação, saúde, habitação, educação, entre outros. Como resultado desse modelo prestacional as fontes começaram a se comprometer e a insuficiência de recursos passa a provocar crises dando início, assim, à ideia do Estado Democrático de Direito.

Neste contexto, há duzentos anos, era aprovada a Constituição Espanhola de 1812 ou La Pepa, também conhecida como Constituição de Cádiz, em 18 de Março de 1812, pelas Cortes Gerais Extraordinárias reunidas na cidade de Cádiz, Espanha. Considerada a primeira constituição aprovada entre os países ibero-americanos, com características revolucionárias para a época e princípios consagradores do Estado de Direito e a democracia, influenciou profundamente o desenvolvimento do constitucionalismo espanhol, português e latino-americano, deixando um legado de inclusão política e social. A Constituição Espanhola de 1812 foi antecedida apenas pela Constituição Corsa de 1755 (a primeira efetivamente democrática), pela Constituição dos Estados Unidos da América (1787) e pela Constituição Francesa de 1791. (ESPANHA, 1912).

A abordagem das garantias processuais como garantias fundamentais também se encontra na Constituição da Espanha de 1978, que prevê o acesso à jurisdição como

direito fundamental, tutelado pela ampla defesa, dispondo que "todas as pessoas têm direito a proteção efetiva dos juízes e tribunais no exercício dos seus direitos e interesses legítimos, sem que, em qualquer caso, não haja defesa"[1]. (ESPANHA, 1978).

O mesmo dispositivo ainda prevê:

> Além disso, todos têm direito a um juiz ordinário predeterminado por lei, a defesa e a assistência por um defensor, a ser informado das acusações contra eles, a um julgamento público, sem dilações indevidas e com plenas garantias, a utilização de todos os meios de prova relevantes para a sua defesa, não se incriminar, não confessar-se culpado e a presunção de inocência.[2] (ESPANHA, 1978).

Cabe aqui aclarar, interessante o posicionamento de Lenio Luiz Streck sobre a utilização da hermenêutica jurídica para intermediar o texto da lei e seu sentido. Para tanto:

> na era das Constituições compromissórias e sociais, uma hermenêutica jurídica capaz de intermediar a tensão inexorável entre o texto e o sentido do texto não pode continuar a ser entendida como uma teoria ornamental do direito, que sirva tão somente para colocar 'capas de sentido' aos textos jurídicos. No interior da virtuosidade do círculo hermenêutico, o compreender não ocorre por dedução ou subsunção. Conseqüentemente, o método (ou o 'procedimento discursivo') sempre chega tarde, porque pressupor saberes teóricos (discursos de fundamentação) separados da 'realidade'. Antes de argumentar, o intérprete já compreendeu. O uso da linguagem não é arbitrário, isto é, 'a linguagem não depende de quem a usa' (Gadamer). A compreensão antecede qualquer argumentação, porque lhe é condição de possibilidade. Portanto, é equivocado afirmar, v.g., que o juiz primeiro decide e só depois fundamenta (justifica). Na verdade, ele só decide porque já encontrou, na antecipação de sentido, o fundamento. Mas somente é possível compreender isso a partir da admissão da tese de que a linguagem não é um mero instrumento ou uma 'terceira coisa' que se interpõe entre um sujeito (cognoscente) e um objeto (cognoscível). Numa palavra: o 'abismo gnosiológico' que 'separa' o homem das coisas e da compreensão acerca de como elas são não depende — no plano da hermenêutica jurídico-filosófica — de pontes que venham a ser construídas — paradoxalmente — depois que a travessia (antecipação de sentido) já tenha sido feita. (STRECK, 2006, p. 286).

Como exemplo, vale ainda mencionar a Constituição de Andorra de 1993, que traz as garantias fundamentais do processo em seu art. 10[3], que também se encontram

[1] No original: "Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión."

[2] No original: "Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia."

[3] No original: "Article 10

1. Es reconeix el dret a la jurisdicció, a obtenir d'aquesta una decisió fonamentada en Dret, i a un procés degut, substanciat per un tribunal imparcial predeterminat per la llei.

2.Es garanteix a tothom el dret a la defensa i a l'assistència tècnica d'un lletrat, a un judici de durada raonable, a la presumpció d'innocència, a ésser informat de l'acusació, a no confessar-se culpable, a no declarar en contra d'ell mateix i, en els processos penals, al recurs.

