VI ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI - COSTA RICA

CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO E O NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO AMERICANO

FLÁVIO COUTO BERNARDES

MARCO ANTÔNIO CÉSAR VILLATORE

RAYMUNDO JULIANO FEITOSA

Copyright © 2017 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte destes anais 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

C756

Constitucionalismo democrático e o Novo Constitucionalismo Latino Americano [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNA/UCR/IIDH/IDD/UFPB/UFG/Unilasalle/UNHwN;

Coordenadores: Flávio Couto Bernardes, Marco Antônio César Villatore, Raymundo Juliano Feitosa – Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-386-3
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Direitos Humanos, Constitucionalismo e Democracia no mundo contemporâneo.

1.Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Internacionais. 2. Constitucional. 3. Democracia. 4. América Latina. I. Encontro Internacional do CONPEDI (6. : 2017 : San José, CRC).

CDU: 34







Universidad Nacional de Costa Rica Heredia – Costa Rica www.una.ac.cr

Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito Florianópolis – Santa Catarina – Brasil

Universidad de Costa Rica San José – Costa Rica https://www.ucr.ac.cr

VI ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI - COSTA RICA

CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO E O NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO AMERICANO

Apresentação

Apraz-nos apresentar os dezesseis trabalhos selecionados para publicação no Grupo de Trabalho "Constitucionalismo democrático e o Novo Constitucionalismo Latino Americano I" dentro Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI), no VI ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI - COSTA RICA, nas Universidad Nacional - Costa Rica (UNA) e Universidad de Costa Rica - Sede Occidente (UCR), nas cidades de Heredia, San José e San Ramón, Costa Rica, entre os dias 23, 24 e 25 de maio de 2017, tendo como tema principal do evento "Direitos Humanos, Constitucionalismo e Democracia na América Latina e Caribe".

As apresentações orais dos dezesseis trabalhos selecionados acima foram realizadas entre a tarde e o início da noite no bloco de Direito da Universidad Nacional - Costa Rica (UNA), na cidade de San José, Capital da Costa Rica, no dia 23 de maio de 2017, sendo dividido, a cada cinco exposições orais, um debate entre os presentes, Professores e Doutorandos em Direito, das mais variadas regiões do Brasil quanto da Costa Rica.

Os títulos dos trabalhos foram bem diversificados, conforme indicado no item 2 das temáticas possíveis, previsto no edital do supracitado CONPEDI INTERNACIONAL, abrangendo "Constitucionalismo e Democracia na América Latina e Caribe. O Novo Constitucionalismo Latino-Americano. Fundamentos, garantias e controle constitucional. Constitucionalismo transformador: sujeitos, direitos, territórios, cosmovisões, estado e sistemas políticos. Subjetividade: indivíduos, povos, nacionalidades e natureza. Territorialidades específicas. Biocentrismo. Vivir bien e Buen vivir. Plurinacionalidade e interculturalidade. Participação, poder popular, função eleitoral e democracia comunitária. Estado e economia. Povos indígenas. Diferenças étnicas, raciais, sexuais e de gênero. Interpretação constitucional. Sistemas de justiça, jurisdição e justiça indígena. Cultura, identidade, conhecimento e memória. Integração e desintegração na América Latina e Caribe. Desafios jurídicos e políticos da democracia e do direito na América Latina e Caribe".

Importante é a análise de temas tão complexos e ao mesmo tempo atualíssimos, quando a Democracia é questionada em muitos países, o mesmo ocorrendo com a experiência da América Latina e do Caribe.

Direito, política e democracia jamais podem existir separados, e este Grupo de

Trabalho demonstrou a necessidade de atenção de todos os que desejam uma sociedade sadia e segura.

Convidamos a todos, portanto, para uma ótima leitura, que certamente gerará as mais variadas reflexões.

San José, Costa Rica, 06 de maio de 2017.

Coordenação:

Prof. Dr. Flávio Couto Bernardes - Universidade Federal de Minas Gerais

Prof. Dr. Marco Antônio César Villatore - Pontifícia Universidade Católica do Paraná

Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - Universidade Católica de Pernambuco

RECONSTRUINDO A SÚMULA VINCULANTE 5 STF ATRAVÉS DE UMA RELEITURA DO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO – CONSIDERAÇÕES A PARTIR DE UM CASO CONCRETO

RECONSTRUCTING THE "SÚMULA VINCULANTE 5 STF" THROUGH A LARGE READING OF THE CONTRADICTORY AND BROAD DEFENSE PRINCIPLE IN THE SCOPE OF THE ADMINISTRATIVE PROCESS

Alberto Nogueira Júnior

Resumo

O artigo busca compatibilizar a Súmula Vinculante no. 05 do Supremo Tribunal Federal com o direito fundamental ao contraditório e à ampla defesa, inclusive no âmbito do processo administrativo, ampliando o seu conteúdo por meio do direito à devida informação e esclarecimento, e defendendo seu caráter impositivo a todos os órgãos e entidades da Administração Pública.