3.La llei regularà els supòsits en què, per garantir el principi d'igualtat, la justícia ha d'ésser gratuïta." (ANDORRA, 1993).

previstas no art. 19 da Constituição do Chile de 1980[4], no art. 139 da Constituição Peruana de 1993[5] e no art. 29 da Constituição da Colômbia de 1991[6].

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

Com isso, traz a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 importantes conquistas ao cidadão. Do ponto de vista processual, destaca-se a garantia constitucional da razoável duração do processo, do respeito irrestrito ao contraditório e à ampla defesa, a garantia da isonomia, da fundamentação das decisões e do juiz natural, todos estes preceitos indispensáveis para a formação de um modelo processual constitucionalizado.

2.2 Processo Constitucional

Na evolução processual brasileira, faz-se importante destacar as influências teóricas que nortearam sua construção. Propõe, assim, um recorde processual brasileiro a partir da influência Bülowiana, até a atual construção processual democrática.

[4] No original: "La ley arbitrará los medios para otorgar asesoramiento y defensa jurídica a quienes no puedan procurárselos por sí mismos. La ley señalará los casos y establecerá la forma en que las personas naturales víctimas de delitos dispondrán de asesoría y defensa jurídica gratuitas, a efecto de ejercer la acción penal reconocida por esta Constitución y las leyes. Toda persona imputada de delito tiene derecho irrenunciable a ser asistida por un abogado defensor proporcionado por el Estado si no nombrare uno en la oportunidad establecida por la ley. Nadie podrá ser juzgado por comisiones especiales, sino por el tribunal que señalare la ley y que se hallare establecido por ésta con anterioridad a la perpetración del hecho. Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado.Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos." (CHILE, 1980).

[5] O texto da Constituição do Peru de 1993 estabelece em seu art. 139 os princípios e direitos fundamentais da função jurisdicional, incluindo "la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional", "La motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan" e "El principio del derecho de toda persona de formular análisis y críticas de las resoluciones y sentencias judiciales, con las limitaciones de ley" (PERU, 1993).

[6] No original: "El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho. Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso." (COLÔMBIA, 1991).

Iniciando a presente análise, tem-se que, segundo Oskar Von Bülow[7], o processo é concebido como uma relação jurídica especial desenvolvida entre o Estado e as partes (BÜLOW, 1964, p. 1).

Para o referido processualista, o direito processual civil era responsável por determinar as faculdades e os deveres das partes com o Estado, ou Tribunal, e, por isso, afirmava-se que o processo era fruto de uma relação de direitos e obrigações entre seus integrantes. Por essa razão, Bülow entendia o processo como uma relação jurídica (BÜLOW, 1964, p. 1) e a prova, no caso, deveria ser produzida para o juiz a fim de convencê-lo sobre os fatos e direitos alegados e este, o juiz, de acordo com a sua consciência decidiria o destino das partes.

A teoria do processo como relação jurídica[8] pode ser vista de duas formas: a primeira, no sentido de ser responsável pela autonomia do direito processual já que trazia regras próprias e princípios, diferenciando-o do direito material; a segunda, por outro lado, se dá com a crítica pela relação de sujeição que promovia típica da conceituação da relação jurídica advinda do direito material.

Em seguida, surge a concepção de processo e procedimento do jurista italiano Elio Fazzalari (FAZZALARI, 1996), segundo o qual o procedimento é tido como uma sequência de atos preparatórios em busca do provimento final, em contraditório[9]. Contrariava, portanto, um dos preceitos da teoria da relação jurídica que via o procedimento como uma exteriorização do processo. Nesta perspectiva, conhece-se a dicotomia entre processo e procedimento.

O procedimento, neste conceito, se torna gênero do qual o processo é sua espécie. Será o contraditório, contudo, o grande responsável pela definição do que será entendido como gênero ou espécie. Diga-se, ademais, que tal debate não se resume somente ao processo judicial, estendendo-se também à esfera administrativa. Seguindo essa evolução processual no Brasil, adota-se então o modelo constitucionalizado de processo, influenciado pelos estudos dos processualistas italianos Ítalo Andolina e

[7] A respeito das concepções de Oskar Von Bulow, indica-se a leitura da obra: BULOW, Oskar Von. *Excepciones y pressupuestos procesales.* Bueno Aires: Europa-América, 1964.

[8] Ver, a esse respeito: NUNES, Dierle José Coelho. Processo Jurisdicional Democrático. Curitiba: Juruá, 2008; LEAL, André Cordeiro. O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002; LEAL, Rosemiro Pereira. Elementos de Teoria Geral do Processo.

[9] O contraditório, nesta perspectiva, deve ser lido nos dizeres de Aroldo Plínio Gonçalves como: "O contraditório é a igualdade de oportunidade no processo, é a igual oportunidade de igual tratamento, que se funda na liberdade de todos perante a lei." (GONÇALVES, 1992, p. 127).

Giuseppe Vignera[10] e escrito por José Alfredo de Oliveira Baracho na clássica obra *Processo Constitucional*, publicada em 1984[11].

A base de sustentação do processo constitucionalizado está no devido processo legal e no devido processo constitucional que se forma, precipuamente, pelo direito de ação, compreendido este como o direito de se obter do Estado a prestação jurisdicional através da jurisdição (como direito fundamental), do direito a ampla defesa, com todos os meios a ele inerentes; o direito à defesa técnica produzida por um advogado; a garantia da não surpresa e à co-participação no processo com vistas a construção do provimento.

Como ensina Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, o processo constitucional se expressa como "metodologia normativa de garantia dos direitos fundamentais" (DIAS, 2010, p. 75), sob contundente crítica à compreensão do processo como instrumento técnico da jurisdição ou como "mero calhamaço de papéis no qual o juiz profere a sentença após a prática desordenada de atos pelos sujeitos processuais, como vem ocorrendo, de forma lamentável, não pouca vezes" (DIAS, 2010, p. 75).

Em importante lição sobre o tema, Rosemiro Pereira Leal ensina que:

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

Vale dizer que o referido preceito atende o artigo 8º da Declaração Universal dos Direitos Humanos, ao consagrar que: "toda a pessoa tem direito a recurso efectivo para as jurisdições nacionais competentes contra os actos que violem os direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição ou pela lei." (DECLARAÇÃO, 2016). Com isso, extrai-se que no processo constitucionalizado as partes se tornam sujeitos processuais ativos na construção da decisão, num contexto processual de atenção aos direitos e às garantias constitucionais e de efetiva participação dos afetados pelo provimento final.

[10] Consulte-se, a esse respeito: ANDOLINA, Italo e VIGNERA, Giuseppe. *I fondamenti constituzionali della giustizia civile.* Torino: G. Giappichelli, 1997.
[11] BARACHO, José Alfredo. Processo constitucional. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

2.3 Princípios Constitucionais Aplicados ao Processo Administrativo

Inicia-se o presente tópico informando que – de certo – pode-se estabelecer uma divisão dos princípios aplicáveis às provas, neste contexto de normatividade e viés democrático proposto, em dois blocos: princípios constitucionais probatórios e princípios infraconstitucionais probatórios.

Pretende-se, contudo, neste momento, analisar os princípios constitucionais aplicados ao Processo Administrativo à luz do devido processo, guardando sintonia notadamente com a ampla defesa, o contraditório e a isonomia, tratados por Dhenis Cruz Madeira como Princípios Institutivos do Processo.

Assim, destacam-se as suas lições:

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

Uma vez caracterizado o entendimento sobre os princípios institutivos do processo, começa-se, por oportuno, a análise acerca do contraditório.

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

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

Dentro deste conceito, em consonância com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CR/88), na Lei Federal n. 9.784 de 1999[12] é possível verificar o princípio do contraditório, sobretudo, nos artigos 2º, parágrafo único, inciso X e 3º, inciso II, além do artigo 26. O primeiro artigo previu expressamente a obediência da Administração Pública ao contraditório, muito embora tenha limitada a garantia do seu inciso X[13] aos processos administrativos que possam resultar sanções e

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

[13] Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica,

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

Em relação à Lei Federal n. 13.105 de 2015, importante dizer que houve importantes inovações textuais garantidoras do contraditório. Dentre essas garantias, destacam-se a redação do artigo 7º, já que assegura às partes a paridade de tratamento, competindo ao juiz e, neste caso, à comissão ou órgão administrativo responsável pelo julgamento, o zelo pelo efetivo contraditório. Destaca-se ainda o artigo 9º e a redação do art. 369 exatamente pela garantia da prévia oitiva das partes em caso de decisão e da ampla produção probatória a fim de proporcionar aos afetados a eficaz influência na convicção do Juiz. É que o contraditório não deve ser lido como apenas um princípio que garanta às partes o ataque e o contra-ataque. Mais do que isso, é propriamente uma garantia do direito de ação (FAZZALARI, 1996, p. 86).