Palavras-chave: Súmula vinculante, Contraditório, Dever, Esclarecimento, Informação

Abstract/Resumen/Résumé

The article aims to make the "Mandatory Summing" no. 05 from the Supremo Tribunal Federal" compatible with the fundamental right to the contradictory and wide-raging defense in the scope of the administrative process, through a new and extensive redefinition of its meanings, and takes the line of the juridical and mandatory effectiveness of that principle.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: "mandatory summing", Contradictory, Obligation, Explanation, Information

1 O CASO CONCRETO

Uma pensionista por morte de servidor público civil do Exército foi chamada para se recadastrar, mais de trinta anos depois que o benefício fora-lhe concedido. Na origem da concessão havia a condição de que teria que permanecer no estado civil de solteira, sob pena de perder a pensão. Quando do recadastramento, teve que preencher um formulário padronizado, com quadrinhos onde deveria escrever "sim" ou "não". Uma das perguntas era se "vivia ou tinha vivido em união estável". A pensionista respondeu que sim. Semanas depois, recebeu ofício pelos Correios, para que comparecesse à repartição administrativa a fim de se defender em processo administrativo instaurado com o objetivo de se cancelar a pensão. A pensionista, novamente indagada sobre se vivera ou estava a viver em união estável, respondeu afirmativamente. Pouco tempo mais tarde, o processo administrativo concluiu pela ilicitude da continuidade dos pagamentos e a pensão por morte foi cancelada. Em momento algum a pensionista contou com advogado. Já no âmbito de processo judicial, alegou que não lhe explicaram o significado de "união estável" e que, por isso, a cassação do benefício deveria ser declarada nula. Por último, cabe enfatizar que as únicas provas produzidas administrativamente foram o formulário preenchido pela autora e a declaração prestada em audiência.

2 CONSIDERAÇÕES SOBRE MAIS UM CONTEÚDO DO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO – O DEVER DE "ESCLARECIMENTO" SOBRE A INFORMAÇÃO

Só pelo fato de não ter contado com advogado, não houve violação ao princípio do contraditório e da ampla defesa, já que desde o documento de fls. 39 a autora foi cientificada de que poderia se valer de um, sendo certo, outrossim, que a Súmula Vinculante n° 05 STF estipulou que "a falta de defesa técnica de advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição".

A autora alegou nulidade do ato porque não lhe foi explicado o significado de – "união estável".

Deve ser enfatizado que a decisão administrativa foi pautada, única e exclusivamente, pela declaração prestada pela autora, no sentido de que possuiria "uma união estável com escritura pública declaratória".

Contudo, não foi explicado à autora o significado da expressão – "união estável" – e dos termos – "companheira" e "concubinato", e nem os elementos de fato e de direito que seriam necessários para que se pudesse ter por caracterizado um estado ou outro, antes presumiu-se que a autora tivesse estado a usar a mesma interpretação que a Administração Pública, sem que nem uma, nem a outra, houvessem explicitado suas próprias definições.

O direito de defesa – e de ampla defesa – ligado indissoluvelmente à noção mesma de – "contraditório" – é aplicável a todo e qualquer processo administrativo, e até em simples procedimentos de controle, de índole administrativa, "como direta emanação da própria garantia constitucional do 'due process of law'".[1]

Note-se, outrossim, que não se pode falar em "devido contraditório" se não se dá à parte interessada a oportunidade de ser "devidamente informada" sobre os elementos de fato e de direito que serão considerados pela Administração Pública para formar a sua convicção, de modo que a interessada possa influenciar ativamente neste sentido, com sua defesa.

Como decidido no MS nº 24.268, STF, Pleno, Rel. Min. Ellen Gracie, Rel. p. Ac. Min. Gilmar Mendes, *DJU* 17.09.2004:

> [...] 3. Direito de defesa ampliado com a Constituição de 1988. âmbito de proteção que contempla todos os processos, judiciais ou administrativos, e não se resume a um simples direito de manifestação no processo. 4. Direito constitucional comparado. Pretensão à tutela jurídica que envolve não só o direito de manifestação e de informação, mas também o direito de ver seus argumentos contemplados pelo órgão julgador. 5. Os princípios do contraditório e da ampla defesa, assegurados pela Constituição, aplicam-se a todos os procedimentos administrativos. 6. O exercício pleno do contraditório não se limita à garantia de alegação oportuna e eficaz a respeito de fatos, mas implica a possibilidade de ser ouvido também em matéria jurídica. [...]

---

1 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RTJ* 191/922, Rel. p. Ac. Min. Gilmar Mendes.

Com o direito à informação devida sendo entendido em seus desdobramentos – direito de informação (de buscar a informação); direito de acessar a informação (de receber a informação); e direito a ser adequada e verdadeiramente informado.

Trata-se de um desdobramento do direito constitucional à informação pública, alargando o espectro da qualidade dessa informação, de modo que ela possa ser compreendida pelo seu destinatário adequadamente.

Como dito por Evandro Homercher:

> Dessa forma, não basta que ao cidadão seja garantido o direito de acesso à informação, sob ângulo da procura, recebimento e difusão, é necessário adicionar um novo componente, uma nova dimensão, a de um direito a ser informado. Numa síntese, este direito compreende aquele que tem o público receptor de notícias difundidas pelos meios de comunicação a uma informação veraz. Mesmo que radicado no âmbito das relações da mídia com a sociedade, no tocante ao poder público não é o valor de veracidade o elemento primordial, pois esta, inclusive por dever legal, é pressuposta a qualquer ato comunicativo estatal, o relevante, o importante, é o componente qualitativo. Assim, não é o conteúdo valorativo, o dever de veracidade das informações públicas que está em questão, mas sim sua dimensão qualitativa, ou seja, de que a informação prestada seja apta a ser compreendida pelo receptor. Se o direito à informação incorpora o direito a ser informado, na órbita pública afirma-se cada vez mais como necessária à efetividade de um direito à explicação: [...].[2]

Pode-se dizer, assim, que o conteúdo da pretensão à tutela jurídica que corresponde à garantia prescrita no art. 5º, LV da CF/88, não obstante contenha os direitos "de informação" ("dos atos praticados no processo e sobre os elementos dele constantes"), "de manifestação" ("possibilidade de manifestar-se oralmente ou por escrito sobre os elementos fáticos e jurídicos constantes do processo") e "de ver seus argumentos considerados", enunciados pelo Exmo. Sr. Min. Gilmar Mendes, não esgotam o conteúdo da "devida informação", sem a qual não será possível ter-se por respeitado o contraditório e a ampla defesa.

Assim, por exemplo, a compreensão da norma em um determinado significado pode resultar na sua incorporação ao patrimônio jurídico dos particulares,

---

2 HOMERCHER, Evandro. O princípio da transparência e a compreensão da informação. Disponível em: https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/150/143. Acesso em: 23 nov. 2016.

quando aplicada a uma situação concreta, e deste modo tornar-se obstáculo, inclusive, à admissibilidade de ações rescisórias.

Como ilustração, veja-se:

> RECURSO ESPECIAL. AÇÃO RESCISÓRIA. AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO, TENDO POR PROPÓSITO AUFERIR A IMPORTÂNCIA QUE A ENTÃO DEMANDANTE DEIXOU DE RECEBER E O LUCRO QUE A INSTITUIÇÃO FINANCEIRA PERCEBEU POR DISPOR DO CAPITAL ALHEIO, CONSISTENTES NOS ENCARGOS QUE REMUNERARAM O INDÉBITO (JÁ REPETIDO, COM JUROS LEGAIS E CORREÇÃO MONETÁRIA EM AÇÃO ANTERIOR), SEGUNDO AS TAXAS ESTABELECIDAS NOS CONTRATOS AJUSTADOS ENTRE AS PARTES. 1. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. NÃO OCORRÊNCIA. 2. OFENSA À COISA JULGADA (ART. 485, IV, DO CPC/73). NÃO VERIFICAÇÃO. 3. ENUNCIADO N. 343 DO STF. NÃO INCIDÊNCIA, NA ESPÉCIE. 4 VIOLAÇÃO LITERAL DOS ARTS. 402 E 884 DO CÓDIGO CIVIL (ART. 485, V, DO CPC/73). RECONHECIMENTO. DESCONSTITUIÇÃO DO ACÓRDÃO RESCINDENDO. NECESSIDADE. 5. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO. [...] 3. O Superior Tribunal de Justiça, sem descurar de julgados que mitigam a incidência do enunciado n. 343 da Súmula do STF, veio a ratificar a sua aplicabilidade. A Corte Especial, por ocasião do julgamento do REsp n. 736.650/MT, firmou a compreensão (adotada em outros julgados, ressalta-se) de não caber ação rescisória quando a pacificação da jurisprudência desta Corte em sentido contrário ao acórdão rescindendo ocorrer posteriormente a sua prolação. Mais recentemente, o Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário n. 590.809/RS, retomou o trato da questão e voltou a afirmar a aplicabilidade do enunciado n. 343 do STF, para reconhecer o não cabimento de ação rescisória contra acórdão que, à época de sua prolação, estiver em conformidade com o então sólido entendimento firmado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal. 3.1 Segundo a compreensão externada pelo Supremo Tribunal Federal, não se afigura cabível ação rescisória na hipótese de o acórdão rescindendo encontrar-se, à época de sua prolação, consonante com o posicionamento então vigente, firmemente tomado pelo Pleno da Corte Excelsa. Na linha desse entendimento, a ação rescisória não se presta a realinhar decisões transitadas em julgado, cujo teor adequava-se à interpretação pacífica então vigente do Supremo Tribunal Federal, com a novel mudança de orientação daquela Corte. 3.2 *In casu*, além de o acórdão rescindendo não se firmar em orientação jurisprudencial firme e segura do Superior Tribunal de Justiça, a pacificação do tema por esta Corte de Justiça deu-se em plena tramitação da ação rescindenda, do que não se pode cogitar, a toda evidência, de suposta estabilização das relações sociais (e muito menos da jurisprudência supostamente prevalecente), segundo a compreensão adotada pelo aresto rescindendo. [...][3]

3

[3] BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. RESP 1439789, 3ª Turma, Rel. Marco Aurélio Bellizze, *DJE* 22.06.2016.