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

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

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

Entende-se, contudo, que a defesa deve ser ampla, não sendo possível comprimi-la. Por tal razão, entende-se que merece reflexão o posicionamento de Odete Medauar (2008, p. 122). Se há de ser ampla a defesa, não poderá se admitir qualquer

---

interesse público e eficiência. Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: X - garantia dos direitos à comunicação, à apresentação de alegações finais, à produção de provas e à interposição de recursos, nos processos de que possam resultar sanções e nas situações de litígio. (BRASIL, 1999).

estreitamento da garantia posta, sobretudo à vista de uma supremacia, a caminho de uma superação, da Administração Pública sobre o particular.

É que a relação entre interesses públicos e privados, muito antes de se afastarem, se harmonizam no sistema constitucional e não se deve considerar exceção, sobretudo em relação ao princípio da ampla defesa, em que o constituinte originário não o fez. Isto é, quisesse limitar a defesa, não teria o constituinte originário, no artigo 5º, inciso LV da CR/88, informado que a ampla defesa será assegurada com os meios e recursos a ela inerentes. Portanto, o princípio da ampla defesa não pode ser sacrificado sob o argumento de mera cessão de espaço a conceitos abertos como interesse público e ordem na administração, por exemplo.

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

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

3 ASPECTOS PROBATÓRIOS NO PROCESSO ADMINISTRATIVO

3.1 O instituto da Prova na Lei do Processo Administrativo

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

Nesta reflexão, Michele Spinelli ensina que, no processo, a prova se caracteriza pelo que denominou de "dupla magia"[14]. Nesse sentido, Ronaldo Bretas elucida, em síntese, no que consiste essa "dupla magia" tratada por Michele Spinelli, veja:

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

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

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

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

> Art. 29. As atividades de instrução destinadas a averiguar e comprovar os dados necessários à tomada de decisão realizam-se de ofício ou mediante impulsão do órgão responsável pelo processo, sem prejuízo do direito dos interessados de propor atuações probatórias.
> § 1º O órgão competente para a instrução fará constar dos autos os dados necessários à decisão do processo.
> § 2º Os atos de instrução que exijam a atuação dos interessados devem realizar-se do modo menos oneroso para estes. (BRASIL, 1999).

Vê-se que a garantia probatória deverá ocorrer em harmonia com o Devido Processo Legal, sobretudo, em relação ao referido art. 29 respeitando-se o contraditório, garantindo a participação das partes interessadas na construção da decisão final, como fonte legitimadora da atividade instrutória. É certo que a participação dos interessados, no processo administrativo, deve ocorrer de modo irrestrito, em perfeita harmonia com os princípios institutivos do processo, caracterizadores, sobretudo, do Devido Processo Constitucional.

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

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

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

Nos arts. 31 e 32 encontram-se interessantes previsões para a consulta pública visando a manifestação de terceiros, nos casos em que a matéria do processo envolver assunto de interesse geral[15]; no mesmo sentido, poderá o processo se valer de audiências públicas para debates sobre as matérias relevantes[16].

[15] Hipótese semelhante é encontrada na Instrução Normativa n. 18 da Agência Nacional de Aviação Civil.
[16] Segundo Carvalho Filho, "ambas retratam, na verdade, instrumentos de participação das comunidades na tomada de decisões administrativas. É correto, pois, firmar que de sua realização emanam efeitos

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

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

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

Na sequência vale a indagação: e se o parecer não for emitido? Nesse caso, serão analisadas as seguintes hipóteses: a) se o parecer é obrigatório e vinculante e b) se o parecer é obrigatório e não vinculante. Na primeira hipótese, o processo não terá seguimento até que a omissão seja suprida, responsabilizando-se quem der causa ao atraso; na segunda hipótese, o processo poderá seguir e ser decidido, com a dispensa do parecer, responsabilizando-se quem der causa à omissão no atendimento.

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

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

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

3.2 O ônus da prova no Processo Administrativo

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

---

significativos: um deles é o de influenciar a vontade estatal; outro, é o de reclamar que a Administração (ou o juiz) apresente argumentação convincente no caso de optar por caminho contrário ao que foi sugerido na consulta ou na sessão da audiência pública". (CARVALHO FILHO, 2008, p. 873).

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

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

Caminha, portanto, a Lei n. 9.784/99 (BRASIL, 1999) no mesmo sentido do art. 373 do Código de Processo Civil Brasileiro, Lei n. 13.105/15,[17] ao atribuir ao autor o ônus da prova quanto ao fato constitutivo de seu direito e ao réu o ônus quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

3.3 A apreciação da prova no Processo Administrativo

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

Na primeira fase, denominada de certeza legal e identificada na Idade Média, a certeza dos fatos estava ligada a uma manifestação divina ou natural. No caso, a prova estava lançada (ou pode-se dizer que a sorte estava lançada) a partir de compreensões místicas, santas, entre outras, sempre considerando uma espécie de "força divina". Havia ainda a prova resultante de desafios, sendo o vencedor do duelo considerado o escolhido pela entidade divina. Vale ainda considerar que havia, neste sistema, a tarifação das provas vez que a fala dos nobres era valorada de acordo com o grau de sua posição social, chegando até as classes sociais menores. Certamente, as palavras das classes sociais menores pouco ou nenhum efeito produziam.

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

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

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

No Brasil esse sistema pode ser visto pela instituição do Tribunal do Júri, previsto no Código de Processo Penal Brasileiro.[18]

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

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

Segundo Cássio Scarpinella Bueno, "o princípio do livre convencimento motivado do juiz é expressamente agasalhado pelo artigo 371, segundo os passos do artigo 131 do CPC de 1973". (BUENO, 2015, p. 272). Nesse sentido, vale transcrever a redação atual do art. 371 do Código de Processo Civil de 2015, veja: "o juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento" (BRASIL, 2015).

É, portanto, um sistema de apreciação de provas de bases normativas, também aplicado ao Processo Administrativo[19], conforme pode-se extrair da análise conjunta dos artigos 48[20], 49[21] e 50[22], todos da Lei n. 9.784/99 (BRASIL, 1999).

---

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

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

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

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

[22] Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando: I - neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses; II - imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções; III - decidam processos administrativos de concurso ou seleção pública; IV - dispensem ou declarem a inexigibilidade de processo licitatório; V - decidam recursos administrativos; VI - decorram de reexame de ofício; VII - deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou

3.4 Das provas obtidas por meios ilícitos

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

Analisando de modo sistemático o sistema processual brasileiro, considerando o Código de Processo Civil, o Código de Processo Penal e a Lei do Processo Administrativo, é possível encontrar equivalência entre as vedações, todas em sintonia com a vedação constitucional acima referida.

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

No mesmo sentido é possível verificar a mesma proibição, de modo expresso, no art. 30 da Lei n. 9.784/99 inadmitindo no processo administrativo as provas obtidas por meio ilícito.[23]

4 A IMPOSTERGÁVEL RECONSTRUÇÃO DAS GARANTIAS PROBATÓRIAS DO PROCESSO ADMINISTRATIVO À LUZ DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO DE 2015

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

---

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

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

Todavia, é possível notar que o CPC/15 inovou ao remodelar antigos institutos, dando a eles uma roupagem constitucionalizada, como é o caso da necessária intimação das partes mesmo nos casos em que o julgador possa decidir de ofício. Outros pontos merecem destaque, como a co-participação das partes na construção da decisão, em igualdade de oportunidades, a boa-fé e a obrigação da colaboração de terceiros, sem contar a possibilidade de as partes deliberarem sobre diversos pontos processuais, como na inversão da ordem das testemunhas, produção de provas e o incentivo aos métodos de solução de conflitos, como a conciliação e mediação.

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

Em razão disso, iniciando esta análise pela indispensável observância ao contraditório, é possível perceber a superação do art. 45 da Lei n. 9.784/99 que prevê a possibilidade de a Administração Pública adotar medidas acauteladoras sem prévia manifestação do interessado. Nesse sentido, deve o referido dispositivo legal ser lido à luz do art. 10 do CPC/15, no sentido de que a Administração e seus órgãos julgadores não poderão decidir com base "em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício" (BRASIL, 2015).