Mais: há que se esclarecer à parte, ou ao interessado, os conteúdos possíveis dos atos, das declarações e das provas produzidas no respectivo processo – judicial ou administrativo – assim compreendidos como tais pela Administração Pública, no mínimo, quando aqueles estiverem a exercer o direito de autodefesa em sua plenitude, e a questão envolver matéria técnica, ou passível de conformação de significados distintos ao comum, ou até o entendimento comum puder ser também variado, a resultarem em consequências jurídicas também distintas, uma ou algumas das quais, prejudiciais à parte ou ao interessado.

O motivo é claro, mas não se perde em explicitá-lo: sem essa compreensão, haverá um déficit quanto à preparação processual mais adequada à defesa da sua posição pelo interessado; por não conhecer esses significados possíveis que a Administração Pública tem como tais, terá sua atuação processual fragilizada, já que será mais difícil para ele influir na formação do convencimento do órgão julgador.

E a necessidade desse enunciamento dos possíveis significados mostra-se mais importante quando a própria expressão normativa demanda a construção de seus significados por parte dos seus intérpretes e aplicadores.

Assim, por exemplo, a união estável já foi jurisprudencialmente (Súmula 35 STF) e legalmente (art. 21, parágrafo único do Decreto-lei 7036/44; art. 44 da Lei 4.242/63), identificada com a figura da "sociedade de fato" (Súmula 380 STF) do "concubinato puro", ou do "companheirismo", assim considerada a relação de convivência entre o homem e a mulher se entre eles não havia impedimento para o matrimônio; a necessidade da convivência sob o mesmo teto foi afastada pela Súmula 382 STF); enfim, o art. 226, § 3º da CF/88 classificou a "união estável" como "entidade familiar".

Sem se saber que elementos de fato a Administração Pública considerou que seriam os necessários para que se pudesse ter como existente uma "união estável", e sem se saber o que a autora entendia, quando de seu depoimento, o que significaria a expressão, simplesmente não há como se identificar se o pressuposto de fato sobre o qual a Administração Militar construiu sua decisão em verdade existe.

Ora, uma vez que a Administração Pública sabia que a autora estava desacompanhada de advogado quando da audiência para sua defesa, por uma questão de

lealdade e de boa-fé (art. 2º, "caput" – "moralidade" – e parágrafo único, IV da Lei nº 9.784/99) e de modo a permitir-lhe a completa informação sobre as alegações de que tinha que se defender, para o que a compreensão prévia ou concomitante ao ato de defesa era imprescindível, cabia à Administração Pública ter-lhe esclarecido os significados possíveis da expressão – "união estável" – e, destes, qual ou quais que poderiam fundamentar a cassação de sua pensão.

Em atenção ao princípio da lealdade, ínsito no da moralidade,

> [...] a Administração haverá de proceder em relação aos administrados com sinceridade e lhaneza, sendo-lhe interdito qualquer comportamento astucioso, eivado de malícia, produzido de maneira a confundir, dificultar ou minimizar o exercício de direitos por parte dos cidadãos.[4]

O princípio do contraditório, como dito por Maria Sylvia Zanella Di Pietro, "[...] supõe o conhecimento dos atos processuais pelo acusado e o seu direito de resposta ou de reação"[5].

Mas o direito ao devido contraditório é mais amplo, e engloba o direito a poder influenciar a formação da convicção do órgão julgador, em igualdade de condições com a parte contrária.

Como dito por Leonardo Carneiro da Cunha:

> Às partes deve-se conferir oportunidade de, em igualdade de condições, participar do convencimento do juiz. O contraditório guarda estreita relação com o princípio da isonomia, exatamente porque as partes devem dispor da possibilidade de expor suas versões, apresentar suas defesas e participar, enfim, do processo em idênticas oportunidades.
> Significa que a principal finalidade do contraditório deixou de ser a apresentação de *defesa* pelo réu, para passar a ser a *influência* no desenvolvimento e no resultado do processo[...], razão pela qual constitui direito não só do réu, mas também do autor. O contraditório constitui expressão

---

4 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo.* 30. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 122, "fine"/123.

5 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo Brasileiro*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 686.

> da *participação*: todo poder, para ser legítimo, deve permitir a participação de quem poderá ser atingido com seu exercício.[6]

Todavia, essa suposição não pode se limitar ao plano estritamente formal.

Conhecimento e informação devem ser entendidos em conjunto com a noção de compreensão, especialmente quanto à determinação do conteúdo daquilo que é informado.

Afinal, e conforme José Luís Said:

> Porém, e mais do que isso, o processo há de ser descomplicado, compreensível à população, que não deve ser constrangida a recorrer a conhecimentos científicos – quer para responder a requerimentos da Administração quer para deduzir seus pleitos frente a ela.
> [...] isso porque a relação processual não pode ser hermética, instrumento que é de um Estado Democrático de Direito. Não é um segredo ou enigma, algo temível e (ou) incompreensível pelo povo, mas deve existir de forma clara e singela, a fim de possibilitar a plenitude do exercício dos direitos assegurados aos cidadãos.[7]

Sob pena de esvaziar-se a própria participação do interessado.

Participação essa que deve ser efetiva, sob pena de inexistência de contraditório.

Lembram Irene Patrícia Nohara e Thiago Marrara:

> Segundo expõe Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, o conteúdo mínimo do princípio do contraditório não se esgota na ciência bilateral dos atos do processo e na possibilidade de contraditá-los, mas faz também depender a própria formação dos provimentos da efetiva participação dos interessados. Por isso, para que seja atendido o mínimo, é relevante que o interessado conheça as razões e argumentações expedidas contra si, assim como os motivos e fundamentos que conduziram o órgão a tomar determinada decisão, possibilitando-se sua manifestação a respeito em tempo adequado.[8]

---

6 CUNHA, Leonardo Carneiro da. O princípio do contraditório e a cooperação no processo. Disponível em: <http://www.leonardocarneirodacunha.com.br/artigos/o-principio-contraditorio-e-a-cooperacao-no-processo/>. Acesso em: 18 fev. 2017.

7 SAID, José Luis. Os prazos na lei nacional de procedimentos administrativos na Argentina. In: SUNDFELD, Carlos Ari; MUÑOZ, Guillermo Andrés (Coord.). *As leis de processo administrativo* – Lei federal 9.784/99 e Lei paulista 10.177/98. São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p. 335.

8

Não sendo assim, a Administração Pública, ao invés de alcançar uma maior eficiência de sua atuação através de uma mais ampla transparência e abertura à participação das pessoas destinatárias de seus atos e decisões, tornar-se-á mais opaca, incompreensível e fechada, daí resultado a perda de legitimidade do ato ou decisão, senão da própria Administração Pública, objetivo principal da razão de ser mesma do processo administrativo, como dito por Waldir de Pinho Veloso.[9]

Pode-se argumentar que, à falta de norma legal expressa e específica impondo essa obrigação de esclarecimento quando do processo administrativo sancionatório, dever-se-ia respeitar a escolha discricionária do administrador público, no sentido de não informar a autora do que a Administração Pública entenderia constituir-se "união estável".

Entretanto, a obrigação de a Administração Pública esclarecer o administrado sobre o conteúdo, os significados e os alcances de todos os elementos que constituem a situação fático-jurídica, de modo a favorecer a construção de um processo administrativo cooperativo não demandaria, a rigor, norma legal expressa e específica, em razão da aplicabilidade e eficácia imediatas dos princípios do devido processo legal, da segurança jurídica, da lealdade e da boa-fé também em seus aspectos procedimentais, e do próprio caráter cooperativo que a Administração Pública passou a buscar revestir suas relações com os administrados, especialmente a partir dos anos noventa do século passado, quando principiou a chamada "Reforma do Estado", com a Administração Pública passando a assumir um papel mais de gestor, e menos de ator principal.

Recordando Luiz Carlos Bresser Pereira:

> Como a administração pública burocrática vinha combater o patrimonialismo e foi implantada no século XIX, no momento em que a democracia dava seus

---

[7] NOHARA, Irene Patrícia; MARRARA, Thiago. *Processo Administrativo* – Lei n. 9.784/99 comentada. São Paulo: Atlas, 2009, p. 61, "fine"/62.

9

[7] VELOSO, Waldir de Pinho. *Direito Processual Administrativo*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2012, p. 31.