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

Sobre o ônus da prova, entende-se, em sintonia com o CPC/15 que a distribuição da prova deve se ater à proximidade das partes com a própria prova e sua melhor condição de produzi-la. Nesse caso, nada obsta que se adote no Processo Administrativo o instituto da distribuição dinâmica da prova, incumbindo àquele que tenha melhores condições, o ônus de provar, desde que por decisão fundamentada com o devido espaço para o interessado se desincumbir desse ônus.

A participação de terceiros no processo administrativo também deve ser admitida, harmonizando-se com o art. 380 do CPC/15. É claro que o referido dispositivo prevê imposição de multa e demais atos coercitivos ao terceiro que descumprir a ordem, haja vista que se trata de processo judicial. Todavia, muito embora

não caiba essa coerção em sede administrativa, há que se proporcionar do interessado o espaço para requerer ao terceiro informações ou a exibição de documentos.

A ata notarial, instrumento que atesta algum fato, mediante ata lavrada por tabelião, também deverá ser admitida no processo administrativo como prova, a teor do art. 384 do CPC/15.

No que se refere aos documentos, há que se admitir no processo administrativo a utilização de documentos eletrônicos, devendo ser convertido à forma impressa e autenticado, garantindo-se ao interessado a sua utilização.

Outra interessante novidade é a admissão no processo civil do "*direct examination*", veja:

> Art. 459. As perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, começando pela que a arrolou, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com as questões de fato objeto da atividade probatória ou importarem repetição de outra já respondida. (BRASIL, 2015).

Nesse caso, como visto prevê o art. 459 que a testemunha seja inquirida diretamente pela parte interessada, cabendo ao julgador do mesmo modo inquirir a testemunha antes ou depois da parte.

Válido destacar o que ensina Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias acerca do "*direct examination*", veja:

> O NCPC, assim, ao permitir que a inquirição das testemunhas seja feita diretamente pelos advogados das partes, aproxima-se do sistema *commom Law*, que adota a forma de inquirição denominada *direct examination*, por meio da qual as respostas da testemunha são obtidas diretamente pelos próprios advogados que formularam as perguntas e não pelo juiz. (DIAS, 2016, p. 159).

Portanto, em sintonia com o novo instituto, deve ser observado no processo administrativo o sistema do *direct examination*, por total compatibilidade, garantido ao interessado a inquirição com perguntas diretamente formuladas à testemunha.

No mesmo caminho, deverá ser garantida ao interessado a oitiva de testemunhas, quando arrolada, por meio de recursos tecnológicos, dentre eles a videoconferência.

5 CONCLUSÃO

Pretendeu-se, neste estudo, demonstrar a evolução processual brasileira a partir da influência de Büllow, até o atual estágio processual democrático, tendo no contraditório, na ampla defesa e isonomia, sua base principiológica inafastável, tornando o processo um espaço normativo de garantias fundamentais.

Nesta perspectiva, a Lei n. 13.105 de 2015 instituiu o Código de Processo Civil influenciado e direcionado pela ampla garantia de direitos fundamentais. Neste giro, observou-se que o Processo Administrativo, previsto na Lei n. 9.784 de 1999, necessita ser revisitado superando a sua influência instrumentalista, baseada, notadamente, em garantias formais e na valorização do próprio julgador sobre a produção e análise da prova, desprezando a construção participada da decisão pelos afetados com o provimento final.

Assim, foram analisados os destacados princípios constitucionais informadores do Processo deixando claro que devem ser estendidos ao Processo Administrativo. Com isso, foram estudados, em seguida, os principais institutos probatórios atuais, propondo a adoção e avanço do Processo Administrativo sobre essa nova visão processual constitucionalizada.

Em relação à prova, observou-se que as novidades previstas na Lei n. 13.105 de 2015 devem ser aplicadas ao Processo Administrativo, tornando a sua construção amplamente co-participativa, garantindo ao interessado franca interação na produção probatória refletindo a ampla defesa, como, por exemplo, a utilização da videoconferência, a utilização da *direct examination*, inversão dinâmica do ônus da prova, entre outros meios eficazes de construção da prova no processo democrático.

Assim, é preciso impostergavelmente revisitar a normatividade probatória da Lei n. 9.784/99, ampliando a participação do interessado e garantindo a ampla produção de provas, sempre em estrita atenção ao contraditório, ampla defesa e isonomia, hipóteses que elevarão o processo administrativo à moderna concepção processual democrática constitucionalizada.