> primeiros passos, era natural que desconfiasse de tudo e de todos – dos políticos, dos funcionários, dos cidadãos. Já a administração pública gerencial, sem ser ingênua, parte do pressuposto de que já chegamos a um nível cultural e político em que o patrimonialismo está condenado, que o burocratismo está condenado, e que é possível desenvolver estratégias administrativas baseada na ampla delegação de autoridade e na cobrança a posteriori de resultados. Aos poucos foram se delineando os contornos da nova administração pública: (1) descentralização do ponto de vista político, transferindo recursos e atribuições para os níveis políticos regionais e locais; (2) descentralização administrativa, através da delegação de autoridade para os administradores públicos transformados em gerentes crescentemente autônomos; (3) organizações com poucos níveis hierárquicos ao invés de piramidal; (4) organizações flexíveis ao invés de unitárias e monolíticas, nas quais as idéias de multiplicidade, de competição administrada e de conflito tenham lugar; (5) pressuposto da confiança limitada e não da desconfiança total; (6) definição dos objetivos a serem atingidos na forma de indicadores de desempenho sempre que possível quantitativos, que constituirão o centro do contrato de gestão entre o ministro e o responsável pelo órgão que está sendo transformado em agência; (7) controle por resultados, a posteriori, ao invés do controle rígido, passo a passo, dos processos administrativos; e (8) administração voltada para o atendimento do cidadão, ao invés de auto-referida. Mais amplamente, a administração pública gerencial está baseada em uma concepção de Estado e de sociedade democrática e plural, enquanto que a administração pública burocrática tem um vezo centralizador e autoritário. Afinal o liberalismo do século XIX, no qual se moldou a forma burocrática de administração pública era um regime político de transição do autoritarismo para a democracia. Enquanto a administração pública burocrática acredita em uma racionalidade absoluta, que a burocracia está encarregada de garantir, a administração pública gerencial pensa na sociedade como um campo de conflito, cooperação e incerteza, na qual cidadãos defendem seus interesses e afirmam suas posições ideológicas, que afinal se expressam na administração pública. Nestes termos, o problema não é o de alcançar a racionalidade perfeita, mas definir instituições e práticas administrativas suficientemente abertas e transparentes de forma a garantir que o interesse coletivo na produção de bens públicos pelo Estado seja razoavelmente atendido.[10]

E se lacuna normativa houvesse, no sentido de se estabelecer como impositiva à Administração Pública a cooperação com o interessado nos processos administrativos, nada obstaria que se recorresse supletivamente às normas dos arts. 6º e 15 do Código de Processo Civil de 2015, "verbis":

> Art. 6º - Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

---

10 PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. A reforma da Administração Pública. Disponível em: <http://www.bresserpereira.org.br/papers/1996/96.ReformaDaAdministracaoPublica.pdf>. Acesso em 18 fev. 2017.

> Art. 15 - Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente.

O processo cooperativo sendo um instrumento de valorização da dignidade da pessoa humana e, assim, tornando-se uma obrigação do Estado, como salientado por Leonardo Meira, com apoio em Daniel Mitidiero:

> [...] Para Mitidiero, o processo no modelo cooperativo parte da ideia de que o Estado:
> [...] tem como dever primordial propiciar condições para organização de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I, da CF/1988), fundado que está na dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF/1988). Indivíduo, sociedade civil e Estado acabam por ocupar assim posições coordenadas – o que dá lugar a uma relação de cooperação. O direito aplicável é um direito alimentado por parâmetros de racionalidade oriundos da lógica argumentativa. O contraditório recupera um papel de destaque na construção da organização do processo, gravando todos os seus participantes (arts. 7º, 9º, 10 e 489, § 1º, IV, do CPC/2015). Com o redimensionamento do papel do juiz e das partes a partir da necessidade de equilibrada participação, o juiz tem o seu papel redesenhado, assumindo uma dupla posição: paritário no diálogo e assimétrico na decisão (arts. 9º, 10, 139 e 489, § 1º, IV, do CPC/2015). A condução do processo civil a partir daí é gravada por deveres cooperativos – esclarecimento, diálogo, prevenção e auxílio. A boa-fé subjetiva e a boa-fé objetiva têm que ser observadas por todos os seus participantes (art. 5º do CPC/2015). A verdade provável é um objetivo cujo alcance permite a prolação de decisões justas (arts. 300 e 369 do CPC/2015), sendo, portanto, tarefa conjunta do juiz e das partes (arts. 369 e 370 do CPC/2015), na medida de seus interesses, persegui-la.[11]

Ainda, como lembrado por Celso Antônio Bandeira de Mello, o princípio da eficiência, ou da "boa administração", não é um simples "dever ético", mas sim, jurídico, e é vinculativo da atividade da Administração Pública.

Transcrevo:

> [...] O fato é que o princípio da eficiência não parece ser mais do que uma faceta de um princípio mais amplo já superiormente tratado, de há muito, no Direito italiano: o princípio da 'boa administração'. Este último significa, como resulta das lições de Guido Falzone, em desenvolver a atividade administrativa 'do modo mais congruente, mais oportuno e mais adequado aos fins a serem alcançados, graças à escolha dos meios e da ocasião de utilizá-los,

11 MEIRA, Leonardo. O Princípio do Contraditório Efetivo e a Cooperação Processual – A Vedação das Decisões Surpresa no Novo Código de Processo Civil. Disponível em: <https://advleonardomeira.jusbrasil.com.br/artigos/385194026/o-principio-do-contraditorio-efetivo-e-a-cooperacao-processual?ref=topic_feed>. Acesso em: 18 fev. 2017.

> concebíveis como os mais idôneos para tanto'. Tal dever, como assinala Falzone, 'não se põe simplesmente como um dever ético ou como mera aspiração deontológica, senão como um dever atual e estritamente jurídico'. Em obra monográfica, invocando lições do citado autor, assinalamos este caráter e averbamos que, nas hipóteses em que há discrição administrativa, 'a norma só quer a solução excelente'. Juarez Freitas, em oportuno e atraente estudo – no qual pela primeira vez entre nós é dedicada toda uma monografia ao exame da discricionariedade em face do direito à boa administração - com precisão irretocável, afirmou o caráter vinculante do direito fundamental à boa administração. [12]

Trata-se de fazer com que a Administração Pública assuma, em cada situação concreta e especialmente nos processos administrativos, seu papel constitucional de agente da construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

Como dito por Márcio Luís Dutra de Souza:

> Com efeito, no que tange ao ordenamento jurídico brasileiro, a mudança da concepção da boa-fé se revelou a partir da Constituição Federal de 1988, que contém preceitos que revelam a preocupação com a justiça material, estabelecendo a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da república e incluindo a construção de uma sociedade livre, justa e solidária entre seus objetivos fundamentais. Assim, sendo um dos objetivos fundamentais da República pátria a construção de uma sociedade justa e solidária, impõem-se, ao lado dos direitos individuais, também deveres, os quais expressam os ideais da justiça e solidariedade humana, valores que são impositivos não só para o Estado, como metas prioritárias de concretização, mas também para a sociedade sobre a qual vigora um princípio de responsabilidade geral, de todos em relação a tudo e a todos, porque se exige que cada um respeite o seu lugar e o dos demais. […] Esta nova ordem de valores fixada na Constituição promoveu uma releitura dos direitos subjetivos, pela afirmação de deveres de todos como limites da expansão individual de cada um, e também provocou influxos na construção da dogmática da boa-fé, pois os deveres acessórios dela decorrentes, dentre os quais os deveres de lealdade, o dever de informação e o dever de transparência, não são fundamentados na exclusiva vontade das partes, mas na ordem objetiva instituída pelo próprio ordenamento jurídico.[13]

---

12 ┐ MELLO, *op. cit.,* p. 125-126.

13 SOUZA, Márcio Luiz Dutra de. O princípio a boa-fé na Administração Pública e sua repercussão na invalidação administrativa. Disponível em: <file:///C:/Users/Alberto%20Nogueira/Downloads/o_principio_da_boa-fe_na_administracao_publica_e_sua_repercussao_na_invalidacao_administrativa.pdf>. Acesso em: 18 fev. 2017.

Daí a nulidade do ato, por indeterminação absoluta do conteúdo de fato da decisão.

Se não se sabe que circunstâncias de fato a Administração Pública considerou bastantes para que pudessem tipificar a união estável, como se poderá proceder ao seu controle, inclusive, via judicial?

No limite, a Administração Pública acabou por "delegar" à autora a tarefa de, em sua mente, decidir se o relacionamento com outra pessoa que porventura tivesse tido, ou ainda estivesse a manter, seria qualificável como "união estável", ou não.

Mas a Administração Pública não pode se desobrigar da sua obrigação constitucional de conformar sua atividade aos princípios e normas constitucionais e legais, inclusive a pretexto de que a confissão da interessada teria tornado desnecessária qualquer outra atividade administrativa probatória.

Ocorre que a confissão tem por objeto fatos e não o nome jurídico que os expressaria.

É oportuno lembrar que nossa tradição processualística sempre entendeu que "a confissão é a declaração de ciência de um fato, e não um reconhecimento da hipótese normativa no suporte fático concreto".[14]

Enfim: o ônus da prova de quem alega um ilícito cometido por outro, é de quem alega, e não do acusado, quanto aos fatos constitutivos do ilícito.

A obrigação constitucional de esclarecimento poderá servir de instrumento de equilíbrio das posições jurídicas da Administração Pública e do particular, compensando em alguma medida a desvalorização da defesa técnica nos processos administrativos, na medida em que o órgão investigador ou acusador deverá propiciar ao investigado ou acusado uma razoável compreensão – também técnica – daquilo que estiver sendo objeto da investigação, ou da acusação.

E assim agindo a Administração Pública, nada mais estará fazendo do que respeitando um dos escopos do processo administrativo – o de servir de garantia dos

---

14 DIDIER JR., Fredie. Considerações sobre a confissão. Disponível em: http://www.frediedidier.com.br/wp-content/uploads/2012/02/consideracoes-sobre-a-confissao.pdf. Acesso em: 23.11.2016.

direitos dos acusados, de local de realização da justiça e dos direitos fundamentais tutelados pela Constituição Federal.

O direito à informação diz não só com que ela seja prévia e completa, no sentido de que os autos, documentos e demais elementos probatórios sejam postos à disposição da parte acusada; de que não haja atos e decisões sigilosos quanto a ela; e que ela possa participar ativamente do processo administrativo, produzindo prova, mas também que ela seja esclarecida quanto aos conteúdos (significados) das alegações e provas que forem feitas, de modo a poder se conduzir mais eficientemente em sua defesa, sob pena de deslealdade e má fe administrativas, e lesão ao princípio do contraditório, entendimento esse que é inteiramente compatível com a Súmula Vinculante 5 STF.