REFERÊNCIAS

ANDOLINA; Italo; VIGNERA, Giuseppe. **I fondamenti constituzionali dela giustizia civile:** il modelo constituzionale del processo civile italiano. 2. ed. ampl. Torino: Giappichele Editore, 1979.

ANDORRA, **Constituición del Principado de Andorra**. 1993. Disponível em:

<http://www.consellgeneral.ad/fitxers/documents/constitucio/const-cast>. Acesso em: 17 mar. 2016.

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

BUENO, Cássio Scarpinella. **Novo Código de Processo Civil Anotado**. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. Processo Penal. Decreto-lei n. 3689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 03 jun. 2016.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 23 maio 2016.

BRASIL. Processo Administrativo. Lei n. 9784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm>. Acesso em: 05 jun. 2016.

BRASIL. Código de Processo Civil (2015). Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 25 maio 2015.

BULOW, Oskar Von. **Excepciones y pressupuestos procesales**. Bueno Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1964.

CARVALHO DIAS, Ronaldo Bretas de. et al. **Estudo sistemático do NCPC** (com as alterações introduzidas pela Lei nº 13.256, de 04/02/2016). Belo Horizonte: D'Plácito, 2016.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo.** 19. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CERNICCHIARO, Luiz Vicente. Prova no processo administrativo. **Síntese Trabalhista,** Porto Alegre, RS Síntese v.10, n.123, p.28-29, set. 1999.

CHILE, **Constituición Política de la República**. 1980. Disponível em:

<http://www.oas.org/dil/esp/constitucion_chile.pdf>. Acesso em: 17 mar. 2016.

COLÔMBIA, **Constituición Política de Colômbia**. 1991. Disponível em: <

http://wsp.presidencia.gov.co/Normativa/Documents/ConstitucionPoliticaColombia_20100810.pdf>. Acesso: 17 mar. 2016.

COUTURE, Eduardo José. **Fundamentos do direito processual civil.** Tradução de Rubens Gomes de Souza. São Paulo: Saraiva, 1946.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. Disponível em: < http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>. Acesso em: 15 maio 2016.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **Processo constitucional e estado democrático de direito.** Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

DIERLE, José Coelho. **Processo Jurisdicional Democrático.** Curitiba: Juruá, 2008.

DINAMARCO, Cândido R. **A instrumentalidade do processo.** 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

ESPANHA, **Constituição de 1978**. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.es/es/constitucion/Paginas/ConstitucionIngles.aspx> Acesso em: 17 mar. 2016.

ESPANHA, **La Constitución Española de 1918**. Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/portales/constitucion_1812/>. Acesso em: 17 mar. 2016.

FAZZALARI, Elio. **Istituzioni di diritto processuale.** 8. ed. Padova: CEDAM, 1996.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional.** 3. ed. rev., ampl. e atual. até a EC n. 67/2010 e em consonância com a jurisprudência do STF. 2 tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo.** Rio de Janeiro: Aide, 1992.

GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolás. **La prueba en el proceso administrativo:** (objeto, carga y valoración). Madrid: Colex, 1992.

LEAL, André Cordeiro. **O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático.** Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo:** primeiros estudos. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi. A dinamização do ônus da prova sob a ótica do novo Código de Processo Civil. *In*: **Novas tendências do processo civil**: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil. Salvador: JusPodivum, 2014. v. 3.

MADEIRA, Dhenis Cruz. **Processo de conhecimento e cognição:** uma inserção no estado democrático de direito. Curitiba: Juruá, 2008.

MEDAUAR, Odete. **A processualidade no direito administrativo.** 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NOHARA, Irene Patrícia; MORAES FILHO, Marco Antonio Praxedes de (Org.). **Processo administrativo:** temas polêmicos da lei n. 9.784/99. São Paulo: Atlas, 2011.

PERU, Constituición Política Del Perú. 1993. Disponível em:

<http://www4.congreso.gob.pe/ntley/Imagenes/Constitu/Cons1993.pdf>. Acesso em: 17 mar. 2016.

PORTUGAL, Constituição de 1974. Disponível em: <http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>. Acesso em: 17 mar. 2016.

SPINELLI, Michele. **Las pruebas civiles.** Trad. Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: EJEA, 1973.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006

THIBAU, Vinícius Lott. **Presunção e prova:** no direito processual democrático. Belo Horizonte: Arraes, 2011.

Especiais agradecimentos à FAPEMIG (Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de Minas Gerais) e ao CNPq (Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico) pelo apoio recebido.