3 CONCLUSÕES

O direito de defesa – e de ampla defesa – ligado indissoluvelmente à noção mesma de – "contraditório" – é aplicável a todo e qualquer processo administrativo, e até em simples procedimentos de controle, de índole administrativa, como direta emanação da própria garantia constitucional do "due process of law".

Não se pode falar em "devido contraditório" se não se dá à parte interessada a oportunidade de ser "devidamente informada" sobre os elementos de fato e de direito que serão considerados pela Administração Pública para formar a sua convicção, de modo que a interessada possa influenciar ativamente neste sentido, com sua defesa.

O direito à informação devida tem que ser entendido em seus desdobramentos – direito de informação (de buscar a informação); direito de acessar a informação (de receber a informação); e direito a ser adequada e verdadeiramente informado.

Há que se esclarecer à parte, ou ao interessado, os conteúdos possíveis dos atos, das declarações e das provas produzidas no respectivo processo – judicial ou administrativo – assim compreendidos como tais pela Administração Pública, no mínimo, quando aqueles estiverem a exercer o direito de autodefesa em sua plenitude, e a questão envolver matéria técnica, ou passível de conformação de significados distintos ao comum, ou até o entendimento comum puder ser também variado, a resultarem em

consequências jurídicas também distintas, uma ou algumas das quais, prejudiciais à parte ou ao interessado.

Sem essa compreensão, haverá um déficit quanto à preparação processual mais adequada à defesa da sua posição pelo interessado; por não conhecer esses significados possíveis que a Administração Pública tem como tais, terá sua atuação processual fragilizada, já que será mais difícil para ele influir na formação do convencimento do órgão julgador.

A necessidade desse esclarecimento quanto aos possíveis significados mostra-se mais importante quando a própria expressão normativa demanda a construção de seus significados por parte dos seus intérpretes e aplicadores.

Conhecimento e informação devem ser entendidos em conjunto com a noção de compreensão, especialmente quanto à determinação do conteúdo daquilo que é informado.

A Administração Pública está vinculada a essa obrigação de esclarecimento, em atenção ao princípio constitucional da eficiência, dentre outros.

Sem o devido esclarecimento, poderá ocorrer nulidade da decisão por motivo de indeterminação absoluta do seu conteúdo de fato.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. RESP 1439789, 3ª Turma, Rel. Marco Aurélio Bellizze, *DJE* 22.06.2016.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. O princípio do contraditório e a cooperação no processo. Disponível em: <http://www.leonardocarneirodacunha.com.br/artigos/o-principio-contraditorio-e-a-cooperacao-no-processo/>. Acesso em: 18 fev. 2017.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo Brasileiro*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DIDIER JR., Fredie. Considerações sobre a confissão. Disponível em: http://www.frediedidier.com.br/wp-content/uploads/2012/02/consideracoes-sobre-a-confissao.pdf. Acesso em: 23.11.2016.

HOMERCHER, Evandro. O princípio da transparência e a compreensão da informação. Disponível em: https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/150/143. Acesso em: 23 nov. 2016.

MEIRA, Leonardo. O Princípio do Contraditório Efetivo e a Cooperação Processual – A Vedação das Decisões Surpresa no Novo Código de Processo Civil. Disponível em: <https://advleonardomeira.jusbrasil.com.br/artigos/385194026/o-principio-do-contraditorio-efetivo-e-a-cooperacao-processual?ref=topic_feed>. Acesso em: 18 fev. 2017.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo.* 30. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 122, "fine"/123.

NOHARA, Irene Patrícia; MARRARA, Thiago. *Processo Administrativo* – Lei n. 9.784/99 comentada. São Paulo: Atlas, 2009, p. 61, "fine"/62.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. A reforma da Administração Pública. Disponível em: <http://www.bresserpereira.org.br/papers/1996/96.ReformaDaAdministracaoPublica.pdf> . Acesso em: 18 fev. 2017.

SAID, José Luis. Os prazos na lei nacional de procedimentos administrativos na Argentina. In: SUNDFELD, Carlos Ari; Muñoz, Guillermo Andrés (Coord.). *As leis de processo administrativo* – Lei federal 9.784/99 e Lei paulista 10.177/98. São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p. 335.

SOUZA, Márcio Luiz Dutra de. O princípio a boa-fé na Administração Pública e sua repercussão na invalidação administrativa. Disponível em: <file:///C:/Users/Alberto%20Nogueira/Downloads/o_principio_da_boa-fe_na_administracao_publica_e_sua_repercussao_na_invalidacao_administrativa.pdf>. Acesso em: 18 fev. 2017.

VELOSO, Waldir de Pinho. *Direito Processual Administrativo*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2012, p. 31.